
Costituzionalismo, privacy e neurodiritti*

Oreste Pollicino

Abstract

Il saggio si propone di esaminare, da una prospettiva comparata e di diritto costituzionale, il complesso tema della tutela di una nuova dimensione, quella dei c.d. neurodiritti, nell'alveo delle consolidate categorie a protezione del diritto alla privacy, già sottoposte a importanti sollecitazioni dall'avvento delle tecnologie digitali.

The paper aims to explore, from a constitutional and comparative law standpoint, the problem of protecting the so called 'neuro-rights' by resorting to the well-established legal categories and concepts in the domain of privacy and data protection.

Sommario

1. Introduzione. – 2. La *rule of law* come terreno comune. – 3. La tutela della privacy attraverso l'Atlantico. – 4. Una visione di carattere costituzionale

Keywords

neurodiritti – privacy – protezione dei dati personali – identità personale - costituzionalismo digitale

1. Introduzione

Il tema che qui si affronta oggi è di fondamentale importanza nell'era dei *big data*¹. Queste tecniche di trattamento dei dati (anche personali) tendono, per definizione, a emanciparsi dalla questione legata alle singole identità. Come anche osservato da Shoshana Zuboff nel suo libro "Il capitalismo della sorveglianza", tale emancipazione avviene al di fuori del concetto di identità personale². Di conseguenza, la tutela dei

* Relazione al convegno organizzato dal Garante per la Protezione dei Dati Personali "Privacy e neurodiritti: la persona al tempo delle neuroscienze", tenutosi il 28 gennaio 2021. Gli atti del convegno saranno prossimamente oggetto di pubblicazione da parte del Garante.

Su determinazione della direzione, il contributo è stato sottoposto a referaggio anonimo in conformità all'art. 15 del regolamento della Rivista

¹ G. De Gregorio - R. Torino, *Privacy, tutela dei dati personali e Big Data*, in E. Tosi (a cura di), *Privacy Digitale*, Milano, 2019, 447 ss.; G. Della Morte, *Big data e protezione internazionale dei diritti umani. Regole e conflitti*, Napoli, 2018.

² S. Zuboff, *Il capitalismo della sorveglianza*, Roma, 2019.

dati personali, come poi tradotta nel regolamento (UE) 679/2016, anche noto come GDPR, viene posta all'angolo perdendo in parte quella capacità di assicurare forme di tutela che derivano dalla matrice personalistica del costituzionalismo europeo. Una matrice che è croce e delizia.

La domanda per il giurista è quale sentinella notturna può opporsi a quell'intrusione del "ladro nella notte" prima evocato dal prof. Marramao. E la risposta non può che essere biunivoca, perché il dilemma che si deve affrontare è quello relativo alla elaborazione di nuovi diritti per nuove istanze di tutela o, invece, alla possibilità che i cataloghi dei diritti preesistenti siano in grado invece di fornire una tutela effettiva a queste nuove istanze.

Non si tratta di una questione formale né nominalistica, ma di una portata sostanziale che è relativa al tema cruciale dell'effettività della tutela dei diritti in gioco nell'era digitale. In particolare, il rischio è quello della possibile inflazione dei diritti, perché non è neutrale aggiungere un nuovo o nuovi diritti al catalogo. Tale inflazione, amplificando la conflittualità potenziale tra i diversi diritti in gioco, potrebbe portare non ad un avanzamento della tutela, ma addirittura a una diminuzione della stessa.

Da questo punto di vista, un'altra questione interessante proviene dalle riflessioni precedenti di Marcello Ienca, che osserva come diverse sfide assai istruttive ai nostri fini si erano già poste per la prima volta all'indomani della diffusione della dimensione digitale. Rispetto a quelle lezioni, le questioni legate al rapporto tra costituzionalismo, privacy e neurodiritti vanno valutate con le sensibilità e con le caratteristiche tipiche dei due modelli costituzionali a confronto in prospettiva transatlantica, cioè quello europeo e quello statunitense.

