STUDI PER
LE SCIENZE
POLITICHE

9

I PROBLEMI DELL' INFORMAZIONE NEL DIRITTO CIVILE, OGGI

STUDI IN ONORE DI VINCENZO CUFFARO

a cura di
MASSIMO D'AURIA

RomaTrE-Press
2022

Università degli Studi Roma Tre
Dipartimento di Scienze Politiche

Nella stessa Collana

1. F. Antonelli (a cura di), *Working Papers in Terrorism Studies: the Present and the Future of Violent Radicalisation in Europe,* 2019

2. V. Cuffaro (a cura di), *Obsolescenza e caducità delle leggi civili,* 2019

3. C. Di Maio, R. Torino (a cura di), *Imprenditori senza frontiere. Le migrazioni come fattore di sviluppo*, 2020

4. C. Carletti, M. Pagliuca, *Parità ed* empowerment *di genere. Strumenti giuridici, programmi e politiche internazionali, regionali e nazionali*, 2020

5. A. D'Alessandri, R. Dinu (a cura di), *Il Sud-est europeo e le Grandi potenze. Questioni nazionali e ambizioni egemoniche dopo il Congresso di Berlino*, 2020

6. G. Santangeli Valenzani, Great Times Down South. *Promozione turistica nel* deep south *statunitense (1976-1981)*, 2020

7. D. Memmi, *La rivincita della carne. Saggio sui nuovi supporti dell'identità*, 2021

8. L. Fotia (a cura di), *Discorso d'odio e politiche dell'odio tra passato e presente*, 2022

Dipartimento di
Scienze Politiche
Università degli Studi Roma Tre

Università degli Studi Roma Tre
Dipartimento di Scienze Politiche

STUDI PER
LE SCIENZE
POLITICHE

9

I PROBLEMI DELL'INFORMAZIONE NEL DIRITTO CIVILE, OGGI

STUDI IN ONORE
DI VINCENZO CUFFARO

a cura di
Massimo D'Auria

Roma TrE-Press
2022

La Collana editoriale "Studi per le Scienze Politiche" ('Collana Discipol') è stata istituita con lo scopo di valorizzare le attività di studio e ricerca che caratterizzano le aree scientifiche afferenti al Dipartimento di Scienze Politiche. Con questa Collana si intende, inoltre, condividere e sostenere scientificamente il progetto di Roma Tr*E-Press*, che si propone di promuovere la cultura incentivando la ricerca e diffondendo la conoscenza mediante l'uso del formato digitale in *open access*.

Direzione della Collana:
Emilia Fiandra

Comitato scientifico della Collana:
Francesco Antonelli, Università degli Studi Roma Tre; Jean Bernard Auby, Sciences Po, Paris; Giorgio Caravale, Università degli Studi Roma Tre; Lilia Cavallari, Università degli Studi Roma Tre; Francesca Di Lascio, Università degli Studi Roma Tre; Don H. Doyle, University of South Carolina; Emilia Fiandra, Università degli Studi Roma Tre; Daniele Fiorentino, Università degli Studi Roma Tre; Marc Lazar, Sciences Po, Paris; Cosimo Magazzino, Università degli Studi Roma Tre; Renato Moro, Università degli Studi Roma Tre; Leopoldo Nuti, Università degli Studi Roma Tre; Barbara Pisciotta, Università degli Studi Roma Tre ; Cecilia Reynaud, Università degli Studi Roma Tre; Massimo Siclari, Università degli Studi Roma Tre; Raffaele Torino, Università degli Studi Roma Tre.

Collana pubblicata nel rispetto del Codice etico adottato dal Dipartimento di Scienze Politiche dell'Università degli Studi Roma Tre, in data 15 aprile 2020.

Coordinamento editoriale:
Gruppo di Lavoro *Roma TrE-Press*

Elaborazione grafica della copertina: MOSQUITO. mosquitoroma.it

Caratteri tipografici utilizzati:
CeraBasic (copertina e frontespizio)
Adobe Garamond Pro (testo)

Impaginazione e cura editoriale: Colitti-Roma colitti.it

Edizioni: Roma TrE-Press ©
Roma, dicembre 2022
ISBN: 979-12-5977-129-2

http://romatrepress.uniroma3.it

Quest'opera è assoggettata alla disciplina *Creative Commons attribution 4.0 International License* (CC BY-NC-ND 4.0) che impone l'attribuzione della paternità dell'opera, proibisce di alterarla, trasformarla o usarla per produrre un'altra opera, e ne esclude l'uso per ricavarne un profitto commerciale.

L'attività della *Roma TrE-Press* è svolta nell'ambito della
Fondazione Roma Tre-Education, piazza della Repubblica 10, 00185 Roma

Indice

Massimo D'Auria, *Presentazione* 11

Angelo Barba, *"La sera andavamo in Via del Seminario"* 15

Profili generali

Guido Alpa, *La "proprietà" dei dati personali* 21

Carlo Colapietro, *Libera manifestazione del pensiero,* fake news *e* privacy*, oggi* 41

Aurelio Gentili, *Fine del diritto dell'informazione?* 57

Andrea Zoppini, *L'informazione come bene* 69

Massimo Foglia, *Note sul diritto all'informazione nell'era di Internet* 79

Informazione e contratto

Francesco Macario, *Gli obblighi d'informazione nel contratto* 99

Claudio Scognamiglio, *La responsabilità da informazioni inesatte* 115

Daniela Valentino, *Il contraente debole tra informazione e responsabilità* 129

Stefano Cherti, *"Informazione pubblicitaria e responsabilità* ex contractu*: il caso delle garanzie commerciali nella vendita di beni di consumo* 135

Enrico Minervini, *Note brevi sull'art. 35 c. cons.* 153

Emanuela Morotti, *Il difficile equilibrio tra diritto di informazione e il suo contrario: confini, responsabilità e tutela del silenzio nell'attività contrattuale* 163

Maria Luisa Gambini, *Riflessioni sul ruolo del contratto nell'accesso all'informazione digitale* 175

Francesco Longobucco, *Doveri informativi e neoformalismo negoziale nel contratto* on-chain*: dalla figura del giurista tradizionale alle nuove frontiere del* legal engineering 201

Andrea Nervi, *Informazione e contratto in ambito bancario e finanziario. Un itinerario ancora* in fieri *nell'esperienza italiana* 215

Claudia Giustolisi, *Brevi note in tema di* Shadow Banking system *e tutela dell'investitore: il problema dell'informazione* 233

Roberto Bocchini, *La concessione abusiva del credito nell'epoca post pandemica: modello predittivo o impegno umano?* 255

Gaetano Di Martino, *Mercati e consumatori digitali: brevi riflessioni su responsabilità e rimedi per informazioni errate o inadeguate* 289

Informazione e dati personali

Vincenzo Ricciuto, *Il trattamento dei dati personali come nuovo fenomeno patrimoniale* 323

Francesco Antonio Genovese, *Il trattamento dei dati personali su base consensuale. Ricognizioni giurisprudenziali di legittimità* 353

Paolo Gallo, Big data *e diritto allo sfruttamento economico dei dati personali* 375

Francesco Sangermano, *Informazione, riservatezza e dati personali. Una dialettica da ricomporre nell'unitarietà del valore della persona umana* 385

Emilio Tosi, *Tutela della persona nella società digitale e responsabilità oggettive per illecito trattamento dei dati personali* 401

Fausto Caggia, *Cessione di dati personali per accedere al servizio digitale gratuito: il modello del "consenso rafforzato"* 417

Fabio Bravo, *«Destinatario» dell'informazione e trattamento dei dati personali nell'evoluzione dell'ordinamento europeo* 431

Giuseppe Versaci, *Consenso al trattamento dei dati personali e* dark patterns *tra opzionalità e condizionalità* 455

Carmine Lazzaro, *Le colonne d'Ercole dell'informazione: l'oblio come limite invalicabile tra storia e diritto* 475

Fabio Balducci Romano, *Il diritto di proporre reclamo: aspetti sostanziali e procedurali di uno strumento di tutela multilivello* 489

Informazione e minori

Tiziana Montecchiari, *Dimensione civilistica del diritto all'informazione nell'era contemporanea e tutela dei minori* 507

Giuseppe Citarella, Angelo Venchiarutti, *Diritti della personalità del minore e tutele nella rete internet* 527

Ettore Battelli, *Privacy e minori: l'inadeguatezza del c.d. consenso digitale* 543

Benedetta Agostinelli, *Informazione e minori: una lettura integrata per una tutela uniforme* 563

Marco Rizzuti, *Informazione genetica e diritto delle relazioni familiari: vicissitudini del* favor veritatis 581

I problemi dell'informazione nel diritto civile, oggi

Seminario di studi in onore di Vincenzo Cuffaro

18 novembre 2021, h 14.30

Aula Magna dell'Università Roma Tre – via Ostiense 159, Roma

Saluti istituzionali

Luca Pietromarchi, Magnifico Rettore dell'Università Roma Tre

Daniele Fiorentino, Direttore del Dipartimento di Scienze Politiche

Presentazione, Massimo D'Auria

Modera Giuseppe Grisi

Pietro Rescigno, *Apertura dei lavori*

Aurelio Gentili, *Fine del diritto dell'informazione?*

Andrea Zoppini, *L'informazione come bene giuridico*

Francesco Macario, *Obblighi di informazione nel contratto*

Daniela Valentino, *Il contraente debole tra informazione e autoresponsabilità*

Claudio Scognamiglio, *Le responsabilità da informazioni inesatte*

Francesco Antonio Genovese, *Diritto all'informazione e circolazione dei dati*

Carlo Colapietro, *Libera manifestazione del pensiero, fake news e privacy, oggi*

Vincenzo Ricciuto, *L'equivoco della privacy. Persona vs. dato personale*

Considerazioni conclusive di Nicolò Lipari

Comitato promotore

Benedetta Agostinelli, Angelo Barba, Andrea Barenghi, Massimo D'Auria, Antonello Spadafora

Nel rispetto delle attuali misure emergenziali per la partecipazione in presenza è richiesto il possesso del *green pass* ed è necessaria la registrazione all'indirizzo: informazione.roma3@libero.it

L'evento può essere seguito anche da remoto collegandosi al seguente link

Presentazione

Alla pagina di presentazione è affidato il compito di spiegare le ragioni ed il significato di una raccolta di riflessioni sui temi del diritto civile dell'informazione.

Il volume nasce dall'iniziativa seminariale svolta il 18 novembre 2021 nell'Aula Magna dell'Università Roma Tre in onore di Vincenzo Cuffaro per festeggiare la conclusione della Sua attività d'insegnamento. Nel progetto, nel quale gli ideatori Angelo Barba e Andrea Barenghi hanno avuto l'amabilità di coinvolgere chi scrive queste righe introduttive, l'occasione celebrativa intendeva affrontare in un dialogo a più voci un tema, suggerito tra quelli più significativi frequentati dal festeggiato, coniugandolo con il rinnovato interesse culturale alla materia.

Al curatore del volume è parso opportuno accompagnare alle pregevoli relazioni un più vasto novero di riflessioni, organizzandole per aree tematiche, offerte da amici e colleghi che, insieme a chi scrive, hanno condiviso con Vincenzo Cuffaro idee, ricerche, esperienze di studio.

Nei limiti di una pagina che ambisce ad essere non solo espressione di un sentito ringraziamento all'Onorato ma appunto introduzione ai contributi che si presentano al lettore, sembra doveroso descrivere i diversi scenari nell'ambito dei quali il tema dell'informazione ha assunto rilievo nella riflessione civilistica.

Sul finire degli anni '70 del secolo scorso, l'urgenza di allargare in senso pluralistico un mercato dell'informazione che accanto alla tradizione della stampa quotidiana era ormai occupato in maniera prevalente dal medium radiotelevisivo era rivolta a soddisfare l'esigenza di garantire occasioni di confronto democratico tra idee. Ciò sul presupposto, coltivato dal festeggiato sin dal 1986 nel volume '*Profili civilistici del diritto all'informazione*', che l'ampliamento degli spazi di libertà individuale nella manifestazione del pensiero avrebbe consentito la piena realizzazione del correlativo diritto individuale ad un'informazione veritiera e corretta.

La domanda da porre è se quel percorso, svolto nel solco della diade "libertà" di informare e diritto individuale ad essere informato, debba ora ritenersi esaurito oppure sia ancora utilmente proponibile sia per comprendere in maniera unitaria le varie declinazioni del concetto di 'informazione', sia per sviluppare un tentativo critico di ridefinizione in una

prospettiva costituzionale autenticamente personalistica.

La domanda sorge perché, dagli anni '90 in poi, la rivoluzione indotta dall'avvento delle c.d. *Dot.com companies* parrebbe avere neutralizzato sul piano tecnologico il problema giuridico. Grazie ad un processo caratterizzato dall'abbattimento dei costi di produzione, accesso e condivisione delle informazioni, il problema sembrerebbe essersi risolto nel rispetto delle logiche di un mercato competitivo ritenute astrattamente valide per qualsiasi merce.

D'altro canto, parallelamente all'apparente esaurirsi di quell'itinerario, nell'analisi civilistica un altro tipo di riflessione aveva preso il sopravvento, per sondare le potenzialità del concetto di informazione nel prisma della fenomenologia del consenso contrattuale. Anche di tale riflessione, nella voce apparsa nel 1988 sull'Enciclopedia del Diritto dedicata alla '*Responsabilità precontrattuale*', Vincenzo Cuffaro ha colto la problematicità della collocazione dogmatica nella parte in cui l'asimmetria informativa nei rapporti di scambio si è risolta in quello dell'informazione contrattuale e del neo-formalismo negoziale, il tutto in una prospettiva regolatoria che ha ridefinito la stessa funzione assolta dal contratto, quale strumento rivolto a garantire la trasparenza sul mercato e la concorrenza dinamica.

Entrambi gli sviluppi, ciascuno nel proprio ambito, hanno accreditato l'idea che un flusso incrementale di informazioni avrebbe prodotto decisioni qualitativamente ottimali. Del problema di un'informazione finalizzata non più a fondare la conoscenza necessaria per deliberare ma ad ottenere il consenso ad uno scambio, tanto nei processi politici quanto di quelli economici, i recenti eventi pandemici, si sono incaricati di manifestare la debolezza euristica.

Da un lato, la neutralizzazione del problema tecnico dei costi di produzione, accesso e circolazione delle informazioni ha prodotto il nefasto fenomeno contrassegnato dal termine 'infodemia', ovvero la proliferazione incontrollata di 'pseudo-informazioni', rivelando quanto il mercato dell'informazione esemplifichi il più classico dei casi di *market of lemons* di Ackerlof. Del resto, certamente, occultata dalla natura retorica del diritto individuale e generalizzato all'accesso alle informazioni, sta il fenomeno economico reale, quello consistente nella consegna a poche Big Tech di un potere, sostanzialmente oligopolistico e privo di responsabilità, di gestire il processo di produzione e selezione di informazioni.

Dall'altro lato, gli sviluppi determinati dalla disciplina di matrice comunitaria, perlopiù targati in senso marginalista e microeconomico, hanno svelato la natura tattica di un accorgimento che ostacola l'unica strategia che, secondo Herbert Simon, controbilancia la razionalità limitata di ciascuno,

vale a dire l'intenzionale riduzione della libertà individuale di scelta necessaria a diminuire il grado di complessità dei problemi da affrontare. Il paradosso è che, nel quadro di un sistema in cui il destinatario dell'informazione si scrive 'consumatore' ma s'intende 'mercato', questo approccio regolatorio, in un gioco di continui rinvii tra contratto e contesto di mercato, obbliga il consumatore a districarsi all'interno di una pletora di informazioni, minando di fatto quell'abilità cognitiva di ridurre la complessità, al fine di prendere non la migliore decisione astrattamente possibile per il mercato, ma quella che gli consenta di soddisfare il proprio interesse in maniera economicamente accettabile.

Così, proprio nel mercato dell'informazione, a rivelarsi semplicistico sta proprio l'assunto che equipara il metodo genuinamente democratico di produzione dell'informazione con un processo decentralizzato che mima i meccanismi contrattuali di mercato. Piuttosto, il deterioramento del mercato dell'informazione potrebbe, invece, proprio risiedere in ciò che il processo produttivo dell'informazione, intesa come *commodity*, risulta *necessariamente* sganciato dal faticoso 'metodo' democratico di elaborazione del dato informativo, il che implica vaglio delle fonti, selezione del materiale e confronto tra competenze, proprio ciò che una volta si sarebbe detto costitutivo del suo concetto ed a cui il cittadino si pensava avesse diritto di accedere per formare la propria opinione.

Diciamo *necessariamente* perché quell'impegnativo metodo democratico non è certamente incorporabile nel modello di *business* dominante, quello insomma di estrarre 'valore' dai dati personali, stante l'attitudine del loro trattamento a consentire la profilazione dei clienti a fini commerciali. Se le cose stanno così, allora appare del tutto irragionevole, se non addirittura ipocrita, ritenere che la degenerazione del mercato dell'informazione possa essere riscattata mediante una lotta senza quartiere contro l'analfabetismo funzionale degli utenti. Ciò per la ragione che, nel dedotto modello di *business*, le informazioni servono ad *intrattenere* l'utente in modo da dilatare a dismisura la loro permanenza sulla piattaforma per finalità puramente commerciali. Emblematica allora è proprio la circostanza che la stessa industria editoriale si dimostri disponibile all'adozione di modalità '*social*' d'interazione con i lettori, con il proliferare di 'pseudo-notizie', la cui modesta rilevanza informativa è inversamente proporzionale alla capacità di attirare lettori e, dunque, a promuovere quell'attività di profilazione che costituisce il vero *core-business* del modello *social* dell'attività d'impresa.

In questa prospettiva, l'irruzione sulla scena del 'dato personale' e del suo trattamento, cui Vincenzo Cuffaro ha dedicato la più recente attenzione

di studio, costituisce il fulcro attorno al quale far ruotare l'analisi giuridica privatistica dei tradizionali concetti di impresa, contratto, persona. La fenomenologia che ruota intorno al 'dato personale' costringe i giuristi ad affinare i tradizionali strumenti logico-concettuali al fine di renderli adeguati ad assecondare gli sviluppi della *data-driven economy*.

Le analisi sviluppate nei singoli contributi compongono un mosaico nel quale la consapevolezza di tale dinamica importa la necessità di riarticolare i profili regolatori del descritto modello imprenditoriale in maniera da renderlo certamente compatibile con le dinamiche di un mercato evoluto, ossia dinamico e competitivo, ma anche e, soprattutto, aderente alla matrice personalistica costituzionale.

Con ciò risulta confermata quell'attitudine metodica, attenta alla diretta comprensione del fenomeno economico e sociale, e quella tensione ermeneutica, vigile nel riaffermare il primato giuridico della persona, che ha costituito, non solo sul tema dell'informazione, ma in tutta la sua opera, la cifra stilistica dell'impegno culturale di Vincenzo Cuffaro, del cui insegnamento, questa iniziativa e questa pagina, con l'altra di Angelo Barba che apre il volume, costituiscono testimonianza di profonda gratitudine, oltre che di sincero affetto.

Massimo D'Auria

"La sera andavamo in Via del Seminario"[*]

Parlare o scrivere di Vincenzo Cuffaro è per me, in larga misura, un esercizio autobiografico assai faticoso: impone umiltà e resilienza emotiva. Richiede, in particolare, la disponibilità a sopportare la dolce ed intima malinconia dei ricordi più che la semplice, banale, capacità di attivare la memoria dei fatti e delle situazioni. L'ho conosciuto subito dopo la laurea.

Il Professore mi aveva procurato un'occasione di colloquio con il Titolare di uno degli Studi legali più ambiti dai neolaureati della mia generazione. Il colloquio non fu lungo, ma neppure breve; osservavo l'Avvocato che mi parlava con tono autoritario e non potevo fare a meno di osservare le sue scarpe. Bellissime, lucide, di ottima fattura artigianale. Egli le ostentava con cura mentre mi parlava ed io lo sentivo, ma pensavo a quella scena del film di Totò "La banda degli onesti": "(…) le scarpe (…) è la base,(…)quelle con lo scrocchio,(…) danno importanza".

Quando mi disse che lo studio "aveva bisogno di sperimentare forze nuove" provai un senso di fastidio, quello che solo la giovanile intemperanza riesce a suscitare. Io volevo essere soggetto attivo in un processo di formazione professionale, non oggetto di altrui sperimentazioni! Così pensai allora e, tornato dal Professore, gli dissi che il colloquio era stato interessante, ma che mi sentivo del tutto inadeguato in quel contesto.

Dopo qualche giorno, su indicazione del Professore, parlavo al telefono con l'Avvocato Cuffaro di una nota a sentenza redazionale – la prima che avrei scritto – e al termine della conversazione, con tono 'leggero', mi fu proposto di frequentare lo Studio di via del Seminario.

Cominciò così una breve ma intensa esperienza, fui accolto e avvicinato alla professione con cura e severa attenzione. Riuscivano a farmi capire le cose che facevo, erano generosi del loro tempo e interessati alle mie domande. Si percepiva il senso di appartenenza ad una autorevole tradizione forense, che non veniva mai ostentata ma sempre ricordata e rispettata. Nel corso di quell'esperienza ebbi la fortuna di conoscere il Prof. Rosario Nicolò. Ricordo bene quella mattina, in Cassazione. E ricordo bene l'istruttivo colloquio.

[*] Uso le virgolette perché questa frase non è mia, è stata escogitata da Claudio Scognamiglio durante una piacevole occasione conviviale a Siena. La responsabilità di averla utilizzata come titolo di questa brevissima testimonianza è soltanto mia.

Quando capii, dopo pochissimi mesi, che non avevo la vocazione dell'Avvocato provai un grande imbarazzo. Mi sembrava di tradire delle persone che mi avevano accordato la loro fiducia e che avevano investito energie nella mia formazione.

Vincenzo mi sollevò, ancora una volta con leggerezza, dall'imbarazzo. Aveva già capito tutto, ed io non ebbi bisogno neppure di parlare. Mi spiegò che la carriera universitaria è ricca di insidie e di incertezze, ma non esitò ad assecondare i miei progetti; non cercò di trasformare le mie speranze in vane e pericolose illusioni.

Da allora continuai a frequentare Via del Seminario. Di solito la sera, quando Vincenzo riceveva i più giovani collaboratori di Giurisprudenza italiana. Tra questi, anche io avevo il mio appuntamento per acquisire la nuova sentenza da annotare, che Vincenzo mi spiegava per orientare il senso delle riflessioni di commento, o per consegnare il dattiloscritto o per riprendere la nota consegnata la settimana prima che era da correggere o rivedere.

Un lavoro di grande pazienza che Vincenzo svolgeva con rigore, e non solo nella consapevolezza del successivo autorevole, questo sì, superiore controllo. Credo che Vincenzo Cuffaro abbia dato a Giurisprudenza italiana molto, molto più di quanto abbia poi ricevuto. Ha svolto un ruolo assai significativo nel trasformare la redazione della sezione civilistica della Rivista in un prezioso contesto culturale in cui esercitare attitudine alla ricerca ed analisi critica.

Quando passava a Studio Ughi e Nunziante a ritirare il 'pacco' delle sentenze riusciva sempre a suscitare un sorriso e mi ricordava di chiamarlo, così mi avrebbe dato una sentenza da annotare.

La vita riserva occasioni di ingratitudine che, tuttavia, non incidono sulla profonda e irripetibile riconoscenza che tutti quei giovani provano o dovrebbero provare per Vincenzo Cuffaro. Ci ha insegnato a ricavare la massima dalla sentenza attraverso un processo epistemologico di sottrazione di 'peso culturale' dalla motivazione, sino a raggiungere la ratio da sintetizzare in pochissime righe.

Un'operazione di delicato alleggerimento che Vincenzo governava con cura e insegnava con disponibile e signorile attenzione.

Anche nelle successive occasioni di collaborazione ad alcune delle Sue tante iniziative editoriali, ho ricevuto preziosi insegnamenti, anche di stile. Ancora oggi, nell'organizzazione di una nuova edizione del Commentario al Codice del Consumo, continuo ad ammirare la Sua capacità di gestire la complessità, sia nei contenuti sia nelle relazioni personali, con l'elegante

intelligenza dell'ironia che sottrae inutile peso formale e rende visibile solo il reale contenuto, l'essenza, del problema da risolvere. Nei colloqui, Vincenzo non si arrabbia, mi sorride e, paziente, smonta, inesorabile, le mie ormai quasi senili intemperanze; alla fine resta un vuoto di senso che mi rivela tutta l'inconsistenza della questione personale che ponevo.

La leggerezza caratterizza anche il modo in cui Vincenzo ha sempre vissuto e vive l'Accademia. Una straordinaria capacità di sottrarre ai rapporti il peso dell'ipocrisia e della vanità e di restituirli alla più semplice dimensione umana. Quante volte mi ha aiutato la sua (auto)ironia, io che mi prendo sul serio anche quando bevo un caffè!

La leggerezza, così come ce l'ha insegnata Italo Calvino nelle Lezioni americane, mi sembra che sia il tratto che caratterizza in maniera più autentica la personalità di Vincenzo Cuffaro. Sottrarre il peso imposto alle situazioni personali dai propri limiti culturali o dai pregiudizi, così come emancipare la questione di diritto dal peso della personale pre-comprensione.

La leggerezza come virtù dell'irriverenza, quella che sollecita la coscienza critica, genera libertà e umiltà nel lavoro e sincera semplicità nelle amicizie. Questa virtù mi è stata insegnata in Via del Seminario, e mi è stata riproposta, a volte persino con stupita rassegnazione, ancora dopo nel corso della mia ormai lunga frequentazione con Vincenzo. Io sono riuscito solo in parte, in minima parte, ad apprenderla e a praticarla; ma sono ben consapevole del suo prezioso, profondo, valore. Grazie!

Angelo Barba

PROFILI GENERALI

Guido Alpa

La "proprietà" dei dati personali

Sommario: 1. I dati personali in un ampio contesto normativo – 2. I dati normativi di riferimento. (i) Dati personali e diritto generale della personalità – 3. Il mercato digitale e la circolazione dei dati con il consenso dell'interessato – 4. I contratti a contenuto digitale – 5. La c.d. proprietà dei dati personali – 6. (*Segue*). Il modello statunitense – 7. A mo' di conclusione.

1. *I dati personali in un ampio contesto normativo*

Sono almeno tre le linee di sviluppo della normativa concernente i dati personali avviate dagli organi dell'Unione europea in fasi progressive: (i) una concerne la protezione dei dati come espressione ed immagine della persona, e quindi come specificazione del *diritto generale della personalità*, che si è venuto costruendo nel nostro modello alla fine dell' Ottocento sulla base di influenze della cultura francese e tedesca[1]; (ii) un'altra riguarda

[1] Per una accurata analisi della storia del diritto (o dei diritti) della personalità v. G. Resta, *I diritti della personalità,* in Alpa e Resta, *Le persone fisiche e i diritti della personalità,* in *Trattato di diritto civile*, diretto da R. Sacco, Milano, 2006, p. 361 ss., 383 ss. Zeno, voce *Personalità (diritti della)* in *Dig.,* IV, vol. XIII, Torino, 1995, p. 430 ss.; P. Rescigno, *Personalità (diritti della),* in *Enc.giur.Treccani,* s.d.; D. Messinetti, (*Personalità (diritti della),* in *Enc. dir*., vol. XXXIII, Milano, 1983, p. 355 ss.; Vercellone, *Personalità (diritti della),* voce del *Noviss. Dig. It*., XII, Torino, 1965, p. 1083 ss. Nell'esperienza francese si fa risalire addirittura a Domat la nozione di diritti della personalità (v. Goubeax, *Les personnes,* Paris, 1989, p. 248 n. 12; per la letteratura dell'Ottocento e del primo Novecento v. Resta, *op.cit*., p. 362 ss. Per l'esperienza tedesca, come riflessa nella cultura giuridica italiana dalla Scuola pandettistica, v. ancora Resta, op.ult.cit.; e le ammirevoli, approfondite e copiose note di Fadda e Bensa alle Pandette di Windscheid, vol.I, I parte, Torino, 1902. L'oggetto dei diritti della personalità è stato da sempre un problema cruciale per i giuristi, non potendosi l'uomo considerare oggetto, una res sulla quale esercitare un diritto assoluto, né concepire un ius in se ipsum (v. la tesi di laurea di A. Ravà, pubblicata con il titolo *I diritti sulla propria persona nella scienza e nella filosofia del diritto*, Torino, 1901), né superare la contraddizione logica della identità tra soggetto ed oggetto dello stesso diritto; di qui l'escamotage di considerare questo diritto o frantumato in diritti particolari (ma il

la costruzione del mercato dei dati che sono componente essenziale del mercato digitale, la loro circolazione e quindi l'autorizzazione, o il consenso da parte dell'interessato, alla loro acquisizione, al trattamento e alla utilizzazione ed include anche la proprietà delle banche di dati realizzate dagli operatori economici[2]; (iii) un'altra ancora attiene ai contratti che hanno contenuto digitale, tra i quali possono essere rinvenuti dati di natura personale[3]. Vi sono, ovviamente, altre linee di sviluppo, intrecciate con il mondo dell'informatica, della cibernetica e dell'intelligenza artificiale, ma per il momento la letteratura, la giurisprudenza, gli atti delle Autorità indipendenti, i deliberati degli organismi economico-sociali europei e internazionali, i codici di condotta sono concentrati soprattutto sui dati personali e sul loro rapporto con il mercato.

Non è facile ricostruire il quadro normativo, che si compone di fonti europee e di fonti interne, e neppure il substrato dottrinale dal quale esso trae la terminologia, i concetti e le tecniche, anche rimediali, per poter dominare un fenomeno che coinvolge ed investe ogni individuo , ogni impresa, ogni istituzione. E si affida anche a contrapposti orientamenti , che, volendo semplificare le cose, si potrebbero definire l'uno liberista, l'altro garantista: il primo volto a consentire la liberalizzazione della circolazione dei dati e quindi la loro configurazione come "bene" dotato di un valore – e quindi di un prezziario – oggetto di scambio per ottenere altri beni o servizi, l'altro preoccupato invece di tutelare la persona anche contro la sua stessa volontà, a preservare gli aspetti intimi dell'individuo connessi con la

problema rimane, sul diritto al corpo, sul diritto al nome etc.) oppure come un diritto generale – preferito dalla dottrina tedesca – che però era divista tra la concezione di Savigny di impronta romanistica, anti-giusnaturalistica, che identificava i diritti della persona con la persona stessa, e la concezione germanistica, in particolare di von Gierke e Kohler, che realisticamente ne vedono una proiezione pratica sulla proprietà intellettuale e nel diritto della concorrenza (v. ancora Resta, *op.ult.cit.*,p. 403). Sulla concezione giuridica del corpo v. ora S. Rodotà, *La vita e le regole.Tra diritto e non diritto,* Milano, 2009

[2] Sul punto v. *Strategia per il mercato unico digitale in Europa*, COM2015/192); Simeone, *Mercato unico digitale*, voce dell' *Enc.Treccani on line* (2016); Prins, Cuijpers, Lindseth, Rosina (cur.), *Digital Democracy in a Globalized World,* London, 2017; OECD, *Key Issues for Digital Transformation* in the G, Berlin, 12 January 2017; European Commission, International Digital Economy and Society Index 2018, Smart 2017/0052, Final Report a cura di Foley et al., Bruxelles, 2018

[3] I lavori sono "in corso": v. il Briefing diramato dal Parlamento europeo nel maggio 2017 su *Contracts for the supply of digital content and perdsonal data protection*, PE 603.929 e i lavori del Segretariato generale del Consiglio, Bruxelles, 11 aprile 2017, 8229/17; la nota della Presidenza del 1° giugno 2017, 9901/17 e nell'amplissima letteratura i contributi raccolti da De Franceschi, *European Contract Lawe and the Digital Single Market. The Implication of the Digital Revolution*, Cambridge, 2017

sua identità , a controllare l'acquisizione e il trattamento dei dati e a limitare quindi il loro "mercato"[4].

I tre indirizzi normativi sopra ricordati fanno riferimento a regole già in vigore o in preparazione , che però tra loro non sono accuratamente coordinate: è noto che l'ordinamento comunitario non procede come un ordinamento nazionale, e che gli interventi degli organi legislativi non sono settoriali, sì che il bilanciamento degli interessi in gioco sono di volta in volta riferiti ai singoli oggetti della normazione; spetta all'interprete ricostruire il sistema, con l'avvertenza che , non essendosi consolidato un diritto privato europeo (e tanto meno un diritto pubblico europeo) la terminologia impiegata nei testi deve essere decodificata, depurandola delle suggestioni dettate da allitterazioni e similitudini lessicali, così come da facili – e ingannevoli – sovrapposizioni di modelli stranieri, provenienti da esperienze fondate su valori e fini assai diversi da quelli che fanno capo al modello europeo (continentale).

2. *I dati normativi di riferimento. (i) Dati personali e diritto generale della personalità*

Richiamare il principio di *dignità* (art.1 della Carta dei diritti fondamentali dell' Unione europea) quando si tratta di tutelare la persona nei suoi aspetti vitali è d'obbligo, anche se la Carta è equiparata ai Trattati, e quindi deve essere coordinata con i principi tutelati dai Trattati sulla circolazione di persone, merci, servizi e capitali: nel nostro caso, il bilanciamento, anche se può apparire un po' rozzo, deve essere fatto con la circolazione di merci (beni) se il dato personale inteso come informazione possa essere considerato come un *bene* e con la circolazione dei *servizi,* posto che i dati sono utilizzati prevalentemente dagli Internet providers, i quali per l'appunto se ne avvalgono per effettuare servizi, sia all'interessato , sia al titolare dei dati, sia a terzi.

Richiamare la dignità non è però operazione scontata o retorica[5]: al di là del suo valore intrinseco, essa costituisce un connotato essenziale del modello europeo, che non si riscontra in altri modelli, ad es. nel modello americano ; e pur essendo espressiva di un principio che deve essere

[4] In luogo di tanti v. Montelero, *Il costo della privacy tra valore della persona e ragioni dell'impresa,* Milano, 2007; S. Rodotà, *Il mondo nella rete. Quali diritti, quali vincoli*, Roma-Bari, 2014.

[5] Nella letteratura infinita v. per tutti S. Rodotà, *Il diritto di avere diritti,* Roma-Bari, 2012

coordinato con la libertà d'impresa, anch'essa tutelata dalla Carta (all'art.16) e dai Trattati, nonché con il diritto di proprietà (art.17), è proprio su questo principio-valore che la dottrina recente ha edificato il concetto di *homo dignus* e di *identità digitale.*

Sempre la Carta ha distinto la tutela della privacy (art.7) dalla tutela dei dati personali (art.8) : anche se si volesse inferire dal testo che si è dato corpo ad un aspetto peculiare della privacy, che gli studiosi americani denominano *informational privacy*, il legame tra *persona, dati e consenso* implica una fattispecie diversa da quella originari come da quella anche più evoluta di *riservatezza*, perché l'orizzonte dei dati personali è più ampio di quello della vita privata, essendo connesso con l' *identità* della persona ed essendo inclusivo di tutti quegli aspetti della persona che possono costituire altrettante cause di discriminazione (art. 21 della Carta) , così come è inclusivo degli aspetti relativi alla integrità fisica e alla salute, alla cultura, alla propensione al consumo e al risparmio, ai gusti e così via . Come ha sottolineato Stefano Rodotà, <la distinzione non è solo di facciata. Nel diritto al rispetto della vita privata e familiare si manifesta soprattutto il momento individualistico, il potere si esaurisce sostanzialmente nell'escludere interferenze altrui: la tutela è statica, negativa. La protezione dei dati, invece, fissa, regole ineludibili sulle modalità del loro trattamento, si concretizza in poteri di intervento: la tutela è dinamica, segue i dati nella loro circolazione>[6].

Per la verità anche il TUE, all'art.2, richiama i valori del rispetto della dignità umana e il rispetto dei diritti umani e il TFUE all'art.16 dispone che <ogni persona ha diritto alla protezione dei dati di carattere personale che la riguardano>, sì che in questo settore i coordinamento di Carta e Trattati è più agevole.

Il Regolamento n. 679 del 2016[7] si colloca in questo quadro di valori e di principi, e già dai suoi "considerando" si può derivare il bilanciamento degli interessi in gioco e delineare l'area della protezione. Il diritto fondamentale che il Regolamento assicura è il diritto alla protezione dei dati, che deve essere "al servizio dell' uomo" ma , in applicazione del principio di proporzionalità, *non è assoluto* in quanto <.. va considerato alla luce della sua funzione sociale e va contemperato con altri diritti fondamentali, in ossequio al principio di proporzionalità. (…) Rispetta tutti i diritti fondamentali e osserva le libertà e i principi riconosciuti dalla Carta, sanciti dai trattati, in particolare il rispetto della vita privata e familiare,

[6] S. Rodotà, *Il mondo nella rete. Quali diritti quali vincoli,* Roma-Bari, 2014, pp. 31-32

[7] Nella versione integrata con le modifiche apportate successivamente, il cui testo è rinvenibile sul sito dell'Autorità Garante dei dati personali.

del domicilio e delle comunicazioni, la protezione dei dati personali, la libertà di pensiero, di coscienza e di religione, la libertà di espressione e d'informazione, la libertà d'impresa, il diritto a un ricorso effettivo e a un giudice imparziale, nonché la diversità culturale, religiosa e linguistica>. Si deve tener conto della libera circolazione dei dati e in particolare il Regolamento <garantisc(e) certezza del diritto e trasparenza agli operatori economici, comprese le micro, piccole e medie imprese, offr(e) alle persone fisiche in tutti gli Stati membri il medesimo livello di diritti azionabili e di obblighi e responsabilità dei titolari del trattamento e dei responsabili del trattamento e assicur(a) un controllo coerente del trattamento dei dati personali, sanzioni equivalenti in tutti gli Stati membri e una cooperazione efficace tra le autorità di controllo dei diversi Stati membri>. In più, il testo sottolinea che <per il buon funzionamento del mercato interno è necessario che la libera circolazione dei dati personali all'interno dell'Unione non sia limitata né vietata per motivi attinenti alla protezione delle persone fisiche con riguardo al trattamento dei dati personali. Per tener conto della specifica situazione delle *micro, piccole e medie imprese*, il (…) regolamento prevede una deroga per le organizzazioni che hanno meno di 250 dipendenti per quanto riguarda la conservazione delle registrazioni. Inoltre, le istituzioni e gli organi dell'Unione e gli Stati membri e le loro autorità di controllo sono invitati a considerare le esigenze specifiche delle micro, piccole e medie imprese nell'applicare il (…) regolamento>.

Se si volesse sottolineare in modo formale, dal tenore delle parole, la portata di questa disciplina, dovremmo allora osservare che i diritti che scaturiscono dal Regolamento – immediatamente applicabili in capo agli individui (considerati come persone fisiche, e non aggregati in associazioni o tutelati dal velo delle persone giuridiche) riguardano innanzitutto la protezione delle persone fisiche non i dati in sé e per sé considerati; in altri termini, non è tutelato il dato in sé e per sé, ma in via mediata il dato come rappresentazione della persona; ancora, si è in presenza di un diritto fondamentale, ma non di un diritto assoluto; e di un diritto tutelato in modo graduale, perché l'intensità della tutela varia a seconda delle dimensioni dell'impresa che tratta i dati. Sono però tutelate le banche di dati, mediante la disciplina del diritto d'autore, dalla direttiva 96/9/CE del Parlamento europeo e del Consiglio dell'11 marzo 1996, se meritevoli di essere protette nella loro creatività (art.3) e senza estensione della tutela ai contenuti dei dati.

Siamo quindi in presenza di una specificazione del diritto generale della personalità, che, come il diritto alla vita privata, e alla vita, alla integrità,

alla libertà e alla sicurezza, e alle altre libertà, è classificabile come un diritto fondamentale , che qui tuttavia è condizionato e bilanciato: diverso, quindi, dai diritti costituzionalmente garantiti dagli artt. 2 e 3 della nostra Costituzione, e diverso dai diritti della personalità così come costruiti nel corso di più di un secolo, come diritti assoluti, inalienabili, indisponibili.

Se si va più a fondo sul significato dei termini e dei concetti ci si avvede che l'espressione "dati personali" è puramente convenzionale, ed è utile che sia così perché nei diversi modelli dei Paesi Membri i principi costituzionali che proteggono la persona, come frammentata nelle specificazioni del diritto della personalità non sono del tutto coincidenti.

Innanzitutto, la categoria concettuale dei *diritti della personalità* non è univoca, come dimostrano le analisi comparatistiche svolte soprattutto con riguardano al diritto francese , al diritto tedesco e al common law inglese[8]. Come è noto, la stessa categoria nella nostra esperienza, è stata oggetto di ampie discussioni riguardanti la sua ammissibilità, la sua inerenza alla persona, la sua dissociazione dal soggetto al tempo stesso titolare e "oggetto" del diritto. Nonostante che nella nostra esperienza siano tuttora diverse le concezioni dei diritti (o del diritto) della personalità, è ormai prevalente la tesi, enunciata con chiarezza da Franco Galgano, che essi coincidono con i diritti dell'uomo in quanto tale e perciò più che creati sono "riconosciuti" dall'ordinamento [9].

La definizione data dall'art.4 del Regolamento - < qualsiasi informazione riguardante una persona fisica identificata o identificabile («interessato»); si considera identificabile la persona fisica che può essere identificata, direttamente o indirettamente, con particolare riferimento a un identificativo come il nome, un numero di identificazione, dati relativi all'ubicazione, un identificativo online o a uno o più elementi caratteristici della sua identità fisica, fisiologica, genetica, psichica, economica, culturale o sociale> allude ad altri diritti fondamentali o costituzionalmente garantiti, la cui protezione si associa a quella della protezione della persona riguardo al trattamento dei dati: si pensi al diritto al nome (art.22 Cost.) , allo pseudonimo (ex art.22 Cost.) , all'immagine (ex art.2 Cost.) e agli altri aspetti della *identità*.

E si possono ricavare dalla definizione e dalla protezione della persona anche altri corollari. Ad es., che l'*informazione* è sì considerata un bene[10] – in questo caso inerente la persona, - perché ha ad aggetto un aspetto della persona idoneo ad identificarla; ma non è dunque tutelata in sé e per sé, ma

[8] V. per tutti Resta, *op. ult. cit*.

[9] F, Galgano, *Diritto privato*, XIV ed., Padova, 2008, p. 89; S. Rodotà, *Il diritto di avere diritti,* Roma-Bari, pp. 41 ss., p. 140 ss.

[10] V. G. Alpa, *Il problema della atipicità dell'illecito,* Napoli, 1977, cap.IV

soltanto in ordine al suo contenuto.

E che il dato personale, proprio perché legato alla persona, ne compone l'*identità digitale*, quasi fosse una proiezione della persona stessa, "una sua parte".

In più, possiamo aggiungere, si tratta di un diritto-bene che può essere cangiante nel tempo : anche il nome si può cambiare (sulla base di procedure particolari, presso di noi, con un semplice mutamento anagrafico in altri ordinamenti), come può cambiare l'immagine, la psiche, l'orientamento politico, religioso e culturale, ed ora anche il sesso fisico o il gender. La scienza biologica è riuscita persino a cambiare il colore della pelle, sì che anche questo dato può considerarsi mutevole[11]. Così come cambia lo stato di salute: forse gli unici dati immodificabili sono il dato genetico, l'iride, le impronte digitali, e il dato etnico – non voglio usare l'espressione "razziale" perché frutto di pura invenzione ed utilizzato solo per fini storici e politici. Ma anche il dato etnico può apparire solo come dato originario, potendo la persona assimilarsi perfettamente in un contesto diverso da quello da cui è estratta e perdere dunque i connotati con cui era originariamente classificata.

3. *Il mercato digitale e la circolazione dei dati con il consenso dell'interessato*

La costruzione di un mercato digitale costituisce una delle preoccupazioni degli organi dell' Unione europea non solo per accompagnare e promuovere lo sviluppo economico, ma anche per rimanere al passo con gli altri Paesi tecnologicamente avanzati, per esportare tecnologie, per concludere trattati commerciali. La disciplina dei dati e la loro circolazione è così importante che proprio i contrasti in materia hanno costituito una delle cause dell'interruzione dei negoziati del Trattato transatlantico sul commercio e gli investimenti tra l'Unione europea e gli U.S.A. (TTIP).

Sul piano normativo è da segnalare la Comunicazione della Commissione [COM (2017) 9 final] del 10 gennaio del 2017 volta a "Costruire un'economia dei dati europei", che si deve coordinare con la Comunicazione (n.7) approvata lo stesso giorno sullo scambio e la protezione dei dati in un mondo globalizzato.

In quest'ultima si legge testualmente (al § 3) che « Il rispetto della privacy è una condizione necessaria per flussi commerciali stabili, sicuri e competitivi a livello mondiale. *La privacy non è una merce di scambio* (…).

[11] Sul punto v. S. Rodotà, *La vita e le regole,* op.cit., ; e già Id., *Tecnologie e diritti*, Bologna, 1995

Internet e la digitalizzazione dei beni e dei servizi ha trasformato l'economia globale: il trasferimento transfrontaliero di dati, compresi i dati personali, è parte dell'operatività quotidiana delle imprese europee di tutte le dimensioni e in tutti i settori. Poiché gli scambi commerciali utilizzano sempre più i flussi di dati personali, la riservatezza e la sicurezza di tali dati è diventata un fattore essenziale della fiducia dei consumatori. Ad esempio, due terzi degli europei si dichiarano preoccupati del fatto che non hanno alcun controllo sulle informazioni che forniscono online, mentre la metà degli intervistati teme di essere vittima di frode (…). Al tempo stesso, le imprese europee che operano in alcuni paesi terzi si trovano sempre più spesso a dover far fronte a restrizioni protezionistiche che non possono essere giustificate con argomentazioni legittime di tutela della sfera privata».

E si richiama « a titolo di esempio, la comunicazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato delle regioni sul "Commercio per tutti – Verso una politica commerciale e di investimento più responsabile", COM(2015) 497 final del 14.10.2015, pag. 8».

La Comunicazione n. 9 inoltre sancisce il principio della libera circolazione dei dati e aggiunge che <i fabbricanti o i fornitori di servizi possono divenire di fatto "proprietari" dei dati generati dalle loro macchine o processi anche quando i dispositivi stessi sono di proprietà dell'utilizzatore> (§ 3.4).

Il Rapporto predisposto dall' OECD (*Key Issues for Digital Transformation in the G20)* del 12 gennaio 2017 insiste sulla protezione dei dati dei consumatori ma anche sulla necessità di sostenere la concorrenza in un mondo globalizzato.

E la Comunicazione sullo spazio europeo dei dati [COM (2018) 125 final del 25 aprile 2018] pur muovendo dalla premessa che con l'introduzione del Regolamento <l'UE ha creato una solida struttura per la fiducia digitale, un presupposto essenziale per lo sviluppo sostenibile dell'economia dei dati> e che <il regolamento generale sulla protezione dei dati garantisce un elevato livello di protezione> precisa che <gli orientamenti si fondano sui principi per la condivisione dei dati tra imprese e tra imprese e settore pubblico, stabiliti in questa comunicazione. Le misure previste interessano diverse tipologie di dati e hanno pertanto *diversi livelli di intensità*. Allo stesso tempo, tutte concorrono al più ampio obiettivo di riunire i dati, come fonte essenziale di innovazione e crescita, provenienti da settori, paesi e discipline diversi in uno spazio comune>.

Occorre dunque, per il legislatore europeo, s*fruttare i vantaggi*

socioeconomici dell'innovazione guidata dai dati:

« I dati – prosegue la Comunicazione- sono la materia prima del mercato unico digitale. Possono rivoluzionare le nostre vite e creare nuove opportunità per la crescita, anche per le imprese di piccole e medie dimensioni. La disponibilità di enormi quantità di dati, molti dei quali generati da macchine e sensori, ha effetti su tutti noi. In realtà, sono pochi gli ambiti della nostra vita non ancora interessati dalla rivoluzione dei dati in corso. L'uso ottimale dei dati può aiutarci a vivere più a lungo e in modo più sano, conducendo inoltre una vita meno stressante e più rispettosa dell'ambiente. Può inoltre aiutare gli scienziati a sviluppare modelli migliori per prevedere i cambiamenti climatici e le calamità naturali. L'uso intelligente dei dati ha un effetto trasformativo su tutti i settori dell'economia e sul settore pubblico».

È chiaro che l'intelligenza artificiale e l'Internet delle cose sono due motori straordinari per lo sviluppo economico che si fonda sui dati: non è possibile né invertire il percorso né appesantirlo con ostacoli o limitazioni. Ma è altrettanto chiaro che questo percorso deve avvenire senza pregiudicare i diritti degli interessati.

L' Unione europea sta dunque inoltrandosi in questo mercato digitale tra Scilla e Cariddi: da un lato rassicurando i cittadini – in particolare i consumatori – sulla protezione dei dati personali, dall'altro costruendo un mercato digitale concorrenziale mediante la promozione della circolazione e della utilizzazione dei dati.

Come raggiungere allora un corretto bilanciamento di interessi?

Uno dei criteri è incentrato sul *consenso* dell'interessato[12].

Ma come qualificare giuridicamente il consenso, visto che il Regolamento è ambiguo al riguardo, e che in ogni ordinamento il consenso è configurato in modo non univoco?

Il Regolamento dedica molti considerando e diverse disposizioni al consenso, che deve essere lecito, scritto, consapevole, informato, e può essere revocato. Si astiene però dal darne una configurazione giuridica. Il considerando n. 32, che all'uopo potrebbe essere utilizzato per assumere una posizione avvalorata dall' Unione, non deve essere equivocato. Testualmente recita: « Il consenso dovrebbe essere prestato mediante un atto positivo inequivocabile con il quale l'interessato manifesta *l'intenzione* libera, specifica, informata e inequivocabile di accettare il trattamento dei dati

[12] Tema sul quale si è raccolta una letteratura cospicua: da ultimo v. G. Resta e V. Zeno-Zencovich, *Volontà e consenso nella fruizione dei servizi in rete*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.,* 2018, p. 411 ss.; Caggiano, *Il consenso al trattamento dei dati personali nel nuovo Regolamento europeo. Analisi giuridica e studi comportamentali*, in *Osservatorio del dir. civ. e comm.,* 1/18, p. 67 ss.

personali che lo riguardano, ad esempio mediante dichiarazione scritta, anche attraverso mezzi elettronici, o orale».

All'apparenza sembrerebbe che si parli di una manifestazione di volontà, e quindi che il consenso sia parte di un accordo concluso tra l'interessato e il titolare dei dati, o l'Internet provider, insomma di chi li raccoglie per poi trasformarli . Ma si potrebbe trattare di semplice autorizzazione, cioè del *consenso dell'avente diritto,* del quale, come è noto, si discute se si debba qualificare come atto unilaterale di volontà oppure di un atto non negoziale. In una concezione liberale del mercato (che si sposa con la concezione proprietaria del dato personale) si privilegia la negozialità, meglio, con la contrattualizzazione della manifestazione di volontà; in una concezione garantista della persona, si privilegia l'autorizzazione, che a sua volta può essere atto negoziale oppure non negoziale.

E' evidente che se si considera l'identità digitale come componente della persona, e il dato personale come una parte di essa, il consenso deve essere inteso come autorizzazione dell'avente diritto, e, seppur rozzamente, esso si affianca al consenso che riguarda i trattamenti del corpo: se si accede all'idea che accanto al corpo fisico ha preso ormai forma il corpo digitale, e che i dati personali sono una proiezione della persona il consenso di cui si parla non può che essere il consenso dell'avente diritto[13].

Due considerando del Regolamento ci possono aiutare in questo senso: <(43) Per assicurare la libertà di prestare il consenso, è opportuno che il consenso non costituisca un valido fondamento giuridico per il trattamento dei dati personali in un caso specifico, qualora esista un evidente squilibrio tra l'interessato e il titolare del trattamento, specie quando il titolare del trattamento è un'autorità pubblica e ciò rende pertanto improbabile che il consenso sia stato prestato liberamente in tutte le circostanze di tale situazione specifica. Si presume che il consenso non sia stato liberamente prestato se non è possibile prestare un consenso separato a distinti trattamenti di dati personali, nonostante sia appropriato nel singolo caso, o se l'esecuzione di un contratto, compresa la prestazione di un servizio, è subordinata al consenso sebbene esso non sia necessario per tale esecuzione. (44) Il trattamento dovrebbe essere considerato lecito se è necessario nell'ambito di un contratto o ai fini della conclusione di un contratto>.

"Ai fini della conclusione del contratto" non significa che il consenso sia equiparabile all'accettazione, né che il dato sia una moneta o un bene (commodity) che si scambia per ottenere altri beni o servizi: il consenso (dell'avente diritto) potrebbe costituire la premessa, la condizione per poter

[13] S. Rodotà, *Il diritto di avere diritti,* cit., pp. 79 ss., 324 ss.

concludere il contratto.

Alla natura del consenso si è dedicata una letteratura sconfinata, in Italia e all'estero: sciogliere questo dubbio è importante, per via della validità dei contratti conclusi con i titolari dei dati, con le imprese e così via. E soprattutto è importante capire se il consenso sia revocabile ad nutum.

Solo se si considera il consenso come consenso dell'avente diritto si può considerare tutelato adeguatamente il dato e quindi la persona.

Una recente sentenza della Suprema Corte (Cass. 2 luglio 2018, n. 17278) a proposito del divieto pronunciato dal Garante per la protezione dei dati personali nei confronti di una società che aveva raggiunto gli interessati con messaggi pubblicitari senza averne prima richiesto il consenso, ha espresso il seguente principio:

« In tema di consenso al trattamento dei dati personali, la previsione dell'articolo 23 del Codice della privacy, nello stabilire che il consenso è validamente prestato solo se espresso liberamente e specificamente in riferimento ad un trattamento chiaramente individuato, consente al gestore di un sito Internet, il quale somministri un servizio fungibile, cui l'utente possa rinunciare senza gravoso sacrificio (nella specie servizio di newsletter su tematiche legate alla finanza, al fisco, al diritto e al lavoro), di condizionare la fornitura del servizio al trattamento dei dati per finalità pubblicitarie, sempre che il consenso sia singolarmente ed inequivocabilmente prestato in riferimento a tale effetto, il che comporta altresì la necessità, almeno, dell'indicazione dei settori merceologici o dei servizi cui i messaggi pubblicitari saranno riferiti».

Il consenso sembra dunque un requisito per poter acquisire i dati lecitamente, ma non il corrispettivo del servizio, che è reso gratuitamente perché – come avviene nel caso di specie – il messaggio pubblicitario serve soltanto a catturare l'interesse del destinatario e a promuovere un prodotto o un servizio ma non è né una promessa né una offerta al pubblico e non esprime una volontà del mittente.

Senza cadere in un "*ùsteron pròteron*" si può argomentare questa tesi anche considerando i rimedi apprestati per tutelare il soggetto cui si riconosce il diritto di autodeterminazione.

I rimedi messi a disposizione dell'interessato nel caso in cui il titolare o gli altri soggetti che trattano i dati non rispettino le norme del Regolamento non sono rimedi di diritto contrattuale. Il Regolamento prevede infatti rimedi di responsabilità extracontrattuale per la violazione delle regole sui dati personali: sembra quindi che anche il Regolamento avvalori questa tesi (v. i considerando 75 e 146).

Dispone infatti l'art. 82:

« Diritto al risarcimento e responsabilità (C142, C146, C147) 1. Chiunque subisca un danno materiale o immateriale causato da una violazione del presente regolamento ha il diritto di ottenere il risarcimento del danno dal titolare del trattamento o dal responsabile del trattamento. 2. Un titolare del trattamento coinvolto nel trattamento risponde per il danno cagionato dal suo trattamento che violi il presente regolamento. Un responsabile del trattamento risponde per il danno causato dal trattamento solo se non ha adempiuto gli obblighi del presente regolamento specificatamente diretti ai responsabili del trattamento o ha agito in modo difforme o contrario rispetto alle legittime istruzioni del titolare del trattamento. 3. Il titolare del trattamento o il responsabile del trattamento è esonerato dalla responsabilità, a norma del paragrafo 2 se dimostra che l'evento dannoso non gli è in alcun modo imputabile (…)».

4. *I contratti a contenuto digitale*

Si è parlato dei dati e della loro connessione al diritto generale della personalità (i), del mercato digitale e della protezione dei diritti dell'interessato (ii) , ed ora veniamo alla terza linea di sviluppo normativo che riguarda la disciplina dei contratti a contenuto digitale (iii). Si tratta, come è noto, di una proposta di direttiva [COM 2015 634 final] del 9 dicembre 2015, coniugata con analogo provvedimento sulle vendite on line e a distanza di beni, che tutela i consumatori destinatari di forniture a contenuto digitale.

Pur avendo un diverso oggetto rispetto ai provvedimenti che si occupano della tutela dei dati personali non sfugge al legislatore comunitario la connessione con questa tematica, sì che tra i considerando (al n.22) si legge che « la tutela delle persone fisiche con riguardo al trattamento dei dati personali è disciplinata dalla direttiva 95/46/CE del Parlamento europeo e del Consiglio (…) e dalla direttiva 2002/58/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, che sono pienamente applicabili nell'ambito dei contratti di fornitura di contenuto digitale (…) . Tali direttive istituiscono già un quadro giuridico nel settore dei dati personali nell'Unione. L'attuazione e l'applicazione della presente direttiva devono avvenire nel pieno rispetto di tale quadro giuridico». La proposta è anteriore al Regolamento e quindi fa ancora riferimento alla precedente disciplina oggetto non di regolamento ma di direttiva.

I considerando della proposta sono rilevanti ai nostri fini, perché prendono in considerazione lo scambio tra dati personali e servizi offerti. Data la loro pregnanza, val la pena di riportarli per esteso, dal momento che lo scambio implica da un lato la consapevolezza del consumatore e la liceità del consenso, e dall'altro la determinazione di un valore (costituito dai dati trasferiti) per l'acquisizione di una fornitura; la causa dello scambio potrebbe anche essere gratuita a fronte della cessione dei dati.

Si legge nei considerando nn. 13,14,15:

(13) Nell'economia digitale, gli operatori del mercato tendono spesso e sempre più a considerare le informazioni sulle persone fisiche *beni di valore comparabile al denaro*. I contenuti digitali sono spesso forniti non a fronte di un corrispettivo in denaro ma di una controprestazione non pecuniaria, vale a dire consentendo l'accesso a dati personali o altri dati. Tali specifici modelli commerciali si applicano in diverse forme in una parte considerevole del mercato. Introdurre una differenziazione a seconda della natura della controprestazione significherebbe discriminare alcuni modelli commerciali e incoraggerebbe in modo ingiustificato le imprese ad orientarsi verso l'offerta di contenuti digitali contro la messa a disposizione di dati. Vanno garantite condizioni di parità eque. Inoltre, è possibile che una cattiva prestazione del contenuto digitale fornito in cambio di una controprestazione non pecuniaria abbia ripercussioni sugli interessi economici dei consumatori. L'applicabilità delle disposizioni della presente direttiva non dovrebbe pertanto dipendere dal pagamento o meno di un prezzo per il contenuto digitale in questione.

(14)Per quanto riguarda la fornitura di contenuto digitale non in cambio del pagamento di un prezzo ma di una controprestazione non pecuniaria, la presente direttiva dovrebbe applicarsi solo ai contratti in cui il fornitore richiede dati, quali il nome e l'indirizzo email o foto e il consumatore glieli fornisce attivamente, in modo diretto o indiretto, ad esempio attraverso una procedura di registrazione individuale o sulla base di un contratto che consente l'accesso alle fotografie dei consumatori. La presente direttiva non dovrebbe applicarsi alle situazioni in cui il fornitore raccoglie i dati necessari affinché il contenuto digitale funzioni in conformità al contratto, ad esempio la localizzazione geografica se tale dato è necessario per il corretto funzionamento di un'applicazione mobile, o al solo scopo di soddisfare obblighi di legge, ad esempio nei casi in cui la registrazione del consumatore è obbligatoria ai fini di sicurezza e di identificazione. La presente direttiva non dovrebbe nemmeno applicarsi a situazioni in cui il fornitore raccoglie le informazioni, compresi i dati personali, quali l'indirizzo IP, o altre informazioni generate automaticamente, ad esempio le informazioni

raccolte e trasmesse mediante un cookie, senza che il consumatore le fornisca attivamente, anche se accetta il cookie. Inoltre, non dovrebbe essere applicata alle situazioni in cui il consumatore è esposto a messaggi pubblicitari esclusivamente al fine di ottenere l'accesso ai contenuti digitali.

(15) Il contenuto generato dai consumatori dovrebbe essere trattato alla stessa stregua di ogni altro contenuto digitale che il consumatore fornisce o memorizza per tutta la durata del contratto, quali musica e giochi, immagini, file video o applicazioni. Il contenuto generato dai consumatori comprende un'ampia gamma di esempi: che include immagini digitali, file video e audio, blog, forum di discussione, formati di testo collaborativi, chat, post, tweet, log, podcast, contenuti creati su dispositivi mobili, contenuti creati nel contesto di ambienti virtuali online, le sitografie e le valutazioni di contenuti on line.»

Nel testo normativo il problema dello scambio è affrontato solo marginalmente, a proposito del controllo della conformità della prestazione a quanto convenuto. All'art. 6 c. 2 (a) si annovera tra i criteri di valutazione della conformità «il fatto che il contenuto digitale è fornito in cambio del pagamento di un prezzo o di altra controprestazione non pecuniaria».

Questa disposizione presuppone la cessione dei dati come controprestazione, piuttosto che non come condizione per poter conseguire il servizio.

Il tema è trattato con molta perizia e circospezione dal *European Data Protection Supervisor*, Giovanni Buttarelli, nel parere reso il 14 marzo 2017 (Opinion 4/2017) a proposito del progetto di direttiva in esame.

Il parere esclude che sia possibile considerare i dati personali come controprestazione dei servizi o dei beni acquisiti dalle imprese e richiama il parere precedente (Opinion 08/2016) in cui la stessa Autorità aveva sottolineato che nell'ambito dell'Unione europea l'informazione personale non può essere considerata come un bene, richiamando sia le disposizioni della Carta sia l'art. 16 del TFEU. Il parere sottolinea anche la decettività della qualificazione dei dati come "controprestazione", una cosa essendo il prezzo – ben comprensibile per il consumatore – altra cosa il complesso dei dati, la cui destinazione, pur controllata, riveste sempre un margine di incertezza potendo implicare rischi per la persona incompetente o ignara.

Di qui le perplessità sul testo predisposto dalla Commissione. Perplessità che sono state manifestate sia dalla rappresentanza dei consumatori (BEUC)[14] sia dalla rappresentanza degli avvocati (CCBE)[15].

[14] *Digital Content Directive.Key commendations for the trialogue negotiations,* a cura di Reyna e SchmonBruxelles, s.d.

[15] *Position concerning contract rules for online purchases of goods and digital content*

Occorre anche considerare che vi sono dati non cedibili, quali quelli inerenti i diritti della personalità, che sono inalienabili, ed altri che non si trasferiscono in proprietà, ma solo in uso, come ad es., l'indirizzo, o le informazioni riguardanti la professione, le caratteristiche fisiche, gli interessi culturali e così via. In più non si riscontra il requisito della esclusività nella trasmissione dei dati. Tutte considerazioni che tendono ad escludere la possibilità di costruire un diritto di proprietà dell'interessato sui propri dati e quindi il trasferimento della loro proprietà all'impresa controparte. Diverso è il caso che i dati siano inventati, artisticamente rappresentati, rielaborati o creati dall'interessato, perché in questo caso potrebbero essere qualificati come opere d'arte o invenzioni, ed avrebbero allora una diversa tutela.

Anche il profilo della "gratuità" dello scambio è stato esaminato con dovizia di riferimenti e con acutezza, dalle elaborazioni dottrinali in materia, ma in questo contesto il tema non può essere affrontato in modo compiuto[16].

5. *La c.d. proprietà dei dati personali*

Siamo giunti ora al punto clou del nostro discorso: la ricostruzione normativa, anche attraverso la definizione di un quadro complessivo e possibilmente sistematico delle norme che provengono dall' Unione europea e devono essere coordinate con le norme interne possiamo trarre la conclusione che nel mercato digitale l'individuo (che sia consumatore, utente od operatore o contraente) vanta un diritto di proprietà sui propri dati personali? Oppure che questa scelta sia uno strumento di tutela che rafforza la sua posizione di fronte all'impresa che fa uso dei suoi dati?

