

REVISTA DA FACULDADE DE DIREITO DA UNIVERSIDADE DE LISBOA

LISBON LAW REVIEW



Número Temático: Vulnerabilidade(s) e Direito

ANO LXII

2021

NÚMERO 1 | TOMO 2

REVISTA DA FACULDADE DE DIREITO
DA UNIVERSIDADE DE LISBOA
Periodicidade Semestral
Vol. LXII (2021) 1

LISBON LAW REVIEW

COMISSÃO CIENTÍFICA

Christian Baldus (Professor da Universidade de Heidelberg)
Dinah Shelton (Professora da Universidade de Georgetown)
Ingo Wolfgang Sarlet (Professor da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul)
Jean-Louis Halpérin (Professor da Escola Normal Superior de Paris)
José Luis Díez Ripollés (Professor da Universidade de Málaga)
José Luís García-Pita y Lastres (Professor da Universidade da Corunha)
Judith Martins-Costa (Ex-Professora da Universidade Federal do Rio Grande do Sul)
Ken Pennington (Professor da Universidade Católica da América)
Marc Bungenberg (Professor da Universidade do Sarre)
Marco Antonio Marques da Silva (Professor da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo)
Miodrag Jovanovic (Professor da Universidade de Belgrado)
Pedro Ortego Gil (Professor da Universidade de Santiago de Compostela)
Pierluigi Chiassoni (Professor da Universidade de Génova)

DIRETOR

M. Januário da Costa Gomes

COMISSÃO DE REDAÇÃO

Pedro Infante Mota
Catarina Monteiro Pires
Rui Tavares Lanceiro
Francisco Rodrigues Rocha

SECRETÁRIO DE REDAÇÃO

Guilherme Grillo

PROPRIEDADE E SECRETARIADO

Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa
Alameda da Universidade – 1649-014 Lisboa – Portugal

EDIÇÃO, EXECUÇÃO GRÁFICA E DISTRIBUIÇÃO LISBON LAW EDITIONS

Alameda da Universidade – Cidade Universitária – 1649-014 Lisboa – Portugal

ISSN 0870-3116

Depósito Legal n.º 75611/95

Data: Agosto, 2021

TOMO 1

- **M. Januário da Costa Gomes**
11-17 Editorial

ESTUDOS DE ABERTURA

- **António Menezes Cordeiro**
21-58 Vulnerabilidades e Direito civil
Vulnerabilities and Civil Law
- **Christian Baldus**
59-69 Metáforas e procedimentos: Vulnerabilidade no direito romano?
Metaphern und Verfahren: Vulnerabilität im römischen Recht?
- **José Tolentino de Mendonça**
71-76 Sobre o Uso do Termo Vulnerabilidade
On the Use of the Word Vulnerability

ESTUDOS DOUTRINAIS

- **A. Dywyná Djabulá**
79-112 A Dinâmica do Direito Internacional do Mar em Resposta à Crescente Vulnerabilidade da Biodiversidade Marinha
The Dynamics of International Sea Law in Response to the Increasing Vulnerability of Marine Biodiversity
- **Alfredo Calderale**
113-143 Vulnerabilità e immigrazione nei sistemi giuridici italiano e brasiliano
Vulnerability and immigration in the Italian and Brazilian legal systems
- **Aquilino Paulo Antunes**
145-168 Covid-19 e medicamentos: Vulnerabilidade, escassez e desalinhamento de incentivos
Covid-19 and drugs: Vulnerability, scarcity and misalignment of incentives
- **Cláudio Brandão**
169-183 O gènesis do conceito substancial de Direitos Humanos: a proteção do vulnerável na Escolástica Tardia Ibérica
Genesis of the substantial concept of Human Rights: protection of the vulnerable person in Late Iberian Scholastic
- **Eduardo Vera-Cruz Pinto**
185-208 Direito Vulnerável: o combate jurídico pelo Estado Republicano, Democrático e Social de Direito na Europa pós-pandémica
Vulnerable Law: The Legal Combat for the Republican, Democratic and Social State of Law in the post-pandemic Europe

-
- Elsa Dias Oliveira**
209-230 Algumas considerações sobre a proteção do consumidor no mercado digital no âmbito do Direito da União Europeia
Some considerations about the consumer protection in the digital market on the scope of the European Union Law
-
- Fernando Loureiro Bastos**
231-258 A subida do nível do mar e a vulnerabilidade do território terrestre dos Estados costeiros
Sea level rise and the vulnerability of the land territory of coastal states
-
- Filipa Lira de Almeida**
259-281 Do envelhecimento à vulnerabilidade
From ageing to vulnerability
-
- Francisco de Abreu Duarte | Rui Tavares Lanceiro**
283-304 Vulnerability and the Algorithmic Public Administration: administrative principles for a public administration of the future
Vulnerabilidade e Administração Pública Algorítmica: princípios administrativos para uma Administração Pública de futuro
-
- Hugo Ramos Alves**
305-339 Vulnerabilidade e assimetria contratual
Vulnerability and contractual asymmetry
-
- Isabel Graes**
341-374 Uma “solução” setecentista para a vulnerabilidade social: a Intendência Geral da Polícia
A “solution” to the social vulnerability in the 18th century: The General Police Intendency
-
- Jean-Louis Halpérin**
375-404 La protection du contractant vulnérable en droit français du Code Napoléon à aujourd’hui
A proteção do contraente vulnerável em Direito francês do Código Napoleão aos dias de hoje
-
- João de Oliveira Galdes**
405-489 Sobre a determinação da morte e a extração de órgãos: a reforma de 2013
On the Determination of Death and Organ Harvesting: the 2013 Reform
-
- Jones Figueirêdo Alves**
491-515 Os pobres como sujeitos de desigualdades sociais e sua proteção reconstrutiva no pós-pandemia
The poor as subject to social inequalities and their reconstructive protection in the Post-Pandemic
-
- Jorge Cesa Ferreira da Silva**
517-552 A vulnerabilidade no Direito Contratual
Vulnerability in Contract Law
-
- José Luís Bonifácio Ramos**
553-564 Problemática Animal: Vulnerabilidades e Desafios
Animal Issues: Vulnerabilities and Challenges

-
- Júlio Manuel Vieira Gomes**
565-602 O trabalho temporário: um triângulo perigoso no Direito do Trabalho (ou a vulnerabilidade acrescida dos trabalhadores temporários)
The temporary agency work: a dangerous triangle in Labour Law (or the increased vulnerability of temporary agency workers)

TOMO 2

-
- Mafalda Carmona**
603-635 “Para o nosso próprio bem” – o caso do tabaco
“For our own good” – the tobacco matter
-
- Marco Antonio Marques da Silva**
637-654 Vulnerabilidade e Mulher Vítima de Violência: Aperfeiçoamento dos Mecanismos de Combate no Sistema Interamericano de Direitos Humanos e no Direito Brasileiro
Vulnerability and Woman Victim of Violence: The improvement of the Fighting Mechanisms in the Inter-American Human Rights System and Brazilian Law
-
- Margarida Paz**
655-679 A proteção das pessoas vulneráveis, em especial as pessoas idosas, nas relações de consumo
The protection of vulnerable people, especially the elderly, in consumer relations
-
- Margarida Seixas**
681-703 Intervenção do Estado em meados do século XIX: uma tutela para os trabalhadores por conta de outrem
State intervention in the mid-19th century: a protection for salaried workers
-
- Maria Clara Sottomayor**
705-732 Vulnerabilidade e discriminação
Vulnerability and discrimination
-
- Maria Margarida Silva Pereira**
733-769 O estigma do adultério no Livro das Sucessões e a conseqüente vulnerabilidade (quase sempre feminina) dos inocentes. A propósito do Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 28 de março de 2019
The adultery's stigma in the Book of Succession Law and the consequent vulnerability (nearly always feminine) of the innocents. With regard to the Portuguese Supreme Court of Justice Judgement of May 28, 2019
-
- Míriam Afonso Brigas**
771-791 A vulnerabilidade como pedra angular da formação cultural do Direito da Família – Primeiras reflexões
Vulnerability as the cornerstone of the cultural development of Family Law – First reflections

-
- Nuno Manuel Pinto Oliveira**
793-837 Em tema de renegociação – a vulnerabilidade dos equilíbrios contratuais no infinito jogo dos acasos
On renegotiation – the vulnerability of contractual balance against the background of an infinite game of chance
-
- Pedro Infante Mota**
839-870 De venerável a vulnerável: *trumping* o Órgão de Recurso da OMC
From venerable to vulnerable: trumping the WTO Appellate Body
-
- Sandra Passinhas**
871-898 A proteção do consumidor no mercado em linha
Consumers' protection in digital markets
-
- Sérgio Miguel José Correia**
899-941 Maus-tratos Parentais – Considerações sobre a Vitimação e a Vulnerabilização da Criança no Contexto Parental-Filial
Parental Maltreatment – Considerations on Child Victimization and Vulnerability within the Parental-Filial Context
-
- Silvio Romero Beltrão | Maria Carla Moutinho Nery**
943-962 O movimento de tutela dos vulneráveis na atual crise económica: a proteção dos interesses dos consumidores e o princípio da conservação da empresa diante da necessidade de proteção das empresas aéreas
The vulnerable protection movement in the current economic crisis: the protection of consumers interests and the principle of conservation of the company in face of the protection of airline companies
-
- Valentina Vincenza Cuocci**
963-990 Vulnerabilità, dati personali e *mitigation measures*. Oltre la protezione dei minori
Vulnerability, personal data and mitigation measures. Beyond the protection of children

JURISPRUDÊNCIA CRÍTICA

-
- Maria Fernanda Palma**
993-1002 O mito da liberdade das pessoas exploradas sexualmente na Jurisprudência do Tribunal Constitucional e a utilização concetualista e retórica do critério do bem jurídico
The myth of the freedom of sexually exploited people in the Constitutional Court's Jurisprudence and the conceptual and rhetorical use of the criterion of the legal good
-
- Pedro Caridade de Freitas**
1003-1022 Comentário à decisão da Câmara Grande do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem – caso *Vavříčka e Outros versus República Checa* (Proc. 47621/13 e 5), 8 de Abril de 2021
Commentary on the decision of the Grand Chamber of the European Court of Human Rights – Vavříčka and Others v. Czech Republic case (Proc. 47621/13 and 5), 8th April 2021

- **Rui Guerra da Fonseca**
1023-1045 Vacinação infantil compulsória – o Ac. TEDH *Vavříčka & Outros c. República Checa*,
queixas n.ºs 47621/13 e outros, 08/04/2021
Compulsory childhood vaccination – ECHR Case of Vavříčka and Others v. the Czech Republic, appl.
47621/13 and others, 08/04/2021

VIDA CIENTÍFICA DA FACULDADE

- **António Pedro Barbas Homem**
1047-1052 Doutoramentos e centros de investigação
Doctoral degrees and research centers
- **Christian Baldus**
1053-1065 Arguição da tese de doutoramento do Mestre Francisco Rodrigues Rocha sobre “Da
contribuição por sacrifício no mar na experiência jurídica romana. Século I a.C. ao
primeiro quartel do IV d.C.”
*Soutenance de la thèse de doctorat du Maître Francisco Rodrigues Rocha sur “Da contribuição por
sacrifício no mar na experiência jurídica romana. Século I a.C. ao primeiro quartel do IV d.C.”*
- **José A. A. Duarte Nogueira**
1067-1078 *Da contribuição por sacrifício no mar na experiência jurídica romana. Do Século I a. C.*
ao primeiro quartel do IV d. C. (Francisco Barros Rodrigues Rocha). Arguição nas provas
de Doutoramento (Lisboa, 5 de Março de 2021)
The contribution by sacrifice on the sea in the Roman legal experience between the 1st century
BC. and the first quarter of 4th century AD, by *Francisco Barros Rodrigues Rocha. Argument in
the Doctoral exams (Lisbon, March 5, 2021)*

LIVROS & ARTIGOS

- **Antonio do Passo Cabral**
1081-1083 Recensão à obra *A prova em processo civil: ensaio sobre o direito probatório*, de Miguel
Teixeira de Sousa
- **Dário Moura Vicente**
1085-1090 Recensão à obra *Conflict of Laws and the Internet*, de Pedro de Miguel Asensio
- **Maria Chiara Locchi**
1091-1101 Recensão à obra *Sistemas constitucionais comparados*, de Lucio Pegoraro e Angelo Rinella

Vulnerabilità, dati personali e *mitigation measures*. Oltre la protezione dei minori

Vulnerability, personal data and mitigation measures. Beyond the protection of children

Valentina Vincenza Cuocci*

Estratto: Nell'articolo si analizza il problema della protezione dei dati personali dei soggetti vulnerabili – *vulnerable data subjects* – con particolare riferimento ai minori, mettendo in rilievo l'insufficienza dell'approccio seguito dalle normative prese in considerazione e nel contempo evidenziando la necessità di estendere la tutela ad altri soggetti 'vulnerabili'.

