



Materiali e documenti

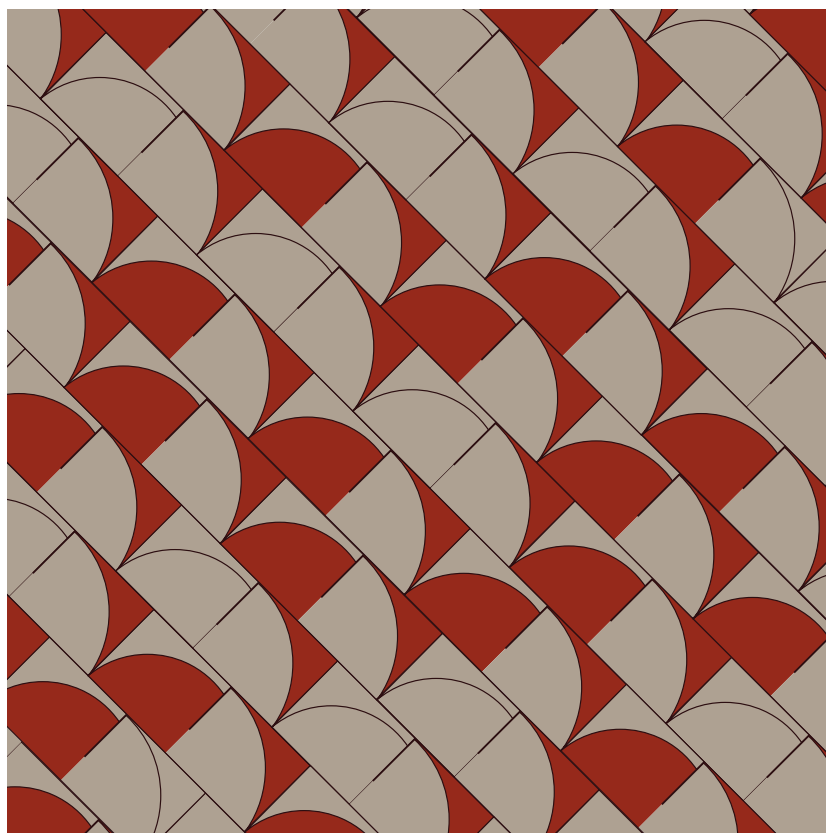


# Profili giuridici del neuromarketing

*Annuario 2023-2024 OGID*

*Osservatorio Giuridico  
sull'Innovazione Digitale*

a cura di Salvatore Orlando





Collana Materiali e documenti 118



# Profili giuridici del neuromarketing

*Annuario 2023-2024 OGID*

*Osservatorio Giuridico  
sull'Innovazione Digitale*

a cura di Salvatore Orlando



SAPIENZA  
UNIVERSITÀ EDITRICE

2025

This book is published with the financial contribution of the European project Jean Monnet module DIGI\_DATA yes (2024-2026) - Users' personal DATA, targeting, privacy and contractual consent on DIGItal platforms in EU Private Law connected to the European Commission Erasmus + programme

Copyright © 2025

**Sapienza Università Editrice**

Piazzale Aldo Moro 5 – 00185 Roma

[www.editricesapienza.it](http://www.editricesapienza.it)

[editrice.sapienza@uniroma1.it](mailto:editrice.sapienza@uniroma1.it)

Iscrizione Registro Operatori Comunicazione n. 11420

*Registry of Communication Workers registration n. 11420*

ISBN 978-88-9377-368-3

DOI 10.13133/9788893773683

Pubblicato nel mese di maggio 2025 | *Published in May 2025*



Opera distribuita con licenza Creative Commons Attribuzione – Non commerciale – Non opere derivate 3.0 Italia e diffusa in modalità open access (CC BY-NC-ND 3.0 IT)

*Work published in open access form and licensed under Creative Commons Attribution – NonCommercial – NoDerivatives 3.0 Italy (CC BY-NC-ND 3.0 IT)*

In copertina | Cover image: Studio per logo OGID/JODI (2024) di M. Tenace, archivio dell'a.

# Indice

|                                                                                                                                                       |    |
|-------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|----|
| Presentazione                                                                                                                                         | 9  |
| <i>Salvatore Orlando</i>                                                                                                                              |    |
| 1. Neuromarketing, vizi del consenso e libertà di scelta                                                                                              | 13 |
| <i>Riccardo Alfonsi</i>                                                                                                                               |    |
| 1.1. Dalla teoria economica classica al neuromarketing                                                                                                | 13 |
| 1.2. L'impatto del neuromarketing sul diritto civile                                                                                                  | 16 |
| 1.3. Il ruolo dei rimedi codicistici nella tutela della libertà di scelta                                                                             | 20 |
| 2. Consumer Education in the Digital Era: Re-shaping the Vulnerable, the Average and the Informed Consumer?                                           | 25 |
| <i>Francesca Bertelli</i>                                                                                                                             |    |
| 2.1. The Fundamental Right to Consumer Education                                                                                                      | 25 |
| 2.2. The Italian Context                                                                                                                              | 32 |
| 2.3. Consumers in the Digital Era                                                                                                                     | 33 |
| 2.4. Toward Rational and Informed Consumers                                                                                                           | 37 |
| 3. Volontà e vulnerabilità in ambiente digitale: profili giuridici del neuromarketing                                                                 | 41 |
| <i>Lucio Casalini e Enzo Maria Incutti</i>                                                                                                            |    |
| 3.1. Il neuromarketing e l'illusione della libertà: l'esempio dei sistemi di riconoscimento delle emozioni                                            | 41 |
| 3.2. Asimmetria informativa, scorciatoie mentali ed eterodeterminazione degli atti di autonomia                                                       | 45 |
| 3.3. Annotazioni a margine di una normativa disorganica                                                                                               | 49 |
| 3.4. Il caso "cicatrice française" (TikTok c. AGCM)                                                                                                   | 52 |
| 3.5. La risoluzione del Parlamento europeo sulla progettazione dei servizi online e la tutela dei consumatori attraverso il legal design              | 55 |
| 3.6. Ulteriori profili d'indagine de iure condendo e considerazioni finali                                                                            | 57 |
| 4. Persone vulnerabili e scelte (in)consapevoli: riflessioni su neuromarketing e protezione dei dati personali nell'era dell'intelligenza artificiale | 61 |
| <i>Valentina Vincenza Cuocci</i>                                                                                                                      |    |
| 4.1. Neuromarketing e diritto                                                                                                                         | 61 |
| 4.2. Trattamento dei dati per finalità di (neuro)marketing: la tutela multilivello dell'interessato/consumatore                                       | 63 |
| 4.3. Il problema delle basi giuridiche del trattamento dei dati per finalità di (neuro)marketing. Molto rumore per nulla?                             | 67 |
| 4.4. Neuromarketing e intelligenza artificiale. Aspetti critici e ruolo del giurista                                                                  | 71 |

|                                                                                                                                                                                                             |     |
|-------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----|
| 5. Le tutele del consumatore digitale dalle applicazioni di neuromarketing:<br>tra divieto di pratiche commerciali scorrette e rimedi privatistici individuali<br><i>Tommaso De Mari Casareto dal Verme</i> | 77  |
| 5.1. Introduzione                                                                                                                                                                                           | 77  |
| 5.2. Il fenomeno: neuroscienze e neuromarketing                                                                                                                                                             | 77  |
| 5.3. Etica e applicazioni del neuromarketing nel mercato digitale<br>e nuove vulnerabilità                                                                                                                  | 80  |
| 5.4. Applicazioni di neuromarketing e pratiche commerciali scorrette                                                                                                                                        | 84  |
| 5.5. Rimedi privatistici individuali                                                                                                                                                                        | 91  |
| 5.6. L'invalidità del contratto stipulato a valle di pratiche<br>di neuromarketing                                                                                                                          | 93  |
| 5.7. Il risarcimento del danno                                                                                                                                                                              | 96  |
| 6. <i>Social Robot</i> tra problemi e implicazioni giuridiche. Prime riflessioni<br><i>Ettore William Di Mauro</i>                                                                                          | 101 |
| 6.1. La tecnologia robotica verso la surrogazione dell'uomo                                                                                                                                                 | 101 |
| 6.2. I social robot e l'interazione uomo/macchina                                                                                                                                                           | 102 |
| 6.3. I robot sociali e l'inganno emozionale. Il caso dell'Hen-na Hotel                                                                                                                                      | 105 |
| 6.4. Il quadro normativo europeo e le diverse implicazioni giuridiche<br>dei social robot                                                                                                                   | 110 |
| 6.5. La centralità dell'uomo quale presupposto necessario<br>per lo sviluppo dei robot sociali                                                                                                              | 120 |
| 7. Neuromarketing e soggetti vulnerabili<br><i>Ilaria Garaci</i>                                                                                                                                            | 127 |
| 7.1. Rilievi introduttivi. Sviluppo della comunicazione commerciale                                                                                                                                         | 127 |
| 7.2. Le neurotecnologie di consumo. Opportunità e rischi<br>per i soggetti vulnerabili                                                                                                                      | 130 |
| 7.3. Le implicazioni etiche e giuridiche del neuromarketing                                                                                                                                                 | 132 |
| 8. La vulnerabilità nell'ambiente digitale e la protezione della libertà<br>del volere<br><i>Antonio Gorgoni</i>                                                                                            | 143 |
| 8.1. Manipolazione dell'utente online e vulnerabilità digitale                                                                                                                                              | 143 |
| 8.2. I riferimenti normativi della manipolazione e della vulnerabilità                                                                                                                                      | 146 |
| 8.3. Gli strumenti tecnologici in grado di sfruttare le vulnerabilità<br>dell'utente online: pubblicità mirata e rilevamento delle emozioni                                                                 | 149 |
| 8.4. Dipendenza digitale e induzione a compiere atti:<br>contro la distorsione della volontà                                                                                                                | 154 |
| 8.5. La vulnerabilità digitale quale categoria giuridica non riconducibile<br>a figure specifiche di debolezza                                                                                              | 159 |
| 8.6. I rimedi rispetto al contratto concluso dall'utente online vulnerabile<br>e manipolato                                                                                                                 | 163 |
| 9. Il neuromarketing e il DSA (Digital Services Act)<br><i>Francesco Grossi</i>                                                                                                                             | 169 |
| 9.1. Il neuromarketing e il processo decisionale del consumatore                                                                                                                                            | 169 |
| 9.2. La strategia digitale U.E. a tutela degli utenti, con uno "sguardo"<br>all'innovazione tecnologica: il DMA e il DSA                                                                                    | 170 |
| 9.3. L'impatto del DSA sulle piattaforme: la moderazione dei contenuti<br>e gli obblighi di gestione del rischio per i servizi                                                                              | 174 |



|                                                                                                                                                                                               |     |
|-----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----|
| 9.4. L'approccio del DSA sui "Dark Pattern", i c.d. "modelli ingannevoli nelle interfacce delle piattaforme di social media"                                                                  | 179 |
| 9.5. Il neuromarketing nei social media: la nuova figura dell'influencer marketing all'interno del DSA                                                                                        | 181 |
| 9.6. I controlli sul rispetto del DSA e considerazioni finali                                                                                                                                 | 182 |
| 10. Ricerca di neuromarketing e codici di autocondotta<br><i>Daniele Imbruglia e Federico Pistelli</i>                                                                                        | 185 |
| 10.1. I codici di autocondotta tra prassi e legislazione                                                                                                                                      | 185 |
| 10.2. La ricerca in neuromarketing e la necessità di un code of ethics                                                                                                                        | 188 |
| 10.3. NMSBA Code of Ethics                                                                                                                                                                    | 191 |
| 10.4. Conclusioni. Verso un diritto à l'intégrité cérébrale?                                                                                                                                  | 195 |
| 11. Emozioni e autodeterminazione in ambiente digitale: prime riflessioni sull' <i>affect recognition</i> e il neuromarketing relativi alle persone con disabilità<br><i>Anna Anita Mollo</i> | 197 |
| 11.1. L' <i>affect recognition</i> nelle strategie di neuromarketing del professionista                                                                                                       | 197 |
| 11.2. Neuromarketing e impatto sugli utenti vulnerabili: le persone con disabilità (cognitiva)                                                                                                | 201 |
| 11.3. La capacità di autodeterminarsi in ambiente digitale                                                                                                                                    | 204 |
| 11.4. Tutele applicabili                                                                                                                                                                      | 209 |
| 11.5. Irrazionalità del soggetto di diritto/consumatore vulnerabile e nuovi confini dell'incapacità naturale                                                                                  | 212 |
| 11.6. Conclusioni                                                                                                                                                                             | 218 |
| 12. Riconoscimento delle emozioni e marketing personalizzato<br><i>Roberta Montinaro</i>                                                                                                      | 221 |
| 12.1. Premessa                                                                                                                                                                                | 221 |
| 12.2. Il riconoscimento delle emozioni alla luce della regolamentazione in materia di protezione dei dati personali                                                                           | 225 |
| 12.2. Il riconoscimento delle emozioni per fini di pubblicità personalizzata secondo le disposizioni in tema di pratiche commerciali sleali e sui servizi digitali                            | 248 |
| 12.3. Le disposizioni del Regolamento europeo sull'IA in materia di riconoscimento delle emozioni e di categorizzazione biometrica                                                            | 253 |
| 13. Neuromarketing: un inventario di (spuntati) divieti contro il pericolo di una scelta manipolata<br><i>Beniamino Parenzo</i>                                                               | 261 |
| 13.1. Definizione progressiva del problema: dal marketing al neuromarketing, passando per lo smantellamento dei postulati dell'economia neoclassica                                           | 261 |
| 13.2. Una inedita asimmetria informativa e l'evidente insufficienza della previsione di obblighi informativi                                                                                  | 265 |
| 13.3. I divieti posti dal Digital Services Act                                                                                                                                                | 267 |
| 13.4. Il divieto di decisioni automatizzate di cui all'art. 22 GDPR                                                                                                                           | 269 |
| 13.5. I divieti di cui al Regolamento sull'IA                                                                                                                                                 | 271 |
| 13.6. Il divieto di pratiche commerciali scorrette                                                                                                                                            | 273 |

|                                                                                                                                                                          |     |
|--------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----|
| 14. Consumer Protection in the Age of Biotechnology and Artificial Intelligence: The Case Study of Neuromarketing and the Exploitation of Human Biases                   | 279 |
| <i>Ludovica Sposini</i>                                                                                                                                                  |     |
| 14.1. A change in perspective: from the Homo Oeconomicus to the emotional consumer. An introduction                                                                      | 279 |
| 14.2. A new star is born: neuromarketing as interconnection between AI and neuroscience                                                                                  | 280 |
| 14.3. Digging into consumers' mind. How neuromarketing works and the different types of human biases                                                                     | 287 |
| 14.4. Ensuring the effective protection of decision-making autonomy of consumers facing neuromarketing practices: a question still on the table. Some conclusive remarks | 293 |
| 15. Regole di comportamento degli intermediari finanziari e neuromarketing: qualche spunto di riflessione                                                                | 295 |
| <i>Emanuele Stabile</i>                                                                                                                                                  |     |
| 15.1. Introduzione                                                                                                                                                       | 295 |
| 15.2. Il neuromarketing. Cenni                                                                                                                                           | 295 |
| 15.3. Le regole di comportamento degli intermediari tra normativa primaria e secondaria                                                                                  | 298 |
| 15.4. Il vuoto normativo. Il Regolamento sull'intelligenza artificiale                                                                                                   | 303 |
| 15.5. Conclusioni                                                                                                                                                        | 306 |
| 16. Neuromarketing discriminatorio e mercato digitale: il ruolo del <i>Digital Services Act</i> e dell' <i>Artificial Intelligence Act</i>                               | 311 |
| <i>Sara Tommasi</i>                                                                                                                                                      |     |
| 16.1. Premessa                                                                                                                                                           | 311 |
| 16.2. Il neuromarketing e il potere dell'influenza subdola                                                                                                               | 312 |
| 16.3. Neuromarketing discriminatorio, profilazione e Digital Services Act                                                                                                | 314 |
| 16.4. Categorie di profilazione e differential privacy                                                                                                                   | 317 |
| 16.5. Distinzioni e algoritmi: il ruolo dell' <i>Artificial Intelligence Act</i> tra discriminazioni ed emozioni                                                         | 320 |
| 17. Il neuromarketing fra volontà individuale e interesse generale... oltre il consenso?                                                                                 | 327 |
| <i>Emanuele Tuccari</i>                                                                                                                                                  |     |
| 17.1. Introduzione                                                                                                                                                       | 327 |
| 17.2. Il problema del neuromarketing                                                                                                                                     | 328 |
| 17.3. Le risposte in ordine sparso dell'ordinamento                                                                                                                      | 330 |
| 17.4. Considerazioni conclusive                                                                                                                                          | 346 |

## 5. Le tutele del consumatore digitale dalle applicazioni di neuromarketing: tra divieto di pratiche commerciali scorrette e rimedi privatistici individuali

*Tommaso De Mari Casareto dal Verme*

**L'a. studia il NM nella prospettiva della disciplina delle p.c. sleali e in quella dell'invalidità del contratto e del risarcimento**

### 5.1. Introduzione

La definizione di neuromarketing (NM) presenta contorni sfumati. Tale concetto, infatti, sembra racchiudere in sé differenti fenomeni, così come applicazioni concrete, difficilmente riconducibili ad un *unicum* in termini definitivi. Per tale ragione, tentare di fornire una definizione univoca di NM non solo appare un compito assai arduo, ma rischia di tradursi in una rigida tassonomia giuridica che poco rifletterebbe la complessità e la magmaticità del fenomeno.