Il tema è sollecitante sia sotto il profilo pratico, sia sotto il profilo dogmatico, ed ancora economico, storico e comparatistico. Esso è oggetto di una letteratura infinita, soprattutto diffusa nei Paesi di common law, e segnatamente negli Stati Uniti.

Anche qui occorre assumere alcune precauzioni, dato che la maggior parte dei contributi proviene da esperienze assai distanti dalla nostra per storia, cultura e formazione delle fonti ordinamentali. In altri termini, non si possono sovrapporre o trapiantare modelli giuridici diversi, né usare terminologie o concetti solo apparentemente simili con operazioni meccaniche e semplicistiche.

(COM(2015) 634 and 635) 18/03/2016 sul sito del CCBE

[16] Si rinvia perciò a Resta, *op. ult. cit.*

In Italia il problema si era già aperto a proposito dell'art.1 della l. n. 675 del 1996 con cui , tra l'altro, di dava attuazione alla direttiva del 1995 ora sostituita dal Regolamento. All'epoca si erano manifestati orientamenti differenziati: alcuni , richiamando i caratteri dei diritti della personalità, erano propensi alla esclusione della proprietà dei dati, riconoscendola solo in capo alle imprese che li raccolgono, li trattano e li manipolano trasformandoli in "beni" o "servizi"; altri invece qualificandoli come new properties, o veri e propri beni immateriali , erano favorevoli alla introduzione del diritto di proprietà alla stessa stregua del diritto d'autore[17].

L'analogia con la titolarità dei diritti d'autore e della relativa disciplina è in effetti una costante nella letteratura statunitense. Ma l'analogia cade immediatamente se si considera che i dati – "nudi e crudi" - spesso non sono creati dal titolare (come ad es. il nome, le sembianze fisiche, l'etnia, il sesso o l'orientamento sessuale, etc.), non hanno i requisiti dell'originalità, e non sono sfruttati, normalmente, a scopo di profitto.

Si deve anche considerare che in altre esperienze la proprietà e l'alienabilità dei dati è accettata, così come si considera legittima la cessione dietro compenso di parti del corpo, il sangue, o l'affitto dell'utero nella maternità surrogata; è quindi molto più semplice ed agevole, attraverso questa analogia, pervenire all' idea di proprietà dei dati personali e della loro libera commercializzazione [18].

Questi aspetti sono sottesi alle teorie che liberalizzano i dati, ed appartengono sia agli studiosi americani dell'analisi economica del diritto [19], sia agli studiosi che assegnano un valore economico ai dati personali[20] , sia agli studiosi che in virtù della tutela della libertà contrattuale appaiono indifferenti all'oggetto del trasferimento e alle modalità del trasferimento pur di proteggere la volontà della persona.[21]

Il dato personale come "bene" è una configurazione che ha catturato anche gli studiosi europei, come Herbert Zech, che in un ampio saggio distingue – correttamente – le categorie di dati, e tra esse quelli che si

[17] V. pe tutti G. Resta, *op. ult. cit.*

[18] Uno dei saggi più acuti si deve a Schwartz, *Property, Privacy, and Personal Data*, in 111 *Harv.L.Rev.,* 2004, p.2056 ss.; ma v. già Cohen, *Examined Lives: Informational Privacy and the Subject as Object,* in 52 Sta.L.Rev. 2000, p. 1373 ss.; più di recente, Hemnes, *The Ownership and Exploitation of Personal Identity in the New Media Age,* in 12 J. *Marshall Rev. Intell.Prop.L.*, 2012, p. 1 ss.

[19] R. Posner, *The Right of Privacy,* in *12 Georgia L.Rev*. 1978, p. 392 ss.

[20] Tindall, *Argus Rules: The Commercialization of Personal Information,* 1 *J.of L.Tech.& Policy,* 2003, p. 183 ss.

[21] Schorr, *Personal Information Contracts: How to Protect Privacy Without Violating the First Amendment,* in 80 *Cornell L.Rev.* 1995, p. 1756

possono cedere in esclusiva, tramite contratti adeguatamente considerati dall'interessato, e quelli che non possono essere ceduti perché connaturali alla persona stessa[22].

La considerazione che una tutela proprietaria può essere una forma di rimedio utile per l'interessato è diffusa e accattivante, come spiega l'indiano Atul Singh[23].

Per questo appare opportuno esaminare le argomentazioni che sono svolte soprattutto nei centri di studio dell'altra costa dell'Atlantico, dove, come si sa, l'evoluzione delle tecnologie e la concezione economica dei rapporti sociali e dei diritti individuali sono particolarmente sviluppate.

6. *(*Segue*). Il modello statunitense*

Tra i diversi indirizzi interpretativi del fenomeno che stiamo indagando nell'esperienza nordamericana si possono isolare almeno tre tendenze: quella liberista, che considera i dati come beni in sé e per sé, come se fossero new properties (commodities) che per l' appunto sono liberamente negoziabili sul mercato; quella che trasforma i dati in diritti assimilabili al copyright, e quindi li rende oggetto di scambio ; quella per così dire garantista che si avvicina al modello italiano e li classifica tra i diritti della persona, con le limitazioni e le garanzie previste dall'ordinamento, pur essendo sempre più liberale dei modelli europei perché, come si diceva, i dati, come le parti del corpo, in quell'ordinamento si possono liberamente negoziare sul mercato.

La tendenza liberista è tipica dei cultori dell'analisi del diritto della Scuola di Chicago, il cui corifeo è il "primo" Posner, l'A. che rappresentava l'ala più determinata della concezione mercatista dei diritti e del diritto[24].

Il discorso, alla fine degli anni Settanta, riguardava la privacy, piuttosto che non i personal data. Ma le argomentazioni possono essere omologhe per i due settori.

Posner non si preoccupa della privacy di prima maniera, creata da Warren e Brandeis, intesa nelle forme della curiosità del pubblico per la vita degli altri e del conflitto tra gli individui e i media, ma della *informational privacy*, la privacy collegata all'economia della informazione, seguendo

[22] *Data as a Treadeable Commodity,* in De Franceschi, *op. cit,*, p. 53 ss.

[23] *Protecting Personal Data as a Property Right,* in *ILI Law Rev.,* 2016, Winter Issue, p. 123 ss.

[24] R. Posner, *op. ult. cit*. Sul pensiero di Richard Posner, nelle sue diverse fasi, v. ora G. Calabresi, *Il futuro del law and economics. Saggi per una rimeditazione ed un ricordo*, Milano, 2018

le intuizioni di Stigler[25]. Di qui la concezione di "property rights" che insistono sulle informazioni private, quali il segreto commerciale. E il favor per la trasparenza, quando le informazioni non riguardano il mercato ma fatti privati, a meno che non si tratti di soggetti che hanno notorietà, ed allora le loro immagini o le informazioni che li concernono hanno un valore economico che non può essere trascurato (*right to publicity*). Vi sono altri casi in cui Posner ammette la tutela della privacy, come il caso di informazioni errate, di informazioni che stravolgono il diritto alla identità personale, la violazione del domicilio. In tutti questi casi non si applica la disciplina del contratto ma la disciplina dell'illecito.

I fautori della appropriabilità dei dati da parte dell'interessato e della loro commercializzazione, come Paul Schwartz,[26] non si nascondono gli argomenti che militano in senso contrario a questa tesi, che oscillano dal fallimento del mercato alla incapacità del titolare di negoziare i dati alla libera trasparenza delle informazioni (che implica la connotazione di dati personali come "beni comuni"), ma li superano tutti proponendo una distinzione da caso a caso e da dato a dato. E ne considerano anche gli aspetti positivi: la commercializzazione dei dati riduce i costi transattivi, sostiene lo sviluppo tecnologico, consente agli individui di ottenere più servizi.

La ferma convinzione dei liberisti è che la commercializzazione delle informazioni personali arreca benefici non solo alle imprese ma anche ai consumatori: alle imprese, perché esse possono, con la profilazione, soddisfare meglio le preferenze dei consumatori e sviluppare le tecnologie e l'innovazione in modo da offrire prodotti migliori; e ai consumatori, perché questi possono disporre di una scelta più variegata di prodotti e servizi e maggiormente adeguata alle loro esigenze.

Il problema, se mai, consiste nel modo in cui l'informazione è acquisita: di qui l'esigenza di imporre regole di controllo che possano prevenire l'illecito dell'impresa, posto che lo strumento del risarcimento del danno appare poco efficace perché tardivo, intervenendo quando ormai il danno si è prodotto.

Nel contempo si mette in evidenza una apparente contraddizione: la persona ha una identità digitale con la quale si identifica o è identificata, ma appunto per questo non dovrebbe "possederla"; per contro, i terzi se ne possono appropriare, e possono esercitare un diritto proprietario su di essa: ed in effetti la disciplina (anche europea) delle banche di dati protegge la

[25] *An Introduction to Privacy in Economics and Politics*, *The Journal of Legal Studies* Vol. 9, No. 4, *The Law and Economics of Privacy* (Dec., 1980), pp. 623-644 ; ma v. anche Acquisti, Taylor, Wagman, *The Economics of Privacy,* in *J.Ec.Lit.* s.d. (acquisibile nel web)

[26] V.supra n. 18

proprietà di chi ha raccolto dati altrui [27].

Questa apparente contraddizione non è però tranchante: i dati riferibili ad una persona sono migliaia, e selezionarli per collezionarli, sistemarli, configurarli occorre una sofisticata attività che ha un costo, e pertanto è giusto che chi ha svolto questo lavoro ne sia remunerato. Altra cosa è invece la persona "che si appropria di sé stessa": questo è un dilemma sul quale la nostra letteratura dibatte e si arrovella dai tempi della creazione del diritto generale della personalità, ma la scelta europea era stata quella di non considerare il soggetto come oggetto di proprietà di se stesso.

L'analogia con il copyright (di ascendenza inglese, ricorda Diane Zimmerman[28]) protegge l'interessato, titolare dei dati, contro la loro utilizzazione illegale: l'argomento è suggestivo, ma, come si può intendere, siamo in presenza di diritti che nel common law (questa volta inglese) non hanno avuto una loro configurazione codicistica, come è avvenuto presso di noi con il diritto all'immagine, e quindi l'analogia è del tutto inutile. Per superare l'impasse si sostiene che il copyright di cui si discute è un copyright di tipo speciale: riconoscere un diritto di proprietà agli interessati si pone in linea con la formazione di una economia del cyberspace, perché favorisce la circolazione delle informazioni da parte dei proprietari delle banche di dati ed evita la negoziazione con ciascun titolare.

Ma proprio in ciò consiste la contrapposizione tra il modello nordamericano e il modello europeo: il copyright in Europa ha anche un valore morale; i dati personali in Europa sono diritti fondamentali. Per questo Pamela Samuelson, che costituisce una eccezione tra gli autori americani orientati prevalentemente alla concezione mercatistica dei dati, suggerisce di tenere in considerazione il modello europeo e di porre limitazioni alla circolazione dei dati in considerazione dei valori della persona e dell'interesse morale che il dato riveste in sé[29].

Non mancano dunque anche negli Stati Uniti autori, anzi autrici, che invocano la tutela della dignità per sconsigliare la commercializzazione dei dati – o della privacy – a beneficio della tutela della persona, come Jennifer Rothman[30]. E autori che pur adottando il modello del copyright , ne enfatizzano gli aspetti morali[31].

---

[27] V. Hemnes, op.cit. supra n. 18

[28] *Living Without Copyright in a Digital World,* in 70 *Albany L.Rev.*, 2007, p. 1375 ss.

[29] *Privacy As Intellectual Property*?, s.d.,nel web

[30] *The Inalienable Right of Publicity,* in 101 Georgetown L.J.,2012, 185

[31] Ritter - Mayer, *Regulating Data As Property: A New Construct For Moving Forward,* in *16 Duke L.& Techn. Rev.,* n.1, p. 221 ss.

7. *A mo' di conclusione*

Si possono capire i dubbi e le incertezze che tormentano la dottrina italiana: il mercato digitale ha le sue esigenze, non possiamo essere troppo intransigenti; occorre trovare il giusto bilanciamento; l'homo dignus è anche l'homo oeconomicus, e la globalizzazione ha i suoi diritti. I mercati non hanno più confini, i Big Data la loro forza poco controllabile. E tuttavia il modello europeo (continentale) non deve essere abbandonato[32]. Si può pensare ad un complesso di iniziative tra loro coordinate, proprio sfruttando le proposte e le regole già vigenti provenienti dall' Unione: l'interpretazione estensiva dell'art. 8 della Carta dei diritti fondamentali, la qualificazione estensiva del diritto alla privacy, la valorizzazione del consenso e del recesso, il rafforzamento dei controlli sul mercato digitale, senza pervenire alla qualificazione del rapporto dato-persona in termini di proprietà.

La dottrina francese è prevalentemente orientata in questo senso: la proprietà è definita una "falsa buona idea", una "illusione pericolosa", i casi clamorosi come quello di Cambridge Analytica allarmano l'opinione pubblica, e il Regolamento sembra contenere una contraddizione, da un lato rafforzando i diritti della persona , dall'altro favorendo la circolazione dei dati; si invoca anche un nuovo compromesso sociale, e gli stessi economisti esprimono dubbi sullo scambio di dati e beni o servizi[33].

Ed in conclusione si possono condividere le idee di chi, anziché meditare sulla proprietà dei dati, ci invita a considerare come essi vengono trattati, in altri termini come viene costruita la nostra identità, e come vengono sorvegliate, spiate e scolpite le nostre vite, come si forma, in sostanza, l'appropriazione commerciale della nostra personalità[34]. È una prospettiva che trascende l'indagine individualistica, perché coinvolge l'intera comunità: in sintesi, meglio controllare il processo che liberalizzarlo concedendo diritti di proprietà.

[32] V. Prins, *Property and Privacy:European Perspectives and the Commodification of Our Identity,* in Guibault and Hugenholtz, *The Future of Public Domain*, 2006, s.l. p.223 ss. Purtova, *Property rights in personal data*, in 25 Computer Law and Security Rev., 2009, p.1 ss.

[33] Il web è affollato di interventi contrari alla proprietà dei dati personali come risulta dalla tribuna di Le Monde del 2018.

[34] V. per tutti S. Rodotà, *Il mondo nella rete*, cit., pp. 13, 33 ss.

Carlo Colapietro

Libera manifestazione del pensiero, fake news *e* privacy*, oggi*

Sommario: 1. La libertà di manifestazione del pensiero nella rivoluzione digitale – 2. Le insidie per la protezione dei dati personali derivanti dall'espressione *online*, tra pervasività dei *social network* e diffusione di *fake news* – 3. Alcune considerazioni conclusive alla luce dei recenti fenomeni di auto-regolazione delle piattaforme digitali.

1. *La libertà di manifestazione del pensiero nella rivoluzione digitale*

La rivoluzione digitale attualmente in corso impone di analizzare, sotto una luce nuova, numerose categorie del diritto costituzionale. Basti pensare, per fare due semplici esempi, all'affermazione di nuovi poteri sovrani o, ancora, all'influenza della regolazione della tecnologia sul sistema delle fonti del diritto. Non vi è dubbio, tuttavia, che se si guarda al *paradigma tecnologico* come fattore di liberazione della persona e di innovazione sociale[1], sono anzitutto i diritti e le libertà fondamentali a subire – nel bene e nel male – le maggiori ripercussioni dello sviluppo esponenziale della scienza e della tecnica a cui oggi si assiste.

Ancora più in particolare, nelle società contemporanee sono due le libertà che appaiono con una veste completamente nuova rispetto a quella disegnata dai Costituenti: da una parte, la libertà (e segretezza) delle comunicazioni e, dall'altra, la libertà di manifestazione del pensiero. Si tratta di ambiti storicamente ben distinti, così come ben distinta è la tutela costituzionale ad essi riconosciuta, che trova fondamento nell'art. 15 Cost. per la prima e nell'art. 21 Cost. per la seconda[2]. Le ragioni di tale

[1] Cfr. A. Simoncini, *Amministrazione digitale algoritmica. Il quadro costituzionale*, in R. Cavallo Perin, D.U. Galetta (a cura di), *Il diritto dell'amministrazione pubblica digitale*, Torino, 2020, 3.

[2] Su tale distinzione si vedano, fra tutti, P. Caretti, G. Tarli Barbieri, *I diritti fondamentali*, Torino, 2017, 397 ss. A tal riguardo, a suo tempo anche P. Costanzo, *Aspetti evolutivi del regime giuridico di Internet*, in *Dir. inform.*, 1996, 831 ss., evidenziava come la

separazione, com'è noto, risiedono nel differente bene tutelato dalle due disposizioni. La prima tutela i modi attraverso i quali la persona si relaziona con gli altri, *in primis* la corrispondenza ma – per l'appunto – anche «ogni altra forma di comunicazione»; vi deve essere, quindi, l'elemento della *intersoggettività*, poiché la comunicazione è tale solo se rivolta ad uno o più soggetti determinati e in un preciso momento. La libertà di cui all'art. 21 Cost., invece, tutela la diffusione di informazioni rivolte ad un pubblico indeterminato: non vi è un destinatario specifico, ma si tratta del diritto di comunicare il proprio pensiero ad una sfera indeterminata di potenziali destinatari[3].

Ebbene, se quella sopra sommariamente riportata rappresenta la conformazione tradizionale delle due libertà, non vi è dubbio che lo sviluppo tecnologico imponga oggi di ripensare profondamente questa netta distinzione. Si assiste, infatti, a un loro graduale avvicinamento, al punto da rendere non più evidente il confine tra manifestazione del pensiero e mera comunicazione[4]. In particolare, l'avvento dei nuovi *media* ha offerto inedite forme di interazione tra gli utenti, consentendo il rapido scambio di informazioni e la condivisione di ciò che tradizionalmente veniva inteso come "manifestazione del pensiero". Al punto che risulta ormai superata la classica distinzione tra la mera comunicazione, rivolta a un destinatario ben specifico, e la manifestazione del pensiero, destinata alla sua diffusione generalizzata. Difatti, nell'utilizzo delle nuove tecnologie della comunicazione – anzitutto dei *social network*, come si vedrà più avanti –

Costituzione repubblicana, con la tutela prevista rispettivamente dagli artt. 15 e 21 Cost., presti «particolare attenzione alla volontà del soggetto di limitare o meno la conoscibilità dei propri messaggi, distinguendo tra manifestazione del pensiero di tipo diffuso e manifestazione del pensiero a destinatari predeterminati, ponendo, corrispondentemente, in essere due diversi regimi di garanzia».

[3] Sulla libertà di manifestazione del pensiero – che interessa maggiormente il presente contributo – si vedano, senza pretesa di esaustività, C. Esposito, *La libertà di manifestazione del pensiero nell'ordinamento italiano*, Milano, 1956, spec. 7 ss.; S. Fois, *Principi costituzionali e libera manifestazione del pensiero*, Milano, 1957; A. Pizzorusso, R. Rombol, A. Ruggeri, A. Saitta, G. Silvestri (a cura di), *Libertà di manifestazione del pensiero e giurisprudenza costituzionale*, Milano, 2005; A. Pace, M. Manetti, *Art. 21. La libertà di manifestazione del proprio pensiero*, in G. Branca, A. Pizzorusso (a cura di), *Commentario della Costituzione*, Bologna-Roma, 2006; A. Valastro, *Art. 21*, in R. Bifulco, A. Celotto, M. Olivetti (a cura di), *Commentario alla Costituzione*, I, Torino, 2006, 455 ss.

[4] In tal senso, v. F. Zani, *Il difficile bilanciamento fra tutela della libertà di manifestazione del pensiero e diritto alla riservatezza nell'era dei social network. A proposito della sentenza n. 19712/2014 della Prima sezione penale della Corte di Cassazione*, in *Osservatorio AIC*, n. 2/2014, 3.

non sempre si ha la piena consapevolezza di quanto sia determinata la platea dei destinatari, riducendo la linea di demarcazione tra messaggio pubblico e messaggio privato.

Si tratta di una tra le numerose possibilità offerte dallo sviluppo tecnologico, che oggi impone necessariamente di ripensare le condizioni e i limiti per l'esercizio della libertà di manifestazione del pensiero. Ed è un cambiamento che travolge entrambe le declinazioni di questa libertà, vale a dire sia il diritto del singolo di poter esprimere liberamente il proprio pensiero, sia il diritto della collettività ad avere un'informazione il più possibile completa ed imparziale, per poter con ciò contribuire ad elevare il tasso di democraticità del sistema. Com'è noto, infatti, la manifestazione del pensiero viene equiparata alla diffusione di fatti, notizie e informazioni, dando così origine ad una vera e propria libertà di cronaca e ad una – più ampia – libertà di informare.

Si può dire, dunque, che i nuovi *media* abbiano permesso di compiere un enorme progresso sociale, dando a tutti la possibilità di esprimere le proprie idee in maniera quanto più genuinamente democratica, creando un'agorà in cui ogni utente può dire la sua e partecipare alle discussioni senza bisogno di intermediazioni.

Non vi è dubbio, però, che nel tempo sia andato affermandosi un senso di crescente disillusione rispetto alle virtù dei *media* non tradizionali e, più in generale, della possibilità di esternare i propri pensieri su *internet*. Ad oggi, infatti, risulta «crollata l'idea della Rete come luogo di appagamento sia del bisogno di comunicazione interpersonale, sia della sete di conoscenza, in quanto tale destinata a divenire anche il luogo di elezione del dibattito democratico. Dopo l'avvento dei *social media* il tema si è per così dire rovesciato, concentrandosi sugli aspetti meno benefici della libertà di comunicazione-diffusione del pensiero; tema che a sua volta si staglia sullo sfondo (in precedenza oscurato dalla pretesa gratuità della Rete) dell'eterno conflitto tra mercato e democrazia»[5].

Ebbene, tra le maggior insidie derivanti dal moltiplicarsi degli strumenti

[5] Così M. Manetti, *Regolare Internet*, in *MediaLaws*, n. 2/2020, 36. Sull'ultimo punto, cfr. G. Resta, *Governare l'innovazione tecnologica: decisioni algoritmiche, diritti digitali e principio di eguaglianza*, in *Pol. dir.*, n. 2/2019, 201, che mette in luce la «consapevolezza della profonda ambiguità di tutti i grandi processi di innovazione tecnologica, capaci di imprimere una netta discontinuità alle dinamiche evolutive della società. Da un lato essi possono avere una valenza fortemente emancipatoria, redistribuendo il potere sociale e creando opportunità di crescita, progresso e miglioramento della condizione umana. Dall'altro, se non sono democraticamente governati, rischiano di consolidare le posizioni di privilegio, le disuguaglianze e le asimmetrie di potere esistenti in una data comunità organizzata».

e delle occasioni per manifestare il pensiero, vi è senz'altro quella di una sovraesposizione dei propri dati personali, che può riguardare tanto i detentori delle piattaforme digitali, quanto gli altri loro utenti. Difatti, se è vero – come anticipato – che nella comunicazione su *internet* i contorni dei suoi effettivi destinatari sono più sfumati e che un'informazione, un'affermazione o un'immagine che si ritiene destinata a pochi rischia, poi, di diffondersi viralmente a un numero indefinito di persone, non c'è dubbio che ciò esponga inconsapevolmente chi si esprime a una forte lesione della sfera più intima della propria personalità.

2. *Le insidie per la protezione dei dati personali derivanti dall'espressione* online*, tra pervasività dei* social network *e diffusione di* fake news

Se è vero che oggi, rispetto al passato, i nuovi mezzi di espressione e canali di informazione mettono maggiormente a rischio i dati personali degli utenti, non c'è comunque da meravigliarsi.

Sin dalla loro affermazione, infatti, la libertà di manifestazione del pensiero ed il diritto alla riservatezza sono in condizione di reciproco bilanciamento[6]. D'altronde, anche gli stessi Warren e Brandeis nel 1890 facevano riferimento all'esperienza francese della *Loi Relative à la Presse* del 1868 per giustificare l'esistenza di un limite alla libera manifestazione del pensiero imposto dal rispetto della *privacy*[7]. Il c.d. *right to privacy*, infatti, si è notoriamente affermato proprio per far fronte all'esigenza di contemperare due diritti, diversi ma egualmente fondamentali: «quello della stampa a informare (e dei cittadini ad essere informati) e quello della persona alla sua riservatezza (e cioè alla protezione non tanto dei suoi dati personali, quanto

[6] Al punto che – come osserva parte della dottrina – il rapporto tra la libertà alla manifestazione del pensiero e diritto alla riservatezza può considerarsi come il caso paradigmatico del conflitto e del conseguente bilanciamento tra diritti fondamentali. In tal senso, v. G. Pino, *Teoria e pratica del bilanciamento: tra libertà di manifestazione del pensiero e tutela dell'identità personale*, in *Danno resp.*, n. 6/2003, 578.

[7] Come osserva A. Palmieri, *Trattamento dei dati personali e giornalismo: alla ricerca di un equilibrio stabile*, in R. Pardolesi (a cura di), *Diritto alla riservatezza e circolazione dei dati personali*, Milano, II, 2003, 338 s., "il debutto ufficiale" sulla scena giuridica del diritto alla *privacy* si deve «[alla] pubblicazione nel 1890 sulla *Harvard Law Review* del celebre articolo di Warren e Brandeis intitolato per l'appunto *The Right to privacy*». Esso, dunque, «nasce come reazione ai pettegolezzi apparsi sulle pagine scandalistiche dei giornali dell'epoca nei confronti del giovane Samuele D. Warren, divenuto uno dei protagonisti della vita mondana condotta dalla *high society* statunitense».

della sua sfera privata di vita e della sua libertà di agire in tale ambito senza controlli e senza dover temere che la conoscenza delle sue azioni possa essere legittimamente diffusa)»[8].

Nel tempo questa fisiologica contrapposizione ha subìto un'evoluzione, ma i due diritti hanno continuato a procedere parallelamente. Così, lo stesso progresso tecnologico, che ha consentito l'affermazione di inediti mezzi di espressione, ha imposto di tutelare non più solo la riservatezza intesa quale libertà da ingerenze illegittime nella propria sfera personale, ma anche e (ormai) soprattutto come protezione dei dati personali.

Allora, non è un caso che il Regolamento (UE) 2016/679 (*General Data Protectione Regulation*) in materia di *privacy* abbia fatto propria questa impostazione e non abbia trascurato l'esigenza di bilanciare la tutela dei dati personali con la garanzia della libertà di manifestazione del pensiero. A tal riguardo, infatti, l'art. 85 del GDPR stabilisce che «il diritto degli Stati membri concilia la protezione dei dati personali ai sensi del presente regolamento con il diritto alla libertà d'espressione e di informazione, incluso il trattamento a scopi giornalistici o di espressione accademica, artistica o letteraria»[9]. Tale previsione si ricollega, poi, a quanto previsto dal considerando n. 153 dello stesso GDPR, secondo cui «il diritto degli Stati membri dovrebbe conciliare le norme che disciplinano la libertà di espressione e di informazione, comprese l'espressione giornalistica, accademica o letteraria, con il diritto alla protezione dei dati personali ai sensi del presente regolamento. […] È pertanto opportuno che gli Stati adottino misure legislative che prevedano le deroghe e le esenzioni necessarie

[8] Così F. Pizzetti, *Privacy e il diritto europeo alla protezione dei dati personali. Dalla Direttiva 95/46 al nuovo Regolamento europeo*, Torino, 2016, 44.

[9] Tra l'altro, tale disposizione racchiude un inciso che segna un notevole passo in avanti rispetto al bilanciamento operato dalla Direttiva 95/46/CE, che si limitava a prevedere la necessità di individuare deroghe al trattamento dei dati per conciliare riservatezza e libertà di espressione. Sul punto, cfr. S. Barbareschi, A. Giubilei, *L'equilibrio tra la tutela dei dati personali e la manifestazione del pensiero*, in V. Cuffaro, R. D'Orazio, V. Ricciuto (a cura di), *I dati personali nel diritto europeo*, Torino, 2019, 478 s., che evidenziano come il Regolamento (UE) 2016/679 abbia allargato notevolmente i due termini in bilanciamento. Per gli Stati membri, infatti, si prevede «il dovere di conciliare la protezione dei dati personali con il diritto alla libertà di espressione e d'informazione, "*incluso*" il trattamento a scopi giornalistici o di espressione accademica, artistica o letteraria. In questo modo, il Regolamento sembra intendere che tali modalità d'espressione rappresentino solo diverse *species* di un *genus* potenzialmente più ampio, tale da poter racchiudere in sé altre indefinite forme di manifestazioni del pensiero. Un cambiamento non certo trascurabile, se si considera che la più grande sfida che si pone, oggi, alla tutela della *privacy* è proprio quella di far fronte alle nuove forme di comunicazione e – con esse – di espressione che quotidianamente fanno ingresso nella nostra società».

ai fini di un equilibrio tra tali diritti fondamentali. […] Per tenere conto dell'importanza del diritto alla libertà di espressione in tutte le società democratiche è necessario interpretare in modo esteso i concetti relativi a detta libertà, quali la nozione di giornalismo».

Non può di certo trascurarsi il fatto che queste affermazioni di principio – salve le deroghe poi puntualmente individuate nel prosieguo dell'art. 85 del GDPR[10] – risultino, oggi, particolarmente ambiziose. Nell'era digitale, in cui il *web* rappresenta ormai un luogo insostituibile per esprimersi e comunicare con gli altri – data la sostanziale assenza di condizioni di accesso e utilizzo delle piattaforme – oltre che un mezzo estremamente agile per reperire e diffondere notizie e informazioni, i dati personali degli utenti si ritrovano costantemente minacciati da forme indebite di trattamento[11]. Difatti, quando è l'interessato che direttamente rende noto il proprio dato personale condividendo un'informazione che lo riguarda, con estrema facilità quest'ultima può essere estratta, ri-condivisa, diffusa ed utilizzata con finalità del tutto diverse rispetto a quelle originariamente immaginate dall'interessato.

Si pone, in altri termini, una lesione del diritto a controllare il destino delle proprie informazioni, quale declinazione positiva di quella che in dottrina è stata definita come "libertà informatica" e che consiste, per l'appunto, nella facoltà «di esercitare un diritto di controllo sui dati concernenti la propria persona che sono fuoriusciti dalla cerchia dalla *privacy* per essere divenuti elementi di *input* di un programma elettronico;

[10] Il secondo paragrafo dell'art. 85 del Regolamento, infatti, prevede: «ai fini del trattamento effettuato a scopi giornalistici o di espressione accademica, artistica o letteraria, gli Stati membri prevedono esenzioni o deroghe rispetto ai capi II (principi), III (diritti dell'interessato), IV (titolare del trattamento e responsabile del trattamento), V (trasferimento di dati personali verso paesi terzi o organizzazioni internazionali), VI (autorità di controllo indipendenti), VII (cooperazione e coerenza), e IX (specifiche situazioni di trattamento dei dati) qualora siano necessarie per conciliare il diritto alla protezione dei dati personali e la libertà d'espressione e di informazione». L'articolo, poi, si chiude con un terzo paragrafo in base al quale «ogni Stato membro notifica alla Commissione le disposizioni di legge adottate ai sensi del paragrafo 2 e comunica senza ritardo ogni successiva modifica».

[11] Sul punto, cfr. F. Piraino, *Il Regolamento generale sulla protezione dei dati personali e i diritti dell'interessato*, in *Nuove leggi civili comm.*, n. 2/2017, 369 ss., secondo cui l'avvento dell'era digitale ha posto il tema – tra i più delicati – «dell'adozione di misure che alimentino la percezione individuale e collettiva del valore rivestito dalle informazioni di carattere personale, nel tentativo di arginare, o per lo meno rendere più consapevole, l'attuale tendenza della persona a barattare con estrema leggerezza le proprie informazioni con servizi o beni immateriali o, addirittura, a renderle manifestamente pubbliche, specie tramite i *social media*, consentendo in tal modo a terzi il loro trattamento senza la preventiva richiesta di consenso, anche quando i dati appartengono alle categorie particolari».

e dunque libertà informatica positiva, o diritto soggettivo riconosciuto, di conoscere, di correggere, di togliere o di aggiungere dati in una scheda personale elettronica»[12].

Da questo punto di vista, il mezzo più emblematico – e forse anche problematico – è senza dubbio quello dei *social network*. Queste piattaforme, nelle loro diverse configurazioni e finalità, hanno assunto un ruolo centrale nella quotidianità delle persone, sul piano sia individuale che sociale, divenendo strumento ormai privilegiato per diffondere e reperire notizie e informazioni (basti pensare a quanto il dibattito pubblico e politico si sia spostato unicamente, o quantomeno prioritariamente, sui canali *social*). Da questo punto di vista, è evidente come ne esca profondamente mutata l'originaria concezione della libertà di manifestare il proprio pensiero. Tuttavia, la lungimiranza dei Costituenti ha consentito di inserire, all'art. 21 Cost., una clausola finale, laddove è stato previsto che tale libertà possa essere esercitata con «ogni mezzo di diffusione», così da assicurare protezione costituzionale anche a forme inedite di espressione, rese possibili grazie allo sviluppo delle tecnologie più recenti[13].

Eppure, come si anticipava in apertura, questa accresciuta possibilità di manifestare liberamente il proprio pensiero non è senza insidie e non solo per quanto riguarda il profilo della protezione dei dati personali. Le criticità sono ben note e la casistica, sfortunatamente, è fin troppo ampia: basti pensare al tema dell'*hate speech*, al dilagare di fenomeni di bullismo *online*, alla facilità con cui possono esprimersi pensieri ingiuriosi o diffamatori, alla condivisione di materiale multimediale lesivo della dignità e della riservatezza delle persone.

Ebbene, a tutto ciò si aggiunge un ulteriore fenomeno che in tempi recenti ha palesato tutte le sue maggiori criticità: la diffusione di notizie false o *fake news* (per usare la più nota definizione inglese), in grado di compromettere la libera determinazione dei cittadini.

[12] Così V. Frosini, *La protezione della riservatezza nella società informatica*, in N. Matteucci (a cura di), *Privacy e banche dati*, Bologna, 1981, 37 ss., spec. 41. Secondo l'Autore, a questa declinazione "positiva" della libertà informatica, se ne aggiungerebbe una di natura "negativa", consistente nel diritto di non rendere di dominio pubblico alcune informazioni di carattere personale, privato o riservato.

[13] Per quanto riguarda la libertà in esame, tali tecnologie implicano anche, quale ulteriore effetto collaterale, le manifestazioni del pensiero in forma anonima. Difatti, l'avvento della comunicazione *online* sta consentendo – sempre più – lo scambio di informazioni a prescindere dall'immediata identificazione del parlante, rendendo accessibile una forma di anonimato non assoluta, ma sicuramente molto più efficace di quelle fruibili in precedenza. Sul punto cfr. M. Manetti, *Libertà di pensiero e anonimato in rete*, in *Dir. inform.*, n. 2/2014, 139 ss.

Com'è noto, una corretta informazione rappresenta una condizione fondamentale per elevare il tasso di democraticità del sistema ed assicurare la formazione di un'opinione pubblica completa e imparziale[14], in modo da evitare l'adozione di comportamenti individuali contrari al perseguimento dell'interesse collettivo. Tali circostanze sono state efficacemente individuate nell'ambito di una recente decisione del Consiglio di Stato in tema di accesso civico generalizzato, istituto del quale l'Adunanza plenaria ha messo in luce la connotazione solidaristica, ritenendo che l'apertura della pubblica amministrazione alla conoscenza collettiva sia «funzionale alla disponibilità di dati di affidabile provenienza pubblica per informare correttamente i cittadini ed evitare il propagarsi di pseudoconoscenze e pseudocoscienze a livello diffuso, in modo – come è stato efficacemente detto – da "contribuire a salvare la democrazia dai suoi demoni, fungendo da antidoto alla tendenza […] a manipolare i dati di realtà"»[15].

Il paradosso è che la troppa informazione[16] possa condurre alla disinformazione e, a parere di chi scrive, l'aspetto più problematico riguarda proprio le *fake news* che possono essere messe in circolo a scopo distorsivo di una corretta informazione. Il meccanismo è noto. Si parte da un pregiudizio di base e si riporta, al riguardo, un'informazione caratterizzata da un'apparente plausibilità o solo parzialmente vera, a cui si aggiunge, poi, un elemento falso, ingannevole o comunque "deviante". Il risultato sarà un'informazione nuova, inesatta ed elaborata ad arte per far giungere

[14] Sul punto, sia consentito rinviare a C. Colapietro, *La "terza generazione" della trasparenza amministrativa. Dall'accesso documentale all'accesso generalizzato, passando per l'accesso civico*, Napoli, 2016, 57 s. e, più recentemente, Id., *Il complesso bilanciamento tra il principio di trasparenza e il diritto alla privacy: la disciplina delle diverse forme di accesso e degli obblighi di pubblicazione*, in *federalismi.it*, n. 14/2020, 63 ss., spec. 69.

[15] Così Cons. Stato, Ad. plen., sentenza 2 aprile 2020, n. 10, par. 36.5. Nell'ultimo passaggio, vengono citate testualmente le considerazioni di M. Savino, *Il FOIA italiano e i suoi critici: per un dibattito scientifico meno platonico*, in *Dir. amm.*, n. 3/2019, 453 ss., spec. 455.

[16] Circostanza che tipicamente si riscontra a seguito dell'avvento dei nuovi *media*, che si caratterizzano per una partecipazione attiva di tutti gli utenti alla determinazione del patrimonio informativo. Sul punto, cfr. C. Masciotta, *Informazione online e dovere di solidarietà. Le fake news fra educazione e responsabilità*, in *Rivista AIC*, n. 1/2018, 1 ss., secondo la quale l'ingresso nell'era del Web 2.0 «porta con sé lo sviluppo della cosiddetta informazione "fai da te"», nel cui ambito «chiunque può mettere informazioni su internet, diventando, così, protagonista attivo della Rete. Non è, dunque, l'avvento del *Web* la causa scatenante del fenomeno, posto che la sua nascita risale ormai agli anni '90, quanto piuttosto l'affermazione del *Web* 2.0: da quel momento in poi gli utenti non si limitano più a navigare per acquisire notizie nella Rete dominata dagli *Over The Top* dell'informazione, ma possono essi stessi inserire dati e materiali diventando autori della comunicazione *on web*».

ai destinatari un preciso messaggio, con l'intento di disinformare, di creare scandalo o, molto spesso, di attirare gli utenti su determinate pagine internet, per assicurare ai relativi gestori ritorni in termini economici e di visibilità.

La casistica è molto ampia[17]. Credo, però, che uno degli ambiti in cui le *fake news* riescano ad esprimere la loro maggiore pericolosità sia quello della scienza e della medicina, come si è potuto facilmente constatare con l'avvento della pandemia di Covid-19. Dai *report* più aggiornati su *fake news* e Coronavirus che ormai si stanno consolidando sul tema, emerge uno scenario allarmante. Basti considerare che in Italia circa 909 mila persone, sui propri *social network*, si informano sui vaccini per il Covid-19 seguendo determinati canali, gruppi o pagine che si occupano del tema; ebbene, di queste persone, più della metà (457 mila) segue in realtà canali, gruppi o pagine dichiaratamente "No Vax", in cui, tra i contenuti condivisi potenzialmente falsi, circa la metà (49,3%) riguarda gli effetti avversi dei vaccini. Non è un caso che, negli ultimi mesi, gli utenti "No Vax" siano più che raddoppiati (tra marzo e maggio 2021, quando era in fase di consolidamento la prima campagna vaccinale, si è registrato un +136%)[18].

È evidente, quindi, la pericolosità concreta e non solo virtuale (nel vero senso della parola) delle *fake news*, che, in un caso come questo, possono incidere in maniera nefasta sul diritto costituzionale alla salute, tanto per i singoli quanto per l'intera collettività. Per questo il corretto governo – inteso sia in senso individuale, sia da parte dello Stato – delle informazioni sul Covid-19 ha rappresentato una delle sfide più ardue dall'avvento della pandemia[19].

[17] In dottrina vi è chi ha provato a definire e categorizzare il fenomeno delle *fake news*, come M. Bassini – G.E. Vigevani, *Primi appunti su* fake news *e dintorni*, in *MediaLaws*, n. 1/2017, 15 ss. Gli Autori individuano tre principali categorie di *fake news*. Anzitutto, «le falsità costruite ad arte da gruppi di potere […] con l'obiettivo di modificare l'agenda pubblica, manipolando l'informazione e la formazione dell'opinione pubblica anche tramite il ricorso all'utilizzo di tecnologie sofisticate». In secondo luogo, vi sono «le notizie false o di dubbia autenticità che circolano in rete suffragate dalla condivisione tra gli utenti (la *vox populi*)». Infine, residualmente, «tutte le notizie false che ledono gli interessi individuali e collettivi».

[18] Si tratta dei dati che emergono dal *report* della Fondazione MESIT – Medicina sociale e innovazione tecnologica, pubblicato ad ottobre 2021 (consultabile al seguente link: *https://www.fondazionemesit.it/covid-19-e-lesplosione-delle-fake-news/*). Sono comunque molti i *report* pubblicati da soggetti privati relativi al monitoraggio sulla disinformazione relativa al Coronavirus. Può considerarsi, in tal senso, anche quello della Fondazione Bruno Kessler, che ha avviato un "Infodemic Observatory for COVID-19" (consultabile al seguente link: *https://covid19obs.fbk.eu/#/*).

[19] Anche per tale ragione, il Ministero della Salute ha istituito – sul proprio sito istituzionale – un portale dedicato all'individuazione delle *fake news* in materia di Covid-19 (qui il

3. *Alcune considerazioni conclusive alla luce dei recenti fenomeni di autoregolazione delle piattaforme digitali*

Come già sommariamente anticipato, c'è senz'altro un altro ambito in cui le *fake news* e, più in generale, la manipolazione della realtà sui *social network* stanno palesando i loro risvolti più critici ed è quello della divulgazione di informazioni *online* da parte delle istituzioni e dei leader pubblici[20]. La comunicazione sui *social media*, che ha il pregio di far giungere intenzioni e programmi dei decisori politici con estrema immediatezza anche a chi in passato ne era tagliato fuori, ha senza dubbio mostrato quanto posse essere facile far giungere un messaggio distorsivo, in grado di compromettere l'autodeterminazione politica dei destinatari[21].

Proprio per tale ragione il dibattito pubblico relativo ai *social network* si divide tra coloro che sono favorevoli ad una loro disciplina normativa e chi, al contrario, si augura che tali nuovi mezzi di comunicazione e condivisione

link: *https://www.salute.gov.it/portale/nuovocoronavirus/archivioFakeNewsNuovoCoronavirus.jsp*). Questa non è l'unica misura introdotta dal Governo per contrastare tale fenomeno, come dimostra, ad esempio, l'istituzione di un'Unità di monitoraggio per il contrasto della diffusione di *fake news* relative al Covid-19 sul *web* e sui *social network* presso il Dipartimento per l'informazione e l'editoria della Presidenza del Consiglio dei ministri. Il contributo di tale Unità è analizzato da A. Candido, *Libertà di informazione e democrazia ai tempi delle* fake news, in *federalismi.it*, n. 20/2020, 105 ss.

[20] La dottrina su *social network* e formazione del consenso politico è ormai estremamente vasta. Si vedano, fra tutti, P. Bonini, *L'autoregolamentazione dei principali Social Network. Una prima ricognizione delle regole sui contenuti politici*, in *federalismi.it*, n. 11/2020, 265 ss.; B. Caravita, *Social network, formazione del consenso, istituzioni politiche: quale regolamentazione possibile?*, in *federalismi.it*, n. 2/2019, 1 ss.; P. Carnevale, D. Chinni, *To be or not to be (online)? Qualche considerazione sul rapporto tra web e organi costituzionali*, in *Consulta online.* Liber amicorum *per Pasquale Costanzo*, 25 novembre 2019, 1 ss.; E. Catelani, Fake news *e democrazia: verso una democrazia tecnologica?*, in *Consula online.* Liber amicorum *per Pasquale Costanzo*, 21 maggio 2020, 1 ss.; D. Chinni, *Potere politico e nuove tecnologie. Spunti conclusivi a margine della discussione nell'*atelier, in A. Lo Calzo, L. Pace, Giu. Serges, C. Siccardi, P. Villaschi (a cura di), *Diritto e nuove tecnologie tra comparazione e interdisciplinarità*, in *Rivista del Gruppo di Pisa*, n. 3/2021, 641 ss.; S. Foà, *Pubblici poteri e contrasto alle* fake news*. Verso l'effettività dei diritti aletici?*, in *federalismi.it*, n. 11/2020, 248 ss.; G. Grasso, Social network*, partiti politici e lotta per il potere*, in *federalismi.it*, n. 1/2020, 211 ss.; P. Zicchittu, *La libertà di espressione dei partiti politici nello spazio pubblico digitale: alcuni spunti di attualità*, in *MediaLaws*, n. 2/2020, 81 ss.

[21] Cfr. B. Caravita, *op. ult. cit.*, 3, secondo cui i *social network* (specie tramite l'uso di tecnologie algoritmiche) «hanno permesso di orientare l'opinione pubblica di massa, di creare egemonia e, alla fine, di far vincere le elezioni, cioè il vecchio, tradizionale e ineliminabile strumento della democrazia rappresentativa, a chi in realtà questo strumento cercava e cerca tuttora di aggirare».

restino sostanzialmente liberi da ingerenze dei regolatori pubblici[22]. Anche in questo caso, come spesso accade quando si è dinnanzi al progresso tecnologico, sembra perseguirsi l'intento di non irrigidire eccessivamente il quadro normativo di riferimento e favorire così lo sviluppo del fenomeno digitale, sebbene tale strada potrebbe condurre al consolidamento di posizioni di privilegio da parte dei detentori delle piattaforme, generando diseguaglianze e possibili compressioni all'esercizio delle libertà individuali[23].

A tal riguardo, la vicenda che tra la fine del 2020 e l'inizio del 2021 ha visto coinvolto l'ex Presidente degli Stati Uniti Donald Trump risulta particolarmente emblematica, perché ha palesato quanto sia facile sfruttare gli intrecci della Rete per manipolare il dibattito pubblico ed ottenere consenso politico, agendo sulla linea di confine tra *fake news* e distorsione della realtà. Ci si riferisce al fatto che alcuni noti *social network* – anzitutto *Facebook*, *Instagram* e *Twitter* – hanno deciso di limitare il loro utilizzo da parte di Donald Trump, prima con la rimozione di alcuni contenuti pubblicati, successivamente impedendo «in maniera permanente» l'accesso ai propri account da parte dell'*ex* Presidente con conseguente oscuramento delle proprie pagine *social*[24]. Com'è noto, quest'apice si è raggiunto nelle settimane successive alla competizione elettorale del 2020, specie a seguito degli eventi di *Capitol Hill* del 6 gennaio 2021, quando numerosi manifestanti, dichiaratamente sostenitori del Presidente uscente, hanno assaltato il Campidoglio di Washington, D.C. per interrompere la proclamazione di Joe Biden come nuovo Presidente.

A leggere le motivazioni di volta in volta avanzate dalle piattaforme e dai loro gestori, i contenuti pubblicati sono stati considerati – per l'appunto – "ingannevoli" o contrastanti con le regole sull'incitazione alla violenza e sulle organizzazioni pericolose previste dalle piattaforme stesse. In quanto

[22] Sul punto, si veda P. Passaglia, *Privacy e nuove tecnologie, un rapporto difficile. Il caso emblematico dei social media, tra regole generali e ricerca di una specificità*, in *Consulta online*, n. 3/2016, 332 ss., spec. 346 ss.

[23] Sul tema si veda, più approfonditamente, G. Resta, *Governare l'innovazione tecnologica: decisioni algoritmiche, diritti digitali e principio di eguaglianza*, 199 ss.

[24] La vicenda è ricostruita e analizzata, tra gli altri, da M. Manetti, *Facebook, Trump e la fedeltà alla Costituzione*, in *Quad. cost.*, n. 2/2021, 427-430. L'Autrice osserva come «la chiusura degli *account* di Trump non possa essere spiegata secondo l'ottica privatistica, in quanto essa non è stata in realtà frutto dell'applicazione – lecita o illecita – delle condizioni d'uso delle piattaforme. Infatti, anche ammettendo che al Presidente in carica spetti il *free speech* al pari di tutti gli altri cittadini, e che alle piattaforme spetti di imporre le condizioni d'uso che preferiscono, è da dubitare che i messaggi diffusi da Trump nell'ultimo periodo della sua presidenza siano qualificabili come esercizio della libertà di pensiero, e che essi siano stati rimossi/inibiti per inosservanza di clausole contrattuali».

tali, i contenuti sono stati rimossi proprio per la loro capacità di avvelenare il dibattito pubblico. È evidente, tuttavia, come tale vicenda abbia portato alla luce una criticità già ben nota relativa all'esercizio della libertà tradizionali – nel caso di specie quella di espressione da parte dei *leader*s politici – sui *social network*, e cioè che tutto ciò avviene all'interno di uno spazio virtuale privo di un'opportuna regolazione, se non quella stabilita dai detentori delle piattaforme stesse. Quello attuale, infatti, rappresenta uno scenario in cui «lo spazio pubblico si dilata considerevolmente fino a inglobare quegli attori privati che, in virtù di una loro posizione di fatto, incidono sull'esercizio dei diritti fondamentali. In maniera del tutto simmetrica, le garanzie costituzionali si espandono, democratizzando la regolazione privatistica della rete»[25].

Lo sviluppo della tecnologia sta evidentemente comportando una marginalizzazione del ruolo che tradizionalmente possedevano i decisori politici. Ciò implica alcune conseguenze profonde, ancor prima che sulle fonti del diritto, sull'impalcatura costituzionale del nostro ordinamento. A tal riguardo, può riscontrarsi un netto mutamento dell'originaria concezione di sovranità, tradizionalmente esercitata tramite gli strumenti della democrazia rappresentativa. Come osservato in dottrina, infatti, l'idea di sovranità politica propria dell'epoca contemporanea (che a sua volta aveva superato l'idea della sovranità privata, tipica dell'epoca moderna), sta gradualmente venendo meno e al suo posto va affermandosi «una nuova "fenomenologia della sovranità", intesa come potenza tecnica o tecno-economica»[26]. Ciò sta consentendo l'ingresso di nuovi attori nel circuito della produzione normativa, alcuni dei quali hanno una natura che può ritenersi ancora "istituzionale", altri che di tale natura sono decisamente privi, ma che, ciò nonostante, hanno un ruolo determinante nella regolazione di fenomeni che caratterizzano la quotidianità.

Difatti, è ormai evidente come la tecnica e la scienza trovino la propria disciplina al di fuori dei circuiti istituzionali e, rispetto ad altri rami del diritto, vi sia una inconsueta partecipazione di attori privati nella relativa attività di regolazione. Ciò mette in discussione alcuni connotati tradizionali della norma giuridica, *in primis* quello della sua eteronomia. Difatti, si assiste oggi alla capillare diffusione di forme di co-regolazione e auto-regolazione,

[25] Così P. Zicchittu, *La libertà di espressione dei partiti politici nello spazio pubblico digitale: alcuni spunti di attualità*, cit., 86.

[26] In tal senso A. Simoncini, *L'algoritmo incostituzionale: intelligenza artificiale e il futuro delle libertà*, in *BioLaw Journal*, n. 1/2019, 67 ss. Sul tema si veda, altresì, P. Costanzo, *Il fattore tecnologico e le trasformazioni del costituzionalismo*, in Aa. Vv., *Costituzionalismo e globalizzazione. Atti del XXVII Convegno annuale dell'AIC. Salerno, 22-24 novembre 2012*, Napoli, 2014, 43 ss.

anche in ambiti che sono di rilievo pubblico, come, per l'appunto, quello dell'informazione. L'idea di fondo è che «l'utilizzo di standard elaborati da soggetti privati, su base essenzialmente tecnocratica, favorisca l'innovazione tecnologica e scambi commerciali più liberi e proficui»: una circostanza che segna una netta inclinazione verso forme di *soft law* e *self regulation*, a scapito dei consolidati meccanismi dell'*hard law*[27]. Quest'ultima, infatti, sembrerebbe essere costretta ad "aderire" a valutazioni e decisioni prese altrove, incorporando precetti tecnici formulati da organismi privati o tramite il «riconoscimento indiretto di effetti giuridicamente rilevanti a norme tecniche o a standard di produzione non pubblicistici»[28]. La principale e più evidente ripercussione di tale circostanza è che i privati, detentori delle competenze, si ritrovano nella condizione di poter autonomamente individuare gli interessi da perseguire, eventualmente anche a prescindere da una loro coincidenza con interessi di natura pubblica.

Ed è in questo contesto che si inserisce l'*Oversight Board* recentemente istituito da *Facebook* per il controllo dei contenuti pubblicati sui *social network* del gruppo[29]. Si tratta di un "Comitato per il controllo", creato per proteggere la libertà di espressione *online* ed assicurare un'ulteriore tutela ai soggetti che subiscono limitazioni ai propri *post* o *account* per il tenore dei commenti e contenuti condivisi sulle piattaforme, tentando di assicurare, così, anche maggiore prevedibilità nell'applicazione delle regole sui contenuti pubblicabili. Strutturalmente, l'*Oversight Board* si presenta come un organo collegiale, indipendente da *Facebook*, a cui potranno rivolgersi gli utenti che non si trovino d'accordo con la decisione finale assunta dalla piattaforma. La base "normativa" a disposizione del Comitato per emettere la pronuncia definitiva sulla legittimità di tale decisione viene individuata nelle condizioni d'uso e negli standard della *community*.

A partire dal gennaio del 2021, l'*Oversight Board* ha cominciato ad

[27] Così E. Stradella, *La regolazione della Robotica e dell'Intelligenza artificiale: il dibattito, le proposte, le prospettive. Alcuni spunti di riflessione*, in *MediaLaws*, n. 1/2019, 7 s.

[28] Sul tema si veda, per tutti, A. Iannuzzi, *Il diritto capovolto. Regolazione a contenuto tecnico-scientifico e Costituzione*, Napoli, 2018, spec. 87 ss.

[29] Sull'istituzione di tale inedito organismo, si vedano P. Bianchi, *Pieszek e l'Independent Oversight Board di FB: piccoli passi verso la censura collaterale*, in *Consulta online*. Liber amicorum *per Pasquale Costanzo*, 10 febbraio 2020, 6 s.; P. Bonini, *L'autoregolamentazione dei principali Social Network. Una prima ricognizione delle regole sui contenuti politici*, cit., 277 ss.; G.C. Feroni, *L'Oversight Board di Facebook: il controllo dei contenuti tra procedure private e norme pubbliche*, 16 febbraio 2021, in *https://www.garanteprivacy.it/home/docweb/-/docweb-display/docweb/9542545*; O. Pollicino, *L'"autunno caldo" della Corte di giustizia in tema di tutela dei diritti fondamentali in rete e le sfide del costituzionalismo alle prese con i nuovi poteri privati in ambito digitale*, in *federalismi.it*, n. 19/2019, 10 s.

adottare e pubblicare le proprie prime decisioni[30], offrendo, in questo modo, un'importante chiave di lettura sul ruolo che tale inedito organismo potrà avere per affrontare alcune delle questioni più critiche che sorgono rispetto all'esercizio della manifestazione del pensiero *online*. Si tratta di decisioni particolarmente emblematiche[31], come l'istigazione alla violenza, l'*hate speech* o l'assunzione di decisioni algoritmiche da parte delle piattaforme. Sullo sfondo di tali decisioni si trova l'esercizio della libertà di espressione e la definizione dei suoi contorni nel caso in cui venga esercitata all'interno di un *social network*, motivo per cui è costante il riferimento al tema della disinformazione, come nel caso della decisione sulla citata vicenda che ha visto coinvolto Donald Trump[32]. Questo si è concluso con una sostanziale conferma circa la correttezza della scelta di *Facebook* di bloccare gli *account* dell'*ex* Presidente, sebbene vengano evidenziate alcune criticità sull'adozione di una sanzione "inedita", non prevista quale conseguenza della violazione delle proprie condizioni d'uso, vale a dire la sospensione a tempo indeterminato dell'*account*.

Ebbene, anche grazie alla lettura di questa e delle altre prime decisioni, si comprende come, con l'istituzione del Comitato, *Facebook* sia andata oltre l'auto-regolazione, dotandosi di un proprio organo che operi con autonomia e indipendenza nel "giudicare" la corretta applicazione degli *standard* della *community* da parte delle piattaforme stesse. Questo rappresenta il tentativo – forse il primo da parte di una *Big Tech* – di colmare gli spazi lasciati vuoti dai decisori politici nella regolazione dei nuovi fenomeni digitali e, per tale ragione, merita di essere monitorato con attenzione. Soprattutto ove si consideri che, in questo modo, i gestori delle piattaforme hanno cercato di dare una risposta a fronte delle pesanti responsabilità emerse negli ultimi anni e relative – per quel che maggiormente interessa in questa sede – al bilanciamento tra l'esercizio della libertà di manifestazione del pensiero

[30] Le decisioni vengono pubblicate sul portale istituzionale del Comitato e sono consultabili al seguente link: *https://oversightboard.com/decision/*.

[31] D'altronde, come si chiarisce nello stesso portale di accesso all'*Oversight Board,* «il Comitato non è stato progettato per fungere da semplice estensione della procedura esistente di analisi dei contenuti di *Facebook*. Piuttosto, analizzerà un determinato numero di casi altamente emblematici e stabilirà se le decisioni sono state prese in conformità con le normative e i valori stabiliti da *Facebook*» (v. *https://oversightboard.com*).

[32] Si tratta del caso 2021-001-FB-FBR, la cui decisione è stata pubblicata in data 5 maggio 2021 ed è reperibile al seguente link: *https://oversightboard.com/decision/FB-691QAMHJ/*. Per un commento della decisione, cfr. O. Pollicino, G. De Gregorio, M. Bassini, *Trump's Indefinite Ban: Shifting the Facebook Oversight Board away from the First Amendment Doctrine*, in *VerfBlog*, 5 novembre 2021, *https://verfassungsblog.de/fob-trump-2/*.

(*online*) e gli altri diritti ad essa intrecciati, *in primis* il diritto ad una corretta informazione e al rispetto della riservatezza degli utenti.

A parere di chi scrive, per quanto tale iniziativa possa essere senz'altro valutata positivamente – nella speranza che le libertà esercitate in Rete possano uscire rafforzate da questa nuova e più penetrante forma di garanzia – non vi è dubbio che dovrebbero essere altre le sedi dove effettuare simili bilanciamenti. Da questo punto di vista, si è dinnanzi ad un'ulteriore conferma di quanto la rivoluzione digitale, nelle sue continue ed innovative manifestazioni, progredisca ad una velocità che i decisori politici contemporanei non riescono a tenere.

E come ci ricorda Vincenzo Cuffaro – a cui questo scritto è affettuosamente dedicato – è proprio la «dimensione tecnologica» ad aver determinato un significativo mutamento di prospettiva, tale da richiedere «la necessità di un adeguamento delle regole»[33]. Per questo la tecnologia, di fronte alla latitanza della politica, trova altrove e crea dal basso le proprie regole. Ed è proprio su queste ultime che sarà necessario concentrarsi sempre più in futuro, per comprendere e – si spera – anticipare una possibile regolazione per il settore tecnologico, che consenta di proteggere adeguatamente, nel contesto digitale, le tradizionali libertà costituzionali.

[33] Cfr. V. Cuffaro, *Il diritto europeo sul trattamento dei dati personali e la sua applicazione in Italia: elementi per un bilancio ventennale,* in V. Cuffaro – R. D'Orazio – V. Ricciuto (a cura di), *I dati personali nel diritto europeo*, cit., 18 ss.

Aurelio Gentili

Fine del diritto dell'informazione?

Sommario: 1. Il diritto dell'informazione: libertà di informare e diritto di essere informati – 2. La stampa e la radiotelevisione: il pluralismo come mezzo di tutela dell'informazione – 3. L'informazione nella rete: scopi di profitto e esercizio del potere – 4. Carenza di una regolamentazione e di un inquadramento giuridico dell'informazione *online* – 5. La disciplina dell'informazione attraverso la disciplina del suo profilo economico – 6. Conclusioni.

1. *Il diritto dell'informazione: libertà di informare e diritto di essere informati*

Siamo alla fine del diritto dell'informazione? Forse per rispondere bisogna prima farsi un'altra domanda: c'è mai stato un diritto dell'informazione?

Trentacinque anni fa Vincenzo Cuffaro sforzandosi di costruirlo con fiducia scriveva «..il presumibilmente prossimo intervento legislativo, nell'aggiungere un'altra tessera al mosaico recante la disciplina dei mezzi di comunicazione di massa, non potrà mutarne il disegno di fondo che proprio nel riconoscimento di un autonomo diritto del destinatario ad un'informazione corretta trova uno dei tratti essenziali». Quel 'disegno di fondo' gli appariva chiaro: libertà di informare, diritto di essere informati.

Della prima non è possibile dubitare.

Non filosoficamente. L'informazione è il mezzo con cui, attraverso l'espressione del pensiero, potrebbe manifestarsi la verità. E la verità è un presupposto della democrazia[1]: non c'è libertà nell'errore. Per questo, con Mill, non è bene neppure che i molti possano reprimere l'espressione del pensiero dell'unico dissenziente, non più di quanto questi potrebbe aver diritto di reprimere la loro.

Né istituzionalmente. Alla verità non si può dare una base istituzionale. Ma alla libertà di espressione sì. Lo fanno infatti da secoli le leggi sulla

[1] F. D'Agostini, I. Gronchi, *Filosofia, verità e democrazia*, in *La disinformazione on line e il ruolo degli esperti nell'agorà digitale: una prospettiva transdisciplinare,* a cura di M. Monti, in *Federalismi.it*. n. 11, 2020, p. 1 ss., p. 8.

stampa e lo fanno da epoca più recente le Costituzioni e le Carte dei diritti, perché l'informazione è una condizione per la democrazia[2]. La libertà di informare ha dunque una solida base di diritto positivo.

Del secondo possiamo essere meno sicuri.

Già filosoficamente ci sono problemi. L'informazione non ha un rapporto necessario con la verità. Al massimo è connessa ad una verità putativa; e che l'espressione sia oggettivamente veridica va lasciato al giudizio del destinatario[3].

Ci sono poi problemi istituzionali. Come V. Cuffaro ci ricordava, se è facilmente riconoscibile un *interesse*, individuale e collettivo, ad essere informati, soddisfatto dalla semplice possibilità di accesso alle fonti di informazione, ben più difficile è costruire tale interesse come *diritto*[4]. Difficile, ma necessario: acquisito che i mezzi di comunicazione di massa non si limitano a diffondere l'informazione ma la plasmano, la mera libertà di ricevere notizie non garantisce la loro correttezza, restando assai debole la garanzia offerta dal discernimento del singolo[5]. Per questo necessita una tutela. Ma la necessità non è una fonte del diritto positivo.

Quel 'prossimo intervento legislativo' auspicato dall'Autore festeggiato non c'è mai stato. C'è stato invece da allora un duplice profondo mutamento del mondo dell'informazione[6]. Al primo, l'avvento della radiotelevisione come principale mezzo di comunicazione di massa, il legislatore ha reagito con una certa coerenza. Al secondo, l'avvento del *world wide web*, sotto il profilo dell'informazione non ha reagito quasi affatto.

Ma andiamo con ordine.

[2] Mi sembra un assunto pacifico. Tra molti, di recente, G.L. Conti, *Manifestazione del pensiero attraverso la rete e trasformazione della libertà di espressione: c'è ancora da ballare per strada?*, in *Riv. AIC*, n.4, 2018, p. 200 ss., p. 201.

[3] Problema diverso è se si possa almeno pretendere che sia preservata la libertà di questo giudizio, e dunque l'informazione sia scevra da inganni o manipolazioni. Solo in tal senso, dunque, corretta.

[4] V. Cuffaro, *Profili civilistici del diritto all'informazione*, Napoli, 1986, pp. 32-39

[5] V. Cuffaro, *op. cit.*, pp. 47-48.

[6] M. Barberis, *Ecologia della rete. Come usare internet e vivere felici*, Sesto San Giovanni, 2021, p. 21 ss.