2. La rule of law come terreno comune

Prima di focalizzarsi su queste due sponde, sembra opportuno sottolineare un primo terreno comune, in particolare, quello legato alla *rule of law*, allo stato di diritto³. Sul punto è possibile citare un passaggio di un articolo del Presidente della Corte europea dei diritti dell'uomo, Robert Spano, recentemente pubblicato sull'*European Law Journal*: «Io direi che alla base della *rule of law* vi è il rispetto dell'autonomia personale e l'esclusione dell'arbitrio da parte dei governi e dei poteri, sia pubblici che privati»⁴. Da questo emerge che il concetto dell'autonomia personale è il terreno di incontro tra le due sponde.

In un contesto sempre più digitale, il principio di *rule of law* è sotto pressione⁵. Lo sviluppo di nuovi metodi di trattamento dei dati personali che si traduce nella creazione di profili predittivi è solo un esempio di come valori e principi costituzionali

³ M. Krygier, *The Rule of Law: Legality, Teleology, Sociology*, in G. Palombella - N. Walker (a cura di), *Relocating the Rule of Law*, Oxford, 2009, 45 ss.; J. Waldron, *The Concept and the Rule of Law*, in *Georgia Law Review*, 43(1), 2008, 1 ss.

⁴ R. Spano, *The rule of law as the lodestar of the European Convention on Human Rights: The Strasbourg Court and the independence of the judiciary*, in *European Law Journal*, 2021.

⁵ O. Pollicino - G. De Gregorio, *Constitutional Democracy in the Age of Algorithms: The Implications of Digital Private Powers on the Rule of Law in Times of Pandemics*, IACL Democracy Roundtable, 2020.

vengono percepiti, interpretati e modellati nella c.d. società dell'informazione⁶. Lo stato di diritto non è stato risparmiato in questo processo di inquadratura delle categorie tradizionali alla luce delle dinamiche tecnologiche. La tecnologia costituisce infatti anche un'opportunità per promuovere il principio della *rule of law*, poiché può fornire migliori sistemi di applicazione delle politiche pubbliche nonché un chiaro e un quadro affidabile che compensi le inefficienze che di fatto minano la certezza del diritto. In questo quadro tra innovazione e rischio, la domanda da porsi è se le tecnologie digitali incoraggino l'esercizio di poteri arbitrari che possano comprimere quell'autonomia personale alla base dello stato di diritto. Il rispetto di tale principio è una precondizione per garantire la parità di trattamento davanti alla legge, tutelando i diritti fondamentali, prevenire l'abuso di potere da parte delle autorità pubbliche e ritenere responsabili gli organi decisionali. Pertanto, il principio di *rule of law* è un baluardo costituzionale che limita l'esercizio delle autorità al di fuori di qualsiasi limite costituzionale e garantisce che questi limiti rispondano a uno schema costituzionale comune. Nella società dell'informazione, questo principio è una garanzia primaria per garantire che, quando gli attori pubblici utilizzano tecnologie digitali, ad esempio, per fornire servizi più efficienti o migliorare lo svolgimento di compiti pubblici, l'esercizio di queste attività non sia discrezionale, ma basato su regole chiare e proporzionate. Allo stesso tempo, la mancanza di esperienza delle autorità pubbliche e il consolidamento dei *gatekeeper online* hanno spinto il settore pubblico a fare sempre più affidamento su attori privati per garantire l'applicazione delle politiche pubbliche online⁷. La pandemia non solo ha amplificato le sfide tecnologiche come nel caso del tracciamento dei contatti, ma ha anche mostrato il ruolo degli attori privati nell'agire come *digital utilities*. Facebook, Amazon e Zoom sono solo tre esempi di attori che hanno permesso lo svolgimento di attività quotidiane durante la pandemia.