Come spesso accade nel contesto dell'odierna realtà tecnologico-digitale, è difficile – nonché rischioso – giungere alla conclusione per cui il NM rappresenterebbe in sé una pratica illecita, proprio a causa della varietà in cui si manifestano le sue applicazioni, soprattutto nell'ambiente digitale. Per tale ragione, appare utile circoscrivere i principali profili giuridici rilevanti, che costituiscono il minimo comune denominatore rispetto alle possibili applicazioni del NM nel mercato digitale, al fine di indagare i possibili mezzi di tutela a disposizione dei consumatori rispetto al possibile sfruttamento di cd. dati emozionali (*emotional data*) per finalità di marketing e di verificare l'idoneità del diritto esistente a far fronte a inedite forme di eterodirezione della volontà dei consumatori.

In tale prospettiva, le principali criticità del fenomeno sul piano giuridico sembrano scaturire dalla sua combinazione con altri fenomeni tecnologici che oggi pervadono il mercato digitale, in cui il consumatore è posto in una situazione di particolare vulnerabilità. L'analisi, allora, si muoverà nell'ambito della tutela del consumatore, con particolare riguardo all'ecosistema delineato dalla disciplina sulle pratiche commerciali scorrette e dai rimedi privatistici individuali – e, segnatamente, dalle invalidità contrattuali e dal rimedio risarcitorio – anche alla luce della (possibile) rinnovata interrelazione tra le due dimensioni, pubblicistica e privatistica, inaugurata dall'introduzione del nuovo art. 27, comma 15-bis, cod. cons.

### 5.2. Il fenomeno: neuroscienze e neuromarketing

La citata incertezza che circonda il fenomeno del NM non ha impedito l'elaborazione di talune definizioni, in cui è possibile individuare un minimo comune denomi-

natore nella circostanza per cui il NM utilizza le neuroscienze per rivelare i processi decisionali inconsci dei consumatori, studiando le risposte cerebrali e biometriche, così come il comportamento, per comprendere e modellare il modo in cui i consumatori percepiscono, pensano e agiscono<sup>2</sup>.

Gli studi di NM affondano le proprie radici nelle scoperte scientifiche avvenute nel corso degli ultimi due secoli, che hanno consentito di accedere a livelli sempre più profondi di conoscenza del concreto funzionamento dei procedimenti decisionali che avvengono all'interno del cervello umano<sup>3</sup>. Dopo che nel 1861 Paul Pierre Broca scoprì le funzioni degli emisferi destro e sinistro del cervello, Charles Darwin nel 1872 teorizzò il carattere universale e innato delle emozioni umane rispetto ai procedimenti decisionali, aspetto che fu poi approfondito dagli studi neuroscientifici e dalle scoperte neurotecnologiche nei primi anni del '900, tra cui i raggi X, i dispositivi di *eye-tracking* non invasivi, l'elettrocardiografia (ECG) e l'elettroencefalografia (EEG), che hanno evidenziato la componente emotiva e irrazionale delle decisioni. Fu negli anni '70 del secolo scorso che Paul Donald MacLean propose la teoria del "cervello trino" (*triune brain*), secondo cui il cervello sarebbe composto da una parte rettiliana, dedicata agli istinti primordiali, da una limbica o paleomammaliana, sede delle emozioni, e da una neocorticale o neo-mammaliana, votata ai pensieri razionali.

Tra le scoperte successive si ricordano gli studi di Benjamin Libet, che nel 1985 dimostrò che il cervello irrazionale si attiva 550 millisecondi prima che la persona decida consapevolmente di agire<sup>4</sup>, mentre Antonio Damasio mostrò nel 1999 che le reazioni degli individui agli stimoli esterni seguono il modello "*feel-act-think*". Joseph LeDoux nel 1996 evidenziò che la parte del cervello umano coinvolta nel processo emotivo è l'amigdala, mentre il ragionamento razionale avviene a livello della corteccia.

Le scoperte delle neuroscienze e della psicologia cognitiva nella seconda metà del XX secolo iniziarono a fondersi con le ricerche economiche, portando alla nascita della neuroeconomia e dell'economia comportamentale<sup>5</sup>. La "Teoria del prospetto" elaborata da Amos Tversky e Daniel Kahneman negli anni '70 ha giocato un ruolo chiave nello sviluppo di tali discipline, con riguardo all'analisi del funzionamento dei procedimenti decisionali in condizioni di rischio e di influenza emotiva<sup>6</sup>. Questa

<sup>2</sup> Si veda la definizione elaborata dalla neuromarketing Science and Business Association (NMSBA): "*Neuromarketing uses neuroscience to reveal subconscious consumer decision-making processes. Neuromarketers study brain- and biometric responses, as well as behavior, to understand and shape how consumers feel, think, and act*". Disponibile al link: <https://www.nmsba.com/neuromarketing/what-is-neuromarketing>. Sul punto, cfr. E. Tuccari, *Neuromarketing: un'asistemica disciplina...oltre il consenso?*, in *Pers. merc.*, 2, 2024, p. 513.

<sup>3</sup> La ricostruzione storico-evolutiva che segue è tratta da C. Garofalo, F. Gallucci, M. Diotto, *Manuale di Neuromarketing*, Milano, 2021, pp. 3 ss.

<sup>4</sup> B. Libet, *Unconscious Cerebral Initiative and the Role of Conscious Will in Voluntary Action*, in *Behavioral and Brain Sciences*, 8(4), 1985, pp. 529 ss. Cfr. anche G. Zaltman, *How Customers Think: Essential Insights into the Mind of the Market*, Harvard, 2003, p. 57.

<sup>5</sup> La neuroeconomia cerca di scoprire i meccanismi neurobiologici alla base della presa di decisioni, mentre l'economia comportamentale integra intuizioni dalla psicologia nella comprensione del comportamento economico. Cfr. P.W. Glimcher, A. Rustichini, *Neuroeconomics: The Conscience of Brain and Decision*, in *Science*, 306, 2004, pp. 447 ss.; E. Cartwright, *Behavioral Economics*, Londra, 2014, pp. 4 ss.

<sup>6</sup> D. Kahneman, A. Tversky, *Prospect Theory: An Analysis of Decision Under Risk*, in *Econometrica*, 47(2), 1979, pp. 263 ss.

analisi aprì il campo al NM, un ambito di ricerca che unisce neuroscienza e marketing per analizzare come il cervello dei consumatori elabora e risponde agli stimoli del mercato<sup>7</sup>, impiegando tecniche di imaging cerebrale come la risonanza magnetica funzionale (fMRI) e l'elettroencefalografia (EEG) per comprendere i processi decisionali, le preferenze e le reazioni emotive dei consumatori che avvengono a livello inconscio. Il neuromarketing utilizza, però, anche tecnologie meno invasive come l'*eye-tracking*<sup>8</sup> e il *facial coding*<sup>9</sup>.

Tali sviluppi, com'è noto, portarono ad un radicale mutamento di approccio anche nelle teorie economiche dello scambio. All'approccio economico classico e neoclassico fondato sul concetto di consumatore razionale, o *homo oeconomicus*, e sulla teoria della scelta razionale<sup>10</sup> – secondo cui le persone sanno cosa vogliono e le loro preferenze sono generalmente predeterminate e indipendenti dal contesto in cui vengono prese le decisioni – sono seguite le teorie moderne e quelle dell'economica comportamentale (*Behavioral Economics*), le quali, a partire dagli studi di Herbert Simon sulla razionalità limitata degli anni '50<sup>11</sup>, hanno mostrato che le persone spesso prendono decisioni irrazionali influenzate da fattori euristici, pregiudizi ed emozioni<sup>12</sup>.

<sup>7</sup> Per una ricostruzione generale del neuromarketing da un punto di vista tecnico si veda il documento elaborato da Open Evidence, London School of Economics and Brainsigns e preparato per la Commissione europea, dal titolo *State of the art of neuromarketing and its ethical implications*, disponibile al sito <https://op.europa.eu/en/publication-detail/-/publication/43754ac8-26aa-11ee-a2d3-01aa75ed71a1/language-en>. Si vedano anche C. Garofalo, F. Gallucci, M. Diotto, *op. cit.*, pp. 3 ss.; A. Martinez-Levy, P. Cherubino, D. Rossi, M. Herrero Ezquerro, A. Trettel, F. Babiloni, *Advances in Neuroscience and Its Application in Economics and Marketing Research*, in *Micro & Macro Marketing*, 3, 2021, pp. 521 ss.; N. Lee, A.J. Broderick, L. Chamberlain, *What is "neuromarketing"? A discussion and agenda for future research*, in *International Journal of Psychophysiology*, 63, 2007, pp. 199 ss.

<sup>8</sup> L'*eye-tracking* è una tecnologia che analizza la posizione e il movimento delle pupille per estrarre informazioni relative alla relazione tra cervello e sistema visivo. Sul tema cfr., *ex multis*, S. Białowas, A. Szyszka, *Eye-tracking in Marketing Research*, in R. Romanowski (a cura di), *Managing Economic Innovations*, Poznań, 2019, p. 91.

<sup>9</sup> Il *facial coding* impiega registrazioni video di espressioni facciali da cui estrae dati emozionali del soggetto. Per un approfondimento, cfr. D.A. Dragoi, *Facial Coding as a Neuromarketing Technique: An Overview*, in "Ovidius" University Annals, Economic Sciences Series, XXI, 2021, pp. 683 ss.

<sup>10</sup> La "teoria della scelta razionale" (*rational choice theory*) è stata sviluppata per la prima volta dagli esponenti della *law-and-economics* della scuola di Chicago e, in particolare, da Richard A. Posner, secondo cui le persone sanno cosa vogliono e le loro preferenze sono generalmente predeterminate e indipendenti dal contesto in cui vengono prese le decisioni, non commettono errori a meno che non siano vittime di frodi, e violano solo quando la violazione è più efficiente dell'esecuzione e eseguono solo quando l'esecuzione è più efficiente della violazione. Per una ricostruzione, cfr. T.S. Ulen, *Behavioral Contract Law*, in *Review of Law & Economics*, 17(2), 2021, p. 285.

<sup>11</sup> Il riferimento è a H. Simon, *Models of Man*, New York, 1957, che ha studiato come il concetto di razionalità debba essere adattato ad agenti cognitivamente limitati. Per una successiva ricostruzione, si veda L.A. Reisch, M. Zhao, *Behavioural Economics, Consumer Behaviour and Consumer Policy: State of the Art*, in *Behavioural Public Policy*, 1(2), 2017, pp. 190 ss.

<sup>12</sup> Dalla metà del XIX secolo fino all'inizio del XX secolo, la teoria dello scambio è stata dominata dalle impostazioni economiche classiche e neoclassiche, il cui presupposto di base era che i contratti sono stipulati da parti razionali e informate. A partire dalla fine degli anni Venti e dall'inizio degli anni Trenta, tali approcci furono sostituiti, anche se non del tutto, dalle teorie moderne sotto l'influenza di studiosi come Arthur Corbin e Karl Llewellyn. Laddove la teoria classica era formalista e basata su presupposti assiomatici, la teoria moderna era sostanziale e basata su proposizioni sociali, deduzione logica e ragionamento autonomo. Cfr. M.A. Eisenberg, *Behavioral Economics and Contract Law*, in E. Zamir, D. Teichman, *The Oxford Handbook of Behavioral Economics and the Law*, Oxford, 2014, pp. 441 ss.; A. Gentili, *Il ruolo della razionalità cognitiva nelle invalidità negoziali*, in *Riv. dir. civ.*, 5, 2013, pp. 1106 ss.

### 5.3. Etica e applicazioni del neuromarketing nel mercato digitale e nuove vulnerabilità

Le principali criticità giuridiche del NM riecheggiano alcune questioni etiche legate tanto alle ricerche neuroscientifiche e alla cd. “neuroetica”<sup>13</sup>, quanto ai classici e ben noti dilemmi che da sempre circondano anche la disciplina del marketing tradizionale. Il dibattito intorno all’eticità e alla liceità del NM, in estrema sintesi, si incentra sul classico dilemma intorno alla distinzione tra persuasione e manipolazione<sup>14</sup>, cui coincide la contrapposizione di visioni tra chi ritiene che le tecniche di NM, a differenza del marketing tradizionale<sup>15</sup>, oltrepasserebbero la linea tra la semplice persuasione e la vera e propria manipolazione<sup>16</sup>, perpetrata attraverso l’attivazione di *trigger* emozionali in grado di stimolare risposte irrazionali e inconse nei consumatori, i quali sarebbero così portati ad una scelta economica non voluta ed eterodiretta senza rendersene conto<sup>17</sup>; e chi, invece, sostiene che non esista alcun pulsante d’acquisto (*buy button*) nel cervello delle persone<sup>18</sup> e che le tecniche di NM si risolvano nell’offrire un servizio migliore ai consumatori in quanto in grado di far comprendere loro ciò che realmente desiderano<sup>19</sup>.

A ben guardare, le problematiche legate al NM debbono suddividersi sulla base di due principali momenti o fasi in cui tale fenomeno si dipana. Da un lato, v’è la *ricerca* di NM, in cui rilevano gli aspetti etici e giuridici legati al modo in cui le ricerche sono condotte, le informazioni sono fornite e il consenso è ottenuto dai par-

<sup>13</sup> All’inizio del nuovo millennio alcuni studiosi hanno iniziato ad affrontare i potenziali problemi etici legati alla “lettura del pensiero”, dando vita alla cd. neuroetica, che si occupa di due questioni principali: da un lato, i problemi di privacy legati all’impiego delle neurotecnologie; dall’altro, le sfide poste dalle neuroscienze ai concetti stessi di libero arbitrio e autonomia. Cfr. M.J. Farah, *Emerging Ethical Issues in Neuroscience*, in *Nature Neuroscience*, 5(11), 2002, p. 1127; N. Levy, *Neuroscience, Free Will, and Responsibility: The Current State of Play*, in J. Clausen, N. Levy (eds.), *Handbook of Neuroethics*, Springer, 2015, p. 203.

