

LIMITI NORMATIVI E TECNOLOGICI PER LE ATTIVITÀ DELLE IMPRESE FINANZIARIE NELLA NUOVA ECONOMIA DIGITALE

596 **Di Raimondo Motroni**

Limiti normativi e tecnologici per le attività delle imprese finanziarie nella nuova economia digitale (Raimondo Motroni)

SOMMARIO: 1. L'«infosfera» come nuova realtà economica e (non ancora) giuridica; – 2. La fecondità informativa della relazione telematica; – 3. La disciplina della circolazione dei dati tra diritto pubblico e diritti dei privati; – 4. L'informazione: un «nuovo petrolio»?; – 5. L'economia dei dati: prime osservazioni sui limiti normativi per le attività delle imprese finanziarie.

ABSTRACT. Il saggio affronta il tema della disciplina giuridica dell'«infosfera», con particolare riguardo alle difficoltà di fornire una regolazione appropriata ai flussi internazionali di informazioni. Viene posto in evidenza come l'uso abusivo dei dati raccolti nelle reti telematiche possa causare delle distorsioni del fisiologico funzionamento dei meccanismi della concorrenza nei mercati internazionali e, persino, della formazione del consenso politico nelle moderne democrazie occidentali ed ancor più nei Paesi non democratici. Da ultimo si segnala come le imprese finanziarie, a causa delle limitazioni imposte dalla normativa di settore, subiscano maggiori vincoli nella libertà d'iniziativa economica qualora vogliano accedere alle nuove opportunità offerte dall'economia digitale.

The essay focuses on the legislation of the «infosphere», particular attention is given to the fact that an adequate regulation of international information flows is difficult to provide. The author underlines that the abusive use of data collected in telematic networks can distort competition rules in international markets. In addition, the political consensus in modern Western democracies, and even more in non-democratic countries, is unfortunately affected by this abusive use of data. Finally, it should be noted that regulations constrain the freedom of economic initiative of financial companies to have access to the benefits offered by the digital economy.



1. L'«infosfera» come nuova realtà economica e (non ancora) giuridica.

Le nuove tecnologie digitali hanno subito nell'ultimo ventennio una diffusione mondiale e un livello di sofisticazione e di efficienza tale da segnare differenze significative nell'evoluzione dei rapporti socio-economici. Tali novità hanno richiesto (e richiedono) sempre più un rapidissimo adeguamento delle discipline giuridiche e degli altri sistemi di regolazione dei mercati¹. Si tratta cioè di una seconda era delle macchine², in cui i nuovi strumenti tecnologici dotati di «intelligenza artificiale»³, amplificata dai nuovi computer quantistici ed integrata con i moderni mezzi di comunicazione digitale e le neuroscienze, modificano i metodi di produzione della ricchezza. Il processo di meccanizzazione delle attività umane, non solo manuali, ma soprattutto intellettuali, affidato alle «macchine intelligenti» in costante comunicazione tra loro mediante l'elaborazione e lo scambio di informazioni digitali, dovrebbe produrre una costante crescita esponenziale dell'economia globale, migliorando la qualità e il costo dei prodotti destinati ai consumatori, innovando i modelli economici sino al punto di modificare radicalmente il funzionamento dei mercati internazionali e persino le abitudini e le relazioni umane.

Nella prospettiva economica tale fenomeno è noto anche come «quarta rivoluzione industriale»⁴ e concerne non solo macchine e sistemi intelligenti e interconnessi, ma un ambito assai più ampio, che ricomprende innovazioni nei settori più diversi che vanno dal sequenziamento genico alle

nanotecnologie, dalle energie rinnovabili al calcolo quantistico. È la fusione di queste innovazioni e la loro interazione tra i domini fisico, digitale e biologico che rendono la quarta rivoluzione industriale sostanzialmente diversa dai precedenti mutamenti economici e sociali dei due secoli scorsi⁵.

Per altro verso, la presenza nell'«infosfera»⁶ è divenuta indispensabile per mantenere le relazioni sociali, economiche e lavorative per svariati milioni di utenti dei Paesi più avanzati. Si è creato infatti un ambiente al contempo analogico e digitale in cui i soggetti vivono e si possono esprimere (solo) attraverso lo scambio di informazioni. Non solo le persone, ma anche le imprese, le pubbliche amministrazioni e, sempre più, le macchine, fanno parte del nuovo contesto globale digitalizzato, interconnesso e integrato.

Nell'ultimo ventennio si è, infatti, assistito al trasferimento di enormi quote di contrattazione dai mercati, per così dire, analogici, al mercato elettronico. Gli acquisti di beni e servizi si sono spostati sulla rete ove è possibile meglio soddisfare i bisogni di ciascuno in tempi rapidi, con riduzione (a volte notevole) dei costi, ampliamento dell'offerta, arricchimento e semplificazione degli scambi informativi e, in taluni casi, persino riduzione di rischi di contrattazione.

L'innovazione basata sulle informazioni che circolano on-line costituisce, così, un pilastro fondamentale nei moderni processi di crescita del mercato. In particolare, la confluenza di diverse tendenze, tra le quali il trasferimento delle attività socioeconomiche nelle reti telematiche e la drastica diminuzione dei costi di raccolta ed elaborazione dei dati, ha favorito lo sviluppo e l'uso di innovative tecniche di marketing. Le nuove tecnologie dell'era dell'informazione stanno diventando una risorsa fondamentale nell'economia, promuovendo nuovi settori, processi e prodotti e creando vantaggi competitivi significativi, soprattutto a seguito della diffusione dell'«Internet of Things», dell'intelligenza artificiale e dei «Big data»⁷.

¹ In questo senso v. F. CAPRIGLIONE, *Industria finanziaria, innovazione tecnologica, mercato*, in *Riv. trim. dir. ec.*, 2019, 405 ss.

² Il riferimento è a E. BRYNJOLFSSON – A. MCAFEE, *The Second Machine Age: Work, Progress, and Prosperity in a Time of Brilliant Technologies*, New York, 2016.

³ Per una definizione di «intelligenza artificiale», v. C. TREVISI, *La regolamentazione in materia di Intelligenza artificiale, "robot", automazione a che punto siamo*, in *Riv. dir. media*, 2018, 2, 447 s. L'A. individua negli algoritmi in grado di elaborare milioni di dati e fornire, sostanzialmente su basi statistiche, delle risposte, indipendentemente dalla materialità della macchina che li elabora. La dottrina giuridica più attenta mette in guardia dalla creazione di macchine sempre più intelligenti non adeguatamente regolamentata nel rispetto dei principi etici e giuridici di tutela della dignità della persona. Occorre scongiurare, poi, un automatico riconoscimento dello status di soggetto di diritto alle macchine, tale da indurre un processo di deresponsabilizzazione di coloro che creano, programmano e utilizzano l'intelligenza artificiale nei processi produttivi. In questo senso, v. R. CLARIZIA, *Mercato, persona e intelligenza artificiale: quale futuro?*, in *Jus Civile*, 2020, 687 ss.

⁴ K. SCHWAB, *The Fourth Industrial Revolution*, London, 2017.

⁵ Così: K. SCHWAB, *ibidem* «The fourth industrial revolution, however, is not only about smart and connected machines and systems. Its scope is much wider. Occurring simultaneously are waves of further breakthroughs in areas ranging from gene sequencing to nanotechnology, from renewables to quantum computing. It is the fusion of these technologies and their interaction across the physical, digital and biological domains that make the fourth industrial revolution fundamentally different from previous revolutions», 12.

⁶ L'illustrazione del concetto è ribadita da L. FLORIDI nel suo ultimo libro, *Il verde e il blu. Idee ingenue per migliorare la politica*, Milano, 2020, 63 ss.

⁷ Il tema dei *Big Data* è affrontato sul piano generale da V. MAYER-SCHÖNBERGER – K. CUKIER, *Big data. Una rivoluzione che trasformerà il nostro modo di vivere e già minaccia la*



L'ontologia dei mercati ha generato così la *data driven innovation*⁸ e la «nuova economia dei dati»⁹, che interseca in modo trasversale praticamente tutti i diversi segmenti del mercato, con speculare aumento delle problematiche sottese al governo transnazionale delle informazioni¹⁰.

Come è avvenuto per le precedenti rivoluzioni industriali, l'impatto delle nuove tecnologie di cui si è detto non rappresenta solo un fenomeno economico, mentre, in modo tendenzialmente omogeneo, interessa la sociologia, l'antropologia e la politica, benché non abbia generato un corrispondente fenomeno unitario nel campo del diritto. Si rivelano, pertanto, ancora attualissime le problematiche legate all'impossibilità di fornire una disciplina planetaria uniforme del Web già segnalate sin dagli anni '90.

Il tema del governo dell'uso e della circolazione globale delle informazioni è, dunque, divenuto prioritario.

nostra libertà, Milano, 2013, a cui si rinvia per una completa comprensione del fenomeno sul piano tecnologico e delle possibili implicazioni economiche e giuridiche per le persone cui sono riferite le informazioni trattate.

⁸ Il concetto di «*data driven innovation*» è ben illustrato in OECD, *Data-Driven Innovation. Big Data for Growth and Well-Being*, in <http://www.oecd.org/sti/data-driven-innovation-9789264229358-en.htm>: «*The use of data and analytics to improve or foster new products, processes, organisational methods and markets – which is referred to hereafter as “data-driven innovation” (DDI) – is a new source of growth*», 21. I principali problemi sul piano giuridico connessi all'innovazione digitale dell'economia sono certamente il rispetto delle regole della concorrenza e la tutela dei consumatori meglio garantiti da un efficiente sistema di cybersecurity; in questo senso G. MUSCOLO - A. MASSOLO, *Data Driven Economy. Trade-off Between Competition and Cybersecurity*, in *An. giur. ec.*, 2019, 1, 189 ss.

⁹ Si rivela di grande interesse sul tema l'approfondimento contenuto in ITMedia consulting, *L'economia dei dati. Tendenze di mercato e prospettive di policy*, Roma, Gennaio 2018, in <http://www.itmedia-consulting.com/DOCUMENTI/economiaeidati.pdf>, in particolare 91 ss., là dove si pone in rilievo come l'informazione costituisca il «motore» e il «lubrificante» per lo sviluppo del business nella «digital economy».

¹⁰ «La «rivoluzione» informatica, interessando in modo orizzontale la totalità dei settori economici e sociali, interagisce sulla struttura dei mercati, sulle strategie imprenditoriali, sulle modalità e sui programmi di investimento. Essa sembra destinata a cambiare la stessa logica concorrenziale, stante il mutamento attuale e prospettico dei fattori della domanda»: così CAPRIGLIONE, *Non luoghi. Sovranità, sovranismi. Alcune considerazioni*, in *Riv. trim. dir. ec.*, 2018, 404. I nuovi modelli di business affermatasi nei mercati digitali si fondano in gran parte sulla raccolta e l'uso dei dati personali, nell'ambito di un quadro normativo idoneo a regolare tali fenomeni (attualmente lasciati alle dinamiche del mercato) come emerge dall'esperienza europea e, per altri versi, statunitense. Sul punto v. G. COLANGELO - M. MAGGIOLINO, *Big Data, data protection and antitrust in the wake of the Bunderskartellamt case against Facebook*, in *Riv. it. Antitrust*, 2017, 111 ss., in <http://iar.agcm.it/article/download/12608/1141>.

Attraverso gli *Analytics*¹¹ è possibile la raccolta e l'elaborazione di enormi flussi di dati circolanti nel Web (prodotti da utenti spesso ignari) al fine di estrarne informazioni di secondo livello ad uso (non solo) commerciale. Si tratta di un fenomeno di particolare complessità e di rilevanza planetaria che difficilmente si presta ad una regolamentazione di fonte esclusivamente statale¹².

Sulla spinta del pensiero politico liberale e delle dottrine economiche liberiste la regolazione dei nuovi fenomeni tecnologici è stata affidata, in gran parte, al *soft law* o alle stesse dinamiche del mercato in luogo di specifiche scelte normative nazionali o internazionali. Il governo delle reti è stato, di fatto, lasciato a una cerchia assai ristretta di imprese composta dalle grandi multinazionali del web¹³, palesando, in tal modo, una sfiducia di base verso lo strumento normativo, ovvero una latente consapevolezza della sua inadeguatezza strutturale.

La visione «anarchica» dell'uso del Web appare in via di superamento ed è stata, comunque, ampiamente rivisitata e ci si è orientati verso un «ritorno al diritto»¹⁴. La quasi totale assenza del controllo pubblico sulle reti telematiche ha generato «un vero conflitto tra poteri pubblici a competenza territoriale delimitata e poteri privati

¹¹ Con riguardo ai c.d. Analytics (intesi quali specifici strumenti informatici di analisi dei Big Data volti ad estrarre informazioni di secondo livello utilizzabili nel marketing d'impresa), tra gli altri v. da ultimo P. GHAVAMI, *Big Data Analytics Methods: Analytics Techniques in Data*, Boston-Berlin, 2019, *passim*.

¹² Sull'impossibilità di creare la «sovranità digitale» con fonti normative statali v. V. ZENO-ZENCOVICH, *Intorno alla decisione nel caso Schrems: la sovranità digitale e il governo internazionale delle reti di telecomunicazione*, in G. RESTA - V. ZENO-ZENCOVICH (a cura di), *La protezione transnazionale dei dati personali. Dai "safe harbour principles" al "privacy shield"*, Roma, 2016, 7 ss.

¹³ Sono stati posti in evidenza di recente gli effetti e i limiti della scelta di attribuire – sostanzialmente – al mercato il compito di regolare la circolazione globale delle informazioni nelle reti telematiche, in modo tale che la «rete Internet, che agli albori si pensava libera e democratica, ha assunto la fisionomia di un oligopolio dove poche grandi compagnie private detengono la quasi totalità delle risorse disponibili online»; così: G. SUFFIA, *Effetti geopolitici del "Datagate": appunti e spunti per la geopolitica della sorveglianza globale*, in *Ciber. dir.*, 2015, 490 s.

¹⁴ L'espressione è ripresa dalla più ampia tesi di P. GROSSI, *Ritorno al diritto*, Bari, 2018, 80 ss. Per altro verso nel dibattito della dottrina economica una delle voci più autorevoli (T. PIKETTY, *Il capitale nel XXI secolo*, Milano, 2016) ha recentemente sostenuto che lo stesso modello capitalistico ha prodotto profonde disuguaglianze sociali ed ha sofferto di una insufficiente regolamentazione e avrebbe, pertanto, necessità di forti correttivi di matrice pubblica, non senza suscitare fondate perplessità sulle soluzioni proposte (cfr. AA.VV., *Tutti gli errori di Piketty. Saggi su Il capitale nel XXI secolo*, Torino-Milano, 2018).



«sconfinati»¹⁵. Dal punto di vista economico si è assistito alla «fine dello Stato-nazione»¹⁶, a causa dell'impossibilità di controllare e disciplinare i mercati fondati sulle reti globali di comunicazione che per loro natura superano i confini statali ed hanno modificato le regole del commercio con forti implicazioni politiche.