Parole chiave: vulnerabilità; privacy; minori; soggetti vulnerabili.

Abstract: The paper will focus on the problem of the protection of personal data of vulnerable subjects – *vulnerable data subjects* – with particular reference to minors, highlighting the inadequacy of the approach followed by the regulations analyzed and at the same time highlighting the need to extend the protection to other “vulnerable” subjects.

Keywords: vulnerability; privacy; children; vulnerable data subjects.

Sommario: 1. La vulnerabilità e la protezione dei dati personali. Alcune riflessioni preliminari. 1.1. I minori e la vulnerabilità. 1.2. Ambiente digitale e dimensione circolatoria dei dati personali: l'esposizione al rischio dei minori. 2. Rischio e modelli di protezione dei dati personali dei soggetti vulnerabili. Una riflessione comparativa. 2.1 L'esposizione al rischio e *mitigation measures*. Molto rumore per nulla? 2.2. Rischio e vulnerabilità. 3. Per un diverso approccio alla tutela dei dati personali dei soggetti vulnerabili. Oltre la protezione dei minori.

* Valentina Vincenza Cuocci è professore associato di diritto privato comparato nell'Università degli Studi di Foggia.

Il presente scritto è il frutto di una prima riflessione, che si inserisce nell'ambito di una più ampia ricerca, in tema protezione dei dati personali dei soggetti vulnerabili.

1. La vulnerabilità e la protezione dei dati personali. Alcune riflessioni preliminari

Il problema della protezione dei dati personali nei sistemi giuridici complessi può essere avvertito con diversi gradi di intensità in base ai filtri culturali e valoriali presenti in un dato ordinamento¹. Quanto appena enunciato soffre di due profili di criticità.

Una prima criticità risiede nella contraddizione, inevitabile, di riuscire a garantire la tutela dei dati personali in un mondo esasperatamente globalizzato, caratterizzato da un sistema sociale complesso, che vede il passaggio dal un sistema monocentrico – imperniato sulla sovranità nazionale – ad uno caratterizzato da nodi e reticoli istituzionali che avvicinano e riducono le distanze del diametro dei reticoli a livello mondiale². Basti pensare in tal senso al trattamento dei dati personali nella dimensione digitale ed ai social media.

Una seconda criticità riguarda i rischi relativi al trattamento dei dati dei soggetti vulnerabili ed alla definizione di vulnerabilità.

In questo contesto così fluido in evoluzione costante si intende analizzare il problema della protezione dei dati personali dei soggetti vulnerabili – *vulnerable data subjects* – con particolare riferimento ai minori, mettendo in rilievo l'insufficienza

¹ U. Pagallo, *La tutela della privacy negli Stati Uniti d'America e in Europa*, Milano, 2008, 15. S. Rodotà, *Elaboratori elettronici e controllo sociale*, 1973, 1 e ss. Nell'ordinamento italiano la tutela del diritto alla riservatezza ha radici profonde: G. Giampiccolo, *La tutela giuridica della persona umana e il c.d. diritto alla riservatezza*, in *Riv. Trim. dir. Proc.*, 1958, 458; G. Pugliese, *Il diritto alla riservatezza nel quadro dei diritti della personalità*, in *Riv. Dir. Civ.* 1963, 605; P. Rescigno, *Il diritto all'intimità della vita privata*, in *Studi in Onore di F. Santoro Passarelli*, IV, Napoli, 1972, 121.

² Sui sistemi sociali complessi: U. Pagallo, *Small World Paradigm in Social Sciences: Problems and Perspectives*, in *GLocalisation: Bridging the Global Nature of Information and Communication Technology and the local Nature of Human Beings*, (a cura di) T.W. Bynum, K. Murata, S. Rogerson, Tokio, 2007, 456 4 ss. U. Pagallo, *Teoria giuridica della complessità*, Torino, 2006, 1-288; A.L. Barakasi, *La scienza delle reti*, Torino, 2004, 1 e ss.

Sul punto sono significative le osservazioni di Pagallo, *La tutela della privacy*, cit., 30. L'Autore sul punto afferma: «La prospettiva small world sta ad indicare che ciò cui stiamo assistendo è sostanzialmente il passaggio da ordini monocentrici a stella tipici dei sistemi imperniati sul principio di sovranità degli Stati nazionali a un reticolo istituzionale di hub in cui spesso alcune decisioni prese, poniamo dagli uffici legali di microsoft, hanno più peso di molte leggi o provvedimenti del Parlamento a Roma. Là dove il fenomeno della globalizzazione può essere spiegato proprio con la presenza di (nuovi e vecchi) nodi hub che accorciano esponenzialmente il reticolo mondiale».

dell'approccio seguito dalle normative prese in considerazione³ e nel contempo evidenziando la necessità di estendere la tutela ad altri soggetti 'vulnerabili'.

Il concetto di vulnerabilità ha gradualmente assunto importanza sotto il profilo etico, filosofico e giuridico ed ha influenzato alcune normative anche a livello di *policies*⁴.

Alcuni tentativi tesi a circoscrivere il perimetro della vulnerabilità sono presenti nei codici etici e nelle linee guida in tema di ricerca biomedica. Il Belmont Report del 1979 individuava le categorie di soggetti vulnerabili:⁵ le minoranze etniche, i malati ma non le donne. Anche la dichiarazione di Helsinki non menzionava le donne quali soggetti vulnerabili. Una traccia della protezione delle donne si riviene nel U.S. Code of Federal Regulations.

Nelle *International Ethical Guidelines for Biomedical Research Involving Human Subjects* 2002 si legge: «Vulnerable persons are those who are relatively

³ Sul problema della tutela dei dati personali dei soggetti vulnerabili è tornato di recente il Garante Italiano per la Protezione dei Dati Personali. Si veda http://www.ejpl.tatodpr.eu/Page/t01/view_html?idp=107.

Sul punto si veda: G. Malgieri, J. Niklas, *Vulnerable data subject*, in *Computer Law and Security Review*, 2020, 2 e ss. P. Blume, *The data subject*, 1 *Eur. Data protec. L. Rev.*, 2015, 258. R. Calo, *The Boundaries of Privacy Harm*, 86 *IND. L.J.* 1131, 1132–33, 1153 (2011); Id., *Privacy, vulnerability and affordance*, *DePaul L. R.*, 2017, 599.

⁴ Si veda il recente contributo di B. Pastore, *Semantica della vulnerabilità, Soggetto, cultura giuridica*, Torino, 2021, 1-120. Tra i molti contributi si possono qui segnalare: AA.VV., *Vulnerabilità di fronte alle istituzioni e vulnerabilità delle istituzioni*, Torino, 2019, 1 e ss. AA.VV., *Law and Global Health*, edited by M. Freeman, S. Hawkes, B. Bennett, Oxford University Press, 2014; F. Luna, *Elucidating the Concept of Vulnerability; Layers not labels*, in *International Journal of Feminist Approaches to Bioethics*, 2, 1, 2009, 121-139.

Con particolare riferimento al problema della vulnerabilità dei minori: J. Herring, *Vulnerability, Childhood and the Law*, Springer, 2018, 1 e ss.

Tra l'altro va evidenziato che già qualche anno fa la banca mondiale aveva messo in rilievo il problema della vulnerabilità dei soggetti: J. Alwang, S. Siegel, P. Jørgensen, *Vulnerability: a view from different disciplines*, World Bank, Washington, Discussion Paper, 2001.

S. Loughhead, O. Mittai (2000) *Urban Poverty and Vulnerability in India: A Social Perspective Paper presented at the Urban Forum: Urban Poverty Reduction in the 21st Century*, Sponsored by the World Bank, April 3-5, 2000. Chantilly, Virginia.

⁵ Il Belmont Report può leggersi al seguente link:

<https://www.hhs.gov/ohrp/regulations-and-policy/belmont-report/read-the-belmont-report/index.html#toc>
Così si legge nel Belmont Report: «Certain groups, such as racial minorities, the economically disadvantaged, the very sick, and the institutionalized may continually be sought as research subjects, owing to their ready availability in settings where research is conducted. Given their dependent status and their frequently compromised capacity for free consent, they should be protected against the danger of being involved in research solely for administrative convenience, or because they are easy to manipulate as a result of their illness or socioeconomic condition».

(or absolutely) incapable of protecting their own interests. More formally, they may have insufficient power, intelligence, education, resources, strength or other needed attributes to protect their own interest». Nella versione più recente delle linee guida, pubblicata nel 2016, invece si legge: «In According to the Declaration of Helsinki, vulnerable groups and individuals “may have an increased likelihood of being wronged or of incurring additional harm.” This implies that vulnerability involves judgments about both the probability and degree of physical, psychological, or social harm, as well as a greater susceptibility to deception or having confidentiality breached. It is important to recognize that vulnerability involves not only the ability to provide initial consent to participate in research, but also aspects of the ongoing participation in research studies. In some cases, persons are vulnerable because they are relatively (or absolutely) incapable of protecting their own interests»⁶.

L'idea che emerge dalle linee guida è di una vulnerabilità legata da un lato al rischio e alla probabilità che il rischio si verifichi provocando dei danni e dall'altro all'incapacità delle persone di proteggere i propri interessi.

Il problema della vulnerabilità è stato guardato anche nella prospettiva economica: qualche anno fa in un *discussion paper* (2001) della World Bank si discuteva, appunto, del problema della vulnerabilità con riferimento alla povertà, al rischio e agli sforzi conseguenti per gestire siffatti rischi.

Anche nel *discussion paper* si focalizzava l'attenzione proprio sui rischi cui sono esposti i soggetti vulnerabili. Il rischio è caratterizzato da una distribuzione della probabilità, nota o sconosciuta, che eventi avversi possano verificarsi. Eventi caratterizzati da ampiezza, grado di diffusione, frequenza e durata che possono incidere appunto sul rischio – e di conseguenza sulla vulnerabilità –. L'implementazione di alcune azioni o di *mitigation measures*, sia *ex ante* che *ex post*, potrebbero essere determinanti per ridurre rischi – più precisamente la probabilità che tali rischi possano concretizzarsi –.

Alcuni studiosi, invece, hanno adottato il termine 'vulnerabilità' per caratterizzare le dimensioni della povertà normalmente non catturate da misure monetarie: la nozione di 'vulnerabilità sociale' si pone così in contrapposizione con la nozione di 'vulnerabilità economica'⁷ ed individua quali categorie di soggetti vulnerabili i minori, donne, e in particolare donne capofamiglia, anziani e disabili.

⁶ Entrambe le Linee guida sono rinvenibili al seguente link: <https://cioms.ch/publications/product/international-ethical-guidelines-for-biomedical-research-involving-human-subjects-2/#:~:text=Like%20those%20of%201982%20and,or%20improving%20ethical%20review%20mechanisms.>

⁷ S. Loughhead, O. Mittai (2000) *Urban Poverty and Vulnerability in India: A Social Perspective. Paper presented at the Urban Forum: Urban Poverty Reduction in the 21st Century*, Sponsored by the World Bank, April 3-5, 2000, Chantilly, Virginia.

La vulnerabilità presenta molteplici dimensioni – ontologica, esistenziale, situazionale e contestuale – in quanto legata a momenti della vita individuale e al modo in cui si articolano i rapporti tra soggetti⁸. La vulnerabilità può mostrarsi con intensità e gradazioni variamente modulate anche in relazione a diversi contesti esistenziali. Si è evidenziato che la vulnerabilità può emergere da una serie di svantaggi sociali basati sull'età – minori e anziani –; sul reddito – povertà –; sulle condizioni di salute – malattia e disabilità –⁹; sulle origini etniche e razziali – migranti e richiedenti asilo –¹⁰.

In dottrina è stata altresì avanzata da Florentia Luna una visione della vulnerabilità quale strato della personalità: non si deve etichettare una persona come vulnerabile ma considerare la situazione che rende una persona vulnerabile – e che la espone ai rischi –¹¹.