<sup>14</sup> Si tratta di un tema centrale nell’etica dei consumatori, con particolare riguardo alla pubblicità, in quanto mentre la persuasione è ritenuta legittima, la manipolazione viola l’autonomia privata del consumatore come diritto di prendere decisioni autonome senza alcuna interferenza ingannevole da parte di terzi. Per una ricostruzione generale, cfr. V. Danciu, *Manipulative Marketing: Persuasion and Manipulation of the Consumer Through Advertising*, in *Theoretical and Applied Economics*, 2(591), 2014, pp.19 ss. Di recente, sul fatto che è «l’individuazione dell’esatto momento in cui l’attività di persuasione – accettabile – diviene una manipolazione – inaccettabile – della volontà dell’individuo a rappresentare senza dubbio l’aspetto maggiormente problematico del neuromarketing», cfr. E. Tuccari, *op. cit.*, p. 520.

<sup>15</sup> G. Zaltman, *How Customers Think: Essential Insights into the Mind of the Market*, Harvard, 2003, p. 57.

<sup>16</sup> Le ricerche sull’argomento evidenziano due principali categorie di questioni etiche legate al neuromarketing: la protezione degli individui che potrebbero essere danneggiati o sfruttati dalla ricerca, dal marketing e dall’impiego del neuromarketing; la protezione dell’autonomia dei consumatori. Per approfondimenti, cfr. E.H. Spence, *Ethics of Neuromarketing: Introduction*, in J. Clausen, N. Levy, cit., pp. 1621 ss.; Y.I. Ulman, T. Cakar, G. Yildiz, *Ethical Issues in Neuromarketing: “I Consume, Therefore I am!”*, in *Science and Engineering Ethics*, 21, 2015, pp. 1271 ss.

<sup>17</sup> R.M. Wilson, J. Gaines, R.P. Hill, *Neuromarketing and Consumer Free Will*, in *The Journal of Consumer Affairs*, 42(3), 2008, p. 394; E.R. Murphy, J. Illes, P.B. Reiner, *Neuroethics of Neuromarketing*, in *Journal of Consumer Behaviour*, 7, 2008, pp. 293 ss.

<sup>18</sup> S.J. Stanton, W. Sinnott-Armstrong, S.A. Huettel, *Neuromarketing: Ethical Implications of its Use and Potential Misuse*, in *Journal of Business Ethics*, 144, 2017, p. 804.

<sup>19</sup> A. Krausová, *Neuromarketing from a Legal Perspective*, in *The Lawyer Quarterly*, 1, 2017, p. 41.



tecipanti<sup>20</sup>; dall'altro, differenti problematiche sollevano le *applicazioni* di NM, cioè il modo in cui i risultati ottenuti dalla ricerca sono utilizzati successivamente alla fase di ricerca<sup>21</sup>.

Ma gli odierni sviluppi tecnologici e del mercato digitale consentono di individuare un'ulteriore ipotesi di applicazioni di NM prescindenti da una rigida sequenza logico-temporale tra le menzionate fasi, e che vedono l'impiego diretto – e tecnologicamente più opaco – di tecniche di NM nel mercato digitale grazie alla combinazione tra le conoscenze neuroscientifiche, l'utilizzo di tecniche di cd. marketing emozionale e sistemi di Intelligenza Artificiale (IA) in grado di influenzare in tempo reale le scelte di mercato<sup>22</sup>. Nell'ambiente digitale, infatti, è più facile manipolare le decisioni economiche dei consumatori, i quali subiscono tecniche di marketing emozionale senza rendersene conto, anche a causa del verificarsi di una “dipendenza comportamentale” nell'ambiente digitale che avviene a livello inconscio e rende arduo riconoscere (e ostacolare) comportamenti manipolativi<sup>23</sup>.

Gli approcci di marketing emozionale – cioè quelle strategie di mercato che si concentrano sul suscitare emozioni nelle persone per indurle ad acquistare un particolare prodotto o servizio creando un legame emotivo tra l'impresa e il consumatore<sup>24</sup> – hanno trovato terreno fertile nel mercato digitale, che è divenuto l'ambito di predilezione per l'applicazione di strategie di marketing che acquisiscono in tempo reale informazioni sulla vita emotiva dei consumatori, i quali possono essere raggiunti ovunque dalle imprese<sup>25</sup>. La possibilità di raccogliere i cd. dati emozionali (*emotional data*) e di analizzarli grazie ad avanzate tecniche di Intelligenza Artificiale (IA)<sup>26</sup> permette di innescare reazioni emotive inconsce nei consumatori digitali anche

<sup>20</sup> La presente analisi non prenderà in considerazione i problemi derivanti dall'attività di ricerca di neuromarketing, che coinvolge profili di rispetto del consenso libero e informato dei partecipanti. Per questa considerazione, si veda R. Fiocca, *Convergenze inaspettate... E se big data e neuromarketing insieme svelassero più di quanto conosciamo dei comportamenti di acquisto e consumo?*, in *Micro & Macro Marketing*, 2, 2019, p. 375.

<sup>21</sup> Su questa distinzione, C. Ducu, *Topoi in Neuromarketing Ethics*, in A.R. Thomas, N.A. Pop, A.M. Iorga, C. Ducu (eds.), *Ethics and Neuromarketing. Implications for Market Research and Business Practice*, Springer, 2017, pp. 31 ss.; Y.I. Ulman, T. Cakar, G. Yildiz, *op. cit.*, p. 1271; Open Evidence, London School of Economics and Brainsigns - State of the art of neuromarketing and its ethical implications, *cit.*, pp. 22 ss.

<sup>22</sup> Sulla possibilità che i risultati delle ricerche influenzino la capacità di un attore di controllare il formato delle informazioni, l'inquadramento e la presentazione delle scelte e, più in generale, il contesto in cui avvengono le scelte di mercato, cfr. J.D. Hanson, D.A. Kysar, *Taking Behavioralism Seriously: The Problem of Market Manipulation*, in *New York University Law Review*, 74(3), 1999, pp. 630 ss.

<sup>23</sup> Sul punto, cfr. A. Gorgoni, *La vulnerabilità nell'ambiente digitale e la protezione della libertà del volere*, in *Pers. merc.*, 3, 2024, p. 922, il quale nota che nell'ambiente digitale, in cui operano spinte costanti e silenziose, il fenomeno della dipendenza comportamentale è subdolo nella sua scaturigine e difficile da scorgere soprattutto da parte di chi ne è vittima.

<sup>24</sup> D. Consoli, *A New Concept of Marketing: The Emotional Marketing*, in *BAND. Broad Research in Accounting, Negotiation, and Distribution*, 1, 2010, pp. 1 ss.; M.N. Khuong, V.N. Bich Tram, *The Effects of Emotional Marketing on Consumer Product Perception, Brand Awareness and Purchase Decision — A Study in Ho Chi Minh City, Vietnam*, in *Journal of Economics, Business and Management*, 3(5), 2015, pp. 524 ss.

<sup>25</sup> R. Calo, *Digital Market Manipulation*, in *The George Washington Law Review*, 82(4), 2014, p. 995.

<sup>26</sup> Rilevare le emozioni attraverso l'IA è possibile impiegando molte tecniche che consentono all'IA emozionale di raggiungere la capacità di vedere, leggere, ascoltare, sentire, classificare e apprendere la vita emozionale degli utenti. In questi termini, A. McStay, *Emotional AI: The Rise of Empathic Media*, SAGE, 2018, 3. Ad esempio, tecniche di *deep learning* possono essere utilizzate per rilevare le emozioni da *big data* emozionali audiovisivi, raggiungendo un grado di accuratezza del 99,9%. Cfr.

attraverso l'analisi di testi sui social network<sup>27</sup> (cd. *sentiment analysis*<sup>28</sup>) o la condivisione di immagini<sup>29</sup>.

La combinazione tra pratiche di IA e NM sembra essere un ambito di forte sviluppo nelle ricerche di mercato. L'applicazione del *machine learning* e del *deep learning* agli studi di NM è in grado di aumentare l'accuratezza e l'affidabilità dei risultati<sup>30</sup> e, allo stesso tempo, di generare un livello di conoscenza completamente nuovo aggregando i risultati dei dati relativi alle reazioni inconsce dei consumatori utilizzando l'IA<sup>31</sup>. La caratteristica principale dell'IA, infatti, risiede nella sua capacità di fare inferenze ed estrarre modelli dai cd. *big data* inimmaginabili per gli esseri umani grazie ad algoritmi che generano forme di apprendimento di ordine superiore a partire da dati grezzi e dall'esperienza autogenerata, senza cioè fare affidamento su competenze umane<sup>32</sup>.

Da quanto descritto emerge un contesto in cui la combinazione tra le conoscenze previamente acquisite dalle ricerche di NM e l'utilizzo dell'IA nel mercato digitale è in grado di influenzare le scelte di mercato del consumatore digitale in maniera sottile, anche senza raccogliere direttamente i dati biometrici degli utenti e senza l'impiego di strumentazione invasiva. Insomma, come qualcuno ha notato, le macchine apprendono il neuromarketing<sup>33</sup> e lo applicano nel mercato digitale raccogliendo e impiegando dati emozionali (*emotional data*) per influenzare le scelte economiche dei consumatori.

---

M.S. Hossain, G. Muhammad, *Emotion Recognition Using Deep Learning Approach from Audio-Visual Emotional Big Data*, in *Information Fusion*, 49, 2019, pp. 69 ss.

<sup>27</sup> S. Bin, *Social Network Emotional Marketing Influence Model of Consumers' Purchase Behavior*, in *Sustainability*, 15, 2023, pp. 5001 ss.

<sup>28</sup> Algoritmi di machine learning sono in grado di valutare e classificare per fini di marketing comportamenti, opinioni e dati emozionali degli utenti online in maniera misurabile e oggettiva. Cfr. A. Saxena, A. Khanna, D. Gupta, *Emotion Recognition and Detection Methods: A Comprehensive Survey*, in *Journal of Artificial Intelligence and Systems*, 2, 2020, p. 64; M. Rambocas, B.G. Pacheco, *Online Sentiment Analysis in Marketing Research: A Review*, in *Journal of Research in Interactive Marketing*, 12(2), 2018, 146 ss.

<sup>29</sup> E. Frontoni, M. Paolanti, *AI-Based Decision Support System: From Theoretical Background to Real World Applications*, in E. Calzolaio (a cura di), *La decisione nel prisma dell'intelligenza artificiale*, Milano, 2020, pp. 17 ss.

<sup>30</sup> Si veda sul tema Y. Mouammine, H. Azdimousa, *Using Neuromarketing and AI to Collect and Analyse Consumer's Emotion: Literature Review and Perspectives*, in *International Journal of Business & Economic Strategy*, 12, 2019, pp. 34 ss., che mostrano come la combinazione tra IA e neuromarketing può migliorare l'accuratezza e l'affidabilità degli strumenti tecnologici per raccogliere e misurare le emozioni dei consumatori, poiché un sistema basato sull'Intelligenza Artificiale può essere abbastanza efficace da assicurare l'estrazione e il riconoscimento di tutti i tipi di emozioni degli individui, indipendentemente dal sesso e dalla razza. Pertanto, l'utilizzo dell'intelligenza artificiale può far scomparire alcune limitazioni del neuromarketing. Si veda anche la specifica applicazione elaborata da M. Ramirez, S. Kaheh, K. George, *Neuromarketing Study Using Machine Learning for Predicting Purchase Decision*, in *IEEE 12th Annual Ubiquitous Computing, Electronics & Mobile Communication Conference (UEMCON)*, 2021, pp. 560 ss.

<sup>31</sup> B. Glova, I. Mudryk, *Application of Deep Learning in Neuromarketing Studies of the Effects of Unconscious Reactions on Consumer Behavior*, in *2020 IEEE Third International Conference on Data Stream Mining & Processing*, 21-25 agosto 2020, p. 340.

<sup>32</sup> A. De Bruyn, V. Viswanathan, Y. Shan Beh, J. Kai-Uwe Brock, F. von Wangenheim, *Artificial Intelligence and Marketing: Pitfalls and Opportunities*, in *Journal of Interactive Marketing*, 51, 2020, p. 102.

<sup>33</sup> A. Hakim, S. Klorfeld, T. Sela, D. Friedman, M. Shabat-Simon, D.J. Levy, *Machines Learn Neuromarketing: Improving Preference Prediction from Self-Reports Using Multiple EEG Measures and Machine Learning*, in *International Journal of Research in Marketing*, 38, 2021, pp. 770 ss.



La combinazione tra *emotional data* e Intelligenza Artificiale genera forme di conoscenza “tacita”<sup>34</sup> di cui le grandi imprese detengono il sostanziale monopolio e che è in grado di creare un livello del tutto inedito di asimmetria di informazione e di potere – e, quindi, di vulnerabilità<sup>35</sup> – con cui i professionisti sono in grado di accedere a substrati inconsci dei meccanismi decisionali dei consumatori che, come dimostrano le ricerche neuroscientifiche, sono responsabili di gran parte delle scelte di consumo. A tale situazione si aggiunge la vulnerabilità tipicamente generata dall’asimmetria informativa esistente tra professionisti e consumatori, esacerbata ulteriormente nel contesto digitale, ove esiste una forma di vulnerabilità comune a tutti i consumatori per il solo fatto di accedere al mercato digitale<sup>36</sup>, caratterizzato da livelli di complessità tecnologica e da fenomeni di abuso che tendono a limitare progressivamente l’autonomia decisionale dei consumatori<sup>37</sup>.

Si viene a creare, così, una nuova forma di vulnerabilità generata dalla conoscenza e dall’asimmetria informativa tra professionisti e consumatori, che può essere definita come una forma di vulnerabilità “universale”, seppure “situazionale”<sup>38</sup>, in

<sup>34</sup> Il concetto di “conoscenza tacita” deriva dalla nota espressione di Michael Polanyi in *The Tacit Dimension* (2009) secondo cui «possiamo sapere più di quanto possiamo dire» e si riferisce alla conoscenza che è difficile da articolare o esprimere esplicitamente attraverso il linguaggio o la documentazione formale. Per approfondimenti, si veda N. Gascoigne, T. Thornton, *Tacit Knowledge*, Routledge, 2013. A. De Bruyn *et al.*, op. cit., p. 102, osservano che i sistemi di IA sono già in grado di catturare la conoscenza tacita per migliorare l’efficacia degli sforzi di marketing e costruire nuova conoscenza esplicita o formale, mentre altri ritengono che lo stato dell’arte non consenta all’IA di elaborare la conoscenza tacita, su cui si basa la maggior parte degli sforzi per migliorare la relazione con i clienti. Pertanto, lo scopo della ricerca è condurre ulteriori indagini per consentire all’AI di apprendere la conoscenza tacita per migliorare la relazione con il cliente. Si veda K.A. Yau, N. Mat Saad, Y. Chong, *Artificial Intelligence Marketing (AIM) for Enhancing Customer Relationships*, in *Applied Sciences*, 11, 2021, pp. 8562 ss.

<sup>35</sup> Sul tema sia consentito rinviare a T. De Mari Casareto dal Verme, *Artificial Intelligence, Neuroscience and Emotional Data. What Role for Private Autonomy in the Digital Market?*, in *Erasmus L. Rev.*, 3, 2023, pp. 1 ss. Più di recente, cfr. B. Parenzo, *Neuromarketing: un inventario di (spuntati) divieti contro il pericolo di una scelta manipolata*, in *Pers. merc.*, 2, 2024, p. 544.