I mutati scenari geopolitici hanno spostato così la competizione tra Stati sul mercato mondiale. Si può, quindi, affermare che il tema in questione sia assai più ampio del solo diritto del commercio internazionale e possa riguardare diversi settori del diritto pubblico internazionale. L'economia è, infatti, il vero terreno di confronto geopolitico, pertanto, il controllo dei flussi di informazioni e la capacità di raccolta e di analisi dei dati costituiscono oggi un aspetto determinante della competizione economica e dei rapporti di forza tra Stati¹⁷.

Gli strumenti del diritto internazionale¹⁸ possono certo mitigare le lacune giuridiche nella disciplina dei nuovi fenomeni sopra descritti, ma con difficoltà possono pervenire ad una vera e propria disciplina

unitaria ad applicazione globale. Alcuni Stati estranei agli accordi internazionali, talvolta governati da sistemi non democratici, potrebbero, però, proseguire nel creare e attingere informazioni idonee a inquinare i mercati, ad alterare le regole della concorrenza e della stessa formazione del consenso democratico.

Pertanto, sorgono oggi ben più pregnanti e complessi interrogativi sullo strumento normativo da utilizzare per regolare la vita degli individui, i mercati e i sistemi democratici nella soprammenzionata «infosfera», posto che le sole fonti normative statali¹⁹ si sono rivelate del tutto inadeguate²⁰. Dinanzi a problematiche di tale natura e alle loro interazioni, la soglia dell'attenzione da parte dei governi deve essere di massimo livello, anche considerato che – storicamente²¹ – il predominio commerciale prelude alla supremazia politica e militare.

2. La fecondità informativa della relazione telematica.

I dati (intesi come informazioni in senso lato, indipendentemente dalla loro ascrivibilità alla categoria del «dato personale»²²) devono essere

¹⁵ Così: S. AMOROSINO, *Le dinamiche del diritto dell'economia*, Pisa, 2018, 43. L'A. pone in rilievo le difficoltà della regolazione pubblica delle attività economiche nell'era telematica dovute al conflitto con i poteri privati «sconfinati».

¹⁶ Così: J. RIFKIN, *L'era dell'accesso. La rivoluzione della new economy*, Milano, 2001, 297 ss.

¹⁷ Alcuni strumenti informatici come la crittografia asimmetrica, usata per segretare e validare i documenti digitali, e l'Internet, quale sistema di trasmissione degli stessi documenti digitali, hanno avuto un'origine ed un impiego militare (ormai dimenticata anche se ancora oggi assai rilevante). Negli USA, alla fine degli anni '60, l'ARPA (Advanced Research Project Agency) sviluppò il progetto che trovò attuazione nella rete chiamata inizialmente ARPANET. Essa fu la prima rete per lo scambio di dati digitali a grande distanza con lo scopo di consentire la circolazione di informazioni anche durante eventi bellici nucleari, durante i quali fossero distrutti anche taluni nodi di comunicazione. Solo successivamente la rete di comunicazione venne estesa alle università come sistema per l'invio di e la ricezione di messaggi di testo in tempo reale che rappresentavano i prodromi della moderna E-mail. Per un'accurata ricostruzione della storia dell'Internet, tra i tanti v. K. HAFNER – M. LYON, *La storia del futuro. Le origini di Internet*, Milano, 1996, in particolare 225 ss.; cfr. anche T. DETTI - G. LAURICELLA, *Le origini di Internet*, Milano, 2013. Per l'uso militare della crittografia asimmetrica anche con un'ampia retrospettiva storica, v. S. SINGH, *Codici e segreti*, Milano, 1999, 314 ss.

¹⁸ Il diritto internazionale deve affrontare il fenomeno dei «Big Data» al fine di individuare una specifica regolamentazione, individuando la struttura delle sue fonti anche nella prospettiva della tutela dei diritti umani. Si rende, dunque, indispensabile un cambio di paradigma che possa garantire una protezione generalizzata dei diritti individuali posti in pericolo dall'uso delle tecnologie «Big Data» in termini normativi, che riguardi ogni settore interessato: dal diritto internazionale, in generale, al diritto dell'economia internazionale, in particolare. In questo senso A. ODDENINO, *Reflections on Big Data and International Law*, in *Dir. comm. intern.*, 2017, 777 ss.

¹⁹ Per tutti v. N. IRTI, *Il diritto nell'età della tecnica*, Napoli, 2007, in particolare 21 ss.

²⁰ Gli Stati hanno subito una *deteritorializzazione* del potere: S. CASSESE, *Territori e potere. Un nuovo ruolo per gli Stati?*, Bologna, 2016, 77 ss.; cfr. anche M.R. FERRARESE, *Diritto sconfinato. Spazi e inventiva giuridica nel mondo globale*, Bari, 2006, 79 ss. Sul regolamento telematico come «non luogo», v. N. IRTI, *Norme e luoghi. Problemi di geo-diritto*, Bari, 2001, 9 e 65.

²¹ Per la ricostruzione in chiave storico-economica dei sistemi capitalistici nelle società coloniali del su Est asiatico v. T. PIKETTY, *Capitale e ideologia*, Milano, 2020, 295 ss.

²² La normativa di riferimento nell'Unione Europea è rappresentata dal c.d. GDPR (*General Data Protection Regulation*), ovverosia del Regolamento (UE) 2016/679 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 27 aprile 2016, relativo alla protezione delle persone fisiche con riguardo al trattamento dei dati personali, nonché alla libera circolazione di tali dati e che abroga la direttiva 95/46/CE (regolamento generale sulla protezione dei dati). Il nuovo Regolamento è il più importante atto normativo ad oggi adottato dall'Unione Europea in materia di trattamento di dati personali; tra i primi commenti sui profili generali del regolamento anche con riguardo all'evoluzione normativa precedente si segnalano: P. STANZIONE, *Il regolamento europeo sulla "privacy": origini e ambito di applicazione*, in *Europa dir. priv.*, 2016, 1249 ss.; F. PIZZETTI, *Privacy e il diritto europeo alla protezione dei dati personali. Dalla Direttiva 95/46 al nuovo Regolamento europeo*, Torino, 2016, I, 184 ss.; ID., *Privacy e il diritto europeo alla protezione dei dati personali. Il Regolamento europeo 2016/679*, Torino, 2016, II. Per l'adeguamento del GDPR alla normativa italiana v. R. MOTRONI, *La libera circolazione dei dati personali nel mercato finanziario dopo l'adeguamento della normativa nazionale alle disposizioni del regolamento (UE) 2016/679*, in

considerati, nell'economia digitale, una materia prima²³ e un vero e proprio «nuovo petrolio»²⁴.

La telematica offre la possibilità di creare una relazione stabile (non necessariamente di fonte contrattuale) con clienti, utenti, cittadini, che, ad esempio, si può generare, inizialmente, anche del tutto inconsapevolmente, attraverso la semplice ed occasionale fruizione di un bene o di un servizio via Internet, l'invio di una E-mail, la visita di un sito web, l'uso di un social network o di «oggetti intelligenti», l'interrogazione di un motore di ricerca o il *download* di una *app*.

In quest'ambito, le modalità con le quali si rilasciano tracce informatiche dei comportamenti umani sono le più diverse sotto il profilo ontologico e teleologico proprio perché attraverso le reti telematiche passano numerosi aspetti della vita delle persone²⁵, delle imprese e delle pubbliche amministrazioni. Il fenomeno della «datificazione»²⁶ riguarda, ormai, informazioni di

ogni genere concernenti non solo i rapporti contrattuali o più latamente giuridici, ma relativi alla totalità dei comportamenti di tutti i soggetti che operano nell'«infosfera», i quali, spesso, sono caratterizzati da una scarsa alfabetizzazione informatica di base o persino da un vero e proprio analfabetismo funzionale.

L'intera economia dei dati, resa possibile dalle nuove tecnologie dell'informazione, si regge sulla relazione telematica, come dimostrato dal recente caso esaminato dall'Autorità garante della concorrenza e del mercato (AGCM) relativo ai contratti conclusi da Facebook. È, infatti, emerso che il noto social network non domandasse un corrispettivo ai propri utenti in cambio dei propri servizi, ma omettesse di fornire una chiara informazione sull'uso commerciale che sarebbe stato compiuto dei dati personali dei medesimi contraenti²⁷, con specifico riguardo ad alcuni aspetti della profilazione degli utenti, della cessione di dati personali a terzi e dell'invio di comunicazioni personalizzate. Va posta nella dovuta evidenza l'importanza del trasferimento dei dati personali e, più in generale, delle informazioni comportamentali, le quali non rappresentano più un profilo ancillare o incidentale o imposto dalla legge rispetto a un determinato fenomeno economico, ma al contrario, relativamente a molti prodotti e servizi offerti in rete, spesso a titolo gratuito²⁸,

Comp. dir. civ., 2019, 1 ss. La definizione di «dato personale» prevista dall'art. 4, n. 1, del GDPR, coincide con «qualsiasi informazione riguardante una persona fisica identificata o identificabile («interessato»); si considera identificabile la persona fisica che può essere identificata, direttamente o indirettamente, con particolare riferimento a un dato identificativo come il nome, un numero di identificazione, dati relativi all'ubicazione, un identificativo online o a uno o più elementi caratteristici della sua identità fisica, fisiologica, genetica, psichica, economica, culturale o sociale». Attorno a tale definizione s'impenna l'intera normativa in materia di protezione dei dati personali in modo che se ne può escludere l'applicabilità quando l'informazione non sia in alcun modo correlabile alla persona fisica.

²³ La funzione commerciale svolta attualmente dai dati personali nei mercati è descritta con rilevanti profili critici da A. CORRADO – F. STAZI, *Datificazione dei rapporti socio-economici e questioni giuridiche: profili evolutivi in prospettiva comparatistica*, in *Dir. inf.*, 453 ss.; riconduce alla libertà di iniziativa economica il diritto di trattare dati personali come fattore produttivo nelle attività d'impresa: F. BRAVO, *Il "diritto" a trattare dati personali nello svolgimento dell'attività economica*, Milano, 2018, 143 ss.

²⁴ Si rinvia sulla collocazione da attribuire ai dati personali tra i beni produttivi a EPRS (European Parliamentary Research Service), *Is data the new oil? Competition issues in the digital economy*, in [https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/BRIE/2020/646117/EPRS_BRI\(2020\)646117_EN.pdf](https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/BRIE/2020/646117/EPRS_BRI(2020)646117_EN.pdf).

²⁵ Il tema dei rischi per i diritti della persona generati dalle nuove tecnologie telematiche sono analiticamente affrontate da A. CORRADO – F. STAZI, *Datificazione dei rapporti socio-economici e questioni giuridiche: profili evolutivi in prospettiva comparatistica*, cit., 2019, 446 ss.

²⁶ Si tratta di una particolare e innovativa tecnica di trasformazione dei diversi profili dei comportamenti individuali in dati al fine di ottenere nuove informazioni dotate di rilievo economico. Questa diversa terminologia è utilizzata da A. CORRADO – F. STAZI, *Datificazione dei rapporti socio-economici e questioni giuridiche: profili evolutivi in prospettiva comparatistica*, cit., 446 ss. L'espressione «datizzazione» è usata per definire un'attività volta a trasformare specifiche categorie di comportamenti umani in dati che possano essere

analizzati da appositi software; così: V. MAYER-SCHÖNBERGER – K. CUKIER, *op. cit.*, 103 ss.

²⁷ L'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato, nel caso Ps11112 – Facebook – Condivisione dati con terzi, con provvedimento n. 27432 del 29 novembre 2018, in <http://www.agcm.it/dotcmsCustom/tc/2023/12/getDominoAttac h?urlStr=192.168.14.10:8080/CI2560D000291394/0/5A1EFA963A109B64C125835F00542FE2/%24File/p27432.pdf>, ha accertato che Facebook Inc. e Facebook Ireland Ltd. hanno posto in essere una pratica commerciale scorretta in violazione degli artt. 21 e 22 del Codice del Consumo, per aver ingannevolmente indotto gli utenti consumatori a registrarsi sulla Piattaforma Facebook non informandoli adeguatamente e immediatamente, in fase di attivazione dell'account, dell'attività di raccolta, con finalità commerciali, dei dati da loro forniti, e, più in generale, delle finalità remunerative che sottendono la fornitura del servizio di social network, enfatizzandone la sola gratuità.

²⁸ Si richiama sul punto quanto già da tempo posto in evidenza in R. MOTRONI, *Gli scambi a "titolo gratuito" nelle reti telematiche*, in *Il contratto telematico*, a cura di V. RICCIUTO – N. ZORZI, in Trattato dir. comm. e diritto pubb. ec., diretto da Galgano, Padova, XXVII, 2002, 194 ss. Sui maggiori poteri di monitoraggio della clientela ottenuti dalle *tech companies* attraverso lo strumento delle gratuità volte alla raccolta di dati personali v. M. BETZU – G. DEMURO, *I big data e i rischi per la democrazia rappresentativa*, in *Riv. dir. media*, 2020, 222. Il tema delle gratuità fittizie poste alla base di taluni servizi fondamentali offerti nel WEB come, ad esempio, i social network o i motori di ricerca è segnalato da V. ZENO-ZENCOVICH – G. GIANNONE CODIGLIONE, *Ten Legal Perspectives on the 'Big Data Revolution'*, in *Conc. mer.*, vol.



costituiscono il cuore della relazione telematica e del rapporto giuridico che ruota attorno a tale cessione (in)volontaria.

La raccolta e le infinite possibili elaborazioni di una mole di dati così imponente pone in luce esigenze di protezione dall'abuso delle informazioni che può essere compiuto per fini commerciali dalle imprese specializzate nelle tecniche di marketing telematico o tra imprese per ottenere (non sempre) lecitamente vantaggi competitivi, alle quali si aggiungono profonde riflessioni circa l'uso che delle informazioni comportamentali può essere fatto dai governi per la profilatura dei cittadini e delle imprese a fini politici ed economici²⁹.

La relazione che si può instaurare tra le pubbliche amministrazioni o tra le imprese e un qualsiasi internauta durante i contatti occasionati dall'uso delle nuove tecnologie telematiche riveste certamente uno specifico rilievo giuridico non solo come presupposto di applicazione della normativa in materia di protezione dei dati personali (peraltro riservata alle sole persone fisiche³⁰), ma, soprattutto con riguardo alla astratta possibilità di scambiare stabilmente informazioni con i diversi soggetti giuridici del mercato attraverso l'Internet, l'etere ed i satelliti, in tempo reale e in ogni luogo del globo³¹.

23, 2016, 33 ss., in <http://ssrn.com/abstract=2834245>.

²⁹ Su tali basi il è stata emanata la «Risoluzione del Parlamento europeo del 14 marzo 2017, Le implicazioni dei Big Data per i diritti fondamentali: privacy, protezione dei dati, non discriminazione, sicurezza e attività di contrasto, doc. 2016/2225(INI)», in <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/PDF/?uri=CELEX:52017IP0076&from=IT>.