La vulnerabilità, come evidenziato in dottrina, è caratterizzata da una innata ricchezza semantica – con conseguente difficoltà nel circoscrivere un rigido perimetro – ma tutte le declinazioni attengono ad una condizione di fragilità umana esposta, appunto, a rischi.¹²

Fatte queste brevi ma doverose premesse, in considerazione dei fini di questo scritto, si farà riferimento alla letteratura che ha individuato tre elementi per definire la vulnerabilità. Un individuo si considera vulnerabile se

- È esposto ad un rischio (c'è una maggiore probabilità di esposizione al rischio) che può provocare danni.
- Non è resiliente e non ha le risorse per evitare che il rischio si materializzi.
- Non è in grado di rispondere adeguatamente al danno nel caso in cui il rischio si è materializzato¹³.

⁸ Pastore, *Semantica della vulnerabilità*, cit., 5.

⁹ Si veda sul punto il commento di Luna, *Elucidating The Concept of Vulnerability*, cit., 120. L'A. sottolinea che la povertà, l'età, il sesso, lo status di migrante e le origini etniche possono incidere sulla vulnerabilità.

¹⁰ Fineman, *The vulnerable Subject*, cit., 8.

¹¹ Luna, *Elucidating The Concept of Vulnerability*, cit., 121.

¹² AA.VV., *Vulnerabilità. Analisi multidisciplinare di un concetto*, (a cura di) B. Pastore, O. Giolo, Roma, 2018, 11. A. Grompi, *V come Vulnerabilità*, Assisi, 2017, 21 e ss.

Alcuni hanno mostrato un certo scetticismo verso la vulnerabilità perché concetto sfuggente e non definito. E. Diciotti, *La percezione e i problemi della vulnerabilità*, in *Etica&Politica*, XXII, 1 2020, 240. Altri ancora hanno evidenziato che il concetto di vulnerabilità non apporta alcun elemento innovativo alle concettualizzazioni già presenti nell'ambito delle scienze sociali. E. Wrigley, *An Eliminativist Approach to Vulnerability*, *Bioethics*, 29, 7, 2015, 478.

¹³ Herrig, *Vulnerability*, cit., 15; J. Herrig, *Vulnerable adults and the Law*, Oxford University Press, 2016, 1 e ss.

Il primo criterio non sembra necessitare di troppi chiarimenti. E' fin troppo evidente che deve trattarsi di un rischio che, una volta attuato, può provocare danni ad un individuo e la vulnerabilità determina una maggiore esposizione al rischio. Il secondo criterio fa riferimento ad un individuo che non ha le risorse per evitare che un rischio si materializzi: l'esposizione al rischio può essere elevata e l'individuo non ha le risorse per evitare il danno. Il terzo criterio invece evidenzia come alcune persone siano in grado di ridurre o attenuare i danni, altre no. Quindi, le persone possono essere esposte allo stesso rischio, ma è rilevante, ed è qui che interviene il concetto di vulnerabilità, il modo in cui ognuna risponde al rischio.

1.1 I minori e la vulnerabilità

In letteratura è unanime il riconoscimento dei minori quali soggetti vulnerabili. La vulnerabilità dei minori è costruita su tre paradigmi: fisico, sociale e strutturale¹⁴.

Il minore è vulnerabile fisicamente perché notoriamente ha una corporatura non ancora sviluppata ed è, quindi, più debole rispetto ad un adulto.

La vulnerabilità sociale si riferisce al fatto che i minori non hanno ancora acquisito esperienza nel contesto sociale ed abilità relazionali.

La vulnerabilità dal punto di vista strutturale, invece, fa riferimento al fatto che i minori hanno un accesso limitato ai trasporti, al cibo, alle cure mediche senza il supporto di un adulto¹⁵.

Una delle conseguenze del riconoscimento della vulnerabilità dei minori è che essi non sono in grado di prendere delle decisioni per sé stessi e non sono in grado di curare da soli i propri interessi: hanno una ridotta capacità ed abilità nel prendere decisioni, non sono in grado di comprendere il significato dei fatti e delle conseguenze e non hanno la percezione degli obiettivi nel lungo periodo.

Proprio la teorizzazione della vulnerabilità ha orientato scelte politiche ed istituzionali volte a proteggere i minori e ad introdurre misure di protezione¹⁶.

¹⁴ Così A. Meyer, *The moral rhetoric of childhood*, *Childhood*, 2007, 14:85-101.

¹⁵ Herrig, *Vulnerability, childhood*, cit., 19.

¹⁶ Il legislatore europeo ha tenuto conto della vulnerabilità in alcune direttive, a titolo esemplificativo possono qui segnalarsi:

Vulnerabilità dei lavoratori: donne incinte, puerpere: Direttiva 92/85/CEE del 19 ottobre 1992.
Vulnerabilità con riferimento alla salute pubblica: donne incinte e minori: Decisione del Parlamento Europeo N. 646/96/EC.

Sotto il profilo giuridico questo si traduce, almeno nella maggioranza degli ordinamenti, nel ricollegare la capacità di agire al raggiungimento di una determinata età che possa essere indicativa del superamento della vulnerabilità fisica, sociale e strutturale.

Va segnalato che la giurisprudenza che per prima ha fatto riferimento al minore quale soggetto vulnerabile è risalente al 1981. Nel caso *Dudgeons v. UK*, i Giudici inglesi evidenziavano che “the moral interests and welfare of certain individuals or classes of individuals who are in need of special protection for reasons such as lack of maturity, mental disability or state of dependence”¹⁷.

Individuato il minore quale soggetto vulnerabile¹⁸ metteremo in rilievo i rischi derivanti dal trattamento dei dati personali dei minori in ambiente digitale ed i meccanismi di tutela previsti nelle discipline nazionali alla luce dei tre criteri che caratterizzano la vulnerabilità: esposizione al rischio, resilienza, mancanza di risposta adeguata al danno in caso di attuazione del rischio.

1.2. Ambiente digitale e dimensione circolatoria dei dati personali: l'esposizione al rischio dei minori

La dimensione digitale ha portato molti vantaggi, basti pensare alla recente pandemia e alla possibilità per i minori di accedere alla didattica a distanza, ma ha posto in diversi e più invasivi termini il problema della protezione dei dati personali (dei minori)¹⁹.

I minori possono essere particolarmente vulnerabili nell'ambiente digitale e più facilmente influenzabili dalla pubblicità comportamentale²⁰. Ad esempio, nei giochi online, la profilazione può servire per individuare i giocatori che l'algoritmo ritiene più propensi a spendere soldi. La profilazione dei minori e i dati dei minori sono rilevanti su due diversi segmenti di mercato: il mercato primario che vede coinvolti i minori in prima persona – i minori come consumatori (iniziano a

Vulnerabilità dei minori e dei migranti minori non accompagnati: Direttiva 2004/83/CE del 29 Aprile 2004 ora modificata dalla Direttiva 2011/95/UE, Articolo 20(3).

Vulnerabilità di persone con disabilità, rifugiati: Regolamento (EU) No 231/2014 11 Marzo 2014

¹⁷ *Dudgeons v. UK*, Application no. 7525/76, (22 October 1981).

¹⁸ H. Biggs, C. Jones, *Legally Vulnerable*, in *Law and Global Health*, cit., 133.

C'è anche chi ha provato a stilare un elenco corposo delle categorie di soggetti vulnerabili: S. Hurst, *Vulnerability in research and health care*, *Bioethics*, 2008, 22: 187-293.

¹⁹ Si veda: G. Pascuzzi, *Il diritto nell'era digitale*, Bologna, 2020, 1 e ss.

²⁰ V. Lubello, *Behavioural advertising e la privacy degli androidi*, in O. Pollicino – A.M. Mazzaro (a cura di), *Tutela del copyright e della privacy sul web: quid iuris?* Roma, 2012, 239-264.

spendere quando ricevono i primi soldi) – e il mercato dei genitori – influenza sugli acquisti fatti dai genitori per loro conto, con riferimento a qualsiasi tipo di bene dal giocattolo al vestiario –²¹.

I minori, quindi, stanno diventando – o sono già diventati – l’oggetto di una moltitudine di dispositivi di monitoraggio che generano dati dettagliati su di loro, anche in chiave predittiva, tanto che in letteratura si è parlato anche di *datafication* e *dataveillance*²².

Il controllo dei dati – *dataveillance* – e le forme di sorveglianza tramite i dati portano a quella che in dottrina è stata definita ‘*liquid surveillance*’²³: le informazioni raccolte dai dispositivi mobili e dalle tecnologie generano un flusso costante e continuo di dati (basti pensare, a titolo esemplificativo, alla geolocalizzazione) che diventano parte dell’economia digitale dei dati e sono utilizzati da una varietà di attori e agenzie in modi spesso sconosciuti alle persone a cui si riferiscono queste informazioni.

A complicare il quadro vi è anche la prassi utilizzata dagli operatori digitali di prospettare come gratuito l’accesso ai social media²⁴.

L’acquisizione di dati personali dei minori e dei loro comportamenti si trasforma in una sorta di ‘biocapitale’, un nuovo modo – digitale – di sfruttamento commerciale del soggetto vulnerabile²⁵.

²¹ Colgono nel segno le osservazioni di Pedrazzi, *Social media e diritti*, cit., 446.

²² Il riferimento è al contributo di D. Lupton, B. Williamson, *The Datafied Child: The Dataveillance of Children and Implications for Their Rights*, in *New Media & Society*, vol. 19, 2017, n. 5, pp. 780-794.

Gli A. affermano: «Children are configured as algorithmic assemblages as the result of these practices, with the possibility that their complexities, potentialities and opportunities may be circumscribed».

²³ Il termine *dataveillance* è utilizzato da Raley R (2013) *Dataveillance and countervailance*. In: Gitelman L (ed.) ‘Raw Data’ is an Oxymoron. Cambridge, MA: MIT Press, 121–45; il termine *liquid surveillance* viene utilizzato da: D. Lyon; Z. Bauman, *Liquid Surveillance: A Conversation*, Oxford, 2013, 1 e ss.

²⁴ Si veda la sentenza del Consiglio di Stato del 29 marzo 2021. Il Consiglio di Stato conferma la sentenza del TAR Lazio n.260 del 2020 il quale, a sua volta, era stato chiamato da FB a pronunciarsi in merito al provvedimento sanzionatorio dell’AGCM per pratica ingannevole (consistente nell’aver fatto ritenere ingannevolmente agli utenti che la registrazione al *social* fosse gratuita anziché compensata dallo sfruttamento commerciale dei dati personali forniti dagli utenti).

Sul punto può sicuramente richiamarsi la decisione dell’AGCM che con provvedimento del 29 novembre 2018 ha condannato Facebook per una pratica ritenuta scorretta ai sensi degli articoli 21 e 22 del Decreto Legislativo n. 206/2005 (Codice del Consumo). La pratica commerciale scorretta perpetrata da Facebook consisteva nel non aver informato adeguatamente e immediatamente i consumatori, in fase di attivazione dell’account, dell’attività di raccolta, con intento commerciale, dei dati da loro forniti. In tal modo, enfatizzando la gratuità, i consumatori sono stati indotti a registrarsi sulla Piattaforma Facebook.

²⁵ D. Lupton, *The Quantified Self: A Sociology of Self-tracking*, Cambridge, 2016.

A tacer poi dell'utilizzo dei dati in chiave predittiva per il 'mercato dei comportamenti futuri'²⁶. Infatti i dati personali vengono dapprima utilizzati per migliorare i prodotti ed i servizi in una logica di profilazione, invece il surplus comportamentale viene elaborato dagli algoritmi e dall'intelligenza artificiale in chiave predittiva per conoscere cosa faremo nel medio e lungo periodo. Tali dati diventano parte di un nuovo mercato definito appunto come 'mercato dei comportamenti futuri'.

Le imprese che operano nel mercato digitale ben si sono rese conto del valore 'patrimoniale' dei dati personali, oramai qualificati, non senza qualche perplessità, come *lifeblood*²⁷, proprio perchè avere più dati personali significa più pubblicità e, di conseguenza, vendita – ad un costo più alto – di spazi pubblicitari nella pagina web²⁸, a tacer poi, come evidenziato, dell'utilizzo degli algoritmi e della I.A. in chiave predittiva²⁹ e l'Internet of Things.