<sup>36</sup> Sul punto, cfr. L. Gatt, *Legal anthropocentrism between nature and technology: the new vulnerability of human beings*, in *EJPLT*, 1, 2022, pp. 15 ss.; L. Gatt, I.A. Caggiano, *Consumers and Digital Environments as a Structural Vulnerability Relationship*, *ivi*, 2, 2022, p.12; A.A. Mollo, *La vulnerabilità tecnologica. Neurorights ed esigenze di tutela: profili etici e giuridici*, *ivi*, 1, 2021, pp. 201 ss.; F. Galli, *Algorithmic Marketing and EU Law on Unfair Commercial Practices*, Springer, 2022, p. 192. Nello specifico ambito del neuromarketing, cfr. A. Gorgoni, op. cit., pp. 932 s.

<sup>37</sup> Si pensi, in tal senso, a fenomeni come i *dark patterns*, cioè pratiche di progettazione e interfaccia utente che mirano a manipolare o ingannare gli utenti per compiere azioni che potrebbero non voler fare. Sulla relazione tra *dark patterns* e autonomia individuale, S. Ahuja, J. Kumar, *Conceptualizations of User Autonomy Within the Normative Evaluation of Dark Patterns*, in *Ethics and Information Technology*, 24, 2022, pp. 52 ss.

<sup>38</sup> Da un lato, la vulnerabilità “universale” è una caratteristica intrinseca di ciascun individuo in quanto tale e riguarda la possibilità costante e inevitabile di subire danni ad opera di svariati fattori, sia naturali che non. Dall’altro lato, la vulnerabilità è “particolare” quando si riferisce a specifiche condizioni di determinati gruppi di persone più suscettibili di subire pregiudizi proprio a causa di tali condizioni. Si pensi alle persone con disabilità, a quelle affette da HIV ovvero ai richiedenti asilo, cui la giurisprudenza della Corte Europea dei Diritti dell’Uomo (CEDU) ha prestato particolare attenzione negli anni. Similmente, la Corte di Giustizia dell’UE (CGUE) spesso adotta un approccio cd. “situazionale” alla vulnerabilità, quando è un soggetto specifico (una donna, un migrante, un minore) a essere caratterizzato come vulnerabile in relazione a una situazione specifica – come la gravidanza, la richiesta di asilo o la richiesta di ricongiungimento familiare – piuttosto che un gruppo particolare. Quest’ultimo approccio emerge in particolar modo con riguardo alla relazione tra i consumatori e il libero mercato europeo, dove lo squilibrio è determinato dall’asimmetria informativa tra professionisti e consumatori. Ecco perché il concetto di consumatore come parte debole è emerso come principio generale del diritto dell’UE, che si pone l’obiettivo di ristabilire l’equilibrio contrattuale tra le parti e di preservare, così, l’autonomia privata dei consumatori. Su questi temi, cfr. M. Fineman, *The Vulnerable Subject: Anchoring Equality in the Human Condition*, in *Yale Journal of Law*

quanto la possibilità di subire invasioni negli strati inconsci dei propri meccanismi decisionali responsabili di gran parte delle decisioni quotidiane e delle scelte di consumo pare una condizione potenzialmente comune a tutte le persone che accedono al mercato digitale. È stato dimostrato, infatti, che le emozioni – per lo meno quelle principali – manifestano caratteri universali, sicché dall'impiego delle tecnologie menzionate è possibile estendere la comprensione di base di piccoli gruppi di soggetti a un'intera popolazione<sup>39</sup>.

#### 5.4. Applicazioni di neuromarketing e pratiche commerciali scorrette

Da un punto di vista giuridico, i citati rischi di manipolazione si traducono nella possibilità che le tecniche di NM provochino forme di limitazione – o, meglio, di “eterodirezione” – dell'autonomia privata dei consumatori, intesa come attitudine a regolare da sé i propri interessi – ovvero la «potestà di darsi un ordinamento»<sup>40</sup> – tanto come libertà del volere quanto come effettivo potere di autonomia<sup>41</sup>. Posto che né il rilevamento delle emozioni né la pubblicità mirata possono di per sé dirsi illeciti<sup>42</sup>, la possibilità di conoscere e di sfruttare i dati emozionali per fini commerciali, reindirizzando la scelta economica dei consumatori, parrebbe rappresentare una forma di manipolazione<sup>43</sup>, se non altro perché viene meno la spontaneità o la “originalità” della decisione economica (potenzialmente o effettivamente) intrapresa dal consumatore. La sfida risiede nel comprendere se tale forma di manipolazione sia compatibile con la manipolazione tutelata dalla disciplina consumeristica.

La tutela dell'autonomia privata costituisce un profilo centrale nella regolazione europea sulla tutela dei consumatori. L'attività di marketing in particolare viene considerata dal diritto eurounitario come parte integrante il rapporto tra professionisti e consumatori sin dall'introduzione della legislazione sulla pubblicità ingannevole e dichiarativa, finalizzata alla tutela della libertà di autodeterminazione dei consumatori<sup>44</sup>, e successivamente con la Direttiva 2005/29/CE sulle pratiche commerciali sleali, recepita nell'ordinamento italiano tramite svariati interventi normativi oggi confluiti negli artt. 20 ss. del codice del consumo (d.lgs. 6 settembre 2005, n. 206).

---

*and Feminism*, 20, 2008, pp. 8 ss.; L. Peroni, A. Timmer, *Vulnerable groups: The promise of an emerging concept in European Human Rights Convention law*, in *International Journal of Constitutional Law*, 11(4), 2013, p. 1056; F. Luna, *Elucidating the Concept of Vulnerability: Layers Not Labels*, in *International Journal of Feminist Approaches to Bioethics*, 2(1), 2009, p. 129; C. Mackenzie, W. Rogers, S. Dodds, *Introduction: What Is Vulnerability and Why Does It Matter for Moral Theory?*, in C. Mackenzie, W. Rogers, S. Dodds (eds.), *Vulnerability. New Essays in Ethics and Feminist Philosophy*, Oxford, 2014, p. 7.

<sup>39</sup> A. Hakim *et al.*, *op. cit.*, p. 773.

<sup>40</sup> S. Pugliatti, voce *Autonomia privata*, in *Enc. dir.*, vol. IV, Milano, 1959, p. 367.

<sup>41</sup> M. Nuzzo, *Autonomia contrattuale. Contenuto, funzione, rimedi*, Torino, 2021, pp. 9 ss.

<sup>42</sup> In tal senso, A. Gorgoni, *op. cit.*, p. 926, il quale osserva che il rilevamento delle emozioni non è vietato in assoluto, ma se la conoscenza delle emozioni di una persona (gioia, rabbia, disgusto, ansia, felicità, confusione) e la comprensione scientifica del funzionamento del cervello possono servire come base dei profitti commerciali, si determina una manipolazione della volontà della persona.

<sup>43</sup> Cfr. B. Parenzo, *op. cit.*, p. 544, secondo cui le acquisizioni delle neuroscienze, con il supporto dell'IA, «sono in grado di penetrare l'individuale consumatore fin nel profondo delle sue emotive vulnerabilità, rischia di consumarsi un vero e proprio attentato alla capacità della persona di compiere una libera scelta». Si veda anche A. Gorgoni, *op. cit.*, p. 926.

<sup>44</sup> M. Fusi, *Pratiche commerciali aggressive e pubblicità manipolatoria*, in *Diritto industriale*, I, 2009, pp. 5 ss.

In tale contesto, la disciplina sulle pratiche commerciali scorrette mira a proteggere, nell'ottica del corretto funzionamento del mercato interno, l'autonomia privata dei consumatori da condotte dei professionisti contrarie alla diligenza professionale e idonee a falsare il comportamento economico del consumatore medio<sup>45</sup>. L'ambito di applicazione della disciplina è ampio<sup>46</sup>: infatti, ad essere presi in considerazione sono tutti i comportamenti tenuti dal professionista connessi alla promozione, vendita o fornitura di qualsivoglia bene o servizio ai consumatori e posti in essere anteriormente, contestualmente o anche posteriormente all'instaurazione di un rapporto contrattuale con il consumatore<sup>47</sup>, comprese le comunicazioni commerciali, la pubblicità e il marketing<sup>48</sup>.

In particolare, la normativa sanziona le pratiche commerciali ingannevoli, cioè quelle che contengono informazioni non rispondenti al vero o che, seppure di fatto corrette, in qualsiasi modo, anche nella loro presentazione complessiva, inducono o sono idonee ad indurre in errore il consumatore medio; e le pratiche aggressive, cioè quelle che, nella fattispecie concreta, tenuto conto di tutte le caratteristiche e circostanze del caso, mediante molestie, coercizione, compreso il ricorso alla forza fisica o indebito condizionamento, limitano o sono idonee a limitare considerevolmente la libertà di scelta o di comportamento del consumatore medio in relazione al prodotto e, pertanto, lo inducono o sono idonee ad indurlo ad assumere una decisione di natura commerciale che non avrebbe altrimenti preso (art. 24 cod. cons.). La differenza tra le due categorie di condotta risiede nel fatto che, mentre le pratiche ingannevoli si fondano sul fornire informazioni falsate circa le caratteristiche, il prezzo e le altre condizioni di acquisto, quelle aggressive pregiudicano la capacità di autodeterminazione e di scelta tramite molestie, coercizione o indebito condizionamento<sup>49</sup>.

In quest'ottica, è stato notato da parte della dottrina che le condotte di sfruttamento degli stati emotivi dei consumatori per fini di marketing costituirebbero una pratica commerciale aggressiva ai sensi dell'art. 24 cod. cons.<sup>50</sup>, di cui risulterebbe

<sup>45</sup> Per un approfondimento, cfr. E. Guerinoni, *Le pratiche commerciali scorrette. Fattispecie e rimedi*, Milano, 2010, pp. 97 ss.

<sup>46</sup> In più di un'occasione la Corte di Giustizia dell'Unione Europea ha confermato una definizione ampia di pratica commerciale. Cfr., tra le altre, Corte giust., C-261/07 e C-299/07, *VTB-VAB NV v Total Belgium NV and Galatea BVBA v Sanoma Magazines Belgium NV*, [2009] ECR I-02949. Per un approfondimento, J. Stuyck, *The Court of Justice and The Unfair Commercial Practices Directive*, in *Common Market Law Review*, 2015, 52, 721 ss.

<sup>47</sup> G. De Cristofaro, *La Direttiva 2005/29/CE. Contenuti, rationes e caratteristiche*, in Id. (a cura di), *Le «pratiche commerciali sleali» tra imprese e consumatori*, Torino, 2007, pp. 7 s.

<sup>48</sup> L'art. 2 lett. d) fornisce un'elencazione ampia di ciò che è definibile "pratica commerciale", compresa l'attività di marketing. In proposito, E. Labella, *Pratiche commerciali scorrette e autonomia privata*, Torino, 2018, p. 12, rileva che la nozione è talmente ampia da ricomprendere una qualsiasi attività posta in essere dal professionista, dalla fase di mero contatto a quelle dell'esecuzione del contratto. Per un approfondimento, in particolare, del marketing come pratica sleale, si veda C.A. Pratesi, *Marketing sleale e tutela giuridica dei consumatori*, in E. Minervini, L. Rossi Carleo (a cura di), *Le pratiche commerciali sleali. Direttiva comunitaria e ordinamento italiano*, Milano, 2007, pp. 45 ss.

<sup>49</sup> M. Fusi, *op. cit.*, 7. Per un approfondimento, si veda S. Orlando, *Pratiche commerciali aggressive*, in G. Vettori (a cura di), *Codice del consumo. Aggiornamento: pratiche commerciali scorrette e azione collettiva*, Padova, 2009, pp. 59 ss.

<sup>50</sup> In questo senso, convintamente, L. Tafaro, *Some Reflections on Neuroscience and Civil Law*, in A. D'Aloia, M.C. Errigo (eds.), *Neuroscience and Law: Complicated Crossings and New Perspectives*, Springer, 2020, p. 121, con particolare riguardo alle condotte di indebito condizionamento.

integrato tanto l'elemento «strutturale» quanto quello «funzionale»<sup>51</sup>. Cionondimeno, la possibilità che le ipotesi di manipolazione perpetrata dalle applicazioni di NM – soprattutto in riferimento a quelle relative alle tecniche impiegate nel contesto del mercato digitale – rientrino nell'ambito di applicazione della disciplina descritta presenta non pochi profili di incertezza<sup>52</sup>.

In primo luogo, non pare opportuno ricondurre lo sfruttamento di *trigger* emotivi ad una molestia – la quale sottende un'azione che reca turbative e disturbo insistenti nei confronti del consumatore, ad esempio attraverso ripetute e non richieste sollecitazioni commerciali attraverso diversi mezzi di comunicazione – né tantomeno a una forma di ricorso alla forza fisica, che richiede un atto di violenza<sup>53</sup> in cui vengono fatte generalmente rientrare sia costrizioni fisiche sia minacce verbali prospettanti mali ingiusti, tutte volte ad estorcere una determinata decisione al consumatore<sup>54</sup>.

Sembra avvicinarsi maggiormente alle condotte qui considerate la figura dell'indebito condizionamento<sup>55</sup>, definito dall'art. 18 comma 1 lett. l) cod. cons. come «lo sfruttamento di una posizione di potere rispetto al consumatore per esercitare una pressione, anche senza il ricorso alla forza fisica o la minaccia di tale ricorso, in modo da limitare notevolmente la capacità del consumatore di prendere una decisione consapevole». L'indebito condizionamento si riferisce a un processo psico-fisiologico attraverso cui si instaura nell'individuo un legame tra uno stimolo e una risposta in precedenza inesistente<sup>56</sup>. Tale fattispecie richiede, dunque, un ingiusto procedimento psicologico di condizionamento-convincimento basato sullo sfruttamento di una posizione di potere e di asimmetria informativa, teso a falsare la realtà attraverso un subdolo convincimento e forme di pressione psicologica che sfruttano debolezze caratteriali, emotive e culturali del consumatore<sup>57</sup>.

Tuttavia, la fattispecie di indebito condizionamento presenta, in realtà, confini incerti, poiché riflette proprio il sottile confine esistente tra persuasione e manipolazione che, però, nella pratica è ricca di sfumature difficilmente classificabili, per cui appare arduo affermare che il NM costituisca *tout court* una pratica commerciale

<sup>51</sup> A tale proposito, cfr. B. Parenzo, *op. cit.*, pp. 554 ss. Per quanto riguarda l'elemento strutturale – che richiede che gli atti posti in essere dal professionista nei confronti del consumatore siano alternativamente qualificabili alla stregua di «molestie», «coercizione» o «indebito condizionamento» – se è vero che pare difficilmente configurabile una coercizione, l'A. suggerisce la possibilità di qualificare il NM come molestia o indebito condizionamento; per quanto riguarda l'elemento funzionale – rappresentato dalla idoneità della pratica a indurre o di potenzialmente indurre il consumatore ad assumere una decisione di natura commerciale che non avrebbe altrimenti preso – secondo l'A. la sua sussistenza sarebbe autoevidente dal modo in cui la combinazione tra conoscenze neuroscientifiche, marketing emozionale e IA è impiegata per indirizzare le scelte economiche.

<sup>52</sup> Oltre ai profili che si analizzeranno nel prosieguo, A. Gorgoni, *op. cit.*, p. 933 ritiene che siano insufficienti a tutelare il consumatore dalle pratiche di neuromarketing tanto le norme sui vizi del consenso quanto quelle sulle pratiche commerciali scorrette.

<sup>53</sup> L. Villani, *sub art. 24*, in M. Franzoni (diretto da), *Codice ipertestuale del consumo*, Milano, 2008, p. 106.

<sup>54</sup> L. Di Nella, *Le pratiche commerciali sleali «aggressive»*, in G. De Cristofaro (a cura di), *Le «pratiche commerciali sleali»*, cit., p. 239.