2. *La stampa e la radiotelevisione: il pluralismo come mezzo di tutela dell'informazione*

Da quel lontano anno 1605 in cui fu pubblicata la prima gazzetta di notizie per tre secoli e mezzo l'informazione è stata diffusa attraverso la stampa. Ed è stato ben presto chiaro che la stampa non solo forma ma influenza l'opinione pubblica. Rappresentandosi questo problema i legislatori hanno scelto vie diverse. Il nostro con la legge del 1981[7] ha compiuto una scelta discutibile ma chiara: assicurare la correttezza dell'informazione attraverso il pluralismo delle sue fonti. Di qui il divieto di concentrazioni a prescindere dall'eventuale abuso che un editore possa fare della sua posizione dominante nel mercato delle idee.

Il problema si è riproposto – con più forza, per la capillare penetrazione del mezzo nell'intimità dei fruitori – con la televisione. La risposta legislativa non è mutata. Con la legge del 1990[8] vennero posti limiti anti-concentrativi – sebbene a giudizio di molti e della stessa Corte costituzionale, troppo laschi - al comparto generale dei *media*.

La *ratio* di questi provvedimenti era che, soprattutto dove le risorse siano limitate (come l'etere), mentre non è possibile assicurare in via diretta l'obiettività e la correttezza dell'informazione, è possibile farlo in via indiretta favorendo l'esistenza di una pluralità di fonti di informazione[9].

Ma non solo. Accanto a questo pluralismo 'esterno' esistono mezzi di pluralismo interno. Le leggi, almeno in via di affermazione di principio, asseverano l'obiettività dell'informazione nella stampa e nelle radiodiffusioni. E in queste si radicano strutture redazionali composte da professionisti vincolati ai canoni deontologici del loro ordine. Quanto questi strumenti istituzionali siano efficaci è materia di discussione. Ma almeno esistono e, se anche non incidono a fondo su ciò che si fa, difendono l'idea di ciò che si dovrebbe fare, consentendo alle corti di statuire che la libertà di espressione è legittimamente esercitata quando sussiste utilità sociale dell'informazione, verità almeno putativa dei contenuti e forma civile dell'esposizione[10].

Il pluralismo, esterno ed interno, non ha però salvato più che tanto la correttezza dell'informazione. Quanto all'esterno, ragioni politiche hanno consentito che nel comparto televisivo si formasse un sostanziale duopolio, con scarso spazio per altre voci. Quanto all'interno, è stato presto

[7] L. 5 agosto 1981, n. 416.
[8] L. 6 agosto 1990, n. 223.
[9] Anche questa è un'opinione pacifica. Di recente, G. Pitruzzella, *La libertà di informazione nell'era di internet*, in *Media Laws*, 2018, p. 19 ss., p. 21.
[10] Cfr. Cass., 18 ottobre 1984, n. 5259, in *Giust. civ.*, 1985, I, p. 355.

chiaro come molte imprese editoriali mirassero più che all'informazione al consenso[11], e in luogo del confronto pubblico compiacessero le opinioni dei loro pubblici.

Ma soprattutto ha dilagato la sostituzione dell'intrattenimento all'aggiornamento. E l'intrattenimento vuole toni forti e non obiettività, sensazioni al posto di ragionamenti, svago in luogo di impegno. I fatti sono separati dalle opinioni solo nel senso che i fatti sbiadiscono ed al loro posto trionfano le opinioni. Anche nell'attività di stretta informazione le testate sostituiscono alla notizia il suo commento capzioso da parte del politico di turno.

Questo era lo stato delle cose quando, alcuni decenni fa, il mondo della comunicazione ha visto il rapido diffondersi della rete.

3. *L'informazione nella rete: scopi di profitto e esercizio del potere*

L'ingresso della rete nel mercato delle idee è stato dapprima accompagnato da enfatici proclami di progresso. La possibilità per tutti di accedere[12], non solo per ricevere ma per effettuare comunicazione[13], è sembrata capace di produrre due effetti altamente benefici. Il primo è la disintermediazione della comunicazione[14]. Il secondo è la sua sottrazione a scopi di profitto o di potere. Nell'arco di un decennio è apparsa chiara la fallacia di entrambi questi assunti.

La disintermediazione si è trasformata ben presto in una semplice sostituzione degli intermediari[15]. I fornitori di servizi in internet oggi

[11] F. D'Agostini, I. Gronchi, *op. cit.*, p. 7.

[12] Come si osserva, con la rete è venuta meno la scarsità delle risorse che caratterizzava gli altri *media*: A. Martusciello, *Le iniziative dell'AGCom in materia di pluralismo e di correttezza dell'informazione sulle piattaforme digitali*, in *Il diritto dell'informazione. Temi e problemi*, a cura di M. Manetti, R. Borrello, Modena, 2019, p. 47 ss., p. 48. Da ciò taluno deriva – non del tutto a torto, ma pericolosamente – il venir meno della necessità del pluralismo: O. Pollicino, *La prospettiva costituzionale sulla libertà di espressione nell'era di Internet*, in *Media Laws*, 2018, p. 48 ss., p. 80. Sulla democratizzazione dell'accesso e la relativa sua disintermediazione v. anche G.L. Conti, *op. cit.*, p. 203.

[13] M. Cavino, *Il triceratopo di Spielberg.* Fake news*, diritto e politica*, in *La disinformazione on line e il ruolo degli esperti nell'agorà digitale: una prospettiva transdisciplinare,* in *Federalismi.it*. n. 11, 2020, p. 32 ss., p. 36; V. Zeno Zencovich, *Cosa intendiamo oggi per* media?, in *Il diritto dell'informazione. Temi e problemi*, cit., p. 11 ss., p. 16.; M. Barberis, *op. cit.*, p. 81 s.

[14] G. Pitruzzella, *op. cit.*, p. 22.

[15] M. Barberis, *op. cit.*, p. 91.

intermediano e controllano tutto il traffico comunicativo[16]. E lo strumento con cui lo fanno, l'intelligenza artificiale a mezzo di algoritmi, ha fatto esplodere le possibilità di controllo e di manipolazione[17]. Apparentemente no: la rete è stata creduta, e vuole apparire, neutrale. Ma in realtà gli algoritmi (di cui nessuno conosce la formula, protetta da brevetto[18]) selezionando secondo criteri di *ranking* le comunicazioni[19] discriminano ciò che arriverà e ciò che non arriverà all'utente. Motori di ricerca e social condizionano l'informazione[20]. E poiché lo scopo è trattenerlo più possibile, privilegiano novità, emozioni, sensazionalismo, e contenuti corrivi verso i suoi gusti[21], resi noti attraverso una accanita profilazione[22]. Che manipola[23] l'internauta, creando delle bolle di filtraggio, in cui ognuno è immerso in 'camere di eco', cioè mondi informativi personalizzati sui suoi orientamenti, ove lo raggiunge solo ciò che lo compiace[24], spesso attraverso *fake news*[25] e discorsi di odio, a tutto danno del confronto necessario al dibattito pubblico. E pazienza se tutto questo porta alla regressione cognitiva[26].

La sottrazione a scopi di profitto o di potere risulta già da quanto appena detto ancor più fallace.

Anzitutto è determinante il profitto. Fornire servizi in internet è attività lucrativa, il cui scopo è il guadagno non certo la libertà di espressione[27]. Di

[16] V. Zeno Zencovich, *op. cit.*, p. 14; G. Pitruzzella, *op. cit.*, p. 23.
[17] F. Lagioia, G. Sartor, *Profilazione e decisione algoritmica: dal mercato alla sfera pubblica*, in *La disinformazione on line e il ruolo degli esperti nell'agorà digitale: una prospettiva transdisciplinare,* cit., p. 85 ss., p. 86.
[18] G. Pitruzzella, *op. cit.*, pp. 26-27.
[19] M. Barberis, *op. cit.*, p. 93.
[20] G. Pitruzzella, *op. cit.*, p. 25.
[21] Di servilismo verso i gusti del pubblico parla M. Barberis, *op. cit.*, p. 93.
[22] La profilazione è la condizione della grande diffusione dei servizi *on line* (M. Barberis, *op. cit.*, p. 33)
[23] F. Lagioia, G. Sartor, *op. cit.*, p. 87.
[24] In tema M. Barberis, *op. cit.*, p. 71; F. Lagioia, G. Sartor, *op. cit.*, p. 102; R. Bracciale, F. Grisolia, Information Disorder*: acceleratori tecnologici e dinamiche sociali*, in *La disinformazione on line e il ruolo degli esperti nell'agorà digitale: una prospettiva transdisciplinare,* cit., p. 58 ss., p. 63-64;
[25] Il fenomeno non è nuovo, e molto deprecato anche se, come osserva V. Zeno Zencovich, nessuno se ne curava granché per i *media* tradizionali. Sulle *fake news* v. C. Valditara, Fake news*: regolamentazione e rimedi*, in *Dir. inf. e informatica*, 2021, p. 257 ss.; E. Andreola, Fake news *e danno da false informazioni in internet*, I e II, in *Resp. civ. e prev.*, 2020, p. 1604 ss., p. 2000 ss.
[26] M. Barberis, *op. cit.*, p. 95.
[27] M. Cuniberti, *Potere e libertà nella rete*, in *Il diritto dell'informazione. Temi e problemi*, cit., p.21 ss., p. 22.

cui del resto le imprese non sono neppure titolari[28]. Non è un caso che le cinque maggiori imprese di servizi in internet siano oggi i cinque maggiori capitalisti mondiali[29], protagonisti di un oligopolio[30]. La base dei loro profitti è il commercio dei dati[31]. Dati che così si trasformano in merci[32], di valore irrisorio all'origine, ma enorme quando assemblati nei c.d. *big data*. Dati che tuttavia gli utenti cedono senza preoccuparsene[33] in cambio dei servizi cui accedono. Gli opachi algoritmi lavorano per il profitto, secondo una logica proprietaria[34]. Il possesso dei dati, il loro sfruttamento, il fatto che gli utenti sono trattenuti in rete dall'intrattenimento, che sono stuzzicati da *fake news* sensazionalistiche che producono più traffico e quindi rendono di più[35], consentono di attirare gli inserzionisti pubblicitari[36], in grado di fare pubblicità esattamente mirata[37]. Con l'effetto che le fonti di finanziamento si spostano e si concentrano.

Ma il sistema non genera solo enormi profitti ma anche enorme potere. L'informazione – se è ancora tale – viaggia *on line*: la rete ne è la seconda fonte dopo la tv, e la prima per i più giovani[38]. Siamo di fronte, come è stato detto, a un capitalismo della sorveglianza[39]. La profilazione consente la manipolazione. Lo sbarco in rete dei vecchi *media* non ha aumentato il pluralismo, perché anche le loro notizie vengono filtrate. La rete forma ormai l'agenda del dibattito pubblico, orienta le opinioni e enfatizza o deprime il consenso. E può farlo su scala enorme[40].

Si è sempre detto che quello del web è un mondo virtuale. Forse si dovrebbe cominciare a dire che è il mondo dell'iper-realtà, più reale del reale, perché quasi tutto passa di lì: per i più *quod non est in web non est in mundo.*

[28] M. Cuniberti, *op. cit.*, loc. ult. cit.
[29] M. Barberis, *op. cit.*, p. 70.
[30] A. Martusciello, *op. cit.*, p. 48; G. Pitruzzella, *op. cit.*, p. 23.
[31] M. Barberis, *op. cit.*, p. 30.
[32] F. Lagioia, G. Sartor, *op. cit.*, p. 90. Osserva G.L. Conti, *op. cit.*, p. 204, che le imprese di servizi *on line* fanno mercato di ciò che non comprano e non vendono ma di cui estraggono il plusvalore. S. Zuboff, *Il capitalismo della sorveglianza. Il futuro dell'umanità nell'era dei nuovi poteri*, Roma, 2019, p. 73, parla di surplus comportamentale.
[33] Osserva M. Barberis, *op. cit.*, p. 35, che gli utenti lavorano gratis per i social.
[34] A. Martusciello, *op. cit.*, p. 60
[35] M. Barberis, *op. cit.*, p. 28.
[36] F. Lagioia, G. Sartor, *op. cit.*, p. 87.
[37] F. Lagioia, G. Sartor, *op. cit.*, p. 100.
[38] A. Martusciello, *op. cit.*, p. 9.
[39] S. Zuboff, *op. cit.*
[40] Nel noto caso *Cambridge Analytica* gli utenti condizionati erano oltre ottantasette milioni.

4. *Carenza di una regolamentazione e di un inquadramento giuridico dell'informazione* online

Chi mi legge penserà che questo è un discorso sociologico, non giuridico. Ha ragione. Ma perché c'è poco da dire *sub specie juris*. Per due motivi.

Il primo è che i legislatori hanno rinunciato a regolare il fenomeno qui denunciato. Integralmente nell'approccio statunitense. Il § 230 del *Communication Decency Act* esclude qualsiasi responsabilità degli *internet provider* per i contenuti che diffondono. Quasi integralmente nell'approccio europeo. La direttiva 2000/31/CE sul commercio elettronico esclude anch'essa la responsabilità dei prestatori di servizi[41] se non diano origine alla trasmissione e non selezionino destinatari e informazioni. E il regolamento UE 2016/679 rende il titolare arbitro dell'esistenza di un suo interesse legittimo al trattamento (art. 6, 1° c., lett. f), della legittimità di trattare i dati per altre finalità (art. 6, 4° c.), della dimostrazione di motivi ostativi all'opposizione al trattamento (art. 21, 1° c.). E comunque rimette all'autoregolamentazione attraverso i codici di condotta il concreto rispetto delle norme che reca. Solo il rispetto de "i diritti e le libertà fondamentali" è devoluto ad autorità nazionali di controllo (art. 51). Quel regolamento porta però almeno una ambigua norma di principio: l'art. 85 prescrive che

[41] Sul tema: S. Grisanti, Internet Service Providers*: una rassegna giurisprudenziale europea ed italiana ai tempi del Covid-19*, in *Il dir. industriale*, 2020, p. 491 ss.; R. Petruso, *Responsabilità delle piattaforme on line, oscuramento di siti web e libertà di espressione nella giurisprudenza della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo*, in *Dir. dell'inf. e dell'informatica*, 2018, p. 511 ss.; R. Panetta, *Il ruolo dell'*internet service provider *e i profili di responsabilità civile*, in *Resp. civ. e prev*. 2019, p. 1017 ss.; M. Cocuccio, *La responsabilità civile per fatto illecito dell'*internet service provider, *ivi*, 2015, p. 1312 ss.; M.R. Allegri, *Alcune considerazioni sulla responsabilità degli intermediari digitali, e particolarmente dei* social network provider*, per i contenuti prodotti dagli utenti*, in *Informatica e dir.*, XXVI, 2017, p. 69 ss.; L. Tormen, *La linea dura della Cassazione in materia di responsabilità dell'*hosting provider *(attivo e passivo)*, in *Nuova giur. civ. comm.*, I, 2019, p. 1039 ss.; L. Albertini, *Sulla responsabilità civile degli* internet service provider *per i materiali caricati dagli utenti (con qualche considerazione generale sul loro ruolo di* gatekeepers *della comunicazione)*, in *Media Laws,* n. 4, 2020, p. 1 ss.; F. Piraino, *Spunti per una rilettura della disciplina giuridica degli* internet service provider, in *AIDA. Annali italiani del diritto d'autore, della cultura e dello spettacolo*, 2017, p. 468 ss.; A. Bellan, *Piattaforme, obblighi di monitoraggio e risoluzione delle controversie* on line, in *Il dir. industriale*, 2020, p. 184 ss.; E. Tosi, *L'evoluzione della responsabilità civile dell'*internet service provider *passivo e attivo*, *ivi,* 2019, p. 590 ss.
In giurisprudenza: Corte di Giust., 3 ottobre 2019, n. C-18/18, *ivi*, 2020, p. 281 ss.; Trib. Napoli Nord, 3 novembre 2016, in *Dir. inf. e informatica*, 2017, p. 243, con nt. di M. Montanari, e in *Giur. it.*, 2017, p. 629 ss., con nt. di R. Bocchini; Cass., 19 marzo 2019, n. 7708, *ivi*, 2019, p. 2604 ss., con nt. di R. Bocchini

il diritto degli Stati membri concili la protezione dei dati con la libertà di espressione e di informazione. Il senso generale è chiaro: quello dei dati è un mercato multimiliardario e la preoccupazione legislativa primaria è la circolazione. Per il resto, il mercato farà da sé.

Il secondo è che gli studiosi sembrano abdicare, ipnotizzati dalle meraviglie del web e timorosi di bloccare l'innovazione, ad un esame giuridico critico. Abbiamo molta letteratura di giuristi in materia. Ma non molta letteratura giuridica. Del resto, se il problema è che si perseguono interessi economici in sé leciti in modi socialmente dannosi, dov'è la violazione di legge? Come denunciare la violazione del diritto ad essere informati se gli internauti informati lo sono anche troppo, e anche perciò male? E se il 'diritto ad essere correttamente informati' a ben vedere è una aspirazione e non un dato positivo? Si percepisce che il capitalismo tecno-liberista pone una sfida allo Stato costituzionale. Ma non si trova il modo in cui questo potrebbe frenare tale liberismo senza rinnegare i propri principi[42], dando la stura a misure economiche contro il libero mercato e a misure culturali censorie.

Eppure il problema esiste. Partiti dal generoso proposito di costruire un 'diritto dell'informazione' strutturato sulla libertà di informare e sul diritto di essere informati ci troviamo di fronte a quello che si suggerisce di chiamare '*Information Disorder*'[43]. Come uscirne?

Per solito, quando la soluzione di un problema reale non si trova il difetto è nell'impostazione. Mi provo a suggerire un modo di cambiarla.

5. *La disciplina dell'informazione attraverso la disciplina del suo profilo economico*

La necessità di costruire un 'diritto dell'informazione' ha spinto a cercare nelle norme sull'informazione i criteri di governo del fenomeno. Scontato, dopotutto. Ma corretto?

Rispetto alla reale natura del fenomeno, no. Gli intermediari sono imprese. Gli internauti utenti di servizi. I dati sono merci. Gli algoritmi che li codificano strumenti di profitto. Gli obiettivi il guadagno e il potere di mercato. E allora il fenomeno è solo di riflesso un fatto culturale: il mercato delle idee è un mercato, le idee sono solo un prodotto, come tanti.

[42] M. Barberis, *op. cit.*, p. 139.
[43] Così R. Bracciale, F. Grisolia, *op. cit.*, p. 59 s.

Un mercato si governa con strumenti di mercato, non con pianti sulla perduta speranza dell'Eldorado dell'informazione. E si governa a livello microeconomico e macroeconomico.

5.1. - *A livello microeconomico questo mercato ha un vizio di fondo*

Sotto l'ipocrita menzogna della gratuità dei servizi *on line* sta la realtà del loro pagamento in dati[44]. Ma anche quelle dottrine che lucidamente lo riconoscono, e che registrano il surplus di cui gli intermediari si appropriano, non arrivano a concludere che il 'giusto prezzo' in dati dei servizi offerti 'gratuitamente' sia rappresentato da (il trattamento de) i soli dati necessari (secondo la nozione dell'art. 5 del GDPR) all'erogazione del servizio. Oggi però lo riconosce la legge: l'art. 1, 3° e 4° comma, del d. lgs. 4 novembre 2021, n. 173 (di attuazione della direttiva (UE) 2019/770 relativa a determinati aspetti dei contratti di fornitura di contenuto digitale) integrando il Codice del consumo, dispone l'applicazione a questi contratti delle norme sui contratti del consumatore (conformità, recesso, responsabilità del professionista) quando l'utente corrisponde un prezzo o quando fornisce dati personali che non siano trattati esclusivamente ai fini della fornitura o per obbligo di legge. Il resto è 'prezzo'. Possibile, ma solo se coscientemente e specificamente voluto.

E allora è incongrua la corrente conformazione dell'accesso ai siti, che richiede una attiva manifestazione del consenso o dissenso per rifiutare invece che per accettare[45]. Il 'prezzo' non può essere implicito. Deve essere davvero voluto. Basterebbe correggere questo per ripristinare l'equilibrio del contratto. E così frenare lo sfruttamento dei dati, la profilazione, lo stimolo a diffondere *fake news* e *hate speech* per trarre l'utente a trattenersi il più possibile *on line* facendosi incasellare.

Non c'è da attendersi però che lo facciano gli interessati. Dovrebbe allora farlo la legge. Ma non certo con discutibili strumenti di censura, o affidan-

[44] Sui dati come mezzo di pagamento A. De Franceschi, *Il "pagamento" mediante dati personali*, in *I dati personali nel diritto europeo*, cit.; A. Addante, *La circolazione negoziale dei dati personali nei contratti di fornitura di contenuti e servizi digitali*, in *Giust. civ.*, 2020, p. 889 ss.; G. Resta, V. Zeno Zencovich, *Volontà e consenso nella fruizione dei servizi in rete*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2018, p. 411 ss., p. 431.

[45] È di comune esperienza che la stragrande maggioranza dei siti sia conformata in modo che la semplice navigazione valga consenso al trattamento per tutte le finalità, e che l'utente, se vuole negare il consenso per i dati non necessari debba perdere tempo e dispiegare fatica alla ricerca del modo di rifiutare – a volte cambiando anche le impostazioni del suo computer – il consenso al trattamento per le finalità non necessarie, la cessione dei dati a terzi ecc.

dosi al buon cuore – chiamato autoregolamentazione - degli intermediari che ne ricavano un profitto. Bensì semplicemente imponendo un formato dell'accettazione/rifiuto che scoraggi la circolazione dei dati utile solo al profitto degli intermediari. Ma realisticamente non c'è da attendersi neppure che lo faccia la legge finché la *ratio* ispiratrice è la massima circolazione.

C'è poi un altro aspetto. Se gli internauti sono *utenti* dei servizi *on line*, se vi accedono con un *contratto oneroso*, se quindi il servizio deve essere reso con *diligenza, correttezza e buona fede*, allora il modo in cui gli intermediari selezionano tramite gli algoritmi le informazioni è – contro la tesi della piena irresponsabilità – sindacabile. E il sindacato che ben difficilmente sarà attivato dal singolo, può essere attivato a norma degli artt. 139 e ss. del codice del consumo dalle associazioni. È una possibilità da approfondire.

5.2. - *A livello macroeconomico questo mercato dovrebbe essere inquadrato non certo in base all'art. 21 Cost., ma piuttosto in base all'art. 41, 2° comma, Cost., e dunque portato a non funzionare "in contrasto con l'utilità sociale o in modo da recare danno alla sicurezza, alla libertà, alla dignità umana"*

Le attività di profitto in sé lecite ma socialmente dannose cadono sotto i rigori dell'art. 41 Cost. Perchè allora non anche l'attività economica di (dis) informazione? E allora per esempio essa può essere assoggettata seriamente – tra l'altro - ad un sistema antitrust. Non può esserci vera concorrenza (sempre per esempio) tra un motore di ricerca come Google che sfrutta intensivamente i dati e profila gli utenti, e motori alternativi che rispettosi della *privacy* e agendo in conformità all'utilità sociale cancellano dopo pochi giorni i dati. Ed è almeno possibile supporre che acquisire surrettiziamente i dati non necessari al servizio rendendo difficile il rifiuto sia un modo per imporre indirettamente prezzi di acquisto ingiustificatamente gravosi, e che subordinare di fatto la conclusione dei contratti di fornitura di servizi *on line* a prestazioni supplementari (come la profilazione, la cessione a terzi o la pubblicità) non abbia alcuna connessione con l'oggetto dei contratti stessi. Chi ascolta non fatica a riconoscere i casi di abuso di posizione dominante. E quindi la possibilità di inibitorie da parte delle Autorità preposte.

Questo approccio non è del tutto estraneo alla Commissione Europea, che nel 2017 ha multato Google per violazione della concorrenza. L'opinione di chi parla è che andrebbe perseguito con minore timidezza. E meno timida dovrebbe essere la legislazione europea e domestica a difesa dell'utilità sociale.

Ma sono perfettamente consapevole che questi auspici non si realizzeranno.

6. *Conclusioni*

Torniamo al principio di questo discorso. C'è dunque mai stato un diritto dell'informazione inteso – come cercava di intenderlo Vincenzo Cuffaro - come sintesi della libertà di informare e del diritto di essere informati? Forse sì, forse no. Ce n'è stato un abbozzo, garantito soprattutto dagli strumenti di governo economico dell'impresa informativa, noti come 'pluralismo esterno'.

Consci dell'imperfezione delle cose umane potremmo tentare di riproporlo. Ma sempre con strumenti economici. Ordo-liberismo in luogo di tecno-liberismo. Senza di che – mi pare – il diritto dell'informazione è alla sua fine. La libertà di informare traligna nella libertà di disinformare. E il diritto di essere informati nel diritto di essere sfruttati in cambio di paccottiglia 'informativa'.

Forse mi si può accusare di essere misoneista. Di essere cieco alle magnifiche sorti e progressive di internet, o perlomeno di vedere il bicchiere mezzo vuoto invece del bicchiere mezzo pieno. Respingerei l'accusa: vedo il bicchiere mezzo pieno. Ma mi pare che il contenuto sia scadente.

Andrea Zoppini

L'informazione come bene

1.

Quando mi è stato proposto di scegliere un tema nell'ambito dei profili civilistici del diritto all'informazione, la mia scelta è ricaduta su uno dei miei temi "mancati", per utilizzare un'espressione cara a Pietro Rescigno.

In coincidenza con il mio esordio negli studi accademici fervevano le ricerche in materia di informazione e informatica. Io stesso mi sono dedicato, ormai trentadue anni fa, ad una ricerca sulla responsabilità connessa all'uso dell'intelligenza artificiale, pubblicata nel 1989 in una rivista giuridica francese e oggi riedita grazie alla cortesia dei colleghi più giovani che dirigono la Law Review del nostro dipartimento[1].

Avevo allora pensato, facendo seguito all'idea dell'informazione come prodotto, di svolgere un'analisi dell'informazione come bene, una riflessione che mi pareva sollecitata proprio dalla ricerca di Vincenzo Cuffaro[2]. La mia ricerca sull'informazione come bene non si realizzò e mi dedicai ad altri temi, sollecitato – e gliene sono tutt'ora grato – dal mio Maestro che mi ammonì di non coltivare argomenti 'alla moda' ma di incerto respiro sistematico.

Riprendo oggi il tema attraverso la proposizione di un'idea che ho poi sviluppato in un saggio in materia di successione ereditaria nelle nuove proprietà[3] (e che ho in parte sviluppato in una relazione reggina in un convegno promosso da Gianni D'Amico).

---

[1] A. Zoppini, *Les Systèmes-Experts et la Responsabilité Civile,* in *Droit de l'informatique et des télécoms*, 1989, 1, p. 54 ss. e ried. in *Roma Tre Law Review*, 2020, p. 165 ss.

[2] V. Cuffaro, *Profili civilistici del diritto all'informazione*, Napoli, 1986.

[3] Il riferimento è ad A. Zoppini, *Le "nuove proprietà" nella trasmissione ereditaria della ricchezza (note a margine della teoria dei beni)*, in *Riv. dir. civ.*, 2000, I, p. 185 ss.

2.

Uno dei possibili modi per risolvere conflitti di interessi che vertono sull'informazione è quello di provare a iscrivere quest'ultima nella categoria dei beni, aggiudicando una *property in information*[4], secondo una linea di tendenza che identifica nella proprietà lo strumento per remunerare i costi che la ricerca e l'aggregazione dell'informazione comportano[5].

A voler percorrere coerentemente questa strada, si dovrebbe tuttavia superare l'obiezione che l'informazione, per quanto talora dotata di un rilevante valore patrimoniale, non definisce un bene in senso giuridico[6], atteso che i beni a consumo non rivale e non esclusivo sono (come tali) entità insuscettibili di autonoma appropriazione[7].

Evidenti sono, altresì, le ricadute in termini teorici e costruttivi, la prima e più significativa delle quali implica l'inversione del modello dominicale tradizionale[8]. Non è più il rapporto immediato con il bene e l'aspettativa della generale astensione che identifica e conchiude la pretesa di libertà del soggetto; sono, invece, i diritti vantati nei confronti della burocrazia statale o dell'organizzazione produttiva a definire la cifra più intima dello statuto giuridico della persona[9].

[4] Si v. P. Catala, *Ebauche d'une théorie juridique de l'information,* in *Dalloz*, 1984, p. 97 ss., ma v. anche il volume collettaneo curato da J.-P. Chamoux, *L'appropriation de l'information*, Paris, 1985, *passim* e la tesi dottorale di H. Carvais Rosenblatt, *L'information, aspects de droit privé,* Paris, 1991; cfr. E. Dragon, *Etude sur le statut juridique de l'information*, in *Dalloz*, 1998, p. 7 ss.; E. MacKaay, *La propriété est-elle en voie d'extinction?*, in Id. (ed.), *Nouvelles technologies et propriété*, Paris, 1991, p. 217 ss. Nella dottrina italiana v. A. Nervi, *La nozione giuridica dell'informazione e la disciplina del mercato*, in *Riv. dir. comm.*, 1998, I, p. 843 ss..

[5] A. Zoppini, *Privativa sulle informazioni e iniziative comunitarie a tutela delle banche dati*, in *Dir. inf.*, 1992, p. 895 ss.

[6] N. Mallet-Poujol, *Appropriation de l'information: l'*éternelle chimère, in *Dalloz*, 1997, p. 330 ss.; V. Zeno-Zencovich, voce *Cosa*, in *Dig. disc. priv., Sez. civ.,* IV, Torino, 1989, p. 438 ss.; Id., voce *Informazione (profili civilistici)*, in *Dig. disc. priv., Sez. civ.*, IX, Torino, 1993, p. 823 ss.

[7] V. D. Messinetti, *Circolazione dei dati personali e dispositivi di regolazione dei poteri individuali*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1998, p. 339 ss. V. anche P. Perlingieri, *L'informazione come bene*, in *Rass. dir. civ.,* 1990, p. 326 ss.

[8] Cfr. U. Breccia, *I quarant'anni del terzo libro del codice civile*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1983, p. 337 ss. V. anche L. Mengoni, *Proprietà e libertà*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1988, p. 427 ss., p. 445 ss.; cfr. P. Rescigno, *Per uno studio sulla proprietà*, in *Riv. dir. civ.*, 1972, I, p. 1 ss., in part. p. 5 ss.; Id., voce *Proprietà (dir. priv.)*, in *Enc. del dir.*, XXXVII, Milano, 1988, p. 254 ss.

[9] C. Reich, *The New Property*, in 74 *Yale Law Journal* 733 (1964).

Così come evidente appare il diverso modo di guardare e ricostruire il sistema dei rapporti tra privati, in cui possono ravvisarsi altrettanti segmenti della traiettoria che segna il ritorno «*dal contratto allo* status»[10].

Un'altra area tematica - che ha conosciuto un autonomo svolgimento rispetto a quella appena delineata - si raccoglie sotto le insegne delle «nuove» proprietà e dei «nuovi» beni[11]: si tratta di un modo di guardare alle utilità economiche che aspirano a vestire la panoplia delle tutele proprietarie per garantire o preservare la scarsità e l'esclusiva[12].

Il processo di reificazione[13] - che accompagna il proliferare delle pretese dominicali[14]- investe, da un lato, i beni 'pubblici' (nel senso più ristretto accolto dalla scienza economica), dall'altro, quelli che naturalisticamente sono indisponibili all'appropriazione esclusiva basata sull'apprensione materiale e il cui valore si radica essenzialmente in un'attività (sia essa attuale o compiuta) e nell'aspettativa di una remunerazione nei rapporti coi terzi[15]; ancóra, la *commodification* reclama la disponibilità di risorse ritenute sinora fuori del commercio giuridico, come esemplarmente s'è detto per il corpo umano.

Che le «nuove proprietà» - una categoria destinata a raccogliere e accomunare fatti e valori eterogenei quali i servizî pubblici e l'informazione, i diritti della personalità e l'etere - costituiscano una nozione al più

[10] A tal punto che, secondo S. Rodotà, *Il terribile diritto. Studi sulla proprietà privata e i beni comuni*, cit., p. 201, lo *status* fa venire meno anche il concetto di classe; v. P. Rescigno, *Situazione e status nell'esperienza del diritto*, in *Riv. dir. civ.*, 1973, I, p. 209 ss.; Il senso del ritorno «dal contratto allo *status*» è spiegato da P. Rescigno, *L'autonomia dei privati,* in *Studi in onore di G. Scaduto,* Padova, 1968, p. 529 ss., ed ora in *Persona e comunità,* II (1967-1987), Padova,1988, p. 422 ss.

[11] V. G. De Nova, B. Inzitari, G. Tremonti, G. Visentini, *Dalle res alle new properties,* Milano, 1991; A. Gambaro, *La proprietà,* in *Trattato di diritto privato,* diretto da G. Iudica e P. Zatti, Milano, 1990, p. 36 ss.; S. Rodotà, *Il terribile diritto*, cit., pp. 15 ss., 53; Cfr. J.W. Harris, *Property Problems From Genes to Pensions Funds*, London-The Hague-Boston, 1998; M.J. Trebilcock, *The Limits of Freedom of Contract,* Cambridge (Mass.)-London, 1993, p. 23 ss.

[12] S. Rodotà, *Intorno alla proprietà. Ricerche, ipotesi, problemi dal dopoguerra ad oggi*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1988, p. 223 ss., ed ora ne *Il terribile diritto*, cit., p. 444; analogamente, seppure in una diversa prospettiva, G. Pugliese, *Dalle* «res incorporales» del diritto romano ai beni immateriali di alcuni sistemi giuridici odierni, in *Riv. trim. dir proc. civ.*, 1982, p. 1137 ss., in part. p. 1146.

[13] Cfr. G. Lucás, *Geschichte und Klassenbewustsein* (1922), ove il problema della reificazione si pone essenzialmente in relazione al lavoro che è considerato attributo della cosa.

[14] «*Toutes les branches du droit veulent avoir leur propriété*» constata C. Atias, *Destins du droit de propriété. Ouverture* del fascicolo di *Droits*, 1985.

[15] Sul punto si rinvia al 43° vol. degli *Arch. phil. droit* (1999) dedicato al tema *Le droit et l'immatériel*, e v. almeno D. Gutmann, *Du matériel et de l'immatériel dans le droit des biens*, ivi, p. 65 ss., e F. Zenati, *L'immatériel et les choses*, ivi, p. 79 ss.

descrittiva, di per sé inidonea a proporre un attendibile criterio di selezione normativa, è affermazione sostanzialmente esatta ma che non necessita un immediato controllo[16]. E, allora, chi si accontenta di fermarsi ai dati formali del sistema, constata che il parlare di 'proprietà' si spiega esclusivamente per le «*incrostazioni che il modello 'dominativo' ha lasciato nella lingua dei giuristi*»[17], volendosi con ciò indicare che l'interprete, per ragioni di utilità, è portato a pensare e riflettere sempre nella logica del diritto soggettivo assoluto per eccellenza, cioè del diritto di proprietà.

Più interessante è, invece, accertare le spinte socio-economiche che operano nell'«*officina delle cose*»[18] così come le strategie di politica del diritto che inducono a ravvisare nell''appartenenza' una risposta efficiente ai processi di allocazione delle risorse scarse[19].

Le «nuove proprietà» non vogliono solo rendere avvertiti del fatto che il patrimonio del singolo ha subìto un'obiettiva trasformazione all'apparire di nuove forme di ricchezza[20]; esse stanno ancor di più a significare che si è spostato il baricentro della teoria dei beni dal valore d'uso al valore di scambio[21], così come disvelano un legame profondo, ma che affiora con sempre più forte

[16] V. G. De Nova, *I nuovi beni come categoria giuridica*, in Id., B. Inzitari, G. Tremonti, G. Visentini (a cura di), *Dalle res alle new properties,* cit., p. 13 ss.; cfr. anche J.M. Mousseron, J. Reynard, T. Revet, *De la propriété comme modèle*, in *Mélanges offerts à A. Colomer*, Paris, 1993, p. 281 ss., a p. 289.

[17] È questa in ultimo la spiegazione che nella prospettiva formalistica è più frequentemente prospettata, come avverte P. Rescigno, *Disciplina dei beni e situazioni della persona*, in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, 5-6 (1976-7), t. II, Milano, 1977, p. 861 ss., a p. 870.

[18] D. Klippel, *Historische Wurzeln von Immaterialgüter- und Persönlichkeitsrechte im 19. Jahrhundert*, in *ZNR*, 1982, p. 113 ss.; cfr. P. Rescigno, *Per uno studio sulla proprietà*, cit., p. 22 ss.

[19] In questo senso v. S. Rodotà, *Il terribile diritto*, cit., p. 255; cfr. A. Gambaro, *La proprietà nel common law anglo-americano*, in A. Candian, A. Gambaro, B. Pozzo, *Property -Propriété- Eigentum*, Padova, 2002, p. 173. Cfr. anche U. Mattei, *Qualche riflessione su struttura proprietaria e mercato*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1997, p. 19 ss., in part. p. 34 ss.

[20] Si cfr. S. Cretney, *Law, Law Reform and the Family*, Oxford, 1998, in part. p. 271 ss.; P. Catala, *La transformation du patrimoine dans le droit civil moderne*, in *Revue trimestrielle de droit civil*, 1966, p. 185 ss.; Id., *Couple et modernité: gestion et transmission du patrimoine*, in *Rép. Defrénois,* 1988, I, p. 977 ss..

[21] R. Pound, *An Introduction to the Philosophy of Law*, 2ª ed. riv., New Haven, 1955, p. 133; v. anche J. Commons, *I fondamenti giuridici del capitalismo*, Bologna, 1981, p. 334. Cfr. F. Galgano, *Le istituzioni della società postindustriale*, in Id., S. Cassese, G. Tremonti e T. Treu, *Nazioni senza ricchezza, ricchezza senza nazioni*, Bologna, 1993, p. 13 ss., e Id., *Il contratto nella società post-industriale*, in *La civilistica italiana dagli anni '50 ad oggi*, cit., p. 339 ss.

evidenza, della proprietà con la persona e con le sue qualità ed attitudini[22].

In questa logica, «*è sembrato ovvio estendere la tutela di tipo proprietario a situazioni assimilabili per valore socio-economico alla proprietà o che addirittura avevano sopravanzato questa nella scala complessiva dei valori*»[23].

La ricerca di forme di tutela chiede, dunque, risposte alla proprietà per il fatto che essa costituisce l'archetipo e il paradigma del diritto che riceve la tutela più intensa dall'ordinamento[24]. Una soluzione che, se trasmette il senso tranquillante dell'adesione a scelte sistematicamente collaudate, ottunde, però, la carica problematica e innovativa sottesa al conflitto d'interessi che vuole governare[25]. E, soprattutto, mostra quanto lo schema proprietario tradizionale non sia più (*auto*)sufficiente nell'assicurare la funzione selettiva nell'accesso e nella fruizione delle risorse scarse[26].

È, forse, il caso di avvertire che quella appena delineata definisce una prospettiva d'indagine, almeno nelle premesse, antitetica alla lezione pugliattiana sulle proprietà[27]. Quest'ultima è, infatti, una riflessione critica che si muove all'*interno* del paradigma proprietario: denunciare la 'crisi' della proprietà vuol dire essenzialmente rinunciare ad ipotizzare l'unità (del valore *anche* conoscitivo) del concetto astratto e d'un contenuto che si riteneva capace di compendiare ed esaurire l'essenza dell'istituto[28]. Il discorso sulle

[22] V. P. Rescigno, *Disciplina dei beni e situazioni della persona*, cit., in part. p. 870; si cfr. R. Nicolò, *Riflessioni sul tema dell'impresa e sui nuovi orizzonti del diritto civile*, in *Riv. dir. comm.*, 1956, I, p. 181 ss.

[23] Così S. Rodotà, *Il terribile diritto*, cit., p. 61; cfr. anche H. Burkert, *Nouveaux objets ou nouveau droit. Une tentative de synthèse*, in Aa.Vv., *Nouvelles technologies et propriété*, Paris, 1991, p. 209 ss.

[24] P. Rescigno, *Gli interessi e il diritto: qualificazione e tutela*, in *Persona e comunità*, cit., p. 161 ss.; U. Breccia, *I quarant'anni del terzo libro del codice civile*, cit., p. 360. Cfr. J.M. Mousseron, J. Reynard, T. Revet, *De la propriété comme modèle*, cit., 1993, p. 281 ss.; U. Mattei, *Qualche riflessione su struttura proprietaria e mercato*, cit., p. 34.

[25] Questa è esemplarmente la debolezza della proposta teorica di Reich, in quanto - come constata S. Rodotà, *Il terribile diritto*, cit., p. 49 s. - se accolta, finirebbe coll'irrigidire nel modello proprietario i rapporti tra la pubblica amministrazione e il cittadino; v. W. Van Alstyne, *Cracks in "The New Property": Adjudicative Due Process in the Administrative State*, in 62 *Cornell Law Review* 445 (1977). V anche A. Gambaro, *La proprietà nel common law anglo-americano*, cit., p. 172 ss.; Id., *Recensione a* 'Dalle res alle new properties', cit., p. 652.

[26] P. Barcellona, *La metamorfosi della proprietà e l'autonomia del calcolo economico*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1989, p. 23; v. anche P. Rescigno, *Disciplina dei beni e situazioni della persona*, cit., p. 870.

[27] S. Pugliatti, *La proprietà e le proprietà (con particolare riguardo alla proprietà terriera)*, in *La proprietà nel nuovo diritto*, rist., Milano, 1964, p. 150 ss. Si tratta, tuttavia, d'uno schema critico che oggi S. Rodotà, *Il terribile diritto.* cit., p. 19, ritiene insufficiente; cfr. U. Breccia, *I quarant'anni del terzo libro del codice civile*, cit., p. 352 ss.

[28] S. Rodotà, *Il terribile diritto*, cit., p. 438 ss.; cfr. G. Alpa, M. Bessone, *Poteri dei privati*

«nuove» proprietà e sui «nuovi» beni mira, invece, a mettere in discussione gli schemi proprietarî dall'*esterno*, in quanto non entra in questione l'univocità del modello di riferimento - che semmai ne esce confermato[29] -, ma la sua insufficienza e la necessità di «aprire» la categoria dei beni e di ampliare il raggio degli interessi giuridicamente tutelati[30].

3.

Queste riflessioni, per quanto indispensabili a inquadrare l'ambito tematico all'interno del quale ci vediamo, appaiono tuttavia incapaci di proporre una lettura che a me paia condivisibile.

Mi sembra, infatti, più proficuo adottare un approccio di carattere funzionale: in tal senso mi sembra di poter dire che esistano una pluralità di regimi, tra loro non perfettamente sovrapponibili e orientati alla tutela di interessi diversi, che consentono la fruizione giuridica di risorse scarse.

In particolare, le utilità economiche non appropriabili in forma esclusiva entrano in processi di qualificazione giuridica non solo attraverso lo schema proprietario o attraverso l'oggetto del contratto, ma anche per il tramite di regimi differenti, quali ad esempio quelli relativi al possesso, al conferimento in società, alla successione ereditaria, all'esecuzione forzata, al fallimento, all'iscrivibilità in bilancio[31]. Dall'analisi delle norme che governano tali fenomeni emerge come si tratti di processi di qualificazione giuridica tra loro non sovrapponibili, in quanto governati da regole di natura eterogenea. Allo stesso tempo, tuttavia, questi costituiscono parte di una dinamica giuridica di tipo analogo, che consente a tali utilità di essere tutelate e trasferite.

Se si guarda al regime della successione ereditaria – il quale, non a caso, fa riferimento alle *sostanze* e non ai beni – ci si rende immediatamente conto, come risulta anche da una cospicua giurisprudenza non solo italiana,

e statuto della proprietà, Padova, 1980 e 1982.

[29] S. Rodotà, *Il terribile diritto*, cit., pp. 53 e 250, che ricorda R. Nicolò, *Riflessioni sul tema dell'impresa e sui nuovi orizzonti del diritto civile*, cit., p. 181 ss.; cfr. B. Seemann, *Prominenzals Eigentum*, Baden-Baden, 1996, p. 219 ss.

[30] O.T. Scozzafava, *I beni e le forme giuridiche di appartenenza*, Milano, 1982, pp. 357 ss. e 563 ss.; Id., *Dei beni*, in *Il codice civile. Commentario* diretto da P. Schlesinger (artt. 810-821), Milano, 1999, p. 3 ss.; v. V. Zeno-Zencovich, voce *Cosa*, cit., p. 438 ss.

[31] Cfr. H. Forkel, *Zur Übertragbarkeit geheimer Kenntnisse*, in *Festschrift für L. Schnorr von Carolsfeld zum 70. Geburtstag 26. Januar 1973*, Köln-Berlin-Bonn-München, 1972, p. 105 ss.; Con riferimento anche al conferimento in società v. G.B. Portale, *I conferimenti in natura «atipici» nella S.p.A. Profili critici*, Milano, 1974, p. 2 s.

ma anzi principalmente di altri ordinamenti, che quelle successorie sono regole che possono utilmente governare la trasmissione di diritti a sfruttare informazioni che, pur essendo prive del carattere dell'esclusività, possono avere un rilevante valore economico[32].

Si pensi, anche al di fuori dei casi in cui l'informazione ha un valore economico in senso stretto, alle ipotesi in cui viene riconosciuto il diritto ad accedere alle informazioni riservate che erano parte integrante d'una relazione fiduciaria intercorrente tra un terzo e il *de cuius*, che solo quest'ultimo, ad esempio nella propria corrispondenza, poteva avere a disposizione[33], o alla possibilità che un'informazione non brevettata del *de cuius* sia prima governata da una comunione ereditaria e poi oggetto di una disposizione. Si pensi, ancora, ai delicati interrogativi che possono sorgere con riguardo alla successione nelle informazioni personali, specie quando dal loro utilizzo derivano conseguenze di primaria rilevanza fino, ad esempio, a dimostrare l'incapacità del soggetto che ha testato. Qui il problema – se volessimo aprire una rapida parentesi – è, ad esempio, se alla successione nella cartella clinica del paziente si applichino le norme sulla successione legale o le norme particolari della successione speciale nei diritti della personalità[34], così come ci si può chiedere se vi sia successione nel segreto professionale del medico, quando questi era a conoscenza di informazioni personali che avrebbero consentito di confermare o negare la capacità del testatore.

Carattere peculiare assume altresì la possibilità di ereditare informazioni 'privilegiate'[35]. Al riguardo, un indice sistematicamente significativo può trarsi dalle norme che consentono di trasmettere *mortis causa* la legittimazione a chiedere il rilascio del brevetto (artt. 18 e 27 l.i., ora artt. 63 e 118 c.p.i.)[36]; legittimazione che non si risolve solo nel diritto di chiedere il brevetto, o di 'rivendicare' l'invenzione (cfr. l'art. 27 l.i., ora art. 118 c.p.i.), ma anche di

[32] A. Zoppini, *Le "nuove proprietà" nella trasmissione ereditaria della ricchezza (note a margine della teoria dei beni)*, cit., p. 185 ss.

[33] Cfr. A. Stein, *Sub* § 1931, in Th. Soergel, *Kommentar zum BGB*, vol. IX, *Erbrecht*, 12ª ed., Stuttgart-Berlin-Köln-Mainz, 1992, p. 86 ss. (*Rdn.* 45 ss.).

[34] E. Barillà, C. Caputo, *Problemi applicativi della legge sulla privacy: il caso delle cartelle cliniche*, in *Pol. dir.*, 1998, p. 275 ss., in part. p. 286 s., testo e nota 22; G. Marotzke, *Sub* § 1922, in *Staudingers Kommentar zum BGB,* V, *Erbrecht*, 13a ed., Berlin, 1994, p. 176 s. (*Rdn.* 298).

[35] Su questa nozione, v. A. Bartalena, *Commento agli artt. 180-187 del d.lgs. 24 febbraio 1998, n. 58*, Pisa, 1999, p. 17 ss., e Id., *L'abuso di informazioni privilegiate*, Milano, 1989, p. 117 ss.

[36] Su cui v. V. Di Cataldo, *I brevetti per invenzione e per modello*, cit., pp. 128 s. e 135 s.; P. Greco, P. Vercellone, *Le invenzioni e i modelli industriali*, in *Trattato di dir. civ. it.*, diretto da F. Vassalli, Torino, 1968, pp. 201 e, segnatamente, 307 ss.

compiere atti dispositivi, così come di preservare il segreto[37].

Dalla disciplina degli atti dispositivi che incidono sull'invenzione non brevettata - a prescindere, dunque, dal perfezionarsi della situazione di monopolio - è possibile argomentare, oltre all'ammissibilità d'un godimento diretto e di rapporti di scambio, anche l'idoneità delle informazioni privilegiate a formare oggetto di situazioni successorie[38]. Ciò in concreto significa che il diritto di sfruttare economicamente quelle informazioni è parte integrante del relitto, può essere oggetto della delazione testamentaria ovvero è amministrato dalla comunione ereditaria[39]; così come il valore economico è preservato in quanto ai coeredi è imposto l'obbligo di mantenere il segreto sia durante la comunione, sia successivamente al suo scioglimento[40].

4.

Se modifichiamo il punto di osservazione prospettica, l'esperienza pratica ha conosciuto nella materia dell'impresa la cessione del ramo d'azienda, in cui beni organizzati dall'imprenditore possono essere costituiti – anche in via prevalente - da informazioni personali o commerciali. Il caso emblematico è dato dalla cessione del ramo d'azienda in cui l'oggetto del trasferimento è sostanzialmente uno schedario della clientela, rappresentando questo il dato di organizzazione che rileva quale presupposto dell'art. 2555 c.c. Così come pure, sempre nella materia commerciale, il tema del conferimento in società di informazioni riservate dimostra ancóra una volta che non esiste un

[37] G. Santini, *I diritti della personalità nel diritto industriale*, cit., p. 80 s.; v. anche H. Forkel, *Zur Übertragbarkeit geheimer Kenntnisse*, cit., in part. p. 110. Sulla validità del contratto che trasferisce il *know how* v. Cass. 20 gennaio 1992, n. 659, in *Giur. it.*, 1992, I, c. 1021 ss., annotata da Cl. Costa, *La validità del contratto di* know-*how: segretezza, novità e valutabilità patrimoniale*, ivi, c. 2187 ss.

[38] M. Barcellona, *Attribuzione normativa e mercato nella teoria dei beni giuridici*, in *Quadrimestre*, 1984, p. 650. Cfr.. G. Auletta, R. Franceschelli, D. Rende, *Azienda. Opere dell'ingegno e invenzioni industriali. Concorrenza*, in *Commentario del codice civile,* a cura di A. Scialoja - G. Branca (artt. 2555-2642), Bologna-Roma, 1956, p. 242.

[39] Cfr. P. Greco, P. Vercellone, *Le invenzioni e i modelli industriali*, cit., p. 263 ss.; G. Iudica, *Impugnative contrattuali e pluralità di interessati*, Padova, 1973, p. 207.

[40] Espressamente P. Greco, P. Vercellone, *Le invenzioni e i modelli industriali*, cit., p. 265; v. anche G.E. Colombo, *L'azienda*, in *Tratt. dir. comm. e di diritto pubbl. dell'economia*, diretto da F. Galgano, vol. III, *L'azienda e il mercato,* Padova, 1978, p. 185.

filtro univoco nella circolazione, selezione e acquisizione di beni[41]: quando si discute di beni conferibili in società emergono problematiche specifiche che non sono risolvibili appellandosi a una nozione univoca di bene, dovendosi invece far riferimento specificamente alla funzione del bene conferibile con riguardo al diritto delle società, vedere se questo conferimento è coerente con la funzione del capitale sociale e trarre delle conseguenze.

Anche nella disciplina fallimentare – al fianco di quella successoria e della normativa commerciale – è possibile riscontrare la presenza di speciali processi di qualificazione di utilità economiche non appropriabili nelle forme classiche del diritto dominicale.

In particolare, il possesso di informazioni riservate non brevettabili, potendo giungere a rappresentare cospicua parte dell'attivo dell'impresa, si traduce in un insieme di obblighi negativi[42] – di non rivelare le informazioni – e positivi[43] – di trasmettere le informazioni medesime – gravanti in capo al soggetto che diviene assegnatario del compendio aziendale. La questione è divenuta oggetto di una delle vicende al momento più note in materia di procedure concorsuali alternative al fallimento, ove le informazioni riservate attenevano alle modalità di cottura di un prosciutto cotto. Non ritenute brevettabili, tali informazioni sono state considerate un *know how* aziendale che, in ragione del considerevole valore che esso è in grado di rivestire, non può non costituire parte della massa ereditaria ed essere così amministrato, gestito ed eventualmente trasferito nell'interesse dei creditori.

Un altro elemento significativo che può trarsi dalla materia fallimentare - la quale si caratterizza per la sua capacità di fungere efficacemente da filtro nella apposizione di valori - è costituita dalle ditte patronimiche, ossia dei casi in cui alcune informazioni inerenti all'imprenditore sono utilizzate nell'identificazione dei segni distintivi dell'impresa medesima.

Come potrebbe dimostrarsi fornendo ulteriori esempi, successione ereditaria, fallimento, iscrizione in bilancio e esecuzione forzata governano con le proprie regole il trasferimento dell'informazione e assicurano di preservare il suo valore attraverso regimi giuridici peculiari.

[41] Nel senso della conferibilità in società dei segreti industriali non protetti e del *know-how* v. G. Olivieri, *I conferimenti in natura nelle società per azioni*, Padova, 1989, p. 282 ss.; M. Miola, *I conferimenti in natura*, in *Trattato delle società per azioni,* diretto da G.E. Colombo e G.B. Portale, Torino, 2004, pp. 43, 56, 109 ss.

[42] Cfr. S. Pugliatti, *Conoscenza e diritto*, Milano, 1961, in part. p. 184 (e anche voce *Conoscenza*, in *Enc. del dir.*, IX, Milano, 1961, p. 121 ss.); A. Falzea, *I fatti di conoscenza*, in *Scritti in onore di S. Pugliatti*, vol. I, t. 1, Milano, 1978, p. 531 ss.

[43] V. Scalisi, *Dovere di informazione e attività di intermediazione mobiliare*, in S. Mazzamuto e G. Terranova (a cura di), *L'intermediazione mobiliare. Studi in memoria di A. Maisano*, Napoli, 1993, p. 65 ss., a p. 74.

5

Provo a svolgere una conclusione di politica del diritto e mi aiuta, in questo senso, un libro di Andrey Miroshnichenko divenuto ormai un *must* di riferimento nel dibattito mondiale sul tema dell'informazione come bene, intitolato "*Postjournalism and the death of newspapers*"[44].

Nel saggio è fornita ampia testimonianza del radicale mutamento del modello attraverso cui l'informazione è messa in circolazione al fine di produrre profitto.

Tradizionalmente – ed è questo il quadro da cui prendeva le mosse il volume di Vincenzo Cuffaro del 1986[45] – gli strumenti di informazione di massa effettuavano due gradi operazioni: conquistavano un mercato vendendo informazioni e vendevano quel mercato ai soggetti che acquistavano gli spazi pubblicitari. Il rapporto, in termini di valore, tra questi due mercati – si legge nel volume di Miroshnichenko – era all'incirca il seguente: il 30% dei proventi veniva generato dalla vendita dei giornali in forma cartacea, mentre il 70% circa proveniva invece da chi acquistava la pubblicità sui giornali. Tale schema, che sollecitava una struttura proprietaria sulle informazioni, è venuto completamente meno, in quanto oggi gli utenti sono abituati a non pagare le notizie e a riceverle, invece, gratuitamente. Ciò che le persone sono normalmente interessate ad acquistare sono le letture critiche della realtà.

Un secondo aspetto degno di nota è che la pubblicità non è più veicolata secondo lo stesso schema, in quanto in rete ciò avviene secondo tecniche di accentuata personalizzazione, dimodoché chiunque, grazie alla raccolta di dati, è in grado di canalizzare messaggi promozionali personalizzati, direttamente rapportati alle ricerche effettuate dall'utente.

Il mercato spinge fortemente, dunque, per un modello non proprietario dell'informazione[46], mentre ciò che si acquista in questa ideale Terza Generazione di massa è il "contenuto critico" della notizia.

[44] A. Miroshnichenko, *Postjournalism and the Death of Newspapers. The media after Trump: manufacturing anger and polarization*, Toronto, 2020.
[45] V. Cuffaro, *Profili civilistici del diritto all'informazione*, cit.
[46] Cfr. P. Rescigno, *Disciplina dei beni e situazioni della persona*, cit.; C. Reich, *The new property*, cit.; G. Amato, *L'interesse pubblico e le attività economiche private*, in *Pol. dir.*, 1970, p. 448 ss.

Massimo Foglia

Note sul diritto all'informazione nell'era di Internet

Sommario: 1. Posizione del problema – 2. *Cancel culture* e profili civilistici; 3. Diritto all'informazione, oblio e identità personale – 4. (*Segue*). L'informazione negli archivi *online* – 5. *Digital Service Act* e prospettive di responsabilità delle piattaforme digitali – 6. Conclusioni.

1. *Posizione del problema*

Scriveva Umberto Eco che quando trionfano i mezzi di massa, l'uomo muore[1]. Egli alludeva al ruolo passivo del destinatario dell'informazione[2]: una "passività narcotica", per usare ancora le sue parole.

Oggi, nell'età della comunicazione tecnologica, chi riceve l'informazione spesso non si pone il problema dell'esattezza della notizia o della quota di verità dell'informazione che acquisisce. Vi è anzi l'illusione che, grazie alla rete, l'informazione sia direttamente reperibile senza il *medium* dell'intermediario, dell'interprete, del giornalista. La tecnologia tende a cancellare le mediazioni, aprendo la via ai rischi di un potere manipolatore[3]: la preminenza delle piattaforme di social media come fonti di informazione alimenta infatti la proliferazione di notizie false[4].

In tale scenario è lecito allora chiedersi se l'informazione (quella affidabile,

[1] U. Eco, *Per una guerriglia semiologica* (1967), ora in Id., *L'era della comunicazione*, Milano, 2022, p. 20.

[2] È subito chiaro che l'informazione cui ci si riferisce è *qualitativamente* diversa – e perciò non assimilabile – all'informazione contrattuale o al trattamento dei dati personali.

[3] Oggi tutti sanno quanto i social media possano influenzare le opinioni dei cittadini, l'integrità del confronto democratico, forse addirittura l'esito di elezioni politiche di paesi democratici. Sul tema è illuminante il libro di N. Nichols, *The Death of Expertise*, trad. it. *La conoscenza e i suoi nemici*, Roma, 2018.

[4] In argomento v. A. Martuscello, *Le iniziative di AGCom in materia di pluralismo e di correttezza dell'informazione sulle piattaforme digitali*, in M. Manetti e R. Borrello (a cura di), *Il diritto dell'informazione. Temi e problemi*, Modena, 2019, p. 47 ss.

ossia proveniente da un giornalismo di qualità) possa sopravvivere[5] o se sia davvero la fine del "diritto" all'informazione[6].

La complessità di un discorso giuridico sull'informazione è dettata da molteplici fattori. Anzitutto si registra un problema definitorio: esiste un'informazione oggettivamente definibile oppure vi è sempre un meccanismo di deformazione del dato che passa dal filtro dei comunicatori?[7]

In secondo luogo, non sono trascurabili i presupposti filosofici e sociologici del problema[8], che in questa sede potranno soltanto essere sfiorati.

In terzo luogo, se la libertà di informare ha una solida base di diritto positivo, il diritto ad essere informati non beneficia di un esplicito riferimento normativo, e dunque la trattazione *sub specie juris* di tale profilo appare piuttosto limitata[9].

Nel suo studio sui "*Profili civilistici del diritto all'informazione*", Vincenzo Cuffaro raccomandava un sistema di effettiva tutela del destinatario del messaggio, mediante il riconoscimento di un autonomo diritto ad un'informazione corretta[10]. In chiave giuridica, se è facilmente riconoscibile un *interesse*, individuale e collettivo, ad essere informati, soddisfatto dalla semplice possibilità di accesso alle fonti di informazione, ben più difficile è costruire tale interesse come *diritto*[11]. E lo è ancor più oggi, come si dirà in seguito, dacché la rivoluzione digitale ha attraversato il mondo dell'informazione.

Lo studio di Cuffaro, dedicato alla stampa e alla radiotelevisione, merita dunque di essere riletto sotto la luce nuova dell'informazione digitale, con lo sguardo rivolto ai *consumatori* dell'informazione (e non solo agli emittenti),

[5] J. Abramson, *Mercanti di verità. La grande guerra dell'informazione*, Palermo, 2021.

[6] V.A. Gentili, *Fine del diritto dell'informazione?*, consultato in bozze per cortesia dell'Autore e in questo volume, p. 49 ss..

[7] Concettualmente quest'ultima impostazione richiama la tesi di chi sostiene che "the medium is the message". Per una critica v. U. Eco, *Per una guerriglia semiologica*, cit., p. 20 ss.

[8] V.A. Gentili, *Fine del diritto dell'informazione?*, cit., p. 50, ove mette in luce il rapporto fra informazione e verità.

[9] Così A. Gentili, *Fine del diritto dell'informazione?*, cit., p. 49.

[10] V. Cuffaro, *Profili civilistici del diritto all'informazione*, Napoli, 1986, passim.

[11] V. Cuffaro, *Profili civilistici del diritto all'informazione*, cit., pp. 32-39. Nella dottrina civilistica, sul dibattito attorno alla portata dell'art. 21 Cost., v. N. Lipari, *Libertà di informare o diritto ad essere informati,* in *Il Diritto delle Radiodiffusioni e delle Telecomunicazioni*, 1978, p. 1 ss.; P. Perlingieri, *Informazione, libertà di stampa e dignità della persona*, in *Rass. dir. civ.*, 1986, p. 624. Per una panoramica v. V. Zeno-Zencovich, voce *Informazione (profili civilistici)*, in *Dig. IV*, *disc. priv.*, sez. civ., IX, Torino,1993, p. 420 ss.

i quali appaiono più che mai inermi dinanzi ad un sistema che si basa in larga misura sui social[12] e che è in grado di incidere enormemente - e pericolosamente - sull'assetto sociale e sulle scelte individuali.

2. Cancel culture *e profili civilistici*

La transizione al digitale di notizie e dati ha comportato sfide ancora più ardue sul piano di un diritto all'informazione.

L'avvento di Internet ha determinato il superamento della nozione tradizionale dei "media"[13]. Le testate giornalistiche online e gli altri siti internet, i social media e via dicendo, possono incidere notevolmente sulla vita privata, familiare, sociale, professionale, politica delle persone. Taluni tipi di danni sono suscettibili, oggi, di essere considerevolmente amplificati proprio dai moderni mezzi di comunicazione. Basti pensare alle condotte lesive della reputazione personale compiute nello spazio digitale, le cui caratteristiche rendono agevolmente reperibili per chiunque, anche a distanza di molti anni, tutti gli addebiti diffamatori associati al nome della vittima[14]. Questi pregiudizi – lo ha ribadito recentemente la Corte Costituzionale – «debbono essere prevenuti dall'ordinamento con strumenti idonei, necessari e proporzionati, nel quadro di un indispensabile bilanciamento con le contrapposte esigenze di tutela della libertà di manifestazione del pensiero, e del diritto di cronaca e di critica in particolare»[15].

La libertà d'espressione, così come il diritto all'informazione o il pluralismo, sono infatti valori fondamentali in una società democratica[16]. Eppure, nel panorama odierno, questi valori sono messi in pericolo dalla

[12] Nella dieta informativa la rete è la seconda fonte d'informazione dopo la tv, e la prima per i più giovani. Cfr. «Rapporto sul Consumo di informazione», 19 febbraio 2018, disponibile su *www.agcom.it*.

[13] V. Zeno-Zencovich, *Cosa intendiamo, oggi, per media?*, in M. Manetti e R. Borrello (a cura di), *Il diritto dell'informazione. Temi e problemi*, cit., p. 11 ss.

[14] Sul punto v. G. Carapezza Figlia, *Tutela dell'onore e libertà di espressione. Alla ricerca di un «giusto equilibrio» nel dialogo tra corte europea dei diritti dell'uomo e giurisprudenza nazionale*, in *Dir. fam. pers.*, 2013, p. 1011 ss.

[15] Corte cost., ord., 12 luglio 2021, n. 150, in *Giur. cost.*, 2021, p. 1563. In tale pronuncia, la Corte ha dichiarato una volta di più che nell'ordinamento interno non esistono valori o principi costituzionali più importanti della libertà di espressione, tutelata tanto dall'art. 10 CEDU, quanto dall'art. 21 Cost.

