



Dario Morelli

(dottorando di Ricerca in Diritto Ecclesiastico e Canonico presso il Dipartimento di Scienze giuridiche "Cesare Beccaria" dell'Università degli Studi di Milano)

Perché non possiamo non dirci tracciati: analisi ecclesiasticistica della pubblicità comportamentale on-line¹

SOMMARIO. 1. Introduzione – 2. Cos'è la pubblicità comportamentale – 3. Perché e come la normativa sulla protezione dei dati personali si applica alla pubblicità comportamentale – 4. Le informazioni idonee a rivelare le convinzioni religiose e filosofiche degli interessati nella normativa sulla protezione dei dati personali – 5. La pubblicità comportamentale che usa dati personali idonei a rivelare convinzioni religiose e filosofiche degli interessati e quella che usa dati personali comuni – 6. La pubblicità comportamentale *sensibile* (a contenuto di proselitismo e a contenuto commerciale) – 7. La pubblicità comportamentale *comune* (a contenuto di proselitismo e a contenuto commerciale)

1 – Introduzione

Lo sviluppo della tecnologia informatica pone gli studiosi del diritto ecclesiastico, e in particolare di quel settore della disciplina che studia i principi e le norme mirate a dare specifica rilevanza al fattore religioso nell'ambito della comunicazione, trasmissione, elaborazione e utilizzo delle informazioni (settore che potremmo sinteticamente definire *diritto ecclesiastico della comunicazione*), di fronte alla necessità di esaminare anche alla luce delle proprie lenti specifiche le criticità e le potenzialità insite nella pratica – oggi diffusissima – della pubblicità comportamentale on-line.

Quest'ultima è una forma di propaganda o pubblicità – cioè di comunicazione d'idee, credenze, fedi, ideologie, culture e, più in generale, informazioni finalizzate alla persuasione dei destinatari, non solo a scopo commerciale – che si fonda sull'analisi dei comportamenti di ogni singolo utente del *web* cui è rivolta, al fine di adattarsi dinamicamente ai suoi interessi, gusti, idee politiche o religiose. Tramite marcatori elettronici detti *cookie*, lo strumento della pubblicità comportamentale su internet consente di definire un profilo più o meno dettagliato del singolo destinatario del messaggio pubblicitario e di utilizzare tali informazioni

¹ Contributo sottoposto a valutazione.



per veicolargli esattamente il contenuto che il mittente ritiene più opportuno per il caso specifico.

Quello della pubblicità comportamentale on-line è oggi un settore prospero e in enorme espansione, al punto da potersi già considerare uno dei cardini del mercato dei servizi on-line e una delle sue più importanti fonti di approvvigionamento economico. Dal canto loro, le tecniche e i modelli matematici per l'elaborazione e l'interpretazione dei dati derivanti dal monitoraggio dei comportamenti degli utenti sul *web* hanno ormai raggiunto livelli di sofisticatezza del tutto insospettati dalla maggior parte dei fruitori della rete².

Agli occhi dell'ecclesiasticista risulta tuttavia, soprattutto, evidente come le potenzialità comunicative e persuasive di tale strumento, se sfruttate per propagandare fedi o convinzioni di carattere religioso, possano consentire anche un formidabile balzo in avanti sul piano dell'esercizio effettivo delle libertà religiose garantite dall'art. 19 Cost. Al tempo stesso, queste possibilità appaiono tali da innescare un contrasto drammatico con interessi altrettanto meritevoli di tutela, quali la riservatezza, la dignità umana e la stessa libertà religiosa dei cittadini/consumatori destinatari del messaggio.

Ulteriori problematiche sul piano dei diritti alla riservatezza e alla libertà religiosa dei cittadini sorgono poi dalla pubblicità comportamentale che implichi un trattamento di dati personali idonei a rivelare convinzioni di carattere religioso o filosofico al fine di indirizzare messaggi commerciali alla persona cui tali informazioni si riferiscono. Una simile fattispecie, la cui esistenza è oggi un dato di fatto con cui non è possibile non fare i conti, genera contrasti del tutto nuovi tra la libertà di iniziativa economica delle imprese inserzioniste e il diritto alla privacy in ambito religioso del consumatore, sottoponendo al giurista questioni inedite e complesse.

La presente analisi si propone di fornire, alla luce della normativa italiana ed europea in materia di protezione dei dati personali, che oggi

² Cfr. **G. MEGHABGHAB, A. KANDELUNIFIED**, *Search Engines, Link Analysis, and User's Web Behavior*, Springer, Heidelberg 2008, ed. in lingua inglese, p. 3: "This book can be used by researchers [...] who are looking for a unified theoretical approach to finding relevant information on the WWW and a way of interpreting it from a data perspective to a user perspective. It specifically stresses the importance of the involvement of the user looking for information to the relevance of information sought to the performance of the medium used to find information on the WWW". Il testo contiene un'ampia sezione che mira a tracciare, sulla base dell'analisi dei comportamenti degli utenti del *web*, schemi e teorie utili alla comprensione delle "interfacce cognitive" tra gli utenti (statisticamente considerati) e i motori di ricerca.



più che mai attraversa una fase di epocale cambiamento, un quadro introduttivo sulle problematiche testé accennate; problematiche che, alla luce della situazione di fatto oggi esistente, appaiono molto più concrete che teoriche.

In tutto il mondo, infatti, la pubblicità comportamentale on-line che utilizza informazioni idonee a rivelare le convinzioni religiose degli utenti della rete a fini pubblicitari, o che comunque mira ad analizzare il comportamento degli utenti per collocarli in categorie d'interesse che indicano particolari inclinazioni religiose, è una realtà radicata ormai da anni. Per rendersene conto basta scorrere, a mero titolo esemplificativo, l'informativa privacy di un sito come "Beliefnet", *community* virtuale per credenti di varie religioni in funzione da ormai quattordici anni (cioè da molto prima che *social network* come Facebook o Twitter conducessero il mondo del *web* nella sua c.d. fase 2.0), nella parte in cui chiarisce che

*"Beliefnet uses cookies to [...] identify parts of the Site you have visited, applications you are using, advertisements you have seen and/or products you have purchased. Information about your activities on the Site and other non-PII [personal information] about you may also be used to customize the on-line ads you encounter to those we believe are consistent with your interests"*³.

A ciò si aggiunga che la complessità tecnica degli odierni sistemi di pubblicità comportamentale, la difficoltà del quadro normativo che oggi disciplina il fenomeno e la pressoché inesistente consapevolezza del problema diffusa tra la popolazione (per la verità non soltanto italiana) rendono particolarmente ostico individuare e sanzionare eventuali trattamenti di dati illeciti commessi nell'esercizio di attività di pubblicità comportamentale on-line. Come spesso accade nella società dell'informazione, tanto più vaste e rilevanti risultano essere le problematiche, tanto meno facile si rivela inquadrarle e affrontarle da un punto di vista più strettamente giuridico e, nella specie, ecclesiasticistico.

2 – Cos'è la pubblicità comportamentale

La pubblicità comportamentale on-line, o "*on-line behavioural advertising*" (OBA), è una forma di pubblicità veicolata tramite internet. Essa si basa sull'analisi delle

³ Cfr. <http://www.beliefnet.com/About-Us/Privacy-Policy.aspx>.



“caratteristiche del comportamento delle persone [destinatario del messaggio] attraverso le loro azioni (frequentazione ripetuta di certi siti, interazioni, parole chiave, produzione di contenuti on-line, ecc.) al fine di elaborare un profilo specifico [di tali persone] e quindi inviare messaggi pubblicitari che corrispondano perfettamente agli interessi dedotti”⁴.

I messaggi in questione sono costituiti per lo più da c.d. *banner* interattivi, cioè immagini o video che rinviano l’utente, qualora vi *clichi* sopra, a un altro sito internet, gestito di solito dallo stesso inserzionista⁵.

L’analisi del comportamento degli utenti avviene attraverso un meccanismo di *tracking* (tracciamento degli interessi) reso possibile dalla memorizzazione nelle apparecchiature terminali degli utenti stessi (siano essi *personal computer*, *tablet*, telefoni cellulari con accesso a internet, etc.) di stringhe di dati (*cookie*) o di dispositivi analoghi, che memorizzano le informazioni rilevanti nel corso del tempo e ne consentono la successiva consultazione da parte degli stessi soggetti che hanno proceduto all’installazione. La memorizzazione dei *cookie* avviene tramite i *browser* utilizzati dall’utente per navigare su internet (ad esempio Chrome, Internet Explorer, Safari, etc.).