<sup>55</sup> L. Tafaro, *op. cit.*, p. 121, osserva che l'uso di tecniche di neuromarketing costituisce una pratica commerciale aggressiva, in quanto esercita un indebito condizionamento delle decisioni dei consumatori, incidendo sulla loro capacità di autodeterminazione. In senso simile anche F. Galli, *op. cit.*, 271, il quale nota che «one of the consequences of endorsing a new notion of vulnerability would be that the focus shifts from deception to aggressiveness and undue influence».

<sup>56</sup> M. Fusi, *op. cit.*, p. 11.

<sup>57</sup> L. Villani, *op. cit.*, p. 107.

aggressiva<sup>58</sup>. Infatti, il legislatore europeo non ha vietato la c.d. *pubblicità suggestiva*, ossia quella che mira ad attivare i *trigger* emotivi delle persone, omettendo quindi di tracciare alcun confine esplicito tra uso lecito e abuso delle emozioni idoneo a configurare indebito condizionamento<sup>59</sup>. Se si riflette, poi, sul ruolo del marketing emozionale nel contesto del mercato digitale tale situazione di incertezza appare ancor più accentuata, dato che le fattispecie descritte paiono richiedere comunque una qualche forma di pressione o coercizione del consumatore che è dubbio riesca a ricomprendere ipotesi più sottili di manipolazione che tipicamente avvengono nell'universo del cd. *micro-targeting* online<sup>60</sup>.

Rimane aperta la possibilità che tali pratiche ricadano nel generale divieto posto dall'art. 20 cod. cons., in quanto comunque contrarie ai canoni di diligenza professionale cui è ispirata la disciplina in esame<sup>61</sup>. Infatti, è stato da tempo evidenziato come il generale divieto di pratiche commerciali sleali posto dalla norma citata rimane distinto dalle specifiche fattispecie di pratiche ingannevoli e aggressive, le quali individuano condotte che, laddove accertate, costituiscono di per sé violazione di canoni di diligenza professionale e, soprattutto, fanno presumere la loro idoneità a falsare il comportamento economico dei consumatori. Quando, invece, le condotte poste in essere dal professionista non siano qualificabili né come ingannevoli né come aggressive, la contrarietà della condotta alle norme di diligenza professionale e la sua idoneità a falsare in maniera rilevante il comportamento economico dei con-

<sup>58</sup> M. Fusi, *op. cit.*, pp. 17 ss. ripercorre l'antico interrogativo del confine tra persuasione e manipolazione con riguardo alle pratiche commerciali aggressive, constatando che nella pratica il confine tra pratica persuasiva lecita e coercitiva psicologica illecita è molto sfumato e ricco di ipotesi intermedie difficilmente classificabili alla stregua dell'una o dell'altra figura. Peraltro, dalla lettera della legge emerge che l'influenza deve essere notevole e non per forza determinante, e questo crea tutta una serie di problemi se si pensa che il livello di influenza di una pratica commerciale presenta una vasta gamma di gradazioni diverse. Secondo alcuni il confine tra lecito e illecito risiederebbe nella discrasia tra messaggio razionale, cioè la descrizione oggettiva delle caratteristiche del prodotto, e messaggio irrazionale, atto a suscitare le emozioni e altre reazioni irrazionali del consumatore tale da far formare una volontà deviata (A. Zanacchi, *La pubblicità. Potere di mercato. Responsabilità sociali*, Milano, 1999, pp. 55 ss.). Pare che tale affermazione non possa condividersi pienamente, intanto perché la maggior parte dei messaggi contiene elementi misti, in parte oggettivi e in parte atti a suscitare emozioni positive. Molto spesso, poi, l'elemento suggestivo serve a richiamare l'attenzione, più che a fini di coercizione. La pubblicità emozionale non dà quindi luogo *tout court* a una pratica aggressiva.

<sup>59</sup> Cfr. R. Caterina, *Pratiche commerciali scorrette e psicologia del consumatore*, in G. Ajani, A. Gambaro, M. Graziadei, R. Sacco, V. Vigoriti, M. Waelbroeck (a cura di), *Studi in onore di Aldo Frignani - Nuovi orizzonti del diritto comparato europeo e transnazionale*, Napoli, 2011, p. 133.

<sup>60</sup> M. Ebers, *Regulating AI and Robotics: Ethical and Legal Challenges*, in M. Ebers, S. Navas (eds.), *Algorithms and Law*, Cambridge, 2020, p. 76. Cfr. Anche P. Hacker, *Manipulation by Algorithms. Exploring the Triangle of Unfair Commercial Practice, Data Protection, and Privacy Law*, in *Eur. L. Jour.*, 29, 2023, p. 151, che osserva che «even if the trader was aware of the manipulative potential of its model, however, the second and more forceful objection points to the inextricable connection of undue influence with "pressure", according to Article 2(j) UCPD. This entails, in my view, that deception cannot suffice, but that influence must be exerted in a way consciously perceived by the consumer—one cannot be pressured without noticing it. Hence, pressure clearly fails to capture the hidden-influence prong of algorithmic manipulation».

<sup>61</sup> Sul punto, R. Montinaro, *Riconoscimento delle emozioni e marketing personalizzato*, in *Pers. merc.*, 3, 2024, pp. 881 ss. Non ha dubbi al riguardo B. Parenzo, *op. cit.*, p. 558, secondo cui le pratiche in esame risultano contrarie alla diligenza professionale quando il sistema di IA è programmato per sfruttare intenzionalmente la vulnerabilità dei consumatori ovvero opera autonomamente senza un'adeguata supervisione. In entrambi i casi, sarebbero violati i principi di correttezza e buona fede, poiché il consumatore ha il diritto di aspettarsi che la propria vulnerabilità non venga sfruttata contro di lui, aspettativa tutelata dall'art. 18, lett. h) del codice del consumo.



sumatori dovranno essere oggetto di specifico accertamento in concreto<sup>62</sup>. Tale conclusione è stata condivisa dalla giurisprudenza del Consiglio di Stato in tempi recenti, la quale ha individuato l'esistenza di un illecito autonomamente sanzionabile individuato dalla violazione del generale divieto posto dall'art. 20 cod. cons., poiché «scopo della normativa è quello di ricondurre l'attività commerciale in generale entro i binari della buona fede e della correttezza», ove l'art. 20 costituisce una norma di chiusura che impone di accertare in concreto il grado della «specifica competenza e attenzione» che «ragionevolmente i consumatori attendono da un professionista nei loro confronti», tenuto conto delle peculiarità del caso di specie<sup>63</sup>.

Un ulteriore nodo problematico con riguardo alla compatibilità della direttiva con le applicazioni di NM risiede nel parametro di riferimento adottato per valutare il carattere sleale della condotta tenuta dal professionista, coincidente con quello del «consumatore medio», inteso come soggetto normalmente informato e ragionevolmente attento e avveduto<sup>64</sup>. Tale paradigma – derivante dall'assunto (neoclassico) per cui un consumatore informato è anche un consumatore razionale – è divenuto oramai irrealistico<sup>65</sup> e strida con l'esistenza di tecniche di marketing personalizzate che mettono in discussione il parametro oggettivo del consumatore medio<sup>66</sup>. Infatti, la maggior parte delle tutele contro la manipolazione è orientata verso il paradigma informativo, senza però contare che l'idea che un consumatore sia razionale se compie scelte munito di tutte le informazioni costituisce, oggi, un concetto anacronistico. L'elemento informativo rappresenta solo uno dei fattori di possibile manipolazione causata da pratiche algoritmiche di profilazione che dovrebbero contribuire a delineare una nuova interpretazione della nozione di «indebito condizionamento»<sup>67</sup>. Del resto, costituisce uno degli assunti della cd. *Behavioral Law & Economics* (BL&E)

<sup>62</sup> G. De Cristofaro, *Il Divieto di pratiche commerciali sleali. La nozione generale di pratica commerciale «sleale» e i parametri di valutazione della «slealtà»*, in Id. (a cura di), *Le «pratiche commerciali sleali»*, cit., p. 119.

<sup>63</sup> Cfr. Cons. Stato, sez. VI, 14 aprile 2020, n. 2414, per cui «la lettura sistematica del titolo III della Parte seconda del codice del consumo rende certi che le «pratiche commerciali scorrette» costituiscono un *genus* unitario di illecito, i cui elementi costitutivi sono definiti dall'art. 20, comma 2. All'interno della fattispecie generale, il legislatore ha «ritagliato» – per finalità di semplificazione probatoria – due sottotipi (e all'interno di ciascuno di essi, due ulteriori fattispecie presuntive) che si pongono in rapporto di specialità (per specificazione) rispetto alla prima. A questi fini, in ordine di successione ermeneutica: - occorre prima stabilire se la condotta contestata possa essere inquadrata all'interno delle «liste nere» (di cui agli artt. 23 e 26): in caso di risposta positiva, la pratica dovrà qualificarsi scorretta senza che si renda necessario accertare la sua contrarietà alla «diligenza professionale» e la sua concreta attitudine «a falsare il comportamento economico del consumatore»; - qualora la pratica non sia ricompresa in nessuna delle due fattispecie presuntive, va accertato se ricorrono gli estremi della pratica commerciale ingannevole (artt. 21 e 22) oppure aggressiva (artt. 24 e 25): in tal caso, la verifica di ingannevolezza ed aggressività integra di per sé la contrarietà alla «diligenza professionale»; - ove i precedenti tentativi di sussunzione non risultino percorribili, non resta che ricorrere alla norma di chiusura sussidiaria di cui all'art. 20, comma 2: la mancata caratterizzazione dell'illecito in termini di ingannevolezza e aggressività, impone di accertare in concreto il grado della «specifica competenza e attenzione» che «ragionevolmente i consumatori attendono da un professionista nei loro confronti», tenuto conto delle peculiarità del caso di specie».

<sup>64</sup> La nozione di «consumatore medio» di cui alla direttiva si riferisce, secondo la Corte europea di giustizia, ad un parametro oggettivo di un soggetto normalmente informato e ragionevolmente attento e avveduto (Corte giust. 10 novembre 1982, C-261/81, in Racc. 1983, I-3961).

<sup>65</sup> R. Montinaro, *op. cit.*, p. 882.

<sup>66</sup> In questo senso, E. Labella, *op. cit.*, pp. 51 ss.; L. Tafaro, *Neuromarketing e tutela del consenso*, Napoli, 2018, p. 80.

<sup>67</sup> In questi termini, F. Galli, *op. cit.*, p. 271.

e delle teorie comportamentali del contratto<sup>68</sup> quello per cui il consumatore assume scelte per lo più irrazionali pur disponendo di tutte le informazioni oggettive circa le caratteristiche dell'affare<sup>69</sup>, poiché l'incomprensione delle informazioni contrattuali da parte dei consumatori ha carattere innato e non è solo funzione di una scarsa divulgazione e alfabetizzazione<sup>70</sup>.

È stato osservato, inoltre, come l'impiego di tecniche di marketing emozionale online per mezzo dell'IA potrebbe escludere un coefficiente di consapevolezza del professionista circa la concreta portata manipolatoria di tali pratiche, che potrebbe costituire una sorta di "effetto collaterale" dell'utilizzo di algoritmi di Intelligenza Artificiale per nulla o poco governabili dall'impresa<sup>71</sup>, andando così a elidere profili di colpa del professionista<sup>72</sup>.

Infine, elemento centrale nella valutazione intorno alla slealtà di una pratica commerciale è l'attitudine della condotta del professionista a influenzare il comportamento economico dei consumatori, e cioè ad incidere in misura rilevante sui procedimenti decisionali che portano i consumatori ad operare le loro scelte di mercato spingendoli ad assumere decisioni economiche che non avrebbero altrimenti preso<sup>73</sup>. Di conseguenza, la disciplina presuppone una dimensione di materiale distorsione delle scelte economiche dei consumatori che rinviene la sua *ratio* nell'evitare che i consumatori acquistino prodotti che in realtà non vogliono, accettando termini

---

<sup>68</sup> Le teorie comportamentali del contratto, riprendendo il concetto di razionalità limitata di Simon, studiano l'impatto dei pregiudizi (*bias*) sulle modalità di conclusione del contratto, mostrando come le decisioni dei consumatori siano influenzate da percezioni errate e dall'asimmetria informativa esistente tra contratti complessi e capacità limitate dei consumatori, che portano a errori sistematici nella valutazione dei costi e dei benefici dei prodotti. In base a questo approccio, i contratti dei consumatori sono il prodotto di un'interazione tra la psicologia e le forze di mercato, dove, dal lato della domanda, c'è un consumatore imperfettamente razionale che prende decisioni di acquisto influenzate da percezioni sistematiche errate e, dal lato dell'offerta, c'è un venditore sofisticato che progetta i suoi prodotti, i suoi contratti e i suoi prezzi in risposta a tali percezioni errate. In effetti, la caratteristica distintiva delle transazioni di consumo è lo squilibrio tra venditori e acquirenti per quanto riguarda sia l'informazione che la sofisticazione. Su questi temi cfr. A. Zoppini, *Contratto ed economia comportamentale*, in *Enc. Dir., I Tematici*, Milano, 2022, p. 313 ss.; O. Bar-Gill, *Consumer Transactions*, in E. Zamir, D. Teichman, *op. cit.*, 465 ss.; Id., *The Behavioral Economics of Consumer Contracts*, in *Minnesota Law Review*, 2008, 92(3), 749 ss. Cfr., ancora, R. Caterina, *Psicologia della decisione e tutela del consumatore*, in *An. giur. econ.*, 1, 2012, pp. 14 ss., il quale evidenzia l'antirealismo delle regole imperative di informazione per colmare l'asimmetria informativa tra professionisti e consumatori, in quanto «ricondere i fallimenti del mercato alla presenza di asimmetrie informative è largamente riduttivo. Anche disponendo di informazioni complete, il consumatore dovrebbe fare i conti con la sua limitata capacità di processarle e con il suo limitato autocontrollo».

<sup>69</sup> M.A. Eisenberg, *op. cit.*, pp. 442 ss., ricostruisce le nozioni di *Behavioral Law & Economics* intorno a tre "onde", in cui la prima riguarda il fatto che i consumatori spesso assumono decisioni in mancanza di informazioni, mentre una seconda rilevante conclusione è che «*in certain areas actors systematically make decisions that are not rational even within the bounds of the information they have acquired*».

<sup>70</sup> A.M. White, *Behavior and Contract*, in *Law and Inequality: Journal of Theory and Practice*, 27(1), 2009, p. 160.

<sup>71</sup> P. Hacker, *op. cit.*, p. 151, che osserva che spesso il professionista non è nemmeno consapevole delle pratiche manipolatorie intraprese dall'algoritmo.

<sup>72</sup> Nella giurisprudenza, cfr. T.A.R. Lazio, sez. I, 2 maggio 2023, n. 7325, secondo cui «la disciplina di tutela consumeristica non postula necessariamente la presenza del dolo, sicché la configurabilità della fattispecie prescinde dalla sussistenza di un elemento volitivo costituito dal preordinato proposito di porre in essere una condotta antigiuridica, dimostrandosi, per l'effetto, sufficiente la sussistenza dell'elemento psicologico della colpa, vale a dire un difetto di diligenza rilevabile dal complessivo atteggiarsi del comportamento posto in essere dall'operatore commerciale».

<sup>73</sup> G. De Cristofaro, *Il Divieto di pratiche commerciali sleali*, cit., p. 114.

e condizioni che non avrebbero altrimenti accettato oppure rivolgendo l'attenzione a prodotti che avrebbero giudicato inferiori rispetto a quelli realmente voluti<sup>74</sup>.