Sul piano generale, i rischi occulti dell'uso delle nuove tecnologie, anche con specifico riferimento all'uso dei «Big Data» nei processi di partecipazione democratica dei cittadini dovuti alla manipolabilità del risultato elettorale sono posti in evidenza da M. BETZU - G. DEMURO, *op. cit.*, 218 ss.

³⁰ Un esempio di come la disciplina delle informazioni potesse essere slegata dal riferimento alla sola persona fisica è rappresentato certamente dalla legge n. 675/96 dove, all'art. 1, per «dato personale» si considerava «qualunque informazione relativa a persona fisica, persona giuridica, ente od associazione, identificati o identificabili, anche indirettamente, mediante riferimento a qualsiasi altra informazione, ivi compreso un numero di identificazione personale». Tuttavia ogni riferimento alla persona giuridica, all'ente o all'associazione sono stati eliminati dalla novella introdotta con l'art. 40, comma 2, lett. a), del «decreto legge 6 dicembre 2011, n. 201, convertito, con modificazioni, dalla legge 22 dicembre 2011, n. 214», che limita il concetto di «dato personale» alle sole informazioni riferite alle persone fisiche.

³¹ «L'economia si sta velocemente digitalizzando. Le tecnologie dell'informazione e della comunicazione non costituiscono più un settore a sé stante, bensì sono la base stessa di tutti i sistemi economici e delle società innovativi e moderni. I dati elettronici sono al centro di tali sistemi e, quando sono analizzati o utilizzati in associazione a servizi e prodotti, possono generare un ingente valore. Allo stesso tempo, il rapido sviluppo dell'economia dei dati e di tecnologie emergenti come l'intelligenza artificiale, i prodotti e i servizi

La rilevanza della relazione telematica si coglie appieno se si considera che essa è bidirezionale.

Vi è, infatti, la possibilità di inviare informazioni, di regola di natura commerciale, ma anche di contenuto politico o volto ad influenzare l'opinione di categorie di utenti su argomenti di interesse collettivo. Tuttavia, ciò che ormai caratterizza maggiormente i nuovi profili della relazione telematica è il flusso di informazioni di ritorno generato nel rapporto di durata tra i soggetti in essa coinvolti.

Il valore della relazione sta, dunque, principalmente non solo nella raccolta e archiviazione iniziale dei dati personali dell'utente, ma nella possibilità di creare ed acquisire durevolmente ulteriori dati durante il rapporto. Il motore di ricerca o un social network che acquisisce un nuovo contatto ottiene le informazioni di quel cliente al momento della conclusione del contratto, ma sa, *ex ante*, che otterrà da quel rapporto una quantità (potenzialmente infinita) di ulteriori informazioni sulla vita di quel soggetto e di tanti altri a loro volta con lo stesso connessi.

In sostanza, la relazione che sorge a seguito del trattamento iniziale di informazioni genera nuove informazioni, spesso di secondo livello, ovvero sia frutto dell'intersezione con i database già detenuti da chi esegue la raccolta e l'analisi dei dati. Il valore della relazione è, dunque, dato dalla sua intrinseca fecondità informativa, che appare tanto maggiore quanto più ampia è la quantità e la qualità delle nuove informazioni prodotte.

Il fenomeno si è amplificato con l'«Internet delle cose» (noto anche come «Internet of Things», o in acronimo «IoT»)³², ovvero sia quel flusso di dati che viene generato da oggetti c.d. intelligenti collocati nelle case, nelle automobili, nei luoghi di lavoro, nei luoghi pubblici e sempre più ovunque. Il riferimento non è solo ai moderni *device* di comunicazione (computer, tablet e smartphone), ma anche ad altri oggetti di uso quotidiano che vanno

relativi all'Internet degli oggetti, i sistemi autonomi e la tecnologia 5G sollevano nuove questioni giuridiche relative all'accesso ai dati e al loro riutilizzo, alla responsabilità, all'etica e alla solidarietà»; così il Considerando n. 1, Regolamento (Ue) 2018/1807 del Parlamento Europeo e del Consiglio, del 14 novembre 2018, relativo a un quadro applicabile alla libera circolazione dei dati non personali nell'Unione europea.

³² Segnala i rischi peculiari per la privacy nella profilatura degli utenti inconsapevoli che derivano dall'uso dei dati personali raccolti con le «IoT», E.C. PALLONE, «Internet of things» e l'importanza del diritto alla «privacy» tra opportunità e rischi, in *Ciber. dir.*, 2016, 175 ss. Cfr. anche G. GIANNONE CODIGLIONE, *Internet of things e nuovo Regolamento privacy*, in *La nuova disciplina europea della privacy*, a cura di S. Sica - V. D'ANTONIO - G.M. RICCIO, Padova, 2016, 131 ss.



dall'antifurto allo *smartTV*, dal contatore elettrico digitale alla domotica e a qualsiasi altro strumento connesso o connettabile alla rete internet. Tali oggetti generano quotidianamente ed anche istantaneamente nuove informazioni (non solo dati strettamente personali), che riguardano tutti i soggetti che a vario titolo partecipano alla comunità in cui l'oggetto intelligente è inserito. Esemplicando, lo *smartTV* fornisce informazioni di ritorno (qualità, quantità e orari dello «zapping») relative all'intera famiglia che ospita il televisore e non solo all'intestatario del contratto di abbonamento alla rete, così come una telecamera aziendale può raccogliere – ipoteticamente – dati sui dipendenti, i clienti e i fornitori dell'impresa.

Qualsiasi interazione dell'individuo con la telematica, anche mediante l'IoT, consente di incamerare un enorme flusso di dati che porta con sé un valore informativo denominato «surplus comportamentale»³³, consistente in un insieme di informazioni riguardanti i comportamenti del cliente che, opportunamente analizzate singolarmente e per categorie omogenee di soggetti, sono portatrici di un'intrinseca capacità predittiva³⁴ delle future condotte degli stessi (spesso ignari) utenti.

La «relazione telematica», intesa come legame di rilevanza giuridica generato dallo scambio stabile e duraturo di informazioni, può essere considerata come una specie (assai poco disciplinata) del *genus* «rapporto giuridico»³⁵. Le vicende di tale relazione assumono una particolare incidenza sulla «effettività» dei diritti della persona posti a rischio dalle possibili ingerenze delle imprese e degli Stati

³³ Per un'attenta illustrazione di come la scoperta del «surplus comportamentale» abbia cambiato i modelli di *business* nelle imprese della rete rendendo l'informazione un fattore produttivo fondamentale per la nuova economia v. S. ZUBOFF, *Il capitalismo della sorveglianza*, Roma, 2019, in particolare 73 ss.

³⁴ La capacità predittiva dei *Big Data* e il relativo uso che può esserne fatto nel marketing d'impresa è illustrata da V. MAYER-SCHÖNBERGER – K. CUKIER, *Big Data*, op. cit., 76 ss.; S. ZUBOFF, op. cit., 106 ss. Un esempio sui rischi di discriminazione e possibile lesione della privacy delle persone nel settore assicurativo è offerto da E. BATTELLI, *Big data e algoritmi predittivi nel settore assicurativo: vantaggi e nuovi rischi*, in *Corr. giur.*, 2019, 1517 ss.

³⁵ Già agli esordi della Direttiva 46/95/CE un'autorevole dottrina aveva definito come «rapporto che si crea inter partes» quello che sorge per effetto del trattamento dei dati personali; così: G. OPPO, *Sul consenso dell'interessato*, in *Trattamento dei dati personali e tutela della persona*, a cura di V. CUFFARO – V. RICCIUTO – V. ZENO-ZENCOVICH, Milano, 1999, 125. Il carattere «relazionale» del rapporto giuridico è richiamato, in una visuale comprensiva e non unilaterale dei fenomeni giuridici, da P. PERLINGIERI, *La centralità del rapporto giuridico nel sistema di Mario Allara*, in *Rass. dir. civ.*, 2004, 138 ss.

nella sfera privata dell'individuo, ma si estendono anche ai soggetti di diritto diversi dalla persona fisica.

I dati personali hanno ormai assunto una fortissima connotazione patrimoniale³⁶, sia in sé considerati, sia nelle loro infinite possibili elaborazioni e aggregazioni, ma i relativi profili economici non appaiono ancora compiutamente disciplinati. Vieppiù che la relazione telematica di solito prescinde dalla connotazione personale delle informazioni trattate sia perché le medesime non riguardano affatto profili inerenti la persona fisica, sia perché il dato è anonimo o è stato preventivamente anonimizzato³⁷.

La raccolta, la creazione e lo sfruttamento delle informazioni (non solo personali), attraverso le reti telematiche non trova un referente normativo sebbene importanti indicazioni si ricavano da talune recenti direttive europee.

La «relazione telematica», ontologicamente considerata, non è compiutamente studiata e forse non del tutto compresa, anche in quanto è connotata da un requisito di patrimonialità solo eventuale e, comunque, singolarmente considerata possiede uno scarsissimo rilievo economico. Inoltre, il carattere aterritoriale³⁸ che tendenzialmente la caratterizza

³⁶ La natura patrimoniale del dato personale comunicato all'interno delle moderne relazioni giuridiche telematiche connotate da una essenziale sinallagmaticità quali, in *primis*, i social network è colta da G. RESTA – V. ZENO-ZENCOVICH, *Volontà e consenso nella fruizione dei servizi in rete*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2018, 420 ss. Sono ormai disponibili specifici studi sui metodi di stima del valore dei dati personali, che illustrano le diverse metodologie di misurazione del valore monetario utilizzati dalle imprese specializzate: v. sul punto G. MALGIERI – B. CUSTERS, *Pricing Privacy: The Right to Know the Value of Your Personal Data*, in *Computer Law & Security Review*, 2018, 12 ss., in <https://openaccess.leidenuniv.nl/bitstream/handle/1887/72422/85924139.pdf?sequence=1>. Circa il valore patrimoniale del dato personale quale componente fondamentale dei Big Data v. V. ZENO-ZENCOVICH – G. GIANNONE CODIGLIONE, op. cit., 33 ss. Si può ormai affermare che si sia consolidato un vero e proprio mercato dei dati personali; sul punto v. V. ZENO-ZENCOVICH, *Do "Data Markets" Exist?*, in *Riv. dir. media*, 2019, 22 ss.; S. THOBANI, *Il mercato dei dati personali: tra tutela dell'interessato e tutela dell'utente*, *ivi*, 2019, 132 ss.

³⁷ Sul concetto e le tecniche di anonimizzazione v. G. D'ACQUISTO – M. NALDI, *Big data e privacy by design. Anonimizzazione, pseudonimizzazione, sicurezza*, Torino, 2017, 34 ss.

³⁸ Illustrano la nuova disciplina della tutela trattamento dei dati personali con rilevanti profili di transnazionalità contenuta nel regolamento EU 2016/679 L. VALLE – L. GRECO, *Transnazionalità del trattamento dei dati personali e tutela degli interessati, tra strumenti di diritto internazionale privato e la prospettiva di principi di diritto privato di formazione internazionale*, in *Dir. inf.*, 2017, 195 ss. Con riferimento alle tecnologie *blockchain*, è posta in evidenza l'impossibilità di determinare con certezza la collocazione territoriale di talune



pone in crisi le categorie giuridiche esistenti, determinando una ingovernabilità (giuridica) dell'«infosfera» e ponendo sfide al giurista ancora in corso di comprensione³⁹.

Spesso si coglie nelle linee di tendenza espresse dai legislatori (non solo) nazionali una sorta di settorializzazione degli ambiti oggetto di disciplina, che non consente di leggere unitariamente con gli occhiali del giurista il fenomeno in questione. Lo scambio di informazioni eseguito prevalentemente on-line costituisce, oggi, un ambito relativamente nuovo, che è stato oggetto di diversi interventi normativi mirati per lo più a disciplinare una speciale categoria di informazioni: quella che viene identificata con il nome di «dato personale», quale ad esempio, in Europa, il regolamento (UE) 2016/679. La privacy, che inizialmente è stata trattata dalla dottrina come espressione di un diritto della personalità secondo lo schema del diritto soggettivo assoluto, ha, ben presto, lasciato spazio alla dimensione relazionale della protezione dei dati personali volta a disciplinare il rapporto giuridico che sorge tra due soggetti per effetto di un comportamento umano volontario definito «trattamento del dato personale» e riveste un'importanza fondamentale nelle relazioni economiche e sociali.

Tuttavia, attraverso la relazione telematica possono essere scambiate informazioni anonime o riferite a soggetti pseudonimizzati o la cui identità può rimanere incerta in quanto è mediata da un *device* multiutente. Anche in questi casi trova applicazione la direttiva 2009/136/CE⁴⁰ e i conseguenti provvedimenti⁴¹ del Garante per la protezione dei dati personali, che obbligano i gestori dei siti web ad informare ogni visitatore dell'uso di *cookies*⁴² con modalità di facile comprensione di

modo che la memorizzazione dei medesimi possa avvenire solo previo consenso espresso dell'utente, salve le ipotesi speciali previste dalla normativa per le quali il consenso non è richiesto. A ben guardare la normativa in parola è volta a segnalare all'utente anche non esattamente identificabile il possibile inizio di una «relazione telematica» al momento del primo contatto con un operatore del Web, che può avere inizio solo con un espresso consenso dell'avente diritto. Emerge così un'ulteriore caratteristica della relazione telematica, che può essere «gemmata» potenzialmente all'infinito, quando alcune informazioni sull'utente vengano cedute ad un terzo che a sua volta possa raggiungere l'utente originario per inviare e ricevere informazioni. È ciò che accade quando un sito web contenga «cookie di terze parti» provenienti da altri siti, utilizzati a fini di profilazione⁴³.

Deve anche essere ricordata la disciplina concernente solo taluni aspetti della circolazione dei «dati non personali», contenuta nel Regolamento (UE) 2018/1807⁴⁴, là dove emerge la consapevolezza di una regolazione della circolazione delle informazioni che vada oltre il «dato personale», anche se limitata «a garantire la libera circolazione dei dati diversi dai dati personali

migliorare l'utilizzabilità del sito stesso. Essi, però, vengono anche utilizzati per tracciare i comportamenti e le preferenze dell'utente a fini di profilatura commerciale; con riferimento al tema del consenso relativo ai c.d. cookies di profilazione v. Corte Giustizia UE, 1 ottobre 2019, Bundesverband der Verbraucherzentralen und Verbraucherverbände – Verbraucherzentrale Bundesverband eV c. Planet49 GmbH, nella causa C-673/17, in <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?docid=218462&doclang=IT>; per un commento in senso adesivo alla sentenza, nella prospettiva di una corretta applicazione del GDPR v. R. CABAZZI, *Utilizzo dei cookie e (nuova) tutela dell'utente interessato: la presa di posizione della Corte di giustizia nel caso Planet49*, in *Riv. dir. media*, 2020, 316 ss.