[16] V. per tutti M. Bassini, *Internet e libertà d'espressione. Prospettive costituzionali e sovranazionali*, Roma, 2019, *passim*.

disinformazione[17] e da una (iper)suscettibilità (nel contesto anglosassone è denominata *wokeness*)[18] di larga parte dell'opinione pubblica, che si traduce nell'intolleranza verso idee o punti di vista diversi dal proprio, nonché nel ravvisare in essi una minaccia alla propria integrità culturale.

È un fenomeno che purtroppo si registra in continuazione, su ogni argomento su cui si appunta il dibattito pubblico. Lo si è potuto constatare, ad esempio, nella discussione attorno al ddl Zan, riguardante le misure di prevenzione e contrasto della discriminazione e della violenza per motivi fondati, fra gli altri, sull'orientamento sessuale; più di recente è parso evidente con riguardo al tema dell'obbligo vaccinale[19].

Questa "suscettibilità" ha provocato un fenomeno ancor più preoccupante, che porta il nome di *cancel culture*. Esso sta invadendo non solo il terreno dei rapporti privati e dei diritti soggettivi – dove incide sulla libertà di parola e di opinione – ma è penetrato anche nel campo della letteratura, della musica, del teatro e via dicendo.

Sia consentita, al riguardo, una breve digressione. Ci si chiede se abbia senso che un'opera letteraria non possa vedere la luce perché il suo autore è accusato di violenza sessuale. Recentemente ciò è accaduto in Francia con il libro *Vanessavirus* di Gabriel Matzneff, pubblicato in Italia grazie ad una piccola casa editrice[20]. E negli Stati Uniti dove è stata impedita

[17] I problemi che affliggono l'informazione, oggi, sono molti e diversi: la concentrazione delle informazioni per via dell'incombente ruolo delle piattaforme digitali; il fenomeno delle *fake news*; le cosiddette "camere d'eco"; il ruolo degli algoritmi nel canalizzare l'informazione e via dicendo. Ma tutti questi aspetti si possono tradurre, in una parola, nel pericolo di *disinformazione*.

[18] Alludo al titolo di un fortunato libro di G. Soncini, *L'era della suscettibilità*, Venezia, 2021, la quale mette bene in evidenza il fatto che troviamo intollerabile che qualcuno la veda diversamente da noi, ci sentiamo minacciati appena le idee del nostro interlocutore non sono quelle che abbiamo stabilito essere buone e giuste, viviamo in una bolla in cui non vogliamo renderci conto di niente che ci disturbi.

[19] A questo riguardo, trovo condivisibili le parole di Vladimiro Zagrebelsky apparse su un Editoriale de *La Stampa* del 4 settembre 2021 dal titolo "*Ogni libertà ha i suoi limiti*": «Sono inammissibili la violenza verbale (e talora fisica), gli insulti e le minacce che accompagnano il dibattito su questa o quella forma di obbligo vaccinale e sulla subordinazione dell'accesso a certi servizi all'esibizione del certificato di vaccinazione. In questa, come in ogni altra occasione di discussione pubblica, l'esercizio della libertà d'espressione di opinioni, dubbi, contestazioni risponde non solo a un diritto sacrosanto, ma anche ad una esigenza fondamentale in una società democratica. È grave dover constatare il degrado civile che hanno assunto le forme di contrasto alle posizioni altrui. Il valore del dibattito e del confronto di argomenti è poi particolarmente alto quando si discuta di soggetti tanto rilevanti come quelli che riguardano la salute dei singoli e della comunità e la libertà di ciascuno».

[20] La vicenda di Gabriel Matzneff fa pensare che oggi un capolavoro come *Lolita* di Vladimir Nabokov rischierebbe di non essere pubblicato, perché urterebbe la suscettibilità di taluni.

la pubblicazione della biografia di uno dei maggiori scrittori statunitensi viventi, Philip Roth, perché il suo biografo è stato accusato di violenza sessuale. Insomma, viene da chiedersi cosa c'entri la letteratura con le vicende personali del suo autore[21].

Tali considerazioni possono apparire fuori luogo, ma a mio parere si allacciano al discorso giuridico, se si vuole davvero proteggere la libertà di parola e tutelare le informazioni e le idee anche quando queste possano urtare l'altrui sensibilità.

È in tale direzione che va interpretata la giurisprudenza della Corte EDU, in relazione all'art. 10 della Convenzione[22], in materia di libertà d'espressione. Sin dalla metà degli anni Settanta, con il caso *Handyside* c. *Regno Unito*, la Corte di Strasburgo ha offerto un'interpretazione evolutiva della norma, adeguandola anche alle nuove esigenze della società dell'informazione. Essa ha affermato che la libertà di espressione «non protegge solamente le "informazioni" o "idee" accolte con favore o considerate come inoffensive o indifferenti, ma anche quelle che urtano, scioccano o inquietano: così richiede il pluralismo, la tolleranza e lo spirito di apertura senza i quali non vi sarebbe una "società democratica"»[23].

Nella giurisprudenza nazionale, poi, la Cassazione ha affermato che la libertà di espressione «pur potendo contemplare toni aspri e di disapprovazione pungenti ed incisivi comunque non deve trasmodare nell'attacco personale e nella pura contumelia»[24].

Su tali premesse, è interessante registrare come negli Stati Uniti, nelle cause civili di diffamazione o nelle controversie di diritto del lavoro, alcuni

[21] Al riguardo cfr. l'ultimo saggio di W. Siti, *Contro l'impegno. Riflessioni sul Bene in letteratura*", Milano, 2021, che scrive: «l'arte è un bastian contrario che spira sempre dal lato sbagliato; è ambivalente, dà ragione a chi ha torto e torto a chi ha ragione; per questo è più longeva della politica e della cronaca a cui pure si ispira».

[22] Art. 10 Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo (Libertà di espressione): «1. Ogni persona ha diritto alla libertà d'espressione. Tale diritto include la libertà d'opinione e la libertà di ricevere o di comunicare informazioni o idee senza che vi possa essere ingerenza da parte delle autorità pubbliche e senza limiti di frontiera. Il presente articolo non impedisce agli Stati di sottoporre a un regime di autorizzazione le imprese di radiodiffusione, cinematografiche o televisive. 2. L'esercizio di queste libertà, poiché comporta doveri e responsabilità, può essere sottoposto alle formalità, condizioni, restrizioni o sanzioni che sono previste dalla legge e che costituiscono misure necessarie, in una società democratica, alla sicurezza nazionale, all'integrità territoriale o alla pubblica sicurezza, alla difesa dell'ordine e alla prevenzione dei reati, alla protezione della salute o della morale, alla protezione della reputazione o dei diritti altrui, per impedire la divulgazione di informazioni riservate o per garantire l'autorità e l'imparzialità del potere giudiziario.

[23] CEDU 7 dicembre 1976, *Handyside c. Regno Unito*, § 49.

[24] Cass. 19 giugno 2012, n. 10031, in *Danno e resp.*, 2013, p. 163.

plaintiff lawyers invochino la *cancel culture* tra gli argomenti a difesa della libertà d'espressione dei loro assistiti.

Qualcosa di analogo, a ben guardare, accade anche in Italia. Dalla giurisprudenza giuslavoristica possiamo trarre alcuni esempi. L'ordinanza n. 21965/2018 della Cassazione riguarda il licenziamento di un dipendente per aver diffamato, nel corso di una conversazione Facebook riservata agli iscritti al sindacato, l'amministratore delegato della società di cui era alle dipendenze e all'interno della quale svolgeva il ruolo di rappresentante sindacale[25]. All'interno del gruppo Facebook del sindacato il lavoratore avrebbe accusato l'azienda di impiegare metodi "schiavisti" utilizzando epiteti poco lusinghieri nei confronti dell'amministratore delegato.

La Cassazione, intervenuta sulla vicenda, ha dichiarato illegittimo il licenziamento. Anzitutto perché i messaggi erano pubblicati all'interno della chat riservata al gruppo dei sindacalisti. Ma soprattutto – per il profilo che qui più ci interessa indagare – perché il riferimento fatto nella conversazione ai metodi "schiavisti" dell'azienda, e le espressioni usate riguardo all'amministratore, sono state valutate (in sede di merito) come – cito testualmente - «coloriture, ormai entrate nel linguaggio comune, tese a rafforzare il dissenso dai metodi utilizzati dall'impresa», dovendo altrimenti «concludersi che la libertà di critica e, ancora prima, di opinione, possa essere esercitata solo manifestando idee favorevoli o inoffensive o indifferenti». Dunque la condotta del lavoratore è stata nel caso di specie ritenuta riconducibile al legittimo esercizio di critica.

Una diversa valutazione è stata svolta in una recente pronuncia del Tribunale di Bologna, adito con ricorso *ex* art. 700 c.p.c.[26]. Il fatto è il seguente: una casa editrice stipula un accordo per la divulgazione in rete (Twitter, Instagram e Facebook) di alcune opere letterarie, ma si vede costretta a recedere dal contratto a motivo della condotta di controparte (un ufficio stampa), ritenuta lesiva della reputazione propria, dei suoi autori e – si legge nella sentenza – della "dignità delle donne e dell'essere umano in generale". Nello specifico, l'ufficio stampa convenuto aveva affidato ad una nota *blogger* l'incarico di recensire un libro di cui curava la promozione editoriale. La recensione però non fu favorevole: con taglio professionale e toni mai sgarbati, la recensora spiegò di non avere condiviso la scelta stilistica dell'autrice ed il linguaggio utilizzato, secondo lei, poco scorrevole per un vasto pubblico. In conseguenza di ciò l'ufficio stampa aveva

[25] Cass., sez. lav., 10 settembre 2018, n. 21965, in *Foro it.*, 2018, 12, I, p. 3927; in *Diritto dell'Informazione e dell'Informatica (Il)*, 2019, 2, p. 488.
[26] Trib. Bologna, 12 marzo 2021, n. 826, in *www.ilcaso.it*.

attaccato duramente la *blogger* diffamandola quale "ragazza ridicola, fascista e permalosa" e definendo il *post* come "fascista di una blogger hobbista di poco conto che non è nemmeno una giornalista professionista".

Poiché la condotta di parte convenuta è stata ritenuta lesiva, come detto, della "dignità delle donne e dell'essere umano in generale", il Tribunale di Bologna ha accolto la domanda cautelare e inibito al convenuto ogni attività di divulgazione e promozione di qualsivoglia pubblicazione e opera edita dalla ricorrente o dei marchi di proprietà della medesima[27].

3. *Diritto all'informazione, oblio e identità personale*

Un discorso a parte merita il diritto all'oblio in rapporto al diritto all'informazione.

Per comprendere quale sia il corretto criterio di bilanciamento tra diritto del singolo e interesse collettivo all'informazione, occorre svolgere qualche considerazione di contesto, che riguarda anzitutto il significato del diritto all'oblio con l'avvento di internet[28], e poi la funzione (ma pure il funzionamento) degli archivi storici nel *mare magnum* della rete rispetto a qualsiasi altra fonte presente sul web[29].

[27] La domanda cautelare si fondava perciò sul timore dell'editore ricorrente, da un lato, di essere associato (o veder associati i libri da lui pubblicati) alle modalità di espressione e alla posizione assunta pubblicamente sui social media dall'ufficio stampa, e, dall'altro, di vedere il convenuto continuare l'attività di promozione dei titoli.

[28] «[…] dove di tutto ciò che è stato inserito nel web rimane una memoria illimitata e senza tempo, ovvero un deposito di dati di dimensioni globali, sia pure, come è stato detto usando una metafora, trattandosi di "pagine isolate di libri custoditi in mille diverse biblioteche"» (così Cass. 27 marzo 2020, n. 7559, cit.).

[29] La protezione normativa dell'archivio (storico) giornalistico sta cominciando a formare oggetto di attenta considerazione da parte del legislatore. Nel Regolamento (UE) 2016/679 sono state inserite norme (v. art. 9, par. 2, lett. j) finalizzate alla tutela delle attività di archiviazione nel pubblico interesse di ricerca scientifica o storica o a fini statistici, tanto che il diritto all'oblio subisce delle limitazioni (art. 17, par. 3, lett. d) nelle ipotesi in cui il trattamento dei dati sia necessario «a fini di archiviazione nel pubblico interesse, di ricerca scientifica o storica o a fini statistici conformemente all'art. 89, par. 1, nella misura in cui il diritto di cui al paragrafo 1 rischi di rendere impossibile o di pregiudicare gravemente il conseguimento degli obiettivi di tale trattamento». In ogni modo l'art. 89, al par. 1, prende in considerazione garanzie adeguate per i diritti e le libertà dell'interessato mediante l'adozione di misure tecniche ed organizzative che possano garantire il rispetto del principio della minimalizzazione dei dati; mentre un'intera parte del Regolamento (il titolo VII) è, infine, dedicata appositamente al trattamento a fini di archiviazione nel pubblico interesse,

Il diritto all'oblio, correlato al diritto alla riservatezza e al principio di identità personale[30], postula nel mondo digitale della rete l'interesse – con le parole di Stefano Rodotà – a «restituire a ciascuno la possibilità di reinventarsi, di costituire personalità e identità affrancandosi dalla tirannia di gabbie nelle quali una memoria onnipresente e totale vuole rinchiudere tutti»[31]. Tuttavia tale diritto fondamentale si scontra, come visto, con l'esigenza di tutelare l'informazione.

Il diritto di ogni persona all'oblio deve infatti essere bilanciato con il diritto della collettività all'informazione. Così, ad esempio, ove fosse pubblicato sul web un articolo di interesse generale ma lesivo dei diritti di un soggetto che non rivesta la qualità di personaggio pubblico, noto a livello nazionale, può essere disposta la "deindicizzazione" dell'articolo dal motore ricerca. Ciò dovrebbe impedire che un accesso agevolato (tramite il semplice utilizzo di parole chiave), e protratto nel tempo, ai dati personali di tale soggetto possa ledere il diritto di quest'ultimo a non vedersi attribuita una biografia telematica fatta di notizie ormai superate, e dunque diversa da quella reale[32].

di ricerca scientifica o storica o a fini statistici con la finalità di garantire la conservazione di quei dati che siano decisivi per la «memoria» della società (tale quadro normativo è sottolineato in Cass. 27 marzo 2020, n. 7559, cit.).

[30] Per un approfondimento v. G.B. Ferri, *Diritto all'informazione e diritto all'oblio*, in *Riv. dir. civ.*, 1990, p. 801; S. Morelli, *Fondamento costituzionale e tecniche di tutela dei diritti della personalità di nuova emersione (a proposito del c.d. "diritto all'oblio")*, in *Giust. civ.*, 1997, II, p. 515; Id., *Oblio (diritto all')*, in *Enc. dir.*, Agg. VI, Milano, 2002, p. 848 ss.; G. Finocchiaro, *La memoria della rete e il diritto all'oblio*, in *Dir. inf.*, 2010, p. 391 ss.; Id., *Il diritto all'oblio nel quadro dei diritti della personalità*, ivi, 2014, p. 591 ss.; A. Thiene, *Segretezza e riappropriazione di informazioni di carattere personale: riserbo e oblio nel nuovo regolamento europeo*, in *Nuove leg. civ. comm.*, 2017, p. 429, la quale ravvisa una stretta connessione tra diritto all'oblio, dignità e identità della persona.

[31] S. Rodotà, *Il diritto di avere diritti*, Roma-Bari, 2012, p. 406. Va detto che oggi esiste un problema relativo al *rapporto tra identità e autonomia*. Se l'autonomia postula il potere di autodeterminazione soggettiva, inteso come «potere di controllare le modalità di costruzione della propria identità» (in questi termini G. Marini, *La giuridificazione della persona. Ideologie e tecniche nei diritti della personalità*, in *Riv. dir. civ.*, 2006, I, p. 366), è interessante notare come la costruzione dell'identità personale, e in particolare di quella digitale, molto spesso sfugga al controllo del suo titolare. Si è parlato al riguardo di un'identità «esterna», poiché essa – scriveva Stefano Rodotà nel suo *Il diritto di avere diritti*, cit., p. 319 – «è sempre più il frutto di una operazione nella quale sono gli altri a giocare un ruolo decisivo».

[32] Così, da ultimo, Cass., ord., 31 maggio 2021, n. 15160. Nel caso di specie, la S.C. ha cassato la sentenza di merito, che, solo in ragione del carattere non troppo risalente dell'informazione, aveva negato a un imprenditore, noto esclusivamente a livello locale, il diritto alla menzionata "deindicizzazione", in relazione ad un articolo pubblicato sul "web",

A questo proposito l'orientamento della Cassazione pare essere consolidato[33]. Benché sussistano delle criticità[34], la premessa sembra condivisa da tutti: si tratta di operare un delicato bilanciamento tra tutela del singolo e finalità di informazione. Tale esigenza è stata ancora di recente sottolineata dalla Cassazione, che scorge nelle due contrapposte posizioni[35] altrettanti diritti fondamentali: «il diritto di cronaca, posto al servizio dell'interesse pubblico all'informazione, ed il diritto della persona a che certe vicende della propria vita, che non presentino più i caratteri dell'attualità, ovverosia che non siano più suscettibili di soddisfare un interesse apprezzabile della collettività a conoscerle, non trovino più diffusione da parte dei media»[36].

ove era stato riportato il contenuto di intercettazioni telefoniche di terzi, che riferivano di una presunta vicinanza di tale imprenditore a clan mafiosi, non confermata dall'apertura di alcuna indagine nei confronti di quest'ultimo.

[33] Già a partire da Cass. 5 aprile 2012, n. 5525, in *Danno e resp.*, 2012, p. 701 ss., con nota di F. Di Ciommo, R. Pardolesi, *Dal diritto all'oblio in Internet alla tutela dell'identità dinamica. È la Rete, bellezza!*; in *Nuova giur. civ. comm.*, I, 2012, p. 843 ss., con nota di A. Mantelero, Right to be forgotten *ed archivi storici dei giornali. La Cassazione travisa il diritto all'oblio*. E più di recente Cass. 27 marzo 2020, n. 7559, in *Foro it.*, 2020, I, p. 1549, con nota di commento di A. Palmieri, R. Pardolesi, *Polarità estreme: oblio e archivi digitali*: «Rispetto a un archivio storico digitale on line di un quotidiano ove siano riportati, in quanto derivanti dall'attività giornalistica di cronaca giudiziaria legittimamente esercitata, dati personali relativi all'attività economica dell'azionista di riferimento di un importante gruppo industriale, posta la necessità di trovare un punto di equilibrio tra opposti interessi (della collettività a ricostruire vicende economiche di perdurante rilevanza storico-sociale e dell'interessato al controllo del dato che lo riguarda), il diritto all'oblio, da ricollegare alla tutela dell'identità personale, non si può considerare leso (sì che non deve darsi ingresso a intervento di cancellazione) qualora l'editore abbia provveduto: a) a escludere l'accessibilità all'articolo contenente i dati in questione con i motori generali di ricerca, così rendendo i contenuti disponibili solo tramite attivazione del motore di ricerca interno all'archivio ed estromettendo azioni di ricerca mosse da ragioni casuali quando non futili; b) a inserire nell'archivio, in calce all'articolo contenente i dati in questione, un aggiornamento sugli ulteriori sviluppi dei procedimenti giudiziari trattati, così preservandone il valore documentaristico conservativo e la totale sovrapponibilità all'archivio cartaceo. V. anche Cass. 8 febbraio 2022, n. 3952, in *Norme&Tributi Plus*.

[34] Tra i commenti più critici v. F. Di Ciommo, R. Pardolesi, *Dal diritto all'oblio in Internet alla tutela dell'identità dinamica. È la Rete, bellezza!*, cit., p. 701 ss.; A. Mantelero, Right to be forgotten *ed archivi storici dei giornali. La Cassazione travisa il diritto all'oblio*, cit., p. 843 ss. *Contra*, A. Di Majo, *Il tempo siamo noi…*, in *Corr. giur.*, 2012, p. 769 ss.

[35] V. però M. Bianca, *Memoria ed oblio: due reali antagonisti?*, in *MediaLaws*, 3/2019, p. 23 ss., la quale, offrendo una rilettura dei concetti di memoria e oblio, ne mette in luce gli aspetti complementari, nella prospettiva di "diritti diacronici alla identità".

[36] Così Cass. 27 marzo 2020, n. 7559, cit.; nello stesso senso anche la meno recente Cass. 20 marzo 2018, n. 6919, in *Foro it.*, 2018, I, p. 1145, con nota di commento di R. Pardolesi, S. Bonavita, *Diritto all'oblio e buio a mezzogiorno*: «In tema di diritto alla

La questione, in particolare, è stata affrontata dalle Sezioni Unite del 2019[37], in una vicenda che riguardava un profilo peculiare[38]: il tema della legittimità della rievocazione storica dei fatti, vale a dire della ripubblicazione di quanto è stato già a suo tempo diffuso senza contestazioni. È utile richiamare qui il fatto: un uomo chiama in causa un quotidiano locale per aver rievocato un episodio di cronaca nera accaduto ventisette anni prima; all'epoca egli era stato condannato per l'omicidio della moglie, reato per cui aveva poi espiato dodici anni di reclusione. La riedizione della notizia aveva esposto l'uomo ad una nuova "gogna mediatica" quando ormai, grazie anche

riservatezza, dal quadro normativo e giurisprudenziale nazionale (art. 2 cost., 10 c.c. e 97 l. n. 633 del 1941) ed europeo (art. 8 e 10, 2° comma, Cedu e 7 e 8 della c.d. carta di Nizza), si ricava che il diritto fondamentale all'oblio può subire una compressione, a favore dell'ugualmente fondamentale diritto di cronaca, solo in presenza dei seguenti specifici presupposti: 1) il contributo arrecato dalla diffusione dell'immagine o della notizia ad un dibattito di interesse pubblico; 2) l'interesse effettivo ed attuale alla diffusione dell'immagine o della notizia (per ragioni di giustizia, di polizia o di tutela dei diritti e delle libertà altrui, ovvero per scopi scientifici, didattici o culturali); 3) l'elevato grado di notorietà del soggetto rappresentato, per la peculiare posizione rivestita nella vita pubblica del paese; 4) le modalità impiegate per ottenere e nel dare l'informazione, che deve essere veritiera, diffusa con modalità non eccedenti lo scopo informativo, nell'interesse del pubblico, e scevra da insinuazioni o considerazioni personali, sì da evidenziare un esclusivo interesse oggettivo alla nuova diffusione; 5) la preventiva informazione circa la pubblicazione o trasmissione della notizia o dell'immagine a distanza di tempo, in modo da consentire all'interessato il diritto di replica prima della sua divulgazione al pubblico (nella specie la suprema corte ha cassato con rinvio la sentenza della corte d'appello che aveva respinto la domanda di risarcimento del danno avanzata da un noto cantautore, a seguito della trasmissione su una rete televisiva, ad oltre cinque anni dall'accaduto, delle immagini relative al suo rifiuto di rilasciare un'intervista accompagnate da commenti denigratori)».

[37] Cass. civ., Sez. Un., 22 luglio 2019, n. 19681, in *Corr. giur.*, 2019, p. 1189 ss., con commento di V. Cuffaro, *Una decisione assennata sul diritto all'oblio*; cfr. anche l'ordinanza di rimessione Cass. 5 novembre 2018, n. 28084, in *Foro it.*, 2019, I, p. 227, con nota di R. Pardolesi e B. Sassani, *Bilanciamento tra diritto all'oblio e diritto di cronaca: il mestiere del giudice*. Più di recente v. anche Cass. 19 giugno 2019, n. 16429.

[38] Il caso all'esame delle Sezioni Unite concerne il problema della libertà di stampa e della diffusione della notizia a mezzo giornalistico, rimanendo perciò escluso ogni collegamento con i problemi posti dalla moderna tecnologia e dall'uso della rete internet. Il problema si presenta con caratteri ancor più accentuati nella dimensione dei social media. Sull'argomento v., di recente, R. Senigaglia, *Reg. UE 2016/679 e diritto all'oblio nella comunicazione telematica. Identità, informazione e trasparenza nell'ordine della dignità personale*, in *Nuove leg. civ. comm.*, 2017, p. 1023 ss., il quale rileva che «il permanere in circolazione di informazioni riguardanti pagine oscure ormai superate dalla vita dell'interessato comporta un evidente ostacolo al diritto, costituzionalmente garantito, alla libera esplicazione della personalità. D'altro canto, all'interesse individuale a veder dimenticati i fatti del passato spesso si contrappone quello, di carattere pubblico, alla loro conoscenza e diffusione, specialmente per ragioni di carattere storico, didattico, culturale».

alla sua apprezzata attività di artigiano, era riuscito a ricostruirsi una nuova vita e a reinserirsi nel contesto della società[39].

Quando un giornalista ripubblica, a distanza di un lungo periodo di tempo, una notizia già pubblicata (la quale, all'epoca, rivestiva certamente un interesse pubblico), egli non sta esercitando un diritto di cronaca, quanto un diritto alla rievocazione storica (storiografica) di quei fatti. Ciò è quanto hanno statuito le Sezioni Unite, precisando che l'autore della notizia non può godere della stessa garanzia costituzionale che è prevista per il diritto di cronaca. E la ripubblicazione della medesima notizia deve svolgersi semmai in forma anonima, atteso che l'interesse alla conoscenza di un fatto non necessariamente implica la sussistenza di un analogo interesse alla conoscenza dell'identità della singola persona che quel fatto ha compiuto[40]. Va perciò verificato, caso per caso, se sussista o meno un interesse qualificato a che la notizia ripubblicata venga diffusa con riferimenti precisi alla persona che di quella vicenda fu protagonista in un passato più o meno remoto[41].

Dalla pronuncia delle Sezioni Unite si trae un insegnamento valido anche e soprattutto quando l'informazione è online[42], lì dove la portata lesiva

[39] Su tali premesse l'uomo decise di agire in giudizio per la violazione del proprio diritto all'oblio, sostenendo che tale situazione gli avesse arrecato gravi danni, di natura patrimoniale e non patrimoniale, anche conseguenti alla cessazione dell'attività lavorativa.

[40] Cass. civ., Sez. Un., 22 luglio 2019, n. 19681, cit., § 9.

[41] Le Sezioni Unite hanno enunciato il seguente principio di diritto: «In tema di rapporti tra il diritto alla riservatezza (nella sua particolare connotazione del c.d. diritto all'oblio) e il diritto alla rievocazione storica di fatti e vicende concernenti eventi del passato, il giudice di merito - ferma restando la libertà della scelta editoriale in ordine a tale rievocazione, che è espressione della libertà di stampa e di informazione protetta e garantita dall'art. 21 Cost. - ha il compito di valutare l'interesse pubblico, concreto ed attuale alla menzione degli elementi identificativi delle persone che di quei fatti e di quelle vicende furono protagonisti. Tale menzione deve ritenersi lecita solo nell'ipotesi in cui si riferisca a personaggi che destino nel momento presente l'interesse della collettività, sia per ragioni di notorietà che per il ruolo pubblico rivestito; in caso contrario, prevale il diritto degli interessati alla riservatezza rispetto ad avvenimenti del passato che li feriscano nella dignità e nell'onore e dei quali si sia ormai spenta la memoria collettiva (nella specie, un omicidio avvenuto ventisette anni prima, il cui responsabile aveva scontato la relativa pena detentiva, reinserendosi poi positivamente nel contesto sociale)» (Cass. civ., Sez. Un., 22 luglio 2019, n. 19681, cit.).

[42] Cfr. R. Senigaglia, *Reg. UE 2016/679 e diritto all'oblio nella comunicazione telematica*, cit., p. 1023 ss., il quale osserva: «[…] nel trattamento dei dati operato in internet, focalizzare l'attenzione sul comportamento del gestore del sito sorgente risulta evidentemente riduttivo. L'informazione collocata nel cyberspazio si presta ad essere "raccolta" da chiunque, indicizzata e intrecciata, per il tramite di algoritmi, ad altre informazioni, facendo emergere un'identità *virtuale* dell'individuo oggettivamente diversa, perché artificiosa, da quella *reale*».

della notizia è particolarmente forte in ragione della perpetuità della rete[43] e dunque il fattore "tempo" diviene centrale nell'ottica di bilanciamento degli interessi in discussione. Venuto meno l'interesse pubblico alla conoscenza di un fatto, e in particolare dell'identità della singola persona che quel fatto ha compiuto, il diritto all'intimità della vita privata di quest'ultima si riespande, fino a ricomprendere, per così dire, un diritto alla solitudine[44].

Ed infatti le Sezioni Unite, nella pronuncia citata, sottolineano come «il trascorrere del tempo modifica l'esito del bilanciamento tra i contrapposti diritti e porta il protagonista di un fatto […] a riappropriarsi della propria storia personale»[45], e così della propria identità che nel tempo subisce fisiologiche mutazioni frutto di un percorso esistenziale che - per definizione - è sempre *in fieri*[46], giungendo infine ad un momento in cui si può configurare, con le parole della stessa Corte, un «legittimo desiderio del silenzio»[47].

4. *(*Segue*). L'informazione negli archivi* online

In dottrina è stato giustamente osservato che «il diritto del singolo alla corretta rappresentazione di sé non equivale al diritto di cancellare la storia, quand'anche sotto forma di archivi, né può tradursi in pretese di

[43] V.P. Sammarco, *Giustizia e social media*, Bologna, 2019, p. 24 ss.; M. D'Ambrosio, *Il c.d. principio dell'openness nelle procedure giudiziarie tra oblio e anonimato*, in *Rass. dir. civ.*, 2017, p. 37 ss.

[44] P. Rescigno, *Il diritto all'intimità della vita privata*, in *Studi in onore di Francesco Santoro-Passarelli*, Napoli, 1972, p. 128: «solitudine nel segreto della coscienza, dove le convinzioni e il passato chiedono di essere lasciati nel silenzio e i sentimenti esigono di non essere turbati». V. anche P. Perlingieri, *Informazione, libertà di stampa e dignità della persona*, in *Rass. dir. civ.*, 1986, p. 624 ss.

[45] Cass. civ., Sez. Un., 22 luglio 2019, n. 19681, cit., § 9.

[46] Si parla infatti di tutela della proiezione "dinamica" dei dati personali. V. Cass. 5 aprile 2012, n. 5525, cit.: «Posta la necessaria rispondenza del trattamento dei dati personali ai criteri di proporzionalità, necessità, pertinenza e non eccedenza allo scopo, spetta all'interessato al trattamento, a tutela della proiezione dinamica dei suoi dati personali e della sua attuale identità personale o morale, il diritto di conoscere in ogni momento chi possiede i dati e le relative modalità di utilizzo con la possibilità di opporsi al trattamento degli stessi ovvero di chiederne la cancellazione, la trasformazione, il blocco, la rettifica, l'aggiornamento o l'integrazione».

[47] Cass. civ., Sez. Un., 22 luglio 2019, n. 19681, cit., § 9.

ipertrofia informativa»[48]. L'archivio, anche se online, è destinato ad offrire una "memoria storica" delle vicende dell'epoca.

L'operazione di integrare le informazioni all'interno degli archivi sembra persino porsi in contraddizione col fine archivistico, che si traduce nella mera conservazione della notizia[49]. E pure ammettendo che contraddizione non vi sia, appare materialmente complicato e rischioso[50] anche solo garantire quel livello minimo di contestualizzazione che la Cassazione individua nel «collegamento della notizia ad altre informazioni successivamente pubblicate concernenti l'evoluzione della vicenda». Ancor più se il mero *link* agli articoli successivi che trattino della vicenda fosse ritenuto insufficiente a garantire un'effettiva contestualizzazione della notizia.

Vi sono inoltre ragioni, di natura teleologica, che spingono taluni a sostenere che la rete debba funzionare per ciò che è, vale a dire un «mega-archivio di informazioni, dati e prodotti digitali» fruibile da tutti, che deve per definizione rimanere a disposizione di ciascun internauta senza particolari limiti di accessibilità[51].

Del resto, sulle rilevanti risorse storico-educative fornite dagli archivi online si è espressa anche la Corte EDU, la quale ha affermato l'esistenza di un permanente interesse pubblico alla conoscenza delle vicende giudiziarie, che investe le informazioni non solo sugli eventi correnti ma anche passati[52]. In Italia la giurisprudenza della Cassazione allo stesso modo ha riconosciuto l'indubbio rilievo che presentano, a fini documentaristici (e quindi, in senso lato, "storici"), gli archivi online dei quotidiani[53].

[48] A. Mantelero, Right to be forgotten *ed archivi storici dei giornali. La Cassazione travisa il diritto all'oblio*, cit., p. 847.

[49] È questa l'opinione di A. Mantelero, Right to be forgotten *ed archivi storici dei giornali. La Cassazione travisa il diritto all'oblio*, cit., p. 845, che denuncia inoltre un improprio "travaso" di competenze: da quella, appunto, storico-archivistica (semplice conservazione del passato) a quella che compete allo storico con finalità tesa alla ricostruzione degli eventi.

[50] Per ulteriori considerazioni sul punto, v. F. Di Ciommo, R. Pardolesi, *Dal diritto all'oblio in Internet alla tutela dell'identità dinamica. È la Rete, bellezza!*, cit., p. 704 ss., i quali parlano di una soluzione "potenzialmente esplosiva" per i gestori di siti Internet, che «dovrebbe impiegare risorse economiche e tecniche per realizzare e gestire quotidianamente un sistema in grado di aggiornare costantemente all'attualità ogni contenuto immesso on-line».

[51] Su questa posizione v., per tutti, le conclusioni di F. Di Ciommo, R. Pardolesi, *Dal diritto all'oblio in Internet alla tutela dell'identità dinamica. È la Rete, bellezza!*, cit., p. 716.

[52] Corte EDU, sent. 19 ottobre 2017, *Fuchsmann vs. Germania*.

[53] V. Cass. 27 marzo 2020, n. 7559, cit., ove è stato osservato che l'archivio storico di ogni quotidiano, «per non snaturare la sua funzione, deve contenere tutti gli articoli pubblicati su tutte le edizioni, nella loro originaria forma e contenuto, e non può subire "amputazioni" a pena di perdere il carattere di storicità e di completezza che lo caratterizza»,

Tuttavia, ciò che la Cassazione sembra davvero stigmatizzare è forse la troppo facile reperibilità della notizia attraverso il semplice utilizzo di un motore di ricerca (e non tanto la permanenza delle informazioni all'interno di archivi storici). Il diritto che la Cassazione intende *in primis* salvaguardare è quello all'identità personale o morale dell'interessato: il «diritto al relativo controllo a tutela della propria immagine sociale»[54]. È dunque la proiezione sociale della propria identità che merita protezione, nel senso che deve sempre essere "attuale", ossia contestualizzata all'interno del periodo storico in cui si colloca[55], onde l'obbligo imposto al titolare di un organo

e ciò in quanto il «trattamento dei dati archiviati on fine non è caratterizzato da finalità giornalistiche (come accade, invece, al momento della sua pubblicazione o nel caso di una "nuova pubblicazione" nell'ambito di una "nuova iniziativa giornalistica") ma avviene a fini documentaristici»; fermo, però, restando che diversamente dagli archivi cartacei, «gli archivi on fine sono accessibili con facilità», sicché «occorre ragionare se giuridicamente può essere ipotizzabile una tutela delle informazioni contenute nel solo archivio cartaceo a differenza dell'archivio on fine che, per i mezzi di cui si avvale, presenta una maggiore lesività nel trattamento del dato», visto che «la rapidità di consultazione dell'archivio on fine» può «risultare molto più lesiva di una consultazione cartacea».

[54] Cass. 5 aprile 2012, n. 5525, cit. Un recentissimo provvedimento del Garante per la protezione dei dati personali (Provvedimento n. 116 del 25 marzo 2021), richiamando espressamente la pronuncia n. 5525/2012 della Cassazione, osserva che in relazione a notizie di cronaca giudiziaria risalenti nel tempo, l'interessato «ha diritto all'aggiornamento e/o integrazione della notizia già di cronaca che lo riguarda, e cioè il collegamento della notizia ad altre informazioni successivamente pubblicate, concernenti l'evoluzione della vicenda». V. anche Cass. 27 marzo 2020, n. 7559, cit., che riconosce sempre più rilevanza allo strumento della deindicizzazione (c.d. *delisting*) della notizia dai motori di ricerca; nonché Cass. 19 maggio 2020, n. 9147, in *Foro it.*, 2020, I, p. 2671, con nota di R. Pardolesi, *Oblio a regime?*: «Il diritto all'oblio consiste nel non rimanere esposti senza limiti di tempo ad una rappresentazione non più attuale della propria persona con pregiudizio alla reputazione ed alla riservatezza, a causa della ripubblicazione, a distanza di un importante intervallo temporale, di una notizia relativa a fatti del passato, ma la tutela del menzionato diritto va posta in bilanciamento con l'interesse pubblico alla conoscenza del fatto, espressione del diritto di manifestazione del pensiero e quindi di cronaca e di conservazione della notizia per finalità storico-sociale e documentaristica, sicché nel caso di notizia pubblicata sul web, il medesimo può trovare soddisfazione anche nella sola "deindicizzazione" dell'articolo dai motori di ricerca (nella specie la S.C. ha cassato con rinvio la sentenza impugnata che, nel disporre senz'altro la cancellazione della notizia relativa ad una vicenda giudiziaria mantenuta online, non aveva operato il necessario bilanciamento tra il diritto all'oblio e quelli di cronaca giudiziaria e di documentazione ed archiviazione)».

[55] Cfr. G. Visintini, *Dal diritto alla riservatezza alla protezione dei dati personali*, in *Dir. informaz. e informatica*, 2019, p. 3 ss., la quale sottolinea come il diritto all'identità personale racchiuda in sé l'«interesse del soggetto ad essere conosciuto in modo corrispondente al vero». V. anche Cass. 27 marzo 2020, n. 7559, cit., che riconosce espressamente un diritto «ad impedire la distorsione dell'immagine socio-personale del soggetto, costruita col tempo

di informazione alla contestualizzazione ed aggiornamento della notizia di cronaca.

Tuttavia, non vi può essere una vera e propria pretesa dell'interessato alla cancellazione del proprio passato, poiché la persistenza dell'interesse pubblicistico ad accedere ad una notizia del passato giustifica la permanenza dell'informazione negli archivi storici. L'editore dovrà però provvedere alla deindicizzazione della notizia, rendendo il dato non più accessibile tramite i comuni motori di ricerca ma esclusivamente dall'archivio storico *on line* del giornale; e sarà tenuto ad eseguire spontaneamente l'aggiornamento degli articoli conservati negli archivi in modo che le informazioni ivi contenute siano sempre "contestualizzabili" da chi consulta la banca dati.

5. Digital Service Act *e prospettive di responsabilità delle piattaforme digitali*

Nella monografia di Cuffaro si trovano inoltre interessanti indicazioni sull'itinerario legislativo italiano, che nel momento storico attuale trova un forte impulso nel contesto eurounitario, specialmente con riguardo all'informazione in rete, rispetto alla quale i legislatori, fino ad oggi, hanno rinunciato ad intervenire con leggi o regolamenti.

In Europa la direttiva 2000/31/CE sul commercio elettronico ha escluso la responsabilità dei prestatori di servizi che non diano origine alla diffusione dei contenuti e non selezionino destinatari e informazioni; mentre non incide significativamente sulla materia il regolamento europeo 2016/679. Ma ora la proposta di regolamento europeo relativo a un mercato unico dei servizi digitali (*Digital Service Act*), che modifica la direttiva 2000/31/CE, si prefigge di introdurre una disciplina della responsabilità degli *internet provider*. Essa muove dalla consapevolezza che «le piattaforme online possono essere utilizzate in modo improprio per la rapida diffusione di contenuti illegali o disinformazione», mentre vi è «la necessità di divulgare velocemente informazioni affidabili» (considerando n. 71).

Tra gli obiettivi dichiarati vi è, fra l'altro, quello di responsabilizzare la cittadinanza; la necessità di sottoporre a *audit* la responsabilità e la trasparenza degli algoritmi, soprattutto per quanto riguarda il modo in cui le informazioni vengono messe in ordine di priorità e indirizzate; gestire i

dopo la vicenda oramai dimenticata, e provocata dalla riemersione dell'antica notizia di cronaca, per effetto della sua presenza nell'archivio storico *on line* del quotidiano, e, la sua potenziale diffusione attraverso i comuni motori di ricerca presenti nella rete».

rischi connessi, ad esempio, «alla pubblicità illegale o alle tecniche di manipolazione e alla disinformazione che hanno ripercussioni negative reali e prevedibili sulla salute pubblica, sulla sicurezza pubblica, sul dibattito civico, sulla partecipazione politica e sull'uguaglianza» (considerando n. 63).

Tale proposta sottolinea come «un comportamento responsabile e diligente da parte dei prestatori di servizi intermediari sia essenziale per un ambiente online sicuro, prevedibile e affidabile e per consentire ai cittadini dell'Unione e ad altre persone di esercitare i loro diritti fondamentali garantiti dalla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, in particolare la libertà di espressione e di informazione, la libertà di impresa e il diritto alla non discriminazione» (considerando n. 3). In essa è poi caldeggiata l'elaborazione di codici di condotta. Un ambito particolare in cui dovrebbero operare detti codici è quello dei «rischi sistemici sulla società e sulla democrazia, quali la disinformazione o le attività di manipolazione e abuso» (considerando n. 68); e ciò comprende «operazioni coordinate volte ad amplificare informazioni, compresa la disinformazione, come l'utilizzo di bot o account falsi per la creazione di informazioni false o fuorvianti, talvolta a scopo di lucro, che sono particolarmente dannose per i destinatari del servizio vulnerabili, quali i minori» (*ibidem*). La proposta si prefigge inoltre di contrastare, fra l'altro, le forme illegali di incitamento all'odio online e la disinformazione.

Lo strumento disposto per garantire la rimozione senza ritardo dei prodotti, servizi o contenuti illegali prende il nome di "*notice and action*". Quando le piattaforme ricevono una notifica di questo tipo devono agire senza indebito ritardo, tenendo conto del tipo di contenuto illegale oggetto di notifica e dell'urgenza dell'intervento (cfr. art. 14 DSA).

Nell'ottica della tutela dei valori sin qui esposti, il rafforzamento delle regole inerenti alla responsabilità dei provider appare una misura cruciale, dato che può certamente offrire una sostanziale protezione a beneficio dei fruitori dell'informazione. Il ruolo centrale delle piattaforme come principale punto di accesso dell'informazione in internet giustifica l'attribuzione di una significativa responsabilità ("grandi poteri, grandi responsabilità"), al fine di tutelare gli utenti e la società stessa da attività illecite compiute nello spazio digitale attraverso le piattaforme stesse [56].

[56] V. la Comunicazione della Commissione europea «*Tackling Illegal Content Online. Towards an enhanced responsability of online platform*», ove si afferma: «Online platforms should decisively step up their actions to address this problem, as part of the responsibility which flows from their central role in society» (p. 2).

6. *Conclusioni*

L'indagine di Cuffaro da cui si è partiti ha il pregio di far luce sulla situazione soggettiva dei consumatori dell'informazione. Come visto, l'esigenza di proteggere la posizione dei destinatari, specialmente nello spazio digitale, rappresenta una priorità sempre più avvertita, anche dal legislatore europeo. La libertà d'espressione e il pluralismo sono valori fondamentali in una società democratica, ma occorre individuarne i limiti operando un bilanciamento tra diritti e interessi contrapposti. Rispetto al fenomeno della *cancel culture*, la "suscettibilità" del singolo non dovrebbe prevalere sulla libertà d'espressione e d'informazione, se non nei casi in cui si venga a configurare una forma di discriminazione dell'individuo[57]. Il pluralismo richiede che anche le idee o le manifestazioni di pensiero che «urtano, scioccano o inquietano» debbano essere tollerate[58].

La libertà d'espressione trova però un limite quando il diritto del singolo appare ingiustificatamente compromesso. Il diritto alla reputazione personale ed alla protezione dell'identità (anche digitale) si riespande quando la libertà d'espressione tracima e diventa lesiva della dignità e reputazione personale altrui[59]. Questo è evidente anche nel rapporto tra diritto all'oblio e interesse all'informazione, ove la tutela della reputazione e dell'identità del singolo costituiscono un argine all'interesse (della collettività) all'informazione, al diritto di cronaca e di critica, secondo un criterio adottato dalla Cassazione che sembra bilanciare ragionevolmente gli interessi in gioco. E così naturalmente anche la privacy assurge a limite[60]. Non solo perché l'assenza di un'effettiva protezione dei dati personali che confluiscono nella rete minaccia la libertà personale[61]. La privacy rap-

[57] Sul divieto di discriminazione v. il recente saggio di G. Alpa, *Il diritto di essere se stessi*, Milano, 2021, *passim*, in cui l'A. descrive le tecniche di protezione giuridica dell'individuo da ogni forma di discriminazione, e fra queste ricorda, ad esempio, le discriminazioni fondante sul sesso, sull'orientamento sessuale, sulla razza, e così via.

[58] Cfr. CEDU 7 dicembre 1976, *Handyside c. Regno Unito*, § 49, cit.

[59] È utile tuttavia sottolineare che il danno alla reputazione e all'identità di un soggetto, con riferimento al contesto sociale in cui si sviluppano le sue relazioni, è danno-conseguenza che non può ritenersi sussistente *in re ipsa* e deve quindi fondarsi sul «concreto pregiudizio presumibilmente patito dalla vittima, per come da questa dedotto e dimostrato, anche attraverso presunzioni gravi, precise e concordanti, che siano fondate, però, su elementi indiziari diversi dal fatto in sé» (così Cass. 8 febbraio 2021, n. 2968, in *Diritto & Giustizia*, 9 febbraio 2021).

[60] Per un'ampia panoramica sull'argomento si può consultare V. Cuffaro, R. D'Orazio, V. Ricciuto (a cura di), *I dati personali nel diritto europeo*, Torino, 2019, *passim*.

[61] Lo ha sottolineato, fra gli altri, Pietro Rescigno: «senza una forte tutela del "corpo

presenta anche lo steccato di uno spazio di intimità[62] che torna a dilatarsi quando l'interesse pubblico all'informazione non ha più ragion d'essere. In tale prospettiva, tanto la tutela della privacy quanto il diritto all'oblio vanno controbilanciati con il diritto alla libertà di informare e di essere informati, in particolare quando la persona cui si riferiscono le notizie è di fatto un personaggio pubblico[63].

elettronico", dell'insieme delle informazioni raccolte sul nostro conto, la stessa libertà personale è in pericolo» (la frase è riportata in G. Alpa, *Il diritto di essere se stessi*, cit., p. 257 s.).

[62] Cfr. S. Rodotà, *Tecnologie e diritti*, Bologna, 1995, p. 22 ss.

[63] Ancor più di recente si è espressa in tal senso Cass. 28 marzo 2022, n. 9923 in *Norme&Tributi Plus*.

Informazioni e contratto

Francesco Macario

Gli obblighi d'informazione nel contratto

1.

Se si discorre di obblighi d'informazione nel contratto, occorre premettere e precisare che l'ambito contrattuale in cui la problematica normalmente si pone è quello dei contratti di scambio, con particolare riferimento ai contratti commutativi, essendo persino intuitivo che nei rapporti di tipo associativo le questioni relative agli obblighi informativi a carico dei contraenti si presenterebbero in termini molto diversi.

Ove si consideri la relazione contrattuale di scambio, quale modello per esaminare le vicende relative agli obblighi d'informazione, viene subito in rilievo la generale constatazione della fisiologica "asimmetria informativa" - tra contraenti idealmente contrapposti nel massimizzare ciascuno il proprio utile -, che soltanto di recente, ossia negli ultimi decenni, ha acquisito una sua precisa rilevanza sul piano giuridico, grazie essenzialmente a interventi normativi, sempre più frequenti e incisivi, a tutela del contraente privo (o anche meno provvisto) di informazioni – attinenti, in sostanza, all'ambito di mercato in cui la relazione contrattuale si colloca e dunque al suo contesto socio-economico -, che hanno determinato l'elaborazione del concetto di "contrattazione asimmetrica".

Inquadrata la vicenda in questa tematica di tipo generale, le questioni più specifiche, con i connessi interrogativi riguardano: (*a*) in primo luogo, l'origine e dunque le ragioni della 'disinformazione', nel senso di comprendere da cosa essa derivi (se, ad esempio, sia in gioco il costo eccessivo della raccolta di informazioni, ovvero l'induzione o lo sviamento della controparte, che chiama in causa l'esame delle condotte, alla stregua del principio di correttezza e buona fede); (*b*) quindi, l'individuazione e la conseguente valorizzazione del contesto della contrattazione e delle condizioni delle parti, ove si pone il problema anche dell'autoresponsabilità (della parte disinformata, s'intende), che esige appunto la contestualizzazione del rapporto; (*c*) infine, l'individuazione e razionalizzazione delle forme di tutela, da quelle invalidanti a quelle risarcitorie (rilevando, in questo

senso, la nota dottrina della distinzione tra regole di validità e regole di responsabilità).

Svolta la breve premessa introduttiva, vorrei muovere dalla "voce" redatta da Vincenzo Cuffaro sulla "responsabilità precontrattuale", pubblicata nell'*Enciclopedia del diritto* nel 1988, in quanto è proprio la fase precontrattuale a rappresentare la situazione in cui gli obblighi d'informazione si concretizzano e diventano attuali.

Lo scenario normativo appare oggi molto più articolato, ma a fine anni Ottanta, com'è noto, si ragionava sulla scia dell'elaborazione dottrinale preparatoria, in un certo senso, delle norme di cui agli artt. 1337 e 1338 c.c., con le due fattispecie (generali) di *culpa in contrahendo* in evidenza: (*a*) la rottura ingiustificata delle trattative e, per quel che qui maggiormente interessa, (*b*) la mancata informazione (nello specifico, delle cause d'invalidità). Il punto di riferimento fondamentale, per chiunque avesse voluto ragionare di obblighi precontrattuali e dintorni, ma anche per il legislatore del codice civile, era costituito dallo studio di Domenico Rubino, *La fattispecie e gli effetti giuridici preliminari*, del 1939.

Nella dottrina civilistica successiva al codice si sottolineava la "eccedenza di contenuto deontologico" (così Emilio Betti, nel 1949, il cui pensiero viene ripreso più tardi da Stefano Rodotà). Accanto alla ricostruzione sul piano "valoriale", per così dire, vi erano, tuttavia, le questioni di natura più tecnico-giuridica, a partire dalla qualificazione della responsabilità derivante dalla violazione della norma: se la *culpa in contrahendo* comporti una forma di responsabilità assimilabile a quella contrattuale, ossia per inadempimento di obbligazioni (secondo ricostruzioni che alcuni hanno ritenuto eccessivamente sofisticate, ma che risultavano comunque assai convincenti, non solo per l'autorevolezza degli studiosi, come Renato Scognamiglio o Luigi Mengoni) o, viceversa, di responsabilità extracontrattuale o aquiliana (percorrendo un *iter* deduttivo certamente più semplice, almeno all'apparenza, ma anche, nel confronto con la precedente qualificazione contrattuale, si potrebbe dire semplificante, nella sua linearità deduttiva: in assenza di un contratto validamente concluso, non può esservi responsabilità contrattuale).

Non può poi non segnalarsi come, anche sulla scia dell'enfasi posta da Rodotà sul nesso tra le regole di correttezza e buona fede e la solidarietà costituzionale, l'art. 1337 rappresentasse "un sicuro modello per valutare quelle relazioni e quei rapporti che l'attuale sistema economico vede moltiplicarsi prima e in vista della effettiva stipulazione dei contratti; mentre la peculiare elasticità della norma fornisce uno strumento duttile per la

considerazione dei nuovi accadimenti che la realtà dei fatti propone" (nelle parole dello stesso Rodotà).

A fine anni Ottanta – ossia oltre un trentennio addietro, quando viene pubblicata la ricordata voce enciclopedica -, in un mondo di rapporti economici in cui non si era ancora affermato l'investimento finanziario diffuso, né era ancora sviluppata – se non altro, nelle dimensioni assunte ai nostri tempi - la sensibilità per la tutela dei danni derivanti dallo svolgimento dell'attività professionale (*in primis*, quella sanitaria, ma non soltanto quella naturalmente, se si pensa all'ampio ventaglio delle professioni intellettuali), si riconosceva la portata del precetto di cui all'art. 1337 estesa alle attività di promozione e invito mediante pubblicità del prodotto o del servizio, così come all'emanazione di un bando di concorso, le dichiarazioni di intenti e così via. Si ragionava, in particolare, sull'estensione del precetto - generalizzato attraverso l'art. 1337 c.c. – nell'ambito delle diverse discipline relative a singoli rapporti contrattuali, in cui rilevano obblighi d'informazione più specifici e funzionali al corretto svolgimento di quel determinato rapporto.

Particolarmente interessante si rivela, in questo senso, la prospettiva - che verrà poi ripresa e confermata dall'evoluzione del diritto giurisprudenziale - di un dovere di buona fede (comprensivo, s'è detto, anche e soprattutto degli obblighi d'informazione circostanziati), "del quale – riprendendo testualmente il pensiero sviluppato nella menzionata voce di Vincenzo Cuffaro - sono destinatari non soltanto coloro che dovranno stipulare il successivo contratto ma anche coloro che, non essendo né potendo divenire parti sostanziali del negozio, tuttavia sono egualmente tenuti al rispetto della norma di condotta. Non è, dunque, la conclusione (eventuale) del contratto che individua (*ex post*) il riferimento oggettivo della disposizione, ma è il coinvolgimento e la partecipazione nelle vicende che precedono o possono precedere il contratto che giustificano l'assoggettamento alla regola di comportamento, imponendone il rispetto".

In tal senso, e in quel periodo – ma aggiungerei: nel contesto e nella nuova prospettiva culturale, già da tempo invero dischiusa dagli studi di Rodotà e in particolare dal fondamentale contributo sulla "integrazione del contratto" - si notava come la norma fosse il tramite "attraverso il criterio della solidarietà oltrepassa l'ambito circoscritto dell'obbligazione e del contratto, riferendosi al mondo più articolato delle relazioni interindividuali" (in questi termini, lo stesso Rodotà), e, per altro verso ma in piena sintonia, a mio avviso, si sottolineava "l'autonoma considerazione di una relazione che va oltre il momento e la finalità della formazione del consenso contrattuale" (così, invece, Pietro Rescigno, in un'altra voce pubblicata in un precedente

volume dell'*Enciclopedia del diritto*, dedicata alle "Obbligazioni (diritto privato, nozioni generali)".

Tale prospettiva, nel senso dell'individuazione nell'art. 1337 di una fattispecie (concettuale, s'intende) autonoma, se da un lato avrebbe potuto ridimensionare l'importanza della distinzione – comunque, ne avrebbe messo in luce l'eccessivo schematismo – tra la natura contrattuale o extracontrattuale della responsabilità, dall'altro lato avrebbe consentito di ritenere applicabile la norma (o comunque il principio che la sorregge) anche in presenza della (e dopo la) valida conclusione del contratto (questione, com'è noto, che ha visto fronteggiarsi opinioni diverse e opposte sino ai nostri tempi). Ma soprattutto si può notare come il dovere di fornire le informazioni rilevanti – più sinteticamente, l'obbligo d'informazione – non si esaurisca nella fattispecie tipizzata della reticenza sulle cause d'invalidità, ai sensi dell'art. 1338, mentre "proprio in quanto dovere di correttezza deve estendersi a ricomprendere anche altre circostanze che, in concreto, possono influire sulla determinazione al contratto" (sempre riportando il pensiero di Vincenzo Cuffaro, dalla menzionata voce enciclopedica). A questo punto – quasi come conseguenza logica, si direbbe, del contemperamento da ricerca tra la libertà di autodeterminazione e la certezza dei traffici -, avrebbe potuto porsi il problema, poi sviluppato dalla successiva dottrina – una questione ripresa anche, com'è noto, dalla giurisprudenza, sino alla celebre decisione della Suprema Corte a Sezioni Unite nel dicembre del 2007, a firma di Renato Rordorf, che in modo tanto chiaro quanto elegante riesce davvero a fare il punto sulla questione -, della distinzione delle regole di validità dalle regole di comportamento.

2.

Il seguito della storia degli obblighi di informazione è costituito da un notevole sviluppo della materia – forse anche imprevedibile, almeno a fine anni Ottanta –, in via tanto legislativa, quanto giurisprudenziale, essendo più volte intervenuto il legislatore, con la tipizzazione di tali obblighi affidata a più o meno puntuali disposizioni normative, dettate, prevalentemente se non esclusivamente, a tutela del contraente in posizione di "asimmetria informativa" e comunque nei casi in cui il rapporto è caratterizzato da un particolare *status* professionale del contraente obbligato a fornire le informazioni rilevanti.

Emblematico il caso del diritto contrattuale a tutela dei consumatori, ma anche quello, sviluppatosi in contemporanea e parallelamente, dei contratti e dei rapporti in ambito bancario e finanziario, nei quali lo squilibrio 'informativo' e, più in generale, di "potere contrattuale" tra le parti è non soltanto evidente, ma anche inevitabile, in ragione della stessa tipologia di rapporto contrattuale.

Nella storia delle idee è noto che la tutela del contraente più debole – in primo luogo, in quanto privo di informazioni effettive e dunque incapace di affrontare la contrattazione 'alla pari' con il contraente professionale -, si è gradualmente estesa, con le forme di tutela 'consumeristiche', per così dire, anche all'imprenditore, il quale si trovi in posizione 'asimmetrica' (ancora una volta, in primo luogo dal punto di vista informativo, ma anche dell'organizzazione economico-aziendale, più in generale), come nel caso del contratto (e della contrattazione) in ambito di subfornitura industriale (l. 192/1998), di affiliazione commerciale (l. 129/2004) e, in generale, di distribuzione commerciale.

Per parte sua, la giurisprudenza ha dovuto affrontare i problemi dell'informazione corretta, tempestiva, completa e comprensibile, soprattutto in ambito di attività finanziaria, completando, in un certo senso, l'opera del legislatore. Una volta affermatosi il principio, secondo il quale l'obbligo d'informazione è connaturale all'esercizio dell'attività economica – e grava inevitabilmente su chi la organizza e la svolge, offrendo beni e servizi sul mercato –, che vede come parti del rapporto soggetti in posizione di indubbia asimmetria informativa, l'ambito del diritto giurisprudenziale in materia si è esteso, si diceva, alla prestazione di attività e servizi professionali, con un particolare rilievo nell'ambito dell'attività sanitaria, ove peraltro è maturata l'idea della rilevanza del c.d. "contatto sociale", dal quale nascono obblighi e responsabilità assimilabili a quelli derivanti dal contratto (così da estendere al soggetto, fisiologicamente 'disinformato' la tutela più efficace, qualora gli obblighi informativi non vengano assolti in modo completo e corretto).

I principi, dunque, del diritto all'informazione, completa e corretta, oltre che concretamente chiara e comprensibile, si evincono oggi, all'esito del percorso – s'è visto, tanto dottrinale, quanto legislativo – sin qui tratteggiato, dal diritto vivente, sviluppatosi in modo particolare in determinate aree: (*a*) l'intermediazione mobiliare e più in generale la contrattazione bancaria e finanziaria, (*b*) la vendita di pacchetti turistici (del tipo "tutto compreso") e le prestazioni professionali intellettuali, infine (*c*) il grande ambito dell'attività e responsabilità sanitaria.

(a) In tema di intermediazione finanziaria, si ritiene che la pluralità

degli obblighi (di diligenza, di correttezza e trasparenza, di informazione, di evidenziazione dell'inadeguatezza dell'operazione che si va a compiere) previsti dal testo unico della finanza (art. 21, 1° comma, lett. a) e b), d. leg. n. 58 del 1998), integrato dalla disciplina regolamentare (art. 28, 2° comma, e 29 Reg. Consob n. 11522 del 1998, applicabile ratione temporis nel caso specifico) e facenti capo ai soggetti abilitati a compiere operazioni finanziarie, convergono verso un fine unitario, consistente nel segnalare all'investitore, in relazione alla sua accertata propensione al rischio, la non adeguatezza delle operazioni di investimento che si accinge a compiere (c.d. *suitability rule*). In questo senso si è espressa la Cassazione (si fa riferimento a Cass. 26 gennaio 2016, n. 1376), che ha chiarito come tale segnalazione debba contenere specifiche indicazioni concernenti: 1) la natura e le caratteristiche peculiari del titolo, con particolare riferimento alla rischiosità del prodotto finanziario offerto; 2) la precisa individuazione del soggetto emittente, non essendo sufficiente la mera indicazione che si tratta di un «paese emergente»; 3) il rating nel periodo di esecuzione dell'operazione ed il connesso rapporto rendimento/rischio; 4) eventuali carenze di informazioni circa le caratteristiche concrete del titolo (situazioni c.d. di *grey market*); 5) l'avvertimento circa il pericolo di un imminente default dell'emittente.

Si è poi specificato (da parte di Cass. 16 marzo 2016, n. 5250; ma già Cass. 19 ottobre 2012, n. 18039) che l'intermediario finanziario non è esonerato dall'obbligo di valutare l'adeguatezza dell'operazione di investimento anche se l'investitore, nel contratto quadro, si sia rifiutato di fornire le informazioni sui propri obiettivi di investimento e sulla propria propensione al rischio, nel qual caso l'intermediario deve comunque compiere quella valutazione, in base ai principi generali di correttezza e trasparenza, tenendo conto di tutte le notizie di cui egli sia in possesso (come, ad esempio, l'età, la professione, la presumibile propensione al rischio alla luce delle operazioni pregresse e abituali, la situazione di mercato).

Nei servizi d'investimento, ove la diffusione di strumenti finanziari presso il pubblico avvenga mediante la prestazione di «servizi di investimento» (art. 1, 5° comma, tuf), cioè attività di negoziazione, ricezione e trasmissione di ordini, a condizioni diverse a seconda dell'acquirente e del momento in cui l'operazione è eseguita, la tutela del cliente è affidata all'adempimento, da parte dell'intermediario, di obblighi informativi specifici e personalizzati (ai sensi degli art. 21 d.leg. n. 58 del 1998 e 26 seg. reg. Consob n. 11522 del 1998, anche nel caso in cui la negoziazione individuale avvenga nel periodo del c.d. *grey market*, cioè prima che i titoli siano emessi ufficialmente (Cass., 3 maggio 2016, n. 8733).

Più di recente, sempre la Suprema Corte (Cass., ord. 31 maggio 2021, n. 15099) ha ribadito la distinzione (già accolta dalla giurisprudenza: Cass., 10 aprile 2014, n. 8462), in tema di nullità del contratto per contrarietà a norme imperative, tra la violazione di norme inderogabili concernenti la validità del contratto, suscettibile, ove non altrimenti stabilito dalla legge, di determinarne la nullità e, dall'altro lato, la violazione di norme, anch'esse imperative, ma riguardanti il comportamento dei contraenti, la quale può essere fonte di responsabilità; traendone la conseguenza che, in tema di intermediazione finanziaria, la violazione dei doveri di informazione del cliente e di corretta esecuzione delle operazioni che la legge pone a carico dei soggetti autorizzati alla prestazione dei servizi di investimento finanziario (art. 6 l. n. 1 del 1991) può dar luogo a responsabilità precontrattuale, con conseguenze risarcitorie, ove dette violazioni avvengano nella fase antecedente o coincidente con la stipulazione del contratto di intermediazione destinato a regolare i successivi rapporti tra le parti (cosiddetto «contratto quadro»), mentre è fonte di responsabilità contrattuale, ed, eventualmente, può condurre alla risoluzione del contratto, ove le violazioni riguardino le operazioni di investimento o disinvestimento compiute in esecuzione del «contratto quadro» (il quale, per taluni aspetti può essere assimilato al mandato); va, in ogni caso escluso, in assenza di un'esplicita previsione normativa, che la violazione dei menzionati doveri di comportamento possa determinare, a norma dell'art. 1418, 1° comma, c.c., la nullità del cosiddetto «contratto quadro» o dei singoli atti negoziali posti in essere in base ad esso (nella specie, nel ribadire il principio, la suprema corte ha escluso la nullità di un contratto di finanziamento concluso dal dipendente, in violazione del termine dilatorio quadriennale di cui all'art. 39, 2° comma, d.p.r. n. 180 del 1950, mentre era ancora in corso l'ammortamento di un precedente finanziamento).