A tale proposito, i sostenitori delle tecniche di NM potrebbero eccepire che le conoscenze neuroscientifiche permetterebbero di fornire ai consumatori servizi maggiormente ritagliati sulle loro esigenze specifiche, sicché tali pratiche non provocherebbero alcuna distorsione poiché farebbero in modo che il consumatore scegliesse ciò che realmente vuole. Allo stesso tempo, si potrebbe ulteriormente obiettare che la tutela dell'autonomia privata dei consumatori dovrebbe andare nella direzione di preservare un carattere di originarietà della decisione di fronte a potenziali fenomeni di eterodirezione delle scelte economiche dei consumatori, e ciò a prescindere dalla reale incidenza negativa di tali decisioni sulla sfera giuridica dell'individuo. Tale assunto si tradurrebbe nella tutela dell'autonomia privata in sé e per sé considerata, che si estrinseca anche nella libertà di commettere errori<sup>75</sup>.

Tutti i profili menzionati si inseriscono in un quadro di generale incertezza circa l'applicabilità – o, per lo meno, l'effettività – della disciplina sulle pratiche commerciali aggressive alle fattispecie in esame, con un evidente pericolo che da ciò derivino vuoti di tutela a danno dei consumatori di fronte a condotte potenzialmente abusive da parte dei professionisti, i quali sono in grado di sfruttare le nuove forme di asimmetria di potere e di informazione create dal loro sostanziale monopolio sulla conoscenza acquisita dall'impiego di tecniche di NM nel mercato digitale. Il rischio, dunque, è quello di un deficit di tutela circa gli effetti di limitazioni cognitive non contemplate dalla disciplina in esame nonostante siano idonee ad alterare in maniera significativa il percorso decisionale del consumatore<sup>76</sup>. Ciò non significa che le pratiche di NM potenzialmente abusive rimangano del tutto sprovviste di disciplina.

Come detto, infatti, non sembrano esservi molti dubbi sul fatto che, qualora tali pratiche si concretizzino in una effettiva eterodirezione della volontà dei consumatori, le condotte dei professionisti possano integrare una violazione del generale divieto di cui all'art. 20, comma 2, cod. cons., pur rimanendo necessario accertare in concreto profili di violazione dei canoni di diligenza professionale il cui contenuto, vista la novità dei fenomeni considerati, dovrà ricevere un'interpretazione evolutiva alla luce di ciò che il consumatore è abilitato a (ragionevolmente) attendersi dal professionista che opera nel mercato digitale. A ciò si aggiunga che parte del recente plesso normativo sovranazionale, seppure non regolando espressamente il NM<sup>77</sup>, dimostra una particolare attenzione da parte del legislatore europeo rispetto all'effetto manipo-

<sup>74</sup> G.B. Abbamonte, *The Unfair Commercial Practices Directive and its General Prohibition*, in S. Weatherill, U. Bernitz, *The Regulation of Unfair Commercial Practices under EC Directive 2005/29*, Oxford, 2007, p. 23.

<sup>75</sup> C. Ernst, *Artificial Intelligence and Autonomy: Self-Determination in the Age of Automated Systems*, in T. Wischmeyer, T. Rademacher (eds.), *Regulating Artificial Intelligence*, Springer, 2020, p. 62.

<sup>76</sup> E. Bracciardi, *Tecniche di marketing e condizionamento del consumatore: dal dolus bonus alle pratiche commerciali «generalmente ammesse»*, in *Pers. merc.*, 4, 2021, p. 820.

<sup>77</sup> A tale proposito, si veda la ricostruzione di E. Tuccari, *op. cit.*, pp. 531 ss., che osserva come, pur in assenza di una disciplina organica del neuromarketing, emergono comunque diversi indici normativi che, seppur in ordine sparso, cominciano a delineare una regolamentazione del fenomeno, per cui «oggi, in realtà, sembra di esser in presenza, più che di un deficit assoluto di regolamentazione, di una sorta di “patchwork” di disposizioni di matrice eurounitaria che impone all'interprete un momento di riflessione. Ormai consapevole delle numerose problematiche sottese al fenomeno, il legislatore eurounitario, infatti, sembra essersi mosso – soprattutto di recente – per assicurare una disciplina (almeno parziale) dei diversi profili del neuromarketing» (p. 534).



latorio potenzialmente derivante sia dall'impiego dei sistemi di IA – regolato, ora, dal Regolamento AI Act<sup>78</sup> – sia dalle condotte perpetrate dai professionisti che erogano servizi digitali – di cui al Digital Services Act (DSA)<sup>79</sup> – optando per generali divieti in tal senso<sup>80</sup>. Pur rimanendo talune aree di incertezza circa l'eshaustività della neo-introdotta legislazione rispetto ai fenomeni qui considerati<sup>81</sup>, non è fuor di luogo prevedere – trattandosi pur sempre dell'introduzione di nuovi standard di condotta imposti sui professionisti – forme di reciproca integrazione tra i vari sistemi normativi, tali per cui lo standard imposto dall'AI Act e dal DSA in merito al divieto di pratiche manipolatorie potrebbe fungere da valido parametro per valutare in concreto la scorrettezza di una pratica commerciale ai sensi dell'art. 20, comma 2, cod. cons.

## 5.5 Rimedi privatistici individuali

Anche assumendo che l'impiego di applicazioni di NM integri una pratica commerciale scorretta, in ogni caso quella introdotta dalla Direttiva 2005/29/CE rappresenta una disciplina di natura prettamente pubblicistica, in cui le condotte ivi considerate integrano illeciti sanzionabili dall'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato

<sup>78</sup> Regolamento (UE) 2024/1689 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 13 giugno 2024, che stabilisce regole armonizzate sull'intelligenza artificiale e modifica i regolamenti (CE) n. 300/2008, (UE) n. 167/2013, (UE) n. 168/2013, (UE) 2018/858, (UE) 2018/1139 e (UE) 2019/2144 e le direttive 2014/90/UE, (UE) 2016/797 e (UE) 2020/1828 (regolamento sull'intelligenza artificiale).

<sup>79</sup> Regolamento (UE) 2022/2065 del Parlamento europeo e del Consiglio del 19 ottobre 2022 relativo a un mercato unico dei servizi digitali e che modifica la direttiva 2000/31/CE (regolamento sui servizi digitali).

<sup>80</sup> Per una esaustiva ricostruzione, si rimanda a R. Montinaro, *op. cit.*, pp. 847 ss.; A. Gorgoni, *op. cit.*, pp. 930 ss.; E. Tuccari, *op. cit.*, pp. 528 ss.; B. Parenzo, *op. cit.*, pp. 546 ss. In particolare, nell'ambito dell'AI Act viene in rilievo l'art. 5, lett. a) che vieta l'immissione sul mercato, la messa in servizio o l'uso di un sistema di IA che utilizza tecniche subliminali che agiscono senza che una persona ne sia consapevole o tecniche volutamente manipolative o ingannevoli aventi lo scopo o l'effetto di distorcere materialmente il comportamento di una persona o di un gruppo di persone, pregiudicando in modo considerevole la loro capacità di prendere una decisione informata, inducendole pertanto a prendere una decisione che non avrebbero altrimenti preso, in un modo che provochi o possa ragionevolmente provocare a tale persona, a un'altra persona o a un gruppo di persone un danno significativo; lett. f), che vieta l'immissione sul mercato o l'uso di sistemi di IA per inferire le emozioni di una persona fisica nell'ambito del luogo di lavoro e degli istituti di istruzione; e l'allegato III, n. 1, lett. c), che classifica come "ad alto rischio" i sistemi di IA impiegati nella biometria e destinati a essere utilizzati per il riconoscimento delle emozioni. Nell'ambito del DSA, rilevano gli art. 25 e 26, para. 3, che proibiscono, da un lato, ai fornitori di piattaforme online di progettare, organizzare o gestire «le loro interfacce online in modo tale da ingannare o manipolare i destinatari dei loro servizi o da materialmente falsare o compromettere altrimenti la capacità dei destinatari dei loro servizi di prendere decisioni libere e informate»; dall'altro, di utilizzare dati "sensibili" per la profilazione degli utenti ai fini della pubblicità personalizzata.

<sup>81</sup> Senza pretesa di esaustività, i principali punti deboli delle nuove discipline eurolunitarie rispetto ai fenomeni di *micro-targeting* online risiedono nel fatto che i sistemi di riconoscimento delle emozioni nell'AI Act sembrano basarsi sul trattamento di dati biometrici, sfuggendo dunque alla disciplina *de qua* tutte quelle possibili condotte che non impiegano direttamente tali categorie di dati. Inoltre, non è menzionata la finalità di marketing. Per quanto riguarda il DSA, l'effettività dell'art. 25 è messa in discussione dal secondo paragrafo della medesima norma, ai sensi del quale il divieto non si applica alle pratiche contemplate dalla direttiva 2005/29/CE, sicché l'incertezza circa l'applicabilità di quest'ultima direttiva inevitabilmente porta con sé incertezza in merito all'applicabilità del divieto in esame. Inoltre, l'ambito soggettivo del regolamento è ristretto ai "fornitori di piattaforme online". In ogni caso, rimangono profili di complessità con riguardo alla possibilità di effettivamente individuare e sanzionare pratiche che impiegano tecniche subliminali che potrebbero sfuggire ad un controllo sulla loro legittimità. Su questi temi, cfr. E.M. Incutti, *Sistemi di riconoscimento delle emozioni e ruolo dell'autonomia privata: linee evolutive di un umanesimo digitale*, in *Giust. civ.*, 2, 2022, p. 530; T. De Mari Casareto dal Verme, *op. cit.*, pp. 9 ss.; E. Tuccari, *op. cit.*, p. 528; B. Parenzo, *op. cit.*, pp. 548 ss.

(AGCM), anche a prescindere dall'effettivo sviamento delle decisioni commerciali dei consumatori.

Di converso, il profilo delle tutele privatistiche individuali, qualora un danno al consumatore si sia effettivamente verificato a causa di tali pratiche, rappresenta un nodo problematico sin dal primo recepimento della Direttiva, la quale non prevedeva espressamente siffatti rimedi e, dunque, lasciava alla discrezionalità dei singoli Stati membri la scelta in ordine al coordinamento tra la disciplina pubblicistica e le tutele privatistiche<sup>82</sup>. Oggi l'esigenza di chiarire tale coordinamento si pone in termini ancor più accentuati dopo la modifica attuata dalla Direttiva 2019/2161/UE (cd. Direttiva Omnibus), che ha aggiunto alla Direttiva 2005/29/CE l'art. 11-*bis*<sup>83</sup> recante l'esplicito riferimento ad una rosa di rimedi finalizzati a imporre agli Stati membri la garanzia ai consumatori un adeguato apparato di tutele individualmente esperibili di fronte al giudice nazionale. Invero, la genericità e l'ambiguità<sup>84</sup> con cui il legislatore nazionale ha recepito pedissequamente la formula ampia del legislatore europeo con l'art. 27, comma 15-*bis*, cod. cons.<sup>85</sup> non permettono di superare le antiche incertezze, cui, anzi, se ne aggiungono di nuove.

Il tema del rapporto tra pratiche commerciali sleali e rimedi privatistici individuali è complesso e articolato e, perciò, non può essere trattato esaustivamente in questa sede. Ciò che rileva ai fini che qui interessano è il nuovo coordinamento attuato dalla Direttiva Omnibus che, come attenta dottrina ha sottolineato, sembra avere positivizzato definitivamente l'individuazione del fondamento normativo dei rimedi privatistici individuali, esperibili a valle di pratiche commerciali scorrette, nella norma in questione<sup>86</sup>. Tuttavia, come si tenterà di spiegare, ad una attenta riflessione una rigida classificazione delle applicazioni di NM come pratiche commerciali scorrette – siano esse aggressive o generalmente contrarie alla diligenza professionale – potrebbe in parte ostacolare la tutela individuale dei consumatori, la

<sup>82</sup> Sul silenzio della direttiva europea circa i rimedi privatistici, cfr. *ex multis* E. Labella, *op. cit.*, pp. 119 ss., il quale osserva che esso strideva con l'intento di armonizzazione massima della tutela tra gli stati membri, tanto che in alcuni stati europei si è scelto di affiancare strumenti privatistici, accentuando però a frammentazione. In Italia, invece, la scelta è stata lasciata alla giurisprudenza nel caso concreto.

<sup>83</sup> «1. I consumatori lesi da pratiche commerciali sleali devono avere accesso a rimedi proporzionati ed effettivi, compresi il risarcimento del danno subito dal consumatore e, se pertinente, la riduzione del prezzo o la risoluzione del contratto. Gli Stati membri possono stabilire le condizioni per l'applicazione e gli effetti di tali rimedi. Gli Stati membri possono tener conto, se del caso, della gravità e della natura della pratica commerciale sleale, del danno subito dal consumatore e di altre circostanze pertinenti. 2. Detti rimedi non pregiudicano l'applicazione di altri rimedi a disposizione dei consumatori a norma del diritto dell'Unione o del diritto nazionale».

<sup>84</sup> In questi termini, G. De Cristofaro, *"Rimedi" privatistici individuali e pratiche commerciali scorrette. Il recepimento nel diritto italiano dell'art. 11-bis della direttiva 2005/29/CE (comma 15-bis, art. 27 c.cons.)*, in *Nuove leg. civ. comm.*, 2, 2023, p. 468; E. Tuccari, *op. cit.*, p. 524; A. Purpura, *Private enforcement delle pratiche commerciali scorrette: il nuovo comma 15-bis dell'art. 27 c. cons.*, in *Eur. dir. priv.*, 4, 2023, pp. 828 ss.

<sup>85</sup> «I consumatori lesi da pratiche commerciali sleali possono altresì adire il giudice ordinario al fine di ottenere rimedi proporzionati ed effettivi, compresi il risarcimento del danno subito e, ove applicabile, la riduzione del prezzo o la risoluzione del contratto, tenuto conto, se del caso, della gravità e della natura della pratica commerciale sleale, del danno subito e di altre circostanze pertinenti. Sono fatti salvi ulteriori rimedi a disposizione dei consumatori».

<sup>86</sup> G. De Cristofaro, *"Rimedi" privatistici individuali*, cit., p. 464, secondo cui «la nuova disposizione ha la fondamentale funzione di costituire essa stessa il fondamento giuridico delle pretese e dei rimedi di natura privatistica che d'ora in poi potranno esser fatti valere, nei confronti dei professionisti che pongano in essere pratiche commerciali scorrette, da parte dei consumatori che ne siano stati pregiudicati».

quale dovrebbe invece essere valorizzata per dare conto anche di dinamiche micro-economiche, oltre che macroeconomiche<sup>87</sup>.

## 5.6. L'invalidità del contratto stipulato a valle di pratiche di neuromarketing

In primo luogo, le possibili forme di manipolazione o eterodirezione del consenso dei consumatori pongono la questione circa la validità di un (eventuale) contratto concluso a valle di pratiche commerciali sleali compiute mediante applicazioni di NM.

Il nuovo art. 27, comma 15-*bis*, cod. cons. non menziona l'invalidità del contratto tra i possibili rimedi individuali a disposizione del consumatore e tale silenzio non sembra idoneo a provocare significative svolte rispetto alla tradizionale impostazione. Da tempo, infatti, si valorizza la regola della non interferenza tra regole di comportamento e regole di validità del contratto, per cui la violazione del principio di correttezza non può mai dar luogo ad invalidità del contratto, salvo che tale sanzione sia stata espressamente comminata dal legislatore<sup>88</sup>. Tale regola si è affermata anche nel rapporto tra la disciplina sulle pratiche commerciali scorrette, che riguarda per l'appunto regole di condotta, e quella sulle invalidità negoziali<sup>89</sup>.