⁴³ «Occorre, cioè, tenere conto del differente soggetto che installa i cookie sul terminale dell'utente, a seconda che si tratti dello stesso gestore del sito che l'utente sta visitando (che può essere sinteticamente indicato come "editore") o di un sito diverso che installa cookie per il tramite del primo (c.d. "terze parti")»; così Garante per la protezione dei dati personali, Individuazione delle modalità semplificate per l'informativa e l'acquisizione del consenso per l'uso dei cookie - 8 maggio 2014 [3118884], in <https://www.garanteprivacy.it/home/docweb/-/docweb-display/docweb/9141941>.

⁴⁴ Regolamento (UE) 2018/1807 del Parlamento Europeo e del Consiglio, del 14 novembre 2018, relativo a un quadro applicabile alla libera circolazione dei dati non personali nell'Unione europea. In particolare, la nuova disciplina mira a garantire la libera circolazione e di portabilità dei dati all'interno dell'Unione, con una definizione delle limitazioni degli obblighi di localizzazione e comunicazione dei dati medesimi. Sul punto, tra gli altri, v. T. FIA, *La tutela dei dati non personali: accesso, proprietà e regolamentazione*, in *Nuovo not. giur.*, 2019, 60 ss.

attività di trattamento dei dati personali; cfr. A.M. GAMBINO - C. BOMPRESZI, *op. cit.*, 638 ss.

³⁹ In questo senso F. CAPRIGLIONE, *Industria finanziaria, innovazione tecnologica, mercato*, cit., 404.

⁴⁰ Direttiva 2009/136/CE del Parlamento Europeo e del Consiglio, del 25 novembre 2009, «recante modifica della direttiva 2002/22/CE relativa al servizio universale e ai diritti degli utenti in materia di reti e di servizi di comunicazione elettronica, della direttiva 2002/58/CE relativa al trattamento dei dati personali e alla tutela della vita privata nel settore delle comunicazioni elettroniche e del regolamento (CE) n. 2006/2004 sulla cooperazione tra le autorità nazionali responsabili dell'esecuzione della normativa a tutela dei consumatori».

⁴¹ In particolare v. Garante per la Protezione dei dati personali, *Individuazione delle modalità semplificate per l'informativa e l'acquisizione del consenso per l'uso dei cookie*, 8 maggio 2014 [3118884], in <https://www.garanteprivacy.it/web/guest/home/docweb/-/docweb-display/docweb/3118884>.

⁴² I *cookies* sono sequenze di testo inviate dal browser sul computer dell'utente durante la visita di un sito web, al fine di



all'interno dell'Unione stabilendo disposizioni relative agli obblighi di localizzazione dei dati, alla messa a disposizione dei dati alle autorità competenti e alla portabilità dei dati per gli utenti professionali»⁴⁵. Tuttavia lo specifico riferimento alla «localizzazione»⁴⁶ è mirato a definire, almeno parzialmente, il profilo della territorialità della relazione telematica ed alcune delle relative implicazioni giuridiche.

Le normative anzidette si rivelano inadeguate al rapido evolversi della tecnologia e dei fenomeni sociali ed economici che esso causa, ma mostrano le loro maggiori inadeguatezze con riguardo all'ambito di applicazione e all'effettività delle tutele, anche considerato che una norma ad applicazione territoriale difficilmente può, per definizione, regolare un fenomeno di dimensioni globali.

Vale evidenziare che il risultato dell'abuso delle informazioni ben può riverberare i suoi effetti (anche negativi) non solo sul piano privatistico sul singolo individuo parte della relazione, ma sulla collettività latamente intesa qualora possa alterare i meccanismi della concorrenza, la protezione del consumatore o il normale andamento della formazione dell'opinione pubblica e, in ultima analisi, lo svolgimento della competizione democratica. Vale allora ribadire che: «pensiamo di discutere soltanto di protezione dei dati, ma in realtà ci occupiamo del destino delle nostre società, del loro presente e soprattutto del loro futuro»⁴⁷.

3. La disciplina della circolazione dei dati tra diritto pubblico e diritti dei privati.

La storia e la pratica insegnano che, una volta che l'informazione è stata generata ed acquisita,

⁴⁵ Così: art. 1, Regolamento (UE) 2018/1807. Il regolamento in parola concerne principalmente i problemi connessi alla circolazione dei dati non personali, ma trascura i profili di tutela delle posizioni giuridiche delle persone eventualmente intaccate dall'(ab)uso di dati siffatti, in questo senso G.M. RUOTOLO, *I dati non personali: l'emersione dei big data nel diritto dell'Unione europea*, in *Studi integr. eu.*, 2018, 116.

⁴⁶ Il Regolamento (UE) 2018/1807, all'art. 3, n. 5, definisce «obbligo di localizzazione dei dati» come «qualsiasi obbligo, divieto, condizione, limite o altro requisito, previsto dalle disposizioni legislative, regolamentari o amministrative di uno Stato membro o risultante dalle prassi amministrative generali e coerenti in uno Stato membro e negli organismi di diritto pubblico, anche nell'ambito degli appalti pubblici, fatta salva la direttiva 2014/24/UE, che impone di effettuare il trattamento di dati nel territorio di un determinato Stato membro o che ostacola il trattamento di dati in un altro Stato membro».

⁴⁷ Così: S. RODOTÀ, *Privacy, libertà, dignità, XXVI Conferenza internazionale sulla protezione dei dati*, in <https://www.garanteprivacy.it/home/docweb/-/docweb-display/docweb/1049293>.

essa può sempre essere utilizzata con modalità e per scopi imponderabili al momento della sua creazione. I casi in cui le informazioni sono state trattate per finalità differenti rispetto a quelle per le quali erano state raccolte con (quasi scontata) compromissione dei diritti dei singoli e della collettività sono molteplici e sono stati scoperti casualmente o a seguito di eventi eclatanti⁴⁸, di modo che è legittimo supporre che gli illeciti in questo campo siano in gran parte sconosciuti e, dunque, tutt'ora sottostimati.

Tra le altre, la nota vicenda di «Echelon»⁴⁹ rimane paradigmatica di come le interazioni e le distorsioni dei fenomeni di creazione, uso e scambio delle informazioni possano interessare il rapporto tra soggetti pubblici e le imprese. Nello specifico, un sistema segreto di registrazione e ascolto delle comunicazioni globali realizzato dagli Usa ed alcuni Stati partners per finalità di antiterrorismo venne scoperto dal governo francese a seguito della sistematica esclusione delle imprese d'oltralpe dalle gare d'appalto internazionali.

Nella vicenda in parola, l'uso illecito delle informazioni non ha riguardato (solo) il temuto abuso di dati personali con violazione della privacy dei cittadini, ma si è trattato della comunicazione (illecita) di informazioni riservatissime (offerte di gara d'appalto) di carattere strettamente commerciale alle imprese da parte degli apparati statali di appartenenza.

L'informazione, dunque, raccolta ed archiviata per (nobili) finalità di natura esclusivamente antiterroristiche da apparati pubblici, veniva, poi, illecitamente impiegata per alterare le dinamiche concorrenziali e ledere i diritti dei privati. «Echelon» è un esempio del rapporto tra informazione e mercato e dell'interazione che gli Stati (anche democratici) possono avere con le imprese e le dinamiche concorrenziali.

Non meno rilevante è apparso lo scandalo dei dati *Facebook-Cambridge Analytica* del 2018⁵⁰, che

⁴⁸ A tale proposito occorrerebbe ricordare il ruolo svolto dalle vicende dei celeberrimi Julian Assange ed Edward Snowden nella rivelazione dell'esistenza di sistemi segreti di sorveglianza e controllo delle comunicazioni di massa, anche con riguardo all'evoluzione e al funzionamento del sistema Echelon. In tema v. G. Suffia, *op. cit.*, 461 ss.

⁴⁹ La vicenda è ricordata da S. RODOTÀ, *Intervista su privacy e libertà*, Bari, 2005, 104 ss., ed è stata ampiamente analizzata anche nei risvolti relativi alla lesione della riservatezza degli utenti ignari delle reti di telecomunicazione da P.R. KEEFE, *Intercettare il mondo. Echelon e il controllo globale*, Torino, 2006, e da D. CAMPBELL, *Il mondo sotto sorveglianza. Echelon e lo spionaggio elettronico globale*, Milano, 2003.

⁵⁰ Per una completa ricostruzione della vicenda v. D. MESSINA, *Il Regolamento (EU) 2016/679 in materia di protezione dei dati personali alla luce della vicenda*



ha riguardato il trattamento di dati personali di milioni di utenti del noto social network in assenza di un preventivo consenso informato con finalità di propaganda elettorale. Il paradigma appare, in questo caso, invertito: è un'impresa (privata) ad aver raccolto e trattato informazioni di inconsapevoli cittadini al fine di alterare le consuete dinamiche di propaganda elettorale e di formazione del consenso politico. Si è reso, così, di palmare evidenza che il trattamento dei dati personali degli utenti delle reti telematiche e, nel caso di specie, dei social network può riguardare finalità non economiche, considerato che le moderne tecniche di profilatura e di analisi dei comportamenti degli utenti hanno definitivamente superato il solo ambito commerciale per estendersi al «marketing politico».

È ormai noto, ad esempio, che i «social network sono definitivamente divenuti parte integrante della dieta informativa quotidiana dei cittadini in Italia e nel mondo»⁵¹. La diffusione di *fake news* nelle reti telematiche volte a influenzare la fluttuazione delle opinioni politiche dell'elettorato in un dato momento storico, anche mediante l'uso di sistemi di «*microtargeting*», hanno trovato come unico (ed insufficiente) argine, nello spazio economico europeo, le norme e i principi contenuti nel GDPR⁵². Tale fenomeno diviene ancora più rilevante se si considera che è attualmente possibile selezionare l'informazione fornita agli utenti sulla base della loro profilo individuale e sulla conseguente «*filter bubble*»⁵³ che si può creare intorno ad essi, ovvero sia la possibilità di mostrare a ciascun destinatario quasi esclusivamente notizie selezionate dall'algoritmo in base alla tipologia di profilo del medesimo utente depurate dalle opinioni discordanti⁵⁴.

⁵¹ 'Cambridge Analytica', in *federalismi.it*, 2018, 19 s., in particolare nota 42.

⁵² Così: AGCOM, *Big data, Interim report nell'ambito dell'indagine conoscitiva di cui alla delibera, n. 217/17/CONS*, cit., 6.

⁵³ In questo senso I. RIZZUTO, *Le nuove frontiere del "digital marketing": dalla profilazione alla manipolazione "online" nell'ambito politico alla luce del GDPR*, in *Ciber. dir.*, 2018, 99 ss. Ritiene opportuno sottrarre alle sole logiche di mercato la diffusione dell'informazione attraverso il web E. GARZONIO, *Responsabilità degli ISP rispetto al trattamento automatizzato dei dati personali con finalità di comunicazione politica: applicabilità del GDPR alle piattaforme "social"*, *Commento a reg. n. 679 del 2016*, in *Riv. dir. media*, 2019, 190 ss.

⁵⁴ L'espressione è di E. PARISER, *The Filter Bubble: What The Internet Is Hiding From You*, New York, 2011. Per una precisa definizione del fenomeno v. M. BIANCA, *La filter bubble e il problema dell'identità digitale*, in *Riv. dir. media*, 2019, 5 ss.

⁵⁵ Sul punto v. R. MONTALDO, *Le dinamiche della rappresentanza tra nuove tecnologie, populismo, e riforme costituzionali*, in *Quad. cost.*, 4, 2019, 790 ss. I rischi anzidetti pongono, pertanto, impellenti esigenze di regolamentazione anche attraverso i poteri d'intervento delle autorità

L'analisi dei più diversi e (apparentemente) irrilevanti comportamenti con riguardo ai gusti commerciali dei clienti o alle preferenze politiche degli elettori può, dunque, generare nuove informazioni utili a comprendere l'andamento del mercato. Ma si può pensare che non dissimile sia il discorso se riferito a tracce telematiche dei comportamenti riferibili alle «onlus», alle imprese, alle pubbliche amministrazioni, così da contribuire ad alimentare il flusso di dati e rendere astrattamente prevedibili i comportamenti di tutti i soggetti operanti ad ogni livello nei diversi settori del mercato.

Il vantaggio derivante dalla raccolta delle informazioni dall'analisi dei comportamenti dei singoli, così come emergono nella dinamica della relazione telematica, consiste nell'acquisizione di una specifica capacità di conoscere i bisogni al fine di fornirgli una pronta soddisfazione (per via commerciale) o per stimolare altre necessità e, quindi, in definitiva, può essere impiegato per orientare (non sempre in modo palese) gli interessi degli utenti su beni, servizi o altri argomenti di interesse generale, o, persino, per creare nuovi bisogni.

Non sono, dunque, mancate fondate perplessità circa le influenze delle nuove tecnologie sulle possibili alterazione dei meccanismi di funzionamento della formazione del consenso politico sia nelle democrazie occidentali, sia negli stati totalitari quando gli Stati possano orientare l'opinione pubblica con l'ausilio di sofisticate tecnologie informatiche⁵⁵.

Tra i fenomeni recenti che hanno destato fondati interrogativi sul rispetto della privacy e sulle finalità del trattamento delle informazioni raccolte da soggetti privati vi sono, da ultimo, i sistemi di ascolto delle conversazioni private contenuto in vari «*smart objectives*»⁵⁶ venduti dalle principali imprese del Web.

indipendenti, sul punto v. B. CARAVITA, *Social network, formazione del consenso, istituzioni politiche: quale regolamentazione possibile?*, in *Federalismi.it*, 2018, 5.

⁵⁵ «Even now, an algorithm that learns a little bit about you can discover and tell you what "people like you" tend to like. It can create something close to a Daily Me, just for you, in a matter of seconds. In fact that's happening every day. If the algorithm knows that you like certain kinds of music, it might know, with a high probability, what kinds of movies and books you like, and what political candidates will appeal to you. And if it knows what websites you visit, it might well know what products you're likely to buy, and what you think about climate change and immigration»: così C.R. SUNSTEIN, *#Republic: Divided Democracy in the Age of Social Media*, Princeton, 2017, 3.

⁵⁶ Le notizie sulla stampa concernenti l'ascolto delle conversazioni private compiuto ad opera di vari «smart objectives» si sono moltiplicate; tra gli altri si vedano: D.



Le medesime enormi quantità di informazioni raccolte tanto da soggetti privati quanto da apparati pubblici, siano esse «dati personali» o «non personali»⁵⁷, possono essere utilizzate per le finalità più diverse. In altre parole, i dati raccolti da un portale della PA, da un social network o da un motore di ricerca potranno essere utilizzati indistintamente a seconda delle esigenze di colui che esegue l'analisi del dato al fine di aumentare la capacità penetrativa del mercato di una determinata categoria di imprese, per produrre nuovi beni o servizi richiesti dal mercato, ovvero per migliorare l'attitudine persuasiva di un candidato rispetto ad un specifico ceto del corpo elettorale. Tali considerazioni rendono persino obsoleta la bipartizione tra diritto privato e diritto pubblico ed anzi pongono in luce l'esigenza di una nuova disciplina della circolazione delle informazioni che superi categorie concettuali ormai prive di capacità distintiva rispetto a fenomeni tecnologici contemporanei.