Ed è sempre la giurisprudenza più recente (Cass., ord. 31 marzo 2021, n. 8997; nello stesso senso: Cass., ord. 22 ottobre 2020, n. 23129, ma anche alcune decisioni precedenti) che ha ribadito la risolubilità dei singoli contratti, come specifiche operazioni d'investimento, per violazione degli obblighi informativi, senza alcun pregiudizio per il contratto quadro originario, dal quale comunque gli stessi obblighi informativi nascono (in applicazione di tale principio, veniva cassata la decisione della corte di merito che, ritenendo la responsabilità dell'intermediario quale conseguenza dell'inosservanza degli obblighi informativi in favore del cliente di natura precontrattuale, aveva escluso l'esperibilità del rimedio risolutorio con riguardo ai negozi diretti alla negoziazione dei titoli).

Il principio è stato affermato (Cass., 22 febbraio 2017, n. 4602) anche con riferimento ai servizi di deposito di titoli a custodia e amministrazione accessori ad un contratto di negoziazione dei medesimi strumenti finanziari, ove, una volta avvenuta la negoziazione, persiste in capo all'intermediario l'obbligo di «acquisire le informazioni necessarie dai clienti e operare in modo che questi siano sempre adeguatamente informati»: informazioni il cui oggetto non concerne genericamente l'andamento dei titoli, ma dipendono unicamente da specifiche circostanze quali, ad esempio, la conoscenza, da parte della banca, di notizie particolari e non riservate, o l'esito di analisi economiche, condotte dalla stessa banca, che l'obbligo di correttezza suggerisca di divulgare tra i clienti.

Un atteggiamento di favore per il cliente investitore si manifesta anche sul piano dell'onere probatorio, attraverso la presunzione del nesso causale (ma non del danno *in re ipsa*), nel momento in cui la Cassazione (Cass., ord. 20 marzo 2018, n. 6920) afferma che il mancato rispetto degli obblighi di informazione comporta un alleggerimento dell'onere probatorio gravante sull'investitore ai fini dell'esercizio dell'azione risarcitoria: non nel senso che il danno dall'inadempimento degli obblighi informativi possa rivelarsi *in re ipsa*, ma in quello più limitato di consentire l'accertamento in via presuntiva del nesso di causalità (nel caso di specie, la violazione degli obblighi informativi ha avuto un'incidenza determinante in punto di nesso di causalità, riferendosi la questione a un contratto di investimento in *notes* concluso nella fase del c.d. *grey market*).

Particolarmente interessante è poi l'esclusione della colpa del cliente, neutralizzandosi in tal modo il principio del concorso di colpa (per non essersi informato del rischio). Secondo la Cassazione (Cass., 29 dicembre 2011, n. 29864), qualora l'intermediario finanziario abbia eseguito l'acquisto di strumenti finanziari senza adempiere ai propri obblighi informativi nei confronti del cliente, non rientrante in alcuna delle categorie d'investitore qualificato o professionale, non sussiste il concorso di colpa del cliente medesimo nella produzione del danno per non essersi informato tramite la stampa della rischiosità dei titoli acquistati. In tal senso, stante il dovere della banca di assistere i contraenti nella gestione del loro risparmio, un eventuale esonero da responsabilità può derivare solo ove risulti, o sia debitamente provato, che l'operazione «incriminata» sia stata voluta dal risparmiatore, nonostante il parere contrario espresso dalla banca (nella fattispecie, decisa da Trib. Salerno, 20 ottobre 2012, è stata accolta la domanda proposta dal risparmiatore contro la banca che aveva eseguito un ordine di acquisto di titoli obbligazionari emessi dalla Lehman Brothers pochi mesi prima del

fallimento, così contravvenendo al dovere di informazione continuativa in ordine all'opportunità e convenienza dell'investimento).

(*b*) Gli obblighi informativi rilevano poi, in modo particolare, in alcune tipologie di rapporti – sempre caratterizzati dalla strutturale, dunque inevitabile, asimmetria informativa tra le parti – come ad esempio nel c.d. contratto di viaggio turistico, ove il diritto del viaggiatore ad un'adeguata informazione dei servizi turistici deve ritenersi non limitato ai soli aspetti organizzativi ed economico-giuridici del viaggio, bensì esteso anche a tutte quelle notizie, comprese quelle relative alla sicurezza dei luoghi di destinazione, idonee a consentire al consumatore di assumere determinazioni consapevoli prima della conclusione del contratto ed in corso di esecuzione, una volta iniziato il viaggio o la crociera; il viaggiatore, tuttavia, è tenuto ad attivarsi diligentemente onde acquisire quelle informazioni facilmente accessibili e di pronta intuibilità, in ossequio al medesimo principio di correttezza e buona fede oggettiva nella esecuzione del contratto, volto a tutelare il reciproco affidamento di ciascun contraente all'esatto adempimento delle prestazioni negoziali (così Trib. Verona, 24 dicembre 2018).

Ma è nel contratto d'opera professionale che si manifesta significativamente l'esistenza degli obblighi in esame, come ad esempio nel caso dell'avvocato, sul quale, in ragione della diligenza commisurata al tipo di prestazione richiestagli, grava l'onere di assolvere ai doveri di sollecitazione e informazione del cliente, ai quali lo stesso avvocato deve ottemperare rappresentando al proprio assistito tutte le questioni di fatto e di diritto, comunque insorgenti, ostative al raggiungimento del risultato, o comunque produttive del rischio di effetti dannosi (Trib. Bari, 27 luglio 2018). È evidente, del resto, che il giudizio sulle condizioni di ammissibilità e proponibilità delle richieste giudiziarie compete al professionista, il quale di conseguenza ha il dovere di informare il cliente sulle ragioni giuridiche che possano ostare all'accoglimento della domanda, specie quando vengano in rilievo circostanze destinate a determinare una delibazione negativa, in rito, prima ancora che nel merito (così Trib. Brindisi-Ostuni, 20 maggio 2011, ribadendo l'idea che il principio di buona fede oggettiva sia abitualmente assunto ad oggetto di un obbligo integrativo del contenuto stesso del contratto, la cui violazione concreta un inadempimento contrattuale; nondimeno, essa può svolgere anche il diverso ruolo di criterio di valutazione della condotta delle parti per selezionare e sanzionare quelle modalità comportamentali che devono considerarsi estranee alla trama precettiva del regolamento contrattuale, oppure che costituiscano abuso del diritto di credito, esercitato nella fattispecie concreta).

Anche l'attività notarile, in ragione della specifica e articolata competenza che si richiede al professionista, ha spesso dato luogo a controversie sul contenuto degli obblighi in esame, che sussistono anche quando il cliente abbia esonerato il notaio dalle visure, nel senso che ove il professionista sia a conoscenza o abbia anche solo il mero sospetto della sussistenza di un'iscrizione pregiudizievole gravante sull'immobile oggetto della compravendita, deve in ogni caso informarne le parti, essendo tenuto all'esecuzione del contratto di prestazione d'opera professionale secondo i canoni della diligenza qualificata di cui all'art. 1176, 2° comma c.c. e della buona fede (Cass., 6 giugno 2014, n. 12797).

(*c*) Un cenno, infine, nella rapida panoramica delle vicende più significative in tema di obblighi informativi, merita senz'altro la vicenda relativa al rapporto tra paziente e medico ovvero la struttura sanitaria, in cui quest'ultimo svolga la sua attività. In gioco, com'è noto, è il "consenso informato" del paziente, sicché l'azienda ospedaliera, che non abbia dimostrato di avere correttamente adempiuto la sua obbligazione tanto sotto il profilo dell'acquisizione di un consenso consapevole ed informato dal paziente prima della sua sottoposizione ad intervento chirurgico quanto sotto quello del rispetto, da parte dei sanitari, delle regole di perizia e diligenza che il medico, in quanto debitore qualificato, ai sensi del 2° comma dell'art. 1176 c.c., deve osservare nell'esecuzione della prestazione professionale, è responsabile per inadempimento del contratto atipico di spedalità stipulato per effetto del ricovero del paziente presso la medesima struttura sanitaria.

In materia è intervenuta, già da tempo, anche la Consulta (Corte cost. 23 dicembre 2008, n. 438), affermando un importante principio, poi ripreso dalla copiosa giurisprudenza di legittimità in materia. Si è detto che, se è vero che ogni individuo ha il diritto di essere curato, lo stesso ha, altresì, il diritto di ricevere le opportune informazioni in ordine alla natura e ai possibili sviluppi del percorso terapeutico cui può essere sottoposto, nonché delle eventuali terapie alternative; informazioni che devono essere le più esaurienti possibili, proprio al fine di garantire la libera e consapevole scelta da parte del paziente e, quindi, la sua stessa libertà personale, conformemente all'art. 32, secondo comma, della Costituzione. Discende da ciò, sempre secondo il Giudice delle leggi, che il consenso informato deve essere considerato un principio fondamentale in materia di tutela della salute, la cui conformazione è rimessa alla legislazione statale.

La Suprema Corte, da parte sua (fra le più recenti: Cass. 17 gennaio 2019, n. 1040), ha sempre ribadito che la manifestazione del consenso

informato alla prestazione sanitaria costituisce esercizio di un diritto soggettivo del paziente all'autodeterminazione, cui corrisponde, da parte del medico, l'obbligo di fornire informazioni dettagliate sull'intervento da eseguire, con la conseguenza che, in caso di contestazione del paziente, grava sul medico l'onere di provare il corretto adempimento dell'obbligo informativo preventivo, mentre, nel caso in cui tale prova non venga fornita, è necessario distinguere, ai fini della valutazione della fondatezza della domanda risarcitoria proposta dal paziente, l'ipotesi in cui il danno alla salute costituisca esito non attendibile della prestazione tecnica, regolarmente eseguita, da quella in cui, invece, il peggioramento della salute corrisponda a un esito infausto prevedibile *ex ante*, nonostante la corretta esecuzione della prestazione tecnico-sanitaria che si rendeva comunque necessaria, nel qual caso, ai fini dell'accertamento del danno, graverà sul paziente l'onere di provare, anche tramite presunzioni, che il danno alla salute è dipeso dal fatto che egli, ove fosse stato compiutamente informato, avrebbe verosimilmente rifiutato l'intervento.

È stata, quindi, riconosciuta l›autonoma rilevanza, ai fini dell›eventuale responsabilità risarcitoria, della mancata prestazione del consenso da parte del paziente, con la precisazione che tale violazione può causare due diversi tipi di danni: (*a*) un danno alla salute, sussistente quando sia ragionevole ritenere che il paziente, su cui grava il relativo onere probatorio, se correttamente informato, avrebbe evitato di sottoporsi al trattamento e di subirne le conseguenze invalidanti; (*b*) un danno da lesione del diritto all'autodeterminazione in sé stesso, il quale sussiste quando, a causa del deficit informativo, il paziente abbia subito un pregiudizio, patrimoniale oppure non patrimoniale (ed, in tale ultimo caso, di apprezzabile gravità), diverso dalla lesione del diritto alla salute).

Il consenso informato è considerato, in giurisprudenza, una forma di legittimazione e fondamento stesso del trattamento sanitario: senza il consenso informato l'intervento del medico è, al di fuori dei casi di trattamento sanitario per legge obbligatorio o in cui ricorra uno stato di necessità, sicuramente illecito, anche quando è nell'interesse del paziente; la pratica del consenso libero e informato rappresenta una forma di rispetto per la libertà dell'individuo e un mezzo per il perseguimento dei suoi migliori interessi. Il consenso informato ha come correlato la facoltà non solo di scegliere tra le diverse possibilità di trattamento medico, ma atteso il principio personalistico che anima la nostra Costituzione (la quale vede nella persona umana un valore etico in sé e guarda al limite del «rispetto della persona umana» in riferimento al singolo individuo, in qualsiasi momento

della sua vita e nell'integralità della sua persona, in considerazione del fascio di convinzioni etiche, religiose, culturali e filosofiche che orientano le sue determinazioni volitive) e la nuova dimensione che ha assunto la salute (non più intesa come semplice assenza di malattia, ma come stato di completo benessere fisico e psichico, e quindi coinvolgente, in relazione alla percezione che ciascuno ha di sé, anche gli aspetti interiori della vita come avvertiti e vissuti dal soggetto nella sua esperienza) altresì di eventualmente rifiutare la terapia e di decidere consapevolmente di interromperla, in tutte le fasi della vita, anche in quella terminale (Cass. 16 ottobre 2007, n. 21748).

Sulle modalità con le quali occorre acquisire il consenso informato, s'è detto (Cass. 4 febbraio 2016, n. 2177) che lo stesso deve basarsi su informazioni dettagliate, idonee a fornire la piena conoscenza della natura, portata ed estensione dell'intervento medico-chirurgico, dei suoi rischi, dei risultati conseguibili e delle possibili conseguenze negative, non essendo all'uopo idonea la sottoscrizione, da parte del paziente, di un modulo del tutto generico, né rilevando, ai fini della completezza ed effettività del consenso, la qualità del paziente, che incide unicamente sulle modalità dell'informazione, da adattarsi al suo livello culturale mediante un linguaggio a lui comprensibile, secondo il suo stato soggettivo ed il grado delle conoscenze specifiche di cui dispone.

Sul piano probatorio (secondo sempre la Cassazione: cfr. Cass. 14 novembre 2017, n. 26827), si è affermato che, in caso di omesso consenso informato all'intervento chirurgico, qualora il paziente lamenti la lesione del diritto all'integrità psico-fisica (oltre che del diritto all'autodeterminazione), ha l'onere di provare - anche per presunzioni - che non si sarebbe sottoposto al trattamento se correttamente informato. All'opposto (afferma Cass. 20 agosto 2013, n. 19220), è onere del medico provare, a fronte dell'allegazione di inadempimento da parte del paziente, l'adempimento dell'obbligazione di fornirgli un'informazione completa ed effettiva sul trattamento sanitario e sulle sue conseguenze, senza che sia dato presumere il rilascio del consenso informato sulla base delle qualità personali del paziente (nella specie, avvocato), potendo esse incidere unicamente sulle modalità dell'informazione, la quale deve sostanziarsi in spiegazioni dettagliate ed adeguate al livello culturale del paziente, con l'adozione di un linguaggio che tenga conto del suo particolare stato soggettivo e del grado delle conoscenze specifiche di cui dispone.

Poiché la responsabilità professionale del medico - ove pure egli si limiti alla diagnosi ed all'illustrazione al paziente delle conseguenze della terapia o dell'intervento che ritenga di dover compiere, allo scopo

di ottenerne il necessario consenso informato - ha natura contrattuale e non precontrattuale, a fronte dell'allegazione, da parte del paziente, dell'inadempimento dell'obbligo di informazione, sarà il medico a dover provare di aver adempiuto alla sua obbligazione di corretta, completa e comprensibile, informazione (Cass. 9 febbraio 2010, n. 2847).

Un'ipotesi particolarmente problematica sul piano giuridico si è rivelata, infine, quella della risarcibilità del danno per c.d. "nascita indesiderata", ove la Cassazione (Cass., 2 febbraio 2010, n. 2354) ha ritenuto che, in materia di responsabilità del medico per inadempimento del dovere di informare la gestante circa lo stato di salute del feto, in considerazione dell'insieme dei doveri che la legge pone in capo al padre nei confronti del figlio, va riconosciuto anche in suo favore - benché egli assuma, nel contratto tra la donna ed il professionista, la posizione di terzo - il diritto al risarcimento del danno conseguente alla mancata possibilità di esercizio, da parte della donna, della facoltà di interruzione anticipata della gravidanza. La stessa sentenza ha affermato che l'obbligo di informare pienamente il paziente, prescritto dall'art. 29 codice di deontologia medica approvato nel giugno 1995, pur con le dovute cautele, non è soggetto a nessuna valutazione discrezionale e perciò comprende tutti gli aspetti diagnostici e prognostici dello stato di salute del paziente e quindi anche i rischi meno probabili, purché non del tutto anomali, in modo da consentirgli di capire non solo il suo attuale stato, ma anche le eventuali malattie che possono svilupparsi, le percentuali di esito fausto ed infausto delle stesse, nonché il programma diagnostico per seguire l'evoluzione delle condizioni del paziente e l'indicazione delle strutture specializzate ove svolgerlo, ovvero di specialisti esperti per formularlo, pur se a tal fine il paziente si deve allontanare dal luogo ove è in cura; tale obbligo ha rilevanza giuridica perché integra il contenuto del contratto e qualifica la diligenza del professionista nell'esecuzione della prestazione e la violazione di esso può determinare la violazione di diritti fondamentali ed inviolabili.

3.

A conclusione delle brevi considerazioni che precedono, si può ricordare come l'obbligo di informazione nelle trattative non sia sfuggito al disegno di legge per la revisione e integrazione del codice civile, in particolare nel punto in cui, alla lett. f), si delega il Governo a "*prevedere, nel corso delle trattative per la conclusione del contratto, che la parte che sia a conoscenza di*

un'informazione di rilievo determinante per il consenso sia inderogabilmente tenuta a comunicarla all'altra parte quando questa la ignori e abbia fatto necessario affidamento sulla lealtà della controparte".

Al di là della sorte - parrebbe, allo stato almeno, piuttosto sfortunata - del progetto riformatore, la formulazione della delega non sembra rientrare tra quelle più felici dello stesso disegno di legge delega; né è chiarissimo il 'valore aggiunto' rispetto alla situazione attuale, ossia al diritto vigente e al diritto vivente di matrice giurisprudenziale, se non fosse – forse, possiamo ipotizzare – per la rimozione degli ostacoli a riconoscere la rilevanza della violazione dell'obbligo anche in presenza di un contratto validamente concluso (tesi certamente preferibile e, non a caso, mi sembra che in tal senso si fosse espresso già Pietro Rescigno nella ricordata "voce" enciclopedica sulle "obbligazioni in generale" del 1979).

Non è dunque casuale, né episodica, la critica rivolta all'appena ricordata formulazione della delega, apparsa riduttiva nella parte in cui circoscrive l'obbligo a quelle informazioni che possano avere rilievo determinante del consenso, senza dire della mancata distinzione tra ignoranza colpevole e incolpevole (come fa, opportunamente, l'art. 1338). Con la conclusione - invero, un po' paradossale rispetto a un progetto riformistico del codice civile che ha pure avuto (o dovrebbe aver avuto) una genesi dottorale o professorale, se si preferisce – che forse è meglio lasciare le cose come stanno e così affidarsi all'opera giurisdizionale di 'concretizzazione' della clausola generale.

Del resto, la centralità ormai acquisita, nel sistema del diritto privato, dal principio di buona fede è indiscutibile, nonostante i dibattiti dottrinali sulle implicazioni che la rilevanza dello stesso principio può avere, in termini sistematicamente corretti e per il razionale funzionamento del rapporto tra regole e principi. Tali dibattiti, come ad esempio, quello sulla portata attuale della costruzione normativa affidata alla tecnica della fattispecie legislativamente tipizzata, in relazione proprio all'espansione delle clausole generali, espressive di principi, non fanno che dimostrare l'importanza del principio in esame.

Se si considera, infine, lo scenario giuridico allargato, per così dire, degli obblighi informativi nel nostro ordinamento, non si può non fare un cenno, seppur rapidissimo, ad ambiti operativi (contigui, ma) non esattamente sovrapponibili a quelli del contratto di scambio, da cui è partita la riflessione.

Può essere significativo, volendo menzionare una recentissima esperienza normativa, il nuovo 'percorso' – così definito dallo stesso legislatore, nella relazione illustrativa – per tentare di evitare l'apertura di una procedura

concorsuale mediante una composizione negoziata per la soluzione della crisi del debitore (commerciale, dunque imprenditore, s'intende). Un percorso che rimane affidato interamente all'autonomia privata, ma soprattutto presidiato da prescrizioni normative molto precise, che danno un particolare rilievo agli obblighi di cooperazione e di informazione, e che viene completato dalla possibilità/opportunità dell'intervento del giudice, tanto per la concessione delle misure protettive del patrimonio, funzionali evidentemente al raggiungimento della composizione, quanto – questa è una vera novità – per la 'rideterminazione' delle prestazioni contrattuali, sempre nella prospettiva della soluzione negoziata della crisi (ossia della sua composizione).

Va da sé che nel fascio degli obblighi che connotano l'attività delle parti, dal duplice versante debitorio e creditorio, e che fanno capo alla clausola generale per eccellenza del diritto dei contratti, ossia l'obbligo di correttezza e buona fede, un ruolo decisivo spetta ai doveri informativi. Tali obblighi non soltanto sono imposti dal legislatore a soggetti, i quali non hanno neanche scelto di entrare in una trattativa con il debitore, ma che si trovano coinvolti nel detto 'percorso' negoziale attivato dallo stesso debitore, con gli obblighi in esame – rientrati, va ribadito, nel *genus* più ampio degli obblighi di buona fede – enfatizzati dalla condizione (se si preferisce, lo *status*) professionale del creditore (come ad esempio le banche, ma anche i creditori istituzionali, come il Fisco o gli Enti previdenziali: le une, come gli altri forse ancor più, non sempre esemplari nella disponibilità a negoziare con il debitore in difficoltà). In particolare, l'art. 4 del d.l. 118/2021, che disciplina i doveri (dell'esperto e) delle parti, impone a tutte le parti coinvolte nelle trattative il dovere di collaborare lealmente e in modo sollecito con l'imprenditore.

Anche quest'ultimo riferimento, tra i tanti che potrebbero essere fatti in una legislazione – soprattutto quella di derivazione comunitaria – sempre più attenta a tutelare il diritto a essere informati e a decidere con la necessaria consapevolezza, conferma che la vicenda giuridica degli obblighi di informazione e, più in generale, dell'informazione nell'ambito del diritto contrattuale è destinata a ulteriori sviluppi, essendo strettamente connessa, per un verso alla più volte menzionata (s'è detto, inevitabile e, dunque, fisiologica nel mondo degli affari) asimmetria informativa, per altro verso allo sviluppo di un'economia dei servizi, caratterizzata da una sempre più accentuata specializzazione da parte del fornitore, che impedisce di fatto alla controparte (indipendentemente dalla sua qualità soggettiva) di trattare e contrattare su un piano di parità sostanziale.

Claudio Scognamiglio

Le responsabilità da informazioni inesatte

Sommario: 1. I problemi delle responsabilità da informazioni inesatte – 2. Le responsabilità da informazioni inesatte tra contratto e torto – 3. Due casi – 4. Conclusioni.

1. *I problemi delle responsabilità da informazioni inesatte*

La riflessione su 'le' responsabilità da informazioni inesatte – opportunamente declinate al plurale, per la varietà delle questioni che l'area tematica esibisce - ci conduce al cuore di snodi problematici di particolare importanza nello studio sulla responsabilità di diritto civile, ed al tempo stesso intercetta alcune tra le tante aree tematiche sulle quali ha avuto modo di soffermarsi il percorso di studi dell'Amico e dello Studioso cui è dedicato questo scritto.

A quest'ultimo proposito, il riferimento non è soltanto, come a prima vista potrebbe sembrare più scontato, ai tanti contributi di Vincenzo Cuffaro all'informazione nelle sue diverse conformazioni rilevanti per il discorso del civilista, ma anche, e direi più specificamente, alla voce *Responsabilità precontrattuale* nella Enciclopedia del diritto. In essa, infatti, l'Autore, muovendo dalla consapevolezza del valore assunto dalla clausola generale di buona fede all'interno del sistema del diritto privato, così come innervato dai principi costituzionali, osservava che "la disposizione dell'art. 1337 c.c. appare un sicuro modello per valutare quelle relazioni e quei rapporti che l'attuale sistema economico vede moltiplicarsi prima ed in vista della effettiva stipulazione dei contratti, mentre la peculiare elasticità della norma fornisce uno strumento duttile per la considerazione dei nuovi accadimenti che la realtà dei fatti propone"[1].

Richiamare l'istituto della responsabilità precontrattuale nel momento

[1] Così V. Cuffaro, *Responsabilità precontrattuale*, in *Enc. dir.*, XXIX, Milano, 1988, p. 1267.

in cui ci si accosta all'argomento delle responsabilità che possono derivare da informazioni inesatte è, in effetti, non occorre forse neanche sottolinearlo, tutt'altro che arbitrario. Infatti, sono proprio i contesti rappresentati dalla fase delle trattative, e della conclusione del contratto, ad esibire in maniera particolarmente nitida problemi analoghi a quelli che si delineano anche quando venga in considerazione un danno derivante dalla somministrazione di un'informazione inesatta. In entrambe le aree tematiche il discorso si impernia intorno alla possibilità – scontata per quel che concerne il tema della responsabilità precontrattuale, in presenza del dato normativo che la disciplina, e spesso tutta da costruire, invece, per quanto attiene alle ipotesi di responsabilità da informazioni inesatte – di delineare tra due soggetti una relazione qualificata dall'affidamento in capo al primo circa la correttezza della condotta dell'altro. Ed infatti, in materia di responsabilità precontrattuale è lo stesso legislatore "con la disposizione dell'art. 1337…(ad avere) esteso l'imperativo della buona fede alla fase delle trattative e della formazione del contratto"…con la conseguenza "che gli obblighi reciproci di correttezza, di cui parla l'art. 1175 c.c., sorgono già in questa fase in funzione dello specifico interesse di protezione di ciascuna parte nei confronti dell'altra *in quanto tale*, in quanto cioè, attraverso la relazione instaurata dalle trattative, viene investita di una specifica possibilità (che altrimenti non avrebbe) di ingerenze dannose nella sfera giuridica della controparte"[2]. Osservava, infatti, Luigi Mengoni, del quale abbiamo poc'anzi rammentato le parole, fin dal suo fondamentale contributo del 1956 in argomento, imperniando appunto su questa premessa la conclusione nel senso che la responsabilità precontrattuale configurasse un'ipotesi di responsabilità da inadempimento di un rapporto obbligatorio preesistente, che "quando una norma giuridica assoggetta lo svolgimento di una relazione sociale all'imperativo della buona fede, ciò è un indice sicuro che questa relazione sociale si è trasformata, sul piano giuridico, in un rapporto obbligatorio, il cui contenuto si tratta appunto di specificare a stregua di una valutazione di buona fede". Infatti, proseguiva l'Autore, "il principio della buona fede (in senso oggettivo) si

[2] Così L. Mengoni, *Sulla natura della responsabilità precontrattuale*, nota a Cass. 5 maggio 1955 n. 1259 e Trib. Roma, 24 gennaio 1955, in *Riv. dir. comm*., 1956, II, p. 361 ss. in particolare, 364 (dove si trova il brano riprodotto nel testo). E' dunque senz'altro condivisibile quanto scrive F. Piraino, *La natura contrattuale della responsabilità precontrattuale (ipotesi sull'immunità)*, *I Contratti*, 2017, p. 47, secondo il quale "la natura relazionale della responsabilità precontrattuale è consacrata dal legislatore". Sul punto, vedi anche, A. Albanese, *La lunga marcia etc.*, cit., p. 1132; per una densa, recentissima rimeditazione dell'istituto della responsabilità precontrattuale, cfr. M. Orlandi, *Responsabilità precontrattuale*, in *Enc. dir. – I tematici*, *Il contratto*, Milano, 2021, p. 996 ss.

è storicamente sviluppato e si è conservato come una direttiva peculiare dei rapporti obbligatori, e del resto non è concepibile se non nell'ambito di questi rapporti", risolvendosi "il contrario della buona fede in senso oggettivo … nel concetto (oggettivo) di inadempimento, tant'è che, sotto questo profilo, nel linguaggio romano l'espressione '*fidem praestare*' designa l'adempimento di un'obbligazione"[3].

L'argomento cui ci stiamo accostando esibisce – è agevole rendersene conto – anche un accentuato rilievo all'interno del sistema, considerato nel suo complesso. Vincolo, obbligazione, persona rappresentano, infatti, una sequenza che esprime al meglio l'essenza stessa del diritto come sistema di regole fatto dagli uomini e per gli uomini, per il loro vivere in quel tessuto fittissimo di relazioni che chiamiamo 'società': questo è, appunto, l'ambiente in cui può sorgere un affidamento dell'uno sulla condotta dell'altro, ed in particolare sulle informazioni che siano somministrate dall'una all'altra parte, nella prospettiva della buona fede, a sua volta destinata a vivificare, per così dire, il rapporto obbligatorio[4], arricchendolo di obblighi strumentali – gli obblighi di protezione[5] - funzionali alla tutela di interessi anche diversi ed ulteriori rispetto a quello cui ha riguardo l'art. 1174 c.c.

Nella materia delle responsabilità per informazioni inesatte, tuttavia, rispetto a quanto non accada nei contesti più immediatamente riconducibili

[3] I brani riferiti nel testo sono ancora di L. Mengoni, *op. loc. cit*. Non si può estendere qui il discorso all'argomento, pure connesso, all'interno del pensiero di L. Mengoni, a quello evocato nel testo, del ruolo della buona fede nella costruzione della teoria delle obbligazioni di questo Autore; basti allora un riferimento alle acute notazioni di A. Nicolussi, *Luigi Mengoni e il diritto privato*, in *Luigi Mengoni o la coscienza del metodo*, cit., 65, per il rilievo secondo il quale "è la buona fede in ultima analisi a giustificare l'idea che tutte le obbligazioni sono obbligazioni di risultato. Essa è infatti misura del contenuto del rapporto obbligatorio, l'adempimento – *fidem praestare*, secondo la formula romanistica – implicando la *bonitas* o *utilitas*, cioè una qualità inerente al risultato dell'azione, un giudizio oggettivo di valore che implica la coincidenza del risultato materiale con gli elementi del risultato dovuto. La bontà o utilità dell'azione – afferma Mengoni – è una funzione di determinate regole la cui osservanza trasforma il semplice *agere* (attività pratica) in un *facere* (attività poietica, ossia produttiva), in un'azione capace di dar principio al processo di attuazione dello scopo considerato. Solo una concezione formalistica del rapporto obbligatorio si può accontentare di limitare il contenuto di esso a dei semplici mezzi, esaurendolo nella sfera del debitore senza risultati obiettivi per il creditore sui quali invece quest'ultimo fa affidamento".

[4] Fondamentale, sul punto, ancora di recente, il contributo di C. Castronovo, *La relazione come categoria essenziale dell'obbligazione*, in *Europa dir. priv*., 2011, p. 55 ss.

[5] Sui quali, com'è noto, C. Castronovo si è soffermato in uno scritto non più recente ma ancora assai prezioso*: Obblighi di protezione*, in *Enc. Giur. Treccani*, Roma, 1990. Coglie assai bene la stretta complementarietà tra l'affidamento e la relazione che esso configura e modella avuto riguardo allo scopo perseguito dalle parti A. Nicolussi, *Obblighi di protezione*, in *Enc. Dir Annali*, VIII, Milano, 2015, p. 661.

all'area della responsabilità precontrattuale, il discorso si fa assai più articolato, già per la ragione che la responsabilità da informazioni inesatte si presenta caratterizzata dall'assenza di una regolamentazione generale delle ipotesi ad essa riconducibili: regolamentazione generale che, peraltro, ove pure esistente, come è storicamente accaduto in alcuni sistemi normativi, non ha consentito una risoluzione definitiva dei problemi che l'esperienza concreta propone[6]. E' certamente vero, ed emergerà almeno in parte da quanto si dirà tra breve, che l'area dei c.d. diritti secondi – prescindendo qui dall'ambito dei contratti asimmetrici, che è oggetto di altri interventi - è costellata da obblighi di informazione, che hanno reso senz'altro più facile qualificare come risarcibile il danno derivante dalla violazione degli stessi; ma è proprio la molteplicità, e la diversificazione, delle ipotesi a rendere difficilmente percorribile un'impostazione del problema della responsabilità per informazioni inesatte che non sia calibrato sulle peculiarità della singola questione controversa. Lo stesso criterio discretivo di fondo della materia, anche da ultimo individuato come tale nella elaborazione dottrinale, e che contrappone i casi nei quali l'informazione inesatta induca il destinatario della medesima in errore su questioni che assumano rilievo per le sue scelte nel campo degli interessi economici a quelli in cui l'errore determinato dall'informazione induca il destinatario della stessa a tenere comportamenti dannosi per la persona o per le cose, di proprietà sua o di terzi[7] costituisce soltanto una prima, ancorché certamente condivisibile, linea di approssimazione agli snodi problematici che vengono in considerazione.

L'assenza, della quale si faceva poc'anzi cenno, di una regolamentazione normativa della materia interpella, inevitabilmente, in maniera ancora più significativa il contributo dell'interprete. Quest'ultimo, infatti, di fronte ad occasioni di danno derivanti dalla somministrazione di un'informazione inesatta sarà chiamato innanzi tutto a verificare se sia configurabile un rapporto all'interno del quale sia dato ravvisare una coppia di situazioni giuridiche soggettive, attiva e passiva, aventi ad oggetto rispettivamente l'obbligo di somministrazione ed il diritto di acquisizione di informazioni; ovvero se si possa costruire altrimenti, ed a questo punto spingendosi piuttosto sul terreno della responsabilità extracontrattuale, una regola di

[6] Infatti, già F.D. Busnelli, *Itinerari europei nella 'terra di nessuno tra contratto e fatto illecito': la responsabilità da informazioni inesatte*, in *Contr. e impr*., 1991, p. 539, definiva un insuccesso clamoroso, nel quadro di un tentativo di tipizzazione della responsabilità da informazioni inesatte, quello del modello normativo costituito dal Bgb al § 676, ripreso, poi, dal codice civile portoghese

[7] Cfr., in questo senso, le indicazioni di P. Trimarchi, *La responsabilità civile: atti illeciti, rischio, danno*, 3^ ed., Milano, 2021, p. 153.

giudizio che accrediti la rilevanza, ai fini dell'innesco dell'obbligazione risarcitoria, del danno derivante dall'informazione inesatta, pervenendo alla qualificazione del medesimo nel segno dell'ingiustizia.

2. *Le responsabilità da informazioni inesatte tra contratto e torto*

La prospettiva di indagine che si è appena ipotizzata, e destinata a trascorrere – per così dire – dall'una all'altra delle due forme della responsabilità di diritto civile, aquiliana e da inadempimento di un'obbligazione preesistente, non è certamente nuova, né nell'esperienza italiana, né – a voler allargare un poco il raggio del discorso – volgendo lo sguardo ad altri sistemi giuridici.

Basti rammentare, per quello che attiene all'esperienza italiana, il notissimo saggio di Francesco Donato Busnelli, risalente ormai esattamente a trenta anni fa, che, guidando appunto il lettore lungo gli itinerari europei nella "terra di nessuno tra contratto e fatto illecito"[8], individuava fin da principio il problema della responsabilità da informazioni inesatte come un punto di emersione della crisi della distinzione tra responsabilità extracontrattuale e responsabilità contrattuale. Naturalmente, l'assetto .attuale della riflessione dottrinale e della elaborazione giurisprudenziale è diverso in misura significativa rispetto a quello in cui si inserisce lo scritto di Busnelli – basti soltanto pensare all'accreditarsi della categoria della responsabilità da contatto sociale qualificato, destinata ad incidere largamente proprio sull'area di problemi oggi in esame, come avremo modo di vedere tra breve – ma alcuni degli snodi fondamentali della proposta ricostruttiva appena menzionata possono tuttora costituire un termine di riferimento prezioso per il ragionamento dell'interprete. Si consideri, in particolare, la tripartizione proposta da Busnelli tra le ipotesi della informazione come consiglio amichevole, della informazione come 'servizio' e della informazione come elemento destinato a confluire in un prodotto. A queste ipotesi, corrisponderebbero – dal punto di vista degli esiti operativi - la tendenziale irrisarcibilità del danno nella prima, perché inidoneo ad attingere la qualificazione nel segno dell'ingiustizia (a meno che il consiglio, amichevole nel senso di proveniente da chi non poteva dirsi in alcun modo obbligato a darlo, sia dolosamente errato, così

[8] Cfr. F.D. Busnelli, *Itinerari europei nella 'terra di nessuno tra contratto e fatto illecito': la responsabilità da informazioni inesatte*, cit., p. 539

facendo rifluire il problema sul piano della costruzione della categoria degli illeciti di dolo), la (del pari) tendenziale risarcibilità del danno nell'ultima, entro i limiti tracciati dalla disciplina in tema di responsabilità da prodotti difettosi ed infine la possibile risarcibilità del danno nell'ipotesi intermedia dell'informazione come servizio, in relazione all'applicazione di criteri in grado di selezionare il danno risarcibile in termini sostanzialmente analoghi, a prescindere dalla qualificazione della responsabilità come extracontrattuale o 'contrattuale'. In particolare, si tratterebbe di criteri che fanno leva sull'affidamento incolpevole, dovendo venire in considerazione, innanzi tutto, una "situazione di affidamento oggettivamente valutabile, che vale a giustificare la fiducia nella regolarità del comportamento altrui"[9] ed ancora una dimensione relazionale, tale da costruire un "collegamento informale spesso ricostruibile solo *ex post*, quando un danno si sia verificato e si tratti di valutarne l'ingiustizia", suscettibile di essere descritto in termini di destinazione ragionevolmente prevedibile dell'informazione.

Suggestioni analoghe, almeno dal punto di vista della consapevolezza dei problemi implicati – proprio ed ancora una volta sul piano della delimitazione degli ambiti di operatività della responsabilità contrattuale e di quella extracontrattuale - emergono anche dalla considerazione della esperienza del diritto anglosassone. In quest'ultima, infatti, la soluzione delle questioni che ci occupano è stata ricercata attraverso l'elaborazione del concetto di *special relationship* e cioè verificando se, di volta in volta, si potesse ravvisare la sussistenza di una relazione, qualificata da una *proximity* tra le parti e dalla qualificazione professionale del soggetto che somministrava l'informazione, in grado di attribuire rilevanza all'affidamento che sulla veridicità di quest'ultima avesse in ipotesi riposto il destinatario di essa. Il quadro che di questa elaborazione offre una recentissima ricostruzione dottrinale italiana, proponendone l'inquadramento proprio all'interno della teoria della responsabilità da contatto sociale qualificato, pone l'accento sulla ricostruzione del modo in cui la singola vicenda controversa si configura: sono, infatti, "le peculiarità dello specifico caso a determinare se si possa parlare di un affidamento sufficientemente forte da meritare tutela". Quest'ultimo, infatti, anche se non sarebbe, di per sé, la fonte della responsabilità, costituirebbe la base sulla quale individuare, per mezzo della clausola generale di buona fede, i comportamenti cui il soggetto qualificato deve

[9] Così F.D. Busnelli, *Itinerari europei* etc., cit., p. 573: la frase riportata nel testo si riferisce, a sua volta, ad un brano di L. Mengoni, *Sulla natura della responsabilità precontrattuale*, cit., p. 364.

attenersi "poiché l'affidamento sorge in virtù della situazione oggettiva che il soggetto qualificato crea"[10]. Ed ecco allora che si delineano, in termini particolarmente suggestivi anche per lo studioso italiano, gli elementi di fatto che sono richiesti dalla giurisprudenza anglosassone per verificare la configurabilità di una responsabilità per informazioni inesatte: "il ruolo di soggetto qualificato (qui una banca), l'affidamento che tale ruolo ingenera nel destinatario dell'informazione e, infine, la consapevolezza dell'utilizzo (almeno potenziale) che questi avrebbe fatto della suddetta informazione o, alternativamente, un destinatario specificamente identificato o quantomeno identificabile dallo scopo per il quale l'interpellato sa che l'informazione fornita verrà utilizzata"[11].

Si delinea così la necessità, in materia, di una prospettiva di analisi condotta caso per caso, come tale in grado di cogliere le peculiarità della singola vicenda anche dal punto di vista della regolamentazione normativa della medesima sotto il profilo dell'affermazione della sussistenza stessa di obblighi di informazione: regolamentazione normativa che peraltro, ed ove pure presente, lascia comunque aperto il problema della corretta qualificazione di queste ipotesi di responsabilità.

3. *Due casi*

Al fine di dare maggiore concretezza al discorso per mezzo di alcune esemplificazioni, può essere opportuno soffermarsi su due snodi problematici che risultano di particolare rilievo perché le soluzioni, che rispettivamente di essi saranno accennate, prefigurano i due possibili modelli qualificatori 'delle' responsabilità da false informazioni. E proprio per dare conto della complessità dei fenomeni che vengono in considerazione si avrà riguardo, da un lato, ad una questione con riferimento alla quale la rilevanza dell'affidamento, ai fini dell'innesco dell'obbligazione risarcitoria, è desumibile immediatamente dal dato normativo disciplinatore della specifica materia, che, pur nell'impossibilità di costruire una situazione relazionale, rende risarcibile un danno che diversamente non lo sarebbe, perché meramente patrimoniale; dall'altro, ad un'ipotesi in cui l'esito che accredita la responsabilità può più plausibilmente discendere dalla

[10] Cfr., in questo senso, F. Castronovo, *La responsabilità da false informazioni comparata*: special relationship *nel diritto anglosassone, specie della responsabilità da contatto sociale nel nostro sistema*, in *Banca borsa tit. credito*, 2019, 391 ss.

[11] Così F. Castronovo, *La responsabilità da false informazioni* ecc, cit., 393.

costruzione di un rapporto giuridicamente rilevante, che finisce per mimare – attraverso il modello della responsabilità da contatto sociale qualificato – proprio lo schema della responsabilità precontrattuale dal quale abbiamo preso le mosse.

Il primo problema a cui si faceva poc'anzi riferimento è quello della responsabilità delle agenzie di *rating*. Non è certamente il caso di ripercorrere qui le vicende, e le sollecitazioni dell'esperienza concreta, che hanno condotto il Parlamento ed il Consiglio dell'Unione Europea a promulgare il regolamento CE 1060/2009, successivamente modificato con il regolamento UE 462/2013, che ha fissato regole per circoscrivere il riferimento meccanico e l'affidamento eccessivo ai rating (art. 5 – *bis* e segg. reg. cit.), favorire la pluralità concorrenziale delle agenzie di *rating* (art. 8 - *quinquies* reg. cit.), imporre divieti, regole di organizzazione e di trasparenza (artt. 6 – *bis* ss. reg. cit.), precisate analiticamente nell'allegato III, intese ad assicurare il rigore e l'indipendenza delle analisi e a prevenire distorsioni da conflitti di interesse. Il fulcro della disciplina, ai nostri fini, è tuttavia racchiuso nell'art. 35 – *bis* del regolamento, secondo il quale "se un'agenzia di *rating* del credito ha commesso intenzionalmente o per colpa grave una delle violazioni di cui all'allegato III che ha inciso sul *rating* del credito, l'investitore o l'emittente possono chiedere all'agenzia di *rating* il risarcimento dei danni subiti a causa della loro violazione". In presenza di questo dato normativo, appare condivisibile l'assunto secondo il quale l'investitore, per avere diritto al risarcimento del danno deve provare di avere ragionevolmente riposto affidamento su un *rating* del credito per assumere la decisione di investire, detenere o cedere lo strumento finanziario in questione ed a tale scopo deve dimostrare di avere effettuato una propria valutazione del rischio senza affidarsi esclusivamente o meccanicamente al *rating* (art. 35 – *bis* co 1° e art. 5 – *bis* co 1° reg. cit.[12]).

Sul versante della possibile tutela dell'emittente, che sia stato danneggiato da un *rating* eccessivamente sfavorevole, il regolamento dispone che questi può chiedere il risarcimento dei danni qualora provi che la violazione da parte dell'agenzia di *rating* non è stata causata da informazioni inesatte o fuorvianti di sua stessa provenienza. Il piano dell'onere della prova, che costituisce, com'è noto, uno degli ambiti sui quali è più significativa, in termini di corollari applicativi, l'alternativa qualificatoria tra responsabilità da inadempimento di un'obbligazione preesistente e responsabilità extracontrattuale è poi risolto senz'altro dal regolamento, secondo un approccio pragmatico che è frequente nella disciplina comunitaria nel

[12] Così P. Trimarchi, *La responsabilità civile* etc. cit., p. 181

senso che spetti all'investitore o all'emittente che agisce in giudizio fornire elementi informativi precisi e dettagliati che indichino la violazione da parte dell'agenzia di rating del credito e l'impatto della violazione sul *rating* emesso, avendosi peraltro cura di precisare che compete al giudice stabilire cosa debba intendersi per elementi informativi precisi e dettagliati: questo in considerazione del fatto che l'investitore o l'emittente potrebbero non avere accesso ad informazioni che rientrano solo nella sfera dell'agenza di *rating*, con conseguente, possibile applicazione del criterio della vicinanza della prova.

Se nel caso della responsabilità dell'agenzia di *rating*, la disciplina normativa è sufficiente a risolvere il problema della risarcibilità del danno che derivi dalla violazione delle regole di condotta indicate, la qualificazione della stessa che è stata proposta in dottrina evoca lo schema della responsabilità extracontrattuale, destinata a giustificarsi "come conseguenza della lesione di un affidamento ingenerato ed offeso da un soggetto dotato di un particolare *status* professionale"[13]. Ed in effetti assai più problematica appare, in questo caso, la possibilità di fare ricorso al modello ricostruttivo della responsabilità da contatto sociale qualificato, se non altro perché le informazioni poste in circolazione dall'agenza di *rating* sono destinate a diffondersi presso una platea tendenzialmente indeterminata di soggetti, con riferimento ai quali è, dunque, arduo costruire quella relazione qualificata da un affidamento che pure rappresenta il presupposto per accreditare la sussistenza di un contatto sociale qualificato.

D'altra parte, se è certamente vero – come si dirà anche tra breve, dall'angolo visuale dell'individuazione del criterio di imputazione dell'obbligo risarcitorio – che l'agenzia di *rating* deve uniformare la propria condotta a standards fissati dalla disciplina normativa, primaria e subprimaria, della materia, è anche vero che, in questa materia non ci troviamo di fronte al presupposto principale che, anche di recente, è stato ritenuto in grado di fondare una responsabilità da contatto sociale qualificato: e cioè uno *status* del candidato responsabile modellato dalla disciplina normativa in modo tale da rendere comunque rilevante l'affidamento sulla legittimità della condotta di quest'ultimo. Il riferimento è ad un'ancora recente pronuncia delle Sezioni Unite, che ha compiutamente ricostruito, anche dall'angolo visuale del riparto di giurisdizione, il tema della responsabilità da contatto sociale qualificato[14]. E' stata infatti decisiva, nell'impostazione della Corte di

[13] Cfr. F. Greco, *La responsabilità "extracontrattuale" dell'agenza di* rating *nei confronti dell'investitore*, in *Resp. civ. prev*., 2013, 1452 ss,

[14] Cfr. Cass. ord. 28 aprile 2020 n. 826, in *Nuova giur. civ. comm*. 2020, I, 1074 ss., sulla quale ci si permette il rinvio al nostro *Il contatto sociale qualificato (ri)approda in Cassazione*, ivi, II, p. 1160 ss.

Cassazione, la considerazione dello "*status* della pubblica amministrazione quale soggetto tenuto all'osservanza della legge come fonte della legittimità dei propri atti", dovendosi intendere il contatto o rapporto "tra il privato e la pubblica amministrazione come il fatto idoneo a produrre obbligazioni 'in conformità dell'ordinamento giuridico' (art. 1173 c.c.) dal quale derivano, a carico delle parti, non obblighi di prestazione, bensì reciproci obblighi di buona fede, di protezione e di informazione, giusta gli artt. 1175 (correttezza), 1176 (diligenza) e 1337 (buona fede) del codice civile". E si tratta di un approdo che – così confermando l'impostazione evocata nella parte iniziale di questo scritto – ha tratto forza anche[15] dalla constatazione dell'evoluzione giurisprudenziale in punto di ricostruzione della responsabilità precontrattuale[16], pervenendosi così alla conclusione che "la responsabilità che grava sulla pubblica amministrazione per il danno prodotto al privato a causa della violazione dell'affidamento dal medesimo riposto nella correttezza dell'azione amministrativa non sorge in assenza di rapporto, come la responsabilità aquiliana, ma sorge da un rapporto tra soggetti – la pubblica amministrazione ed il privato che con questa sia entrato in relazione – che nasce prima ed a prescindere dal danno e nel cui ambito il privato non può non fare affidamento nella correttezza della pubblica amministrazione" [17].

La qualificazione come responsabilità extracontrattuale della responsabilità dell'agenzia di *rating* verso l'investitore, se è già sufficiente ad orientare l'impostazione del problema del riparto dell'onere della prova tra attore e convenuto, non è tuttavia tale da risolverlo senz'altro. Resta, infatti, da precisare quale sia il contenuto del criterio di imputazione dell'obbligo risarcitorio che può venire in considerazione in materia; e qui è senz'altro condivisibile l'assunto che richiede, al fine del sorgere dell'obbligazione risarcitoria a carico dell'agenzia di *rating*, che la condotta della stessa sia qualificata da mala fede o colpa, con l'ulteriore specificazione secondo la

[15] Accanto al richiamo di Cass. 10 gennaio 2003 n. 157, *in Danno e resp.*, 2003, 477 con nota di Conti; di Cass. 1° dicembre 2010 n. 24382; di Cass. 21 novembre 2011 n. 24438, in *Giur. it.*, 2012, 2662 con nota di Renna Spezzati; di Cass. 12 maggio 2015 n. 9636, in *Corr. Giur.*, 2016, 56, con nota di Agnello.

[16] In questo caso, il riferimento è ovviamente a Cass. 12 luglio 2016 n. 14188, in *Corr. Giur.*, 2016, p. 1504, con nota di C. Cicero; in *Giur. it.*, 2016, 2565, con nota di A. di Majo; in questa *Nuova giur. civ. comm.*, 2016, 1451 con nota di A. Iuliani. Sulla sentenza da ultimo richiamata ci si permetta anche il rinvio al nostro scritto *Verso il definitivo accreditamento della natura contrattuale della responsabilità precontrattuale*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2016, II, p. 1515 ss., dove si illustrano anche i termini del precedente dibattito dottrinale e giurisprudenziale in argomento.

[17] È quanto si legge nel § 33.2. dell'ordinanza.

quale la colpa è da intendersi come negligenza professionale, ravvisabile, in particolare, nei casi di inosservanza dei principi di diligenza professionale e degli standards di settore, così come desumibili dalla disciplina normativa Consob[18]

La seconda questione che, al di là della peculiarità del caso da cui origina, può risultare assai utile per mettere a punto il problema della responsabilità per false informazione ci viene suggerita da un'ancora non remota sentenza della Corte di Cassazione[19], secondo la quale "In tema di interpretazione dei contratti, le dichiarazioni unilaterali rese in lingua inglese da enti pubblici di uno Stato (nella specie, la Repubblica di Ungheria) confermative della responsabilità degli enti stessi (e dello Stato) per le obbligazioni relative a due ingenti contratti di appalto di opere e fornitura contratte da una società originariamente in mano pubblica e privatizzata (per il passaggio dal regime di 'socialismo reale' a quello dell'economia di mercato) in epoca successiva alla stipula, non sono qualificabili come mere informative, prive di valore negoziale, in quanto rese in un contesto caratterizzato dalla già attuata sospensione dell'esecuzione dei contratti da parte dell'appaltatore adempiente e dirette ad indurlo a completare la sua prestazione, confidando nella responsabilità dello Stato privatizzante in un momento in cui, al termine del processo di trasformazione delle imprese pubbliche suddette, l'insolvenza della committente si palesava come probabile". Su queste premesse, la Corte di Cassazione ha ritenuto che, "In tema di responsabilità extracontrattuale, è configurabile la responsabilità per colpa degli enti pubblici di uno Stato (nella specie, la Repubblica di Ungheria) che, durante il processo di privatizzazione di imprese già statali in regime di economia cd. socialista, abbiano comunicato reiteratamente alla controparte adempiente

(nella specie, una società italiana), in relazione a contratti di opere e fornitura di ingente importo ad esecuzione continuata nel tempo, l'assunzione o la persistenza di responsabilità dello Stato stesso, o del suo Ente preposto, per i debiti della committente in crisi di liquidità, qualora, a seguito dell'affidamento ingenerato da tali comunicazioni, il contraente "in bonis" abbia ripreso e completato le proprie prestazioni, e non abbia ottenuto il pagamento del corrispettivo dovuto".

L'interesse della questione, e della soluzione ad essa data dalla Corte di Cassazione, sta nella circostanza che essa esibisce un'ipotesi di

[18] Così ancora F. Greco, *La responsabilità "extracontrattuale" dell'agenzia di* rating, etc. cit., p. 1456, anche nel solco di Trib. Catanzaro, 2 marzo 2012, in *Resp civ. prev*., 2012, p. 2026, con nota di Lamponi

[19] Si tratta di Cass. 19 ottobre 2015 n. 21085, in *Corr. Giur*., 2016, p. 250 ss.

responsabilità da false informazioni che si colloca nella fase dell'attuazione delle obbligazioni discendenti da un contratto ad esecuzione continuata e che si è risolta in un pregiudizio a carico del contraente che aveva confidato nell'esattezza delle informazioni stesse. In questo caso, peraltro, il riferimento allo schema qualificatorio della responsabilità extracontrattuale non appare persuasivo, perché la 'prossimità' della relazione tra lo Stato – pur formalmente terzo rispetto al rapporto contrattuale – e la parte contrattuale che ha confidato nell'esattezza dell'informazione fornita, unita alla considerazione della particolare posizione assunta dallo Stato stesso nei confronti dell'impresa pure già sottoposta al processo di privatizzazione, risultano sufficienti ad integrare i presupposti per l'accreditamento del modello del contatto sociale qualificato, secondo le indicazioni impartite dalla giurisprudenza della Corte di Cassazione poc'anzi richiamata.

Ci troviamo, dunque, e come si accennava, di fronte all'altro modello ricostruttivo della responsabilità da false informazioni: quello che appunto evoca l'idea di una relazione tra due parti, assoggettata alla regola della correttezza.

4. *Conclusioni*

Il problema delle responsabilità per false informazioni, sia pure affidato a poche pennellate rispetto alla vastità delle questioni dallo stesso implicate, ha offerto – così almeno si confida - un punto di emersione di particolare rilievo dell'utilità di un'analisi che sappia cogliere ogni singolo aspetto della vicenda controversa, collocandosi, da un lato, in pieno all'interno dell'orizzonte della fattispecie concreta ma dall'altro sporgendosi, per così dire, al di fuori di essa ed attingendo così le coordinate di soluzione offerte dal sistema: sia che si tratti di guardare al modello ricostruttivo della responsabilità aquiliana, la cui regolamentazione è affidata ad una disciplina normativa che affonda le proprie radici in un'antica tradizione, sia che invece l'attenzione si orienti verso lo schema qualificatorio della responsabilità da contatto sociale qualificato, frutto di una raffinata messa a punto dottrinale e dell'adesione - prima ancora dello sviluppo - di esso da parte dell'elaborazione giurisprudenziale.

La soluzione cui si è pervenuti in questa sede, saggiata con riferimento ai due casi poc'anzi esaminati, consente – ci sembra – di pervenire ad un assetto più equilibrato del problema oggetto di queste considerazioni, che,

senza incorrere nel rischio di un'utilizzazione effettivamente troppo dilatata della categoria della responsabilità da violazione di un obbligo di protezione, disgiunto da un obbligo primario di prestazione, e derivante da un contatto sociale qualificato, ne recuperi gli aspetti di maggiore suggestione. Quali sono, tra gli altri, sul piano metodologico, quelli che richiamano l'esigenza di offrire una soluzione normativa congrua rispetto alla sostanza socio – economica dei problemi da regolare[20] e, sul piano rimediale, quelli che pongono l'accento sull'idoneità del modello costruttivo in questione ad apprestare una tutela maggiormente effettiva di situazioni di interesse, pure già dotate di un primo livello di protezione, ma che la rilevazione dei dati desumibili dall'ordinamento nel suo complesso induca a ritenere meritevoli di una tutela più penetrante[21].

Il metodo che, in questo modo, si delinea – e che sa appunto coniugare l'attenzione alla dimensione del caso con l'applicazione rigorosa delle categorie elaborate sulla base del dato normativo – è, del resto, proprio quello che ci ha insegnato Vincenzo Cuffaro, nei decenni di insegnamento e nella sua ricca e variegata produzione scientifica: cosicché il tentativo, che confidiamo di avere svolto in maniera non troppo approssimativa in queste poche pagine, di applicare quel metodo al problema delle responsabilità da false informazioni, potrà rappresentare – così almeno ci auguriamo – un ulteriore modo per onorarlo.

[20] Questo aspetto è stato, fin dalla prima elaborazione della teoria, sottolineato in maniera particolarmente efficace da C. Castronovo. Vedi quanto, da ultimo, questo a. osserva al riguardo in *Responsabilità civile*, Milano, 2018, p. 523 ss.

[21] Questa considerazione è svolta, in particolare, da E. Vincenti, *La responsabilità da contatto sociale nella giurisprudenza di legittimità*, in *Resp. civ. prev.*, 2016, p. 2067.

Daniela Valentino

Il contraente debole tra informazione e autoresponsabilità

È noto che la normativa europea impone nelle contrattazioni *b2c* ampi e dettagliati obblighi informativi in capo al professionista, al fine sia di riequilibrare le asimmetrie di informazione e di potere contrattuale, sia di potenziare, anche per tal via, l'efficiente funzionamento del mercato. Rispetto alle asimmetrie informative da tempo si è indagato su quali contenuti debbano avere le informazioni dovute rispetto alle caratteristiche del soggetto cui è diretta l'informazione. Di qui, l'emergere nella giurisprudenza della Corte europea del concetto di "consumatore medio, normalmente informato e ragionevolmente attento"[1]. Concetto molto difficile da definire se non avendo riguardo alla singola tipologia contrattuale e alla concreta potenzialità soggettiva di recepire informazioni complesse. D'altro canto, lo sforzo normativo in tema di tutela del consumatore si è a lungo confrontato con la varietà di situazioni nelle quali l'informazione dovrebbe, *miracolosamente*, riequilibrare lo squilibrio contrattuale tra i soggetti. E' parso chiaro, nell'immediato, che non fosse possibile immaginare i consumatori come un gruppo sostanzialmente omogeneo. Sono emerse, così, categorie che si distaccano significativamente anche dal stesso concetto di contrattazione finalizzata "*a soddisfare esigenze di consumo personali non legate all'ambito professionale*". Un esempio illuminante è il d. lgs. 79/2011 ove si discorre non più di consumatore, ma di "turista" quale persona fisica che non necessariamente contratta per scopi estranei all'attività imprenditoriale, commerciale o professionale eventualmente svolta. Meglio ancora, con il nuovo art. 33, comma 2, lett. G, che identifica il soggetto tutelato come il "viaggiatore", la stessa direttiva fa rientrare qualsiasi persona fisica che viaggia anche per scopi non turistici, lasciando fuori dalla tutela soltanto le società o le imprese che definiscano le modalità di viaggio in base ad accordi generali[2].

[1] S. Pagliantini, In memoriam *consumatore medio*, in *Europa e diritto privato*, 2021, 6.

[2] S. Mazzamuto, *Una* piece *di teatro trasformista nello scenario europeo: il contraente, il professionista, il consumatore, il cliente, il turista, il viaggiatore ed il sovraindebitato/esdebitato*, in *Europa e diritto privato*,2020, 617 ss.

La rilettura della nozione di consumatore in funzione della sola disparità di potere contrattuale fa emergere la diversa tematica del consumatore c.d. esperto che ha, cioè, la preparazione tecnica per acquisire e/o comprendere il contenuto negoziale in modo pressappoco identico alla sua controparte, ma non ha il potere di contrattare il contenuto negoziale. Correttamente, quindi, non si può non considerare che gli interventi normativi, in questa galassia di rapporti diversificati, trovino il loro minimo comun denominatore nella configurazione di correttivi per i rapporti il cui contenuto negoziale sia unilateralmente predisposto.

La capacità soggettiva del consumatore non elimina la situazione di inferiorità rispetto alla potenzialità di trattare il contenuto negoziale e anche un bagaglio di conoscenze tecniche non elimina la presunzione di disparità di posizione contrattuale su questo aspetto[3]. Nella prassi si è costantemente adottato un approccio estensivo, volto a tutelare primariamente il contraente debole del rapporto e ad addebitare al professionista ogni eventuale omissione informativa. A tal fine, si è utilizzata ora la disciplina dell'invalidità, ora quella del risarcimento del danno (precontrattuale o contrattuale).

Nelle sentenze della Corte di Giustizia, però, (tranne che in un recente arresto di cui parlerò alla fine) si continua a parlare di "consumatore medio, normalmente informato e ragionevolmente attento ed avvertito" come unico destinatario della tutela.

Siamo, così, abituati a considerare che la situazione soggettiva effettiva del consumatore rispetto all' intellegibilità delle informazioni ricevute sia ininfluente per l'applicabilità della tutela a causa della oggettiva disparità di potere contrattuale nella negoziazione che viene bilanciata attraverso gli obblighi di contenuto e di informazione.

D'altro canto, non va sottaciuto che, diversamente, si è rinvenuta la giustificazione teorica della tutela nello scopo negoziale concreto dell'operazione che si identifica nel consumo finale privato e, quindi, nella disciplina dell'atto di consumo[4]. La tutela del soggetto è, così, funzionale anche alla tutela del mercato e alla rimozione degli ostacoli all'efficacia della concorrenza[5].

La ricostruzione teorica del fondamento di tutela basato sulla presunzione assoluta di debolezza, però, si deve confrontare anche con una recente

[3] S. Pagliantini, cit., 10 cita Corte di giustizia 25.1.2018, C-498/16.

[4] E. Gabrielli e A. Orestano, *Contratti del consumatore*, in *Digesto civ.*, Torino, *Aggiornamento*, 2000, 225.

[5] Alessi, *Diritto europeo dei contratti e regole dello scambio*, in *Europa e dir. priv.*, 2000, 967; C. Camardi, *Integrazione giuridica europea e regolazione del mercato. La disciplina dei contratti di consumo nel sistema del diritto della concorrenza*, *ivi*, 2001, 703.

linea interpretativa che è stata recepita dalla nostra S. Corte e non è un caso che il relatore della sentenza sia una ex Collega che ha, a lungo, studiato queste tematiche[6]. La sentenza del 2020 n. 14257 ha precisato che il dovere informativo non deve ritenersi onnicomprensivo, giacché va contemperato con il principio di autoresponsabilità ed il conseguente onere di 'autoinformazione' gravante anche sulla parte non'professionale del rapporto contrattuale. Del resto, si è sottolineato che il consumatore è tutelato perché egli è «sovrano», e per questo deve essere soggetto consapevole. In questa prospettiva, si è evidenziato che il diritto del mercato è il diritto dell'autoresponsabilità: il consumatore sceglie il prodotto o il servizio, quindi «decide»[7]. E chi decide assume il rischio della propria preferenza, ma deve assumerlo consapevolmente: la logica è allora non già quella paternalistica, bensì quella che esalta ed accresce la libertà di contrattare fondata, però, sulla consapevolezza della scelta[8].

La sottolineatura ha destato perplessità e preoccupazioni. "Una autoresponsabilità a geometria variabile" sarebbe "un vulnus alla contrattazione transfrontaliera" e, introdurrebbe "varianti di diritti nazionali oscillanti tra un massimo e un minimo di tutela"[9]. I dubbi sulla *eurocompatibilità* della proposta dovrebbero, però, confrontarsi con alcune pronunce tanto di alcune Corti nazionali di altri Paesi membri quanto della stessa Corte di giustizia. Quest'ultima ha ammesso l'esistenza di taluni limiti cui soggiace l'obbligo informativo imposto al contraente più avveduto, e, più in generale, la sussistenza di alcune limitazioni alla tutela del consumatore.

Significativi, in tal senso, sono alcuni precedenti in tema di contratti negoziati fuori dei locali commerciali. In linea generale, richiamando anche alcune precedenti decisioni, la Corte ha precisato che in generale «la tutela del consumatore non ha carattere assoluto» (§ 82)[10]. Ed ha affermato, in particolare, che anche se «la direttiva sulla conclusione di contratti a domicilio è volta principalmente a tutelare il consumatore», nulla osta che detta tutela sia soggetta a taluni limiti[11] come, ad esempio, «il pagamento di un'equa indennità nel caso in cui (il consumatore) abbia fatto uso del bene … in un modo incompatibile con i principi del diritto

[6] Gorgoni

[7] V., altresì, N. Irti, *L'ordine giuridico del mercato*, Roma-Bari, 1998, p. 75

[8] Così A. Plaia, *Nozione di consumatore, dinamismo concorrenziale e integrazione comunitaria del parametro di costituzionalità*, in *Foro it.*, 2003, I, c. 340 ss.; sul punto

[9] Cosi S. Pagliantini, *o.c.* 12.