Non v'è dubbio che le tecniche di NM integrino condotte dei professionisti, per cui allo stato non è dato rinvenire alcun automatismo tra la loro qualificazione come pratiche scorrette e l'invalidità del contratto eventualmente stipulato a valle. Ne consegue che il contratto stipulato a valle di pratiche di NM sarà invalido solo qualora le condotte abusive perpetrate dal professionista si traducano anche in vizi materiali del contratto, tali da causarne la nullità, ovvero in uno dei vizi della volontà che ne determinano l'annullabilità. Tuttavia, la disciplina codicistica sulle invalidità negoziali, notoriamente ispirata a garantire la certezza dei traffici giuridici, potrebbe non includere, almeno *prima facie*, forme di limitazione dell'autonomia contrattuale molto più sottili rispetto a quelle macroscopiche e oggettivamente percepibili contemplate dal Codice civile<sup>90</sup>.

<sup>87</sup> E. Labella, *op. cit.*, p. 118.

<sup>88</sup> Il principio veniva già enunciato da A. Trabucchi, *Il dolo nella teoria dei vizi del volere*, Padova, 1937, p. 107 e successivamente da F. Santoro-Passarelli, *Dottrine generali del diritto civile*, Napoli, 1981, p. 171. Si veda in proposito G. D'Amico, *Regole di validità e regole di comportamento nella formazione del contratto*, in *Riv. dir. civ.*, 1, 2002, p. 10037 ss.; Id., *Regole di validità e principio di correttezza nella formazione del contratto*, Napoli, 1996; G. Meruzzi, *La responsabilità precontrattuale tra regola di validità e regola di condotta*, in *Contr. impr.*, 4-5, 2006, pp. 950 ss. Per una ricostruzione recente, cfr. A. Grimolizzi, *L'evoluzione della distinzione tra regole di comportamento e regole di validità nella giurisprudenza – I parte*, in *Resp. civ. prev.*, 6, 2023, pp. 1946 ss., e *II parte, ivi*, 1, 2024, pp. 42 ss. Nella giurisprudenza di legittimità, cfr. Cass. civ. sez. un., 19.12.2007, n. 26724, che afferma la netta distinzione tra nullità virtuale del contratto e violazione di norme di comportamento, la quale ultima può solo essere fonte di responsabilità. Con riguardo all'operatività del principio nei contratti dei consumatori, cfr. E. Scoditti, *Regole di validità e principio di correttezza nei contratti del consumatore*, in *Riv. dir. civ.*, 1, 2006, pp. 128 ss. Larga parte della dottrina, tuttavia, guarda con favore al superamento di tale dicotomia. In questo senso si veda, per tutti, V. Scalisi, *Autonomia privata e regole di validità: le nullità conformative*, in *Riv. dir. civ.*, 6, 2011, pp. 745 ss.

<sup>89</sup> cfr. M. Maugeri, *Pratiche commerciali scorrette e annullabilità: la posizione dell'Arbitro per le controversie finanziarie*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2017, 11, 1519; C. Camardi, *Pratiche commerciali scorrette e invalidità*, in *Obbl. contr.*, 2010, 6, 408.

<sup>90</sup> Sull'inadeguatezza delle norme codicistiche a far fronte alle sfide poste dal neuromarketing, cfr. L. Tafaro, *Neuromarketing e tutela del consenso*, Napoli, 2018, pp. 71 ss., che evidenzia anche la circostanza per cui tali violazioni avvengono nell'ambito di contrattazioni di massa, cui la disciplina nazionale sulle invalidità negoziali è poco avveza.

Per quanto riguarda la nullità, è stata evidenziata con convinzione da parte della dottrina la necessità di sanzionare con la nullità il contratto stipulato a valle di pratiche di NM ai sensi dell'art. 1418 c.c., poiché, compromettendo l'autonomia privata del consumatore in ordine all'*an* della conclusione del contratto, si tratterebbe di un vizio che investe l'essenza del contratto e costituirebbe un negozio in violazione di norme imperative quali quelle di cui all'AI Act e al DSA<sup>91</sup>. La fattibilità di tale soluzione – pur logicamente ineccepibile e condivisibile da un punto di vista di giustizia sostanziale – necessiterebbe tuttavia di un solido aggancio normativo capace di abbattere definitivamente il muro ancora oggi esistente tra regole di comportamento e regole di validità<sup>92</sup>. Infatti, seppure sia vero che le condotte di NM abusive si porrebbero in contrasto con norme imperative, si tratterebbe pur sempre di norme imperative che regolano condotte, mentre l'attuale situazione normativa non sembra sufficiente a superare l'assunto per cui la nullità virtuale non è integrata dalla violazione di norme comportamentali, nel qual caso è possibile il solo rimedio risarcitorio, ma solo da regole che attengono alla struttura del contratto<sup>93</sup>.

Allo stesso tempo, a sostegno della prospettazione della nullità, si consideri anche la possibilità di valorizzare quell'opinione, seppure non dominante, che ritiene che la regola in esame valga esclusivamente per le clausole generali di comportamento (i.e., la buona fede) e non anche per quelle norme imperative che prevedono specifici obblighi di condotta<sup>94</sup>, quali potrebbero ritenersi le disposizioni europee citate.

Appare arduo, invece, sostenere che le forme di eterodirezione della volontà tramite tecniche di NM possano integrare un vizio strutturale coincidente con la mancanza dell'accordo, che viene generalmente ricondotta ad ipotesi di costrizione fisica o comunque annullamento totale della volontà di una parte<sup>95</sup>.

<sup>91</sup> In questo senso, A. Gorgoni, *op. cit.*, p. 938 ss.

<sup>92</sup> Attenta dottrina ha già propugnato l'abbandono, o persino l'inesistenza, dell'autonomia tra regole di comportamento e di validità, promuovendo la possibilità che la violazione della buona fede conduca all'invalidità del contratto. Cfr. G. Perlingieri, *L'inesistenza della distinzione tra regole di comportamento e di validità nel diritto italo-europeo*, Napoli, 2013; F. Galgano, *Squilibrio contrattuale e mala fede del contraente forte*, in *Contr. impr.*, 1997, pp. 417 ss.; A. Riccio, *La clausola generale di buona fede è dunque un limite generale all'autonomia contrattuale*, in *Contr. impr.*, 1, 1999, pp. 21 ss. Più in generale, per la critica in ambito contrattuale ad una concezione ostacolante della teoria della fattispecie, che fa ombra sulla disciplina dei comportamenti, v. G. Benedetti, *La rescissione*, in *Il contratto in generale*, XIII, 8, in *Trattato di diritto privato*, diretto da Bessone, Torino, 2007, pp. 47 s.; S. Orlando, *Fattispecie, comportamenti, rimedi. Per una teoria del fatto dovuto*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2011, pp. 1045 ss.

<sup>93</sup> Nella giurisprudenza questo principio si è tradotto nel principio per cui in relazione alla nullità del contratto per contrarietà a norme imperative in difetto di espressa previsione in tal senso (i.e., nullità virtuale), deve trovare conferma l'impostazione secondo la quale, ove non altrimenti stabilito dalla legge, unicamente la violazione di norme inderogabili concernenti la validità del contratto è suscettibile di determinarne la nullità e non già la violazione di norme, anch'esse imperative, riguardanti il comportamento dei contraenti la quale può essere fonte di responsabilità. Tale principio è stato affermato a più riprese dalla Cassazione, anche a Sezioni Unite: cfr. Cass. civ. sez. I, 29 settembre 2005, n. 19024, in *Giur. it.*, 2006, 8-9, 1599, con nota di Sicchiero; Cass. civ. sez. un., 19 dicembre 2007, n. 26724, in *Giust. Civ.*, 2008, 5, I, 1175, con nota di Nappi; Cass. civ., sez. II, 24 novembre 2015, n. 23914, in *Dir. Giust.*, 2015, 25 novembre, con nota di Calvetti. Di recente tale impostazione è stata ribadita da alcune pronunce di merito: cfr. Trib. Lecce, sez. II, 15 febbraio 2022, n. 403, in *Redaz. Giuffrè*, 2022; Trib. Roma, sez. XVII, 16 luglio 2021, n. 12282, in *Redaz. Giuffrè*, 2021. Per una ricostruzione si veda, per tutti, A. Grimalizzi, (I parte) cit., pp. 1950 ss.

<sup>94</sup> Sul punto, G. D'Amico, *Nullità virtuale - Nullità di protezione (Variazioni sulla nullità)*, in *Contr.*, 2009, 7, p. 736 ss.; A. Grimalizzi, (I parte) cit., p. 1948.

<sup>95</sup> V. Roppo, *Il contratto*, Milano, 2011, pp. 697 ss.

In tema di annullabilità, i vizi del consenso di cui agli artt. 1427 ss. c.c. comprendono forme di pressione psicologica, errori esteriormente percepibili o raggiri idonei a trarre in inganno la controparte circa il contenuto dell'accordo<sup>96</sup>, mentre le ipotesi di interferenza nella formazione della volontà causate dalle applicazioni di NM sono più facilmente riconducibili a forme di manipolazione della sfera irrazionale e interna del processo decisionale, piuttosto che a quella razionale cui il Codice civile sembra essere ispirato<sup>97</sup>.

Da quanto ricostruito, l'intenzione di valorizzare il rimedio caducatorio come possibile via di tutela del consumatore digitale di fronte alle applicazioni di NM sembrerebbe richiedere una rinnovata interpretazione dell'autonomia contrattuale in grado di accorciare le distanze tra diritto e scienze naturali<sup>98</sup>, in modo da considerare i progressi compiuti dalla scienza nella conoscenza effettiva dei meccanismi che avvengono nel cervello umano. In tale ottica, sarebbe forse necessario ridimensionare la portata della consolidata concezione "oggettiva" del contratto, legata al valore predominante della dichiarazione negoziale, valorizzando la dimensione interna della volontà dei contraenti, senza con ciò aderire nuovamente al cd. "dogma della volontà"<sup>99</sup>. Si tratterebbe, da un lato, di riaffermare il principio di autonomia contrattuale non solo nel suo significato "positivo", ma anche "negativo", in virtù del quale nessuno può essere costretto ad essere spogliato dei propri beni o a eseguire prestazioni in favore di altri contro o *indipendentemente* dalla propria volontà<sup>100</sup>, così da preservare il carattere "originario" della decisione; dall'altro lato, di favorire un'interpretazione dell'autonomia contrattuale collegata con il più generale principio di autodeterminazione, il quale deve essere tutelato di per sé e su cui non dovrebbe incidere la differenza di potere contrattuale tra le parti<sup>101</sup>.

<sup>96</sup> Cfr. E. Mik, *The Erosion of Autonomy in Online Consumer Transactions*, in *Law, Innovation and Technology*, 8(1), 2016, pp. 27 ss., che afferma che le regole contrattuali tradizionali sui vizi del consenso non regolano efficacemente forme sottili di manipolazione esercitata dalle imprese nel mercato digitale, poiché la violenza psicologica non si applica, mentre l'errore che rileva è solo quello oggettivo e ha a che fare con una falsità fattuale e, perciò, poco avvezzo a disciplinare ipotesi di ambiguità, incompletezza o sfruttamento di *bias* cognitivi. In questi termini anche M. Ebers, *op. cit.*, p. 76.

<sup>97</sup> In questo senso, E. Battelli, *Diritto dei contratti e questioni di razionalità economica*, in *Contr. impr.*, 1, 2019, p. 117 rileva che «d'altronde, la stessa nozione di contratto, che si è andata consolidando nel mondo occidentale (nelle due versioni del *civil* e del *common law*), è stata fondata sul presupposto della razionalità immanente nella condotta economica degli uomini». Seppure non in riferimento al Codice civile italiano, tale circostanza viene rilevata anche da A. Krausová, *op. cit.*, p. 42. Si veda anche A. Gorgoni, *op. cit.*, pp. 929 ss., che conclude per l'inapplicabilità della disciplina, con particolare riferimento al dolo, in quanto le tecniche di NM incidono «non tanto sulla parte cosciente della persona, inducendola a commettere un errore, quanto piuttosto sul subconscio, cioè su quel livello della mente responsabile dei processi automatici che gestisce emozioni, paure, gioie e altri profili emotivi».

<sup>98</sup> E. Picozza, *Problematiche di diritto pubblico e di diritto privato*, in E. Picozza, L. Capraro, V. Cuzzocrea, D. Terracina, *Neurodiritto. Una introduzione*, Torino, 2011, p. 178.

<sup>99</sup> Nella teoria generale del negozio giuridico, mentre il superato "dogma della volontà" attribuiva rilevanza essenziale alla dimensione interna del volere, nella concezione oggettiva o "teoria della dichiarazione" ciò che conta è la *dichiarazione* della volontà, per cui il contraente, che voglia il risultato voluto internamente, deve rivolgersi alla controparte e dichiarare la propria volontà. Cfr., *ex multis*, R. Sacco, G. De Nova, *Il contratto*, Milano, 2016, p. 87.

<sup>100</sup> Nel suo significato "positivo", l'autonomia contrattuale consiste nella libertà che le parti hanno di (costituire, estinguere e) regolare i propri rapporti giuridici patrimoniali tramite atti di volontà, mentre quello "negativo" è rappresentato dalla libertà dalle interferenze altrui nella formazione della volontà. Cfr. F. Galgano, *Il contratto*, Milano, 2020, pp. 34 ss.; Id., *Il negozio giuridico*, in A. Cicu, F. Messineo, L. Mengoni (già diretto da), P. Schlesinger (continuato da), *Trattato di diritto civile e commerciale*, Milano, 2002, pp. 45 ss.; V. Roppo, *op. cit.*, pp. 37 ss.

<sup>101</sup> L. Tafaro, *Cosa ci dice il cervello? Neuroimaging e diritto civile*, in G. Romano, U. Sabatini (a cura di), *Diritto e neuroimaging. Prove aperte di un dialogo*, Napoli, 2021, p. 131; M.R. Marella, *The Old and the New Limits of Freedom of Contract in Europe*, in *European Review of Contract Law*, 2006, pp. 257 ss. Sul



### 5.7. Il risarcimento del danno

La potenziale manipolazione della volontà dei consumatori digitali ad opera delle applicazioni di NM mette in gioco sicuramente il rimedio risarcitorio, tanto in via concorrente quanto autonoma rispetto all'eventuale invalidità del contratto stipulato a valle<sup>102</sup>.

Anche in questo caso, di particolare interesse è il possibile coordinamento tra la disciplina sulle pratiche commerciali scorrette e i rimedi privatistici individuali. Infatti, a differenza dell'invalidità negoziale, la risarcibilità dei danni cagionati da pratiche commerciali scorrette è oggi espressamente contemplata dal nuovo art. 27, comma 15-bis, cod. cons. Invero, che i danni effettivamente patiti dai consumatori a causa di pratiche commerciali scorrette fossero risarcibili è sempre stato un assunto pacifico in dottrina e giurisprudenza. Ciò che, invece, non ha ancora ricevuto una soluzione univoca è la natura della responsabilità – e, dunque, dell'illecito – da cui tali danni possono scaturire. Sul punto, infatti, sono state formulate ipotesi di responsabilità extracontrattuale, contrattuale, precontrattuale<sup>103</sup>, sino a giungere a rinvenire nell'affidamento ingenerato nel consumatore dalla relazione con il professionista un caso di contatto sociale<sup>104</sup>. A ben guardare, tali distinzioni sembrano dipendere dalla situazione concreta in cui il consumatore viene ad essere danneggiato da una pratica commerciale sleale, potendo ad esempio configurarsi alternativamente ipotesi in cui a compiere la condotta sia o meno il medesimo soggetto che figura poi come parte del contratto eventualmente concluso con il consumatore a valle della pratica commerciale. Ciò che pare potersi affermare con ragionevole convinzione è che, a prescindere dal suo regime giuridico, l'illecito in questione sia costituito dalla violazione di regole di correttezza e diligenza professionale.