Lungo questo sentiero si può sicuramente affermare che la *privacy* oramai è svincolata dall'idea dominante del diritto ad 'essere lasciato solo' ma si conforma come meccanismo di protezione delle categorie di soggetti di fronte ad una sorta di abuso di potere informativo.

Nella dimensione digitale il vero problema della protezione dei dati personali è la ricerca di un equilibrio tra libertà, controllo e sicurezza. Libertà di accedere alle tecnologie – che si estrinseca nel consenso al trattamento dei dati e anche nella libertà di utilizzare i propri dati come 'controprestazione' non pecuniaria – e controllo sui dati immessi in circolazione e sicurezza. E in questa prospettiva è

²⁶ S. Zuboff, *Il capitalismo della sorveglianza. Il futuro dell'umanità nell'era dei nuovi poteri*, Roma, 2019, 1 e ss. L'A. parla del c.d. mercato dei comportamenti futuri. Infatti i dati personali vengono dapprima utilizzati per migliorare i prodotti ed i servizi in una logica di profilazione, il surplus comportamentale viene elaborato dagli algoritmi e dall'intelligenza artificiale in chiave predittiva per conoscere cosa faremo nel medio e lungo periodo. Tali dati utilizzati in chiave predittiva sono parte di un nuovo mercato definito appunto come mercato dei comportamenti futuri.

²⁷ G. Tanner, *What stays in Vegas: the World of Personal Data-Lifeblood of Big Business-and the End of Privacy as We Know It*, 2014, 1-336.

²⁸ AA.VV., *Social media e diritti*, (a cura di) G. Conti, M. Pietrangelo, F. Romano, in *Informatica e dir.*, 2017, fasc. 1, 1.

Le critiche sul dato personale come controprestazione non pecuniaria: <https://www.garanteprivacy.it/web/guest/home/docweb/-/docweb-display/docweb/4789144> ed anche Garante europeo per la protezione dei dati personali, Sintesi del parere sulla proposta di direttiva relativa a determinati aspetti dei contratti di fornitura di contenuto digitale, GUUE, 23 giugno 2017, c/200, 10.

V. Ricciuto, *La patrimonializzazione dei dati personali. Contratto e mercato nella ricostruzione del fenomeno*, in *Dir. informaz. e informatica*, 2018, 689 s.

²⁹ G. Malgieri, J. Niklas, *Vulnerable data subject*, in *Computer Law and Security Review*, 2020, 2 e ss. P. Blume, *The data subject*, 1 *Eur. Data protec. L. Rev.*, 2015, 258.

anche mutato l'assetto della tutela che non è più declinata su un piano strettamente privatistico, ma pubblicistico regolatorio³⁰.

Queste considerazioni possono dare l'idea dei rischi cui può essere esposto il minore, in particolare sotto il profilo circolatorio, una volta che i dati personali sono entrati nello spazio digitale.

2. Rischio e modelli di protezione dei dati personali dei soggetti vulnerabili. Una riflessione comparativa

Quali sono gli strumenti di protezione apprestati per i minori in materia di *privacy*? È stato utilizzato lo strumento tradizionale della capacità di agire oppure meccanismi di protezione ad hoc?

Quel che qui interessa indagare è come il diritto si pone nei confronti della vulnerabilità e in che misura il diritto può – o riesce a – tutelare i dati personali dei minori – soggetti vulnerabili – in ambiente digitale³¹ e conformare i rimedi di fronte all'incremento esponenziale dei rischi³².

Quello dei *vulnerable data subject* è un approccio interpretativo presente con declinazioni, sensibilità e semantiche divergenti in entrambe le sponde dell'Atlantico. Un dato comune è l'assenza di un approccio generale alla vulnerabilità, recte al trattamento dei dati personali dei soggetti vulnerabili, a favore di un approccio settoriale teso a valorizzare da un punto di vista normativo solo la categoria dei minori e l'introduzione di meccanismi di protezione specifici non giocati sul piano della capacità di agire³³.

Una prima riflessione sarà svolta sull'Europa e sul Regolamento Generale per la Protezione dei Dati Personali (d'ora in poi si utilizzerà l'acronimo GDPR).

³⁰ Queste le parole del Garante Italiano della Privacy: «the introduction of a dynamic protection, with a strong publicistic vocation, also based on the powers of intervention and control of the data subject, what had traditionally been conceived as *jus solitudinis*, intangibility of the private sphere from undue external interference, has thus been enriched with a new content and, in comparison with a reality so deeply affected by new technologies, has become a pre-condition for equality and for the exercise of fundamental rights».

³¹ Il problema dei minori come categoria vulnerabile è stato ampiamente affrontato in dottrina: Biggs, Jones, *Legally vulnerable*, cit., 145. Herring, *Vulnerability, Childhood and Law*, cit., 18.

³² Sul problema della protezione dei dati personali dei minori, oltre alla dottrina italiana, possono qui segnalarsi: M. Stoilova, S. Livingstone, R. Nandagiri, *Childrens' data and Privacy on Line*, London School of Economics, 2019; S. van der Hof, E. Lievens, *The Importance of Privacy by Design and Data Protection Impact Assessments in Strengthening Protection of Children's Personal Data Under the GDPR*, Communications Law 23 (2018), <https://papers.ssrn.com/abstract=3107660>.

³³ Sul problema della capacità di agire: Bozzi, *I dati del minore*, cit., 260.

Il legislatore europeo si è ben reso conto dell'importanza dei dati personali nell'economia digitale e della necessità di una regolamentazione tesa a contemperarne la tutela ma guardando all'evoluzione tecnologica.

Il GDPR guarda al dato personale nella sua duplice dimensione identitaria e circolatoria: da un lato, il dato personale è protetto quale diritto fondamentale delle persone fisiche³⁴, dall'altro, la libera circolazione nell'Unione non può essere limitata né vietata per motivi attinenti alla protezione delle persone fisiche con riguardo al trattamento dei dati personali³⁵. Quasi a dire che la dimensione circolatoria del dato non sembrerebbe un 'minus' rispetto a quella identitaria. Questa impostazione – a mo' di Giano bifronte – mostra qualche criticità soprattutto in materia di protezione dei dati dai minori.

La *datification*, l'essere sempre connesso, l'utilizzo di apparecchi smart aveva già sollecitato, prima dell'entrata in vigore del GDPR, l'intervento del Working Party Art. 29³⁶ che metteva in rilievo l'esigenza di evitare indebite influenze sui bambini, soggetti particolarmente esposti alle conseguenze negative di una profilazione troppo aggressiva o di una *behavioural advertising* troppo mirata³⁷.

³⁴ Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea, art. 8, Protezione dei dati di carattere personale, «1. Ogni individuo ha diritto alla protezione dei dati di carattere personale che lo riguardano. 2. Tali dati devono essere trattati secondo il principio di lealtà, per finalità determinate e in base al consenso della persona interessata o a un altro fondamento legittimo previsto dalla legge. Ogni individuo ha il diritto di accedere ai dati raccolti che lo riguardano e di ottenerne la rettifica. 3. Il rispetto di tali regole è soggetto al controllo di un'autorità indipendente». Tr. FUE (versione consolidata), art. 16, «1. Ogni persona ha diritto alla protezione dei dati di carattere personale che la riguardano. 2. Il Parlamento europeo e il Consiglio, deliberando secondo la procedura legislativa ordinaria, stabiliscono le norme relative alla protezione delle persone fisiche con riguardo al trattamento dei dati di carattere personale da parte delle istituzioni, degli organi e degli organismi dell'Unione, nonché da parte degli Stati membri nell'esercizio di attività che rientrano nel campo di applicazione del diritto dell'Unione, e le norme relative alla libera circolazione di tali dati. Il rispetto di tali norme è soggetto al controllo di autorità indipendenti».

³⁵ Così art. 1 GDPR Articolo 1 Oggetto e finalità (C1-14, C170, C172) 1. Il presente regolamento stabilisce norme relative alla protezione delle persone fisiche con riguardo al trattamento dei dati personali, nonché norme relative alla libera circolazione di tali dati. 2. Il presente regolamento protegge i diritti e le libertà fondamentali delle persone fisiche, in particolare il diritto alla protezione dei dati personali. 3. La libera circolazione dei dati personali nell'Unione non può essere limitata né vietata per motivi attinenti alla protezione delle persone fisiche con riguardo al trattamento dei dati personali.

³⁶ Si possono qui segnalare alcune iniziative europee precedenti all'emanazione del GDPR: 1 Commissione Europea, Strategia europea per un'internet migliore per i ragazzi, doc. COM(2012) 196 del 2 maggio 2012; Commissione Europea, Programma UE per i diritti dei minori, doc. COM(2011) 60 del 15 febbraio 2011 relativa all'impegno dell'Europa al raggiungimento degli standard richiesti dalle convenzioni internazionali e alla considerazione della prospettiva dell'interesse del minore.

³⁷ Vedi le considerazioni di Pedrazzi, *Minori e social media*, cit., 443.

Il GDPR³⁸ non contiene una definizione esplicita di *vulnerable data subject*, né tantomeno di soggetto vulnerabile, tuttavia al Considerando n.75 qualifica espressamente i minori quali soggetti vulnerabili ed introduce alcune *mitigation measures* per il trattamento dei dati che si attestano essenzialmente sul duplice piano del consenso (art. 8) e degli obblighi informativi (art. 12)³⁹. Alcuni meccanismi di tutela sono posti anche con riferimento al problema della profilazione dei dati minori.

Negli Stati Uniti, sia a livello federale che a livello statale, si rinvengono tracce di una sensibilità verso la tutela dei minori ma non viene quasi mai utilizzata la semantica della vulnerabilità.

Il riferimento è al *COPPA, Children's Online Privacy Protection Act*, che disciplina a livello federale l'utilizzo dei dati personali dei minori nella dimensione digitale. Più di recente è stata approvata in California la normativa CCPA⁴⁰ (*California Consumer Privacy Act*) ispirata in larga misura al GDPR che, con sensibilità e tecniche differenti (rispetto al COPPA), introduce meccanismi di protezione per i dati personali dei consumatori e divieto espresso di vendita dei dati dei minori.

³⁸ Regolamento (UE) 2016/679 del Parlamento Europeo e del Consiglio del 27 aprile 2016 relativo alla protezione delle persone fisiche con riguardo al trattamento dei dati personali, nonché alla libera circolazione di tali dati e che abroga la direttiva 95/46/CE (regolamento generale sulla protezione dei dati) pubblicato con aggiornamenti e rettifiche in G.U.U.E 23 maggio 2018, L-127.

³⁹ La letteratura italiana e straniera sul GDPR è sterminata. Tra i molti scritti possono in questa sede segnalarsi: A.A.VV., *I dati personali nel diritto europeo*, (a cura di) V. Cuffaro, R. D'Orazio, V. Ricciuto, Torino, 2019, 1-1427; G. Finocchiaro, *Riflessioni sul poliedrico regolamento europeo sulla privacy, Quaderni costituzionali*, 2018, 895; A.A.VV., *Il nuovo regolamento europeo sulla privacy e sulla protezione dei dati personali*, opera diretta da G. Finocchiaro, Bologna, 2017, 1-764.

M. Burdon, *Digital data collection and information privacy law*, Cambridge University Press, 2020, 1-300. A.A.VV., *The EU General Data Protection Regulation (GDPR)*, edited by C. Kuner, L. A. Bygrave, C. Docksey, Oxford University Press, 2020, 1 e ss.

Inoltre, va sottolineato che la giurisprudenza nazionale è molto attenta alla tutela della privacy dei minori. In una sentenza la S. C. ha condannato al risarcimento del danno la p.a. per aver diffuso i dati sensibili di un minore. Cass. 26 giugno 2018, in *Foro it.*, Rep. 2018, voce *Persona fisica*, n. 117. Così recita la massima della sentenza «La salute di un minore costituisce dato personale e sensibile e come tale tutelabile, ai sensi del codice sulla riservatezza (d.leg. n. 196 del 2003), sia in relazione al minore stesso sia in relazione ad altre persone legate a quest'ultimo da vincoli di comunanza di vita familiare o domestica, atteso che la situazione del familiare congiunto a persona affetta da invalidità esprime in ogni caso una condizione di debolezza o di disagio sociale, di per sé potenzialmente idonea ad esporre la persona a condizionamenti o discriminazioni assimilabili a quelle tipicamente individuate dal legislatore a protezione dei dati personali».