Tuttavia, in mancanza di regolamentazione o applicazione orizzontale dei valori costituzionali, il principio dello stato di diritto non limita la libertà di cui godono gli enti privati nello svolgimento delle loro attività, compreso il diritto alla libertà di espressione o alla libertà economica. In un ambiente digitale globale, le minacce per il principio dello stato di diritto non provengono solo dall'attuazione di tecnologie digitali da parte di attori pubblici, ma anche, e principalmente, dalla capacità degli attori privati transnazionali di sviluppare e applicare standard privati in concorrenza con valori pubblici. Detto questo, è evidente che la questione si pone in maniera diversa negli Stati Uniti e in Europa, perché la dimensione sacrale del Primo Emendamento della Costituzione americana chiaramente caratterizza dal punto di vista assiologico il dibattito transatlantico. Secondo la visione statunitense, la libertà di espressione è interpretata come *cognitive freedom* e protetta (quasi) a livello assoluto. Questo approccio nasconde un grande rischio di partire dal presupposto sbagliato per cui il pensiero sarebbe "invincibile" fin quanto resta tale e soltanto quando questo viene estrinsecato allora meriterebbe di

⁶ A. Simoncini, *L'algoritmo incostituzionale. intelligenza artificiale e il futuro delle libertà*, in *BioLaw Journal*, 1, 2019, 63 ss.

⁷ J. R. Reidenberg, *States and Internet Enforcement*, in *U. Ottawa L. & Tech. J.*, 1, 2003, 213 ss.; M. D. Birnhack - N. Elkin-Koren, *The Invisible Handshake: The Reemergence of the State in the Digital Environment*, in *Virginia Journal of Law & Technology*, 8, 2003, 1 ss.

essere anche tutelato. Si tratta di un presupposto sbagliato, per l'appunto.

L'anticipazione della tutela è quindi fondamentale in questo contesto. Come affermato dal Presidente dell'Autorità Garante, il professor Pasquale Stanzione, presto la tutela delle nostre libertà fondamentali potrebbe richiedere non solo un *habeas corpus* (il fondamento dello stato di diritto) e un *habeas data* (fondamento della nozione moderna di privacy) ma anche un *habeas mentem* a fondamento delle libertà individuali e dei diritti della persona in un mondo in cui sfumano i confini tra uomini e macchine.

La buona notizia è che le fondamenta giuridiche dei neurodiritti potrebbero essere già presenti (quasi profeticamente) nelle Carte esistenti. Certo, una prima lettura di tali Carte, accompagnata da un'interpretazione letterale, potrebbe farci pensare al contrario. Il riferimento alla tutela è quasi sempre collegato al momento dell'espressione del pensiero. Il che potrebbe fare presumere, e sarebbe una presunzione errata, che il pensiero in sé, inespresso, avrebbe uno scudo di invincibilità, e quindi non necessiterebbe di tutela costituzionale. Si tratterebbe di una lettura errata che decontestualizza il testo (costituzionale) dal contesto sia storico che tecnologico.

Risulta evidente, infatti, che i *framers* delle carte di prima, seconda e terza generazione non potessero prevedere espressamente ciò che era tecnologicamente imprevedibile. Vale a dire, come si è cercato di fare emergere prima, anche il pensiero non espresso né sussurrato può rappresentare uno spazio potenzialmente a repentaglio e quindi bisognoso di una protezione di carattere costituzionale. Il fatto, tuttavia, di non avere previsto espressamente detta protezione non vuol dire che sia esclusa. Al contrario, una interpretazione evolutiva e tecnologicamente orientata del giudice, non solo costituzionale, sembra in grado, sin da subito, di garantire una tutela effettiva all'*habeas mentem*. Anche perché, come già sottolineato, nuove Carte, e nuovi diritti, non portano per forza di cose ad un innalzamento della tutela dei valori al gioco. Al contrario, l'inflazione dei diritti non può che portare al conflitto e quindi all'effetto esattamente contrario.

3. La tutela della privacy attraverso l'Atlantico

Già a proposito di tecnologie non di carattere neurale ci sono stati degli insegnamenti e delle lezioni da trarre. Brandeis e Warren facevano riferimento a quella *peace of mind*, ossia quella dimensione emotiva che è esattamente la prima pietra angolare della privacy⁸, prima che quarant'anni fa – come ricordava il Presidente Stanzione – si passasse da quella dimensione statica del diritto a essere lasciato solo a quella dimensione dinamica del controllo dei dati. È lì che atterra in Europa la *data protection*, nel 1981.