In particolare:

“quando un utente si collega per la prima volta ad un sito web, il *server* dell’impresa pubblicitaria riceve dal *browser* del navigatore

⁴ GRUPPO DI LAVORO ARTICOLO 29 PER LA PROTEZIONE DEI DATI PERSONALI, *Parere 2/2010 sulla pubblicità comportamentale online*, 22 giugno 2010, http://ec.europa.eu/justice/policies/privacy/docs/wpdocs/2010/wp171_it.pdf, p. 5.

⁵ Il sito ufficiale della Conferenza Episcopale Italiana, ad esempio, fornisce gratuitamente a chiunque voglia inserirli sul proprio sito dei *widget*, ovvero dei *banner* programmati in linguaggio Java, di varia dimensione e foggia, contenenti informazioni sulla liturgia del giorno e delle ore (http://www.chiesacattolica.it/ci_new_v3/s2magazine/index1.jsp?idPagina=27161).

Cliccando sui *widget* da un qualunque sito che li contenga si viene rinviiati sul sito della C.E.I. Non risulta sia però previsto un meccanismo di vera e propria pubblicità comportamentale in relazione ai *widget/banner* della C.E.I. Particolarmente attiva nell’acquisto di spazi pubblicitari su siti internet di terzi e nell’uso delle più avanzate forme di pubblicità personalizzata risulta invece Scientology; a titolo di esempio può essere citata la campagna *Che cos’è Scientology*, dell’agosto 2012, consistente in un *banner* recante lo slogan “*Che cos’è Scientology? Scoprilo da te*” che appariva, tra gli altri siti, anche a fianco di articoli d’informazione sulla stessa Scientology (ad esempio sulla pagina recante l’articolo intitolato, appunto, *Che cos’è Scientology* del sito d’informazione *il Post*: <http://www.ilpost.it/2012/07/04/che-cose-scientology/>). Il *banner* rinvia al sito ufficiale di Scientology, www.scientology.it. La campagna *Che cos’è Scientology* appare come una forma di pubblicità c.d. contestuale, su cui si dirà meglio a breve.



l'indirizzo web della pagina che sta visualizzando ed invia un *cookie* alla sua apparecchiatura terminale.

Alla prima connessione successiva, il *server* legge direttamente il *cookie* (ove non rimosso, ossia ancora residente sul computer) e fa visualizzare al navigatore il *banner* più adatto. Ad esempio, se un utente legge degli articoli *on-line* sul tennis, il *cookie* può aggiungere tale informazione nel profilo dell'utente stesso così da fargli visualizzare alla connessione successiva un buono sconto per l'acquisto di una racchetta. Tramite questo meccanismo, dunque, le imprese pubblicitarie sono in grado di creare profili personalizzati degli utenti e mostrare loro pubblicità mirata⁶.

I *cookie*, contenuti in file di piccola dimensione, possono raccogliere svariati tipi di dati: credenziali di accesso a un sito (ID e *password*), gli URL dei siti internet visitati, data e ora di visita, numero di *click* effettuati su un determinato annuncio pubblicitario e molto altro. I *cookie* non sono però progettati per andare in cerca di dati personali memorizzati sul terminale: le informazioni che immagazzinano derivano tipicamente da *input* dell'utente *successivi* alla prima memorizzazione del *cookie*. Inoltre, le informazioni raccolte dai *cookie* sono memorizzate in forma criptata, affinché non possano essere consultate e utilizzate da terzi, ma solo da chi li ha creati.

La pubblicità comportamentale consente di ricostruire dunque un profilo molto dettagliato degli interessi dell'utente così come emergono dai comportamenti da lui tenuti su internet nel corso del tempo.

Questo estremo livello di dettaglio – seppur relativo, non potendosi avere la certezza assoluta dell'identità dell'utente che utilizza il computer.⁷ – e il conseguente, relativamente elevato grado di personalizzazione del messaggio pubblicitario veicolato, distinguono la pubblicità comportamentale da altre forme di pubblicità "mirata" alle preferenze e agli interessi del destinatario, quali la pubblicità *contestuale*⁸ e la pubblicità *segmentata*⁹.

⁶ A. TOMA, *Online Behavioural Advertising versus Privacy*, in *Diritto, Economia e Tecnologie della Privacy*, 1/2012, pp. 56 s.

⁷ Nella creazione di profili utente online si distingue infatti tra c.d. profili predittivi – stabiliti per deduzione attraverso l'osservazione del comportamento dell'utente nel tempo, in particolare monitorando le pagine visitate e i messaggi pubblicitari visualizzati o cliccati – e i c.d. profili espliciti, creati a partire da dati personali che l'interessato stesso ha fornito a un servizio *web*, per esempio all'atto della registrazione. I due metodi possono essere combinati.

⁸ GRUPPO DI LAVORO ARTICOLO 29 PER LA PROTEZIONE DEI DATI PERSONALI, *Parere 2/2010*, cit., p. 5, nota 2: "un tipo di pubblicità selezionata in base ai



Nei modelli più diffusi di pubblicità comportamentale, gli “attori” sono solitamente tre: *i*) i “fornitori di reti pubblicitarie, che sono i più importanti distributori di pubblicità comportamentale, in quanto mettono in contatto gli editori con gli inserzionisti”; *ii*) gli “inserzionisti, che vogliono promuovere un prodotto o un servizio presso un determinato pubblico”; e infine *iii*) gli “editori, ovvero i proprietari di siti web, che cercano di realizzare guadagni attraverso la vendita di spazi pubblicitari sul loro sito o sui loro siti”¹⁰. Di norma è il fornitore di reti pubblicitarie – e non l’editore del sito *web* – a collocare il *cookie* sul terminale dell’utente quando questi accede per la prima volta a un sito che trasmette un messaggio pubblicitario della sua rete. Per questa ragione si fa spesso riferimento a tali *cookie* come a “*cookie* di terzi”.

Tuttavia è chiaro che lo schema appena descritto non rispecchia sempre la realtà dei fatti, specie per quanto riguarda i piccoli operatori e le piccole e medie attività imprenditoriali/editoriali, al cui livello, molto spesso, i ruoli di fornitore di rete pubblicitaria ed editore vengono a confondersi e sovrapporsi.

3 – Perché e come la normativa sulla protezione dei dati personali si applica alla pubblicità comportamentale

Monitorare il comportamento, le abitudini, le scelte degli utenti di internet tramite dei *cookie*, al fine di definirne il profilo o la personalità in maniera dettagliata, e utilizzare dati così raccolti a fini di *marketing* implica necessariamente il compimento di un complesso di operazioni quali, in particolare, la raccolta, la registrazione, l’organizzazione, la conservazione, la consultazione e, più in generale, l’utilizzo di informazioni relative a persone fisiche (gli utenti del *web*).

La circostanza che i soggetti coinvolti siano identificati o identificabili – anche indirettamente tramite riferimento ad altre

contenuti visualizzati in quel momento dall’interessato. Nel caso dei motori di ricerca, il contenuto può essere dedotto dalle parole chiave della ricerca effettuata, dalla ricerca precedente o dall’indirizzo IP dell’utente (se indica la probabile ubicazione geografica dell’utente)”.

⁹ GRUPPO DI LAVORO ARTICOLO 29 PER LA PROTEZIONE DEI DATI PERSONALI, *Parere 2/2010*, cit., p. 5, nota 3: “pubblicità selezionata in base a caratteristiche note dell’interessato (età, sesso, ubicazione, ecc.), fornite dallo stesso nella fase di registrazione a un sito”.

¹⁰ GRUPPO DI LAVORO ARTICOLO 29 PER LA PROTEZIONE DEI DATI PERSONALI, *Parere 2/2010*, cit., p. 5.



informazioni tra cui, ad esempio, l'indirizzo IP¹¹ – determina l'applicazione al campo trattato della normativa europea sulla tutela delle persone fisiche con riguardo al trattamento dei dati personali¹² e le norme nazionali di recepimento (in Italia, il D. Lgs. del 30 giugno 2003, n. 196 recante il "Codice in materia di protezione dei dati personali", c.d. Codice privacy), come evidenziato anche dal coordinamento dei Garanti europei per la protezione dei dati personali (c.d. Gruppo di lavoro Articolo 29 per la protezione dei dati personali o, più semplicemente, Gruppo Articolo 29)¹³.

Le norme contenute nel Codice privacy si applicano, infatti, a qualsiasi "trattamento"¹⁴ sia operato su una qualunque informazione relativa a persona fisica (e non più anche giuridica¹⁵) identificata o

¹¹ **GRUPPO DI LAVORO ARTICOLO 29 PER LA PROTEZIONE DEI DATI PERSONALI**, *Parere 2/2010*, cit., p. 10: "la pubblicità comportamentale in genere prevede la raccolta di indirizzi IP e il trattamento di identificatori unici (attraverso il cookie). L'impiego di tali dispositivi con un identificatore unico consente di tracciare gli utenti di un determinato computer anche se sono usati indirizzi IP dinamici. In altre parole, detti dispositivi consentono di individuare gli interessati, anche se i loro veri nomi non sono conosciuti".