Inoltre, la cronaca ha rilevato come la competizione tra Stati si sia spostata anche nelle reti telematiche anche quando con l'uso (illecito) dei dati si è tentato di influenzare gli equilibri politici ed elettorali in Paesi concorrenti, come nel caso delle elezioni presidenziali statunitensi. Le «intrusioni cibernetiche nei processi elettorali sono fenomeni piuttosto diffusi negli ultimi anni: tra i casi noti, quelli che hanno riguardato il referendum inglese sulla Brexit e quello sull'indipendenza catalana del 2017, le elezioni tedesche e francesi del 2017, quelle italiane del 2018 e quelle ucraine del 2014 e del 2019»⁵⁸.

URIETTI, *I dipendenti Microsoft ascoltano le conversazioni registrate con Skype e Cortana. L'azienda di Bill Gates finisce al centro dell'attenzione, mentre a Cupertino si preparano per la prima class action, in Il corriere della sera*, 9 agosto 2019; ANSA, *L'assistente Siri di Apple ascolta conversazioni utenti. Cupertino, per migliorare servizio, non associa ad ID Apple*, in https://www.ansa.it/sito/notizie/tecnologia/software_app/2019/07/30/apple-stampa-assistente-siri-ascolta-conversazioni-utenti_4a638b34-150d-4120-b8c2-986641b92b.html.

⁵⁷ Le difficoltà connesse alla distinzione delle diverse categorie di dati sono colte e illustrate da L. AMMANNATI, *La circolazione dei dati: dal consumo alla produzione*, in *Riv. trim. dir. ec.*, 2020, 668 ss. In sostanza i «Big Data si riferiscono alla raccolta, all'analisi e all'accumulo ricorrente di ingenti quantità di dati, compresi i dati personali, provenienti da una serie di fonti diverse, che sono oggetto di un trattamento automatizzato mediante algoritmi informatici e tecniche avanzate di trattamento dei dati, che usano sia informazioni memorizzate sia in streaming, al fine di individuare determinate correlazioni, tendenze e modelli (analisi dei Big Data)»; così: il Considerando «A» della Risoluzione del Parlamento europeo del 14 marzo 2017, cit.

⁵⁸ Così A. BONFANTI, *Attacchi ciberneticici in tempo di pace: le intrusioni nelle elezioni presidenziali statunitensi del 2016 alla luce del diritto internazionale*, in *Riv. dir. int.*, 2019, 695.

Invero, le problematiche connesse al trattamento delle informazioni per ragioni di tipo tecnico e tecnologico legate all'architettura stessa del Web, non conoscono limiti territoriali. Qualsiasi tipo di elaborazione di dati inerenti soggetti o fatti possono avvenire in tempo reale dall'altra parte del globo senza che se ne abbia contezza⁵⁹. La verifica di queste violazioni è assai complessa sia per la transnazionalità delle operazioni telematiche, sia per le difficoltà di rinvenire le tracce dell'illecito sulla rete quando è compiuta da soggetti privati (e diviene ancor più difficile quando è compiuta dai governi di Paesi non democratici). Anche in tale prospettiva si rivelano utili le perplessità manifestate in ordine alla scelta delle pubbliche amministrazioni e da grandi imprese strategiche di fare ricorso al *cloud computing* per allocare grandi quantità di informazioni su server che sono spesso ubicati su territori stranieri, là dove escono dal diretto controllo del titolare dell'informazione e si espongono a rischi di «hackeraggio» durante la circolazione in rete⁶⁰.

Non si possono, pertanto, ignorare le attività svolte dai governi e dalle imprese che operano in altre aree del pianeta tradizionalmente lontane geograficamente e culturalmente dal c.d. occidente. In particolare, l'interazione tra impresa e Stato esistente in taluni Paesi emergenti e nelle super potenze asiatiche si caratterizza per una strettissima partnership che può pervenire ad una confusione tra Stato e impresa. Il sistema economico (e giuridico) cinese, ad esempio, si caratterizza per una forte presenza del capitalismo di Stato che protegge l'economia nazionale dalle ingerenze degli operatori del commercio internazionale, promuovendo la commercializzazione dei propri prodotti nei mercati esteri e arginando gli investimenti stranieri nel mercato interno.

Con riferimento alla circolazione delle informazioni, la distinzione tra finalità pubbliche e private porta ad una confusione dei piani del discorso e, per certi versi, financo ad una loro

⁵⁹ L. CALZOLARI, *La collusione fra algoritmi nell'era dei "big data": l'immutabilità alle imprese delle "intese 4.0" ai sensi dell'art. 101 TFUE, Relazione al XXIII Convegno annuale SIDI "La codificazione nell'ordinamento internazionale ed europeo"*, Ferrara, 6-8 giugno 2018, in *Riv. dir. media*, 2018, 223 s., ricorda come gli illeciti eseguiti sulle reti telematiche lascino sempre una traccia digitale che consente una più agevole ricostruzione del fatto da parte delle autorità chiamate ad indagare. Tuttavia, quando le tracce portino fuori dalla UE l'indagine si complica notevolmente.

⁶⁰ Sul tema del *cloud computing* ed in particolare sui rischi dell'allocazione fuori dai confini statali di rilevanti quantità di dati strategici e sull'inadeguatezza della disciplina contrattuale v. A.G. NOTO LA DIEGA, *Il "cloud computing". Alla ricerca del diritto perduto nel web 3.0*, in *Europa e dir. priv.*, 2014, 645 ss.





unificazione⁶¹. Invero, nel capitalismo di Stato l'impresa obbedisce non solo a esigenze economiche e commerciali ma anche, e in certi casi soprattutto, a logiche politiche, per cui il patrimonio di informazioni dell'impresa è spesso condiviso con gli apparati statali e la ragion di Stato prevale sul rispetto dei diritti dei singoli individui.

Là dove esiste la distinzione tra diritto pubblico e diritto privato, è il legislatore a dover porre norme di ordine pubblico economico tese a limitare l'uso della tecnica⁶² da parte delle imprese qualora possa incidere negativamente sulle dinamiche di mercato o sulle scelte democratiche della popolazione. Tuttavia, il complesso sistema normativo vigente nella UE e negli USA, volto a proteggere la privacy dei cittadini, la concorrenza tra imprese e le scelte democratiche della popolazione, non ha impedito che si verificassero gli scandali «Echelon» e «Cambridge Analytica».

Si può, dunque, ritenere che, specie là dove vengano meno alcuni presidi giuridici, lo Stato possa, con più facilità, fungere da collettore di informazioni provenienti dalla società e dal mercato grazie all'attività di intelligence, all'esercizio di pubblici poteri o ai feedback delle grandi imprese pubbliche e private.

Perciò, la partecipazione degli Stati alla gestione delle informazioni e il deficit di regolamentazione dell'uso delle informazioni ha contribuito a generare esigenze protezionistiche che si giustificano quando viene posto a in pericolo l'«interesse pubblico», inteso come possibile lesione della sicurezza nazionale, della stabilità finanziaria, dell'imparzialità dei media e dell'efficienza delle telecomunicazioni. In quest'ottica si spiega la complessa vicenda del caso

«5G»⁶³ di tecnologia cinese, visto con sospetto dai mercati e dalle democrazie occidentali, che ha condotto gli USA a rivedere gli accordi per le forniture delle tecnologie cinesi di telecomunicazione⁶⁴.

Nel contesto appena delineato, il legislatore eurounitario ha iniziato un percorso normativo teso a conferire una maggiore protezione alle informazioni rilevanti per la sicurezza pubblica. In tale prospettiva sono stati separati due profili rilevanti nella disciplina del trattamento dei dati personali, lasciando la disciplina della libera circolazione delle informazioni al GDPR e garantendo un maggiore controllo pubblico sugli aspetti inerenti le minacce alla sicurezza pubblica e la prevenzione delle stesse⁶⁵ confluiti nella direttiva 2016/680⁶⁶. Con la direttiva 2016/1148⁶⁷ gli Stati membri sono stati, poi, obbligati ad adottare una strategia nazionale in materia di sicurezza della rete

⁶³ Con l'acronimo «5G» si intende definire la «quinta generazione» di tecnologie e standard di telecomunicazioni, che si stanno diffondendo nei mercati (anche in Italia) e sono prodotte e distribuite da aziende della Repubblica Popolare Cinese. Sui problemi giuridici della tecnologia «5G», che oscillano tra la cybersecurity e la guerra commerciale, si vedano i tentativi compiuti negli USA per arginare l'ingresso nel mercato nord americano delle nuove tecnologie di provenienza cinese, sul punto v. A. GIANNACCARI, *Verso il 5G [5th Generation - quinta generazione] a stelle e strisce: la concentrazione "T-Mobile/Sprint"*, in *Merc. conc. reg.*, 2019, 537 ss. Vi è chi ritiene che siamo «ormai nel mezzo di una nuova Guerra fredda in cui le due maggiori potenze mondiali ricorrono, per il momento, soprattutto ad armi economiche e giuridiche», così: S. ROMANO, *Una nuova guerra fredda?*, in *Gnosis*, 2020, <http://gnosis.aisi.gov.it/Gnosis/Rivista58.nsf/servnavig/10?Open&Highlight=2,romano+cina>.

⁶⁴ Il 5G cinese è visto con sospetto per la sua potenziale attitudine a trasmettere alla casa madre anche dati preziosi sulle tecnologie e le infrastrutture di telecomunicazione oltre che sulle informazioni relative ai cittadini degli stati in cui possono essere collocate. In particolare, negli USA i timori per la tecnologia cinese è financo maggiore dell'avversione per il relativo sistema politico S. ROMANO, *Lo stato della Cina*, in *Gnosis*, 2020, <http://gnosis.aisi.gov.it/Gnosis/Rivista64.nsf/servnavig/10?Open&Highlight=2,romano+cina>.

⁶⁵ GDPR art. 2, par. 2, lett. d).

⁶⁶ Si tratta della Direttiva (UE) 2016/680 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 27 aprile 2016, «relativa alla protezione delle persone fisiche con riguardo al trattamento dei dati personali da parte delle autorità competenti a fini di prevenzione, indagine, accertamento e perseguimento di reati o esecuzione di sanzioni penali, nonché alla libera circolazione di tali dati e che abroga la decisione quadro 2008/977/GAI del Consiglio Dati personali e non personali e dati utilizzati per finalità di sicurezza pubblica e di protezione dello stato non a caso sono trattate separatamente».

⁶⁷ Direttiva 2016/1148 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 6 luglio 2016, «recante misure per un livello comune elevato di sicurezza delle reti e dei sistemi informativi nell'Unione» attuata, nel sistema italiano, con il DL 18 maggio 2018, n. 65.

⁶¹ Sui diversi approcci dei Paesi orientali osservati dalla prospettiva occidentale sulla questione della responsabilità degli intermediari online v. A. STAZI, *I multiformi approcci dei Paesi dell'Asia estremo-orientale e dell'Oceania alla responsabilità degli intermediari online: una panoramica comparatistica da una prospettiva occidentale*, in *Dir. inf.*, 2018, 233 ss.

⁶² V. TROIANO, *Potere, tecnica e proporzione nel volume «il giudice e l'economia» di Giancarlo Montedoro*, in *Riv. trim. dir. econ.*, 2015, 319 ss., ricorda che «il nesso esistente tra mercato e democrazia, rileva come storicamente la società europea abbia ricercato e garantito un certo equilibrio tra democrazia mercato e diritti umani, insieme alla distinzione, oramai in crisi, tra sfera pubblica e sfera privata. Lo Stato nazione è sorto quale luogo di consacrazione di tali equilibri. L'odierno capitalismo globale considera, però, limitante qualsiasi istituzione: quell'equilibrio si rompe, ma risulta ancora incerta e velleitaria la via volta a sganciare la sorte dei diritti umani da quella della democrazia nazionale. La dura e nuda logica dell'economia precede la politica ed il fulcro del processo costituente europeo e nazionale diventa il complesso rapporto tra crisi dei mercati e potere sovrano degli Stati».

4. L'informazione: un «nuovo petrolio»?

L'uso dell'informazione nei processi produttivi è dovuto, fra l'altro, alla diffusione delle tecnologie «Big data» amplificate dall'implementazione dei nuovi sistemi di intelligenza artificiale. Si tratta di una tecnologia assai duttile, che può essere impiegata con diverse finalità, non solo commerciali, rappresentando uno strumento per le imprese e le pubbliche amministrazioni dalle implicazioni economiche e sociali ancora non del tutto esplorate⁶⁸.

Sul piano giuridico non si rinviene una normativa organica specificamente dedicata alle implicazioni giuridiche dei «Big data», sebbene tale lacuna normativa sia stata segnalata da tempo⁶⁹.

I rischi immediatamente più avvertiti connessi all'uso indiscriminato dei «Big data» hanno riguardato, *in primis*, le possibili lesioni della privacy delle persone fisiche. Per tale ragione, nel contesto europeo, la più recente normativa sulla protezione dei dati personali⁷⁰ si pone, per sua

⁶⁸ Per il nuovo «ecosistema digitale» idoneo a rimette in discussione assetti di mercato e politiche di intervento pubblico, fino agli stessi fondamentali della microeconomia classica, v. A. PERRUCCI, *Dai Big Data all'ecosistema digitale. Dinamiche tecnologiche e di mercato e ruolo delle politiche pubbliche*, in *An. giur. ec.*, 2019, 61 ss.

⁶⁹ La necessità per l'UE si doti di una disciplina dei big data era già espressa nel parere 7/2015 del Garante europeo della protezione dei dati, del 19 novembre 2015, intitolato «*Meeting the challenges of big data – A call for transparency, user control, data protection by design and accountability*», in https://edps.europa.eu/sites/edp/files/publication/15-11-19_big_data_en.pdf.

⁷⁰ Nella dottrina giuridica, tra coloro che pongono in evidenza i rischi per la privacy delle persone derivanti dall'analisi dei «Big data», si ricordano, tra gli altri, G. D'ACQUISTO – M. NALDI, *op. cit.*, 23 ss.; Inoltre, deve essere segnalato che «il problema principale di un approccio basato sulle correlazioni, risiede nel fatto che all'aumentare dei dati a disposizione aumenta la probabilità di trovare variabili che tra loro presentano un legame del tutto casuale; la possibilità che questi legami siano del tutto casuali, quindi, è molto elevata nei grandi data set, ovvero aumenta al crescere del volume e della varietà dei dati. La letteratura scientifica già da lungo tempo evidenzia il fatto che basarsi esclusivamente sulle correlazioni espone l'analisi a una serie di insidie che possono portare a interpretazioni sbagliate», così: AGCOM, *Big data. Interim report nell'ambito dell'indagine conoscitiva di cui alla delibera n. 217/17/CONS*, reperibile in <https://www.agcom.it/documents/10179/10875949/Studio-Ricerca+08-06-2018/c72b5230-354d-444f-9e3f-5467ca450714?version=1.0>, 14. Con riferimento alla disciplina dei Big data è stata ipotizzata la necessità di formulare nuovi

stessa natura, in contrapposizione con le esigenze di libertà di elaborazione delle informazioni tipiche delle tecnologie «Big data».