Ma già prima, a cominciare dal 1950 e dall'art. 8 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo, è quel diritto a essere lasciato solo che include una dimensione emotiva e non solo fisica. Questo emerge anche quando si guarda al contesto statunitense nel caso *Olmstead*⁹, in una delle più importanti opinioni dissenzienti del giudice Brandeis quando precisava che, seppur la conversazione telefonica nel caso in questione era

⁸ S. D. Warren - L. D. Brandeis, *The right to privacy*, in *Harvard Law Review*, 4, 1890, 193 ss.

⁹ *Olmstead v. United States*, 277 U.S. 438 (1928).

stata intercettata con strumenti tecnologici che sono posti all'esterno dell'abitazione, il quarto emendamento tutela l'individuo dalle interferenze del potere pubblico. Qui si può leggere il riferimento ad Hart, più precisamente al dilemma tra punto di vista esterno e interno, perché evidentemente la maggioranza della Corte Suprema aveva un punto di vista esterno alla tecnologia e quindi evidentemente non poteva considerare che quel tipo di interferenza riguardasse il diritto alla privacy. Invece Brandeis propone un punto di vista interno alla tecnologia, per cui quelle conversazioni *that are only whispered* meritano comunque di essere tutelate. Ebbene quel sussurro oggi è anticipato rispetto al semplice silenzio, attraverso la lettura di possibili proiezioni mentali.

Se è vero che la pietra miliare per la ricostruzione della nascita ed evoluzione della tutela della privacy e dei dati personali è la teorizzazione americana di Warren e Brandeis, è anche vero che, rispetto all'ordinamento giuridico statunitense, in Europa, la protezione dei dati personali e la privacy digitale hanno acquisito lo status di diritti fondamentali. In realtà, questi diritti assumono una natura super fondamentale, che sembra non trovare alcun limite nella dimensione territoriale dell'UE e nel processo di bilanciamento tra diritti fondamentali.

Quando invece si sposta l'attenzione sull'Europa e la sua sensibilità, come è stato detto sottolineato dal Presidente Stanzione, il primo emendamento del costituzionalismo europeo è, prima ancora che la privacy¹⁰, la dignità dell'uomo che evidentemente trova il suo fondamento in quella prima sentenza della Corte costituzionale tedesca del 1983¹¹, nella quale si identifica la tutela dell'autodeterminazione informativa in due articoli della Costituzione tedesca: l'art. 1, dignità, e l'art. 2, i diritti della personalità. Il diritto al libero sviluppo della propria personalità come riflesso del primo emendamento europeo, cioè dignità, e privacy, caratterizza tutto il sistema europeo. L'attenzione merita di essere posta non solo sull'art. 3 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, o sugli artt. 7 e 8, ma su un articolo che è al di là di qualsiasi sospetto tecnologico, cioè l'art. 8 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo, che parla di rispetto della vita privata, e che, come già sottolineato, non poteva prevedere l'evoluzione positiva del diritto alla privacy quando ancora i primi database non erano stati sviluppati in Europa.

Questa evoluzione è iniziata nella seconda metà del XX secolo nel sistema della Convenzione europea dei diritti dell'uomo, quando il diritto alla privacy è stato codificato considerandolo come una sorta di *habeas corpus* riguardante le proiezioni spaziali e relazionali di una persona. Come negli Stati Uniti, anche nel quadro costituzionale europeo il riconoscimento e la codificazione del diritto alla privacy sono stati originariamente pensati lungo la linea "negativa", cioè il riconoscimento del diritto al rispetto della propria vita privata, tuttavia nei decenni successivi questo proprio ha subito una profonda trasformazione. Anzi, soprattutto a causa di un'accelerazione della tecnologia, una dimensione "positiva" del diritto alla protezione dei dati personali ha arricchito la dimensione "negativa", tipica del diritto alla privacy. Questo allargamento alla protezione dei dati personali ha segnato un'espansione di un diritto inizialmente

¹⁰ B. Petkova, *Privacy as Europe's first Amendment*, in *European Law Journal*, 25, 2019, 140 ss.