¹² Attualmente la normativa europea di riferimento è costituita dalla direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio n. 95/46/CE, come modificata dalle direttive 97/66/CE (abrogata), 2002/58/CE, 2006/24/CE e 2009/136/CE. Sul tema, tra gli altri, cfr. **R. ACCIAI**, *Privacy e fenomeno religioso*, in *OLIR: osservatorio delle libertà ed istituzioni religiose*, marzo 2005, http://www.olir.it/areetematiche/80/documents/Acciai_Privacy.pdf; **S. BERLINGÒ**, *Si può essere più garantisti del Garante? A proposito delle pretese di "tutela" dei registri del battesimo*, in *Quaderni di diritto e politica ecclesiastica*, 1, 2000; **R. BOTTA**, *Trattamento dei dati personali e Confessioni religiose*, in *Il diritto ecclesiastico*, 1, 1999; **G. DALLA TORRE**, *Qualche considerazione sulle confessioni senza intesa e la tutela della privacy*, in *Quaderni di diritto e politica ecclesiastica*, 3, 2002; **D. MILANI**, *Il trattamento dei dati sensibili di natura religiosa tra novità legislative e interventi giurisprudenziali*, in *Il diritto ecclesiastico*, 1, 2001.

¹³ **GRUPPO DI LAVORO ARTICOLO 29 PER LA PROTEZIONE DEI DATI PERSONALI**, *Parere 2/2010*, cit., p. 3: "poiché la pubblicità comportamentale si fonda sull'uso di identificatori che consentono la creazione di profili utente molto dettagliati, considerati nella maggior parte dei casi dati personali, si applica anche la direttiva 95/46/CE".

¹⁴ Ai sensi dell'art. 4, comma 1, lett. a), per "trattamento" s'intende "qualunque operazione o complesso di operazioni, effettuati anche senza l'ausilio di strumenti elettronici, concernenti la raccolta, la registrazione, l'organizzazione, la conservazione, la consultazione, l'elaborazione, la modificazione, la selezione, l'estrazione, il raffronto, l'utilizzo, l'interconnessione, il blocco, la comunicazione, la diffusione, la cancellazione e la distruzione di dati, anche se non registrati in una banca di dati".

¹⁵ Per effetto del D.L. 6 dicembre 2011, n. 201 (c.d. Salva-Italia), le informazioni relative alle persone giuridiche non rientrano più nell'ambito di applicazione del Codice privacy.



identificabile da chiunque sia stabilito nel territorio dello Stato italiano o in un luogo comunque soggetto alla sovranità dello Stato¹⁶. Deve quindi ritenersi che, nella misura in cui il c.d. titolare del trattamento di dati personali¹⁷ effettuato nell'esercizio di un'attività di OBA risulti stabilito in Italia, o utilizzi strumenti per il trattamento (quali devono appunto considerarsi i *cookie*) situati in Italia, la relativa attività di OBA ricada nella sfera di attività soggette alle regole del Codice privacy.

Va poi tenuto presente che il 25 gennaio 2012 – al termine di pubbliche consultazioni e conferenze durate oltre due anni – è stata ufficialmente presentata una proposta di regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio concernente la tutela delle persone fisiche con riguardo al trattamento dei dati personali e alla libera circolazione di tali dati (il “Regolamento”)¹⁸. Il Regolamento, attualmente sottoposto alla procedura legislativa ordinaria *ex art.* 294 del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea, è destinato – in base all'art. 288 del Trattato – a un'applicazione diretta in tutta l'Unione.

Sembra dunque utile distinguere tra il regime giuridico applicabile all'OBA sotto la vigenza del Codice privacy che ha recepito la direttiva 95/46/CE e quello che si profila all'orizzonte, alla luce dell'ultima bozza di Regolamento oggi disponibile.

L'applicazione dell'attuale Codice privacy alla pubblicità comportamentale come oggi conosciuta pone alcuni problemi che sono già

¹⁶ Nonostante la formulazione ampia dell'art. 5 del Codice privacy sulla legge applicabile, nella parte in cui questo fa riferimento a “chiunque è stabilito nel territorio dello Stato”, consenta in teoria di ritenere applicabile la legge italiana anche in presenza esclusivamente di uno stabilimento italiano del responsabile del trattamento (come definito dall'art. 4, comma 1, lett. g del Codice privacy), è stato osservato dalla migliore dottrina che tale interpretazione entrerebbe “in cortocircuito” con la direttiva 95/46/CE, dunque “la disciplina italiana dovrebbe comunque essere interpretata restrittivamente come riferita al solo stabilimento del titolare, non potendo entrare in conflitto con una formulazione chiara e immediatamente applicativa contenuta della Direttiva [95/46/CE]”: **ISTITUTO ITALIANO PRIVACY**, *Cloud computing e tutela dei dati personali in Italia: una sfida d'esempio per l'Europa*, 21 luglio 2011, p. 18.

¹⁷ Ai sensi dell'art. 4, comma 1, lett. f) del Codice privacy, per “titolare” del trattamento di dati personali s'intende “la persona fisica, la persona giuridica, la pubblica amministrazione e qualsiasi altro ente, associazione od organismo cui competono, anche unitamente ad altro titolare, le decisioni in ordine alle finalità, alle modalità del trattamento di dati personali e agli strumenti utilizzati, ivi compreso il profilo della sicurezza”.

¹⁸ Il testo in italiano è disponibile su <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2012:0011:FIN:IT:PDF>.



stati ampiamente analizzati dal Gruppo Articolo 29 nel parere n. 2/2010 e che in parte trascendono l'ambito di interesse della presente analisi.

A tal proposito basti segnalare, in primo luogo, che l'uso di *cookie* o altri marcatori per la pubblicità comportamentale, così come sopra descritto, comporta di per sé l'applicabilità dell'art. 122 del Codice privacy, come modificato dal D. Lgs. del 28 maggio 2012, n. 69. In base a tale disposizione, l'archiviazione delle informazioni nell'apparecchio terminale di un utente o l'accesso a informazioni già archiviate sono consentiti soltanto a condizione che l'utente sia stato previamente informato con le modalità semplificate di cui all'art. 13, comma 3, del Codice privacy e abbia previamente espresso il proprio consenso (c.d. *opt-in*)¹⁹. Il che significa che la semplice memorizzazione di *cookie* sul pc dell'utente e l'attività di tracciamento e raccolta d'informazioni operata tramite tali *cookie* dev'essere oggetto di una informativa resa all'utente stesso prima dell'installazione e di un previo consenso prestato dall'utente, che sia espresso (cioè non implicito o presunto), libero (cioè non collegato a finalità diverse e ulteriori rispetto a quelle proprie di *tracking* per cui i *cookie* sono installati) e fondato sull'informativa di cui sopra. La regola trova applicazione a prescindere dal fatto che i *cookie* installati comportino o meno il trattamento di dati personali; infatti, il n. 24 della direttiva 2002/58/CE precisa che:

“le apparecchiature terminali degli utenti di reti di comunicazione elettronica e qualsiasi informazione archiviata in tali apparecchiature [quindi non solo quelle informazioni definite come dati personali ai sensi della direttiva 95/46/CE, N.d.A.] fanno parte

¹⁹ Fanno eccezione le archiviazioni e gli accessi finalizzati esclusivamente a effettuare la trasmissione di una comunicazione su una rete di comunicazione elettronica o quelli che siano strettamente necessari al fornitore di un servizio della società dell'informazione a cui sia stato esplicitamente richiesto dall'utente di erogare tale servizio. Il Gruppo Articolo 29 ha chiarito con la sua *Opinion 04/2012 on Cookie Consent Exemption* del 7 giugno 2012 (http://ec.europa.eu/justice/data-protection/article-29/documentation/opinion-recommendation/files/2012/wop194_en.pdf) quali sono i casi in cui si possono applicare le esenzioni previste dalla normativa europea vigente e dalle norme nazionali di recepimento. Facendo leva sull'interpretazione restrittiva che deve essere necessariamente data alle disposizioni in parola, il Gruppo Articolo 29 ha elencato alcuni *cookie* che per natura e finalità d'utilizzo ricadono nell'esenzione (ad es. gli “*user-input*” *cookie*, gli *authentication cookie*, gli *user centric security cookie*, etc.) A proposito dei *cookie* utilizzati per la pubblicità comportamentale, l'*opinion* succitata ha invece ribadito espressamente quanto già affermato nei pareri 2/2010 e 16/2011, cioè che essi impongono la necessità per il titolare del trattamento di ottenere il consenso informato, espresso e specifico e non possono ricadere in alcuna esenzione.



della sfera privata dell'utente, che deve essere tutelata ai sensi della convenzione europea per la protezione dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali".