[10] così Corte giust., 16 luglio 2020, c. 224/19 e c. 259/19; sul punto, v. S. Pagliantini, In memoriam *del conumatore medio*, in *Eur. dir. priv.*, 2021, p. 6 ss.

[11] Corte giust., 10 aprile 2008, c. 412/06, § 40

civile, quali la buona fede o l'arricchimento senza giusta causa»[12].

In altro caso, si è delibato che il consumatore deve esser messo soltanto in condizione «di comprendere il funzionamento concreto della modalità di calcolo di un tasso di interesse e di valutare in tal modo, sul fondamento di criteri precisi e intelligibili, le conseguenze economiche, potenzialmente significative»[13].

Un argomentare siffatto si presta al contrappunto che potrebbe condurre a un inasprimento dell'autoresponsabilità che potrebbe colorare di *un'accezione 'punitiva'* l'affidamento incolpevole o l'ignoranza inescusabile del consumatore distratto. Si potrebbe giungere a una non tutelabilità per il consumatore che versi in una condizione di colpevole ignoranza[14] .

Tutte queste preoccupazioni vertono intorno al problema sulla rilevanza da assegnare in concreto alla diligenza del consumatore. La giurisprudenza europea sul punto è oscillante, e non è del tutto chiaro se tale parametro di riferimento debba essere un individuo «"ragionevolmente attento e avveduto" […] o un soggetto più irrazionale (e indebitato) "che ignora e non comprende la portata dei suoi diritti"», ovvero ancora se non sia più opportuno «far posto a categorie più disaggregate, costruite sull'analisi empirica delle tipologie di mercati e dei bisogni che devono soddisfare […] considerato che l'asimmetria va misurata sulla posizione (le conoscenze, le informazioni, il potere di mercato) di un[a] controparte professionale e di conseguenza varia considerevolmente da un settore all'altro»[15] . Si tratta, invero, di correggere gli effetti dell'opportunismo nelle contrattazioni nella formazione e nell'esecuzione del contratto (fenomeno che può riguardare tanto il predisponente quanto l'aderente) alla luce del principio di *fair dealing*[16] . Una trattativa equa potrebbe assicurare il raccordo «tra i criteri per l'accertamento di un significativo squilibrio e il giudizio di trasparenza»[17].

Va segnalato che , però, nel 2021 la Corte europea ha nuovamente evidenziato che «la tutela prevista dalla direttiva 93/13 avvantaggia tutti i consumatori, e non solo quelli che possono essere considerati un "consumatore medio, normalmente informato e ragionevolmente attento e

[12] Corte giust., 3 settembre 2009, c. 489/07, § 27

[13] Corte giust., Grande sez., 3 marzo 2020, c. 125/18, § 56; ma v., per un quadro generale, i § 51 ss.

[14] S. Pagliantini, *o.l.u.c*

[15] così V. Calderai, *Una questione di punti di vista. Interpretazione dei contratti asimmetrici e teoria delle fonti*, in *Pers. merc.*, 2020, p. 87, da cui sono tratti anche i passaggi virgolettati.

[16] V. Calderai, *o.u.c.*, p. 88

[17] V. Calderai, *Una questione di punti di vista*, cit., p. 91

informato"»[18]. Sarebbe il caso di esclamare "strike" o "game over" e ripartire?

In questo contesto si inserisce il diverso *decisum* della nostra Corte di Cassazione che evidenzia significativamente che «ai fini della valutazione della responsabilità del professionista rispetto agli obblighi informativi su questo gravanti, l'informazione pervenuta tardivamente nella sfera di conoscibilità del consumatore non è sempre produttiva di conseguenze risarcitorie, dovendosi tenere conto della capacità o della possibilità di questi di utilizzare a proprio vantaggio le informazioni ricevute. Non è, quindi, risarcibile il danno conseguente alla mancata lettura o utilizzo dell'informazione, seppur tardivamente comunicata al consumatore, in ragione del principio di autoresponsabilità. In definitiva, al c.d. dogma consumeristico, il quale vuole il consumatore in una situazione di presunzione assoluta di debolezza, sempre e comunque meritevole di protezione e che ragiona degli obblighi di informazione come funzionali al soddisfacimento di un interesse pubblico, devono preferirsi soluzioni ispirate al principio di autoresponsabilità del consumatore»[19]. Il richiamo all'autoresponsabilità assolverebbe «la funzione di valorizzare un obbligo (minimo) di attivazione in capo al contraente debole, passibile di elevarsi, in caso di inosservanza, a concausa del danno idonea ad incidere sulla risarcibilità dello stesso», obbligo che a sua volta deriverebbe «dal generico dovere, imposto ad entrambe le parti, di agire secondo buona fede e correttezza (artt. 1175 e 1375 c.c.) durante l'intera esecuzione del rapporto contrattuale»[20].

Solo un rapidissimo cenno a situazioni di altri Paesi: in Francia si è evoluto il punto di equilibrio tra la tutela dell'affidamento e il principio di autoresponsabilità. Se le informazioni necessarie alla conclusione dell'affare sono facilmente accessibili e la loro comprensione non richiede una particolare competenza, non vi è motivo di imporre a uno dei contraenti un obbligo di informazione o di addirittura di consulenza[21].

[18] Corte giust., ord., 10 giugno 2021, c. 198/20

[19] Cass., 8 luglio 2020, n. 14257, in *Danno e responsabilità*, 2021, 80 ss. con nota di Volpato, *Il danno da vacanza rovinata: tra difetto informativo e autoresponsabilità del consumatore*.

[20] Così A. Volpato, *Il danno da vacanza rovinata: tra difetto informativo e autoresponsabilità del consumatore*, in *Danno resp.*, 2021, p. 86 s.

[21] Cour de Cassation, 25 febbraio 1986; Cour de Cassation, 7 giugno 1995, ove si precisa che il venditore di un autoveicolo non è tenuto a informare il compratore delle caratteristiche tecniche che quest'ultimo è in grado di apprezzare autonomamente. Ancora, l'obbligo di informare la controparte incontra dei limiti anche nei rapporti contrattuali tra professionisti e consumatori. La Corte ha avuto modo di precisare, infatti, che non si poteva rimproverare ad un imprenditore di non aver informato la controparte sulla necessità di munirsi di un permesso di costruire, atteso che tale necessità era da considerarsi ovvia per

Nell'ordinamento inglese la diversa impostazione della tutela di questi rapporti rende più facile escludere l'esistenza di obblighi informativi" su fatti materiali di cui la parte sia a conoscenza[22] a meno che un tale obbligo non sia espressamente previsto[23]. Ciò anche in virtù, all'inverso, di un esplicito principio di autoresponsabilità che grava sulle parti. Esistono delle rare eccezioni alla regola: ad esempio, si ammette un dovere di informazione nel caso in cui il venditore sia a conoscenza del fatto che il compratore ha frainteso i termini dell'offerta[24]. Tuttavia (e ciò fa comprendere quanto le ipotesi di obblighi informativi siano limitate), quando il compratore incorre in un errore non connesso con i termini dell'offerta del venditore, quest'ultimo, anche se è a conoscenza dell'errore in cui è incorso il compratore, non ha alcun obbligo di comunicarglielo[25].

Obblighi di informazione e autoresponsabilità: problema risolto? Nuove soluzioni interpretative da recepire? In assoluto no! Però, siamo di fronte a diverse sensibilità che emergono nel tentativo di disegnare un nuovo equilibrio che non possono essere ignorate.

il committente che, per di più, lavorava presso il comune (Cour de Cassation, 3 décembre 1991). Inoltre, il dovere di informazione non si estende sino al punto di ricomprendervi anche le informazioni note a tutti (Cour de Cassation, 31 mars 1993: nella specie, la Corte ha sottolineato che un committente dovrebbe sapere che le sue nuove e mutevoli esigenze così come molteplici aggiunte e trasformazioni porterebbero ad un aumento del costo dell'opera).

[22] Case law: *Keates v. The Earl of Cadogan*, 1851, ove si afferma il principio secondo il quale non vi è alcun obbligo implicito da parte del proprietario di una casa che si trova in condizioni rovinose e insicure, di informare un potenziale inquilino che essa è inagibile a fini abitativi; e nessuna azione potrà essere proposta contro di lui per un'omissione in tal senso, in assenza di espressa garanzia, o inganno attivo

[23] Come accade, ad esempio, in materia di contratti assicurativi: *uberrimae fidei contracts*, che richiedono «the utmost good faith» nelle negoziazioni

[24] Case law: *Smith v. Hughes*, 1871

[25] Case law: *Statoil ASA v. Louis Dreyfus Energy Services LP*, 2008

Stefano Cherti

Informazione pubblicitaria e responsabilità ex contractu*: il caso delle garanzie commerciali nella vendita di beni di consumo*

Sommario: 1. Informazione e *informazione pubblicitaria* nell'impostazione del legislatore del '42 – 2. Dal codice del '42 alle nuove direttive sulla vendita di beni di consumo – 3. L'esempio paradigmatico delle garanzie commerciali nelle contrattazioni *Business to Consumer* – 4. Il ruolo delle garanzie commerciali nella vendita: un breve approccio di *Law and Economics* – 5. La nozione di garanzia commerciale nella nuova direttiva 2019/771/UE – 6. La responsabilità *ex contractu* del venditore per l'informazione pubblicitaria predisposta dal produttore del bene.

1. *Informazione e* informazione pubblicitaria *nell'impostazione del legislatore del '42*

Non v'è dubbio che il giurista ha il grande privilegio, commentando e studiando le norme che via via si susseguono, di verificare in prima persona i cambiamenti che accadono nella realtà sociale. È avvenuto e avviene anche nel campo dell'informazione e in quella particolare categoria di informazione che prende il nome di *informazione pubblicitaria*. In via di prima approssimazione con quest'ultima locuzione si intende quella forma di comunicazione di massa usata dalle imprese per creare consenso intorno alla propria immagine, con lo scopo di conseguire i propri obiettivi di marketing; più in particolare con il termine *informazione pubblicitaria* ci si riferisce a l'insieme di tutti i mezzi e modi usati al fine di segnalare l'esistenza e far conoscere le caratteristiche di prodotti, servizi, prestazioni di vario genere predisponendo i messaggi ritenuti più idonei per il tipo di mercato verso cui sono indirizzati.

Se solo si scorgono le pagine di importanti manuali di diritto privato del secolo scorso e le si confrontano con la nuova legislazione di derivazione comunitaria oggi in vigore, il giurista non può non scorgere la distanza tra il sistema attuale e quello previgente: come si avrà modo di osservare considerando il caso delle garanzie commerciali nel contratto di vendita, si

tratta di una modifica radicale delle regole, un cambiamento nella disciplina con ripercussioni importanti sulla sistematica del contratto. L'informazione e l'*informazione pubblicitaria* hanno sempre svolto un ruolo rilevante nella teoria del negozio giuridico; i cambiamenti intervenuti hanno imposto (e imporranno sempre di più) un ripensamento dei concetti, con ricadute significative nella pratica quotidiana delle contrattazioni.

Nell'impostazione accolta dal codice del '42 l'*informazione pubblicitaria* assumeva rilevanza all'interno dei modi di formazione del contratto *sub specie* di invito ad offrire «fatta ad una o più persone separatamente, *perché si rendano offerenti* (proponenti) di un futuro contratto, verso chi rivolge loro tale invito, a mezzo di indicazioni sul contenuto del futuro contratto, fatte con pubblici manifesti, inserzioni in periodici, o a mezzo di pubbliche offerte di prodotti, o di merci», ma tuttavia «l'invito a offrire rileva come elemento *di fatto*, o economico»[1]. Non si mancava infatti di sottolineare come «le circostanze o gli usi impongono di considerare l'offerta al pubblico come un semplice invito a proporre, e non come una proposta», ciò accade quando «venga inviato un catalogo delle merci con l'indicazione dei prezzi, perché è normale che il venditore voglia essere libero di preferire i clienti migliori»; e pertanto «l'annuncio va inteso come semplice invito a proporre»[2].

D'altronde, un «cartello con la semplice scritta "vendesi" posto su una casa, o una inserzione pubblicitaria che non menzioni il prezzo del bene messo in vendita, non può certo vincolare l'aspirante venditore: vale solo come invito, rivolto al pubblico, a formulare proposte contrattuali», il principio è che ogni negoziante si deve «ritenere libero di decidere a chi vendere (ossia di scegliere la propria clientela) e a quanto vendere»[3].

Queste ricostruzioni cristallizzano in maniera precisa i punti più salienti della pratica delle contrattazioni allora operante. In primo luogo, lo scambio vedeva come parte "inderogabile" il commerciante in qualità di venditore cui si contrapponeva un acquirente che non era (né vi era interesse che fosse) *ex ante* identificato. Il contratto legava di volta in volta venditore e compratore senza ingerenze di terze parti; infatti, quand'anche il venditore non fosse stato il produttore del bene, il negozio produceva effetti solamente tra i contraenti effettivi, di modo che in caso di inadempimento azioni e rimedi potevano esplicarsi unicamente tra questi ultimi. Come accennato, l'*informazione pubblicitaria* rilevava quale elemento di fatto ma non entrava a far parte del contenuto dell'accordo, né dispiegava effetti una volta che

[1] Così testualmente F. Messineo, *Manuale di diritto civile e commerciale*[9], vol. III, Milano, 1959, 600.

[2] I corsivi si devono a P. Trimarchi, *Istituzioni di diritto privato*[4], Milano, 1979, 208.

[3] V. in questo modo F. Galgano, *Diritto Privato*[14], Padova, 2008, 232 s.

il contratto era stato concluso[4]. Si arrestava alla fase delle trattative senza modificare le aspettative dell'acquirente e senza cambiare la ripartizione di diritti ed obblighi delle parti.

Se questo valeva per la vendita, considerazioni analoghe potevano essere estese anche agli altri tipi contrattuali (e non solo)[5], posto che la vendita è il contratto che più di ogni altro ha ispirato il legislatore del '42, tanto nella costruzione delle regole della parte generale del contratto (ne sono un esempio, tra i tanti, le norme sulla risoluzione), quanto in quella della parte speciale.

Oggigiorno, della centralità della vendita si trova ancor più grande testimonianza nella legislazione europea, posto che la costruzione di un diritto contrattuale uniforme è avvenuta (e sta avvenendo) grazie alle due direttive che a distanza di vent'anni una dall'altra hanno interessato, con una disciplina innovativa e altamente originale per l'ordinamento italiano, la vendita dei beni di consumo[6].

2. *Dal codice del '42 alle nuove direttive sulla vendita di beni di consumo*

Invero, in questo passaggio tra la legislazione interna e la normativa comunitaria non bisogna dimenticare (e il dato è particolarmente rilevante) che per il legislatore europeo alla vendita strettamente intesa devono essere equiparati i contratti «di permuta e di somministrazione nonché quelli di appalto, d'opera e tutti gli altri contratti comunque finalizzati alla fornitura di beni da fabbricare o produrre»[7]; ciò che rileva è il fatto che, dietro

[4] Da un lato, il contenuto dell'accordo era limitato alle sole pattuizioni intercorse tra le parti al momento della conclusione del contratto e, dall'altro, quanto accaduto nelle fasi antecedenti il perfezionamento del patto non poteva avere effetti sulle modalità di esecuzione del rapporto.

[5] In un'economia di mercato, come lo è quella continentale, lo scambio di cosa contro prezzo, in cui si sostanzia la vendita, non può che costituire il contratto per antonomasia.

[6] Il riferimento è alla direttiva 1999/44/CE del 25 maggio 1999 *su taluni aspetti della vendita e delle garanzie dei beni di consumo*, in *G.U.C.E.* n. L 171 del 7 luglio 1999, 12, e oggi alla direttiva 2019/771/UE del 20 maggio 2019 *relativa a determinati aspetti dei contratti di vendita di beni, che modifica il regolamento (UE) 2017/2394 e la direttiva 2009/22/CE, e che abroga la direttiva 1999/44/CE*, in *G.U.U.E.* n. L 136 del 22 maggio 2019, 28.

[7] V. il primo comma dell'art. 128 cod. cons.; com'è facile rilevare si tratta di un elenco ampio e per nulla tassativo, atteso che la finalità del legislatore comunitario è di far rientrare nell'ambito di applicazione della direttiva il più ampio numero di categorie negoziali possibile, a prescindere dal fatto che nell'obbligazione assunta dal professionista prevalga la componente del *dare* ovvero quella del *facere*.

versamento di un corrispettivo, il consumatore acquisisca la disponibilità di un bene di consumo[8]. Dunque, nella dimensione europea, il contratto di vendita acquista una centralità ancora maggiore, arrivando ad abbracciare la quasi totalità degli scambi, e, nei fatti, le due direttive impongono un ripensamento sia delle regole di parte speciale che di quelle di parte generale. Infatti oggi, l'art. 129 cod. cons., obbliga il professionista a consegnare beni conformi al contratto e, in mancanza di specifiche previsioni delle parti, contiene già al suo interno i criteri in base ai quali operare un giudizio sull'esattezza di quanto prestato[9]; dalla lettura della norma emerge il superamento, in linea con quanto sta accadendo nei principali ordinamenti giuridici europei, della tradizionale distinzione tra vizi, mancanza di qualità essenziali o promesse, e consegna di cosa diversa da quella venduta. In particolare, per il legislatore europeo il venditore è il diretto responsabile per qualsiasi difetto di conformità esistente al momento della consegna del bene alla propria controparte (si individua, così, in capo al professionista una situazione obbligatoria con riguardo alla consistenza del bene venduto).

Con la formula della conformità del bene al contratto si vuole intendere che il prodotto acquistato è tale ove sia in linea con le clausole del regolamento negoziale adottato dalle parti, e in mancanza di pattuizioni sul punto, il secondo ed il terzo comma dell'art. 129 cod. cons. introducono una serie di criteri per determinare in concreto il contenuto dell'obbligazione gravante sul professionista. Quelle previste dalla norma sono vere e proprie regole di

[8] All'interno dell'ampia letteratura dedicata alla vendita dei beni di consumo cfr. F. Addis (a cura di), *Aspetti della vendita dei beni di consumo*, Milano, 2003; C.M. Bianca (commentario a cura di), *La vendita dei beni di consumo*, Padova, 2006, p. 318 ss.; M. Bin - A. luminoso, *Le garanzie nella vendita dei beni di consumo*, in *Trattato diritto commerciale e diritto pubblico economia* diretto da Galgano, XXXI, Padova, 2003; F. Bocchini, *La vendita di cose mobili. Artt. 1510-1536*, in *Il codice civile. Commentario* fondato da Schlesinger, 2ª ed., Milano, 2004; S. Cherti, *Le garanzie convenzionali nella vendita*, Padova, 2004; E. Corso, *Vendita dei beni di consumo*, in *Commentario del codice civile* Scialoja-Branca, *sub* art. 1519 *bis*-1519 *nonies*, Bologna-Roma, 2005; G. De Cristofaro, *Vendita di beni di consumo*, in *Enc. giur.* Treccani, XXXII, Roma, 2003, p. 1 ss.; L. Garofalo,V. Mannino, E. Moscati, P.M. Vecchi, *Commentario alla disciplina della vendita dei beni di consumo*, Padova, 2003; S. Patti (a cura di), *Commentario sulla vendita dei beni di consumo*, Milano, 2004; A. Zaccaria, G. De Cristofaro, *La vendita dei beni di consumo*, Padova, 2002; F. Addis, *Spunti esegetici sugli aspetti dei contratti di vendita di beni regolati nella nuova direttiva (UE) 2019/771*, in *Nuovo dir. civ.*, 2020, 5 ss.; G. De Cristofaro, *Verso la riforma della disciplina delle vendite mobiliari B-TO-C: l'attuazione della dir. UE 2019/771*, in *Riv. dir. civ.*, 2021 205 ss.

[9] Come si avrà modo di osservare, la nozione di difetto di conformità del bene al contratto inserisce chiaramente l'*informazione pubblicitaria* tra gli elementi su cui basare un giudizio di responsabilità contrattuale dell'alienante.

integrazione del contratto destinate a trovare applicazione ove ne ricorrano i presupposti e, al contempo, risultino compatibili con le specificità del caso concreto[10]. Non sfugge, ed è la parte più pertinente nell'economia del discorso, come tra i diversi criteri di integrazione contenuti nella norma un posto di primo piano è occupato dall'*informazione pubblicitaria*: in maniera esplicita la conformità del bene al contratto deve essere valutata alla stregua delle «dichiarazioni pubbliche fatte dal o per conto del venditore, o da altre persone nell'ambito dei precedenti passaggi della catena di transazioni commerciali, compreso il produttore, in particolare nella pubblicità o nell'etichetta». Diversamente dall'impianto codicistico, il programma negoziale ricomprende così tutte quelle dichiarazioni che, pur provenienti da soggetti terzi, suscitano nell'acquirente una serie di ragionevoli aspettative che sono di stimolo all'acquisto del bene. L'unica possibilità per il venditore di sottrarsi dalla responsabilità di quanto (da terzi) pubblicizzato è contenuta nel primo comma dell'art. 130 cod. cons.: il professionista, in via alternativa, potrà fornire la prova che non era a conoscenza o non poteva ragionevolmente essere stato a conoscenza delle dichiarazioni pubbliche, ovvero che queste ultime sono state adeguatamente corrette entro il momento della conclusione del contratto, oppure, in ultima analisi, dovrà provare che la decisione di acquistare quel determinato prodotto non è stata influenzata dalla pubblicità. L'*informazione pubblicitaria* arricchisce il contenuto dell'accordo tra professionista e consumatore al pari di quanto eventualmente pattuito; non v'è bisogno che quanto pubblicizzato sia espressamente richiamato, ma per il solo fatto di contenere riferimenti al bene oggetto del contratto (alle sue qualità e caratteristiche) entra a far parte del contenuto negoziale imponendosi, nell'ottica di una maggior tutela per il contraente debole.

Se è vero che l'*informazione pubblicitaria* acquista una posizione di primo piano nella determinazione del contenuto dell'impegno gravante sul professionista in tutte le ipotesi in cui un bene di consumo (anche se da fabbricare o produrre) giunge nella disponibilità effettiva di un consumatore, vero è anche che è nei casi in cui all'acquirente viene offerta una garanzia commerciale che se ne apprezzano in maniera ancor più forte gli effetti sul singolo negozio. Come si avrà modo di osservare, se il contratto di vendita è arricchito dalla predisposizione di una garanzia ulteriore, il peso dell'*informazione pubblicitaria* aumenta considerevolmente, posto che spesso e volentieri contenuto della garanzia commerciale e contenuto

[10] Cfr. S. Patti, in *Commentario sulla vendita* a cura di Patti, cit., 73 s.; P.M. Vecchi, in *Commentario alla disciplina* a cura di Garofalo Mannino Moscati Vecchi, cit., 176 ss.; G. De Cristofaro, *Vendita*, cit., 6.

del messaggio pubblicitario si sovrappongono. La garanzia commerciale coincide con quanto pubblicizzato e, quanto pubblicizzato è in larga parte rappresentato da quanto offerto come garanzia ulteriore.

3. *L'esempio paradigmatico delle garanzie commerciali nelle contrattazioni* Business to Consumer

Gli interpreti sanno bene che con l'avvento delle codificazioni moderne quando in un contratto di vendita si è fatto cenno al concetto di "garanzia" ci si è sempre riferiti a due realtà giuridiche diverse e complementari tra loro: la garanzia legale e la garanzia commerciale[11]. In via di prima approssimazione, con l'espressione garanzie commerciali si possono intendere tutte quelle pattuizioni il cui scopo è quello di incrementare e rafforzare la tutela dell'acquirente, riconoscendo a questo soggetto una serie di strumenti e rimedi aggiuntivi rispetto alle forme di tutela standard riconosciute dal legislatore[12]. Dunque, se da una parte l'espressione "garanzie convenzionali" sembrerebbe potersi riferire a qualsiasi accordo tra venditore e compratore volto a modificare (ovvero a integrare) la disciplina base prevista dalla legge, nella pratica delle contrattazioni è con esclusivo riferimento alla figura dell'acquirente, come soggetto cui si vede pattiziamente riconosciuta una tutela maggiore, che viene adoperata questa espressione.

Le garanzie commerciali rappresentano il risultato, almeno dal punto di vista della ripartizione dei diritti e degli obblighi in capo alle parti, dei cambiamenti intervenuti nella vendita, dal momento in cui al venditore e al compratore astrattamente considerati si sono sostituiti (la forza e il modo

[11] Frequente l'uso nella pratica dell'espressione plurale di garanzie convenzionali o garanzie commerciali o garanzie di fabbrica per richiamare questa seconda tipologia.

[12] Così, nel sistema della vendita che si ritrova nel codice del '42, il richiamo è alle norme sulla garanzia per i vizi e per la mancanza di qualità della cosa, così come delineato dagli artt. 1490 e 1497 cod. civ., cui vanno ad affiancarsi i rimedi della riduzione del prezzo e della risoluzione del contratto esperibili dall'acquirente insoddisfatto; mentre, per quanto riguarda una prima forma di garanzia commerciale, il riferimento è all'art. 1512 cod. civ. e alla garanzia di buon funzionamento ivi disciplinata (sul modo di strutturarsi delle garanzie edilizie v. per tutti C.M. Bianca, *La vendita e la permuta*, in *Trattato di diritto civile italiano* diretto da Vassalli, 2ª ed., Torino, 1993, 305 ss. e 698 ss.; P. Greco e G. Cottino, *Della vendita*, in *Commentario del codice civile* a cura di Scialoja e Branca, *Delle Obbligazioni*, Art. 1470-1547, 2ª ed., Bologna–Roma, 1981, 228 ss. e 365 ss.; D. Rubino, *La compravendita*, in *Trattato di diritto civile e commerciale*, diretto da Cicu e Messineo, XXIII, 2ª ed., Milano, 1952, 757 ss. e 874 ss.).

di operare) dei diversi soggetti economici presenti in un dato momento storico sul mercato: non è un caso, e il legislatore europeo è ben consapevole del fenomeno, il cambiamento che sta intervenendo in capo agli operatori commerciali di continuare ad impiegare il modello "classico" della vendita, piuttosto che affidarsi ad altre tipologie negoziali che possono portare la controparte (molto spesso il consumatore finale del bene), almeno dal punto di vista pratico, ad ottenere le medesime utilità, specialmente se si prende in considerazione un orizzonte temporale limitato (basti pensare alle pubblicità delle case automobilistiche che, accanto alla tradizionale vendita dell'autovettura, propongono sempre più spesso contratti di "affitto a lungo termine", ovvero di "leasing" a tutta la clientela senza alcuna differenza tra soggetti privati e operatori commerciali). Il professionista deve "vendere", ma l'operazione può porsi in essere mediante schemi anche lontani dal tipo legale a cui il giurista italiano è abituato; ciò che viene in risalto nella legislazione europea, e che traspare chiaramente da queste nuove norme, è l'esigenza di dare un inquadramento giuridico (un *vestimentum*) ad un *quid* che rileva per la sua dimensione economica. Quello che va preservato (e che le norme tutelano) è lo scambio di "cosa contro prezzo" che contraddistingue il mercato[13].

Ecco perché in questo mutato contesto può dirsi un dato ormai acquisito il fatto che determinate tipologie di scambi si connotino sempre di più per la presenza di servizi, come ad esempio quelli post-vendita, che tendono ad assicurare al compratore il godimento completo del bene, il suo funzionamento ottimale per un dato periodo di tempo[14]. Così, accanto all'installazione o al montaggio, assumono rilevanza la possibilità di riparare o sostituire il bene o le parti di esso che dovessero risultare via via difettose, così come servizi di manutenzione o monitoraggio periodici[15]. Non si può non riconoscere il fatto che all'interno del negozio vi sia un'equiparazione tra il bene oggetto dello scambio e tutti i servizi

[13] Come ancora di recente ricordato, scopo del legislatore comunitario è quello di offrire «una disciplina generale delle garanzie relative a tutti i contratti a prestazioni corrispettive traslativi di un bene di consumo o che ne possono determinare il trasferimento», così F. Addis, *Spunti esegetici*, cit., 12.

[14] V. la ricognizione che del fenomeno veniva offerta nel *Libro verde sulle garanzie dei beni di consumo e dei servizi post-vendita*, COM (93) 509 def., del 15 novembre 1993, 14, dove si afferma ad es. che «le imprese se moderne non vendono più semplicemente i loro prodotti: vendono prodotti e servizi ad essi correlati» (v. altre importanti osservazioni in, *op. ult. cit.*, 45 ss. e 84 ss.).

[15] Il programma negoziale, oltre a ricomprendere la descrizione della cosa con tutte le sue caratteristiche, individua anche una serie di utilizzazioni e di modalità di fruizione ottenibili dall'acquirente a cui il venditore si obbliga mediante pattuizioni ulteriori.

accessori che ne assicurano il godimento, di modo che l'operazione, almeno sotto il profilo della giustificazione causale, non può che essere racchiusa all'interno di una cornice unitaria[16]: l'acquirente è interessato al bene nella misura in cui può fare affidamento sui servizi che gli vengono assicurati in caso di malfunzionamento; creandosi una reciproca interdipendenza tra il prodotto che si intende acquistare e la tipologia di servizi che possono venire richiesti[17]. Anche le categorie tradizionali dei vizi o della mancanza di qualità promesse o essenziali (tanto per rimanere all'interno di un perimetro concettuale ben conosciuto) vengono superate da tutta una serie di pattuizioni riconducibili al produttore o al venditore del bene, spesso veicolate per il tramite dell'*informazione pubblicitaria*.

La vendita è così conclusa in vista del risultato unitario atteso dal compratore che si riterrà soddisfatto solo laddove vi sia la completa attuazione dell'insieme delle prestazioni dovute; e, d'altro canto, lo stesso venditore, stante il tenore delle pattuizioni contrattuali, è a ciò obbligato. In punto di diritto questo tipo di prestazioni accessorie, in cui possono essere fatte rientrare anche le garanzie convenzionali, ampliano e arricchiscono il contenuto del programma negoziale: attraverso il contratto si mira al raggiungimento di un determinato risultato cui partecipano in maniera paritaria tanto il prodotto isolatamente considerato, quanto la serie di servizi che, insieme a questo, vengono di volta in volta offerti all'acquirente[18].

L'importanza delle garanzie commerciali all'interno del programma negoziale è così amplificata dalla prassi posta in essere dalle imprese produttrici di pubblicizzare sia il singolo prodotto offerto sia, soprattutto, il contenuto specifico delle garanzie (come ad esempio i cinque anni o 150.000

[16] V. G. De Cristofaro, *Verso la riforma della disciplina*, cit., 207 ss.; S. Cherti, *Le garanzie*, cit., 9 s.; F. Bocchini, *La vendita*, cit., 17.

[17] La rilevanza sempre maggiore assunta da queste forme di garanzia è indice di uno sviluppo del sistema che, partendo dal modello originario dello scambio lo ricontestualizza nella realtà economica e sociale in cui opera; proprio il tema delle garanzie convenzionali dimostra come oggi non sia possibile mantenere rigidamente separati i fenomeni giuridici dal mondo della produzione e della distribuzione commerciale.

[18] Questa ricostruzione della fattispecie, oltre ad avere ricadute sull'interpretazione del negozio che, come osservato, non potrà che essere unitaria, rileva anche in materia di inadempimento del venditore, dovendosi effettivamente valutare se questo tipo di prestazioni accessorie sia veramente tale, ovvero vada considerato principale, come avviene per le vicende che riguardano il trasferimento della proprietà del bene. Ai sensi dell'art. 1455 cod. civ. dovrà, dunque, valutarsi se la mancata o inesatta esecuzione della prestazione aggiuntiva abbia «scarsa importanza avuto riguardo all'interesse» dell'altra parte, dovendosi propendere per un giudizio positivo tutte quelle volte in cui l'interesse dell'acquirente non possa essere circoscritto al semplice trasferimento della proprietà del bene.

chilometri reclamizzati dalla maggior parte delle case automobilistiche); in questo modo, il vero scontro sul mercato tra le imprese non riguarda solamente i beni, ma si sposta sulle differenti tipologie e sulla qualità delle garanzie e dei servizi che vengono offerti accanto ad essi. In questo quadro, i diversi livelli di prezzo, oltre a incorporare il costo della *res*, sono espressione di tutte le combinazioni che possono venire scelte dall'acquirente, e le garanzie si comportano esse stesse come un bene, al pari degli altri accessori offerti per quel determinato prodotto[19]. Non sfugge allora come è il produttore del bene ad assumere nella grande maggioranza dei casi il ruolo di "garante"; se è vero che le garanzie offerte arricchiscono il contenuto dell'offerta contrattuale, vero è anche che, di fatto, si impongono ai contraenti. Se da una parte il venditore non può alienare il bene privo della garanzia prestata dal produttore, ma può, al massimo, offrirne una propria[20], dall'altra il compratore che pure volesse procedere all'acquisto non può scegliere di subordinare lo stesso all'eliminazione di questa particolare garanzia da parte del venditore. Così come voluto dal produttore, quest'ultima accompagna il prodotto (concretamente, è facile verificare come assai di frequente la garanzia sia materialmente inserita già all'interno della confezione[21]) e, d'altro canto, il bene non può essere commercializzato privo della sua garanzia.

In questo quadro la dottrina, al fine di chiarire il *modus operandi* di questo tipo di garanzie e, soprattutto, la responsabilità del produttore, ha fatto ricorso alla figura della *warranty runs with goods* (garanzia che "corre" con i beni)[22] utilizzata dalla dottrina inglese per evidenziare il fatto che la garanzia «finisce con lo staccarsi dal rapporto contrattuale per collegarsi

[19] Sempre per rimanere all'interno del mercato delle automobili non è infrequente, per quanto riguarda le diverse formule di garanzia offerte, imbattersi nei c.d. "pacchetti" (garanzie differenti si ritrovano nel pacchetto "sound" o nel pacchetto di "assistenza alla guida"); ciò che rileva è il fatto che le diverse garanzie commerciali offerte vengono presentate come dei veri e propri beni opzionali (beni, quasi fossero dotati di una qualche fisicità, e non semplici pattuizioni all'interno del contratto).

[20] Se si esamina il fenomeno dal punto di vista pratico si nota come il venditore (o l'importare del bene all'interno dello Stato) posso sì offrire una garanzia autonoma (o integrare i servizi post vendita in favore del consumatore), ma quest'ultima non può mettersi in contrasto (non ci possono essere situazioni di conflitto) con quanto offerto a livello generalizzato (e globale) dal produttore.

[21] Spesso, la garanzia si sostanzia in un documento, il c.d. certificato di garanzia, annesso al bene.

[22] Su cui v. più ampi riferimenti in C. Twigg-Flesner, *Consumer Product Guarantees*, Aldershot, 2003, 29 ss.; S. Cherti, *Le garanzie*, cit., 19 ss.

direttamente al prodotto»[23]. Da tutto questo sembrerebbe derivare, come diretto corollario, che chiunque sia in possesso del bene e della garanzia può chiederne direttamente l'applicazione a colui che risulta essere il garante, a prescindere dalle vicende relative al contratto (di vendita) e ad eventuali pattuizioni intercorse tra il compratore e il venditore. La garanzia legittima l'utilizzatore ad esigere le prestazioni ivi promesse, anche se quest'ultimo non è l'acquirente effettivo del bene; gli effetti del contratto si ampliano non potendo restare confinati ai meri rapporti tra il professionista alienante e il consumatore acquirente.

4. *Il ruolo delle garanzie commerciali nella vendita: un breve approccio di* Law and Economics

Come appena rilevato, il ruolo e la funzione oggi assunti dalle garanzie commerciali rappresentano gli elementi (forse) più significativi all'interno dello schema della vendita così come ci è stato consegnato dal codificatore del '42. Nessuno può dubitare del fatto che proprio la parte relativa alle garanzie commerciali è fatta oggetto di particolare attenzione da parte del consumatore nella fase che porta alla conclusione del contratto; le probabilità di acquistare quel bene risulteranno tanto maggiori quanto migliori saranno le garanzie offerte. Queste ultime costituiscono, almeno dal punto di vista economico, una sorta di copertura assicurativa che l'impresa offre al consumatore, nel caso in cui si dovesse verificare un cattivo funzionamento del bene stesso a partire da un determinato momento (normalmente la consegna, o meglio la disponibilità effettiva del bene da parte dell'acquirente-consumatore[24]) e per un determinato periodo di tempo

[23] Così F.M. di Majo, *Distribuzione selettiva: è valida la garanzia del produttore limitata ai soli prodotti acquistati presso distributori organizzati?*, nota a Corte di Giustizia Comunità Europee 13 gennaio 1994, causa C 376/92, in *Giur. it.*, 1995, I, 12. Questo principio di origine giurisprudenziale, già analizzato dalla dottrina (v. C. Castronovo, *Problema e sistema nel danno da prodotti*, Milano, 1979, 377 ss.), è volto ad accentuare il fatto che si possa instaurare un rapporto diretto tra l'ultimo acquirente e il produttore del bene: la garanzia scivola, dunque, lungo tutti gli anelli della catena di distribuzione, dal fornitore estero al grossista, sino ad arrivare al dettagliante.

[24] È ormai una regola acquisita (stante l'intervento del legislatore comunitario) quella che impone che per consegna si debba intendere come l'effettiva disponibilità materiale del bene da parte dell'acquirente; infatti, non sfugge come proprio la consegna nella tipologia delle vendite al consumatore costituisce dal punto di vista funzionale il momento più indicato cui ancorare il passaggio del rischio tra le parti e, dal punto di vista normativo,

(sei mesi, un anno, ecc.), ovvero un determinato elemento che sia misurabile e che abbia una stretta attinenza con il funzionamento del bene (ad es. la copertura per 100.000 o 150.000 km offerta dalle case automobilistiche, ovvero un numero di utilizzazioni minime garantite)[25].

Gli studiosi che con maggior attenzione hanno indagato il fenomeno dell'offerta di garanzie convenzionali nei contratti dei consumatori con un approccio di *Law and Economics* hanno evidenziato come la presenza di queste ultime costituisca indizio sicuro di un fallimento del mercato (c.d. *market failure*)[26]. Infatti, se i consumatori (potenziali acquirenti) fossero adeguatamente informati sulle caratteristiche complessive del bene che intendono acquistare, le garanzie convenzionali non troverebbero posto all'interno dei contratti di vendita, sarebbero dunque superflue, perché non si avvertirebbe l'esigenza di garantire la qualità di un bene (l'utilità e la convenienza di un contratto inteso come operazione economica) che in realtà il consumatore conosce (o sarebbe in grado di conoscere) perfettamente. In altre parole, la *willingness to pay* dell'acquirente per il contratto non sarebbe altro che la manifestazione oggettiva della qualità della *res vendita* stessa, dipendendo, la prima, esclusivamente da questa: al modificarsi della qualità del bene, varierebbe di conseguenza la *willingness*

rappresenta, anche ai fini della creazione di un mercato comune, il momento in cui, a prescindere dalle diverse regole sul passaggio della proprietà esistenti nei vari ordinamenti nazionali, l'acquirente può effettivamente controllare la rispondenza del bene acquistato alle previsioni contrattuali (su tutto questo si v. S. Cherti, *La disciplina della consegna nelle vendite ai consumatori*, in *Giur. it.*, 2014, 2625 ss.).

[25] V. in particolare A. Renda, *Prime annotazioni in merito alla imminente direttiva sulle garanzie contrattuali: una occasione mancata?*, in *Diritto dei consumi. Consumer Law*, 1997, 588 ss.; C. Twigg–Flesner, *Consumer Product Guarantees*, cit., 29 s.; W. Boulding, A. Kirmani, *A Consumer–Side Experimental Examination of Signaling Theory: Do Consumers Perceive Warranties as Signals of Quality?*, in *20 J. Consum. Res.*, 1993, 112 ss.; *Libro verde sulle garanzie dei beni di consumo*, cit., 13 ss. Le garanzie commerciali costituiscono dichiarazioni di qualità del bene: è del tutto evidente la crescita della propensione ad acquistare un bene da parte di un consumatore laddove la garanzia prestata copra una parte considerevole (ovvero tutto) il periodo di vita teorico del prodotto; e così chi trovandosi nella condizione di dover acquistare un passeggino, si trova una garanzia di tre o cinque anni è sicuro che durante tutto il periodo in cui il bene verrà presumibilmente utilizzato sarà al riparo da eventuali difetti o inconvenienti che dovessero presentarsi, potendo anche contare sul fatto che, nell'ipotesi di durata maggiore, potrà usufruire della garanzia anche il successivo acquirente e, dunque, sarà anche più facile rivendere il passeggino stesso una volta usato.

[26] Oltre agli autori citati nella nota precedente v., per una riflessione più generale, R.A. Posner, *Economic Analysis of Law*[5], New York, 1998, 125 e 198 s.; R. Cooter, U. Mattei, P.G. Monateri, R. Pardolesi, T. Ulen, *Il mercato delle regole. Analisi economica del diritto civile*, Bologna, 1999, 310 ss.; R. Cooter and T. Ulen, *Law and Economics*[3], Boston, 2000, 226 ss. e 275 ss.

to pay del potenziale acquirente, che ovviamente sarebbe tanto maggiore, quanto migliori fossero le qualità e le caratteristiche tecniche del prodotto commercializzato.

In quest'ottica, le garanzie commerciali rappresentano l'indice più immediato dell'imperfetta informazione dei consumatori nel mercato e, avendo ad oggetto la parte del contratto che fa immediato riferimento alle qualità del bene, costituiscono un importante fattore di decisione nell'acquisto, anche a causa della carenza di informazioni sufficienti e adeguate che consentirebbero di prescinderne[27].

Cambiando completamente prospettiva e valutando il fenomeno dal punto di vista del soggetto professionista, può ritenersi che l'avversione al rischio dell'impresa è principalmente compensata dalla quantità dei contratti stipulati, e dunque dei beni venduti, e dalla qualità dell'informazione posseduta che consente all'impresa di valutare i costi della predisposizione di una garanzia commerciale nel singolo contratto e di trasformare questa sorta di "assicurazione aggiuntiva" offerta all'acquirente del bene in uno strumento per trarre ulteriore profitto[28]. Di converso, anche il consumatore, conscio della posizione di debolezza in cui si trova nei confronti del professionista, situazione questa difficilmente superabile dal punto di vista pratico, non potrà che accettare (cercando di scegliere) la migliore garanzia offerta, e cercando di trarre da questa situazione le maggiori utilità possibili.

Inoltre, non si può non considerare il ruolo di *signalling* che le garanzie convenzionali svolgono all'interno dei contratti riguardanti i consumatori[29].

[27] A. Renda, *op. loc. ult. cit.*; C. Twigg–Flesner, *op. ult. cit.*, 55 ss. Il consumatore, in quanto soggetto *risk–averse*, tenderà a evitare la sopportazione di costi transattivi e informativi particolarmente gravosi. L'avversione al rischio aumenterà, poi, ogni qual volta siano presenti elementi di incertezza riguardo all'esito di una determinata operazione ovvero nell'ipotesi in cui si dovesse verificare un determinato evento negativo per il consumatore. Nell'acquisto dei beni di consumo l'evento negativo è in massima parte costituito dalla probabilità di un cattivo funzionamento del bene e il consumatore non è certamente in grado di prevedere razionalmente e acquisire le informazioni necessarie per fronteggiare una simile eventualità.

[28] L'impresa, specialmente nell'ipotesi più frequente di garanzie convenzionali offerte dal produttore, è a conoscenza della durata del bene e dei suoi singoli componenti già in una fase antecedente a quella della messa in commercio del prodotto, come pure è in grado di valutare e di fare previsioni sull'incidenza di queste eventualità negative sul ritorno economico e di immagine che si aspetta di ottenere. È anche per questo che, analizzato dal punto di vista dell'impresa, il fenomeno delle garanzie convenzionali si presta a essere inquadrato tra gli strumenti idonei a creare ulteriore profitto.

[29] In particolare bisogna segnalare l'opera di W. Emons, *The Theory of Warranty Contracts*, in *Journal of Economic Surveys*, 1989, 43 ss.; v. inoltre H.-B. Schäfer, C. Ott, *op. cit.*, 442 ss.; A. Schwartz and L.L. Wilde, *Imperfect Information in Market for Contract Terms: the*

Questo vuol dire che le imprese veicolano, servendosi delle garanzie convenzionali, un messaggio di fiducia nel pubblico dei potenziali acquirenti, garantendo che nei casi di un eventuale cattivo funzionamento del bene le conseguenze negative dovranno ricadere direttamente su di loro[30].

Sembra potersi agevolmente affermare che le differenze esistenti tra i diversi operatori economici presenti sul mercato e le difformità qualitative esistenti tra i beni che queste imprese offrono non potranno che diversificare l'offerta delle rispettive garanzie convenzionali, nel senso che le imprese produttrici di beni con un basso livello qualitativo non saranno in grado di offrire, a parità di condizioni, garanzie convenzionali di durata prolungata, a meno di non veder compromesso il corrispondente equilibrio economico: «*the assumption is that the more generous the guarantee, the better the quality of the product*»[31].

Dunque, il consumatore, a parità di prezzo, sarà portato a scegliere il prodotto accompagnato dalla garanzia commerciale più ampia: emerge in tutta la sua centralità il ruolo di queste garanzie nell'economia del contratto e, parimenti, è palese la distanza (e il cambio di prospettiva) tra il modello tradizionale e ottocentesco di vendita e quello fatto proprio dal legislatore comunitario nelle due direttive (la Dir. 1999/44/CE prima, e la Dir. 2019/771/UE poi).

5. *La nozione di garanzia commerciale nella nuova direttiva 2019/771/UE*

Una definizione di cosa debba intendersi per garanzia commerciale nel contratto di vendita di beni di consumo è contenuta nel novellato secondo comma dell'art. 128 lett. *n*) cod. cons. che, sulla scia di quanto già previsto nell'art. 2, n. 12, della Dir. 2019/771/UE[32], individua un

Example of Warranties and Security Interests, in *69 Va. L. Rev.*, 1983, 1396 ss.; W. Boulding, A. Kirmani, *op. ult. cit.*, 115 ss.

[30] A queste conclusioni erano giunti, benché con impostazioni in parte diverse, G.L. Priest, *A theory of the Consumer Product Warranty*, in *90 Yale L. J.*, 1981, 1297 ss. e 1351 s.; W.C. Whitford, *Comment on a Theory of the Consumer Product Warranty*, in *91 Yale L. J.*, 1982, 1371 ss.; e su cui v. la risposta polemica del primo autore G.L. Priest, *The Best Evidence of the Effect of Products Liability Law on the Accident Rate: Reply*, *ivi*, 1386 ss.

[31] Così C. Twigg–Flesner, *op. ult. cit.*, 54.

[32] Nell'art 2 n. 12) della dir. dedicato alle *definizioni* il legislatore comunitario ha previsto che per «garanzia» debba intendersi «qualsiasi impegno del venditore o del produttore («garante»), assunto nei confronti del consumatore, in aggiunta agli obblighi di legge del venditore in merito alla garanzia di conformità, di rimborsare il prezzo pagato, sostituire,

insieme inderogabile di elementi cui il professionista deve uniformarsi nella predisposizione di una *garanzia convenzionale*. In questo quadro, la garanzia convenzionale si presenta come strumento o rimedio supplementare offerto all'acquirente da parte del produttore, del venditore o di altro soggetto facente parte della catena di distribuzione del prodotto e che, avendola offerta, acquista la qualifica di *garante*; così il produttore o il venditore, nel momento in cui decidono di predisporre una garanzia ulteriore, acquistano *ope legis* l'ulteriore qualifica di garanti[33]). Integrando le previsioni legali (specialmente per quanto attiene all'apparato rimediale) di cui al nuovo art. 135-*bis* cod. cons., e che costituiscono una base normativa incomprimibile e inderogabile a favore dell'acquirente di beni di consumo, la garanzia convenzionale è volta a rafforzare la tutela del consumatore[34].

Questo carattere suppletivo è inoltre valorizzato da un vero e proprio *duty to disclose* in capo al soggetto che offre la garanzia, considerato che tra le informazioni che devono essere ricomprese nella dichiarazione di garanzia (come disposto dal secondo comma dell'art. 135-*quinquies* cod. cons.) vi è anche quella di rendere edotta la parte di disporre «per legge, a titolo gratuito, di rimedi per i difetti di conformità nei confronti del venditore e che tali rimedi non sono pregiudicati dalla garanzia convenzionale»[35].

Una corretta informazione e una tutela effettiva del contraente debole si attuano proprio evitando sovrapposizioni e commistioni tra disciplina legale e disciplina convenzionale della garanzia; imponendo, pertanto, che all'interno della garanzia eventualmente prestata si trovino espressamente richiamati i diritti normalmente spettanti a qualsiasi acquirente (l'inderogabilità dei diritti è il miglior indice della tutela generalizzata riconosciuta indistintamente a tutti i consumatori[36]).

riparare, o intervenire altrimenti sul bene, qualora esso non corrisponda alle caratteristiche, o a qualsiasi altro requisito non relativo alla conformità, enunciati nella dichiarazione di garanzia o nella relativa pubblicità disponibile al momento o prima della conclusione del contratto».

[33] Le ricadute sul piano operativo sono importanti, posto che ad esempio nel caso di garanzia offerta dal venditore, il consumatore insoddisfatto che dovesse citare in giudizio la controparte non dovrà confondere i diritti (e la posizione) del venditore in quanto soggetto che aliena il bene, dai diritti e dalla posizione del medesimo soggetto in quanto garante.

[34] Cfr. G. De Cristofaro, *Difetto di conformità al contratto*, cit., 12 s.; Id., *Verso la riforma della disciplina*, cit., 211 ss.; S. Cherti, *Le garanzie*, cit., 119 s.; E. Corso, *Vendita dei beni*, cit., 165 s.

[35] V. secondo comma dell'art. 135-*quinquies* cod. cons.

[36] Garanzia pattizia contrapposta alla garanzia legale che include «*any legal safeguard for the consumer in relation to defects in purchased goods where such safeguard arises directly from law as a collateral effect of the contract of sale*», così M. Tenreiro, *Guarantees and after-sale*

Vi sono poi da analizzare gli elementi essenziali che devono essere inclusi nella *dichiarazione di garanzia* o che possono comunque rinvenirsi all'interno della *relativa pubblicità*: per quanto riguarda le informazioni contenute negli opuscoli pubblicitari *et similia*, non sfugge il ruolo centrale assunto da questi ultimi nella scelta del bene da acquistare e nell'ingenerare particolari aspettative nel potenziale acquirente anche in una fase di molto anteriore alla conclusione effettiva del contratto. Come pure è evidente che spesso informazioni relative alla garanzia convenzionale sono "mescolate" col bene che si intende acquistare magari perché collocate sulla confezione o al suo interno (e il consumatore ne prende contezza solo una volta effettuato l'acquisto e nell'imminenza di iniziare ad utilizzare il prodotto)[37].

Inoltre, per incrementare la tutela del contraente debole la nuova formulazione del primo comma dell'art 135-*quinquies* cod. cons. stabilisce che se le «condizioni stabilite nella dichiarazione di garanzia convenzionale sono meno vantaggiose per il consumatore rispetto alle condizioni stabilite nella relativa pubblicità, la garanzia convenzionale vincola secondo le condizioni stabilite nella pubblicità relativa alla garanzia convenzionale», a meno che le dichiarazioni pubbliche siano state corrette in un momento antecedente alla conclusione del contratto con modalità equivalenti a quelle con cui è stato reso il messaggio pubblicitario oggetto di correzione[38]. Ciò che rileva è che se quanto pubblicizzato, proprio per il modo in cui questo tipo di messaggio è destinato a far breccia nelle intenzioni di acquisto dei consumatori, è migliore o comunque ingenera delle aspettative diverse e ulteriori rispetto a quanto contenuto nella dichiarazione di garanzia, quest'ultima non si applica e prevarrà la pubblicità relativa alla garanzia. Evidente che non sarà facile, in un'eventuale sede contenziosa, stabilire l'effettiva portata del messaggio pubblicitario e darne concretamente prova; i consumatori più accorti potranno ricorrere ad escamotage quali *screenshot* o registrazioni video di quanto reclamizzato sulle pagine social del produttore o sui siti internet che riportano il messaggio più vantaggioso. La sempre crescente predominanza del "mondo on-line" e del "virtuale" fanno

service: brief analysis of the green paper presented by the European commission, in *Consum. L. J.*, 1995, 80.

[37] Un esempio, tra i tanti possibili, di una garanzia convenzionale apposta sull'involucro di un bene di consumo si ritrova sul retro della confezione di una nota marca di penne francesi del valore di pochi euro, dove si legge *«Si vous n'êtes pas satisfait de la qualité de ce produit, veuillez le retourner à … et nous serons heureux de le remplacer gratuitement»*.

[38] V. sul punto V. Mannino, *Note introduttive (sub art. 1519-septies)*, in *Commentario alla disciplina della vendita dei beni di consumo*, cit., 606; G. De Cristofaro, *La nuova disciplina codicistica*, cit., 1183; S. Cherti, *Le garanzie*, cit., 158 ss.

sì che anche i consumatori debbano poter fare uso degli strumenti che la tecnologia offre per aumentare le tutele senza troppe limitazioni.

6. *La responsabilità* ex contractu *del venditore per l'informazione pubblicitaria predisposta dal produttore del bene*

Il richiamo effettuato dal legislatore comunitario all'*informazione pubblicitaria* è fondamentale per accrescere la tutela effettiva del consumatore. I produttori, grazie al peculiare contenuto del messaggio pubblicitario, ingenerano nel consumatore un ragionevole affidamento circa le qualità e il tipo di prestazioni che è generalmente possibile attendersi dal bene. Non ci sono più dubbi sul fatto che la normativa immette all'interno del regolamento contrattuale le informazioni contenute nella pubblicità e direttamente riferibili alle caratteristiche specifiche del bene di consumo, così come tutte le enunciazioni che riguardano più specificamente la dichiarazione di garanzia[39]. Non da oggi, nel mercato è la pubblicità che è divenuta lo strumento di trasmissione delle informazioni, piuttosto che la relazione interpersonale tra le parti prima e durante la conclusione del contratto.

Sembra del tutto evidente la *ratio* di queste disposizioni: dal punto di vista del legislatore si vuole porre l'attenzione sul procedimento di formazione del consenso del contraente debole sotto il duplice profilo della correttezza dell'informazione proveniente dal soggetto professionista e della trasparenza complessiva dell'operazione. In questo quadro, le modalità in cui operano concretamente le garanzie commerciali e il ruolo assunto dall'*informazione pubblicitaria* mostrano le criticità di quelle ricostruzioni troppo formalistiche se valutate in chiave di "diritto europeo" in cui il contratto (e gli effetti che esso produce) sono circoscritti alle parti originarie, di modo che il vincolo che si viene a creare con la predisposizione di una garanzia non può che essere limitato ai rapporti tra il creditore (garante)

[39] Sempre nell'ambito della legislazione di origine comunitaria, importanti indicazioni in questo senso si rinvengono nelle norme relative ai *contratti di multiproprietà, contratti relativi ai prodotti per le vacanze di lungo termine, contratti di rivendita e di scambio* (artt. 69 e ss. cod. cons.); in particolare, ai sensi del quarto comma dell'art. 72 cod. cons. si prevede che le informazioni precontrattuali «costituiscono parte integrante e sostanziale del contratto e non possono essere modificate» (e tra l'informazione che la parte può ricevere prima della conclusione del contratto un ruolo di primo piano è occupato proprio dalla pubblicità).

e il rispettivo debitore (il consumatore garantito che ha effettivamente acquistato il bene).

Non sfugge come il prodotto, una volta acquistato, non esaurisce la propria utilità in rapporto all'utilizzazione esclusiva che il consumatore (e solo questi) ne faccia. L'automobile acquistata è spesso utilizzata da altri soggetti (i familiari del consumatore, ad esempio) e si pone perciò l'esigenza di riconoscere una tutela, la stessa di cui gode l'acquirente effettivo, anche per questi soggetti che, pur non essendo le parti del contratto, non ricadono all'interno della serie di rapporti consequenziali appena analizzati, ma che, tuttavia, entrano in contatto con il bene e la rispettiva garanzia. Sembra necessario constatare come gli effetti favorevoli prodotti dal contratto possano ricadere su altri soggetti e dunque espandersi alle persone che utilizzano il bene alla maniera dell'effettivo compratore[40]. In queste ipotesi e nell'ottica di una tutela effettiva della parte debole, deve ammettersi che i diritti riconosciuti dalla garanzia in capo all'acquirente possano essere efficacemente azionati anche da altri soggetti (possessori o detentori a vario titolo del bene) nei limiti e con le modalità eventualmente imposte dalla dichiarazione di garanzia al compratore originario.

La critica investe la definizione di contratto come accordo giuridicamente vincolante nel momento in cui non si tiene conto del fatto che la vendita di beni di consumo è solo formalmente l'incontro tra la volontà del professionista con quella dell'acquirente–consumatore, posto che anche il produttore del bene (e l'ipotesi delle garanzie convenzionali e il ruolo da queste svolto nell'economia complessiva del negozio lo dimostrano) svolge un ruolo niente affatto marginale nel rapporto. In altri termini, la qualifica di parte nei rapporti di consumo non può che ricomprendere anche il produttore, o colui che si presenta come tale apponendo sul bene di consumo il proprio nome (o altro segno distintivo) e pubblicizzando il prodotto; come pure è parte, vista la responsabilità diretta per le dichiarazioni pubbliche (*rectius* la pubblicità) colui cui queste dichiarazioni sono imputabili, e che hanno spronato il consumatore ad effettuare l'acquisto.

Come osservato in queste pagine, la garanzia commerciale, che senza dubbio arricchisce il contenuto dell'offerta contrattuale, si impone

[40] In questo quadro, sembra opportuno richiamare la formulazione della *section* 2-318 dello *Uniform Commercial Code* dedicata ai «*Third Party Beneficiaries of Warranties Express or Implied*», dove si afferma che la garanzia tacita ovvero espressa si estende (si trasmette) «*to any natural person who is in the family or household of his buyer or who is a guest in his home if it is reasonable to expect that such person may use, consume or be affected by the goods and who is injured in person by breach of the warranty*»; inoltre, è fatto espresso divieto al venditore di limitare o escludere l'applicazione di questa regola.

ai contraenti: così come voluto dal produttore, che difficilmente può essere considerato un soggetto terzo nella vendita di beni di consumo, quest'ultima accompagna il prodotto; ed il bene non può (né potrà mai) essere commercializzato privo della sua garanzia. Allo stesso modo l'*informazione pubblicitaria* non può più essere considerata qualcosa di alieno al contenuto del contratto; ancorché non riprodotta formalmente all'interno dell'articolato (qualora poi un articolato vi sia), non vi sono dubbi per inserire tutto quanto pubblicizzato all'interno del programma negoziale, atteso il ruolo nodale dell'*informazione pubblicitaria* nel processo di formazione e di conclusione del contratto.

Enrico Minervini

Note brevi sull'art. 35 c. cons.

Sommario: 1. Il principio di trasparenza del contratto – 2. La trasparenza quale valore-mezzo – 3. La chiarezza e la comprensibilità della clausola – 4. La sanzione per l'inosservanza dell'obbligo di trasparenza – 5. L'interpretazione contro l'autore della clausola – 6. L'interpretazione contro l'autore della clausola, l'azione inibitoria, la tutela amministrativa.

1. *Il principio di trasparenza del contratto*

L'art. 35 c. cons. riproduce letteralmente l'art. 1469-*quater* c.c., che ha dato pedissequa attuazione all'art. 5 della direttiva 1993/13/CEE. Peraltro, mentre i commi 1 e 2 dell'art. 1469-*quater* c.c. sono stati introdotti nell'ordinamento italiano ad opera dell'art. 25 della legge 6 febbraio 1996, n. 52 (legge comunitaria per il 1994), il comma 3 è stato inserito ad opera dell'art. 25 della legge 21 dicembre 1999, n. 526 (legge comunitaria per il 1999)[1].

Il comma 1, che ha generato un viluppo di problemi ermeneutici[2], codifica espressamente il principio di trasparenza del contratto del consumatore, che peraltro si articola in una pluralità di specifiche nozioni e regole[3]. Emerge allora evidente l'erroneità della rubrica dell'art. 35 c. cons. (forma e interpretazione), dato che il legislatore non pone un requisito di forma (*ad substantiam* o *ad probationem*), ma impone un obbligo di trasparenza a carico del professionista[4]. Non manca peraltro in dottrina chi preferisce parlare di forma *ad transparentiam*[5].

[1] Su quest'ultima legge, e sulla procedura di infrazione n. 98/2026 che la precedette, v. E. Minervini, *La tutela collettiva dei consumatori in materia contrattuale*, in E. Gabrielli ed E. Minervini (a cura di), *I contratti dei consumatori*, *, Torino, 2005, p. 432 ss.

[2] Così, S. Pagliantini, *Trasparenza contrattuale*, in *Enc. dir., Ann.*, V, Milano, 2012, p. 1296.

[3] A. Barenghi, *Diritto dei consumatori*, 2ª edizione, Milano, 2018, p. 180 ss.

[4] Notazione diffusa: vedi ad esempio F. Di Giovanni, *La regola di trasparenza*, in E. Gabrielli ed E. Minervini (a cura di), *I contratti dei consumatori*, *, cit., p. 347.

[5] M. Pennasilico, *Metodo e valori nell'interpretazione dei contratti*, Napoli, 2011, p. 278 ss.

Il termine trasparenza del contratto del consumatore è un modo riassuntivo per esprimere il concetto di informazione completa ed adeguata, e deve intendersi come chiarezza e comprensibilità del testo contrattuale: la trasparenza consiste nel dovere per il professionista di far conoscere al consumatore le condizioni contrattuali, (anche) prima della stipula del contratto stesso.

Secondo una diffusa opinione, informazione e trasparenza si identificano, o al più sono due facce della stessa medaglia, in quanto la trasparenza è nient'altro che una modalità informativa[6]. In realtà, informazione e trasparenza vanno distinte da più angoli visuali. Gli obblighi di informazione sono bilaterali o reciproci: entrambe le parti debbono comportarsi secondo correttezza, e quindi ciascuna parte se ha informazioni rilevanti deve comunicarle alla controparte. Invece, gli obblighi di trasparenza sono unilaterali, e gravano soltanto su di un contraente, il predisponente, a tutela della controparte, l'aderente quale contraente debole: il che non stupisce, ove si pensi che la trasparenza è per definizione finalizzata ad ovviare a situazioni di asimmetria informativa. Gli obblighi di informazione hanno ad oggetto le circostanze di rilievo che attengono all'affare, anche e soprattutto esterne al contenuto del contratto. Gli obblighi di trasparenza hanno ad oggetto solamente le clausole del contratto. Gli obblighi di informazione prescindono dalla tecnica di conclusione del contratto, nel senso che essi sussistono comunque il contratto venga a perfezionarsi. Gli obblighi di trasparenza occupano soltanto l'area delle condizioni generali di contratto e del contratto predisposto per una singola operazione, e cioè del contratto unilateralmente predisposto. Pertanto, se il contratto è oggetto di trattative non vi è spazio per l'operare degli obblighi di trasparenza; se il contratto è unilateralmente predisposto vi è invece spazio per la coesistenza degli obblighi di trasparenza e degli obblighi di informazione[7]. Non a caso l'art. 2, comma 2, c. cons. distingue l'obbligo di informazione dall'obbligo di trasparenza, separandoli anche topograficamente, e collocandoli l'uno sotto la lett. *c*), e l'altro sotto la lett. *e*)[8].

Di obblighi di trasparenza può parlarsi tanto nella fase antecedente alla stipulazione del contratto, e cioè nella pubblicità e nelle trattative, quanto nel contratto stesso, inteso come veicolo di informazioni (e nell'ipotesi di contratto unilateralmente predisposto la fisiologica mancanza delle trattative

[6] Per tutti, F. Greco, *Profili del contratto del consumatore*, Napoli, 2005, p. 91 s.

[7] Ampiamente, E. Minervini, *La trasparenza contrattuale*, in *Contr.*, 2011, p. 977 ss.