Ciò che suscita maggiore interesse è, invece, l'individuazione dei danni risarcibili nelle ipotesi di etero-direzione della volontà del consumatore tramite tecniche di NM. Si pone, in particolare, la questione della risarcibilità dei danni non patrimoniali derivanti dalla limitazione dell'autonomia privata del consumatore. A tale proposito, se non v'è dubbio che, qualora il consumatore assumesse una decisione economica che non avrebbe altrimenti assunto, si verificherebbe un danno patrimoniale risarcibile e consistente nella differenza tra la situazione patrimoniale del consumatore precedente e successiva alla condotta illecita<sup>105</sup>, più dubbia è invece la risarcibilità di eventuali danni non patrimoniali.

---

collegamento tra libertà contrattuale e principio di autodeterminazione, cfr. P. Barcellona, *Libertà contrattuale*, in *Enc. Dir.*, vol. XXIV, Milano, 1974, pp. 489 s. Con riguardo all'esigenza di tutelare il diritto di autodeterminazione dei consumatori di fronte all'Intelligenza Artificiale, come diritto ad esercitare un controllo sulle proprie decisioni a prescindere dagli effetti positivi o negativi provocati su di esse dalla tecnologia, cfr. C. Ernst, *op. cit.*, p. 62.

<sup>102</sup> A. Gorgoni, *op. cit.*, p. 940.

<sup>103</sup> Per una ricostruzione generale, cfr. C. Granelli, *Pratiche commerciali scorrette: tutele individuali*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 5, 2019, p. 1078.

<sup>104</sup> Per questa impostazione, si veda L. Guffanti Pesenti, *Pratiche commerciali scorrette e rimedi nuovi. La difficile trasposizione dell'art. 3, co. 1, n. 5), Dir. 2019/2161/UE*, in *Eur. dir. priv.*, 4, 2021, p. 673 ss., per cui il rapporto tra professionista e consumatore antecedente all'effettiva stipulazione di un contratto si inserisce nella "terra di mezzo" tra contratto e torto, dove il professionista dispone di uno status in cui il consumatore ripone affidamento e il contatto sociale, reso rilevante dalla buona fede, genera un vero e proprio *vinculum iuris*. In termini simili anche E. Labella, *Pratiche commerciali scorrette e rimedi civilistici*, in *Contr. impr.*, 3, 2013, pp. 737 ss.

<sup>105</sup> Si veda nella giurisprudenza di merito App. Milano, sez. II, 26 agosto 2013, n. 3306, in *Ras. dir. farm.*, 2014, 1, 32: «l'aver acquistato un prodotto che si presentava con determinate caratteristiche, di cui invece

Sul punto pare assumere una fondamentale rilevanza il citato art. 27, comma 15-bis, cod. cons. Infatti, qualora le condotte esaminate venissero qualificate alla stregua di pratiche commerciali scorrette – vuoi come pratiche aggressive o come violazione della generale correttezza professionale – l'espresso riferimento operato dalla norma al risarcimento del danno potrebbe avere l'effetto di incardinare l'illecito in questione entro il referente normativo di cui al codice del consumo.

In questo caso, a prescindere dalla sua natura contrattuale o extracontrattuale, la condotta illecita consisterebbe nella violazione di regole di correttezza professionale idonea a provocare la lesione di un interesse giuridicamente protetto (danno-evento) da cui possono scaturire conseguenze pregiudizievoli (danno-conseguenza) di natura patrimoniale o non patrimoniale<sup>106</sup>. In caso di pratiche commerciali scorrette è possibile affermare che il danno evento sia positivizzato all'interno della disciplina normativa e consista nella lesione della «libertà economica del consumatore» che costituisce il bene giuridico protetto dalla Direttiva 2005/29/CE<sup>107</sup>. Ne consegue la sicura risarcibilità del danno patrimoniale subito dal consumatore dalla decisione economica assunta e che, in assenza della pratica sleale, non avrebbe assunto.

È dubbio, invece, che il consumatore riuscirebbe a ottenere il risarcimento di eventuali danni non patrimoniali derivanti da pratiche di NM, poiché l'eventuale classificazione della condotta illecita come pratica commerciale sleale comporterebbe l'individuazione dell'interesse giuridico tutelato dalla relativa legislazione nei soli interessi economici del consumatore<sup>108</sup>. Sembra, infatti, costituire un assunto costante quello per cui l'interesse giuridico protetto dalla Direttiva 2005/29/CE e dalla sua normativa di recepimento abbia natura esclusivamente patrimoniale, poiché le condotte ivi considerate sono solo quelle idonee a falsare il comportamento *economico* del consumatore, talché non sarebbero risarcibili i danni non patrimoniali causati da pratiche commerciali sleali<sup>109</sup>.

---

esso era privo, rappresenta un danno ingiusto, non essendo in dubbio che il messaggio ingannevole leda il diritto del consumatore alla libera determinazione intorno alla scelta del prodotto. Tale danno si traduce in una perdita patrimoniale corrispondente alla somma di danaro spesa per l'acquisto di tale prodotto». Più di recente, Trib. Venezia, 7 luglio 2021, in *Foro it.*, 2021, 12, I, 4023: «qualora una pratica commerciale scorretta abbia leso la libertà negoziale dei consumatori, i suoi autori sono tenuti a risarcire, a titolo di responsabilità extracontrattuale, il danno patrimoniale derivante da tale lesione».

<sup>106</sup> Sulla considerazione generale per cui il carattere patrimoniale o non patrimoniale del danno appartiene alla sfera del danno-conseguenza, cioè alle conseguenze negative percepite nella sfera giuridica del danneggiato, cfr. C. Salvi, *La responsabilità civile*, Milano, 2019, p. 66; M. Franzoni, *Dei fatti illeciti*, in *Comm. Scialoja-Branca*, 1993, p. 272.

<sup>107</sup> M. Libertini, *Sulla nozione di libertà economica*, in *Contr. impr.*, 4, 2019, pp. 1259 ss.

<sup>108</sup> Nella giurisprudenza, cfr. T.A.R. Lazio, sez. I, 8 marzo 2019, n. 3095: «il bene giuridico tutelato, infatti, è soltanto indirettamente la sfera patrimoniale del consumatore; in via immediata, attraverso la libertà di scelta si vuole salvaguardare il corretto funzionamento del mercato concorrenziale».

<sup>109</sup> In questo senso ampiamente G. De Cristofaro, *“Rimedi” privatistici individuali*, cit., p. 476: «si tratta di un interesse di natura meramente economico-patrimoniale, la cui violazione legittima ex art. 2043 c.c. il consumatore a pretendere il risarcimento (per equivalente) di tutti e soltanto i pregiudizi di natura economica che ne siano derivati, attraverso la corresponsione di una somma di danaro di importo idoneo a conferire al patrimonio del consumatore la consistenza che avrebbe avuto se la pratica commerciale non fosse stata posta in essere. Non è invece consentito pretendere il risarcimento dei pregiudizi di natura non patrimoniale eventualmente provocati dalla pratica commerciale scorretta: il comportamento del professionista che viola il divieto sancito dal comma 1° dell'art. 20 c.cons. costituisce infatti un illecito amministrativo e non un reato e, per altro verso, l'interesse del consumatore leso dalla sua condotta ha natura meramente patrimoniale non è tutelato da un diritto inviolabile della persona riconosciuto a livello costituzionale».



Inoltre, il risarcimento di tali danni in questi casi incontrerebbe i limiti posti dal principio di tipicità del danno non patrimoniale di cui all'art. 2059 c.c., per cui esso è risarcibile nei soli casi previsti dalla legge ovvero qualora vi sia stata la lesione di diritti inviolabili protetti a livello costituzionale<sup>110</sup>. A tale ultimo proposito, assumendo che l'interesse protetto dalla disciplina sulle pratiche commerciali scorrette sia rappresentato dall'autonomia privata o contrattuale dei consumatori, vi potrebbero essere ancora notevoli frizioni a ritenere che essa costituisca un diritto tutelato dalla Costituzione, che in realtà la contempla solo in via indiretta come strumento della libertà di iniziativa economica ex art. 41 Cost.<sup>111</sup>.

Anche in questo caso ci si potrebbe legittimamente interrogare intorno alla perdurante opportunità di limitare il risarcimento del danno alle sole conseguenze patrimoniali, in un contesto in cui la possibilità che i professionisti accedano alla parte più profonda e inconscia del cervello, e siano in grado di dirigere le scelte dei consumatori, appare oggi come un fenomeno difficilmente limitabile alla sola lesione di interessi economici dei consumatori, ma è in grado di coinvolgere l'atto di consumo anche come strumento di sviluppo dell'identità personale, la cui violazione può provocare quindi anche un'alterazione del programma di vita di un individuo<sup>112</sup>. Tale situazione si riflette nella mancata costituzionalizzazione dei diritti dei consumatori, ancora legati all'atto di consumo e alle sue specificità piuttosto che ad una qualità soggettiva in sé considerata, la quale viene valorizzata solo in quelle circostanze in cui il consumatore sia identificabile, nel caso di specie, anche come "persona" i cui diritti sono tutelati anche dalla Costituzione, oltre che dalla legislazione sovranazionale<sup>113</sup>.

In ogni caso, le conseguenze descritte spingono ad una duplice conclusione in merito al rapporto tra l'art. 27, comma 15-bis, cod. cons. e il rimedio risarcitorio: *i*) o esso non deve essere interpretato come definitivo e granitico inquadramento dell'illecito in questione come pratica commerciale scorretta, onde evitare una cristallizzazione del bene giuridico tutelato (e leso) nel solo interesse economico del consumatore; *ii*) ovvero i già legittimi dubbi circa l'applicabilità della disciplina consumeristica alle sottili ipotesi di manipolazione perpetrate dalle tecniche di NM inducono ad affrancarsi da quella qualificazione per ritornare nel diverso e più ampio universo delle norme codicistiche.

La valorizzazione del risarcimento del danno non patrimoniale necessiterebbe, allora, del riconoscimento – vuoi in via interpretativa, vuoi tramite novellazione legislativa – di nuovi diritti della persona di rango costituzionale, che già sono stati in più di un'occasione promossi nel contesto internazionale. Si tratta dei c.d. *neuro-rights*, tra cui è possibile annoverare il diritto alla "integrità mentale" come diritto fondamentale di impedire illegittime invasioni e manipolazioni. In particolare, il progetto "The Neurorights Initiative", avviato dalla Columbia University, evidenzia

<sup>110</sup> *Ibid.*

<sup>111</sup> F. Macario, *L'autonomia privata nella cornice costituzionale: per una giurisprudenza evolutiva e coraggiosa*, in *Quest. giust.*, 4, 2016, p. 66; Corte Cost., 15 maggio 1990, n. 241. Cfr. anche L. Mengoni, *Autonomia privata e costituzione*, in *Banca borsa e titoli di credito*, 1, 1997, pp. 1 ss., che osserva come il principio di libertà del contratto di cui all'art. 1322 c.c. non è specificamente previsto in Costituzione né esplicitamente né implicitamente e il tentativo di radicare una tutela implicita nell'art. 2 Cost. non ha avuto successo per ragioni esegetiche e storio-ideologiche, sicché esso trova tutela indiretta negli artt. 41 e 42 Cost.

<sup>112</sup> E. Labella, *Pratiche commerciali scorrette e autonomia privata*, cit., p. 146.

<sup>113</sup> A.M. Benedetti, «Costituzionalizzazione» dei diritti dei consumatori?, in *Nuova giur. civ. comm.*, 3, 2023, p. 689.

le potenzialità e i rischi del settore delle neurotecnologie, sviluppando una serie di “nuovi” diritti umani – tra cui il diritto all’identità personale, al libero arbitrio, alla privacy mentale, alla parità di accesso al potenziamento mentale, alla protezione dai pregiudizi algoritmici – che garantirebbero un uso libero e consapevole degli strumenti neurotecnologici<sup>114</sup>. Nel 2019 questo gruppo di ricerca si è impegnato in una collaborazione con lo Stato del Cile, dove sono stati presentati due progetti di legge sul tema<sup>115</sup> che hanno dato vita alla prima carta costituzionale al mondo ad affrontare direttamente le sfide poste dalle neurotecnologie ai diritti umani, poiché la Costituzione cilena ora richiede che lo sviluppo tecnologico rispetti l’integrità fisica e mentale delle persone e afferma che la legge deve proteggere in particolare l’attività cerebrale e le informazioni ad essa correlate<sup>116</sup>.

Altra via sarebbe quella di estendere in via interpretativa all’atto di consumo un ruolo attivo del diritto all’autodeterminazione di rango costituzionale – diritto della personalità risarcibile in sé e per sé<sup>117</sup> – come intangibilità della persona nella sua integrità contro le aggressioni altrui e, dunque, un diritto soggettivo allo *ius excludendi alios* che consiste nella potestà o signoria della volontà<sup>118</sup>.

Rimane, tuttavia, da chiedersi se l’inevitabile dimensione di massa degli illeciti descritti non porti ad un inevitabile trend di sacrificio della dimensione “morale” individuale in favore di una tutela per lo più collettiva – e più effettiva – dei soli interessi economici dei consumatori, in ossequio a quel recente indirizzo giurisprudenziale che, pur qualificando il diritto all’autodeterminazione negoziale dei consumatori come un interesse non patrimoniale (ancorché non costituzionalizzato), ha ritenuto che il pregiudizio subito fosse integralmente ristorato tramite il risarcimento del danno patrimoniale attivato tramite azione collettiva, per ciò stesso incompatibile con accertamenti calibrati su specifiche situazioni personali o con valutazioni che si soffermino sulla consistenza specifica della sfera emotiva o dell’esperienza dinamico-relazionale di singoli danneggiati<sup>119</sup>.

<sup>114</sup> M.C. Errigo, *Neuroscienze, tecnologia e diritti: problemi nuovi e ipotesi di tutela*, in *Dirittifondamentali.it*, 3, 2020, p. 216.

<sup>115</sup> La prima proposta di legge ha introdotto un emendamento nella Costituzione cilena per introdurre il diritto all’integrità mentale, da tutelare con una regolamentazione e non disponibile o manipolabile da alcuno, nemmeno per motivi di salute; la seconda proposta di legge, invece, mira a regolamentare le neurotecnologie per tutelare i diritti all’identità personale, al libero arbitrio, alla privacy mentale, all’accesso equo alle tecnologie che potenziano le capacità umane e al diritto alla protezione da pregiudizi e discriminazioni.

<sup>116</sup> A. McCay, *Neurorights: The Chilean Constitutional Change*, in *AI and Society*, 31 gennaio 2022. Cfr. anche A. Mollo, *La vulnerabilità tecnologica. Neurorights ed esigenze di tutela: profili etici e giuridici*, in *European Journal of Privacy Law & Technologies*, 1, 2021, p. 207.

<sup>117</sup> G. Cricenti, *Diritto all’autodeterminazione? Bioetica dell’autonomia privata*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2011, p. 203.

<sup>118</sup> C. Castronovo, *Autodeterminazione e diritto privato*, in *Eur. dir. priv.*, 4, 2010, pp. 1039 ss.

<sup>119</sup> Si veda Trib. Venezia, 7 luglio 2021, cit., che ha affermato: «ed infatti, se da un lato va esclusa la compatibilità dello strumento processuale così delineato dal legislatore con l’esecuzione di accertamenti calibrati su specifiche situazioni personali o con valutazioni che si soffermino sulla consistenza specifica della sfera emotiva o dell’esperienza dinamico-relazionale di singoli danneggiati (cfr. Cass. 14886/19, cit.), dall’altro lato, come è stato osservato da una parte significativa della dottrina, il richiamo all’equità è legato ad esigenze di semplificazione probatoria ed esclude la necessità di un accertamento personalizzato di fatto, da cui di regola dipende l’esatta determinazione del *quantum debeatur*, valorizzando la natura collettiva del giudizio e la pluralità dei crediti vantati, i quali, se soggetti alle ordinarie regole probatorie, determinerebbero la paralisi dello stesso giudizio necessario a realizzarli».