Il nuovo comma 2 dell'art. 122 del Codice privacy prevede però che, ai fini della prestazione del consenso dell'utente, possano essere utilizzate specifiche configurazioni di programmi informatici o di dispositivi (ad es. i *browser*) che siano di facile e chiara utilizzabilità per l'utente stesso.

I problemi tecnici generati dal meccanismo di *opt-in* adottato dalla UE per la gestione dei *cookie* – ritenuto da taluni commentatori rigido, giusto in astratto ma limitato nella pratica e, in generale, capace di “mettere in ginocchio l'intero mercato ICT, proprio nel momento in cui sarebbe più prezioso incentivarlo per uscire dalla crisi”²⁰ – ha indotto i principali *players* del mercato a elaborare proposte di codici di autoregolamentazione (ad es. quello approvato nel 2011 dall'*European Advertising Standards Alliance* e dall'*Internet Advertising Bureau Europe*, poi bocciato dal parere n. 16/2011 del Gruppo Articolo 29).

A quanto sopra va aggiunto che l'intera normativa attualmente vigente in materia di protezione dei dati personali deve trovare applicazione nella misura in cui l'OBA comporti appunto il trattamento di tali dati (cioè pressoché nella totalità dei casi), nonostante le difficoltà tecniche di applicazione che derivano dalle particolari modalità con cui l'attività pubblicitaria in parola si esplica di solito. Il maggior rischio per la riservatezza e la gestione dei dati personali degli utenti, come evidenziato dal coordinamento dei Garanti europei, appare quello che gli utenti non vengano nemmeno a conoscenza o, una volta saputo, non si rendano esattamente conto della reale natura della tecnologia su cui si fonda l'OBA, o che addirittura ignorino di essere i destinatari specifici di tali tipologie di pubblicità. Il recente studio di alcuni ricercatori dell'università di Amsterdam ha dimostrato che la maggior parte degli operatori d'OBA interpellati non rispetta le norme sulla protezione dei dati personali sin dalla fase della loro raccolta, e che gli utenti interessati non dimostrano alcuna particolare consapevolezza della questione e dei relativi rischi²¹.

²⁰ L. BOLOGNINI, *E(xchange)-Commerce: un nuovo modo di intendere i servizi e la pubblicità via web*, in *Diritto, Economia e Tecnologie della Privacy*, 1/2012, p. 9.

²¹ N. VAN EIJK, N. HELBERGER, L. KOOL, A. VAN DER PLAS, B. VAN DER SLOOT, *Online tracking: questioning the power of informed consent*, (http://www.ivir.nl/publications/vaneijk/Info_2012_5.pdf), p. 58: «the paper will show that the majority of the surveyed parties involved in online behavioral advertising (OBA) do not comply with the legal regarding informing users about the storing of cookies or the purposes of data processing of the subsequently obtained data, neither do they have obtained users' consent for the



Per questa ragione è particolarmente importante che gli “attori” della pubblicità comportamentale (cioè fornitore di reti ed editore, qualora i due soggetti non coincidano), in un contesto di cooperazione finalizzata agli interessi dei destinatari della comunicazione, collaborino affinché sia garantita a questi ultimi piena e attuale conoscenza della natura dei trattamenti che interessano i loro dati personali. Il Gruppo Articolo 29, per tale ragione, incoraggia “creatività e innovazione in questo settore”²².

4 – Le informazioni idonee a rivelare le convinzioni religiose e filosofiche degli interessati nella normativa sulla protezione dei dati personali

I dati personali che rivelano le convinzioni religiose, filosofiche o di altro genere sono considerati sensibili ai sensi dell’art. 8 della direttiva 95/46/CE, dell’art. 4, comma 1, lettera d) del Codice privacy e dall’art. 9 del Regolamento nella sua attuale versione (anche se in quest’ultima disposizione non si adopera l’espressione “dati sensibili”).

La qualificazione come dati sensibili implica una tutela rafforzata, che si giustifica in ragione del fatto che le informazioni relative alle convinzioni religiose, filosofiche o di altro genere “toccano gli aspetti più intimi della persona” e soprattutto “possono essere facilmente utilizzate con finalità discriminatorie”²³.

Da un punto di vista ecclesiasticistico, sembra corretto ritenere che il diritto alla riservatezza in ambito religioso trovi fondamento non soltanto – come il diritto alla riservatezza *tout court*, specie quando riferito al c.d. “nucleo duro” della privacy²⁴ – negli artt. 2 e 3 Cost. (nelle parti in cui essi tutelano rispettivamente i diritti fondamentali dell’uomo e la

storage of cookies. A reason for maybe even greater concern is the finding that the majority of users evidently lack the skills and knowledge how to handle cookies. Many users, moreover, show little awareness of the privacy implications of profiling and data sharing, or the actual scope of targeted advertising that is already taking place now and today. These findings critically question the wisdom of the “informed consent regime” as it is currently championed in the ePrivacy directive».

²² **GRUPPO DI LAVORO ARTICOLO 29 PER LA PROTEZIONE DEI DATI PERSONALI**, *Parere 2/2010*, cit., p. 3.

²³ **V. PIGNEDOLI**, *Privacy e libertà religiosa*, Giuffrè, Milano, 2001, p. 85.

²⁴ Cfr. **R. GAMBERALE**, *Trattamento dei dati sensibili*, in R. Panetta (a cura di), *Libera circolazione e protezione dei dati personali*, t. I, Giuffrè, Milano, 2006, p. 1073: «il “nucleo duro” della privacy è tradizionalmente costituito dalle informazioni che esprimono una particolare esigenza di riservatezza in quanto attinenti a fatti particolarmente intimi (ad esempio i dati che rivelano lo stato di salute e le abitudini sessuali)».



dignità sociale dei cittadini), ma anche nell'art. 19 Cost., il quale, infatti, non può non ritenersi anche il fondamento del diritto di non essere obbligati a rendere manifeste le proprie convinzioni religiose²⁵. A tal proposito è stato rilevato, da una parte della dottrina²⁶, che l'assimilazione dei dati relativi alle convinzioni religiose dell'interessato alle altre categorie di dati sensibili (come quelli relativi all'origine razziale ed etnica, all'adesione a partiti, etc.) sia non perfettamente rispondente al principio costituzionale dell'autonomia confessionale.

La tutela rafforzata approntata dal Codice privacy attualmente in vigore per i dati sensibili, inclusi quelli "religiosi e filosofici", prevede che il trattamento di tali dati da parte di soggetti privati sia considerato lecito soltanto in presenza di due requisiti: l'autorizzazione del Garante *ex* articolo 26, comma 1, e la prestazione per iscritto – a pena di nullità *ex* art. 23, comma 4, del Codice privacy – del consenso informato, specifico e libero al trattamento²⁷. È da notare che la forma scritta con cui deve essere prestato il consenso da parte del soggetto interessato non è prevista per i trattamenti di dati personali c.d. comuni, cioè non sensibili: per questi, il consenso deve essere semplicemente *documentato* per iscritto²⁸.

Per quanto riguarda l'autorizzazione del trattamento, il Garante ha "la facoltà di procedere non solo volta per volta su impulso dei singoli richiedenti [...] ma anche attraverso formule autorizzatorie di carattere generale rivolte a determinate categorie di titolari o di trattamenti"²⁹. È da notare tuttavia che il Garante

"non prende in considerazione richieste di autorizzazione per trattamenti da effettuarsi in difformità alle prescrizioni delle autorizzazioni generali salvo che, ai sensi dell'art. 41 del Codice [privacy], il loro accoglimento sia giustificato da circostanze del tutto particolari o da situazioni eccezionali non considerate nell'autorizzazione generale"³⁰.

²⁵ V. PIGNEDOLI, *Privacy e libertà religiosa*, cit., pp. 77 s.

²⁶ Cfr. A. CHIZZONITI, *Prime considerazioni sulla legge 675 del 1996 «Tutela delle persone e degli altri soggetti rispetto al trattamento dei dati personali»*, in *Quaderni di diritto e politica ecclesiastica*, 2/1997, pp. 379 ss.

²⁷ Cfr. E. VITALI, A. CHIZZONITI, *Diritto ecclesiastico, Manuale breve*, Giuffrè, Milano, 2011, p. 229.

²⁸ Art. 23, comma 3 del Codice privacy: "il consenso è validamente prestato solo se [...] è documentato per iscritto [...]".

²⁹ R. ACCIAI, *Privacy e fenomeno religioso*, cit., p. 6.

³⁰ G. FINOCCHIARO, *Privacy e protezione dei dati personali – Disciplina e strumenti operativi*, Zanichelli, Bologna 2012, p. 206.