[8] S. Benucci, *Art. 2*, in G. Vettori (a cura di), *Codice del consumo, Commentario*, Padova, 2007, p. 32 ss.; S. Meucci, *L'accertamento della vessatorietà delle clausole nei contratti del consumatore*, in G. Vettori (a cura di), *Contratto e responsabilità*, Padova, 2013, p. 488.

comporta la necessità di dislocare diversamente gli obblighi di informazione, che vengono sospinti nella zona della pubblicità o collocati nel contratto), quanto infine nella fase susseguente alla stipulazione del contratto, e cioè durante l'esecuzione del contratto. Il comma 1 si occupa peraltro soltanto degli obblighi di trasparenza nel contratto.

2. *La trasparenza quale valore-mezzo*

Secondo l'opinione prevalente, la trasparenza del contratto del consumatore, per sua natura, non è un valore-fine, ma un valore-mezzo, giacché è volta al perseguimento di scopi ulteriori: la trasparenza del testo contrattuale serve a rendere edotto il consumatore dei costi e dei vantaggi, ma non basta da sola a scongiurare il pericolo della sopraffazione del consumatore quale contraente debole. Tra gli obiettivi ulteriori che la trasparenza è istituzionalmente finalizzata a perseguire vi è il riequilibrio delle posizioni contrattuali.

La trasparenza, consentendo scelte consapevoli del consumatore, agisce sul piano della condotta del professionista, vincolato alle informazioni fornite, ed indotto ad evitare condizioni particolarmente sfavorevoli e gravose per il consumatore, che spingerebbero quest'ultimo a non stipulare il contratto ed a rivolgersi ad altri.

La trasparenza persegue altresì il fine di incentivare la competitività e l'efficienza del mercato, consentendo la possibilità di comparazione da parte del consumatore, e favorendo così il gioco della concorrenza[9]. Naturalmente, la posizione del consumatore è migliore, se il mercato è efficiente e ben funzionante.

In sintesi, la trasparenza, attraverso il riequilibrio del contratto, i vincoli che comporta per le scelte del professionista, e l'effetto di ricaduta in termini di concorrenzialità del mercato, costituisce uno strumento potente per un assetto più corretto ed equilibrato delle relazioni contrattuali[10].

[9] S. Benucci, *Art. 2*, cit., p. 37.

[10] A. Nigro, *La legge sulla trasparenza delle operazioni e dei servizi bancari e finanziari: note introduttive*, in *Dir. banc.*, 1992, I, p. 424.

3. *La chiarezza e la comprensibilità della clausola*

Tutte le clausole, vessatorie oppur no, essenziali o accessorie, aventi contenuto normativo o economico, proposte al consumatore per iscritto o oralmente, debbono essere redatte in modo chiaro e comprensibile[11]. Il comma 1 si applica tanto al contratto standard, quanto al contratto predisposto dal professionista per una singola operazione, ma non alla clausola che sia stata oggetto di trattativa[12].

La chiarezza va riferita ad una redazione con caratteri leggibili, e cioè alla veste grafica: la clausola non deve essere posta in micrografia allo scopo di farla passare inosservata o di farla considerare, sebbene onerosa, di scarsa importanza. Peraltro, se la clausola è assolutamente illeggibile, la stessa non entra a far parte del contenuto del contratto, ed è inefficace nei confronti del consumatore[13]. Invece, la comprensibilità (o intellegibilità) va riferita al contenuto, formulato in modo tale da rendere edotto il consumatore dei propri diritti ed obblighi attraverso la lettura del testo[14].

Tuttavia, più che distinguere la chiarezza dalla comprensibilità, in quanto ciò che è chiaro è anche comprensibile, e viceversa[15], occorre individuare il criterio alla cui stregua esse vanno valutate. La chiarezza e la comprensibilità non possono essere apprezzate alla stregua del linguaggio tecnico, anche se al tecnicismo del linguaggio non si può rinunciare del tutto, specie in taluni settori, caratterizzati dal necessario impiego di contratti di indubbia complessità (si pensi ad esempio ai contratti del mercato finanziario)[16]. Le

[11] Per tutti, F. Di Giovanni, *La regola di trasparenza*, cit., p. 349 ss.; S. Meucci, *Art. 35,* in G. Vettori (a cura di), *Codice del consumo*, *Commentario,* cit., p. 367*;* Eadem*, L'accertamento della vessatorietà*, cit., p. 489 s.

[12] E. Minervini, *Dei contratti del consumatore in generale*, 3ª edizione, Torino, 2014, p. 80; con specifico riguardo ai contratti telematici, M. Scotto Di Carlo, *A proposito della violazione del dovere di trasparenza nella contrattazione telematica tra professionista e consumatore*, in *Foro nap.*, 2019, p. 428 s. *Contra*, M. Messina, *Art. 35*, in P. Stanzione e G. Sciancalepore (a cura di), *Commentario al codice del consumo*, Milano, 2006, p. 279 ss.; A. Fici, *Art. 35*, in E. Navarretta e A. Orestano, *Dei contratti in generale*, Torino, 2011, p. 346 s.

[13] E. Minervini, *Clausola vessatoria illeggibile contenuta in un modulo o formulario*, nota (contraria) a Cass., 12 febbraio 2018, n. 3307, in *Giur. it.*, 2018, p. 788 ss.; G. Liace, *Il contratto bancario: trasparenza e leggibilità*, in *Giur. comm.*, 2021, I, p. 894.

[14] P. Giammaria, *Art. 1469-quater*, in G. Alpa e S. Patti (a cura di), *Clausole vessatorie nei contratti del consumatore*, Milano, 2003, p. 1021 ss.

[15] Così, V. Rizzo, *Trasparenza e contratti del consumatore*, Napoli, 1997, p. 45.

[16] Di «tecnicismo necessario» parla E. Guerinoni, *La trasparenza contrattuale*, in G. Cassano, A. Catricalà e R. Clarizia (a cura di), *Concorrenza, mercato e diritto dei*

formule tecniche assicurano infatti precisione del dettato, ma non sempre sono comprensibili dal consumatore. Appare peraltro eccessivo sostenere che il comma 1 impone al professionista l'uso di un linguaggio didascalico, e cioè di istruire, e magari di consigliare sulla scelta, il consumatore.

In realtà, al fine di verificare la trasparenza di una clausola, occorre aver riguardo ad un consumatore medio, di ordinaria diligenza, peraltro nel contesto di tutte le circostanze del caso concreto, come ad esempio prassi e consuetudini di affari del settore[17].

Dibattuto è se si debba prendere come punto di riferimento sempre e soltanto il consumatore medio, o se invece si possa tener conto delle particolari caratteristiche soggettive del consumatore (ad esempio, consumatore analfabeta, o al contrario particolarmente accorto, sagace ed esperto), ricorrendo magari alla buona fede oggettiva ai sensi dell'art. 1366 c.c.: si tratta di una strada percorribile nel caso di contratto predisposto per una singola operazione con un dato consumatore, ma non in ipotesi di contratto standard[18].

4. *La sanzione per l'inosservanza dell'obbligo di trasparenza*

La sanzione per l'inosservanza dell'obbligo di trasparenza, che incombe sul professionista, è oscura[19].

Una prima sanzione si rinviene sul piano dell'interpretazione del contratto: si tratta della regola dell'interpretazione contro l'autore della clausola, di cui al comma 2.

Interpretando *a contrario* l'art. 34, comma 2, c. cons. è agevole desumere che la mancanza di trasparenza delle clausole attinenti alla determinazione dell'oggetto del contratto ed all'adeguatezza del corrispettivo dei beni e servizi, pur non integrando di per sé un'ipotesi di vessatorietà, non essendo configurabile a fianco di una vessatorietà per significativo squilibrio una

consumatori, Torino, 2018, p. 1590 ss.

[17] E. Poddighe, *I contratti con i consumatori*, *, Milano, 2000, p. 317.

[18] E. Minervini, *Dei contratti del consumatore in generale*, cit., p. 81. Vedi anche R.G. Bianco, *Art. 35*, in E. Capobianco, L. Mezzasoma e G. Perlingieri (a cura di), *Codice del consumo*, 2ª edizione, Napoli, 2018, p. 214; E. Guerinoni, *La trasparenza contrattuale*, cit., p. 1598 ss.; M. Scotto Di Carlo, *A proposito della violazione del dovere di trasparenza*, cit., p. 427.

[19] F. Di Giovanni, *La regola di trasparenza*, cit., p. 309 ss.

vessatorietà per difetto di trasparenza[20], costituisce un elemento rilevante per il giudizio di vessatorietà, in quanto consente che questo verta anche sulla determinazione dell'oggetto del contratto e sull'adeguatezza del corrispettivo dei beni e dei servizi, e quindi su clausole normalmente sottratte alla valutazione degli altri criteri[21]. Assume così immediata rilevanza anche lo squilibrio meramente economico: il legislatore vuole tutelare il consumatore che non si sia accorto, al momento della stipulazione del contratto, delle effettive difficoltà o della reale dimensione della prestazione alla quale egli o il professionista è obbligato, e quindi dell'effettivo onere che la sottoscrizione del contratto comporta[22]. Pertanto, il professionista deve eliminare dai propri contratti ambiguità ed oscurità, se vuole ridurre il margine di discrezionalità del giudice nel valutare la vessatorietà di una clausola. Si tratta di una soluzione di rottura in un ordinamento, quale quello italiano, in cui, come si è detto retro, è diffusa l'opinione secondo la quale vanno distinti trasparenza ed equilibrio tra le posizioni contrattuali: tant'è che si è qualificata la trasparenza come una sorta di clausola generale con efficacia rafforzata, idonea ad incidere direttamente sull'assetto economico del contratto[23].

La mancanza di trasparenza delle altre clausole del contratto, diverse da quelle che attengono alla determinazione dell'oggetto ed all'adeguatezza del corrispettivo, non è disciplinata dall'art. 34, comma 2, c. cons. Fatta salva l'applicazione del principio dell'interpretazione contro l'autore della clausola, nessuna specifica sanzione è prevista negli artt. 33-38 c. cons.[24].

Alla mancanza di trasparenza delle clausole contrattuali può conseguire un'azione risarcitoria ai sensi dell'art. 1337 c.c.: informazioni carenti ed oscure comportano allora problemi di danni, e non di invalidità di clausole[25].

L'inadempimento degli obblighi di trasparenza può, in ipotesi macroscopiche, incidere anche sulla validità del contratto: si pensi alla nullità

[20] F. Di Giovanni, *La regola di trasparenza*, cit., p. 367 s. Diversamente, P. Giammaria, *Art. 1469-quater*, cit., p. 1023 ss.; A. Barenghi, *Art. 35*, in V. Cuffaro (a cura di), *Codice del consumo e norme collegate*, 5ª edizione, Milano, 2019, p. 354, che cita la sentenza della Corte di Giustizia dell'Unione Europea, 28 luglio 2016, in causa C-191/15.

[21] Così, V. Rizzo, *Le «clausole abusive» nell'esperienza tedesca, francese, italiana e nella prospettiva comunitaria*, Napoli, 1994, p. 609.

[22] E. Poddighe, *I contratti con i consumatori* , *, cit., p. 137.

[23] Così, V. Rizzo, *Le «clausole abusive»*, cit., p. 637.

[24] E. Minervini, *Dei contratti del consumatore in generale*, cit., p. 82.

[25] P. Sirena, *I limiti oggettivi del giudizio di abusività*, in E. Gabrielli ed E. Minervini, *I contratti dei consumatori*, *, cit., p. 152. Di responsabilità precontrattuale od anche contrattuale parla A. Barenghi, *I contratti per adesione e le clausole vessatorie*, in N. Lipari (a cura di), *Trattato di diritto privato europeo*, III, Padova, 2003, p. 346.

del contratto per indeterminatezza dell'oggetto[26], ovvero all'annullabilità dello stesso per errore o per dolo.

Secondo un differente orientamento dottrinale, le clausole redatte in violazione del principio di trasparenza sono nulle ai sensi dell'art. 143, comma 1, proposizione seconda, c. cons., in quanto rappresentano pattuizioni in contrasto con le disposizioni del codice del consumo[27].

La giurisprudenza, piuttosto esigua (almeno quella edita)[28], dal canto suo, mostra di ignorare il travagliato dibattito dottrinale sin qui sommariamente illustrato, e preferisce affermare, in modo forse un po' semplicistico, che la clausola che difetta di chiarezza e di comprensibilità, e quindi di trasparenza, è vessatoria[29] ovvero è nulla[30].

L'inosservanza dell'obbligo di trasparenza può essere fatta valere anche in sede di azione inibitoria, secondo la giurisprudenza, ai sensi dell'art. 37[31] c. cons., nonché ai sensi degli artt. 139 e 140 c. cons.[32] (norme peraltro abrogate ad opera dell'art. 5 della legge 12 aprile 2019, n. 31, a decorrere dal 19 maggio 2022, salvo ulteriori «proroghe»)[33].

5. *L'interpretazione contro l'autore della clausola*

Il comma 2 costituisce una ripetizione del canone della interpretazione contro l'autore della clausola, di cui all'art. 1370 c.c. Non si tratta peraltro

[26] P. Sirena, *I limiti oggettivi del giudizio di abusività*, cit., p. 152.

[27] G. De Cristofaro, *Art. 143*, in G. De Cristofaro e A. Zaccaria, (a cura di) *Commentario breve al diritto dei consumatori*, 2ª edizione, Padova, 2013, p. 1067, ove ulteriori citazioni di dottrina.

[28] Così, P.F. Giuggioli, *Il contratto del consumatore*, Torino, 2012, p. 197.

[29] Trib. Roma, 3 marzo 2005, in *Guida al diritto*, 2005, n. 30, p. 62 ss.; Trib. Bergamo 10 maggio 2005, in *Contr.*, 2006, p. 592 ss., con nota di L. Vigoriti, *L'obbligo di chiarezza e comprensibilità nei contratti dei consumatori e le conseguenze della sua violazione;* Trib. Genova, 14 febbraio 2013, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2013, I, p. 1059 ss., con nota di F.P. Patti, *Sul controllo di vessatorietà delle clausole nei contratti dei consumatori: ruolo del giudice e criteri di valutazione.*

[30] Trib. Vigevano, 6 giugno 2003, in *Studium iuris*, 2004, p. 115, con *Nota* di M. Girolami.

[31] Trib. Roma, 21 febbraio 2000, in *Foro it.*, 2000, I, c. 2046 ss.; App. Roma, 24 settembre 2002, *ivi*, 2003, I, p. 332 ss.

[32] E. Minervini, *Dei contratti del consumatore in generale*, cit., p. 121.

[33] E. Minervini, *La tutela collettiva dei consumatori e la l. 12 aprile 2019, n. 31*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2020, p. 346 ss.

di una norma inutile: essa disciplina l'interpretazione non soltanto del contratto standard, ma anche del contratto predisposto dal professionista per una singola operazione, laddove è dibattuto se si possa pervenire alle stesse conclusioni per quanto concerne l'art. 1370 c.c.[34]. Il comma 2 risulta applicato in occasioni isolate, e si trova a condividere con l'art. 1370 c.c. una scarsa fortuna giurisprudenziale[35].

L'espressa statuizione del criterio della interpretazione contro l'autore della clausola consente di affermare, per il contratto del consumatore, un effetto di postergazione degli altri criteri di interpretazione oggettiva, ed in particolare dell'art. 1368, comma 2, c.c.[36].

Il comma 2 rappresenta l'occasione per ripensare l'intero sistema delle norme sull'interpretazione del contratto, ed in particolare il carattere meramente residuale o sussidiario comunemente riconosciuto alle norme di interpretazione oggettiva. Infatti, sembra che, per il contratto del consumatore, si debba passare dalla prevalenza delle regole di interpretazione soggettiva alla prevalenza delle regole di interpretazione oggettiva: se le clausole contenute nel contratto stipulato dal consumatore non siano negoziate (ed è questa l'ipotesi più comune), si applicano le norme di interpretazione oggettiva, ed in primo luogo il comma 2; soltanto se le clausole siano oggetto di trattativa, valgono le regole generali sull'interpretazione del contratto[37]. In giurisprudenza si trova invece affermato che il presupposto per l'applicazione del principio del comma 2, come dell'art. 1370 c.c., è che rimanga un dubbio sull'interpretazione della clausola, dopo aver effettuato l'interpretazione della stessa sulla base dei criteri fissati dagli artt. 1362 ss. c.c.[38].

Il nesso corrente tra il principio di trasparenza contrattuale di cui al

[34] P. Giammaria, *Art. 1469-quater*, cit., p. 1026.

[35] Così, F. Astone, *Art. 1370*, in E. Navarretta ed A. Orestano (a cura di), *Dei contratti in generale*, Torino, 2011, p. 612.

[36] G. Cian, *Il nuovo capo XIV-bis (titolo II, libro IV) del codice civile*, in *Studium iuris*, 1996, p. 419. Per l'inapplicabilità degli artt. 1368, comma 2, e 1369 c.c. ai contratti del consumatore vedi M. Messina, *Art. 35*, cit., p. 291.

[37] M. Costanza, *Coordinamento tra vecchia e nuova disciplina*, in C.M. Bianca e F.D. Busnelli (a cura di), *Commentario al capo XIV bis del codice civile: dei contratti del consumatore*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 1997, p. 792. Diversamente, M. Pennasilico, *Metodo e valori nell'interpretazione dei contratti*, cit., p. 319 ss.

[38] Cass., 18 maggio 2001, n. 6819, in *Contr.*, 2001, con nota di R. Manenti, *Il principio di interpretazione del contratto secondo buona fede* (ma si tratta di un *obiter dictum*). Per un'applicazione del comma 2 dell'art. 1469-*quater* c.c. vedi Giudice di Pace Ancona, 28 aprile 2003, in *Foro it.*, 2004, I, c. 307 ss. (con riferimento alla clausola del contratto di assicurazione che ricomprende i danni conseguenti ad «atti vandalici»).

comma 1 ed il canone dell'interpretazione contro l'autore della clausola di cui al comma 2 è oscuro: in particolare non si comprende se tra il comma 1 ed il comma 2 corra un rapporto di presupposto a conseguenza. Sembra preferibile riconoscere l'autonomia delle due disposizioni: l'interpretazione contro l'autore della clausola è soltanto uno dei rimedi in ipotesi di inosservanza dell'obbligo di trasparenza[39].

6. *L'interpretazione contro l'autore della clausola, l'azione inibitoria, la tutela amministrativa*

La disposizione di cui al comma 3 realizza un indubbio potenziamento della capacità demolitrice dell'azione inibitoria: il legislatore opta per la rimozione della clausola dubbia, piuttosto che per la sua conservazione edulcorata. Del resto, è evidente che per i consumatori quale categoria è più vantaggiosa l'eliminazione della clausola di dubbia interpretazione ritenuta vessatoria, piuttosto che la sua permanenza nelle condizioni generali di contratto, all'esito di una interpretazione contro l'autore della clausola[40].

La statuizione del comma 3 non risolve peraltro ogni problema interpretativo in sede di azione inibitoria: resta da stabilire facendo ricorso a quali norme il giudice debba procedere per interpretare le condizioni generali di contratto. Sembrerebbe ovvio rispondere che il giudice dell'azione inibitoria attinge alle regole codicistiche di interpretazione oggettiva del contratto, fatta eccezione per l'art. 1370 c.c. La risposta non convince, ove si pensi che l'applicazione del principio di conservazione, di cui all'art. 1367 c.c., porterebbe agli stessi risultati distorsivi che si produrrebbero se fosse operante la regola dell'interpretazione contro l'autore della clausola[41]. Non resta che concludere mediante una forzatura della lettera del comma 3: la norma va letta come se dicesse che «in caso di dubbio sul senso di una clausola, prevale l'interpretazione più sfavorevole al consumatore, nei casi di cui all'art. 37», in modo da giungere all'inibitoria della clausola di dubbia interpretazione ritenuta vessatoria[42].

[39] Così, E. Minervini, *Dei contratti del consumatore in generale*, cit., p. 83.
[40] Corte di Giustizia delle Comunità Europee, 9 settembre 2004, causa C-70/03, in *Giust. civ.*, 2005, I, p. 867.
[41] E. Minervini, *Dei contratti del consumatore in generale*, cit., p. 127.
[42] G. De Cristofaro, *Le modifiche apportate dalla legge comunitaria 1999 al capo XIV-bis del titolo II del libro IV del codice civile*, in *Studium iuris*, 2000, p. 398; S. Pagliantini, *Trasparenza contrattuale*, cit., p. 1304.

Nel silenzio serbato sul punto dell'art. 37-*bis* c. cons., è discutibile se in sede di controllo amministrativo (di tipo preventivo-consultivo, e di tipo successivo-prescrittivo) delle clausole vessatorie, nel dubbio sul senso di una clausola, prevalga l'interpretazione più favorevole al consumatore, ai sensi del comma 2, o piuttosto l'interpretazione più sfavorevole al consumatore, ai sensi della lettura del comma 3 che appare più convincente. Questa seconda soluzione sembra preferibile, in quanto per i consumatori quale categoria è più vantaggiosa la dichiarazione di vessatorietà della clausola di dubbia interpretazione, piuttosto che l'accertamento della sua non vessatorietà, all'esito di un'interpretazione contro l'autore della clausola[43]. Non resta pertanto che applicare per analogia il disposto del comma 3 ad entrambe le forme di controllo amministrativo (di tipo preventivo-consultivo, e di tipo successivo-prescrittivo).

[43] E. Minervini, *La tutela amministrativa contro le clausole vessatorie nei contratti del consumatore*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2012, p. 572 s.; F. Ricci, *I contratti del consumatore: le clausole vessatorie*, in L. Rossi Carleo (a cura di), *Diritto dei consumi*, Torino, 2015, p. 72.

Emanuela Morotti

Il difficile equilibrio tra diritto di informazione e il suo contrario: confini, responsabilità e tutela del silenzio nell'attività contrattuale

Sommario: 1. I significati del concetto di silenzio – 2. La reticenza e il dolo. – 3. Il silenzio antidoveroso e gli obblighi di informazioni nel Codice civile – 4. Osservazioni conclusive.

1. *I significati del concetto di silenzio*

La pluralità di significati è senza dubbio la cifra caratterizzante il tema dell'informazione[1], considerato che tale termine può indicare, a seconda dell'accezione con cui è utilizzato, la dichiarazione di volontà nell'ambito delle attività contrattuali, la manifestazione del pensiero oppure il trattamento dei dati personali, invitando il giurista a riflettere su problemi del diritto civile quanto mai distanti tra loro[2] e, rispettivamente, riguardanti la responsabilità precontrattuale, la libertà di espressione[3] e infine il trattamento dei dati attinenti alla persona[4].

[1] È proprio questo lo spunto del convegno "I problemi dell'informazione nel diritto civile, oggi", organizzato presso l'Università degli Studi di Roma Tre il 18 novembre 2021 in onore del Prof. Vincenzo Cuffaro.

[2] Già da queste breve rassegna emerge l'ampiezza del tema in esame, senza considerare che in molte circostanze i diversi significati sopra individuati trovano margini di sovrapposizione: si pensi, ad esempio, al settore delle informazioni creditizie, dove le informazioni contrattuali sono strettamente connesse alla dimensione dei dati personali.

[3] Si rinvia a P. Perlingieri, *La persona e i suoi diritti*, Napoli, 2005, p. 235 ss. per il ruolo fondamentale dell'informazione per la "partecipazione del cittadino alla vita del paese e quindi dello stesso corretto funzionamento delle istituzioni".

[4] Sul tema si vedano in particolare V. Ricciuto, *La patrimonializzazione dei dati personali. Contratto e mercato nella ricostruzione del fenomeno,* in *I dati personali nel diritto europeo*, a cura di V. Cuffaro, R. D'Orazio e V. Ricciuto, Torino, 2019, p. 23 ss.; C. Colapietro, *Il diritto alla protezione dei dati personali in un sistema delle fonti multilivello. Il Regolamento UE 2016/679 parametro di legittimità della complessiva normativa italiana sulla privacy*, Napoli, 2018, p. 33 ss.; F. Macario, *La protezione dei dati personali nel diritto privato*

È curioso osservare che, in maniera similare, anche il concetto di silenzio, che rappresenta l'assenza di informazione e la sua negazione, ha assunto nella terminologia giuridica un significato polisemico[5], descrivendo fenomeni tra loro distinti, riconducibili essenzialmente alla responsabilità nello svolgimento delle trattative, alla manifestazione tacita di consenso[6], all'inerzia e, infine, alla mancata opposizione all'altrui comportamento di inadempienza[7].

In questo contesto così eterogeneo, la nostra riflessione si concentrerà sulla disciplina generale del Codice civile, affrontando in particolare il ruolo svolto dal silenzio nell'ambito delle trattative precontrattuali, dove ci aiuterà porre una prima distinzione tra il concetto di reticenza[8], intesa come il tacere all'altra parte circostanze che, se conosciute, non l'avrebbero indotta a contrarre, e che trova una norma di riferimento nell'art. 1439 cod. civ.; e il concetto di silenzio antidoveroso, ossia la semplice omissione, la mancata comunicazione di un dato che doveva invece essere comunicato, e che si riconduce agli art. 1337 e 1338 cod. civ.

europeo, in *La disciplina del trattamento dei dati personali*, a cura di V. Cuffaro, V. Ricciuto, Torino, 1997, p. 28 ss.

[5] Ha affrontato questo particolare aspetto R. Sacco, *Silenzio*, in *Dig. disc. priv., Sez. civ.,* Torino, 2012, p. 1, dove rileva che "Il termine silenzio si adatta a significare fenomeni tra loro diversissimi: a) dichiarazione implicita in un'altra dichiarazione espressa; b) comportamento dichiarativo espresso con mezzi diversi dai normali mezzi semantici; c) attuazione di una volontà; d) inattività di un soggetto".

[6] In giurisprudenza il silenzio si ritrova spesso come sinonimo di mancata manifestazione di consenso: si veda ad es. C. 14.5.2014, n. 10533, in *CED on line*, dove si afferma che "In tema di formazione del contratto, l'accettazione non può essere desunta dal mero silenzio serbato su una proposta, pur quando questa faccia seguito a precedenti trattative intercorse tra le parti, delle quali mostri di aver tenuto conto, assumendo il silenzio valore negoziale soltanto se, in date circostanze, il comune modo di agire o la buona fede, nei rapporti instauratisi tra le parti, impongano l'onere o il dovere di parlare, ovvero se, in un dato momento storico e sociale, avuto riguardo alla qualità dei contraenti e alle loro relazioni di affari, il tacere di uno possa intendersi come adesione alla volontà dell'altro." La medesima massima compare anche in C. 26.2.2004, n. 3861, in *Guida al Diritto*, 2004, XV, p. 73.

[7] Così R. Sacco, *Silenzio*, cit., p. 1.

[8] La distinzione è posta da M. De Poli, *I mezzi dell'attività ingannatoria e la reticenza da Alberto Trabucchi alla stagione della "trasparenza contrattuale"*, in *Riv. Dir. Civ.*, 2011, V, p. 648, che distingue ulteriormente tra una "fattispecie povera", corrispondente alla "mera mancata informazione che si doveva rendere", e una "ricca" coincidente con il silenzio invalidante e circostanziato.

2. *La reticenza e il dolo*

La reticenza è considerata rilevante per il diritto qualora sia idonea ad integrare una fattispecie di dolo contrattuale, dovendosi a tal fine capire se e a quali condizioni si realizzi una simile ipotesi.

Sappiamo infatti che il dolo, inteso come vizio della volontà, si compone di un elemento oggettivo, tradizionalmente indicato come "raggiri", ossia la macchinazione, "un'adeguata messa in scena"[9]; di un elemento soggettivo individuato nello stato psicologico dell'intenzione di ingannare, nonché dal nesso di causalità ben descritto dall'art. 1439 cod. civ., quando afferma che "i raggiri usati da uno dei contraenti sono stati tali che, senza di essi, l'altra parte non avrebbe contrattato"[10].

Da questi elementi si ricava come prima indicazione che anche la reticenza dovrebbe avere i caratteri tipicamente richiesti per il dolo, ma è proprio questo il punto che ha fatto sorgere le questioni maggiormente problematiche.

Possiamo infatti notare che, con riguardo all'elemento oggettivo, il dolo richiede una situazione creata ad arte dall'ingannatore per far cadere in errore l'altro contraente, assumendo un ruolo di primo piano gli artifici e i raggiri, intesi come "l'artificiosa predisposizione di segni esteriori che offrono una falsa rappresentazione della realtà"[11]. È quindi facile capire che la reticenza, di per sé considerata, rappresenta un fenomeno diverso[12], essendo estranea a tutti quei comportamenti "positivi", di fare, propri dell'attività ingannatoria sopra descritta, appartenendo invece ad una dimensione "negativa" che si limita a non informare la controparte su elementi che, se conosciuti, avrebbero portato l'altra parte a non contrattare.

Per questa ragione, in contrapposizione al dolo commissivo, si elabora in dottrina il dolo omissivo[13], così superando definitivamente la tesi per cui

[9] Così letteralmente G. Visintini, *La reticenza nella formazione dei contratti*, Padova, 1972, p. 21 ss..

[10] Tale profilo è affrontato da G. Anzani, *Causalità omissiva e causalità incerta alla luce della buona fede oggettiva*, in *Nuova Giur. Civ.,* 2016, VI, p. 941; F. Valenti, *Il dolo omissivo incidente nel prisma della responsabilità precontrattuale*, in *Contratti*, 2012, XI, p. 888.

[11] La definizione è di V. Roppo, *Il contratto*, Milano, 2011, p. 764.

[12] È l'insegnamento tradizionale che si ritrova anche in A. Trabucchi, *Il dolo nella teoria dei vizi del volere*, Padova, 1937, p. 530, dove riprende la formula "aliud est celare aliud tacere" per sostenere che la figura di dolo negativo "consiste in un contegno di completa astensione dall'agire, in un silenzio e basta; cosa ben diversa da quello che si può chiamare artificio negativo, che consiste invece nel nascondere, nel celare o simulare - *suppressio veri* - e che è mezzo caratteristico ed indiscusso del dolo-vizio".

[13] R. Sacco, *Dolo omissivo*, in *Dig. disc. priv.*, *Sez. civ.*, Torino, 2011, p. 1, ne offre una defi-

la reticenza da sola non possa mai integrare il dolo[14], ma non si elimina il problema di capire a che condizioni essa sia idonea a configurarlo. Prova ne è che la reticenza e il semplice silenzio sono considerati rilevanti purché siano "circostanziati", ossia inseriti all'interno di un più ampio contesto ingannevole che si traduce in una condotta complessa e articolata[15], finendo però per corrispondere nella sostanza alla macchinazione e al raggiro sopra visti[16].

Non mancano però le tesi opposte, che considerano superato il requisito della *machinatio* e ritengono sufficiente il mero silenzio se ciò è idoneo a far cadere in errore l'altro contraente su circostanze essenziali alla conclusione del contratto[17]. Sulla stessa linea, si riconduce al dolo anche l'induzione in errore che integri violazione di un dovere d'informazione[18], qualora,

nizione: "Per dolo omissivo o reticenza si deve intendere, secondo il significato delle parole, quell'inganno che si consuma con la mera inerzia". In giurisprudenza invece si veda tra le più recenti C. 20.1.2017, n. 1585, in *CED on line*; C. 8.5.2018, n. 11009, in *Imm. e propr.*, 2018, VI, p. 393; C. 30.3.2017, n. 8260, in *Dir. e pratica lav.*, 2017, XXXIX, p. 2393; C. 26.6.2012, n. 10638, in *Notariato*, 2012, V, 501; C.17.5.2012, n. 7751, in *CED on line*; C. 2.2.2012, n. 1480, in *Notariato*, 2012, III, p. 250.

[14] Così G. Stolfi, *Teoria del negozio giuridico*, Padova, 1947, p. 148.

[15] V. Roppo, *Il contratto*, cit., p. 761.

[16] Esprime perplessità per questa impostazione R. Sacco, *Dolo omissivo*, cit., p.2, secondo il quale essa "non porta a nessun traguardo utile", se non a quello di sancire "l'equivalenza del dolo omissivo e del dolo commissivo". Ugualmente critico M. De Poli, *I mezzi dell'attività ingannatoria e la reticenza da Alberto Trabucchi alla stagione della "trasparenza contrattuale"*, cit., p. 650, che sin interroga "se questo continuo ricorrere, nel definire il dolo negoziale, a elementi che affianchino il fatto che realizza il raggiro, debba essere inteso come espressione dell'intento del legislatore di ancorare il rimedio alle sole manifestazioni seriamente dirette - con una valutazione obiettiva - a carpire il consenso; intento, dunque, rivolto a misurare il grado di partecipazione psicologica all'atto, escludendo il raggiro colposo; o se debba essere invece valutato come espressione dell'intento di consentire l'esercizio del rimedio solo nel caso di comportamento che - perché reiterato, articolato, organizzato - non vi è dubbio alcuno sul fatto che sia effettivamente idoneo a carpire il consenso, con ciò incidendo sul nesso di causalità psicologica e comunque producendo l'effetto di elevare la soglia di non punibilità del comportamento (pur se, di fatto, questo sia stato capace di alterare la volontà e di determinare il consenso altrui)".

[17] Per una ricostruzione della giurisprudenza sul punto, si rinvia a G. Grisi, *L'obbligo precontrattuale di informazione*, Napoli, 1990, p. 284 ss., in particolare p. 286, dove mostra scetticismo verso la possibilità di configurare come dolo il semplice contegno omissivo consistente nel mero silenzio. Nello stesso senso si esprime anche A. Gentili, *Dolo*, in *Enc. giur.,* XII, Roma, 1988, p. 2, secondo il quale, in tale giurisprudenza "non vi si ritrovano […] criteri sicuri di individuazione del carattere determinante delle circostanze taciute o travisate"; G. Mirabelli, *Dei contratti in generale*, in *Commentario del codice civile*, VI, Torino, 1968, p. 504; P. Gallo, *I vizi del consenso*, in *I contratti in generale*, a cura di E. Gabrielli, I, in *Tratt.* Rescigno, Torino 1999, p. 463 ss.

[18] Rispetto a tale impostazione V. Roppo, *Il contratto*, cit., p. 765, osserva che, così ragio-

pur risolvendosi in un contegno meramente omissivo, si aggiunga anche l'approfittamento della situazione creatasi da parte di uno dei contraenti[19].

Parimenti, anche l'elemento soggettivo costituito dall'intenzionalità dell'inganno è stato oggetto di dibattito in dottrina, da chi ritiene possibile configurare il "raggiro o l'inganno colposo"[20], considerando non necessaria l'inclinazione psicologica dell'ingannatore, sulla spinta della normativa comunitaria già ampliamente esplicita in tal senso[21].

nando, "non si chiude il problema, ma lo si rinvia: perché costringe a domandarsi quando sussista dovere di informare".

[19] Così G. Visintini, *La reticenza come causa di annullamento dei contratti*, in *Riv. dir. civ.*, 1972, I, p. 172 e M. Mantovani, *«Vizi incompleti» del contratto e rimedio risarcitorio*, Torino, 1995, p. 187. Tuttavia, tale ipotesi è stata contestata da altra parte della dottrina, in quanto contrasterebbe con il principio di tassatività delle cause di annullabilità: si veda sul punto U. Minneci, *Struttura del dolo: contegno del decipiens e consenso del deceptus*, in *Riv. Dir. Civ.*, 1999, I, 373; P. Fogliati, *Dolus* bonus e *dolus* malus: *brevi cenni sui caratteri distintivi*, in *Giur. It.,* 2002, p. 4; M. De Poli, *Servono ancora i "raggiri" per annullare il contratto per dolo? Note critiche sul concetto di reticenza invalidante*, in *Riv. Dir. Civ.,* 2004, VI, p. 911; M. Fazio, *Dolo omissivo e doveri di informazione*, in *Contratti,* 2019, I, p. 58.

[20] È la tesi di G. Visintini, *I fatti illeciti*, Padova, 1987, p. 436 ss., sostenuta anche da A. Gentili, *Dolo*, in *Enc. giur. Treccani*, XII, Roma 1989, p. 3, ed ora anche in Id., *Tratt. Rescigno*, a cura di E. Gabrielli, Torino 1999, vol. 2, p. 1394; U. Minneci, *Struttura del dolo: contegno del decipiens e consenso del deceptus*, cit., p. 380. Si dimostrano contrari a tale impostazione R. Sacco, *Dolo omissivo e obbligo di informazione*, in *Dig. disc. priv.*, *Sez. civ*., Milano, 2011, p. 5, dove afferma che "di norma l'obbligo d'informazione nascerà solo dopo che il contraente abbia appreso quali sono le (false) rappresentazioni della controparte (ognuno ha il diritto di ignorare che la controparte si inganna): il che varrà ad escludere la responsabilità per omissione meramente colposa.". Sulla stessa linea anche De Poli, *I mezzi dell'attività ingannatoria e la reticenza da Alberto Trabucchi alla stagione della "trasparenza contrattuale"*, cit., p. 652 ss. Per la giurisprudenza conforme alla possibilità di configurare il dolo colposo si rinvia a R. Partisani, *Le reticenze e le false informazioni del terzo nel danno da induzione all'adempimento, in Danno e Resp.,* 2016, XI, p.1105, che commenta in particolare la sentenza C. 19.10.2015, n. 21085.

[21] Ne trattano approfonditamente A. Gentili, *L'inefficacia del contratto telematico*, in *Riv. dir. civ.,* 2000, VI, p. 747; A. Zoppini, *Il contratto asimmetrico tra parte generale, contratti di impresa e disciplina della concorrenza*, in *Riv. dir. civ.,* 2008, V, p. 515 ss.; A. Barenghi, *Note sulla trasparenza bancaria, venticinque anni dopo,* in *Banca borsa e titoli di credito,* 2018, I, p. 143 ss.; R. Favale, *Forme legali e tutela dei consumatori,* in *Le Corti Umbre,* 2013, II, p. 318; F. Azzarri, *La conclusione dei contratti telematici nel diritto privato europeo*, in *Contratti*, 2010, III, p. 301; E. Battelli, *Contrattazione e condizioni generali di contratto nell'e-commerce*, in *Contratti*, 2010, II, p.191; F. Scaglione, *Buona fede in contrahendo e ordine pubblico economico nel sistema del diritto privato del mercato*, in *Giur. it.*, 2008, I, p. 249. Inoltre, come è stato notato da R. Partisani, cit., "nella disciplina di derivazione comunitaria, la violazione degli obblighi di informazione viene talvolta emancipata dal dolo classico, anche con riguardo ai vizi del consenso. Si pensi, a questo riguardo, alla tutela collettiva contro le omissioni ingannevoli in relazione alle quali il Codice del consumo non

Da quanto visto possiamo osservare l'emergere dell' "esigenza di elasticizzare la struttura del dolo al fine di accrescerne le potenzialità applicative"[22], trattandosi di un'operazione ermeneutica non priva di conseguenze, perché l'adozione dell'una o dell'altra impostazione si riflette direttamente sulla possibilità di restringere o allargare le maglie della rilevanza giuridica del silenzio.

3. *Il silenzio antidoveroso e gli obblighi di informazione nel Codice civile*

Al di fuori della sua riconduzione all'alveo del dolo[23], la rilevanza giuridica del silenzio si misura anche rispetto all'inosservanza degli obblighi di informazione[24], che nel contesto del Codice civile sono ricavati

richiede, necessariamente, l'*animus decipiendi*, rilevando anche la omissione colposa o reticenza involontaria, in applicazione della clausola generale dell'art. 20, comma 2, c. cons., che contempla, tra gli altri elementi costitutivi della fattispecie vietata, la sola contrarietà alla diligenza professionale, senza riferimento alcuno al dolo né alla colpa grave".

[22] Così letteralmente G. Grisi, cit., p. 287.

[23] Ben descrive il cambio di prospettiva, dalla dimensione del dolo all'alveo della buona fede, F. Macario, *Cessione di quote sociali e dolus bonus del venditore*, in *Corriere Giur.,* 1997, I, p. 81, quando afferma che "Vien fatto di ritenere che, se si intende procedere sulla via della ricerca di una regola generale in tema di informazioni precontrattuali, ci si debba allontanare dal solco tracciato nell'art. 1439, posto che, riferendosi testualmente ai «*raggiri*», la norma evoca l'idea della necessaria intenzionalità della condotta riprovevole e dell'esclusiva finalizzazione dell'operato del contraente nel senso dell'induzione della controparte al consenso. Il timore che, per le ragioni appena esposte, l'art. 1439 non sia sufficiente a coprire l'ampio ventaglio di situazioni in cui i vantaggi economici della negoziazione sono riconducibili all'approfittamento di uno dei contraenti della condizione psicologica dell'altro ha fatto sì che, da più parti, si proponesse una decisa rivalutazione del ruolo che la regola di correttezza è destinata a svolgere nella fase delle trattative e della formazione del consenso".

[24] Il tema è certamente vasto e si ripropongono solo alcune voci, senza pretesa di coprire l'importante apparato bibliografico in materia: L. Bigliazzi Geri, *Buona fede nel diritto civile*, in *Dig. disc. priv.*, *Sez. civ.*, IV, 1988, p. 1 ss.; C. Granelli, *Gli obblighi informativi nella formazione dell'accordo contrattuale*, in *Nuova Giur. Civ.,* 2018, VII, p. 1200; A. Putignano, *Obbligo di buona fede durante le trattative e contratto svantaggioso*, in *Contratti,* 2014, IV, p. 339; N. Muccioli, *Gli obblighi informativi tra formazione ed esecuzione del contratto*, in *Nuova Giur. Civ.,* 2017, I, p. 50; A. Gnani, *Contrarietà a buona fede e invalidità del contratto: spunti ricostruttivi*, in *Riv. Dir. Civ.*, 2009, IV, p. 435; M. Pennasilico, *Buona fede e ragionevolezza nell'interpretazione dei contratti*, in *Ragionevolezza e proporzionalità nel diritto contemporaneo*, a cura di G. Perlingieri e A. Fachechi, Napoli, 2017, p. 851; C. Cosentino, *Obblighi di informazione e responsabilità, esperienze italiana e francese*, Torino, 2020, p. 26.

tradizionalmente dal dettato dell'art. 1337 cod. civ.[25], dove si impone alle parti di comportarsi secondo buona fede nel momento dello svolgimento delle trattative e nella formazione del contratto[26]. Da qui si è tratta la classica tripartizione dei doveri precontrattuali in obblighi di informazione, di segreto e di custodia[27], in particolare definendo il dovere di informare l'altra parte sulle circostanze rilevanti l'affare come "una tipica espressione della buona fede nelle trattative"[28]. Esso configura infatti un comportamento in linea con le regole di condotta ispirate ai principi di lealtà, correttezza e serietà, in base ai quali si impone ad entrambi i contraenti di evitare di arrecare all'altra parte danni ingiusti[29].

Mentre non sorgono dubbi sul legame tra buona fede e obblighi di informazione, non è altrettanto facile individuare la portata di questi ultimi, distinguendosi in dottrina un primo orientamento secondo cui essi debbano interpretarsi alla luce dell'art. 1338 cod. civ., ossia limitandone l'applicazione agli elementi che incidono sulla validità e efficacia del contratto[30], tra i quali vi rientrano la mancanza di causa, l'impossibilità della prestazione, l'errore essenziale della controparte[31], le cause di inadempimento e di inutilità del

[25] Come spiega V. Cuffaro, *Responsabilità contrattuale*, in *Enc. Dir.*, XXXIX, Milano, 1988, p. 1265, tali obblighi erano già ricavati dall'art. 1151 del codice civile previgente.

[26] Sul ruolo della buona fede nelle trattative si rinvia a P. Perlingieri, *Profili del diritto civile*, Napoli, 3 ed., 1994, p. 205; G. Perlingieri, *Profili applicativi della ragionevolezza nel diritto civile*, Napoli, 2015, p. 125 ss.; Id., *Regole e comportamenti nella formazione del contratto. Una rilettura dell'art. 1337 codice civile*, Napoli, 2003, p. 33; G. Dinacci, *Buona fede ed equilibrio contrattuale*, in *Principi, clausole generali, argomentazione e fonti del diritto*, a cura di F. Ricci, Milano, 2018, p. 443, *ivi* anche N. Cipriani, *Buona fede e interpretazione*, p. 407.

[27] Si rinvia sul punto a V. Cuffaro, *Responsabilità contrattuale*, cit., p. 1271.

[28] Così letteralmente C. M. Bianca, *Il contratto*, cit., p. 163. Nello stesso senso G. Grisi, *L'obbligo precontrattuale di informazione*, cit., p. 78, dove si riferisce al "nesso indissolubile" che lega il dovere precontrattuale di informazione alla clausola generale di buona fede, e ancora *ivi*, p. 79, dove sostiene "che, della clausola generale di buona fede precontrattuale costituisce una tra le più interessanti e significative appendici".

[29] A tal proposito si rinvia a V. Roppo, *Il contratto*, cit., p. 168.

[30] Sintetizza questo passaggio P. Gallo, *Asimmetrie informative e doveri di informazione*, in *Riv. dir. civ.*, 2007, V, p. 641, quando riporta che "Si discute in altre parole cosa debba intendersi per cause di invalidità del contratto. Se cioè il legislatore abbia voluto configurare un dovere di informazione esclusivamente con riferimento alle cause di invalidità del contratto in senso stretto, o anche con riferimento ai requisiti di inesistenza e di inefficacia. Preferibile, anche in una prospettiva di espansione della rilevanza della buona fede precontrattuale, l'opinione meno restrittiva, che cioè estende la portata della norma anche alle cause di inesistenza e di inefficacia del contratto".

[31] L'elenco è presente in V. Roppo, *Il contratto*, cit., p. 169-170, dove critica come troppo rigida una simile impostazione, dato che "nella sua rigidità rischia di lasciare impunite

contratto o della prestazione[32].

Tale impostazione è stata accusata di troppa rigidità dalla dottrina più sensibile, che ha proposto di ampliare il campo di applicazione degli obblighi di informazione, ritendendo che questi potessero estendersi oltre i limiti dell'art. 1338 cod. civ. e andare a ricomprendere anche altre situazioni che possano influire sulla determinazione del contratto[33]. Su questa scia, la giurisprudenza ricava dall'art. 1337 cod. civ. una definizione più ampia, riconducendovi non solo le ipotesi di rottura ingiustificata delle trattative e incidenti "sulla reale possibilità di conclusione del contratto, senza omettere circostanze significative rispetto all'economia del contratto medesimo", ma più in generale il "dovere di trattare in modo leale, astenendosi da comportamenti maliziosi o reticenti e fornendo alla controparte ogni dato rilevante, conosciuto o conoscibile con l'ordinaria diligenza, ai fini della stipulazione del contratto"[34].

Senza quindi affidarsi ad elencazioni tassative, si è preferito adottare un criterio duttile che fosse anche più in linea con l'elasticità tipica della clausola generale di buona fede, in modo tale da adeguare la valutazione alle circostanze del caso concreto[35], considerando l'eventuale concorso di colpa della controparte. La buona fede si impone infatti come regola di comportamento anche per quest'ultima, essendo chiamata ad agire in maniera responsabile e attenta, *in primis*, avendo cura di informarsi nei limiti dell'ordinaria diligenza, senza attendere passivamente che sia l'altro contraente ad attivarsi in tal senso. In definitiva, il dovere di informazione trova il suo bilanciamento nel comportamento responsabile della controparte, così da delineare un difficile equilibrio tra esigenze contrapposte, assicurando

condotte censurabili".

[32] Così C. M. Bianca, *Il contratto*, cit., p.164.

[33] È l'opinione di V. Cuffaro, *Responsabilità contrattuale*, cit., p. 1271, dove osserva che "A tale riguardo, il richiamo alla previsione dell'art. 1338 c.c. non deve risultare fuorviante giacché, se è vero che questa norma impone al contraente che conosca (o che debba conoscere con l'uso della diligenza ordinaria richiesta dal negozio) una causa di invalidità del contratto, di comunicarla all'altra parte, non potrebbe con ciò intendersi esaurito il contenuto del dovere di informazione, a meno di non voler escludere che la disposizione costituisca svolgimento del principio generale dettato nell'art. 1337 c.c.".

[34] Le due citazioni sono entrambe di V. Cuffaro, *Responsabilità contrattuale*, cit., p. 1271. Nello stesso senso si rinvia a P. Laghezza, *Responsabilità precontrattuale e obbligo d'informazione*, in *Danno e Resp.,* 2012, XII, p.1210.

[35] Così V. Roppo, *Il contratto*, cit., p. 170, secondo il quale "è meglio non irrigidire la selezione fra reticenze lecite e illecite nel criterio dell'invalidità (o inefficacia) del contratto, ma lasciarlo affidato alla duttilità del principio di buona fede, da calibrare sulle particolarità del caso concreto".

che ognuna riceva dall'altra informazioni adeguate senza dover ricorrere ad apprezzabili sacrifici[36] e, allo stesso tempo, che nessuna tragga indebito vantaggio dalla mancanza di conoscenze della controparte.

4. *Osservazioni conclusive*

A seconda dei caratteri che assume, la reticenza provoca conseguenze distinte: se integra il dolo omissivo, comporta infatti l'annullamento ai sensi dell'art. 1439 cod. civ., salvo il risarcimento del danno, mentre se configura silenzio antidoveroso la disciplina generale del Codice civile prevede unicamente il risarcimento del danno a norma degli artt. 1337 e 1338 cod. civ.[37].

[36] Spiega bene questo aspetto D. Valentino, *Obblighi di informazione, contenuto e forma negoziale*, Napoli, 1999, p. 235, quando afferma che "l'attuazione del principio di correttezza garantisce soltanto che non vi sia approfittamento rispetto al quadro conoscitivo, che la parte può autonomamente avere; si persegue l'obiettivo che questa maturi consapevolmente decisioni con notizie chiare e complete, senza ricorrere a processi di acquisizione dispendiosi e non proporzionati, ponendo a carico della controparte informata l'obbligo di non mantenere il riserbo". Come meglio precisato, *ivi*, nel proseguo "L'ordinamento non garantisce che non si possano vendere «uova marce» e non può impedire che qualcuno le compri ad un corrispettivo anche non proporzionato, ma tende a garantire che il soggetto sappia «cosa sta comprando» e si induca alla contrattazione, spinto da motivazioni diverse dalla non consapevolezza, dovuta alla mancata acquisizione dei dati salienti".

[37] Come afferma S. Mezzanotte, *Errore e dolo: figure ontologicamente diverse ma ad allegazione compatibile*, in O*bbl. e Contr.,* 2009, VII, p. 61, "La discussione sul ruolo da attribuire al dolo omissivo richiama il vivace dibattito sulla questione dei c.d. vizi incompleti e, dunque, sulla natura più o meno tassativa delle ipotesi di annullabilità del contratto e sulla potenziale interferenza tra regole di comportamento e regole di validità". Per la tesi dei vizi incompleti si rinvia innanzitutto a E. Navarretta, *Dei contratti in generale (artt. 1321-1349)*, nel *Comm. Codice civile*, diretto da E. Gabrielli, Torino, 2011, p. 476 ss. e M. Mantovani, *«Vizi incompleti» del contratto e rimedio risarcitorio*, cit. p.187, dove spiega che i vizi incompleti, pur non rappresentando i tratti della fattispecie astratta di vizio del consenso, così come stabilita dal legislatore, tuttavia darebbero vita a delle condotte qualificabili, a seconda dei casi, come scorrette o sleali oppure a reticenze e menzogne, in modo tale che, anche se non sono integrati i requisiti tipici del vizio, comunque l'assetto di interessi che risulta dal contratto è frutto di una decisione deformata a causa dell'influenza spiegata dalla condotta sleale. Per la diversa impostazione sul tema, si rinvia a G. D'Amico, *Regole di validità e principio di correttezza*, Napoli, 1996, p. 62 ss.; Id. *Regole di validità e regole di comportamento nella formazione del contratto*, in *Studi in onore di Piero Schlesinger*, II, Milano, 2004, p. 1051. Tra gli Autori che hanno approfondito la questione si vedano P. Perlingieri, *Nuovi profili del contratto*, in *Rass. dir. civ.*, 2000, III, p. 75; F. Benatti, *Responsabilità precontrattuale*, in *Enc. giur.*, XXVII, Roma, 1991, p. 8;

Da questo differente trattamento non si può ricavare – a nostro parere– una distinzione tra silenzio più o meno rilevante o tra reticenza lieve o grave, trattandosi infatti di condotte che assumono pari rilevanza per l'ordinamento, ma sono sottoposte a discipline distinte in ragione della necessità di fornire alla controparte la forma di tutela ritenuta più efficace.

In conclusione, il silenzio irrilevante e privo di conseguenze giuridiche è una figura residuale che si ricava per sottrazione dalle ipotesi sopra viste, venendo sempre più eroso, da un lato, dall'estendersi dei doveri di informazione nascenti dalla clausola generale di buona fede, dall'altro, dall'affermarsi delle impostazioni dottrinali che ampliano i confini del dolo[38], attraendovi condotte anche prive dei requisiti tradizionalmente richiesti per configurarlo.

A margine di queste riflessioni, si riportano due ultime considerazioni: la prima riguarda il fatto che il quadro così tratteggiato si inserisce all'interno di un contesto ben preciso, nel quale la predisposizione degli obblighi di informazione presume una negoziazione tra pari, nella quale ciascuna parte sia perfettamente in grado di comprendere e analizzare le informazioni che l'altra gli fornisce, in un'ottica che prescinde sia dalla particolare condizione in cui versa il soggetto contraente[39], sia dalla situazione in cui si gioca la contrattazione[40]: date queste premesse, è naturale che anche il tema del silenzio sia affrontato in maniera distinta nel Codice civile e nella normativa di matrice comunitaria[41].

C. Scognamiglio, *Regole di validità e di comportamento: i principi e i rimedi*, *Eu. dir. priv.*, 2008, p. 619; G. Perlingieri, *L'inesistenza della distinzione tra regole di comportamento e di validità nel diritto italo-europeo*, in *Quaderni de Il Foro Napoletano*, Napoli, 2013, p. 20; G. Meruzzi, *La responsabilità precontrattuale tra regola di validità e regola di condotta*, in C*ontratto e Impr*., 2006, IV, p. 944; F. Valenti, *Il dolo omissivo incidente nel prisma della responsabilità precontrattuale*, in *Contratti,* 2012, XI, p. 888.

[38] Ne tratta I. Prisco, *L'annullabilità. Attualità e prospettive*, in *Il contratto*, *Associazione dei Dottorati di Diritto Privato - Sezione Atti e Materiali*, a cura di A. Federico e G. Perlingieri, Napoli, 2019, p. 741.

[39] Così D. Valentino, *Obblighi di informazione, contenuto e forma negoziale*, cit., p. 230, dove mette in luce che le previsioni di obblighi di informazioni tipiche della contrattazione individuale non sono legate "a particolari *status* dei soggetti contraenti. Le norme sono inserite in contesti negoziali e regolano situazioni che nulla hanno in comune (o sono influenzate) con la circostanza che uno dei contraenti agisca o per soddisfare esigenze primarie del vivere quotidiano o comunque non sono legate alla sua professionalità".

[40] Sempre D. Valentino, *Obblighi di informazione, contenuto e forma negoziale*, cit., p. 232, osserva che "Le situazioni previste prescindono dalla decisione o situazione iniziale di chi le ha determinate".

[41] Sulla diversa funzione svolta dalla disciplina della trasparenza nella legislazione speciale e degli obblighi di informazione e di avviso nel Codice civile si rinvia a A. Barenghi, *Diritto*

Infine, non si può non considerare che, rispetto alle differenti impostazioni assunte dalla dottrina, la giurisprudenza nazionale ha abbracciato ormai da anni la tesi del silenzio circostanziato, che ricorre in numerose sentenze sia di legittimità sia di merito[42], mentre risulta senza dubbio più difficile trovare controversie nelle quali si lamenta il silenzio antidoveroso di uno dei contraenti[43].

dei consumatori, Milano, 2020, p. 173 ss.; A. Gentili e V. Cintio, *I nuovi "vizi del consenso"*, *Contratto e Impr.,* 2018, I, p. 148; A.C. Nazzaro, *Obblighi d'informare e procedimenti contrattuali*, Napoli, 2000, pp. 260, 296 e 300. Si veda a proposito anche V. Bellomia, *La responsabilità precontrattuale tra contrattazione civile, del consumatore e di impresa*, Milano, 2012, p. 35 ss. e p. 139 ss.

[42] Copiosa la giurisprudenza che si occupa di questo particolare profilo, si veda ad es. C. 11.10.1994, n. 8295, in *Contratti*, 1995, II, p.169 dove si trova affermato che "In tema d'annullamento del contratto, il dolo omissivo, causa d'annullamento del contratto a norma dell'art. 1439 cod. civ., può ravvisarsi solo quando l'inerzia della parte s'inserisca in un complesso comportamento, adeguatamente preordinato, con malizia o astuzia, a realizzare l'inganno perseguito; pertanto, il suo semplice silenzio, limitandosi a non contrastare la percezione della realtà alla quale sia pervenuto l'altro contraente, non costituisce causa invalidante del contratto", massima che ritroviamo identica anche nelle più recenti C. 15.3.2005, n. 5549, in *Contratti*, 2005, X, p. 892; C. 30.3.2017, n. 8260. in *Dir. e Pratica Lav*., 2017, XXXIX, p. 2393; C. 20.4.2006, n. 9253, in *Riv. notariato*, 2007, p. 393, con nota di G. Casu, *Appunti sul certificato di agibilità*; C.19.9.2006, n. 20260, in *Dir. e giustizia*, 2006, XXXVIII, p. 29, con nota di M. Di Marzio.

[43] Si veda ad esempio T. Busto Arsizio, 11.3.2020, in *leggiditalia.it*, dove si afferma che "La accertata reticenza dei promittenti venditori su circostanze di assoluto rilievo inerenti all'affare che, se conosciute dalla parte acquirente, avrebbero condotto ad una diversa valutazione dell'affare medesimo, non semplicemente sotto il profilo della sua convenienza economica (rimessa sempre all'autoresponsabilità individuale di ciascuna parte) bensì sotto il profilo dell'idoneità funzionale dell'immobile, è contraria ai doveri di buona fede e correttezza posti dall'art. 1337 c.c. e deve ritenersi grave e idonea, di per sé, a giustificare il rifiuto di addivenire alla stipula del definitivo in quanto idonea ad impedire la corretta e veridica rappresentazione del bene in concreto venduto[…]"; T. Caltanissetta, 21.03.2016, in *Danno e Resp.*, 2016, XII, p. 1194 con nota di S. Monti; T.A.R. Lazio Roma, 25.6.2008, n. 6165, in *leggiditalia.it* e T. Milano, 23.12.1996, in *Contratti*, 1998, p. 275 nota di U. Minneci.

Marialuisa Gambini

Riflessioni sul ruolo del contratto nell'accesso all'informazione digitale

Sommario: 1. L'informazione digitale come bene in sé e come risultato di un servizio Internet – 2. I contratti di accesso all'informazione digitale a) La creazione di una pagina web – 3. (*Segue*). b) La messa a disposizione di contenuti e servizi digitali

1. *L'informazione digitale come bene in sé e come risultato di un servizio Internet*

Lo sviluppo dell'informatica e della telematica - avvenuto nel volgere di pochi anni, dalla fine del XX secolo ai giorni nostri - ha portato alla diffusione di sistemi automatizzati capaci di generare, raccogliere, elaborare e trasmettere le informazioni in forma e modi sostanzialmente diversi e inimmaginabili fino a un recente passato.

La nuova realtà tecnologica ha segnato l'abbattimento dei costi, dei confini e dei tempi delle operazioni di trattamento e scambio dati e reso possibile la loro raccolta massiva e, soprattutto, la loro elevata elaborazione e trasmissione, così da renderli appetibili da parte degli operatori, economici e non, presenti sul mercato[1]. Ciò ha favorito l'affermarsi della società dell'informazione, che affida al trattamento dei dati (anche personali) lo svolgimento di gran parte delle attività economiche e lo sviluppo di un

[1] Per tutti, cfr. le osservazioni di V. Cuffaro, *Il diritto europeo sul trattamento dei dati personali e la sua applicazione in Italia*, in V. Cuffaro, R. D'Orazio e V. Ricciuto (a cura di) *I dati personali nel diritto europeo*, Torino, 2018, p. 6-7, per il quale la diffusione dei calcolatori elettronici, l'avvento di Internet e la digitalizzazione delle informazioni hanno determinato, alla fine del XX secolo, una «sostanziale modifica dell'angolo prospettico per ciò che hanno portato al centro dell'attenzione non più quelle informazioni sulla persona che potevano rivestire interesse per la cronaca e che, in quanto notizie, riguardavano un numero ristretto di individui, bensì tutte quelle informazioni, anche minute e di per sé scarsamente significative, che riguardano ognuno e che necessariamente e costantemente vengono messe in circolazione in un sistema economico e sociale che affida all'informatica e ad Internet lo svolgimento delle attività pubbliche e private».

vero e proprio mercato dell'informazione digitale[2], che ha visto il radicale mutamento del ruolo e dei caratteri stessi dell'informazione[3].

L'avvento delle nuove tecnologie dell'informazione non rappresenta, infatti, soltanto una ulteriore tappa nel processo storico di sviluppo delle tecniche di trasmissione della conoscenza ed esperienza umana: da quelle primitive, fondate sull'utilizzo del senso della vista (gesti, segnalazione ottica, scrittura), a quelle fondate sul senso dell'udito (parola, segnalazioni sonore), all'utilizzo diffuso, nella moderna società industriale, delle tecnologie elettriche (telegrafo e telefono) ed elettroniche (radio e televisione), fino ad arrivare, nell'attuale società dell'informazione – ma il fenomeno non cambia nella fase in atto segnata dal passaggio alla società dell'algoritmo[4] – alla veicolazione delle informazioni attraverso i canali informatici e telematici, caratterizzati dalla immaterialità dei modi in cui esse vengono generate, raccolte, elaborate e trasmesse entro la dimensione virtuale della rete. In particolare, nell'era digitale, l'applicazione diffusa delle nuove tecnologie informatiche e telematiche non si pone, rispetto al trattamento delle informazioni, in un rapporto meramente strumentale, ma cambia il concetto stesso di informazione: essa, in quanto informazione automatizzata viene ad assumere caratteri del tutto peculiari[5].

[2] V. Cuffaro, *op.cit.*, p. 21, chiarisce che «il riferimento al mercato dei dati non intende certo dimenticare che la disciplina del trattamento tocca direttamente i valori della persona ed avverte espressamente l'esigenza di tutela delle libertà fondamentali, ma intende rimarcare che la circolazione dei dati ha ormai da tempo assunto un rilievo sul piano economico che sarebbe ingenuo se non ipocrita ignorare». Peraltro, si aderisce a una nozione di mercato non come «insieme di regole economiche ma uno statuto normativo complesso destinato a garantire il suo regolare funzionamento mediante un'adeguata tutela tanto del produttore quanto del consumatore e nell'assoluto rispetto delle primarie, indifferibili esigenze dell'uomo», cosí, testualmente, P. Perlingieri, *Nuovi profili del contratto*, in *Rass. dir. civ.*, 2000, p. 558, il quale ammonisce che la «stessa società dell'informazione non può, per non autodistruggersi, non tener presente questa priorità».

[3] Sottolinea la confusione terminologica e le ambiguità concettuali cui vanno incontro i tentativi di qualificazione dell'informazione V. Zeno -Zencovich, voce *Informazione (profili civilistici)*, in *Dig. disc. priv. (sez. civ.)*, IX, Torino, 1993, p. 420 ss.

[4] La rilevanza sociale ed economica assunta dall'informazione e dai servizi della società dell'informazione ha finito col segnare il passaggio ad un'economia (si parla, al riguardo, di *net economy*) che ne risulta fortemente condizionata. L'attuale società dell'algoritmo si caratterizza, invece, per la diffusione di sistemi di Intelligenza Artificiale fondati su basi algoritmiche: in tal senso, si esprimono M. Bassini, L. Liguori e O. Pollicino, *Sistemi di Intelligenza Artificiale, responsabilità e* accountability. *Verso nuovi paradigmi*?, in F. Pizzetti (a cura di) *Intelligenza artificiale, protezione dei dati personali e regolazione*, Torino, 2018, p. 334; L. Coppini, *Robotica e intelligenza artificiale: questioni di responsabilità civile*, in *Politica del diritto*, IV, 2018, p. 714.

[5] V. Zeno -Zencovich, voce *Cosa*, in *Dig. disc. priv. (sez. civ.)*, IV, Torino, 1988, p.