⁴⁰ Si deve evidenziare che negli Stati Uniti molti Stati sono in procinto di approvare normative in materia di protezione dei dati personali. Consumer Data Protection Act (CDPA), normativa sulla Privacy dello Stato delle Virginia, ispirata alla disciplina Californiana (CCPA).

Il CCPA parte dal presupposto che il consumatore – recte il cyber consumatore – è meritevole di tutela nella dimensione digitale quando cede i propri dati personali⁴¹.

2.1. L'esposizione al rischio e *mitigation measures*. Molto rumore per nulla?

Una normativa sulla *privacy* dovrebbe essere strutturata come uno 'scudo': teso a costruire una 'barriera' giuridica per proteggere i soggetti vulnerabili dai rischi.

Si è affermato in dottrina che avere informazioni su qualcuno significa anche esercitare un potere su quel qualcuno e l'obiettivo di base della *privacy* è appunto quello di ridurre al minimo lo sfruttamento della vulnerabilità proteggendo informazioni che, se note, renderebbero il soggetto vulnerabile in quel momento.

Proviamo a verificare se i modelli di protezione dei dati personali presi in considerazione nel paragrafo che precede sono in grado di proteggere i dati personali dei soggetti vulnerabili – i minori –.

Partendo dal presupposto che la letteratura ha individuato tre elementi per qualificare un individuo vulnerabile – esposizione ad un rischio che può provocare dei danni; mancanza di resilienza e mancanza di risorse per evitare che il rischio si materializzi; mancanza di risposta adeguata al danno nel caso in cui il rischio si materializza⁴² – cercheremo di verificare se i meccanismi di protezione *ex ante* individuati nelle normative prese in considerazione siano in grado di incidere sulla riduzione del(l'esposizione al) rischio ed evitare che il rischio si materializzi. Nel paragrafo successivo, invece, verificheremo in che misura le misure di protezione *ex post* (diritto all'oblio, diritto alla cancellazione dei dati, revoca del consenso) siano in grado di proteggere il soggetto vulnerabile

⁴¹ Children's Online Privacy Protection Act of 1998, 15 U.S.C. 6501–6505. Per alcuni commenti sul COPPA: M. O. Lwin, A.J.S. Stanaland, A. D. Miyazaki, *Protecting children's privacy online: How parental mediation strategies affect website safeguard effectiveness*, *Journal of Retailing*, Volume 84, Issue 2, June 2008, 205-217; L.A. Mateki, *Update: COPPA is Ineffective Legislation! Next Steps for Protecting Youth Privacy Rights in the Social Networking Era*, 5 *Nw. J. L. & Soc. Policy*. 369 (2010). Sul CCPA: N. F. Palmieri, *Who Should Regulate Data: An Analysis of the California Consumer Privacy Act and Its Effects on Nationwide Data Protection Laws*, 11 *Hastings Sci. & TECH. L.J.* 37 (2020); G. Carlson, J. McKinney, E. Slezak, E.S. Wilmot, *General Data Protection Regulation and California Consumer Privacy Act: Background*, 24 *J. INT'L ECON. L.* 62 (2020). J.M. Blancke, *Protection for 'Inferences Drawn': A Comparison Between the General Data Protection Regulation and the California Consumer Privacy Act*, in *Global Privacy Law Review*, 2020, 2, 81.

⁴² Herrig, *Vulnerability*, cit., 15; J. Herrig, *Vulnerable adults and the Law*, Oxford University Press, 2016, 1 e ee.

– il minore – con riferimento all’ultimo aspetto (nel caso in cui il rischio si è materializzato).

Come anticipato, la vulnerabilità viene richiamata una sola volta nel GDPR per sottolineare l’esigenza di protezione per i minori, che sono oggetto di una disciplina speciale. Va evidenziato, tra l’altro, che il GDPR segue un *risk based approach* e ben si adatta ad una analisi tesa a verificare, appunto, se le *mitigation measures* siano in grado di ridurre l’esposizione al rischio del soggetto qualificato come vulnerabile, il minore appunto.

Nello specifico, si legge nel GDPR, che i rischi per i diritti e le libertà delle persone fisiche, aventi probabilità e gravità diverse, possono derivare da trattamenti di dati personali suscettibili di cagionare un danno fisico, materiale o immateriale, in particolare: se il trattamento può comportare discriminazioni, furto o usurpazione d’identità, perdite finanziarie, pregiudizio alla reputazione, perdita di riservatezza dei dati personali protetti da segreto professionale, decifrazione non autorizzata della pseudonimizzazione, o qualsiasi altro danno economico o sociale significativo; se gli interessati rischiano di essere privati dei loro diritti e delle loro libertà o venga loro impedito l’esercizio del controllo sui dati personali che li riguardano; se sono trattati dati personali che rivelano l’origine razziale o etnica, le opinioni politiche, le convinzioni religiose o filosofiche, l’appartenenza sindacale, nonché dati genetici, dati relativi alla salute o i dati relativi alla vita sessuale o a condanne penali e a reati o alle relative misure di sicurezza; in caso di valutazione di aspetti personali, in particolare mediante l’analisi o la previsione di aspetti riguardanti il rendimento professionale, la situazione economica, la salute, le preferenze o gli interessi personali, l’affidabilità o il comportamento, l’ubicazione o gli spostamenti, al fine di creare o utilizzare profili personali; se sono trattati dati personali di persone fisiche vulnerabili, in particolare minori; se il trattamento riguarda una notevole quantità di dati personali e un vasto numero di interessati.

Il trattamento dei dati personali di persone vulnerabili, come appunto, i minori, potrebbe esporli a rischi per i diritti e le libertà delle persone fisiche, aventi probabilità e gravità diverse.

Per ridurre l’esposizione al rischio, il legislatore ritiene necessaria una disciplina speciale per i minori, in quanto questi possono essere meno consapevoli dei rischi, delle conseguenze e delle misure di salvaguardia nonché dei loro diritti in relazione al trattamento dei dati personali. Siffatta protezione dovrebbe estrinsecarsi, in particolare, nelle ipotesi di utilizzo dei dati personali dei minori a fini di marketing o di creazione di profili di personalità o di utenti e la raccolta di dati personali relativi ai minori all’atto dell’utilizzo di servizi forniti direttamente a un minore. Tuttavia, precisa il legislatore europeo che il consenso del titolare

della responsabilità genitoriale non dovrebbe essere necessario nel quadro dei servizi di prevenzione o di consulenza forniti direttamente a un minore. La protezione si articola anche a livello linguistico: qualsiasi informazione e comunicazione dovrebbe utilizzare un linguaggio semplice e chiaro che un minore possa capire facilmente.

Se le premesse contenute nei Considerando sembrano salde e promettenti, in realtà i meccanismi di tutela non sono coerenti e sembrano valorizzare la dimensione circolatoria del dato rispetto a quella identitaria. Va segnalato che la dottrina più attenta che ha commentato la disciplina europea in materia di protezione dei dati personali dei minori ha sollevato qualche perplessità⁴³.

Il paradigma di protezione è articolato su due livelli: consenso e informazione/linguaggio.

Con riferimento al primo livello di protezione, l'art. 8 del Regolamento fissa in 16 anni il limite per prestare validamente il proprio consenso per quanto riguarda l'offerta diretta di servizi della società dell'informazione. Tale limite di età può essere abbassato, ma non può essere in ogni caso inferiore a 13 anni. Il legislatore italiano ha abbassato a 14 anni tale limite⁴⁴. Il legislatore europeo non ha inteso ancorare il consenso del minore alla capacità di agire e, quindi, al raggiungimento della maggiore età per quel che riguarda i servizi dell'informazione

⁴³ Nel panorama dottrinale italiano senza pretesa di esaustività possono qui segnalarsi i contributi di: L. Bozzi, *I dati del minore tra protezione e circolazione: per una lettura non retorica del fenomeno*, in *Europa e dir. privato*, 2020, 251; G. Pedrazzi, *Minori e Social Media tutela dei dati personali, autoregolamentazione e privacy*, in *Social media e diritti – Diritto e social media*, (a cura di) G.L.Conti, L., M.Pietrangelo, F. Romano, *Informatica e dir.*, 2017, fasc. 1, 1; AA.VV., *Minori e privacy – La tutela dei dati personali dei bambini e degli adolescenti alla luce del regolamento (Ue) 2016/679*, Napoli, 2019, 1-154; A. Astone, *I dati personali dei minori in rete – Dall'Internet delle persone all'Internet delle cose*, 2019, Milano, 1-116; A. Thiene, *L'inconsistente tutela dei minori nel mondo digitale*, in *Studium Iuris*, 2012, 528; A. Thiene, *Segretezza e riappropriazione di informazioni di carattere personale: riserbo e oblio nel nuovo regolamento europeo*, in *Nuove leggi civ. comm.* 2017, 410. I.A. Caggiano, *Privacy e minori nell'era digitale. Il consenso al trattamento dei dati dei minori all'indomani del Regolamento UE 2016/679, tra diritto e tecno-regolazione*, in *Familia*, 2018, 3.

⁴⁴ D.lgs. 30-6-2003 n. 196, recante il "Codice in materia di protezione dei dati personali", integrato con le modifiche introdotte dal d.lgs. 101/2018, Art. 2-quinquies, Consenso del minore in relazione ai servizi della società dell'informazione «1. In attuazione dell'articolo 8, paragrafo 1, del Regolamento, il minore che ha compiuto i quattordici anni può esprimere il consenso al trattamento dei propri dati personali in relazione all'offerta diretta di servizi della società dell'informazione. Con riguardo a tali servizi, il trattamento dei dati personali del minore di età inferiore a quattordici anni, fondato sull'articolo 6, paragrafo 1, lettera a), del Regolamento, è lecito a condizione che sia prestato da chi esercita la responsabilità genitoriale».

e, quindi, anche dei social media⁴⁵. La soglia dei 13 anni è accolta nella legislazione federale statunitense *COPPA*, ma questo profilo verrà analizzato più avanti.

In buona sostanza si è rinunciato nel Regolamento ad una definizione di minore, di bambino, di soggetto vulnerabile ma si è solo individuato un limite di età che, nel caso dell'ordinamento italiano, non coincide neppure con la maggiore età.

Contrariamente ai pareri del *Working Party* art. 29 non ha trovato spazio nel GDPR una definizione dicotomica di minore che guarda al profilo statico e dinamico: il minore dal punto di vista statico è inteso come un individuo che non ha ancora acquisito una maturità psichica e fisica; mentre dal punto di vista dinamico il minore è visto come un individuo in fase evolutiva fisica e mentale⁴⁶ e si afferma che “The rights of the child, and the exercise of those rights – including that of data protection, should be expressed in a way which recognises both of these perspectives”⁴⁷.

Il minore di 16 anni (o di anni 14, come nel caso dell'ordinamento italiano) che vuole accedere ai servizi dell'informazione dovrà avere il consenso del genitore: ma non è indicata una precisa modalità operativa tesa a raccogliere il consenso dei genitori. La mancata indicazione di meccanismi operativi e di controllo, in caso di minore di anni 16 (o 14, come nel caso italiano), potrebbe generare anche comportamenti opportunistici da parte dei fornitori di servizi digitali/titolari del trattamento, che ai sensi dell'art. 8, comma 2, dovranno ragionevolmente adoperarsi per verificare in tali casi che il consenso sia prestato o autorizzato dal titolare della responsabilità genitoriale sul minore, in considerazione delle tecnologie disponibili.

⁴⁵ Nel caso del minore assume connotazione sempre più preoccupante la convergenza tra i social media e le relative clausole di condivisione dei dati personali. Basti pensare al caso *Facebook-WhatsApp* oggetto di due importanti decisioni dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato. Per un commento ai due provvedimenti: G. Codiglione, *I dati personali come corrispettivo della fruizione di un servizio di comunicazione elettronica e la 'consumerizzazione' della privacy*, in *Dir. Informatica informazione*, 2017, fasc. 2, 418.

Evidenzia la preoccupazione per gli sviluppi legati a un uso indiscriminato e poco avveduto di apparecchi wearable legati all'Internet of Things (IoT) come nel caso di giocattoli interattivi, specificamente destinati ai bambini, ma anche di smartwatch, sempre più spesso utilizzati da soggetti giovanissimi: Pedrazzi, *Minori e Social Media tutela dei dati personali*, cit., 438.