¹¹ Decisione della Corte costituzionale federale tedesca del 15 dicembre 1983, 1 BvR 209, 269, 362, 420, 440, 484/83.

limitato al concetto “tradizionale” di privacy. In questo scenario, è stato importante il ruolo svolto dalla Corte europea dei diritti dell’uomo che ha affrontato alcuni cambiamenti tecnologici e le sfide del trattamento dei dati online.

In questo contesto, le istituzioni dell’allora Comunità Europea furono più lente nel codificare un diritto alla protezione dei dati o alla privacy digitale, a causa della loro originale ispirazione economica. Per molto tempo, nell’ordinamento dell’Unione europea, i diritti individuali sono stati riconosciuti quasi esclusivamente al fine di garantire le libertà economiche fondamentali: di conseguenza, in questo contesto, era difficile fare della protezione dei dati personali una questione che potesse catturare l’attenzione delle istituzioni europee per il suo impatto diretto su alcuni diritti fondamentali.

Il punto di rottura è stata la direttiva 95/46/CE, anche se a ispirarla è stata una dimensione economica. La direttiva è stato il primo strumento giuridico nel sistema giuridico dell’UE che ha promosso l’armonizzazione a livello dell’UE delle norme sulla privacy e sulla protezione dei dati e ha stabilito sia alcuni principi generali, sia alcune regole speciali basate su trattamenti particolari. In questo scenario, il diritto fondamentale embrionale alla protezione dei dati personali e alla privacy digitale ha iniziato ad acquisire una declinazione concreta.

In realtà, il riconoscimento e la “costituzionalizzazione” di questo diritto erano strettamente connessi all’evoluzione dell’identità dell’Unione. E, forse, questo è stato un motivo in più per la creazione e il consolidamento di questo diritto super fondamentale. Il diritto alla protezione dei dati personali e della privacy digitale è stato finalmente codificato nella Carta dei diritti fondamentali e sancito dall’art. 16 del Trattato sul funzionamento dell’Unione europea che fornisce la base giuridica per l’adozione di un nuovo quadro normativo per il trattamento dei dati personali, rientrante nell’ambito di applicazione del diritto europeo. Nello specifico, la Carta dei diritti fondamentali dedica due disposizioni in materia, rispettivamente l’art. 7, relativo al rispetto della vita privata e familiare, e l’art. 8, relativo alla protezione dei dati personali.

Risulta quindi chiaro che il diritto alla privacy progettato da Warren e Brandeis come il diritto di essere lasciati soli ha vissuto un processo di migrazione dagli Stati Uniti all’Europa, acquisendo progressivamente una dimensione che non protegge esclusivamente l’aspettativa di privacy dell’individuo ma che vede nella definizione di un sistema di principi e regole per la protezione dei dati un ulteriore momento essenziale per tutelare la personalità. Tuttavia, questa migrazione è stata preceduta da una giurisprudenza molto pervasiva della Corte di giustizia europea orientata ad applicare la visione europea del diritto alla privacy digitale¹².

Guardando al punto di vista della Corte europea dei diritti dell’uomo, è possibile osservare il passaggio dalla privacy all’autonomia personale. Senza passare in rassegna la giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell’uomo, è possibile fare almeno un riferimento alla sentenza a *Tysiac v. Poland* del 2007¹³. In questo caso, la Corte sottolinea che il concetto di vita privata va interpretato in maniera estensiva e abbraccia

¹² O. Pollicino - M. Bassini, *Bridge is Down, Data Truck Can’t Get Through . . . A Critical View of the Schrems Judgment in The Context of European Constitutionalism*, in *The Global Community - Yearbook of International Law and Jurisprudence*, 2017, 245 ss.