Il dibattito giuridico ha riguardato l'uso delle nuove tecnologie in questione nel commercio elettronico e lo sfruttamento economico dei dati personali di (non sempre consapevoli) utenti, che fruiscono dei servizi delle reti telematiche ignorando, spesso, anche numerosi aspetti tecnici e tecnologici delle modalità e finalità di utilizzo delle informazioni da essi rilasciate. In particolare, le norme contenute nel regolamento UE 679/2016 limitano le facoltà di analizzare i «Big data» e di utilizzarli nelle pratiche commerciali, sulla base delle norme in materia di finalità di trattamento, al principio di minimizzazione dei dati, ai limiti di utilizzo di particolari categorie di dati e alle decisioni automatizzate⁷¹.

Tale fenomeno, tuttavia, è assai più vasto e complesso del dibattito relativo allo sfruttamento economico del dato personale (peraltro ormai consolidato nell'ontologia del mercato) e comprende anche informazioni che possono essere riferite a soggetti giuridici del mercato diversi dalle persone fisiche o possono prescindere totalmente da un riferimento soggettivo, si pensi ai dati anonimi o alle informazioni industriali. Perciò la normativa sulla protezione dei dati personali si rivela inadeguata a regolare le tecnologie «Big Data» per ragioni di tipo oggettivo, soggettivo ed anche territoriale.

Si consideri, infatti, che principio generale dell'intera normativa sulla protezione dei dati è il principio di *autodeterminazione informativa*⁷², secondo cui ogni soggetto ha il diritto di mantenere il controllo dei propri dati personali e ha su di essi un potere dispositivo. La tutela e l'effettività di questo principio sembrano però entrare in crisi quando l'atto di disposizione del proprio dato personale da parte del singolo, affinché se ne faccia uso nelle aggregazione dei «Big data», consente

paradigmi giuridici, in questo senso G. RESTA – V. ZENOVICH, *Volontà e consenso nella fruizione dei servizi in rete*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2018, 460.

⁷¹ La dottrina giuridica che si è occupata dei Big data ha posto in evidenza i problemi connessi ai rischi per la lesione della privacy degli utenti ignari delle reti telematiche: tra i tanti che hanno studiato il tema, si veda l'analisi svolta da T. ZARSKY, *Incompatible: The GDPR in the Age of Big Data*, in *(August 8, 2017) Seton Hall Law Review*, 47, n. 4(2), 2017, in <https://ssrn.com/abstract=3022646>, in particolare 1004 ss., là dove vengono descritti alcuni casi specifici di incompatibilità tra le norme del GDPR e la raccolta e l'uso dei Big data.

⁷² La rilevanza del principio di autodeterminazione informativa conserva la sua rilevanza nonostante talune novità normative introdotte con il GDPR, sul punto v. R. MESSINETTI, *Circolazione dei dati personali e autonomia privata*, in *Federalismi.it*, 2020, 6 ss.

l'elaborazione di informazioni predittive su tutta la categoria di soggetti a cui l'interessato dal trattamento appartiene⁷³ e, in tal modo, può potenzialmente ledere la privacy di persone che non abbiano espresso il loro consenso al trattamento dei dati e che non siano coinvolte nella relazione telematica che alimenta le informazioni aggregate.

I «Big Data», infatti, sovvertono o, quantomeno, relativizzano la logica di taluni problemi connessi all'uso dei dati personali⁷⁴. Non pare, ad esempio, possa essere rispettato il principio di finalità art. 5 GDPR visto che non si conosce preventivamente la finalità cui verranno destinati i dati dopo che ne verrà tratta la capacità predittiva. Nei «Big Data» sono sostanzialmente inapplicabili *ex post*, anche, le principali norme di protezione della privacy, in quanto è praticamente impossibile rintracciare il singolo dato personale o comprendere per quale finalità esso venga utilizzato in concreto. Il fenomeno in parola «ha reso la tradizionale distinzione “dati personali” e “non” del tutto obsoleta dal momento che risulta estremamente difficile stabilire *ex ante* tra tutte le informazioni raccolte su un individuo cosa rappresenta un dato personale e cosa no. Questi, infatti, assumono diversa natura a seconda della quantità di dati accumulati, del contesto, nonché delle tecnologie di analisi. Ad esempio, da un insieme, oramai anche ridotto, di dati non personali, alcune tecniche psicometriche possono facilmente derivare informazioni individuali di natura sensibile (quali l'orientamento politico, la dipendenza da stupefacenti, ecc.)»⁷⁵.

I «Big Data» sono divenuti una *materia prima* che, opportunamente trasformata, genera un «semilavorato» o, più correttamente, un servizio fondamentale⁷⁶, in grado di modificare e migliorare

la gran parte dei meccanismi di funzionamento del commercio elettronico attraverso la predizione di comportamenti collettivi o di singoli soggetti sufficientemente profilati e correttamente ascritti a un *cluster* noto. Vi è da dire che questa materia prima indispensabile per taluni processi produttivi non è facilmente reperibile sul mercato ed è, infatti, appannaggio di poche grandi imprese (e degli Stati). Le *Big Four tech companies*, dette anche in acronimo «GAFA»⁷⁷, che si spartiscono il mercato con alcune importantissime imprese asiatiche, hanno costruito un'enorme rete di relazioni digitali e possono raccogliere una quantità di informazioni precedentemente impensabili.

La cessione dei dati analizzati (anche non personali) e già funzionalizzati all'uso nel mercato rappresenta non (solo) la cessione di un «nuovo bene», ma anche e soprattutto la prestazione di un servizio, che si sostanzia proprio nell'elaborazione del dato idonea ad essere utilizzato quale strumento di marketing⁷⁸ in uno specifico settore produttivo. Invero, una grande mole di dati non è in grado di esprimere alcunché se non è adeguatamente analizzata al fine di verificare e orientare la interrelazione tra i diversi dati⁷⁹. L'elaborazione dei «Big Data», all'esito dell'analisi e della creazione di nuove informazioni con le caratteristiche predittive di cui si è detto, può essere assimilata alla creazione delle opere dell'ingegno⁸⁰.

Ciò pone indubbiamente problemi di disciplina antitrust e tutela del consumatore, in ragione dell'astratta attitudine ad incidere significativamente nelle dinamiche concorrenziali del mercato mondiale. La diponibilità di grandi quantità di dati e la capacità di saperli analizzare aumentano il potere di mercato delle imprese⁸¹. I

⁷³ Conformemente v. A. CORRADO – F. STAZI, *Datificazione dei rapporti socio-economici e questioni giuridiche: profili evolutivi in prospettiva comparatistica*, cit., 459 ss.; M. Granieri, *Proprietà, contratto e status nell'industria dell'informazione. Per una visione criticamente relazionale dell'economia digitale*, in *Merc. conc. reg.*, 2006, 114.

⁷⁴ La difficoltà di disciplinare l'uso dei dati personali nell'ambito dei «Big data» è colta da Purtova, *Do property rights in personal data make sense after the big data turn: Individual control and transparency*, in *Journal of Law and Economic Regulation*, 2017, 64 ss., in <http://www.dbpia.co.kr/Journal/ArticleDetail/NODE07296102>.

⁷⁵ Così: AGCOM, *Big data. Interim report*, cit., 4.

⁷⁶ L'Autorità garante della concorrenza e del mercato (AGCM), con provvedimento n. 26620 del 30 maggio 2017 «IC53 – Big Data», e il Garante per la protezione dei dati personali (di seguito «Garante») – sulla base delle determinazioni adottate nell'adunanza collegiale dell'11 maggio 2017, hanno avviato congiuntamente una Indagine conoscitiva volta ad approfondire la conoscenza degli effetti prodotti dal fenomeno dei Big Data e analizzarne le conseguenze in relazione all'attuale contesto economico

politico-sociale e al quadro di regole in vigore»; così AGCM, *Indagine conoscitiva sui Big data*, in <https://www.agcom.it/documents/10179/17633816/Documento+generico+10-02-2020+1581346981452/39c08bbe-1c02-43dc-bb8e-6d1cc9ec0fef?version=1.0>.

⁷⁷ Si tratta dei grandi colossi imprenditoriali delle reti telematiche: Google, Amazon, Facebook e Apple. Si ritiene che tali grandi aziende private, unitamente a pochi altri colossi asiatici del comparto dell'Information Technology, trattino la quasi totalità delle informazioni elettroniche che transitano nella rete globale; v. G. SUFFIA, *op. cit.*, 465 ss.

⁷⁸ Cfr. A. CORRADO – F. STAZI, *Datificazione dei rapporti socio-economici e questioni giuridiche: profili evolutivi in prospettiva comparatistica*, cit., 464 ss.

⁷⁹ Sul punto si veda A.M. GAMBINO, *Intervento al Convegno «Privacy digitale e protezione dei dati personali tra persona e mercato» del 23 ottobre 2017 (Fondazione CESIFIN)*, in <https://www.dimt.it/index.php/it/notizie/16427-privacy-digitale-e-protezione-dei-dati-personali-tra-persona-e-mercato/>. Cfr. anche a. A. Ottolia, *Big data e innovazione computazionale*, Torino, 2017, 13 ss.

⁸⁰ In questo senso M. GRANIERI, *op. cit.*, 123 ss.

⁸¹ Al tema del rapporto tra Big data e concorrenza è



«Big Data» vengo estratti ben oltre il mercato di riferimento dei prodotti della singola impresa e sono acquisibili solo da talune imprese che abbiano sviluppato un numero di relazioni sufficiente, così da poter «competere sul mercato dei comportamenti futuri»⁸², fino a poter assumere un potere dominante⁸³ nel mercato di riferimento. L'abuso di tali informazioni può anche derivare dalla aggregazione⁸⁴ di imprese titolari di cospicui patrimoni informativi: la conseguente fusione di tali patrimoni creerebbe in capo a un unico soggetto il potere di disporre di vasti *database*, anche con conseguente rischio di lesione della privacy dei soggetti⁸⁵ e dei diritti dei consumatori e degli utenti.

Inoltre, la stessa disciplina della concorrenza, anche nei mercati internazionali, appare non sufficientemente aggiornata rispetto alle questioni poste dalle nuove tecnologie⁸⁶. Si tratta così di aspetti che per le ragioni sopra illustrate non possono rimanere confinati alle sole questioni commerciali e pongono esigenze di regolazione generale. Si consideri che quanto detto sull'uso dei dati vale ancor di più per gli esiti delle diverse analisi dei medesimi «Big Data» che possono rilevare tanto a fini privatistici (ad esempio per incrementare la capacità penetrativa del mercato di

una determinata categoria di imprese) quanto per migliorare la persuasione di un ceto del corpo elettorale.

In tal modo è stato amplificato ulteriormente il potere di soggetti privati che possono conoscere e influire anche sui meccanismi di formazione dell'opinione pubblica sulle tematiche più varie. Tra diversi possibili impieghi dei «Big Data» vi è la possibilità di analizzare i grandi flussi di dati per valutare le fluttuazioni del consenso democratico e comprendere quali fenomeni possono modificarne l'andamento e di identificare specifici cluster di elettorato sulla base dei profili degli utenti di appartenenza in modo da influenzare o, peggio, manipolare i meccanismi elettorali attraverso l'invio di messaggi personalizzati ai singoli utenti.

Le critiche mosse alle nuove tecnologie ontologicamente considerate dovrebbero essere più correttamente indirizzate verso l'assenza o l'inadeguatezza delle discipline volte prevenirne i profili patologici derivanti dall'abuso. Invero, l'uso dei «Big Data» e, più in generale, l'analisi delle informazioni immesse in rete dovrebbe essere fisiologicamente utilizzata per ottenere prodotti e servizi migliori, o prezzi più bassi, per i consumatori senza dar luogo necessariamente ad un vantaggio competitivo incolmabile all'impresa che ne dispone. Gli Stati, per altro verso, possono sfruttarli anche per orientare la loro azione a vantaggio degli interessi della collettività, considerato che i dati e l'analisi dei «Big Data», in particolare, si prestano ad essere utilizzati con funzione di monitoraggio dei comportamenti e dei bisogni delle comunità nazionali e locali⁸⁷.

Pertanto, l'uso virtuoso dei dati è oggi certamente idoneo a generare nuova ricchezza e sostenere un'evolva concezione dei rapporti sociali⁸⁸, ma non può più prescindere da una specifica regolamentazione internazionale dei fenomeni economici e sociali sopra esaminati coordinata con le normative statali.

dedicato il numero speciale, a cura di F. DI PORTO, *Big data e concorrenza*, in *Conc. merc.*, vol. 23/2016, a cui si rinvia per l'analisi delle diverse problematiche ad esso connesse. L'attuale panorama normativo non offre strumenti di tutela idonei a fornire un'adeguata risposta alle esigenze del mercato e dei consumatori rispetto all'azione degli operatori della rete; in questo senso S. GOBBATO, *Big data e "tutele convergenti" tra concorrenza, GDPR e Codice del consumo*, in *Riv. dir. media*, 2019, 3.

⁸² Così: S. ZUBOFF, *op. cit.*, 141.

⁸³ I vantaggi derivanti per l'impresa dall'uso dei «Big data» sul piano delle dinamiche concorrenziali sono posti in evidenza da G. COLANGELO – M. MAGGIOLINO, *Big Data as a Misleading Facility*, in <https://www.tandfonline.com/doi/abs/10.1080/17441056.2017.1382262>, 7 ss.

⁸⁴ Contro le concentrazioni di informazioni nelle mani di poche grandi imprese e per i possibili rischi per il funzionamento della democrazia da esse derivanti v. P. CIARLO, *Democrazia, partecipazione popolare e populismo al tempo della Rete*, in *AIC*, 2, 2018, 10.

⁸⁵ Sotto questo profilo, la creazione di database contenenti dati personali per effetto di aggregazioni di imprese potrebbero divenire un ostacolo ulteriore alle concentrazioni, sul punto v. G. PITRUZZELLA, *Big Data and antitrust enforcement*, in *Riv. it. Antitrust*, 2017, 79 ss.

⁸⁶ Le autorità antitrust sono ancora in una fase iniziale nell'organizzare la loro attività al fine di perseguire gli illeciti commessi attraverso l'uso dei dati nelle reti telematiche, in questo senso v. B. LASSERRE – A. MUNDT, *Competition law and Big Data: the enforcers' view*, in *Riv. it. Antitrust*, 2017, 101. A questo proposito si consideri che i nuovi algoritmi devono essere considerati potenzialmente dei «facilitatori di illeciti antitrust», come rilevato da L. CALZOLARI, *op. cit.*, 221 ss.

⁸⁷ Sul ruolo pubblico nell'uso delle nuove tecnologie dell'informazione v. V.M. CATANZARITI, *La dimensione extraterritoriale della sorveglianza di massa*, in *Rass. dir. pub. eur.*, 2019, 335 ss.; C. COMELLA, *Alcune considerazioni sugli aspetti tecnologici della sorveglianza di massa, a margine della sentenza Safe Harbor della Corte di giustizia dell'Unione Europea*, in G. RESTA – V. ZENO-ZENCOVICH (a cura di), *La protezione transnazionale dei dati personali*, cit., 70 s.