⁴⁶ Documento di lavoro sulla protezione dei dati relativi ai minori 18 Febbraio 2008 – WP 147: <https://www.garanteprivacy.it/web/guest/home/docweb/-/docweb-display/docweb/1610778>.

⁴⁷ Così si legge nel Documento di lavoro sulla protezione dei dati relativi ai minori 18 Febbraio 2008 – WP 147: <https://www.garanteprivacy.it/web/guest/home/docweb/-/docweb-display/docweb/1610778>.

Questa disposizione è formulata in modo così ampio ed elastico da incentivare il titolare del trattamento a sottrarsi alla verifica tenuto conto, tra l'altro, che nella dimensione digitale vi è quasi una 'sovrapposizione' difficilmente distinguibile tra navigazione nella pagina web e consenso. A tacere poi del fatto che – ma in questa sede il problema è solo accennato e non si intende affrontare tale profilo – se il dato personale diventa una 'controprestazione non pecuniaria' il relativo consenso dovrebbe essere ancorato alla capacità di prestare validamente tale consenso⁴⁸.

Con riferimento al secondo livello di protezione, l'art. 12 si limita a precisare che le informazioni devono essere rese in forma concisa, trasparente, intelligibile e facilmente accessibile, con un linguaggio semplice e chiaro, in particolare nel caso di informazioni destinate specificamente ai minori.

Non è peregrina l'ipotesi di un mancato rispetto di siffatte indicazioni da parte degli operatori digitali, di scarsa trasparenza e di informazioni artatamente dettagliate.

Ed, infatti, la recente Risoluzione del Parlamento europeo – Risoluzione del Parlamento Europeo sulla relazione concernente la valutazione della Commissione concernente l'attuazione del Regolamento Generale sulla Protezione dei Dati due anni dopo la sua applicazione – ha espresso molta preoccupazione in relazione ai comportamenti di imprese digitali che continuano a violare gli obblighi di cui all'articolo 12, paragrafo 1, del GDPR e non forniscono tutte le informazioni pertinenti raccomandate dall'EDPB, compreso l'elenco dei nomi dei soggetti con cui condividono i dati e che l'obbligo di fornire informazioni semplici e accessibili è particolarmente rigoroso per quanto concerne i minori. Ma v'è di più, è emersa infatti anche una certa attitudine delle imprese ad 'abusare' del legittimo interesse quale base giuridica per il trattamento e che molti titolari del trattamento continuano a basarsi sul legittimo interesse senza effettuare il necessario esame del bilanciamento degli interessi, che comprende una valutazione dei diritti fondamentali⁴⁹.

⁴⁸ Sulle problematiche del consenso nel trattamento dei dati personali: F. Caggia, *Libertà ed espressione del consenso*, in *I dati personali nel diritto europeo*, cit., 249. F. Bravo, *Il consenso e le altre condizioni di liceità del trattamento dei dati personali*, in G. Finocchiaro (diretto da), *Il nuovo regolamento europeo sulla privacy e sulla protezione dei dati personali*, 2017, 101.

Va segnalato che con riferimento al consenso a lungo si è dibattuto sulla natura negoziale o non. Risalenti, ma sempre efficaci e puntuali i contributi di: G. Resta, *Revoca del consenso ed interesse al trattamento nella legge sulla protezione dei dati personali*, in *Riv. Crit. Dir. priv.*, 2000, 304. V. Zeno Zencovich, *Profili negoziali degli attributi della personalità*, in *Dir. inf.* 1993, 545; e G. Resta, *Autonomia privata e diritti della personalità*, Napoli, 2005, 1 e ss. R. Sica, *Il consenso al trattamento dei dati personali: metodi e modelli di qualificazione giuridica*, in *Riv. dir. civ.*, 2001, II, 621.

⁴⁹ Si veda: https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-9-2021-0111_IT.html.

Inoltre si registra l'assenza diffusa di meccanismi di accesso da parte dell'interessato correttamente funzionanti e criticità con riferimento alla posizione dei minori: i margini di discrezionalità lasciati agli Stati relativi alle clausole di specificazione facoltative (ad esempio, il trattamento nell'interesse pubblico o da parte delle autorità pubbliche sulla base del diritto dello Stato membro e dell'età del consenso dei minori) sembrano aver pregiudicato il conseguimento di una piena armonizzazione della protezione dei dati e l'eliminazione di condizioni di mercato divergenti per le imprese in tutta l'UE, ed esprime preoccupazione in relazione al fatto che ciò può far aumentare il costo della conformità al GDPR. Gli Stati non hanno adottato la stessa fascia di età per il consenso e questo potrebbe comportare non solo criticità in termini di armonizzazione, ma, soprattutto, potrebbe incidere sulla protezione online dei minori che viene frammentata in relazione alla nazionalità⁵⁰.

Una prospettiva tendenzialmente disomogenea emerge nell'esperienza giuridica statunitense dove la disciplina federale *COPPA* pur non facendo espresso riferimento alla vulnerabilità dei minori introduce meccanismi per la protezione dei dati personali di questi ultimi: è prevista una soglia di età – 13 anni – e meccanismi di 'parental control': «The term “verifiable parental consent” means any reasonable effort (taking into consideration available technology), including a request for authorization for future collection, use, and disclosure described in the notice, to ensure that a parent of a child receives notice of the operator’s personal information collection, use, and disclosure practices, and authorizes the collection, use, and disclosure, as applicable, of personal information and the subsequent use of that information before that information is collected from that child (art. 9 *COPPA*)⁵¹».

⁵⁰ https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-9-2021-0111_IT.html.

In aggiunta, si segnala il Considerando n. 38 che enuncia le ragioni di protezione del minore “I minori possono essere meno consapevoli dei rischi, delle conseguenze e delle misure di salvaguardia interessate nonché dei loro diritti in relazione al trattamento dei dati personali [...]” e che la protezione specifica dovrebbe estendersi all'utilizzo dei dati personali dei minori a fini di marketing o di creazione di profili di personalità o di utente e la raccolta di dati personali relativi ai minori all'atto dell'utilizzo di servizi forniti direttamente a un minore” (e nelle linee guida si sottolinea che il sintagma “in particolare” si riferisce alla più ampia raccolta dei dati relativi ai minori e non limitato al marketing ed alla profilazione). I minori rappresentano un gruppo vulnerabile della società e, pertanto, si dovrebbe imporre agli operatori 'digitali' di astenersi dal profilarli per finalità di marketing. https://edpb.europa.eu/sites/edpb/files/files/file1/edpb_guidelines_202005_consent_it.pdf.

⁵¹ Children's Online Privacy Protection Act of 1998, 15 U.S.C. 6501–6505. Nel panorama dottrinale italiano, tra i contributi sulla tutela dei minori in internet: A. Thiene, *L'inconsistente tutela dei minori nel mondo digitale*, in *Studium Iuris*, 2012, 528; A. Thiene, *Segretezza e riappropriazione di informazioni*

Siffatta normativa non vieta la raccolta dei dati, ma semplicemente impone agli operatori del mercato digitale di adottare misure di sicurezza particolari per la protezione dei dati personali: informazioni chiare e comprensibili e acquisizione del consenso dei genitori o del tutore⁵².

In aggiunta è fatto espresso divieto ai siti web, social media e più in generale a chi raccoglie dati dei minori online di condizionare la partecipazione di un bambino a un'attività previa acquisizione di informazioni personali più di quanto sia ragionevolmente necessario per partecipare a siffatta attività. Quanto appena menzionato deve essere oggetto di uno specifico obbligo informativo per i genitori che in questo modo possono controllare e verificare le informazioni raccolte dal sito.

Viene focalizzata l'attenzione sulle informazioni che devono essere rese al genitore in una prospettiva di vera e propria responsabilizzazione di quest'ultimo: il genitore/tutore deve essere informato così da potersi opporre al trattamento o alla cessione dei dati personali a società terze.

Una modifica apportata nel 2015 ha semplificato la procedura per ottenere il consenso dei genitori attraverso il c.d. *face match to verified photo identification*: si tratta di una procedura che consente prima l'invio del documento di identità del genitore per l'autenticazione e poi l'invio di una foto tramite dispositivo mobile, che viene poi confrontata con la foto presente sul documento di identità⁵³. Le sanzioni pecuniarie in caso di violazioni del *COPPA* sono talmente elevate da costituire un incentivo per le imprese digitali, specie le medie e piccole, a rispettare le prescrizioni per la tutela dei dati personali dei minori⁵⁴.

A vigilare sulla corretta applicazione del *COPPA* vi è la *Federal Trade Commission* che irroga sanzioni particolarmente severe in caso di violazione. Sul punto può citarsi il recente caso che ha visto coinvolta la celebre applicazione utilizzata dai minorenni:

di carattere personale: riserbo e oblio nel nuovo regolamento europeo, in *Nuove leggi civ. comm.* 2017, 410.

⁵² "The Children's Online Privacy Protection Act, effective April 21, 2000, applies to the online collection of personal information from children under 13. The new rules spell out what a Web site operator must include in a privacy policy, when and how to seek verifiable consent from a parent and what responsibilities an operator has to protect children's privacy and safety online". <http://www.coppa.org/comply.htm>.

⁵³M. O. Lwin, A.J.S. Stanaland, A. D. Miyazaki, *Protecting children's privacy online: How parental mediation strategies affect website safeguard effectiveness*, *Journal of Retailing*, Volume 84, Issue 2, June 2008, 205-217.

⁵⁴ Alcuni in dottrina hanno affermato che un sistema così rigido può incentivare comportamenti fraudolenti da parte dei minori tesi a mentire sull'età o a registrarsi con i dati dei propri genitori. L.A. Mateki, *Update: COPPA is Ineffective Legislation! Next Steps for Protecting Youth Privacy Rights in the Social Networking Era*, 5 *Nw. J. L. & Soc. Policy*. 369 (2010).

Tik Tok⁵⁵. La *FTC* ha irrogato una sanzione di circa 5,7 milioni di dollari al colosso cinese Tik Tok per aver violato in modo sistematico alcuni obblighi informativi previsti, appunto dal *COPPA*: mancata informazione relativa ai dati dei minori raccolti *on-line*, mancata informazione riguardo al loro utilizzo e alla loro divulgazione. In aggiunta non vi era stata alcuna preventiva comunicazione ai genitori e, di conseguenza, questi ultimi non potevano chiedere l'eliminazione dei dati personali dei propri figli. Oltre a ciò, *TikTok* aveva conservato le informazioni personali per un periodo più lungo del necessario.

Sul piano della legislazione statale possono segnalarsi le leggi della California.

Una legge dello Stato della California (*Student On Line Personal Information Protection Act – SOPIPA*) vieta alle imprese che operano nel settore digitale di profilare per motivi di marketing pubblicitario gli studenti K12.

Il più recente *California Consumer Privacy Act* – in parte ispirato al modello europeo del GDPR –, pur non utilizzando la semantica della vulnerabilità, introduce disposizioni specifiche per proteggere i dati personali dei bambini al pari del GDPR ma presenta un ambito di applicazione più ampio in quanto non limitato ai servizi della società dell'informazione. Nel CCPA non è presente una definizione di minore o di bambino – al pari di quanto avviene nel GDPR – ma semplicemente si fissa a 16 anni il limite di età per esprimere il consenso. Il CCPA prevede un meccanismo opt in: consenso espresso per 'vendere' informazioni di consumatori minori di 16 anni; invece i genitori (o tutori) devono esprimere il consenso in modo chiaro ed espresso per acconsentire alla vendita di dati personali di minori di anni 13.

Degno di nota è l'ampio ambito di applicazione del CCPA che, come detto, non si limita alla sola raccolta di dati nella *information society services*. Sotto il profilo degli obblighi informativi appare molto interessante il CCPA che impone un linguaggio chiaro ed esplicito e l'utilizzo del sintagma: "do not sell my personal information" –. Quasi a sottolineare il valore patrimoniale assegnato al dato personale.