¹³ CEDU, *Tysiac v. Poland*, ric. 5410/03 (2007).

anche aspetti dell'identità sociale, fisica e mentale del soggetto, e quindi l'autonomia personale e l'integrità psicologica. In questo caso emerge un parametro costituzionale di riferimento di natura evolutiva. Tuttavia, tale approccio trova il suo limite nella concettualizzazione giurisprudenziale del fenomeno ossia quel *case-by-case* che dal punto di vista della certezza del diritto necessita di essere compensato attraverso il processo politico, innanzitutto, e rinforzato dai decisori tecnici.

Di conseguenza la domanda che qui emerge è se l'art. 8 della Convenzione europea è un approdo sicuro, o se bisogna riflettere su nuovi diritti, andando quindi verso una codificazione neurotecnologica, che poi segue la stessa impostazione della codificazione della Dichiarazione dei diritti e dei doveri su Internet. Questa esigenza di nuova codificazione sembra far emergere la paura di confrontarsi invece con un dato giuridico che in Europa è già sufficiente per poter cercare di far fronte alle esigenze di tutela.

4. Una visione di carattere costituzionale

Sembra quindi opportuno concentrarsi sulla necessità di una rigenerazione semantica delle carte esistenti, a cominciare dalla Convenzione europea che di fatto trova applicazione proprio in questo contesto, per non menzionare poi l'esempio della Corte di giustizia che applica gli artt. 7 e 8 della Carta a nuovi diritti, come per esempio il diritto a essere dimenticato. Quel *right to be forgotten*, in realtà, non è che una declinazione dei diritti esistenti. Si può quindi fare affidamento su alcune lezioni per quanto riguarda la dimensione digitale che possono essere fatte proprio in questo contesto.

A questo punto, occorre sottolineare alcuni punti. Il primo attiene al livello dell'intervento. Da un punto di vista costituzionale non sembra necessario intervenire con nuove carte, ma intercettare assiologicamente quell'anticipazione della tutela già menzionata, che è già insita nei parametri costituzionali esistenti. Dal punto di vista invece della legislazione secondaria, evitando l'inflazione di carte e di corti, bisognerebbe intervenire su una regolamentazione più specifica, ad esempio, l'art. 22 del GDPR per quanto riguarda la decisione algoritmica. Ebbene, quel tipo di normativa svolge un ruolo importante perché fornisce un tipo di base giuridica specifica in grado di affrontare le sfide del presente ma anche quelle che si porranno per via dello sviluppo tecnologico.

Il secondo punto fondamentale è legato ad un altro possibile terreno comune. La domanda è se, oltre l'autonomia individuale, ci sia un secondo possibile ponte di interconnessione tra le due visioni in contrasto, prima evocate, tra i due "Primi Emendamenti" del costituzionalismo transatlantico, la libertà di espressione da una parte e la privacy (e dignità) dall'altro. La risposta sembra essere positiva. Si tratta del terreno procedimentale che viene chiamato *digital due process*, e che qui potrebbe essere interpretato come *neuro due process*, ossia quella serie di regole che fanno sì che l'interazione tra utente e algoritmo sia rafforzata. Questa tutela è già esistente quando si guarda all'art. 6 della Convenzione europea non verticalmente, ma orizzontalmente, visto lo spostamento nella geometria del potere, non più potere esclusivamente verticale, ma un potere che ha dimensione orizzontale. Quindi l'applicazione orizzontale dei diritti

rileva non soltanto per i diritti sostanziali ma anche per i diritti di matrice procedimentale e il Digital Services Act è proprio un esempio di questo terreno comune da un punto di vista procedimentale può accorciare le distanze delle due sponde dell'Atlantico.