⁸⁸ Le necessità di condividere i dati tra soggetti pubblici al fine di migliorare le strategie di intervento della PA nelle società contemporanee è segnalata da A. PENTLAND, *Fisica sociale, come si propagano le buone idee*, Milano 2015, 161 ss.

5. L'economia dei dati: prime osservazioni sui limiti normativi all'attività delle imprese finanziarie.

Le grandi multinazionali del Web nord americane e asiatiche si avvantaggiano sempre più del progressivo spostamento delle attività umane nelle reti telematiche e della generale datificazione di ogni aspetto della realtà analogica. Ciascuna impresa del Web ha, quindi, la necessità di rendere sempre più personalizzate ed esclusive le relazioni con gli utenti al fine di trarne il maggior profitto attraverso la supremazia nell'acquisizione di una maggiore quantità e qualità dei dati. Le società in parola sono quotate in borsa per svariati miliardi di dollari, ma il loro vero valore è ormai rappresentato dai patrimoni informativi e dalla capacità di analizzarli e impiegarli nel marketing d'impresa o offrirli sotto forma di bene o servizi nel mercato. La significativa rilevanza dei dati sul piano economico consente di affermare che i database che li contengono andrebbero correttamente considerati *assets* d'impresa, in quanto utilizzati (e utilizzabili) nel processo produttivo. Vi è da ritenere che le informazioni viste in questa prospettiva potrebbero essere considerate una componente del patrimonio attivo della società e, come tali, il legislatore dovrebbe considerare la possibilità di ricomprenderle tra le poste del bilancio d'esercizio, anche al fine di favorire una più efficace supervisione pubblica sull'attività di imprese strategiche⁸⁹.

Le multinazionali del web hanno recentemente iniziato ad utilizzare le loro «relazioni telematiche» e i dati da esse derivanti per incidere aree di mercato riservate alle imprese finanziarie⁹⁰. I colossi del Web rappresentano con tutta probabilità i soggetti che più possono porsi come reali *competitors* delle imprese finanziarie, in quanto dispongono di marchi affermati⁹¹ e riconosciuti da miliardi di utenti in tutto il mondo e devono poter offrire ai propri clienti ogni genere di bene o

servizio al fine di mantenere la relazione telematica con tutti i propri (anche potenziali) clienti.

Si pensi alle imprese come i social network che di recente hanno sempre più manifestato la necessità di mantenere le relazioni tra utenti al loro interno al fine di presidiare la creazione e lo scambio di dati creando propri sistemi di pagamento che consentano di evitare di coinvolgere nella relazione con il cliente soggetti terzi prestatori di servizi di pagamento. L'esecuzione del contratto, in tal modo, può avvenire in modo «diretto» ed «esclusivo» *inter partes*, evitando che tutte le informazioni relative all'oggetto del rapporto vengano conosciute anche da terzi. Il problema visto dalla prospettiva dell'impresa è quello di non condividere il valore del dato con i terzi ed, eventualmente, vendere un servizio (di pagamento) aggiuntivo al proprio cliente, ovvero «coniare» nuove crypto monete⁹², creando così un sistema chiuso.

Si può, inoltre, ritenere che la vendita di prodotti finanziari di varia natura non sia dissimile dalla commercializzazione di altri prodotti complessi e possa essere potenziata ed amplificata dall'uso dei dati derivante dalla relazione telematica anche mediante le tecnologie basate sui «Big Data». L'esempio della parabola crescente di Amazon a questo proposito è emblematica se si pensa che inizialmente il business era limitato ai soli libri, per poi estendere le strategie di vendita basate sui dati ad altre diversissime tipologie di beni e servizi con identica efficacia penetrativa del mercato. Attualmente, ad esempio, nell'offerta di Amazon si trovano anche prodotti assicurativi ed è prevedibile che a breve vi compariranno altri generi di prodotti finanziari. Le multinazionali del web potranno permettersi (anche in perdita) di invadere settori di mercato tradizionalmente riservati alle banche o alle imprese finanziarie latamente intese, costituendo delle società *ad hoc*, acquisendo (in uno Stato qualsiasi) con facilità, le necessarie autorizzazioni o creando nuove partnership⁹³, anche considerato che

⁸⁹ Ad esempio, con riguardo alle imprese finanziarie, si parla di funzione informativa esterna per porre in evidenza il rilievo pubblicistico del bilancio bancario; sul punto v. V. LEMMA – A. TROISI, *I bilanci bancari*, in AA.VV., *Manuale di diritto bancario e finanziario*, a cura di Capriglione, Padova, 2019, 435 ss.

⁹⁰ In questo senso R. LENER, *Tecnologie e attività finanziaria, Relazione al Convegno "Il trattamento algoritmico dei dati tra etica, diritto ed economia"*, Napoli, 9-11 maggio 2019, in *Riv. trim. dir. ec.*, 2019, 269 ss.

⁹¹ Cfr. R. MORO VISCONTI, *Valutazione dei Big Data e impatto su innovazione e digital branding*, in *Dir. ind.*, 2016, 1, 51, il quale ricorda che «gli strumenti digitali acquistano sempre più rilevanza non solo come «luoghi» di espressione e condivisione di rete, ma anche in quanto efficaci veicoli di informazione, sviluppo del brand, marketing e business».

⁹² «In estrema sintesi il progetto in questione prevede lo sviluppo di una nuova "moneta" digitale, denominata appunto *Libra*, utilizzabile dal pubblico a livello globale, di un'associata infrastruttura finanziaria (anch'essa pubblicamente accessibile a livello globale) e di uno specifico sistema di *governance* di natura privatistica. Un ulteriore elemento caratterizzante il progetto è il diretto coinvolgimento nello stesso anche di imprese multinazionali non finanziarie *cc.dd "Over-The-Top" o "Big Techs"*, tra cui in *primis Facebook Inc.* (...): così, S. MEZZACAPO, *La nuova "crypto-attività" e infrastruttura finanziaria globale "Libra": analisi della fattispecie e profili regolamentari nel diritto dell'UE*, in *Dir. banca merc. fin.*, 2020, 1, 36.

⁹³ L'intento delle *big tech* di invadere il settore finanziario con prodotti specifici è segnalato da A. PITOZZI, *Anche Google vuole fare la banca*, in



esse posseggono fatturati superiori al PIL di molti Paesi del c.d. terzo mondo e una capacità di influenzare le dinamiche dell'economia globale sempre maggiore.

L'uso dei dati nell'attività delle imprese finanziarie è divenuto fondamentale. Ad esempio, la *product governance*⁹⁴, sin dal momento della ingegnerizzazione del prodotto finanziario, può esserne positivamente influenzata dai «Big Data», i prodotti assicurativi possono divenire meno rischiosi con l'uso dei «dati genetici»⁹⁵, la valutazione del merito creditizio⁹⁶ eseguito anche sulle informazioni derivanti dal cluster di appartenenza o dall'analisi delle informazioni risultanti dai social media (c.d. «dati social») del potenziale mutuatario appare assai più affidabile. In tale prospettiva le imprese del web, a differenza delle (mere) imprese finanziarie, avendo a disposizione le predette enormi quantità di informazioni, possono utilizzarle in fase di *target market analysis* al fine di concepire prodotti più attraenti ed adeguati alle esigenze della clientela di riferimento, nel più puntuale rispetto della normativa vigente.

Un simile mutamento di mercato avviene quando, peraltro, un avanzato fenomeno di erosione delle quote di mercato tradizionalmente riservate alle imprese finanziarie è da ritenersi già in atto e deve essere correlato con il profondo processo di disintermediazione bancaria⁹⁷ e di sgretolamento del sistema «bancocentrico»⁹⁸ che si sta verificando da

<https://www.wired.it/economia/finanza/2019/11/14/google-banca/>.

⁹⁴ Pone in evidenza come l'ingegnerizzazione di nuovi prodotti finanziari debba avvenire sulla base di una rappresentazione adeguatamente dettagliata dei settori di mercato cui il prodotto stesso è destinato V. TROIANO, *La product governance*, in V. Troiano - R. Motroni (a cura di), *La MiFID II, Rapporti con la clientela - regole di governance - mercati*, Padova, 2016, 225 ss.

⁹⁵ Per le diverse implicazioni dell'uso dei dati genetici nel settore assicurativo tra vantaggi per il mercato e rischi per l'assicurato v. M. MAZZUCCA, *Dati genetici, reticenza del contraente e tutela dell'assicuratore*, in *giustiziacivile.com*, 2019, 10, 1 ss. Ancor più complesse divengono le problematiche giuridiche quando nel settore assicurativo vengono impiegati i *Big data*, cfr. D. PORRINI, *Asimmetrie informative e concorrenzialità nel mercato assicurativo: che cosa cambia con i big data?*, in *Conc. merc.*, 2016, 139 ss.

⁹⁶ I benefici dell'uso dei dati nella valutazione del merito creditizio sono segnalati da F. CAPRIGLIONE, *Industria finanziaria, innovazione tecnologica, mercato*, cit., 399 ss.

⁹⁷ Segnalano il rischio di disintermediazione connesso all'uso delle nuove tecnologie nei mercati finanziari con conseguenti maggiori rischi per i risparmiatori: R. MOTRONI - L. POSOCCO, *La dematerialisation et la desintermediation dans la revolution des «fintech»: premieres considerations*, in *Riv. giur. ec. tras. amb.*, 2017, 151 ss.

⁹⁸ Sul punto v. F. CAPRIGLIONE, *Nuova finanza e sistema italiano*, Milano, 2016, in particolare 52 ss.

tempo ad opera della c.d. *Fintech*⁹⁹, là dove le tecnologie informatiche sono divenute assai più rilevanti dei profili finanziari. Persino concetti come la sovranità monetaria¹⁰⁰ sono oggi posti in crisi dalle «criptovalute» coniate dai giganti della rete o da imprese private specializzate nelle nuove tecnologie «*blockchain*»¹⁰¹. Nel mercato europeo una grande svolta è stata poi offerta dalla PSD2 che ha esteso la possibilità di allargare il novero dei soggetti che possono offrire servizi di pagamento, indipendentemente dal possesso dei requisiti per l'esercizio dell'attività bancaria e di intermediazione, in ragione della prevalenza dell'importanza del servizio offerto in assenza di qualsiasi detenzione del capitale da parte dei prestatori del servizio.

Si ricordi, però, che anche le grandi imprese finanziarie e, tra esse, *in primis*, le banche, dispongono di enormi patrimoni informativi derivati anche dalla recente innovazione tecnologica del settore finanziario e dalla diversificazione delle modalità operative nei rapporti con la clientela basati sulla digitalizzazione dei rapporti contrattuali. Invero, si è moltiplicato negli ultimi anni l'uso telematico dei servizi come l'home banking, *app* su *smartphone*, servizi di consulenza *robo-advisor*, i pagamenti digitali o il trading on-line. Inoltre, sono stati digitalizzati i dati personali derivanti dallo studio del merito creditizio, dai pagamenti on-line, dai finanziamenti personali, dai mutui ipotecari, dall'uso del bancomat da parte dei clienti per gli acquisti ordinari, dall'accredito di stipendi e pensioni, dai movimenti nei conti correnti ed altri, possono ben generare flussi di informazioni pregiatissime. Si tratta, invero, di informazioni

⁹⁹ Ritene sostanzialmente impossibile dare una compiuta definizione del fenomeno del «fintech» R. LENER, *op. cit.*, 268. La forte necessità di adeguamento delle imprese finanziarie tradizionali alle novità derivati dal c.d. fintech è sottolineata da R. FERRARI, *L'era del Fintech. La rivoluzione digitale nei servizi finanziari*, Milano, 2016, 36 ss.

¹⁰⁰ In questo senso, con riferimento alla *Libra* e ad alcune *cryptocurrencies* già in circolazione, S. MEZZACAPO, *op. cit.*, 47 ss.

¹⁰¹ La rivoluzione tecnologica basata sulla *blockchain* è illustrata, anche con specifico riferimento al nuovo sistema finanziario, da N. ATTICO, *Blockchain. Guida all'Ecosistema. Tecnologia, business, società*, Milano, 2018, 63 ss. Ritene il settore finanziario un «naturale banco di prova» per la *blockchain*, con ridotti rischi per la privacy delle persone, P. CUCCURU, «*Blockchain*» ed automazione contrattuale. *Riflessioni sugli «smart contract»*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2017, 107 ss. Di diverso avviso sono A.M. GAMBINO - C. BOMPRESZI, *Blockchain e protezione dei dati personali*, in *Dir. inf.*, 2019, 632 ss., là dove pongono in evidenza il conflitto tra l'uso della *blockchain* e il principio di minimizzazione dei dati e sottolineano le difficoltà per gli interessati ad esercitare un adeguato controllo sui propri dati nel rispetto dei principi di *Data Protection by Design* e *Accountability*.





dettagliate e di altissima qualità in quanto prodotte in conformità ai criteri di sicurezza ed esattezza tipici delle relazioni bancarie.

Le banche hanno, pertanto, un patrimonio informativo di valore ingente e, per certi versi, inesperto, in quanto alcune categorie di tali dati potrebbero essere vendute nel mercato delle informazioni (ove opportunamente analizzate ed anonimizzate¹⁰²) senza che ciò possa comportare una violazione del segreto bancario¹⁰³ o della normativa sul trattamento dei dati personali. Tuttavia, se si guarda specificamente al contesto delle multinazionali finanziarie, si può osservare che esse hanno voluto e, per certi versi, dovuto mantenere il proprio *core business* nella finanza. Stando ai dati di mercato non pare che le imprese finanziarie abbiano saputo o voluto sfruttare appieno le relazioni (sempre più) telematiche con la loro clientela per trarne nuovi vantaggi commerciali¹⁰⁴, offrendo ai propri clienti ogni genere di bene o servizio per così dire «extrafinanziario» o partecipando al mercato delle informazioni. Va anche detto che vi sono diverse iniziative in questa direzione, che, da prima hanno riguardato «beni rifugio» come l'oro e le pietre preziose «da investimento»¹⁰⁵ e si sono, poi,

allargate ai beni di consumo e a taluni servizi. L'espansione predetta, però, non è di dimensioni tali da poter compensare in prospettiva le quote di mercato acquisibili dalle multinazionali dell'informazione in ambito finanziario. Pare, quindi, che le banche siano in ritardo sullo sfruttamento delle informazioni nei processi produttivi¹⁰⁶, proprio quando l'informazione diviene un elemento fondamentale del mercato finanziario con l'affermazione del *fintech* e potrebbe, dunque, produrre ricchezza mediante lo sfruttamento dei dati in maniera virtuosa ben oltre il solo mercato finanziario.