Per quanto invece concerne il consenso dell'interessato al trattamento dei propri dati personali sensibili, va notato che:

i) il semplice *flag* sulla casella di una pagina *web* in segno di assenso, o sistemi analoghi, possono bastare a integrare la forma scritta richiesta dall'art. 23, comma 4, del Codice privacy soltanto "a condizione che vengano adottate soluzioni idonee a identificare in modo univoco l'interessato (ad es. previo rilascio di elementi di identificazione all'esito di una procedura di registrazione)"³¹. Infatti, in base all'art. 21, commi 2 e 2-bis del Codice dell'amministrazione digitale (D. Lgs. 7 marzo 2005, n. 82), solo la firma elettronica avanzata, la firma elettronica qualificata e la firma digitale garantiscono al di là di ogni dubbio il requisito della forma scritta (in tutti e tre i casi, il documento informatico assume l'efficacia probatoria della scrittura privata ai sensi dell'articolo 2702 c.c.); e

ii) al trattamento di dati sensibili non si applicano i casi di equipollenza del consenso di cui all'art. 24 del Codice privacy, ma solo quelli specificamente previsti dall'art. 26³².

³¹ **GARANTE PER LA PROTEZIONE DEI DATI PERSONALI**, *Linee guida in tema di trattamento di dati per lo svolgimento di indagini di customer satisfaction in ambito sanitario*, 5 maggio 2011, su www.garanteprivacy.it, doc. web n. 1812910.

³² Art. 26, comma 3 del Codice privacy: "il comma 1 [in base al quale i dati sensibili possono essere oggetto di trattamento solo con il consenso scritto dell'interessato e previa autorizzazione del Garante] non si applica al trattamento: a) dei dati relativi agli aderenti alle confessioni religiose e ai soggetti che con riferimento a finalità di natura esclusivamente religiosa hanno contatti regolari con le medesime confessioni, effettuato dai relativi organi, ovvero da enti civilmente riconosciuti, sempre che i dati non siano diffusi o comunicati fuori delle medesime confessioni. Queste ultime determinano idonee garanzie relativamente ai trattamenti effettuati, nel rispetto dei principi indicati al riguardo con autorizzazione del Garante; b) dei dati riguardanti l'adesione di associazioni od organizzazioni a carattere sindacale [...]; b-bis) dei dati contenuti nei curricula". Comma 4: "i dati sensibili possono essere oggetto di trattamento anche senza consenso, previa autorizzazione del Garante: a) quando il trattamento è effettuato da associazioni, enti od organismi senza scopo di lucro, anche non riconosciuti, a carattere politico, filosofico, religioso o sindacale, ivi compresi partiti e movimenti politici, per il perseguimento di scopi determinati e legittimi individuati dall'atto costitutivo, dallo statuto o dal contratto collettivo, relativamente ai dati personali degli aderenti o dei soggetti che in relazione a tali finalità hanno contatti regolari con l'associazione, ente od organismo, sempre che i dati non siano comunicati all'esterno o diffusi e l'ente, associazione od organismo determini idonee garanzie relativamente ai trattamenti effettuati, prevedendo espressamente le modalità di utilizzo dei dati con determinazione resa nota agli interessati all'atto dell'informativa ai sensi dell'articolo 13; b) quando il trattamento è necessario per la salvaguardia della vita o dell'incolumità fisica di un terzo. [...];c) quando il trattamento è necessario ai fini dello svolgimento delle investigazioni difensive di cui alla legge 7 dicembre 2000, n. 397, o, comunque, per far valere o difendere in sede giudiziaria un diritto, sempre che i dati siano trattati esclusivamente per tali



L'art. 26, comma 4, lettera a) del Codice privacy prevede per l'appunto un regime speciale per il trattamento effettuato da "associazioni, enti od organismi senza scopo di lucro, anche non riconosciuti, a carattere filosofico o religioso" (escluse le confessioni religiose vere e proprie, come vedremo tra breve) sui dati sensibili degli aderenti o dei soggetti che hanno contatti regolari con l'ente stesso. Tali dati possono essere trattati senza consenso dell'interessato, ma previa autorizzazione del Garante, per il perseguimento di scopi determinati e legittimi individuati dallo statuto, purché non siano comunicati all'esterno o diffusi, e purché l'ente/associazione determini idonee garanzie relativamente ai trattamenti effettuati.

Un ulteriore, specifico regime è previsto dall'art. 26, comma 3, lettera a) per il trattamento dei

"dati relativi agli aderenti alle confessioni religiose e ai soggetti che con riferimento a finalità di natura esclusivamente religiosa hanno contatti regolari con le medesime confessioni, effettuato dai relativi organi, ovvero da enti civilmente riconosciuti, sempre che i dati non siano diffusi o comunicati fuori delle medesime confessioni".

Tali trattamenti effettuati da confessioni in senso proprio non sono subordinati né al consenso scritto dell'interessato, né all'autorizzazione del Garante, ma richiedono che la confessione abbia determinato idonee garanzie nel rispetto dei principi indicati al riguardo con apposita autorizzazione del Garante³³.

Il regime previsto per il trattamento di dati personali sensibili da parte di enti privati a norma del Regolamento nella sua versione attuale sembra invece avvicinarsi di più a quello originariamente previsto dalla direttiva 95/46/CE che a quello del Codice privacy italiano.

L'art. 9 del Regolamento, riproducendo la struttura dell'art. 8 della direttiva 95/46/CE, prevede infatti che "è vietato trattare dati personali che rivelino [...] la religione o le convinzioni personali" (*"the processing of*

finalità e per il periodo strettamente necessario al loro perseguimento. [...]; d) quando è necessario per adempiere a specifici obblighi o compiti previsti dalla legge, da un regolamento o dalla normativa comunitaria per la gestione del rapporto di lavoro [...]"

³³ **R(iccardo) IMPERIALI, R(osario) IMPERIALI**, *Codice della privacy – Commento alla normativa sulla protezione dei dati personali*, Il Sole 24 Ore, Milano, 2004, p. 191: "questa procedura alquanto atipica ed a prima vista inutilmente complessa, si è resa necessaria a seguito dell'osservazione avanzata dalla Commissione Affari costituzionali del Senato, secondo la quale eventuali limitazioni alla libera determinazione da parte delle stesse confessioni si sarebbero potute stabilire solo mediante intese definite ai sensi dell'articolo 8 della Costituzione".



personal data, revealing [...] religion or beliefs [...] shall be prohibited") tranne che in dieci casi specificamente indicati – dalla lettera a) alla j) – sotto il paragrafo 2 del medesimo articolo.

A tale riguardo va innanzi tutto sottolineata la diversità tra l'espressione "*religious or philosophical beliefs*" usata nell'art. 8, comma 1 della direttiva 95/46/CE – e tradotta con "convinzioni religiose, filosofiche" dal citato art. 4 del Codice privacy – e "*religion or beliefs*" contenuta nell'art. 9, paragrafo 1 del Regolamento (tradotto con "la religione o le convinzioni personali" nella versione italiana della proposta di Regolamento).

Nella direttiva e nel Codice privacy, infatti:

1) il sintagma "convinzioni religiose"

"evoca qualcosa di più ampio rispetto alla fede (che implica il fatto di credere in qualcosa) o alla confessione (indicante l'appartenenza ad una comunità religiosa di cui si condividono regole e disciplina), dal momento che nello stesso rientra qualsiasi atteggiamento nei confronti della religione, incluso l'ateismo e, in generale, la mancanza di opinioni riguardo al fatto religioso";

2) l'espressione "convinzioni filosofiche" costituisce invece una formula di chiusura estremamente ampia e generica, "intesa a ricomprendere qualsiasi credo, opinione, indirizzo culturale anche sconosciuto al nostro ordinamento"³⁴.

Nel nuovo testo del Regolamento si è operata da un lato la rimozione del termine "filosofiche", al fine di ampliare ancora di più l'ambito della protezione delle convinzioni personali degli interessati (le "convinzioni personali" genericamente intese stanno evidentemente alle "convinzioni filosofiche" in rapporto di *genus a species*). Dall'altro lato però si è proceduto a sostituire il sintagma "*religious beliefs*" con il termine "*religion*", il cui ambito semantico non può che risultare più ristretto e specifico, e dunque meno protettivo nei confronti dei soggetti interessati al trattamento dei dati. Anche se a un giudizio astratto l'ampiezza del termine "*beliefs*" sembra poter offrire una copertura sufficientemente ampia a tutti i tipi di convinzioni personali non ricompresi tra quelle indicati dalla parola "*religion*", soltanto l'interpretazione che in concreto le autorità garanti dei singoli Stati daranno alla disposizione potrà dire se il saldo della "ristrutturazione" normativa sarà positivo o meno.