La riduzione del rischio, o meglio la riduzione della probabilità di esposizione al rischio, è giocata nelle normative prese in considerazione sulla fissazione di un limite di età per esprimere il consenso al trattamento dei dati personali e sulle informazioni. Regole speciali per il consenso ed informazioni trasparenti operano – o dovrebbero operare – in un regime di protezione *ex ante* e cioè dovrebbero essere tese a 'ridurre' l'esposizione al rischio del minore. Si sono espresse alcune perplessità sull'attitudine di siffatto approccio anche perché il consenso, che sia inteso come

⁵⁵ <https://www.ftc.gov/enforcement/cases-proceedings/172-3004/musically-inc>.

atto autorizzativo o come atto negoziale, nella dimensione digitale va in qualche misura ‘smitizzato’⁵⁶ anche perché, come già evidenziato, è difficile distinguere tra navigazione nella pagina web e consenso. Non solo, ma il consenso di un quattordicenne o di un sedicenne è realmente espressione di autodeterminazione del soggetto? Il minore che ha espresso il consenso ha realmente capito le informazioni che gli sono state fornite? La rapidità e la velocità che caratterizzano la dimensione digitale portano ad una lettura sommaria delle informative – molte volte artatamente dettagliate – sui dati personali e non si ha la consapevolezza del valore effettivo (e patrimoniale) dei propri dati. A questo si aggiunga, come evidenziato in precedenza, la scarsa trasparenza di alcuni operatori del mercato digitale⁵⁷.

Al fine di superare alcune criticità sopra prospettate, soprattutto per quel che riguarda gli obblighi informativi, ma che potrebbero riverberarsi sul consenso, si possono richiamare alcune suggestioni provenienti dalla *visual law*: il *design* grafico, la rappresentazione visiva e l’organizzazione di idee per uno scopo specifico utilizzando la tipografia, la fotografia, l’iconografia. Il *design* delle informazioni è un’area specifica del *design* grafico relativo alla visualizzazione delle informazioni in modo logico ed estetico, in modo che tutti possano comprenderle in modo

⁵⁶ Il termine è efficacemente utilizzato da Bozzi, *I dati del minore*, cit., 270. Così l’A. afferma: «è forse lo stesso consenso (anche prestato dai maggiori di età) a dovere essere “smitizzato”, non solo perché molte volte è possibile dubitare che sia veramente espressione di autodeterminazione, ma perché non di rado (in buona parte dei trattamenti più comuni ed economicamente rilevanti) è possibile addirittura chiedersi se la legittimità “ultima” del trattamento e dello “scambio” di dati a monte risieda davvero nella autodeterminazione del soggetto conferente o piuttosto nella esigenza di tutela (e di implementazione) della circolazione dei dati, che è finalità connessa alla realizzazione di “un’unione economica, al progresso economico e sociale, al rafforzamento e alla convergenza delle economie nel mercato interno».

⁵⁷ Si veda la decisione del Consiglio di Stato che ha confermato al decisione del TAR che ha condannato Facebook per pratica commerciale ingannevole – l’aver descritto il servizio come gratuito – e per il connesso sfruttamento del dato personale reso disponibile dall’interessato in favore di un terzo soggetto che lo utilizzerà a fini commerciali, senza che di tale destino l’interessato conosca in modo compiuto le dinamiche, fuorviato peraltro dalle indicazioni che derivano dalla lettura delle condizioni di utilizzo (come nel caso di specie) di una “piattaforma informatica”. La condotta consisterebbe nel non aver informato l’utente, che in questo caso si trasforma tecnicamente in “consumatore”, nel momento in cui rende disponibili i propri dati al fine di potere utilizzare gratuitamente i servizi offerti dalle società FB, prima di tale operazione, nell’ambito della quale l’utente resta convinto che il conseguimento dei vantaggi collegati con l’accesso alla piattaforma sia gratuito, non potendo quindi riconoscere ed accorgersi che a fronte del vantaggio si realizza una automatica profilazione ad uso commerciale, non chiaramente ed immediatamente indicata, all’atto del primo accesso, quale inevitabile conseguenza della messa a disposizione dei dati. https://www.giustizia-amministrativa.it/portale/pages/istituzionale/visualizza/?nodeRef=&schema=cds&nrng=202001825&nomeFile=202102631_11.html&subDir=Provvedimenti.

efficiente ed efficace. Al fine di rendere le informazioni *child friendly* o più in generale *vulnerable friendly* si potrebbe modulare una *visual law* adatta al tipo di vulnerabilità⁵⁸. La chiarezza e l'immediatezza dell'informazione potrebbe portare ad un consenso che sia (o che potrebbe essere) espressione reale dell'autodeterminazione del soggetto.

2.2 Rischio e vulnerabilità

Si può affermare che l'introduzione di limiti di età e di obblighi informativi potrebbero, seppur nei limiti sopra descritti, ridurre l'esposizione al rischio del soggetto vulnerabile in assenza di comportamenti opportunistici o scorretti da parte delle imprese. L'attenzione sull'età, l'intervento dei genitori, gli obblighi informativi e l'utilizzo di un linguaggio semplice e chiaro possono in qualche misura allertare il minore – ed anche i genitori – sui rischi che potrebbero derivare per la *privacy* in ambiente digitale anche nella prospettiva della profilazione. Tali meccanismi diventano vani però in presenza di comportamenti opportunistici e poco trasparenti da parte degli operatori digitali.

Proviamo ora a formulare alcune osservazioni in relazione ai meccanismi di protezione tesi ad attenuare le conseguenze negative del rischio, quando questo si sia verificato⁵⁹.

Un dato che emerge da una analisi comparativa delle discipline prese in considerazione è l'assenza di rimedi *ex post* pensati esclusivamente per il minore – soggetto vulnerabile –: esistono tutele che operano su un piano generale e non costruite sullo status soggettivo del minore (o di un soggetto vulnerabile)⁶⁰. Nella disciplina europea sono riconosciuti alcuni diritti in capo all'interessato *tout court*: il diritto di opposizione, il diritto alla cancellazione (diritto all'oblio) dei dati, la revoca del consenso. Ma ci si chiede se tali rimedi siano effettivamente

⁵⁸ Sulla *visual Law*: C. R. Brunschwig, *Visual Law and Legal Design: Questions and Tentative Answers*, in *Proceedings of the 24th International Legal Informatics Symposium IRIS 2021*, edited by Erich Schweighofer, Franz Kummer, Ahti Saarenpää, Stefan Eder, and Philip Hanke, 179–230. Bern: Editions Weblaw, 2021. C. R. Brunschwig, *On Visual Law: Visual Legal Communication Practices and Their Scholarly Exploration*, in *Zeichen und Zauber des Rechts: Festschrift für Friedrich Lachmayer*, Erich Schweighofer et al. (eds.), Bern: Editions Weblaw, 2014, 899-933.

⁵⁹ In questa sede l'analisi è circoscritta al diritto alla cancellazione dei dati personali, opposizione e revoca del consenso. Non si affronterà il profilo della responsabilità del titolare del trattamento.

⁶⁰ C. Perlingieri, *La tutela dei minori di età nei social networks*, in *Rass. dir. civ.*, 2016, 1331 s I.A. Caggiano, *Il consenso al trattamento dei dati personali tra nuovo Regolamento europeo e analisi comportamentale*, in *Diritto mercato Tecnologia*, 2017, 21.

in grado di proteggere il minore (ma anche il maggiorenne) una volta che i dati siano stati immessi in rete. Una volta che i dati sono stati ‘acquisiti’ per la profilazione è realmente possibile recuperarli – recte – imporre al titolare di non utilizzare tali dati? Che dire del surplus di informazioni che viene elaborato dagli algoritmi in chiave predittiva e che formano il c.d. ‘mercato dei comportamenti futuri’?⁶¹

I dubbi non sono mera retorica se si tiene conto, tra l’altro, che nel Regolamento il titolare del trattamento dovrebbe essere tenuto a rispondere alle richieste dell’interessato senza ingiustificato ritardo e al più tardi entro un mese e a motivare la sua eventuale intenzione di non accogliere tali richieste⁶². Il titolare ha un lasso di tempo lunghissimo se parametrato alla rapidità con cui le informazioni circolano nella dimensione digitale. E, tra l’altro, la lettera dell’articolo lascerebbe intendere che il titolare potrebbe non accogliere le richieste. Ulteriori criticità emergono con riferimento al c.d. diritto alla cancellazione dei dati quando questi sono resi pubblici (art. 17, comma 2): in questa ipotesi si pone il problema della limitata estensione territoriale della c.d. deindicizzazione. In una decisione la Corte di Giustizia ha disegnato il perimetro del diritto all’oblio rilevando che il motore di ricerca è tenuto alla deindicizzazione dell’estensioni corrispondenti agli Stati membri dell’Unione Europea e che non sussiste, quindi, un diritto alla deindicizzazione a livello globale⁶³.

⁶¹ L’espressione tra virgolette è utilizzata da Zuboff, *Il capitalismo*, cit., 1 e ss.

⁶² Così il Considerando n. 59 «È opportuno prevedere modalità volte ad agevolare l’esercizio, da parte dell’interessato, dei diritti di cui al presente regolamento, compresi i meccanismi per richiedere e, se del caso, ottenere gratuitamente, in particolare l’accesso ai dati, la loro rettifica e cancellazione e per esercitare il diritto di opposizione. Il titolare del trattamento dovrebbe predisporre anche i mezzi per inoltrare le richieste per via elettronica, in particolare qualora i dati personali siano trattati con mezzi elettronici. Il titolare del trattamento dovrebbe essere tenuto a rispondere alle richieste dell’interessato senza ingiustificato ritardo e al più tardi entro un mese e a motivare la sua eventuale intenzione di non accogliere tali richieste».

⁶³ Tra i numerosi contributi sul diritto all’oblio ci limitiamo a segnalarne alcuni. A. ALÙ, *Esiste il diritto all’oblio su Internet? La complessa evoluzione di tale figura tra giurisprudenza e legge*, in *Dir. famiglia*, 2020, 313; A. Pomes, *Il diritto all’oblio: tra profili critici e nuove evoluzioni*, in *Cultura e diritti*, 2019, fasc. 1, 33; A. Soro, *Oblio, identità, memoria*, in *Dir. Internet*, 2019, 3; T.E. Frosini, *La tutela dei dati e il diritto all’oblio*, in *Rass. parlamentare*, 2018, 497. S. Martinelli, *Diritto all’oblio e motori di ricerca*, Milano, 2017.

La giurisprudenza della Corte di Giustizia: Corte giust., Grande sezione, 13 maggio 2014, c-131/12, *Google Spain SL, Google Inc. vs Agencia Espanola de Proteccion de Datos, Mario Costeja Gonzalez*, in *Foro it.*, 2014, IV, 295, con nota di Palmieri-Pardolesi, *Diritto all’oblio: il futuro dietro le spalle. Più di recente la Corte di Giustizia* 24 settembre 2019, caso C-507/17 Più di recente la Corte di Giustizia 24 settembre 2019, caso C-507/17, in *Foro it.*, 2019, IV, 572, con nota di R. Pardolesi.

Se si volge lo sguardo all'esperienza giuridica statunitense la situazione presenta criticità non foss'altro per il caleidoscopico sistema delle fonti statali e federali. La normativa californiana CCPA prevede il diritto alla cancellazione dei dati (*right to deletion/right to erasure*): il titolare ed anche le terze parti cui siano stati ceduti sono tenuti alla cancellazione dei dati entro quarantacinque giorni⁶⁴. Inoltre il CCPA, contrariamente al GDPR, non limita l'ambito di questo diritto a situazioni specifiche, categorie di informazioni personali o finalità. Il diritto si applica generalmente alle informazioni personali che l'impresa ha raccolto dal consumatore e il consumatore non è tenuto a giustificare la sua richiesta. Nel GDPR, invece, il diritto alla cancellazione è possibile sulla base dei seguenti motivi: quando il consenso è revocato e non c'è altra base giuridica per il trattamento, o quando i dati personali non sono più necessari per lo scopo per il quale è stato raccolto. Il CCPA prevede anche il c.d. diritto di opposizione. In primo luogo le imprese devono necessariamente indicare nella propria home page "Non vendere le mie informazioni personali": un linguaggio chiaro semplice e preciso che allerta i consumatori sul valore patrimoniale dei dati personali. Inoltre, il CCPA prevede che qualsiasi terza parte che abbia ricevuto informazioni personali in virtù della loro 'vendita' possa proseguire nella 'rivendita' di tali informazioni personali se ai consumatori viene fornita un'informazione esplicita e l'opportunità di rinunciare a questa successiva 'vendita'. Nel GDPR, invece, gli interessati possono opporsi a qualsiasi tipo di trattamento dei dati personali semplicemente revocando il consenso, o opponendosi a un trattamento basato su un interesse legittimo, o sulla necessità di un compito nell'interesse pubblico. Il diritto di opposizione del CCPA è assoluto, mentre nel GDPR vi è un'eccezione specifica dove il titolare del trattamento dimostri motivi legittimi cogenti per procedere al trattamento dei dati che prevalgono sugli interessi, sui diritti e sulle libertà dell'interessato oppure per l'accertamento, l'esercizio o la difesa di un diritto in sede giudiziaria.