Un altro passo in questa direzione – attualmente solo in fase di esordio – è rappresentato dalle nuove previsioni della PSD2¹⁰⁷ in tema di *strong customer authentication*¹⁰⁸, che hanno indotto i fruitori di servizi *home banking* a scaricare sul proprio *smartphone* delle *app* che rispettino i nuovi standard di sicurezza per le credenziali di accesso ai conti correnti *on line*. Le nuove *app* consentono quindi alle imprese finanziarie di tenere un contatto assai più diretto con i propri clienti e di alienare attraverso esse ogni genere di bene o servizio raccogliendo, ricevendo nel contempo nuovi corposi flussi di dati.

Vi è da ritenere che il «potere» delle imprese finanziarie, che tradizionalmente veniva dall'erogazione del credito e dal conseguente vincolo debitorio con amplissimi ceti di clientela è oggi, forse, offuscato dal potere di controllo e di

¹⁰² Il Garante per la protezione dei dati personali, con il provvedimento del 12 settembre 2019 - Codice di condotta per i sistemi informativi gestiti da soggetti privati in tema di crediti al consumo, affidabilità e puntualità nei pagamenti, in <https://www.garanteprivacy.it/home/docweb/-/docweb-display/docweb/9141941>, ha dettato le nuove regole concernenti anche i termini di conservazione dei dati censiti e interrogabili on line, allungandoli sino a dieci anni per c.d. «dati off line», da impiegarsi per la verifica, anche comparativa, della capacità predittiva delle informazioni archiviate e per analisi statistiche, solo dopo averli assoggettati a procedimenti di «cripting» o «pseudo-anonimizzazione».

¹⁰³ Cfr. F. CAPRIGLIONE, *Riservatezza ed obbligo d'informazione nella legislazione antiriciclaggio e in quella antiterrorismo*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2004, II, 254 ss.

¹⁰⁴ Cfr. F. CAPRIGLIONE, *Industria finanziaria, innovazione tecnologica, mercato*, cit., 403 ss.

¹⁰⁵ Vale ricordare in questa sede quanto complessa sia stato l'inquadramento giuridico della vendita di diamanti attraverso il canale bancario. «Secondo la Consob, la disciplina di trasparenza e correttezza sui servizi di investimento non è di per sé applicabile alla vendita di diamanti o di altri beni materiali, anche qualora avvenga tramite il canale bancario, a meno che tale vendita non si configuri esplicitamente come offerta di un prodotto finanziario, grazie alla esplicita previsione, anche tramite contratti collegati, di elementi come, ad esempio, promesse di rendimento, obblighi di riacquisto, realizzazione di profitti ovvero vincoli al godimento del bene». Tale profilo è stato ricordato dalla AGCM nel testo del Provvedimento PS10677 – IDB - intermarket diamond business - diamanti da investimento, in https://www.agcm.it/dotcmsDOC/allegati-news/PS10677_scorsanz_omi.pdf, con il quale l'Autorità ha sanzionato le banche per la pratica commerciale scorretta della vendita dei diamanti ai risparmiatori come beni da investimento.

¹⁰⁶ «Gli operatori del settore bancario-credizio hanno rappresentato come l'approccio alle tecnologie Big Data debba essere necessariamente “prudenziale” in quanto, allo stato, non è ancora sufficientemente chiaro se, a fronte di ingenti investimenti, vi possa essere un effettivo e concreto ritorno economico. Ciò in quanto, da un lato, è estremamente difficile definirne le reali potenzialità e, quindi, le concrete applicazioni operative, considerato che i Big Data sono, prima facie, dati di qualità mediocre (almeno rispetto ai dati, per così dire “raffinati” di cui dispongono gli istituti di credito o i gestori dei sistemi di informazioni creditizie), la cui effettiva “lettura” e analisi richiedono professionalità specifiche»; così Agcm, *Indagine conoscitiva sui Big data*, in [https://www.agcm.it/dotcmsCustom/getDominoAttach?urlStr=192.168.14.10:8080/C12564CE0049D161/0/0E1F1A7563AE8D7DC125851F004F99C1/\\$File/p28051_all.pdf](https://www.agcm.it/dotcmsCustom/getDominoAttach?urlStr=192.168.14.10:8080/C12564CE0049D161/0/0E1F1A7563AE8D7DC125851F004F99C1/$File/p28051_all.pdf), 20 s.

¹⁰⁷ La PSD2 (*Payment Services Directive 2*) è la «Direttiva 2015/2366 del Parlamento Europeo e del Consiglio, del 25 novembre 2015, relativa ai servizi di pagamento nel mercato interno, che modifica le direttive 2002/65/CE, 2009/110/CE e 2013/36/UE e il regolamento (UE) n. 1093/2010, e abroga la direttiva 2007/64/CE Dir. 2015/2366 del Parlamento Europeo e del Consiglio del 25 novembre 2015 relativa ai servizi di pagamento nel mercato interno, che modifica le direttive 2002/65/CE, 2009/110/CE e 2013/36/UE e il regolamento (UE) n. 1093/2010, e abroga la direttiva 2007/64/CE».

¹⁰⁸ Sulle caratteristiche dei nuovi standard dettati dalla cd *strong customer authentication* v. R. MOTRONI, *La PSD2 tra soggetti e oggetto della tutela*, in *Dir. ec.*, 2019, 431 ss.

sorveglianza che deriva dall'analisi delle informazioni. La riluttanza ad utilizzare le informazioni detenute dalle banche per fini commerciali extra finanziari deriva dal tradizionale riserbo esistente in questo settore di mercato per i dati dei clienti e da una normativa assai stringente.

614 Invero, storicamente, il settore finanziario, attraverso la normativa speciale ha eretto attorno all'impresa bancaria e finanziaria una barriera di protezione rispetto alle possibili ingerenze da parte di imprese terze non autorizzate che volessero svolgere attività «riservate». Ciò che rileva in questa sede è che la creazione di una zona «riservata» finalizzata alla protezione del comparto finanziario ha anche avuto l'effetto (forse imprevisto o comunque non più attuale) di impedire – specialmente – alle banche di allargare l'oggetto dell'attività d'impresa e le opportunità di profitto, sfruttando alcuni fattori produttivi che già si trovano nel loro patrimonio come i dati e le informazioni di ritorno che, a vario titolo, provengono dai rapporti con la clientela.

Sotto questo profilo, nel sistema italiano l'art. 10, TUB¹⁰⁹, teso a circoscrivere l'«attività bancaria», da un lato, stabilisce che l'esercizio dell'attività bancaria è riservato alle banche, ma, dall'altro lato, precisa che «le banche esercitano, oltre all'attività bancaria, ogni altra attività finanziaria, secondo la disciplina propria di ciascuna, nonché attività connesse o strumentali». In tal modo si è eretto un confine di protezione che costituisce, nel contempo, un argine di contenimento delle possibili attività d'impresa esercitabili dai soggetti in questione. In altre parole, l'attività bancaria è riservata alle banche, ma queste ultime possono svolgere solo attività finanziaria o attività connesse rispetto alla (prevalente) attività finanziaria. Non dissimile è la scelta fatta nel TUF, all'art. 18¹¹⁰, là dove i diversi soggetti sono ammessi all'esercizio professionale nei confronti

¹⁰⁹ Cfr. AA.VV., a cura di F. CAPRIGLIONE, *Commentario al Testo Unico delle Leggi in materia bancaria e creditizia*, Padova, 2018, I, 111 ss. L'attività delle imprese bancarie è destinata, principalmente, alla raccolta del risparmio fra il pubblico e all'erogazione del credito, nonché ad alcune attività «connesse» (art.10 TUB), che possono assumere carattere accessorio o strumentale. Tra esse si ricordano tradizionalmente la consulenza finanziaria, le cassette di sicurezza, l'amministrazione di patrimoni mobiliari e immobiliari, il cambio valuta ed altri. Si tratta comunque di attività di rilevanza economica secondaria che permangono nello stretto settore finanziario e si pongono in stretta connessione con le anzidette attività principali. V. anche F. CAPRIGLIONE, *Nuova finanza e sistema italiano*, cit. 25 ss.

¹¹⁰ Sulla rilevanza degli artt. 10 TUB e 18 TUF nella definizione e limitazione dell'oggetto dell'impresa finanziaria, v. F. ANNUNZIATA, *La disciplina del mercato mobiliare*, Torino, 2020, 3 ss.

del pubblico, dei servizi e delle attività di investimento in via riservata quando assumano la forma di società con oggetto sociale vincolato.

Tale peculiarità normativa si giustifica, nel nostro ordinamento, sulla base di una specifica previsione costituzionale contenuta negli artt. 41 e 47 Cost.¹¹¹, ove è sancito il generale principio della libertà di iniziativa economica, ma quando l'attività d'impresa abbia ad oggetto «l'esercizio del credito» deve soggiacere a specifiche limitazioni e attività di coordinamento e controllo di fonte pubblica¹¹². Il legislatore ha così costruito un sistema chiuso, in cui sono necessarie autorizzazioni, riconoscimenti, iscrizioni in specifici albi e la supervisione di autorità di sorveglianza a vario livello, così che le imprese finanziarie si trovano a dover operare muovendo da diversi presupposti di partenza rispetto ai colossi del web. Le imprese che vendono prodotti on line con tecniche di marketing basate sui dati possono facilmente adattare il loro business (già ampiamente testati sui beni di consumo) ai prodotti finanziari anche costituendo società *ad hoc* riversandovi i necessari approvvigionamenti informativi. In questa prospettiva, la spinta alle acquisizioni, alle fusioni (ed alle conseguenti concentrazioni) sta sempre più caratterizzando il mercato dell'Information Technology. Mentre pare di dubbia legittimità il fenomeno inverso in cui i dati raccolti dalle imprese finanziarie vengano conferiti in società gemmate che con tale patrimonio informativo possano svolgere attività

¹¹¹ Per l'analisi degli interessi generali sottesi all'intervento pubblico nel settore bancario e finanziario rimane fondamentale l'opera di F. CAPRIGLIONE, *Intervento pubblico e ordinamento del credito*, Milano 1978, 47 ss. L'art. 47 Cost. dispone che la «Repubblica (...) disciplina, coordina e controlla l'esercizio del credito», tale norma deve essere, dunque, «considerata il pilastro sul quale si fondano tutti i pubblici poteri nazionali di regolamentazione e di controllo delle attività finanziarie delle più diverse specie: bancarie, di intermediazione in senso stretto, assicurative e relative alla previdenza complementare, perché tutte hanno in comune la "materia prima", appunto il risparmio. In sintesi: l'art. 47 è divenuto l'"ombrello costituzionale" cui sono riconducibili le regolamentazioni, in senso lato, di tutte le attività finanziarie»; così: S. AMOROSINO, *La "costituzione economica": note esplicative di una nozione controversa*, in *Riv. trim. dir. ec.*, 2014, 234 s.

¹¹² L'art. 47 Cost. andrebbe letto come una specificazione dell'art. 41 Cost.; in questa prospettiva «il carattere imprenditoriale dell'attività bancaria viene ritenuto compatibile con la previsione di un sistema di controlli pubblicistici sulla stessa; donde la piena conciliabilità tra gli strumenti di vigilanza sugli enti creditizi e l'obiettivo della tutela del risparmio»; così: F. CAPRIGLIONE, *Fonti normative*, in *Manuale di diritto bancario e finanziario*, a cura di F. Capriglione, Milano, 2019, 7. Per la natura (sempre più) privatistica della protezione del risparmiatore-investitore contenuta nella più recente normativa anche di derivazione eurounitaria v. F. PEDRINI, *Consumo, risparmio, finanza*, Torino, 2019, 284 ss.



d'impresa con differente oggetto sociale (extrafinanziario).

La condivisione delle informazioni all'interno di concentrazioni di imprese (talvolta oligopoliste), con riguardo alla protezione dei dati (non solo) degli utenti e alle possibili distorsioni delle dinamiche della concorrenza, pone al giurista interrogativi di non semplice soluzione. Appare, poi, foriera di complicazioni nelle relazioni commerciali l'ipotesi di una condivisione delle informazioni che avvenga tra imprese e Stati e viceversa. Si è detto, infatti, come le imprese europee non possano sistematicamente condividere – in modo legittimo – i dati con i governi, mentre alcune grandi imprese finanziarie asiatiche sono sistematicamente partecipate dagli Stati. L'osmosi di informazioni anche di natura finanziaria che può derivare da una condivisione di patrimoni informativi generata dalla contiguità di apparati statali ed imprese pubbliche (finanziarie) può produrre sul piano economico profonde distorsioni del mercato. Ove lo Stato possa fungere da collettore di un'enorme mole di informazioni proveniente dalle diverse imprese pubbliche che operano nei differenti settori del mercato delle quali detiene delle partecipazioni e possa settorialmente riversarle nelle singole imprese partecipate per aumentarne la competitività. Tra tali dati vi sono talune categorie di essi che provengono dalle imprese finanziarie o hanno natura finanziaria e possono essere forniti ad imprese con un diverso oggetto commerciale, così come alle imprese finanziarie potranno esser conferite informazioni provenienti da imprese di un diverso settore di mercato (es. «dati social»).

Può facilmente ritenersi che uno dei profili sui quali si deve incentrare la regolazione della competizione tra banche e colossi del web nei mercati finanziarie siano le modalità di raccolta e impiego delle informazioni nei cicli produttivi. Servono, pertanto, regole certe¹¹³ per la concorrenza in tale settore con riguardo non solo alla (scontata) necessità di assoggettare tutti i concorrenti alle stesse regole cui soggiacciono le imprese finanziarie quando svolgano attività riservate, ma anche una disciplina dei modelli di business basati sui dati impiegati per l'erogazione del credito. In modo da consentire anche alle imprese finanziarie un più libero¹¹⁴ sfruttamento delle informazioni acquisibili

dalla rete nel marketing finanziario, ovvero un utilizzo delle banche dati già possedute in attività «extrafinanziarie», sia pure nel rispetto delle norme bancarie, della disciplina consumeristica e dei diritti della personalità degli utenti.

In tal modo dovrebbe essere favorita una reale e leale competizione basata sui costi e sulla qualità dei prodotti (anche finanziari) commercializzati dai diversi soggetti giuridici del mercato con le nuove tecniche di vendita derivanti dall'analisi dei dati. L'apporto nel mercato delle informazioni provenienti dalle banche dati appartenenti agli Stati meriterebbe una disciplina specifica di livello – necessariamente – sovranazionale.

¹¹³ In questo senso F. CAPRIGLIONE, *Nuova finanza e sistema italiano*, cit., 40 s.

¹¹⁴ Occorre «evitare l'imposizione di vincoli che impediscono l'incremento delle filiere di produzione e di valore dovuti alla creatività (soprattutto tecnologica) che in ambito finanziario può espletare una azione feconda per lo sviluppo della collettività. Da qui l'esigenza di ricercare, una trasversalità

delle forme disciplinari, da applicare sotto l'attenta vigilanza degli organi di supervisione (nazionali ed europei) e, al contempo, una maggiore armonia relazionale tra la normativa domestica e quella di matrice UE»: così, F. CAPRIGLIONE, *Industria finanziaria, innovazione tecnologica, mercato*, cit., 411.