³⁴ V. PIGNEDOLI, *Privacy e libertà religiosa*, cit., p. 103.



Va aggiunto che, tra i casi di legittimità del trattamento dei dati sensibili previsti dal paragrafo 2 dell'art. 9 del Regolamento, quelli che interessano maggiormente la nostra analisi appaiono i seguenti:

- la lettera *a*) del succitato comma, che prevede la trattabilità dei dati sensibili quando l'interessato abbia dato il proprio consenso al trattamento dei propri dati alle stesse condizioni di cui agli artt. 7 e 8 – cioè le disposizioni che regolano le condizioni per la valida prestazione del consenso in generale – salvo che il diritto dell'Unione o di uno Stato membro non prevedano che il consenso dell'interessato non sia sufficiente a derogare al divieto generale di trattamento;

- la lettera *d*), che esenta dal divieto di cui al primo comma il trattamento di dati sensibili effettuato

“nell'ambito delle sue legittime attività e con adeguate garanzie, da una fondazione, associazione o altro organismo senza scopo di lucro che persegua finalità [...] filosofiche, religiose [...] a condizione che il trattamento riguardi unicamente i membri, gli ex membri o le persone che hanno regolari contatti con la fondazione, l'associazione o l'organismo a motivo delle sue finalità e che i dati non siano comunicati a terzi senza il consenso dell'interessato”;

- la lettera *e*), che consente il trattamento riguardante dati sensibili “resi manifestamente pubblici dall'interessato”.

Quello che più conta rimarcare in questa sede è che l'applicazione diretta del Regolamento, qualora fosse approvato senza modifiche sul punto, consentirebbe anche in Italia il trattamento di dati sensibili in presenza del consenso esplicito dell'interessato, ma senza che questo debba essere necessariamente espresso in forma scritta e senza alcuna specifica autorizzazione del Garante.

Come vedremo a breve, le circostanze sopra evidenziate hanno un enorme impatto sia sulla legittimità – oggi e domani – di un sistema di pubblicità comportamentale on-line che si basi almeno in parte sull'analisi degli orientamenti e delle credenze in senso lato religiose degli utenti, sia sui rischi e le relative tutele che riguardano l'utente “profilato” nel contesto di un siffatto meccanismo.



5 – La pubblicità comportamentale che usa dati personali idonei a rivelare convinzioni religiose e filosofiche degli interessati e quella che usa dati personali comuni

È necessario operare una prima distinzione tra due categorie di pubblicità comportamentale che possono riguardare l'ambito del religioso genericamente inteso.

Il primo tipo, che potremmo definire **pubblicità comportamentale sensibile**, include la pubblicità comportamentale che fa uso di informazioni personali idonee a rivelare convinzioni religiose e filosofiche degli utenti interessati (dati sensibili).

Il secondo tipo include la pubblicità comportamentale che si basa sul trattamento di dati personali comuni non sensibili, ossia quella che potremmo definire **pubblicità comportamentale comune**.

All'interno di ciascuno dei due insiemi appena isolati si possono individuare due ulteriori sotto-insiemi, a seconda che il messaggio pubblicitario veicolato sia di carattere religioso, cioè sia finalizzato alla diffusione di un credo o di convinzioni etiche e provenga da formazioni sociali a carattere religioso, o sia viceversa di carattere commerciale.

In sintesi, si può pertanto schematicamente distinguere tra:

- pubblicità comportamentale *sensibile* a contenuto di proselitismo religioso;
- pubblicità comportamentale *sensibile* a contenuto commerciale;
- pubblicità comportamentale *comune* a contenuto di proselitismo religioso;
- pubblicità comportamentale *comune* a contenuto commerciale.

6 – La pubblicità comportamentale *sensibile* (a contenuto di proselitismo religioso e a contenuto commerciale)

Per esemplificare il concetto di pubblicità comportamentale *sensibile* si potrebbe immaginare, in via del tutto ipotetica, il caso di un sistema pubblicitario basato su *cookie* programmati per registrare l'eventuale frequentazione ripetuta di siti di interesse religioso (ad es. www.chiesacattolica.it, www.watchtower.org, www.uaar.it) o l'uso di parole chiave (ad es. "Cristo", "Geova", "ateismo") nelle ricerche o nei contenuti pubblicati on-line, al fine di elaborare un profilo specifico (ad es. utente cattolico, testimone di Geova, ateo) e veicolare pubblicità commerciale (ad es. vendita della Bibbia o del Corano on-line, magari in forma di *app* per



smartphone, o strumenti elettronici di preghiera³⁵, etc.), o di indirizzare messaggi di propaganda “ritagliati” su specifici destinatari dalle determinate convinzioni religiose (ad es. messaggi di proselitismo cattolico appositamente elaborati per rivolgersi a testimoni di Geova o ad atei).

Sulla pubblicità comportamentale *sensibile* si è già espresso il Gruppo Articolo 29 nel già citato parere n. 2/2010, chiarendo che: (i) l’uso di dati considerati sensibili ai sensi dell’articolo 8 della direttiva 95/46/CE, inclusi dunque anche quelli idonei a rivelare le convinzioni religiose, filosofiche o di altro genere, “ai fini della pubblicità comportamentale comporta gravi rischi per la riservatezza dei dati personali”; (ii) “il targeting degli interessati sulla base di informazioni sensibili può costituire un abuso”; (iii) si possono verificare “situazioni imbarazzanti [...] qualora gli interessati ricevano messaggi pubblicitari che rivelano” le loro preferenze religiose (o sessuali, o politiche); (iv) perciò “è opportuno scoraggiare l’offerta/l’utilizzo di categorie di interesse che rivelano dati sensibili” nell’ambito della pubblicità comportamentale³⁶.

Scoraggiare non equivale però a *proibire*.

Il Gruppo Articolo 29 aggiunge infatti che “se, ciò nonostante, i fornitori di reti pubblicitarie offrono e utilizzano categorie di interesse che rivelano informazioni sensibili, devono rispettare le disposizioni di cui all’articolo 8 della direttiva 95/46/CE”³⁷. A differenza dell’art. 8 della direttiva, però, gli artt. 23 e 26 del Codice privacy, come si è già visto, prevedono come condizioni di liceità per i trattamenti di dati personali sensibili l’autorizzazione del Garante e il consenso dell’interessato espresso in forma scritta.

Orbene, sembra innanzi tutto che il trattamento dei dati sensibili di carattere religioso per finalità di propaganda e proselitismo nei confronti dell’indiscriminato pubblico di utenti della rete non possa avvalersi dell’esenzione dai requisiti del consenso scritto e dell’autorizzazione del

³⁵ Tali categorie merceologiche sono oggi una realtà. A mero titolo informativo e senza riferimento all’oggetto specifico della presente analisi (cioè la pubblicità comportamentale) si segnala ad esempio l’esistenza di un rosario elettronico, in vendita online all’indirizzo <http://www.rosario-elettronico.it>, e di un’app per iPhone e iPad contenente più di duemila preghiere cattoliche, in vendita su iTunes (<http://itunes.apple.com/it/app/preghiere-2000+-preghiere/id307757516?mt=8>).

³⁶ GRUPPO DI LAVORO ARTICOLO 29 PER LA PROTEZIONE DEI DATI PERSONALI, *Parere 2/2010, cit.*, p. 22.

³⁷ GRUPPO DI LAVORO ARTICOLO 29 PER LA PROTEZIONE DEI DATI PERSONALI, *Parere 2/2010, cit.*, p. 22.



Garante prevista dall'art. 26, comma 3, lettera a), su cui si rinvia a quanto detto sopra, visto che tale disposizione concerne soltanto il trattamento di dati relativi a chi è già aderente alle confessioni religiose stesse o abbia già contatti regolari con le confessioni per finalità di natura esclusivamente religiosa.

Inoltre,

“dall'interpretazione della logica che sembra governare questa norma, si dovrebbe ritenere che l'esenzione sia limitata solo a quella tipologia di dati sensibili [...] che sia *strettamente funzionale* allo svolgimento degli *scopi istituzionali* di tali enti”³⁸

(i corsivi sono aggiunti). Per ragioni simili non sembra nemmeno applicabile l'esenzione dal requisito del consenso scritto prevista dall'art. 26, comma 4, lettera a) del Codice privacy, essendo proprio l'adesione dell'interessato all'associazione di carattere religioso la *ratio* di tale norma³⁹.