Sul piano della legislazione federale statunitense, il *COPPA*, pur non prevedendo rimedi specifici – quali il diritto alla cancellazione, il diritto all'oblio, il diritto di opposizione –, individua alcune misure come quella prevista del punto 312.10 "Data retention and deletion requirements" secondo cui l'operatore di un sito Web o di un servizio *online* conserverà le informazioni personali del bambino

In quest'ultima sentenza la Corte di Giustizia ha delineato i 'confini' del diritto all'oblio rilevando che il motore di ricerca è tenuto alla deindicizzazione dell'estensioni corrispondenti agli Stati membri dell'Unione Europea e che non sussiste, quindi, un diritto alla deindicizzazione a livello globale.

⁶⁴ CCPA Section 1798.130(a).

solo per il tempo ragionevolmente necessario a soddisfare lo scopo per il quale le informazioni sono state raccolte. L'operatore deve eliminare tali informazioni utilizzando misure ragionevoli per proteggere dall'accesso o dall'uso non autorizzato.

L'analisi sin qui svolta ha mostrato l'esistenza di rimedi *ex post* e di diritti riconosciuti al *data subject* non pensati esclusivamente per i minori e che non sembrano ridurre o attenuare in modo significativo, rispetto ai soggetti non vulnerabili, le conseguenze negative derivanti dal verificarsi del rischio. Si potrebbe immaginare un limite temporale più breve per la rimozione dei dati dei minori. Come sottolineato nelle precedenti pagine il limite di 30 giorni – o di 45 giorni come nel CCPA – sembra essere incompatibile con la rapidità e la velocità con cui circolano le informazioni in rete. Ma, a prescindere dalla tempistica, il dubbio amletico che un minore possa effettivamente 'capire' cosa si intende per diritto di opposizione, diritto all'oblio rimane⁶⁵.

3. Per un diverso approccio alla tutela dei dati personali dei soggetti vulnerabili. Oltre la protezione dei minori

Le considerazioni fin qui svolte hanno posto in rilievo come i modelli di protezione dei dati personali analizzati non adottano un approccio generale alla vulnerabilità, ma settoriale. In alcuni casi non viene neppure utilizzata la semantica della vulnerabilità, pur riconoscendo una forma di tutela per determinate categorie di soggetti (vulnerabili) i minori in base alla loro ridotta capacità da un punto di vista psico-fisico, sociale e strutturale.

Chi scrive ritiene, però, che l'attuale approccio settoriale alla protezione dei dati personali dei soggetti vulnerabili presenti alcuni tratti di criticità. Vanno in questa direzione le osservazioni del Garante italiano della Privacy che si è espresso rilevando che la gerarchia delle informazioni e delle notizie è rimessa agli algoritmi – e al modo in cui sono strutturati-, il potere selettivo dell'indicizzazione che

⁶⁵ Bozzi, *I dati del minore*, cit., 24. L'A. sul punto afferma: «È pertanto fondata la domanda se non sarebbe stato opportuno prevedere più incisivi controlli metaindividuali/statuali, in tutto l'arco del trattamento. Se i dati dei singoli sono aggregati sulla base di algoritmi, e se non si nutre una fiducia fideistica nella loro neutralità, occorre in primo luogo "conoscere" gli algoritmi alla base dell'architettura del trattamento. La sola trasparenza degli stessi – se si continua ad avere un approccio meramente individualistico alla questione – non sembra tuttavia sufficiente. In ragione della indubbia complessità che li rende comunque "oscuri" (anche se trasparenti) per la maggior parte degli interessati (anche adulti, anche nell'esercizio della responsabilità genitoriale), tali algoritmi dovrebbero forse essere in qualche modo "validati" *ex ante* e (continuamente) controllati da una autorità *super partes*, che avesse questo come compito istituzionale».

mostra solo alcuni contenuti e non altri sono solo un esempio paradigmatico di come le nuove tecnologie condizionino il processo di formazione delle nostre convinzioni, minando l'autodeterminazione individuale⁶⁶.

In questa prospettiva il Garante ha sottolineato l'importanza della protezione dei dati personali dei soggetti vulnerabili nella dimensione digitale che potrebbe, appunto, esporre a nuove vulnerabilità ed ampliare quelle esistenti⁶⁷.

Il problema della vulnerabilità, e della tutela dei dati personali dei soggetti vulnerabili, non necessariamente può essere correlata all'età. O, più correttamente, è riduttivo correlare la vulnerabilità solo alla minore età. Vi sono casi in cui alcune persone non riescono a esprimere il proprio consenso in modo consapevole (pensiamo, a mero titolo esemplificativo, agli anziani o alle persone con disabilità psichica), o per altro verso a persone che potrebbero essere discriminate in ragione della diffusione dei propri dati personali (pensiamo alle minoranze etniche, alle persone malate, ai richiedenti asilo)⁶⁸. Quasi a dire che, con riferimento ai dati personali, esistono diversi gradi di vulnerabilità che possono variare di intensità in relazione al contesto socio economico; al grado di disabilità e che necessitano, quindi, di una sorta *Minderungsmaßnahmen* – di misure di mitigazione specifiche –. Si può qui evidenziare quanto asserito dal WP Art. 29 che individuava quale fattore determinante per la vulnerabilità lo squilibrio di potere tra il titolare del trattamento e il *data subject* che si traduce in una difficoltà per gli individui di manifestare o revocare agevolmente il proprio consenso, opporsi al trattamento dei dati o esercitare

⁶⁶ AA.VV, *Algorithms and Law*, edited by M. Ebers, Cambridge U.P., 2020, 1-319.

⁶⁷ http://www.ejpl.tatodpr.eu/Page/t01/view_html?idp=107.

⁶⁸ Basti pensare sotto questo profilo ad alcune normative statali statunitensi che in una logica di protezione della *privacy* hanno adottato una normativa che obbliga, negli uffici pubblici, le persone ad utilizzare il bagno corrispondente al sesso certificato alla nascita. Queste normative dettate inizialmente dalla necessità di tutela della *privacy* delle persone con sesso coerente con il proprio certificato di nascita, ledono inevitabilmente la *privacy*, oltre che discriminare, una parte della popolazione che può considerarsi vulnerabile (nel classico senso giuridico fondato sullo status o sulla relazione) nella misura in cui l'identità di genere differisce dalle aspettative tradizionali. Alabama Privacy Act, S.B. 1, 2017 Leg., Reg. Sess. (Ala. 2017) (referred to S. Comm. on Judiciary); Student Physical Privacy Act, H.F. 41, 90th Leg., Reg. Sess. (Minn. 2017); H.B. 202, 99th Gen. Assemb., 1st Sess. (Mo. 2017); Physical Privacy Act, H.B. 1612, 2017 Leg. Sess. (Va. 2017); Child Privacy Act, H.B. 4474, 99th Gen. Assemb., Reg. Sess. (Ill. 2016) (referred to the Rules Committee); Student Physical Privacy Act, S.B. 513, 2016 Leg. Sess. (Kan. 2016); Student Physical Privacy Act, H.B. 2737, 2016 Leg. Sess. (Kan. 2016). g., Public Facilities Privacy and Security Act, H.B. 2, 2016 Gen. Assemb., 2d Extra Sess. (N.C. 2016) (codified at N.C. GEN. STAT. §§ 115C-521.2, 143.760 (2016)), repealed by Preemption of Regulation of Access to Multiple Occupancy Restrooms, H.B. 142, 2017 Gen. Assemb., Reg. Sess. (N.C. 2017).

i diritti previsti dal GDPR⁶⁹. Nelle linee guida vengono individuati in via esemplificativa, e non esaustiva, i minori, i disabili, gli anziani, infermi di mente, pazienti, richiedenti asilo⁷⁰ e per queste categorie si prevede una valutazione di impatto sulla protezione dei dati (WP248) da parte del titolare. Il titolare è tenuto a svolgere una valutazione di impatto prima di dare inizio al trattamento, consultando l'autorità di controllo, quando le misure tecniche e organizzative da loro stessi individuate per mitigare l'impatto del trattamento non siano ritenute sufficienti – cioè, quando il rischio residuale per i diritti e le libertà degli interessati resti elevato. L'idea che emerge dalle linee guida è che la vulnerabilità sia legata allo squilibrio – un po' alla stregua di quanto avviene nel diritto dei consumatori e la CCPA ne è forse una testimonianza – tra il titolare del trattamento e l'individuo, i cui dati devono essere raccolti e trattati.

Queste considerazioni sono utili per sottolineare che vi sono alcune tracce non adeguatamente sviluppate nel GDPR e che potrebbero far propendere per una interpretazione *'vulnerable oriented'* che superi la dicotomia minori/vulnerabilità. Anche il dato letterale potrebbe far propendere per questa interpretazione. Se si guarda al Considerando n. 75 del GDPR che testualmente dispone “I rischi per i diritti e le libertà delle persone fisiche, aventi probabilità e gravità diverse, possono derivare da trattamenti di dati personali suscettibili di cagionare un danno fisico, materiale o immateriale, in particolare: se il trattamento può comportare discriminazioni, furto o usurpazione d'identità, perdite finanziarie, pregiudizio alla reputazione, perdita di riservatezza dei dati personali protetti da segreto professionale, decifrazione non autorizzata della pseudonimizzazione, o qualsiasi altro danno economico o sociale significativo; se gli interessati rischiano di essere privati dei loro diritti e delle loro libertà o venga loro impedito l'esercizio del controllo sui dati personali che li riguardano; se sono trattati dati personali che rivelano l'origine razziale o etnica, le opinioni politiche, le convinzioni religiose o filosofiche, l'appartenenza sindacale, nonché dati genetici, dati relativi alla salute o i dati relativi alla vita sessuale o a condanne penali e a reati o alle relative misure di sicurezza; in caso di valutazione di aspetti personali, in particolare mediante l'analisi o la previsione di aspetti riguardanti il rendimento professionale, la situazione economica, la salute, le preferenze o gli interessi personali, l'affidabilità o il comportamento, l'ubicazione o gli spostamenti, al fine di creare o utilizzare profili personali; se sono trattati dati personali di persone fisiche vulnerabili, in particolare minori; se il trattamento

⁶⁹ file:///C:/Users/valec/Downloads/GarantePrivacy-6991317-9.7.pdf.

⁷⁰ Colgono nel segno le osservazioni di Maltieri, Niklas, *Vulnerable data subject*, cit., 6 e ss.

riguarda una notevole quantità di dati personali e un vasto numero di interessati”. Quasi a dire che i minori sono solo una delle categorie di soggetti vulnerabili⁷¹.

Ma la protezione di altre categorie di soggetti vulnerabili non viene giocata su un piano normativo cogente ma solo sul piano della *privacy by design* e valutazione di impatto e, quindi, in buona sostanza rimesso alla discrezionalità del titolare del trattamento che ha un interesse (economico) diretto verso i dati. La *privacy by design* e la valutazione di impatto pur essendo strumenti necessari per la tutela dei soggetti vulnerabili non risultano essere sufficienti in mancanza di una cornice normativa che ne delinei in modo più specifico i caratteri.

La tutela del soggetto vulnerabile potrebbe essere realizzata anche attraverso i codici di condotta e le *best practices* ma si tratta pur sempre di strumenti rimessi alla volontà e alla discrezionalità di chi raccoglie i dati ed effettua il trattamento e che potrebbe non implementare le misure di protezione adeguate o implementarle in modo scorretto⁷². Non solo, la pluralità di codici di condotta e di *best practices* potrebbe portare ad una tutela segmentata del soggetto vulnerabile.

⁷¹ Come già evidenziato in precedenza esiste una copiosa legislazione europea che individua una serie di soggetti vulnerabili e, quindi, potrebbe essere agevole identificare i soggetti vulnerabili (nota 16).

⁷² G. Malgieri, G. Comandè, *Sensitive by distance: quasi-health data in the Algorithmic Era*, in *Information & Communication Technology Law*, 26, 2017, 229.