Una terza riflessione attiene invece alla dimensione consumeristica di queste nuove tecnologie. Come precisava Rodotà: «L'indisponibilità dei diritti in questione - qui parliamo di diritti inviolabili - deve essere riferita allo scambio mercantile, non alle attività e alle scelte che attengono al legame sociale». A questo punto occorre domandarsi qual è il *discrimen* ossia qual è la sottile linea rossa in questo contesto tra dimensione sociale e dimensione consumeristica. Sul punto un'altra lezione che si può provare a far propria rispetto agli errori che si sono fatti nella dimensione digitale è legata all'evitare qualsiasi tipo di tentazione relativa alla monetizzazione del neurodato. La monetizzazione del dato nella *digital privacy* è in qualche modo stata forzata dal fatto che quel tipo di illusione che c'è stata in Europa nel '95, cioè l'assoluto controllo dell'utente sui propri dati, si è reputata appunto un'illusione, una promessa non mantenuta. Se non si può avere un controllo assoluto, allora la contropartita è stata la monetizzazione dei dati in una dimensione pragmatica che possa in qualche modo far emergere una gratificazione. Questo tipo di discorso costituisce un punto di non ritorno rispetto al quale bisogna mantenere salde invece le radici del costituzionalismo europeo dei diritti indisponibili contro qualsiasi tentazione consumeristica.

Il terzo punto fondamentale è legato al concetto di autodeterminazione che si declina dal punto di vista del controllo dei dati. Di nuovo è molto importante evitare quello che potrebbe essere invece un tentativo di operare un compromesso tra l'idea di controllo e l'idea invece di consenso come ponte tra le scelte personali e l'ambiente circostante. Come sottolineato da Giorgio Resta, «Attenzione alla delicatezza del consenso perché il ponte tra le scelte personali e l'ambiente circostanti è però infido, perché il problema cruciale sta nel fatto che tale comunicazione non è mai unidirezionale, ma bidirezionale; nel momento in cui opera come dispositivo di regolazione in uscita, il consenso contestualmente apre la sfera soggettiva a tutte le sollecitazioni provenienti dal contesto e segnatamente a quelle del mercato». Questo tipo di doppia proiezione, in entrata e in uscita, è uno dei pericoli in questo momento più rilevanti che vanno affrontati.

A questo punto, occorre concentrarsi sul quarto punto e, in particolare, sull'inflazione di diritti, il conflitto tra diritti, il bilanciamento e le nuove carte. L'ultima lezione che può essere colta dall'esperienza del digitale attiene al ruolo che le corti hanno avuto nell'*enforcement* della *digital privacy* in Europa, da *Google Spain* a *Schrems*. Quel tipo di attivismo ha fatto sì che si siano riscritte alcune regole, che poi sono state codificate dal GDPR. Questo tipo di meccanismo va assolutamente evitato in questo campo. Predieri nel '97, riferendosi alle autorità indipendenti¹⁴, metteva in luce il passo indietro della politica e dell'avanzamento della tecnica. Quando parlava di fare un passo indietro della politica, il riferimento era diretto anche alla politica giudiziaria. In altre parole, bisogna fare attenzione all'*enforcement*, o dal punto di vista del processo politico o dal punto di vista del processo giudiziario, perché la dimensione giudiziaria europea

¹⁴ A. Predieri, *L'eromper delle autorità amministrative indipendenti*, Firenze, 1997

ha prodotto non solo una frammentazione ma anche un nocumento alla certezza del diritto mettendo da parte quello che la stessa Corte di giustizia in *Schrems* fa emergere chiaramente, cioè l'importanza delle Autorità garanti come decisori decentrati di diritto dell'Unione Europea che riscoprono la questione tecnica e la facciano emergere in maniera che possa avere da una parte certezza del diritto e dall'altra parte un'interlocazione anche alternativa rispetto al singolo giudice del singolo foro.

Occorre quindi prendere atto che la stagione del liberismo tecnologico degli ultimi vent'anni è in qualche modo fallita e insieme a questa la delega in bianco alle piattaforme della possibilità di farsi arbitri dei conflitti tra diritti. Questa è chiaramente un'epoca tramontata. Occorre quindi chiedersi quale sta per iniziare, ossia quella del neurocapitalismo digitale. Sul punto, il potere pubblico e dei decisori tecnici svolge un ruolo importante di guida dell'*enforcement* anche con il fine di riprendersi quel ruolo paracostituzionale che non può essere più minimamente delegato alle piattaforme e ai poteri digitali.

È stato fatto questo errore nella stagione del digitale, sarebbe da evitare in quella delle neuroscienze.