D'altro canto, deve ritenersi che nemmeno l'autorizzazione generale del Garante n. 3/2011 per il trattamento dei dati sensibili da parte degli organismi di tipo associativo e delle fondazioni possa applicarsi al trattamento di dati sensibili per scopi di proselitismo, dato che anch'essa concerne il trattamento dei dati di chi è già aderente, sostenitore, sottoscrittore, abbia presentato richiesta di ammissione o di adesione, abbia contatti regolari con la confessione, ricopra cariche sociali o onorifiche, sia beneficiario, assistito o fruitore delle attività o dei servizi prestati dall'associazione/confessione. Ne consegue che il trattamento dei dati di chi sia estraneo alla confessione (cioè il tipico destinatario di messaggi di propaganda e proselitismo) non possa rientrare nell'ambito di tale autorizzazione generale.

Identico discorso vale per la pubblicità comportamentale che usi dati sensibili di carattere religioso o filosofico per veicolare messaggi commerciali: tale pratica non sembra poter rientrare in nessuna delle autorizzazioni generali oggi in vigore⁴⁰, né ascrivere a fattispecie per cui la normativa vigente preveda esenzioni o regimi speciali.

³⁸ R(iccardo) IMPERIALI, R(osario) IMPERIALI, *Codice della privacy*, cit., p. 191.

³⁹ R(iccardo) IMPERIALI, R(osario) IMPERIALI, *Codice della privacy*, cit., pp. 191 s.: «il legislatore ha ritenuto che la motivazione che è alla base della adesione dell'aderente, comprende (di fatto) un'adesione al trattamento dei propri dati personali, ancorché sensibili, purché tali dati siano pertinenti agli scopi “determinati e legittimi individuati dall'atto costitutivo...”».

⁴⁰ Cfr. G. FINOCCHIARO, *Privacy e protezione dei dati personali*, cit., pp. 206 s.: «sono



Salvo dunque che il Garante emetta in futuro autorizzazioni generali o specifiche a riguardo, per la pubblicità comportamentale *sensibile*, sia essa a contenuto di proselitismo o a contenuto commerciale, proveniente da formazioni sociali a carattere religioso o da altri enti privati, sembra mancare, nella vigenza del Codice privacy, un'adeguata base di legittimità.

Ciò non significa tuttavia che la pubblicità comportamentale *sensibile* basata sul trattamento di dati idonei a rivelare preferenze religiose non possa essere praticata *di fatto*, oggi in Italia. Anzi, la natura tecnicamente complessa dello strumento e la scarsissima consapevolezza del problema diffusa tra la popolazione e persino tra molti esperti del settore fanno sì che gli eventuali trattamenti non conformi ai requisiti di legge risultino difficilmente individuabili e quindi sanzionabili, con grave rischio per i diritti fondamentali alla riservatezza e alla libertà religiosa dei cittadini.

La situazione sembra in ogni caso destinata a mutare nell'eventualità che il Regolamento entri in vigore in tutti gli Stati dell'Unione nella sua forma attuale, sostituendo la normativa oggi vigente. Come si è detto, infatti, tra i casi che legittimano il trattamento di dati sensibili previsti dall'art. 9 del Regolamento ne rilevano qui almeno due: quello di cui alla lettera a) del comma 2

- "[il paragrafo 1 non si applica quando] l'interessato ha dato il proprio consenso al trattamento di tali dati personali, alle condizioni di cui agli articoli 7 e 8, salvo i casi in cui il diritto dell'Unione o di uno Stato membro dispone che l'interessato non può revocare il divieto di cui al paragrafo 1" -

oggi vigenti le seguenti autorizzazioni, tutte in vigore sino al 31 dicembre 2012: 1/2011 per il trattamento dei dati sensibili nei rapporti di lavoro; 2/2011 per il trattamento dei dati idonei a rivelare lo stato di salute e la vita sessuale da parte di soggetti esercenti le professioni sanitarie; 3/2011 per il trattamento dei dati sensibili da parte degli organismi di tipo associativo e delle fondazioni; 4/2011 per il trattamento dei dati sensibili da parte dei liberi professionisti; 5/2011 per il trattamento dei dati sensibili da parte di "diverse categorie di titolari" (ad esempio, esercenti l'attività bancaria, creditizia, assicurativa, soggetti che operano nel settore turistico ed altre); 6/2011 per il trattamento dei dati sensibili da parte di investigatori privati; 7/2011 per il trattamento dei dati a carattere giudiziario da parte di privati, enti pubblici economici e soggetti pubblici; Alle autorizzazioni sopraelencate si aggiunge quella al trattamento dei dati genetici del 24 giugno 2011. Inoltre, in data 21 aprile 2011 sono state emanate due nuove autorizzazioni che [...] consentono il trattamento dei dati sensibili, nonché dei dati a carattere giudiziario nell'esercizio dell'attività [di mediazione civile e commerciale]".



e quello previsto dalla lettera e) del medesimo comma: “[il paragrafo 1 non si applica quando] il trattamento riguarda dati resi manifestamente pubblici dall’interessato”. Non risulta invece pertinente, per le ragioni già esposte, il caso previsto sotto la lettera d)⁴¹.

La prima ipotesi – cioè la richiesta del consenso all’utente interessato, in assenza di un esplicito divieto imposto da una fonte europea o nazionale – deve essere certamente valutata alla luce delle cautele suggerite dal Gruppo Articolo 29 (appena ricordate) e della normativa sui *cookie*; ma ciò non comporta l’impraticabilità giuridica della pubblicità comportamentale *sensibile*.

Infatti, se da un lato l’*opt-in* per l’installazione di *cookie* a fini pubblicitari rischia di comportare, come ampiamente spiegato più indietro nel paragrafo 2.2, un forte freno *di fatto* per il mercato dell’OBA (seppur controbilanciato, nel particolare caso dei dati sensibili, da esigenze di tutela dell’interessato assai pressanti), è pur vero che, dall’altro lato, il quadro normativo disegnato dal Regolamento stesso sembra rendere possibile una forma – pur cauta, regolamentata e palese – di pubblicità comportamentale *sensibile* sia a fini di proselitismo religioso che a fini commerciali, basata sul consenso dell’utente destinatario del messaggio. Qualora, infatti, l’utente presti un consenso esplicito, cioè manifesto⁴²,

⁴¹ “[Il paragrafo 1 non si applica quando] il trattamento è effettuato, nell’ambito delle sue legittime attività e con adeguate garanzie, da una fondazione, associazione o altro organismo senza scopo di lucro che persegue finalità politiche, filosofiche, religiose o sindacali, a condizione che il trattamento riguardi unicamente i membri, gli ex membri o le persone che hanno regolari contatti con la fondazione, l’associazione o l’organismo a motivo delle sue finalità e che i dati non siano comunicati a terzi senza il consenso dell’interessato” (i tondi sono aggiunti).

⁴² **GRUPPO DI LAVORO ARTICOLO 29 PER LA PROTEZIONE DEI DATI PERSONALI**, Parere 15/2011 sulla definizione di consenso, http://ec.europa.eu/justice/data-protection/article-29/documentation/opinion-recommendation/files/2011/wp187_it.pdf, pp. 29 s.: «L’articolo 8 della direttiva conferisce una protezione speciale a “categorie particolari di dati” che per loro natura sono considerati estremamente sensibili. [...] L’articolo 8, paragrafo 2, lettera a), stabilisce che il divieto non si applica se l’interessato ha dato il proprio consenso esplicito al trattamento. Nel linguaggio giuridico, l’espressione “consenso esplicito” (*explicit*) equivale all’espressione “consenso manifesto” (*express*). Essa cioè comprende tutte le situazioni in cui agli interessati è proposto di accettare o rifiutare un particolare utilizzo oppure l’oscuramento di informazioni personali che li riguardano ed essi rispondono attivamente a tale proposta, verbalmente o per iscritto. [...] Sebbene tradizionalmente il consenso esplicito sia manifestato in forma scritta, su carta o in formato elettronico, [...] la forma scritta non è indispensabile e, pertanto, il consenso può essere manifestato anche verbalmente. [...] Vero è, però, [...] che potrebbe essere difficile dimostrare a posteriori di aver effettivamente ottenuto un consenso verbale, per cui nella pratica si suggerisce ai responsabili del trattamento di ricorrere al consenso scritto a scopo probatorio».



nonché libero e informato al trattamento dei suoi dati sensibili tramite *cookie* per fini pubblicitari, non sembrano sussistere ostacoli di principio a una pubblicità basata su tale trattamento.

In un simile scenario, non ancora attuale ma ormai imminente, rimangono vive le preoccupazioni di cui parla il Gruppo Articolo 29 nel citato parere n. 2/2010 relative ai “gravi rischi per la riservatezza dei dati personali” e alle “situazioni imbarazzanti [...] qualora gli interessati ricevano messaggi pubblicitari che rivelano” le loro preferenze religiose. Ma qualora il legislatore europeo e italiano, in cerca delle soluzioni migliori per regolare e disinnescare i suddetti “gravi rischi”, si trovassero un giorno – sotto la vigenza del Regolamento – a valutare l’opportunità di proibire o meno la pubblicità comportamentale *sensibile*, non potranno non considerare che il proselitismo religioso, a differenza della pubblicità commerciale, gode di una sua specifica e particolarissima protezione costituzionale *ex art. 19 Cost.*

In altri termini, sia la pubblicità comportamentale *sensibile* a contenuto di proselitismo religioso che il diritto alla riservatezza dei propri dati personali idonei a rivelare convinzioni religiose e filosofiche trovano (almeno in parte) il medesimo fondamento costituzionale.

Il teorico contrasto (del tutto inedito) tra l’interesse dell’*advertiser* a propagandare la propria fede o convinzione e il diritto del potenziale destinatario del messaggio a tenere riservata la propria fede o convinzione sembra esigere un bilanciamento in gran parte interno all’art. 19 Cost.

Laddove, nella vigenza dell’attuale Codice privacy, tale bilanciamento di interessi è rinviato al Garante (la cui autorizzazione è richiesta per il trattamento dei dati sensibili, in aggiunta al consenso scritto dell’interessato), in base al Regolamento, il bilanciamento potrebbe essere garantito dal semplice consenso libero, espresso, informato e specifico dell’interessato.

Ne deriva che, entro i limiti in cui la pubblicità comportamentale *sensibile* a contenuto di proselitismo religioso non violi il diritto alla riservatezza e alla libertà religiosa del soggetto cui si rivolge (non infrangendo le norme stabilite dalle istituzioni europee sul trattamento dei dati sensibili e fondandosi sul consenso esplicito del destinatario stesso), l’uso di tale tipo di pubblicità – con la sua dinamica incisività e la sua pervasiva capacità di “cucirsi” addosso al “*target*” – può considerarsi l’espressione di un obiettivo avanzamento sul piano del libero esercizio del diritto fondamentale a fare propaganda della propria fede religiosa o delle proprie convinzioni etiche. Di modo che un successivo divieto per via legislativa dell’uso del tipo di pubblicità in questione potrebbe, di



contro, comportare un nuovo arretramento sul piano dell'effettiva tutela di tale libertà fondamentale.

A questo proposito, considerando che la pubblicità commerciale, secondo l'opinione di buona parte della dottrina e secondo la giurisprudenza della Corte di Cassazione⁴³, trova nell'art. 41 Cost. (libertà di iniziativa economica) il proprio unico referente costituzionale, e che tale libertà sembra incontrare limiti espressi più stringenti rispetto alla libertà di propaganda religiosa *ex art. 19 Cost.*, non sarebbe irragionevole immaginare un futuro regime "speciale" di garanzie e limiti per la pubblicità comportamentale *sensibile* a contenuto di proselitismo religioso, regime differenziato da quello previsto per la stessa tipologia di pubblicità a contenuto commerciale.

Diverso sembra invece essere il caso in cui la base di legittimità per la pubblicità comportamentale *sensibile* dovesse essere il fatto che l'interessato abbia reso i propri dati sensibili manifestamente pubblici, come prevede l'art. 9, comma 2, lettera *e*) del Regolamento. Spetterà, infatti, al Garante italiano delimitare i confini dell'espressione "manifestamente" al fine di garantire la tutela dei soggetti interessati da trattamenti che mettano a rischio i loro diritti fondamentali; nel frattempo basta rimarcare come, per il trattamento di tali dati, appaia comunque necessario verificare il rispetto degli articoli del Regolamento in tema d'informativa e consenso.

7 – La pubblicità comportamentale *comune* (a contenuto di proselitismo e a contenuto commerciale)

La forma, apparentemente più diffusa, di pubblicità comportamentale online è, tuttavia, quella che si fonda sul trattamento a fini pubblicitari di dati personali *comuni* (cioè non sensibili).

Per ciò che interessa quest'analisi si può esemplificare il concetto di pubblicità comportamentale *comune* immaginando un sistema pubblicitario basato su *cookie* programmati per registrare l'eventuale frequentazione ripetuta di siti di argomento vario e non sensibile (ad es. siti d'informazione sul degrado della periferia italiana, siti sul concetto di suicidio) o l'uso di parole chiave (ad es. "adozione a distanza",

⁴³ Cfr. CORTE DI CASSAZIONE, sez. I, 14 settembre 2004, n. 18431: la pubblicità commerciale "nulla ha a che vedere con la tutela della manifestazione del pensiero giacché la comunicazione commerciale in genere rientra nelle attività direttamente economiche tutelate dalla norma dell'art. 41 della Costituzione".



“disperazione”, “speranza”) nelle ricerche o nei contenuti pubblicati online, al fine di elaborare un profilo specifico dell’utente che consenta di veicolargli propaganda religiosa (ad es. pubblicità che invitano a devolvere l’8x1000 a una particolare confessione asseritamente impegnata a fronteggiare il degrado della periferia italiana, oppure forme di propaganda che presentino una specifica confessione o divinità come l’unica *speranza* in risposta alla *disperazione* o alla pulsione *suicida*) o comunicazioni commerciali (ad es. relative a testi sacri, immagini sacre, etc.).

Com’è stato, infatti, rilevato già da tempo,

“l’elaborazione elettronica permett[e] di aggregare un’infinità di informazioni apparentemente non rilevanti (neutre), ma dalla cui combinazione si possono desumere aspetti della personalità riconducibili nell’ambito dei dati sensibili”⁴⁴.

In tale ipotesi si ricadrebbe tuttavia in un caso di trattamento di dati diversi da quelli sensibili che presenta rischi specifici per i diritti e le libertà fondamentali dell’interessato, ex art. 17 del Codice privacy, con conseguente obbligo per il titolare di sottoporre il trattamento al c.d. *prior checking*, ovvero a una verifica preliminare da parte del Garante.

Fermi restando gli eventuali obblighi di *prior checking*, di notifica al Garante del trattamento volto alla “profilazione” degli interessati⁴⁵ e tutte le problematiche relative alla “*cookie law*” e ai requisiti di consenso informato che la normativa europea ha introdotto in relazione ai *cookie*, la pubblicità comportamentale *comune* costituisce oggi, in ogni caso, una realtà importante (e legittima) e continuerà presumibilmente a esserlo in futuro.

Ogni qualvolta questo tipo di pubblicità sarà veicolo di propaganda a carattere religioso, ed entrerà così in gioco un’esigenza di tutela riconducibile all’art. 19 Cost., non potrà, pertanto, escludersi che, in un bilanciamento con i rischi per la tutela della privacy dei destinatari della pubblicità stessa, sia l’esercizio “potenziato” della libertà di propaganda in ambito religioso dell’inserzionista a finire per prevalere.

⁴⁴ V. PIGNEDOLI, *Privacy e libertà religiosa*, cit., p. 88.

⁴⁵ Art. 37, comma 1, lettera d) del Codice privacy: “[Il titolare notifica al Garante il trattamento di dati personali cui intende procedere, solo se il trattamento riguarda:] dati trattati con l’ausilio di strumenti elettronici volti a definire il profilo o la personalità dell’interessato, o ad analizzare abitudini o scelte di consumo, ovvero a monitorare l’utilizzo di servizi di comunicazione elettronica con esclusione dei trattamenti tecnicamente indispensabili per fornire i servizi medesimi agli utenti”.



ABSTRACT

Il presente contributo si propone di evidenziare, anche alla luce della normativa italiana ed europea in materia di protezione dei dati personali, come le potenzialità comunicative e persuasive della c.d. pubblicità comportamentale on-line, se sfruttate per propagandare fedi o convinzioni di carattere religioso, possano consentire un formidabile balzo in avanti sul piano dell'esercizio effettivo delle libertà religiose garantite dall'art. 19 Cost., ma al tempo stesso rischino di innescare drammatici contrasti con la tutela d'interessi quali la riservatezza, la dignità umana e la stessa libertà religiosa dei cittadini/consumatori destinatari del messaggio.

Partendo da una definizione di pubblicità comportamentale on-line che tenga conto sia delle pratiche di mercato più diffuse che delle analisi di derivazione europea ad oggi disponibili, e dopo aver esaminato le ragioni per cui tale forma di comunicazione è soggetta alla normativa in tema di privacy e quali siano in concreto le principali norme applicabili in Italia, anche in una prospettiva *de jure condendo*, si passerà alla disamina del diritto applicabile alla tutela dei dati personali idonei a rivelare le convinzioni religiose e filosofiche per approdare, infine, ad alcune proposte sulle specifiche soluzioni normative applicabili alle varie possibili forme di interazione tra la pubblicità comportamentale on-line e il fattore religioso inteso in senso lato.