In primo luogo, il fatto di risiedere in un sistema automatizzato e di essere accessibile attraverso un collegamento tra elaboratori elettronici, determina l'accentuarsi della sua natura intangibile, dematerializzata e volatile, oltre a giustificare la stretta commistione che in essa si realizza tra contenente e contenuto, dunque, tra il dato informativo e il dato tecnologico[6]. Se, infatti, anche nell'informazione automatizzata è possibile distinguere un supporto – in quanto essa risulta, appunto, contenuta in una memoria o su qualsiasi altro supporto magnetico – dal contenuto informativo vero e proprio, rappresentato dal messaggio, a sua volta composto da una informazione di tipo formale (l'informazione sull'informazione, gli elementi identificativi del dato) e dalla informazione in senso proprio, a mutare sono i termini stessi del rapporto tra il contenente e il contenuto. La funzione di tale supporto non è più solo o tanto quella di rappresentare l'informazione e renderla fruibile (come il foglio di carta): esso contiene in sé già i criteri ordinativi dei dati, la matrice delle informazioni veicolate, elementi tutti determinanti ai fini della trattabilità - in specie, elaborabilità - e della trasmissibilità delle informazioni stesse, che costituiscono i principali tratti caratterizzanti l'informazione digitale, espressivi della dimensione dinamica[7] in cui essa viene intesa.

Quanto al connotato della trasmissibilità, l'informazione elettronica è, per sua natura, estremamente adatta alla comunicazione e alla diffusione, caratterizzandosi per la stretta combinazione tra il materiale informativo e i dispositivi tecnici di trasmissione, che ne definiscono e tracciano dettagliatamente il percorso; non avendo bisogno di intermediari ed essendo fruibile dagli altri a costi contenuti ed in tempi rapidissimi, tanto da renderla informazione di tipo recettizio, nel senso che per essere tale deve essere messa a disposizione (da chi la produce al destinatario individuato o alla collettività).

Con riguardo, invece, alla trattabilità e, in particolare, all'elaborabilità

453, per il quale la diffusione delle nuove tecnologie informatiche e telematiche cambia qualitativamente l'informazione, pone nuovi problemi all'interprete e soprattutto dà vita a nuove entità, la cui qualificazione come beni è appunto in discussione: si pensi agli ipertesti, ai motori di ricerca, ai domain names. Sui problemi di tutelabilità dei dati trasposti in memoria, cfr., anche, A. Montanari, *La riproduzione mediante introduzione nella memoria degli elaboratori elettronici,* in *Dir. inf.*, 1986, p. 809.

[6] A. Palmieri, *I contratti di accesso*, Milano, 2002, p. 310.

[7] Dal profilo dinamico è possibile distinguere un profilo statico dell'informazione elettronica, che rinvia alla fase della formazione e della strutturazione del *datum* (di esperienza o conoscenza), descrivendo, in sostanza, come l'informazione nasce e viene rappresentata nella sua forma tecnico-espressiva.

dell'informazione digitale, la complessità e le enormi potenzialità di trattamento – tramite la generazione, la memorizzazione, il raffronto, l'incrocio, il collegamento, la combinazione, l'ordinamento, la selezione e la ricerca attraverso più canali, ecc. – l'incredibile e prima sconosciuta velocità delle elaborazioni (elettroniche) consentite sui dati, l'assenza stessa del concetto di differenza originale-copia – dato che la copia di un file, *rectius*, i suoi duplicati, potenzialmente infiniti, sono del tutto identici all'originale – sono tutte caratteristiche che tendono alla produzione di un'informazione-risultato, suscettibile come tale di fruizione e scambio. Siamo in presenza di un nuovo tipo di informazione, ad alta e rapida trattabilità ed elaborabilità, in cui la qualificazione (elettronica) non rappresenta un mero attributo che rinvia alla modalità tecnica di rappresentazione dell'informazione (magari attraverso il collegamento ad uno dei sensi, come nell'informazione di tipo visivo, sonoro, ecc.), ma la sua connotazione fondamentale, trasformando la tecnologia utilizzata in un valore aggiunto, in una risorsa, autonomamente apprezzabile e valutabile (spesso più del contenuto informativo del singolo dato o anche di piú dati).

Le considerazioni svolte sono ancora più vere se riferite alla nuova realtà telematica: le motivazioni del successo delle operazioni di trasmissione, trattamento ed elaborazione delle informazioni in Internet risiedono in una molteplicità di fattori, alcuni di ordine strettamente tecnologico, altri di tipo economico e sociale: in primo luogo, la grande efficienza di questo modello comunicativo, dovuta all'alta velocità di trasmissione delle informazioni (ormai milioni di *bit* al secondo, abbreviato in *Megabit*), tra l'altro meno disturbate grazie alle tecniche di correzione degli errori; la maggiore economicità, legata all'estrema mobilità del *bit* che costituisce sicuramente una delle principali ragioni del successo di queste tecnologie: un insieme di *bit* (e dunque di dati, informazioni)[8] può essere spostato senza grande dispendio di energia, a differenza di quanto avviene con l'informazione memorizzata sui tradizionali supporti materiali. Inoltre, i *computers*, una volta collegati, possono scambiarsi dati e condividere risorse computazionali, distribuendo e potenziando la capacità di elaborazione e archiviazione delle informazioni. Non è un caso, dunque, che i costi delle tecnologie digitali siano diminuiti negli ultimi anni con un ritmo velocissimo, parallelamente all'enorme diffusione dei *personal computers*

[8] T. Ballarino, *Internet nel mondo della legge*, Padova, 1998, p. 37, osserva che «gli impulsi elettronici trasmessi nella rete Internet […] riaffiorano nel mondo del diritto quando i dati si ricompongono e ricostituiscono il messaggio. È soltanto in quel momento, quando diventano percettibili al soggetto, che entrano a far parte dei fatti».

e delle reti telematiche; la maggiore sicurezza e riservatezza delle comunicazioni, realizzabili attraverso opportune e sempre più diffuse tecniche di cifratura e anonimizzazione; l'alto grado di interattività, che ne fa un reale strumento di comunicazione (omnidirezionale); la multimedialità, ottenuta integrando tutte le modalità comunicative: testuale e audiovisiva, ecc.; la multifunzionalità: Internet, difatti, è utilizzata per motivi di studio e ricerca, di lavoro, per giocare, conoscere ed incontrare persone, ascoltare musica, ecc.; l'assenza di intermediari (se si eccettua l'intermediazione tecnica) nella messa a disposizione, nella condivisione e nella fruizione delle informazioni in rete (ad esempio, chiunque può essere editore elettronico di se stesso o di altri, pubblicando *on-line* pagine *web* a costi irrisori), le possibilità di accesso ad una enorme massa di informazioni, anche direttamente dalle fonti di produzione delle stesse, contraddistinte dalla rapidità e continuità degli aggiornamenti *on-line*; l'abbattimento delle distanze geografiche e temporali, grazie alla simultaneità.

Così, mentre in passato ciò che rilevava, anche dal punto di vista giuridico, era l'informazione (statica), come messaggio o come forma in cui esso era espresso, con l'avvento dell'informazione digitale, nella quale la qualità del messaggio è determinata dalla natura del mezzo che lo trasmette, il valore giuridico è riconosciuto all'informazione-strutturata, all'informazione digitale in quanto tale, in una parola ai suoi profili dinamici di trattabilità e, soprattutto, elaborabilità.

I caratteri precipui dell'informazione digitale non possono non incidere, in primo luogo, sul piano degli interessi (economico-giuridici) realizzati: così, la natura assolutamente intangibile dell'informazione determina una profonda trasformazione delle utilità che possono trarne i soggetti interessati, anch'esse caratterizzate dal venir meno di qualunque mediazione da parte di supporti materiali (si pensi, alle forme di consultazione ed eventuale ricezione per via telematica del materiale informativo, alle elaborazioni oggi possibili e prima sconosciute, ai vantaggi connessi all'assenza stessa del concetto di differenza originale-copia). Inoltre, dall'elevata e semplice trattabilità ed elaborabilità dell'informazione digitale discende il progressivo ampliamento dei caratteri ai quali risulta legato il valore commerciale del materiale informativo: si pensi alle banche dati consultabili per via elettronica, che possono presentare un interesse economico per profili, quali quello relativo alla completezza, all'aggiornamento, all'organizzazione e all'alta e pronta elaborabilità, che si vengono affiancando ai tradizionali connotati della creatività e

originalità, ai quali le norme sul diritto d'autore subordinano la tutela di questa, al pari delle altre opere di ingegno.

Riguardo al profilo della titolarità, invece, i tratti peculiari dell'informazione digitale sollevano dubbi in merito alla natura e ai contenuti della situazione giuridica soggettiva richiamabile, trattandosi, in particolare, di stabilire se possa riconoscersi al soggetto un diritto esclusivo di appropriazione sull'informazione digitale per il solo fatto di esserne il creatore (*content provider*), nonché di verificare se questi, in forza di tale diritto - o, eventualmente, l'*access provider,* in virtù del controllo che ha della gestione, diffusione e veicolazione nei canali distributivi dell'informazione stessa - possa vincolare gli utenti-navigatori alle sole forme di utilizzazione convenzionalmente determinate ed opporsi ad ogni forma di intrusione nel sistema contenente e di godimento o appropriazione indebita da parte dei destinatari dell'informazione (che siano o meno legati a lui da una relazione contrattuale)[9].

Sul piano della circolazione giuridica, poi, mentre prima che fosse possibile veicolare le informazioni attraverso i canali telematici, il materiale informativo destinato alla circolazione veniva necessariamente incorporato in supporti materiali, le cui forme circolatorie non differivano (e non differiscono tuttora) poi molto da quelle riguardanti i beni materiali; oggi, la "pura ed intrinseca immaterialità" delle informazioni digitali, comporta la generale immaterialità dei modi in cui esse vengono comunicate e apprese per via telematica. Se da ciò, in positivo, consegue una maggiore facilità e un aumento delle possibilità di raccolta, consultazione e scambio del materiale informativo da una parte all'altra del mondo, a prezzi e in tempi contenuti, peraltro, perfettamente rispondente alla natura stessa dell'informazione, di "messaggio comunicabile ad altri attraverso qualsiasi mezzo"; in negativo, non può non discenderne la difficoltà, quando non addirittura impossibilità, di controllare ed impedire, sul piano materiale prima ancora che giuridico, le forme telematiche di trasmissione, comunicazione e diffusione dei dati informativi. e, dunque, di poter disporre di un'efficace disciplina della circolazione giuridica dell'informazione digitale e dell'acquisto dei diritti sulle stesse.

Infine, i tratti ulteriori dell'informazione digitale dati dalla sua riproducibilità teoricamente illimitata e dall'assoluta identità tra il suo originale e la sua copia, *rectius,* le sue possibili innumerevoli copie, dai quali discende come sia sufficiente un solo episodio di intrusione nel

[9] Sul profilo, «irto di difficoltà» della titolarità e dell'appropriazione dell'informazione, cfr. V. Zeno - Zencovich, voce *Informazione*, cit., p. 423.

sistema in cui il dato informativo è inserito, da parte di un singolo utente, per esporlo a violazioni potenzialmente infinite, spiegano, in uno col moltiplicarsi delle occasioni di danno, le difficoltà di individuare forme adeguate ed efficienti di tutela giuridica.

Dalle osservazioni svolte – di là dalle difficoltà evidenziate, che imporranno la necessità di valutare la compatibilità delle norme del nostro sistema ordinamentale volta a volta richiamate con l'intima natura della realtà considerata – sembra potersi trarre la conclusione che l'informazione espressa in forma digitale costituisca un bene giuridico autonomo[10]: in tale contesto, infatti, l'informazione trae valore (aggiunto) dalla forma elettronica in cui è espressa e nella quale si identifica e, in tale forma, è producibile, fruibile e/o commercializzabile in via esclusiva, in una parola suscettibile di formare oggetto di diritti e conseguentemente di tutela giuridica[11]. E ciò, sia quando assuma la veste di mero dato

[10] Non possono, al riguardo, sottacersi le suggestioni ricavate dal dibattito da tempo in corso sui nuovi beni: v. P. Perlingieri, *L'informazione come bene giuridico*, in *Rass. dir. civ.*, 1990, p. 326 ss.; V. Zeno - Zencovich, voce *Cosa*, cit., p. 453; Id., *Sull'informazione come «bene» (e sul metodo del dibattito giuridico)*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1999, p. 485 ss.; D. Messinetti, *Circolazione dei dati personali e dispositivi di regolazione dei poteri individuali*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1998, p. 339 ss.

[11] Cfr. P. Perlingieri, *op.cit.,* p. 330 ss., il quale, richiamando l'autorevole opinione di S. Pugliatti, voce *Beni (teoria generale),* in *Enc. dir.,* V, Milano, 1959, p. 173 ss., evidenzia come, in realtà, «la nozione di bene postula la sua idoneità ad essere «oggetto di diritti» (art. 810 c.c.) e non già soltanto di diritti esclusivi, in termini di proprietà». Nello stesso senso, cfr. V. Colonna, *Il danno da lesione della* privacy, in *Danno resp.*, 1999, p. 29 ss. In argomento, cfr., altresí, le osservazioni di P. Català, Ebauche d'une théorie juridique de l'information, in *Informatica e dir.*, 1983, p. 19 ss.; V. Menesini, *Il problema giuridico dell'informazione,* in *Dir. aut.*, 1983, p. 433 ss.; S. Schaff, *La nozione di informazione e la sua rilevanza giuridica,* in *Dir. inf.*, 1987, p. 459 ss.; R. Pardolesi, C. Motti, *«L'idea è mia!»: lusinghe e misfatti dell'*economics of information, *ivi*, 1990, p. 345 ss. Da ultimo, per una qualificazione dell'informazione stessa come bene informatico, cfr. D. Valentino, *I* computer service contracts *e l'informatizzazione delle imprese,* in D. Valentino (a cura di), *Manuale di diritto dell'informatica*, Napoli, 2004, p. 285 s., «sia perché è il risultato finale di una elaborazione, sia perché si avvale degli stessi elementi tecnici (è contenuta in una memoria o su qualsiasi altro supporto magnetico)». *Contra* le obiezioni di quanti, in dottrina, negano all'informazione la natura di bene giuridico, ritenendo che manchi nel nostro ordinamento positivo il riconoscimento di una generale rilevanza e, conseguentemente, di una tutela giuridica dell'informazione in quanto tale, non essendo gli interessi sull'informazione tutelati come tali, ma solo strumentalmente all'attuazione di altri interessi di più ampia portata (segreto industriale e della corrispondenza, riservatezza, opere di ingegno) e non essendo le informazioni suscettibili di godimento in forma esclusiva. In tal senso, v. V. Zeno - Zencovich, *op.cit.*, p. 454 s., ove anche un'attenta ricognizione delle diverse tipologie di informazioni tutelate nel nostro sistema normativo; D. Messinetti, *op.cit.*, p. 341 ss., per il quale la domanda è l'informazione un bene giuridico è, di per sé,

singolo (l'ora esatta, l'orario di un treno, una quotazione in borsa), sia nei casi in cui si presenti nella forma aggregata più semplice di banca dati *on-line*, gestita esclusivamente via Internet, sia qualora rappresenti il risultato di più complesse elaborazioni (si pensi ad un *software* messo a disposizione in rete o, più in generale, ai contenuti creativi di una pagina *web*). In particolare, si avrà modo di verificare che nei contratti di accesso all'informazione digitale[12] essa - considerata sia come bene in sé, sia come risultato di un servizio di rete - finisce col rappresentare il punto di riferimento oggettivo e l'elemento caratterizzante una multiforme realtà contrattuale - difficilmente riconducibile ad una unica categoria o a singole figure già note o di eventuale nuova creazione - ed è destinata a svolgere una funzione fondamentale nel potenziamento e nello sviluppo della «dimensione informativa» (come complesso delle sue possibilità di informarsi e di informare) dell'essere umano[13].

L'ulteriore evoluzione verso cui stanno spingendo le tecnologie dell'informazione e della comunicazione, soprattutto attraverso la diffusione di Internet e l'integrazione della connettività in una pluralità di dispositivi, il c.d. Internet *of Things* (telefoni mobili, palmari, *notebook*, ma anche elettrodomestici, autoveicoli, ecc.), è la negazione stessa della natura dell'informazione come «messaggio comunicabile ad altri attraverso qualsiasi mezzo»[14]. Oggi, infatti, in molti casi, le trasmissioni telematiche (in ultima analisi, trasmissioni di *bit*, dunque, di informazioni) non veicolano più un messaggio, un contenuto informativo, ma un servizio. Si pensi, ad esempio, all'accesso al conto corrente bancario via Internet (*home banking*), ai servizi postali *on-line*, al numero sempre crescente di

domanda senza senso, dovendosi frantumare la materia dell'informazione perché possa passare attraverso le griglie del sistema.

[12] Sui quali v., diffusamente, *infra*. §§ 2 e 3.

[13] Per ripercorrere le linee di sviluppo dell'articolata riflessione sul tema e il rilievo che assume l'informazione sul piano dell'accrescimento delle conoscenze e della personalità del destinatario, v. V. Cuffaro, *Profili civilistici del diritto all'informazione*, Napoli, 1986, spec. p. 95 ss., spec. p. 112 s. e 150 ss. Sul principio personalistico che anima la nostra Costituzione cfr., per tutti, P. Perlingieri, *Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo-comunitario delle fonti*, 3° ed., Napoli, 2006, spec. p. 433 ss.; Id., *La personalità umana nell'ordinamento giuridico*, Camerino- Napoli, 1972, p. 133 ss.; Id., *La persona e i suoi diritti. Problemi del diritto civile*, Napoli, 2005; F. Parente, *La persona e l'assetto delle tutele costituzionali*, in G. Lisella e F. Parente, *Persona fisica*, in *Tratt. dir. civ. CNN*, diretto da P. Perlingieri, Napoli, 2012, p. 14 ss.

[14] Questa nozione pre-giuridica di informazione proposta da P. Català, Ebauche d'une théorie juridique de l'information, cit., p. 15, è accolta da V. Zeno -Zencovich, voce *Cosa*, cit., p. 453.

prestazioni offerte dalle pubbliche amministrazioni (*e-government*), alla stessa possibilità di effettuare acquisti telematici (*e-commerce*); alle diverse applicazioni delle nuove forme di Intelligenza Artificiale e della tecnologia robotica più o meno autonome, fondate su basi algoritmiche[15].

Con il che, il contenuto, il messaggio informativo del dato, recede e scompare del tutto, in quanto comprensibile solo alle macchine, che interpretano i messaggi per far funzionare i servizi di rete; per far posto al servizio elettronico, cioè ad una utilità ulteriore (potrebbe dirsi di terzo livello), ad un nuovo bene giuridico ed economico, diverso dal mero dato e diverso anche dall'informazione digitale, destinato a cambiare, ulteriormente, il nostro modo di vivere e la nostra realtà economico-sociale.

2. *I contratti di accesso all'informazione digitale a) La creazione di una pagina web*

Una volta riconosciuta la generale rilevanza giuridica dell'informazione digitale - sia come bene in sé, sia come risultato di un servizio[16], come tale suscettibile di produzione, godimento e disposizione in rete - ne risulta di tutta evidenza che essa possa formare oggetto di contratti, riconducibili all'interno dell'area assai ampia della fornitura di risorse informative espresse in forma digitale, per i quali è sembrato proprio il ricorso al generico richiamo all'accesso all'informazione digitale[17]. Il termine "accesso" – che

[15] Si pensi al veloce diffondersi dei *big data*, sistemi basati su enormi quantità di dati digitali, raccolti attraverso la rete e di molteplici dispositivi tecnologici di uso comune, analizzati ed elaborati da un numero limitato di soggetti, spesso in modo oscuro per gli interessati, vale a dire mediante l'impiego di algoritmi segreti, sempre più utilizzati per assumere decisioni, compiere profilazioni o analisi predittive, che segnano il radicale cambiamento dei servizi legati all'informazione. Cfr. F. Di Porto, *La rivoluzione* big data*. Un'introduzione,* in *Concorrenza e mercato*, 2016, 5 ss.; N. Lettieri e M. Faro*,* Big data *e Internet delle cose: opportunità, rischi e nuove esigenze di tutela per gli utenti della Rete,* in C. Perlingieri e L. Ruggeri (a cura di), *Internet e diritto civile*, Napoli, 2015, 282 ss.

[16] V., diffusamente, *supra*, § 1.

[17] Sull'importanza del diritto di accesso, cfr. J. Rifkin, *The age of access*, New York, 2000, trad. it., *L'era dell'accesso*, Milano, 2000, p. 6 s. Per un'ampia definizione dell'*access contract,* descritto come: «a contract to obtain by electronic means access to, or information from, an information processing system of another person, or the equivalent of such access», cfr. il § 102(a)(1) dell'Uniform Computer Information Transaction Act, acronimo (UCITA), sul quale si sofferma A. Palmieri, *I contratti di accesso*, cit., p. 119 ss., adottato dalla National Conference of commisioners of Uniform State Laws nel 2000, con l'ambizioso proposito di

peraltro va considerato autonomamente e, almeno potenzialmente, del tutto svincolato dall'accesso alla rete, inteso come possibilità di ingresso nel mondo Internet [18] – riflette meglio di ogni altro le peculiarità della prestazione presente in tutte le forme, più o meno complesse, dei contratti considerati, che si caratterizzano, sempre e comunque, per l'avere ad oggetto risorse informative espresse in forma digitale, rese accessibili attraverso la realizzazione di un collegamento tra elaboratori elettronici (quindi, per l'oggetto e il contesto telematico in cui si attuano)[19].

Volendo anticipare qui le constatazioni alle quali si perverrà: la pluralità e varietà dei caratteri strutturali delle fattispecie contrattuali di accesso all'informazione digitale non ne consentono una trattazione unitaria, come espressioni di un'unica categoria contrattuale ed impongono, invece, di tenere distinti diversi modelli di operazioni negoziali, costruiti intorno ai poteri e alle facoltà sull'informazione digitale che, volta a volta, vengono fornite al destinatario e alle responsabilità che ne discendono in capo al *provider,* quando è prestatore di contenuti (*content provider*), ovvero gestisce e controlla la circolazione del materiale informativo (*access provider*), per i casi, cioè, in cui metta a disposizione dei destinatari (o si impegni a fornire), per via telematica, informazioni in veste digitale[20].

dettare il diritto contrattuale dell'era digitale da adottarsi su tutto il territorio degli Stati Uniti.

[18] Per la distinzione del contratto di accesso all'informazione telematica dal contratto di accesso alla rete (di connettività), cfr. A. Palmieri, R. Pardolesi, *Gli* «access contracts»*: una nuova categoria per il diritto dell'età digitale,* in F. Di Ciommo (a cura di), *Le banche di dati giuridici*, Milano, 2002, p. 8.

[19] Si precisa che l'interesse del destinatario all'informazione, realizzato col contratto di fornitura di contenuti informativi via *web*, è, in qualche misura, mediato dalla prestazione cui il *provider* (*content* o *access* che sia) si obbliga, che, poi, rappresenta l'oggetto del contratto.

[20] Sulla progressiva emersione della considerazione e tutela della posizione del destinatario dell'informazione nei differenti piani del diritto all'informazione e degli obblighi di comunicazione delle informazioni nei rapporti contrattuali, che tuttavia «presentano significativi punti di contratto», v. V. Cuffaro, *Profili civilistici del diritto all'informazione*, cit., così p. 22. Alle asimmetrie informative sussistenti tra i contraenti - *content/access provider* e destinatario dell'informazione digitale - in danno della parte che ottiene l'accesso all'informazione digitale - nelle ipotesi, assai frequenti nella prassi, nelle quali rivesta la qualità di consumatore - tenta di porre ora rimedio la direttiva 2011/83/UE sui diritti dei consumatori. In particolare, in forza dell'art. 5, lett. g) e h) - *Obblighi d'informazione per contratti diversi dai contratti a distanza o negoziati fuori dei locali commerciali* e dell'art. 6, par. 1, lett. r) e s) - *Obblighi di informazione per i contratti a distanza e per i contratti negoziati fuori dei locali commerciali*, il professionista è tenuto ad informare il consumatore in merito alla funzionalità e all'interoperabilità pertinente con l'*hardware* e il *software* del contenuto digitale. Riguardo all'impatto che la normativa di recepimento (d.lg. 21 febbraio 2014, n. 21) determina sul codice del consumo, v. V. Cuffaro, *Nuovi diritti per*

L'analisi non si estenderà alle ipotesi nelle quali, presentando le informazioni digitali i connotati delle opere di ingegno (*software* o banche dati dotate di creatività, originalità e innovazione), le parti del contratto di accesso devono assumere come necessario riferimento la normativa sulla proprietà intellettuale[21], che, oltre ad individuare i diritti esclusivi spettanti all'autore, attribuisce una serie di facoltà operative all'utilizzatore[22]. Essa riguarderà, invece, le sole ipotesi rispetto alle quali il legislatore rinuncia ad offrire una qualche forma di tutela proprietaria alle informazioni digitali (si pensi al semplice dato informativo ovvero alle banche dati elettroniche che non presentino i caratteri della creatività, originalità e innovazione, perché costituite da dati di pubblica conoscenza, quali, ad esempio, i dati anagrafici o le statistiche ufficiali) e la regolamentazione del rapporto contrattuale di accesso (ad esempio, tra il distributore dei dati-*access provider* e l'utilizzatore finale) risulta perciò rimessa al solo strumento contrattuale e attuata dalle parti attraverso la puntuale definizione delle facoltà e dei diritti conferiti al beneficiario dell'accesso, nonché dei termini e delle condizioni previste per l'utilizzazione del materiale informativo, non potendosi riconoscere al destinatario dell'informazione digitale alcun potere di godimento o disposizione al di là di quelli che gli siano stati espressamente conferiti per contratto.

In primo luogo, rilevano i casi nei quali l'Internet *service provider* si impegni contrattualmente ad ideare, eseguire e immettere in rete una pagina *web*[23], frutto della elaborazione e aggregazione di dati (sotto forma di testo, immagini e suoni) per lo più forniti dall'utente, secondo le sue specifiche richieste. A tali ipotesi si possono avvicinare quelle in cui il prestatore si obblighi ad organizzare (conversione in linguaggio HTML di contenuti forniti dal cliente, predisposizione grafica delle pagine *web*), selezionare, rielaborare ovvero gestire il materiale contenuto nelle pagine

i consumatori: note a margine del d. lgs. 21 febbraio 2014, n. 21, in *Corr. giur*. I, 2014, p. 747; E. Battelli, *Artt. 48-51 cod. cons.*, in V. Cuffaro(a cura di), *Il Codice del consumo,* IV ed., Milano, 2015, p. 374 ss.

[21] La legge sul diritto d'autore (l. 22 aprile 1941, n. 633), come modificata, in attuazione della direttiva 91/250/CEE, relativa alla tutela giuridica dei programmi per elaboratore, dal d.lg. 29 dicembre 1992, n. 518 e dal d.l.g. 6 maggio 1999, n. 169, attuativo della direttiva comunitaria 96/9/CE, relativa alla tutela giuridica delle banche dati.

[22] Sulle interazioni tra gli istituti del contratto e della proprietà intellettuale, v. V.M. De Sanctis, M. Fabiani, *I contratti di diritto di autore*, in *Tratt. dir. civ. e comm.,* diretto da A. Cicu e F. Messineo, continuato da L. Mengoni, XXXI, 1, Milano, 2000.

[23] Per un'analisi dei principali aspetti giuridici connessi alla creazione di siti *web* da parte di *content providers*, cfr. M.S. Spolidoro, *Il sito* web, in *AIDA*, Milano, 1998, p. 178 ss.; S. Stabile, *L'attività di comunicazione nei siti* Web (Parte II), in *Dir. ind.*, 2000, p. 84 ss.

web immesse in rete dal proprio cliente. Mentre nel primo caso viene creato un nuovo materiale informativo, nel secondo si ha il semplice trattamento (nelle più varie forme di adattamento, conversione, predisposizione grafica, organizzazione, selezione, ecc.) di informazioni già esistenti, quanto al formato e alle modalità di utilizzazione. In entrambi i casi, però, può dirsi che alla realizzazione, in senso lato, della pagina *web,* attraverso la quale vengono messe a disposizione del pubblico informazioni (relative, per esempio, all'attività commerciale esercitata, ai beni e servizi offerti sul mercato virtuale, ecc.), provvede un soggetto che non è titolare del sito, ma fornisce, appunto, servizi di creazione, predisposizione e gestione di pagine *web*, assumendo la veste di *content provider* e che è, perciò, chiamato ad un controllo sulla legittimità dei contenuti che siano in una qualche misura da lui generati, configurandosi, in caso di omesso o negligente controllo, una responsabilità diretta a suo carico per fatto illecito proprio.

Presupposto dell'esercizio di tale attività sarà un contratto, avente, appunto, ad oggetto lo sviluppo e la creazione di un'opera, rappresentata dalla pagina *web,* tra un soggetto committente (che diviene titolare del sito) e il realizzatore (appunto, *content provider*). A seconda che *l'opus* dedotto nel contratto (la pagina elettronica *web)* sia realizzato nell'esercizio di un'attività di impresa o, invece, da un prestatore d'opera autonomo, si tratterà di uno speciale appalto d'opera o di un contratto d'opera[24] le cui peculiarità consistono nel fatto che i dati trattati con un certo grado di autonomia dal *content provider* nella realizzazione del sito *web* (c.d. *facere* elaborativo) risultano, per lo più forniti dall'utente-committente e mettono capo ad una *res nova*, in questo caso rappresentata da una utilità di natura immateriale - l'informazione digitale -, idonea a soddisfare l'interesse del destinatario, senza mediazioni di alcun supporto materiale. L'attribuzione della fornitura di una pagina *web* alla categoria dell'appalto d'opera dipende, pertanto, in massima parte, dalla possibilità di collocare l'informazione digitale nella categoria dei beni c.d. immateriali e risente inevitabilmente della soluzione della difficile questione sulla sua stessa

[24] Al cambiamento del *nomen iuris* consegue la trasformazione del contenuto della prestazione principale del *provider* che perde il carattere di obbligazione di risultato, con conseguente aggravio dei rischi a carico dell'utente, *ex* art. 2236 c.c. In senso critico rispetto alla possibilità che, in una materia quale quella informatica, il medesimo tipo di obbligazione possa essere oggetto di discipline tanto diverse solo sulla base della qualità del soggetto che la fornisce, cfr. G. Sbisà, *Profili generali dei contratti di utilizzazione dei* computers, in G. Alpa (a cura di), *I contratti di utilizzazione del* computer, Milano, 1987, p. 34. Per un generico richiamo alla disciplina della prestazione d'opera professionale per l'attività considerata, cfr. G. Giacobbe, *La responsabilità civile per la gestione delle banche dati*, in V. Zeno - Zencovich, *Le banche dati in Italia*, Napoli, 1985, p. 121.

natura giuridica[25].

Alle diverse fasi del contratto dovranno conseguentemente ritenersi applicabili le norme relative, rispettivamente, all'appalto o al contratto d'opera, nei limiti di compatibilità con la particolare natura dell'utilità telematica resa, con speciale riguardo alle disposizioni che, dettando una disciplina per larga parte identica per le due figure contrattuali, consentono di riscontrare e valutare nelle varie fasi del rapporto l'effettiva rispondenza dell'opera agli interessi del destinatario-committente[26].

Le specialità di questa figura di appalto d'opera (o di contratto d'opera), connesse alla peculiare natura dell'opera realizzata, consistono nel fatto che l'accettazione del sito *web*, a differenza di quanto normalmente avviene nell'appalto d'opera, non comporta l'acquisizione del materiale informativo da parte dell'utente. Alle relazioni tra chi fornisce i contenuti, chi elabora il sito, chi provvede alla sua realizzazione grafica, chi lo gestisce, lo aggiorna, ecc. (più *content provider* in relazione alle distinte parti dalla cui combinazione nasce il sito *web*, qualificabile, appunto come opera multimediale, complessa) troverà, pertanto, applicazione la normativa sul diritto d'autore[27].

All'*opus* della creazione del sito *web* normalmente si affiancano i servizi di immissione e di mantenimento in rete, che consentono al sito di essere presente in ogni momento sulla rete telematica, al quale spesso si accompagnano i connessi servizi di manutenzione e assistenza in rete,

[25] Sulla quale v., *supra*, § 1.

[26] Così, a titolo esemplificativo, il potere di verificare in corso d'opera i contenuti del sito da parte dell'utente-committente, espressamente riconosciuto dall'art. 1662 c.c. e implicito nella previsione di cui all'art. 2224 c.c. e il correlativo diritto di risolvere il (o di recedere dal) rapporto contrattuale, qualora il *content provider* non si conformi alle condizioni stabilite dal contratto. Ancora, la disciplina dei casi di difformità e vizi dell'opera, sia pure con diversi termini di denuncia (rispettivamente, sessanta giorni, *ex* art. 1667, comma 1, c.c. e otto giorni, *ex* art. 2226, comma 2, c.c.) e di prescrizione dell'azione (biennale, *ex* art. 1667, comma 2, c.c. e annuale, *ex* art. 2226, comma 2, c.c.). Inoltre, la cessazione del rapporto in corso d'opera per recesso *ad nutum* del committente, *ex* artt. 1671 c.c. e 2227 c.c., consentito anche a seguito dell'inizio dell'esecuzione dell'opera, con l'unico limite di tenere indenne il *content provider* delle spese sostenute, dei lavori eseguiti e del mancato guadagno. E gli artt. 1660, 1661, 1664, comma 1, c.c. per le variazioni al progetto iniziale - apportate dal committente oppure resesi necessarie durante lo svolgimento del rapporto avente ad oggetto l'appalto di pagina *web* - e per le revisioni del prezzo causate dal sopravvenire di circostanze imprevedibili.

[27] In particolare, poiché generalmente il sito Internet è frutto di un'attività collettiva, nascendo da più contributi coordinati e diretti da un soggetto che ne ha ideato anche la conformazione, ricorrerebbe, nella specie, l'applicazione dell'art. 7 della l. n. 633 del 1941, che considera come autore colui che organizza e dirige la creazione dell'opera stessa.

gestione e aggiornamento del sito. Si tratta di operazioni distinte non necessariamente realizzate dal medesimo fornitore: l'utente, infatti, potrebbe servirsi di un certo *content provider* per la creazione della pagina *web* e pubblicare la stessa in rete sul *server* di altro operatore. Per le ipotesi in cui il *provider* è insieme fornitore di contenuto (*content provider*), di ospitalità (*hosting* o *housing provider*) e di ulteriori servizi accessori (Internet *service provider*), il contratto si configura come contratto complesso o con causa mista, frutto del diverso combinarsi tra loro di due o più prestazioni contrattuali essenziali di varia natura, a seconda delle concrete modalità di svolgimento e, laddove dovessero ravvisarsi più distinti contratti, essi sarebbero comunque l'uno con l'altro funzionalmente collegati[28].

3. *(*Segue*). b) La messa a disposizione di contenuti e servizi digitali*

In molti casi la scelta di diffondere l'informazione, conferendole una collocazione raggiungibile per via telematica, viene operata autonomamente dal soggetto che dà origine al contenuto delle informazioni digitali (*content provider*) - e ne assume, così, la paternità materiale e giuridica - e non in esecuzione di un rapporto contrattuale di appalto d'opera o di prestazione d'opera intellettuale, avente ad oggetto la realizzazione di una pagina elettronica *web.* In tali casi, il *content provider* decide di mettere a disposizione, sul proprio sito (più spesso si tratta di un vero e proprio portale) o nella memoria del proprio *computer*, documenti, programmi e contenuti multimediali informativi, suscettibili di essere raggiunti tramite un collegamento a distanza - immagazzinati nel sistema applicando criteri ordinatori più o meno sofisticati (così, foto, immagini, videointerviste, suonerie e loghi per telefonini, ma anche combinazioni complesse di dati che danno vita a banche dati o a programmi *software*) - impegnandosi a fornire al pubblico degli utenti la possibilità di conoscere e consultare ed, eventualmente, scaricare, sempre per via telematica, i contenuti digitali di proprio interesse, offrendo, in altri termini, l'accesso agli stessi (*access provider*).

Alla forma contrattuale più semplice, nella quale il destinatario è interessato al mero contatto con determinate informazioni digitali o, più genericamente, con tutto il materiale informativo presente in un sistema elaborativo (ad esempio, la visione di un film realizzabile attraverso il

[28] Sulla normale complessità dei contratti di accesso ai servizi Internet sia consentito il rinvio a M. Gambini, *Le responsabilità civili dell'Internet* service provider, cit., p. 56 s.

collegamento al sistema automatizzato), si affiancano modelli più articolati, nei quali lo stesso tende allo svolgimento di ulteriori operazioni sul materiale informativo con cui viene a contatto per via telematica (ad esempio, il prelievo, la ricezione); ancora, ad operazioni contrattuali che attribuiscono un diritto di utilizzo dei contenuti digitali solo temporaneo se ne affiancano altre in cui tale diritto è conferito a tempo indeterminato.

La prassi contrattuale di settore conosce, pertanto, una pluralità di modelli di operazioni negoziali, costruiti intorno alle diverse possibili forme di conoscenza e sfruttamento delle informazioni digitali, difficilmente riconducibili all'interno di un unico tipo contrattuale o di più figure già note o di eventuale nuova creazione, nei quali all'impiego della più generica espressione di "uso", per definire le utilità concesse sulle risorse informative digitali, si affianca il più puntuale termine di "accesso".

Il fornitore di accesso alle informazioni per via telematica (*access provider),* che si può definire come il soggetto che, a vario titolo o anche in via puramente fattuale, predispone e gestisce un sistema capace di immagazzinare e veicolare le informazioni digitali ed è, dunque, in grado di controllarne la circolazione e distribuzione - che, peraltro, non sempre coincide con il soggetto che dà origine al contenuto delle informazioni (*content provider*) ed è in grado di assegnare diritti sulle stesse[29] - fornisce il relativo servizio attraverso collegamenti a *computers* lontani (in modalità *web* o telnet) - si pensi alla consultazione in remoto di biblioteche o di banche dati di varia natura, quali i cataloghi, gli elenchi telefonici, gli orari ferroviari, ma anche all'accesso indirizzato a specifiche informazioni[30] contenute nelle pagine *web* dei vari *server*, quali quelle dei quotidiani *on-line*, dei centri di ricerca, delle istituzioni - ed, eventualmente, tramite l'utilizzo del protocollo di comunicazione *FTP* (*File Transfer Protocol*) e, cioè, del protocollo che, permettendo di trasferire i *file* da un *computer* all'altro della rete, consente il prelievo delle informazioni e il loro recapito nella memoria dell'elaboratore controllato dall'utente.

L'accesso telematico ai dati espressi in forma digitale si configura come oggetto di un'obbligazione di risultato[31] - rappresentato dalla disponibilità

[29] Nei casi di non coincidenza tra il fornitore di accesso al sistema e il titolare dei diritti sulle risorse informative si crea una doppia relazione tra *access provider* e utilizzatore finale del materiale informativo e tra quest'ultimo e il *content provider.* Per un esame dei due distinti rapporti e delle loro strette connessioni cfr. A. Palmieri, *I contratti di accesso*, cit., p. 38 ss.

[30] Peraltro, in mancanza di espressa pattuizione in senso contrario, sembra doversi interpretare il contratto di accesso ai dati come accesso al sistema globalmente inteso, piuttosto che come messa a disposizione di specifiche informazioni in forma digitale.

[31] Qualificano l'obbligo assunto dal *provider* di fornire informazioni attraverso una

dei dati, intesa nella effettiva e tempestiva fruibilità del loro contenuto informativo - cui è tenuto il *provider*, all'interno di un rapporto, talora, diretto a soddisfare un interesse puntuale, contingente dell'utente, destinato ad esaurirsi in una singola prestazione, in un unico atto, appunto, con l'effettuazione dell'accesso informativo del tipo richiesto: è il caso del destinatario che si collega, in via episodica, ad una biblioteca o ad una banca dati via *modem*, con accesso diretto attraverso la normale linea telefonica. Ma la singola prestazione di accesso alle informazioni digitali può, altresì, riferirsi ad un rapporto destinato a protrarsi nel tempo[32], in funzione di interessi durevoli dell'utente, soddisfatti proprio dalla possibilità di ingerirsi ripetutamente, quando non ininterrottamente, in un sistema automatizzato e grazie alla continuità (almeno potenziale) della fruizione del servizio di accesso ai dati. In tal caso, i singoli accessi che si succedono nel tempo, a richiesta del soggetto beneficiario dell'accesso, si pongono come momenti esecutivi della medesima relazione contrattuale, tendente a garantire l'unico risultato dell'acquisizione, potenzialmente continua, di informazioni digitali[33].

L'accesso continuo, peraltro, rappresenta la forma più diffusa di sfruttamento delle informazioni che passa attraverso la rete Internet, quella che meglio si adatta alla sua natura di sistema di *computers* in comunicazione tra loro, attraverso i quali si realizza un flusso continuo di dati, in costante evoluzione e trasformazione e alla natura stessa delle raccolte di dati informatizzate, realtà sempre mutevoli rispetto alla loro stesura originaria, potendosi, pertanto, ritenere generalmente implicito nella stessa scelta di tale schema di accesso un interesse dell'utente al periodico e costante aggiornamento delle informazioni espresse in forma digitale.

Quanto alla qualificazione delle relazioni tra Internet *service provider* e utente, volte, genericamente, all'acquisizione per via telematica di

banca dati da lui direttamente gestita come obbligazione di risultato M. Correggia, *Responsabilità contrattuale,* in G. Cassano (a cura di), *Internet nuovi problemi e questioni controverse*, Milano, 2001, p. 316; R. D'Orazio, V. Zeno Zencovich, *Profili di responsabilità contrattuale e aquiliana nella fornitura di servizi telematici*, in *Dir. inf.*, 1990, p. 447 s.; per G. Santini, *I servizi (nuovo saggio di economia del diritto)*, Bologna, 1990, p. 533, nel contratto di informazioni «può esser rilevante sia la qualità del servizio sia la qualità della notizia». *Contra*, cfr. A. Luminoso, *Responsabilità civile della banca per false o inesatte informazioni*, in *Riv. dir. comm.*, 1984, I, p. 199.

[32] Sulla nozione di durata nei contratti, cfr. G. Oppo, *I contratti di durata,* in *Riv. dir. comm.,* 1943, pp. 157 ss., 174; L. Devoto, *Appunti per una definizione delle obbligazioni ad esecuzione continuata,* in *Riv. dir. comm.,* 1942, p. 295 ss.; S. Sangiorgi, *Rapporti di durata e recesso* ad nutum, Milano, 1965, pp. 19 ss., 67.

[33] A. Palmieri, *I contratti di accesso*, cit. pp. 53 e 207 ss., parla, al riguardo, di «accessibilità informativa».

informazioni digitali, spesso definite nella prassi licenze d'accesso[34], ai fini della individuazione della disciplina applicabile, la considerazione delle diverse forme in cui tali relazioni, volta a volta, si manifestano - dalle più semplici tendenti a garantire la mera consultabilità delle risorse informative espresse in forma digitale, si passa a quelle più complesse, in cui alla possibilità di conoscere le informazioni si accompagna la possibilità di sfruttare, generalmente in modo continuato, i contenuti informativi acquisiti, che si estrinseca nell'attribuzione di una o più facoltà determinate - e il loro comune connotarsi per l'avere ad oggetto entità caratterizzate da un'assoluta immaterialità, finiscono col rendere l'assimilazione delle prerogative concesse nel contesto digitale, nelle loro diverse graduazioni, ad utilità tangibili e a diritti di natura proprietaria[35] impossibile o forse solo in parte possibile.

In particolare, sembrano doversi respingere gli affannosi tentativi della dottrina di ricondurre i contratti di accesso all'informazione digitale in esame nel tradizionale schema contrattuale dello scambio avente ad oggetto beni corporali: la compravendita - sotto il duplice profilo delle modalità di attribuzione esclusiva e della tutela - considerandoli generalmente come mere sottospecie di vendita ovvero qualificandoli come contratti atipici, comunque sottoposti alle medesime regole della vendita[36].

[34] Nei modelli contrattuali utilizzati da importanti fornitori di accesso è usuale l'impiego dell'espressione «*license to access*», riferita a un sito *web*, a una banca dati o, più in generale, a materiali di natura informativa.

[35] A. De Franceschi, *La vendita di beni con elementi digitali*, Napoli, 2019, p. 14 s., ritiene dubbio che «la nozione di proprietà […] sia idonea a qualificare correttamente il diritto sui dati, mentre potrebbe risultare appropriata la configurazione di una nuova posizione giuridica di titolarità rispetto ai dati». Cfr., altresì, le osservazioni di G. Giacobbe, voce *Beni immateriali, I) Diritto privato*, in *Enc. giur. Trecc.,* V, Roma, 1988, p. 6, per il quale il diritto sulle creazioni intellettuali «non presenta alcun tratto comune con le posizioni soggettive di tipo proprietario […] si tratta di una posizione assoluta che realizza un'attribuzione fondamentale di un bene ad un soggetto e che potrebbe essere denominata diritto di monopolio».

[36] A. De Franceschi, *La vendita di beni con elementi digitali*, cit., p. 45 s., riferisce che «l'opinione prevalente ritiene che tali contratti siano soggetti alla disciplina della compravendita nell'ipotesi in cui si tratti di una concessione di utilizzo a tempo indeterminato a fronte del pagamento, in un'unica soluzione, di un corrispettivo». *Contra,* A. Palmieri, R. Pardolesi, *Gli* «access contracts», cit., p. 178 e, in particolare, A. Palmieri, *I contratti di accesso*, cit., pp. 21 ss., 61 ss., i quali sostengono che l'operazione negoziale concernente le informazioni computerizzate non si presti ad essere schematicamente descritta mediante categorie, concettuali ed operative, in uso nel mondo degli scambi aventi ad oggetto entità corporali e l'autonomia della categoria dei contratti relativi all'accesso ad informazioni digitali.

Tali soluzioni interpretative pongono l'accento sul fatto che il materiale informativo, oggetto della prestazione telematica di accesso, già esiste nel momento in cui viene consultato e prelevato e che l'utente tende alla sua appropriazione, o, comunque, all'acquisizione di una posizione di vantaggio sulle risorse informative espresse in forma digitale, derivata da quella di chi ne concede l'accesso, per il cui godimento è disposto a sopportare un sacrificio economico, dato dal versamento di un corrispettivo in denaro[37].

Tuttavia, il contesto digitale in cui si svolge il trasferimento virtuale delle informazioni digitali e la natura immateriale, intangibile delle entità trasferite, del tutto prive, come detto, di corporeità, per l'assenza di un qualunque supporto materiale nel quale il contenuto informativo risulti incorporato, rendono difficile individuare nelle operazioni di fornitura di informazioni telematiche il momento traslativo tipico della vendita e comportano, quale peculiare caratteristica di tali vicende negoziali, che l'operazione di prelevamento dei dati dal sistema non determini il suo impoverimento - dal momento che il materiale informativo prelevato può continuare a sopravvivere lì dove stava - e non si sostanzi nella consegna di una copia al soggetto che si è visto attribuire determinate utilità sulle informazioni digitali.

La mancanza di un supporto materiale, alla cui consegna poter legare l'esecuzione della vicenda circolatoria, impone, poi, di ricercare, ove possibile, l'atto, comunque rientrante nell'operazione contrattuale posta in essere, suscettibile di essere equiparato alla consegna, pur se privo di qualunque contatto con la realtà tangibile. Tale idea si può avere ancora nell'acquisto di un DVD, bene mobile sebbene a pieno contenuto digitale; e, più in generale, nei casi in cui esista un supporto materiale nel quale sono incorporate le informazioni espresse in forma digitale si pensi, ad esempio, ad un contratto di fornitura in rete di un *software* in cui sia prevista la consegna al licenziatario di una copia del programma registrata su un dischetto**.** L'identificabilità di un fenomeno avvicinabile alla consegna potrebbe ancora individuarsi nel *downloading* di programmi per elaboratore e, più in generale, nello scaricamento di specifiche informazioni digitali reperibili nel sistema computerizzato, nei casi in cui l'operazione contrattuale di accesso alle risorse informative preveda la possibilità di prelevarle e il passaggio virtuale

[37] La determinazione del corrispettivo può essere collegata a una pluralità di parametri: dal calcolo del tempo per il quale si protrae l'accesso al sistema, al tipo di utilità concesse al beneficiario dell'accesso, al pagamento di un canone fisso, specie nelle ipotesi di accesso continuo. Peraltro, la nuova disciplina sulla fornitura di contenuto o servizi digitali della direttiva 2019/770/UE si applica anche quando il corrispettivo corrisposto dal consumatore consista nel mettere a disposizione della controparte dati personali.

sull'elaboratore dell'utente. Ma, tale possibilità sfuma definitivamente allorché l'utente si iscriva ad un *social* di contenuti condivisi[38] ovvero utilizzi direttamente i servizi in rete[39]: ad esempio, l'archiviazione dati, gli *antivirus*, i contatori di accesso per pagine *web*, che permettono di rilevare il numero di persone che consulta un determinato sito, ecc.

Il richiamo alla disciplina della vendita, certo, comporterebbe l'indubbio vantaggio di risolvere le principali questioni applicative poste dai casi di mancato o ritardato accesso e dai difetti di qualità dei dati dovuti a inesattezza, non completezza o non aggiornamento degli stessi, attraverso l'applicazione della norma speciale prevista dall'art. 1490 c.c. sulla garanzia per i vizi della cosa venduta. Il carattere oggettivo di tale garanzia consentirebbe, in particolare, di ampliare la tutela offerta al dato informativo, che si esprime, tra l'altro, nel bisogno di fornire e far acquisire al destinatario - specie se consumatore[40] - anche per via telematica, informazioni esatte, complete, aggiornate e il più possibile conformi al suo interesse.

È importante, tuttavia, rilevare che a tutte le ipotesi nelle quali i destinatari-consumatori non riescano ad accedere al contenuto o servizio digitale o esso risulti difettoso, troverà applicazione la nuova disciplina della direttiva 2019/770/UE, relativa a determinati aspetti dei contratti di fornitura di contenuto e servizi digitali, attuata con il d.lg. 4 novembre 2021, n. 173, che ha inserito nel codice del consumo il Capo 1-bis "Dei contratti di fornitura di contenuto digitale e di servizi digitali".[41]. Il legisla-

[38] Sugli accordi tra gli utenti ed i *social networks*, v. C. Perlingieri, *Profili civilistici dei* Social Networks, Napoli, 2014, p. 23 ss.; R. Caterina, *Cyberspazio, social network e teoria generale del contratto*, in *AIDA*, 2011, p. 127.

[39] Si segnala, peraltro, che proprio la fornitura di specifici *software* in rete, prelevabili, ai fini del loro impiego nei modi e per le finalità pattuite, costituisce il mezzo più comune di cui si serve il *provider* per mettere a disposizione degli utenti una serie sempre più numerosa e variegata di servizi applicativi strumentali ed accessori, oltre a rappresentare una delle forme più diffuse di impiego della rete telematica per scopi commerciali.

[40] Laddove destinatario delle risorse informative digitali sia un consumatore, risulterebbe invocabile la normativa sulla garanzia nella vendita di beni di consumo, *ex* artt. 128 ss., codice del consumo, come modificata dal d.lg. 4 novembre 2021, n. 170 di recepimento della direttiva 2019/771/UE, relativa a determinati aspetti dei contratti di vendita di beni, che abroga e sostituisce la direttiva 1999/44/CE sulla vendita di beni di consumo.

[41] La direttiva 2019/770/UE propone un'ampia definizione di contenuto digitale. Ai sensi dell'art. 2, § 1, n. 1: il contenuto digitale è definito come (insieme di) dati prodotti e forniti in formato digitale, conforme alla definizione data dall'art. 2, n. 11, della direttiva 2011/83/UE. La medesima disciplina è estesa anche ai servizi digitali, definiti dall'art. 2, par. 1, n. 2, lett. a) e *b)* della direttiva 2019/770/UE come i servizi che consentono al consumatore di creare, trasformare, archiviare i dati in formato digitale e condividere i dati caricati o creati dal consumatore e da altri utenti di tale servizio o qualsiasi altra interazione con tali dati.

tore europeo, infatti, nel dettare regole unitarie sulla garanzia di conformità e nell'approntare l'assetto dei relativi rimedi offerti al consumatore - individuati nel diritto al ripristino della conformità o a una riduzione adeguata del prezzo o alla risoluzione del contratto - mostra di non attribuire rilevanza alcuna alla qualificazione tipologica dei contratti di accesso, laddove estende la nuova disciplina a "qualsiasi contratto" in cui l'operatore economico fornisce o si impegna fornire contenuti o servizi digitali e il consumatore corrisponde o si impegna a corrispondere un prezzo – eventualmente anche solo mettendo a disposizione del fornitore i propri dati –.

Nella consapevolezza dell'estrema varietà e complessità delle fattispecie concrete espresse dalla prassi contrattuale di settore, sembra, in via generale, doversi rilevare che le operazioni negoziali più diffuse di accesso all'informazione digitale presentano tratti peculiari difficilmente compatibili con il modello contrattuale della vendita, alla cui disciplina, tuttavia, per opinione prevalente, si ritiene che tali contratti debbano essere soggetti.

Ciò accade certamente per le forme di accesso telematico più semplici, se considerate dal punto di vista delle utilità concesse al destinatario, circoscritte all'attività statica di mera consultazione, nelle quali non sussiste alcuna traccia di trasferimento delle informazioni digitali; ma è vero anche per le figure più complesse di accesso, in cui l'interesse dell'utente non è soddisfatto dal semplice prelievo dei dati, dovendo il fornitore del materiale informativo prestare ulteriori servizi, preliminari o successivi al passaggio virtuale delle informazioni digitali, quali, ad esempio, la predisposizione degli apparati tecnici che consentono di utilizzare i canali telematici per raggiungere le informazioni stesse o per compiere su di esse una serie di operazioni. Si consideri, ancora, che nelle forme assai diffuse di accesso continuo, il carattere continuativo e la normale complessità della prestazione del servizio - nella quale, a titolo esemplificativo, deve ritenersi generalmente compresa la successiva operazione di aggiornamento delle informazioni - contrasta con il carattere tendenzialmente istantaneo della vendita.

Quanto ai modelli di accesso più semplici, nei quali l'utilizzatore ha l'interesse esclusivo ad entrare in contatto e utilizzare temporaneamente informazioni espresse in forma digitale, l'*access provider* non deve porre in essere alcuna operazione di veicolazione del contenuto informativo, dovendosi limitare alla rimozione dei limiti che impediscono l'ingresso dell'utente nel sistema che contiene il materiale informativo, con l'attribuzione di codici, *passwords* e chiavi di ingresso al sistema stesso. La fattispecie contrattuale sembra, dunque, esaurirsi in tale componente latamente autorizzatoria, che parrebbe suggerirne l'inquadramento nello

schema negoziale della licenza d'uso sulle informazioni digitali[42], il quale però sminuisce eccessivamente talune specificità dell'operazione di accesso telematico in esame, rappresentate dalla predisposizione della struttura e degli apparati tecnici (piattaforme tecnologiche per la costituzione dei canali telematici, cancelli di ingresso e di uscita) idonei alla realizzazione pratica della stessa operazione di accesso.

Nelle forme di accesso più complesse, invece, la prestazione richiesta all'*access provider,* che gestisce il sistema elaborativo dal quale è possibile prelevare materiale informativo espresso in forma digitale, sembra appuntarsi, principalmente, sull'organizzazione dei mezzi (strutture e apparati) tecnici utili all'accesso, quindi, sui profili organizzativi che - pur essendo presenti, in via prodromica e strumentale, in tutte le figure di accesso telematico - sono ancor più evidenti nei modelli che ampliano le utilità concesse all'utilizzatore finale, configurate come un dato dinamico e legato all'evoluzione tecnologica, dovendo, ad esempio, il prestatore fornire all'utente canali per la consultazione e la lettura dei contenuti digitali; apprestare le strutture per la fuoriuscita e distribuzione del materiale informativo dal sistema; prestare tutti gli accessori; dare istruzioni per l'installazione e il corretto impiego del contenuto o dei servizi digitali; assicurare la continuità e sicurezza dell'accesso; garantire gli aggiornamenti dei contenuti informativi offerti in consultazione e la loro eventuale riorganizzazione[43].

Il rilievo attribuito in tali operazioni negoziali al complesso di attività, di spiccata indole tecnologica, che deve essere svolto dal fornitore del servizio di accesso telematico, potrebbe portare a ricondurre le relative figure contrattuali nello schema negoziale dell'appalto di servizi[44], vista la

[42] A. Palmieri, *I contratti di accesso*, cit., pp. 26, 161 ss. sostiene che, in generale, «i contratti di accesso presentino caratteristiche tali da permettere il loro inquadramento come una peculiare forma di licenza sulle informazioni, lontana, peraltro dai modelli tradizionali». A. De Franceschi, *La vendita di beni con elementi digitali*, cit., p. 45 s. riferisce l'opinione prevalente che ritiene che tali contratti ricadano «nello schema del contratto di locazione ogniqualvolta si abbia la concessione di un utilizzo temporaneo verso il pagamento periodico di una determinata somma di danaro»; […] «propende per il riconoscimento di un contratto "atipico" di licenza, modellato sulle peculiarità dei beni giuridici sottostanti e che pone al centro dello schema negoziale l'autorizzazione all'utilizzo del contenuto digitale». […] «In mancanza di una organica disciplina legislativa del contratto di licenza, si ritiene tuttavia che a suddette fattispecie debba trovare applicazione la disciplina del contratto di compravendita, quantomeno per quanto riguarda le questioni relative alla garanzia per vizi».

[43] Ora la direttiva 2019/770/UE (art. 7) collega i requisiti soggettivi di conformità alla presenza di tutti gli accessori, le istruzioni, anche in materia di installazione e l'assistenza ai clienti e, altresì, gli aggiornamenti.

[44] Per la generale qualificazione in termini di appalto di servizi dei contratti relativi

prevalenza che le parti sembrano di norma riconoscere, nell'ambito delle prestazioni pattuite, al lavoro prestato sul materiale informativo offerto. Il richiamo è, in particolare, all'art. 1677 c.c., relativo alla «prestazione continuativa o periodica di servizi», così individuando la disciplina applicabile a tali forme di accesso alle informazioni digitali nelle norme dell'appalto e della somministrazione, con il limite della compatibilità col caso concreto.

Tale soluzione interpretativa tende ad evidenziare il fatto che, in via generale, nei modelli contrattuali più complessi di accesso telematico, viene ad instaurarsi tra le parti (*access provider* e utente) un rapporto di durata, avente ad oggetto – oltre, e forse più, che la semplice fornitura del bene informazione digitale – la prestazione durevole (ininterrotta o ripetuta) di un servizio informativo digitale, che presenta speciali caratteristiche di funzionalità, compatibilità e interoperabilità, idonee a garantirne l'integrazione nell'ambiente tecnologico e nel quale vanno adeguatamente valorizzati i requisiti di accessibilità, continuità e sicurezza dell'accesso[45].

alla fornitura dei servizi telematici, cfr. R. D'Orazio, V. Zeno - Zencovich, *Profili di responsabilità contrattuale e aquiliana*, cit., p. 428 ss.; R. Speciale, *Sulla configurazione giuridica dei servizi telematici. Appunti e problemi, ivi*, 1988, p. 359 ss. Per A. De Franceschi, *La vendita di beni con elementi digitali*, cit., p. 47, in riferimento ai contratti che hanno ad oggetto i servizi digitali *on line* «la figura del contratto d'opera si attaglia agli schemi contrattuali che prevedano non solo prestazioni consistenti nel mero *hosting* di contenuti dell'utente (come accade ad esempio sulla piattaforma *Dropbox*), ma anche attività consistenti nella rielaborazione dei dati». Per la qualificazione del rapporto tra *provider* di accesso e utente come appalto di servizi, cfr., in dottrina, G. De Nova, *I contratti per l'accesso ad Internet*, in *AIDA*, 1996, pp. 42 e 105 ss.; L. Albertini, *I contratti di accesso ad Internet*, in *Giust. civ.*, 1997, II, p. 95 ss.; F. Delfini, *Il d.p.r. 513/97 e il contratto telematico,* in *I contratti*, 1998, p. 305; F. Sarzana di S. Ippolito, *I contratti di Internet e del commercio elettronico*, Milano, 2000, p. 63 ss.; F. Tommasi, *I contratti di accesso ad Internet*, in G. Cassano (a cura di), *Internet nuovi problemi e questioni controverse*, cit., p. 271 ss.; N. Visalli, *Contratto di accesso ad Internet,* in *Giust. civ.*, 2002, II, p. 133 ss. Qualifica il contratto di abbonamento alla rete Internet come contratto di somministrazione di servizi R. Bocchini, *Il contratto di accesso ad Internet*, in *Dir. inf.*, 2002, p. 485 ss. *Contra* le osservazioni (per tutti, cfr. G. Cottino, *Del contratto estimatorio, della somministrazione,* in *Comm. cod. civ.* Scialoja-Branca, Bologna-Roma, 1970, p. 117; P. Rescigno, voce *Appalto (diritto privato),* in *Enc. giur. Trecc.,* II, Roma, 1988, p. 2), in ragione dello specifico riferimento dell'art. 1559 c.c. «a prestazioni periodiche o continuative di cose», escludono la stessa configurabilità di un contratto di somministrazione di servizi.

[45] Ora, per la direttiva 2019/770/UE rileva tra i requisiti soggettivi di conformità il riferimento ai requisiti di funzionalità, compatibilità e interoperabilità (art. 7). E, con riguardo ai requisiti oggettivi, si valorizzano le normali caratteristiche di funzionalità, compatibilità, accessibilità, continuità e sicurezza del contenuto e dei servizi digitali (art. 8, § 1, lett. b).

Essa, se pur suggestiva, presenta, tuttavia, il rischio di porre nell'ombra il ruolo e il valore che l'informazione digitale ha in questo tipo di negozi.

Un discorso a parte merita, in particolare, la qualificazione delle operazioni negoziali di accesso continuo all'informazione digitale, nel tentativo di ricercare una soluzione che non trascuri il profilo essenziale di tale accordo negoziale, identificabile nel fatto che la sua esecuzione non si esaurisce immediatamente (cioè con una prestazione che consti di un unico atto di accesso), ma si prolunga, perdura nel tempo, essendo possibili molteplici atti di esercizio dell'accessibilità concessa al beneficiario – aventi ad oggetto, in ultima istanza, le informazioni espresse in forma digitale contenute in un dato sistema – distinti ed autonomi, seppure connessi e proiettati nel tempo per soddisfare un interesse continuativo (o periodico) dell'utente, unico e ininterrotto, quello, appunto, al godimento dei dati resi accessibili in ogni momento, per via telematica.

Tali caratteri dell'accesso continuo ai dati sembrano in certo modo giustificare il richiamo alle norme sulla somministrazione di uso delle informazioni digitali[46]; qualificazione, però, quest'ultima, che, rimandando ad una figura contrattuale avente ad oggetto una pluralità di prestazioni continue o periodiche di cose[47] di cui l'utente-somministrato acquista il godimento, rappresentate, nella specie, dalle informazioni o, più genericamente, dai dati messi a sua disposizione in Internet, finirebbe col porre in secondo piano l'attività, il *facere,* del *provider*-somministrante tendente al raggiungimento degli scopi contrattualmente previsti, individuando l'oggetto del contratto di accesso continuo in ciò che il fornitore dà e non in ciò che egli fa. Con ciò, ingiustificatamente, escludendo che la serie di comportamenti ulteriori dallo stesso di norma tenuti, quali, ad esempio, l'apprestamento dell'organizzazione necessaria per la distribuzione dei dati o l'aggiornamento dei contenuti informativi - che pure assume un rilievo sempre maggiore in tale ambito contrattuale[48] - possano, nel concreto assetto di interessi dettato

[46] Cfr. G. Mirabelli, voce *Somministrazione*, in *Enc. giur. Trecc.*, XXIX, Roma, 1993, p. 2, per il quale non è elemento distintivo della somministrazione d'uso la genericità dell'oggetto, potendo ben essere pattuita la reiterata consegna di cose di specie. *Contra*, G. Cottino, *Del contratto estimatorio, della somministrazione*, cit., p. 112.

[47] L'utilizzabilità di tale figura nel caso in esame presuppone il superamento dell'obiezione secondo cui la somministrazione presuppone sempre la consegna di cose e che per tali si intendono quella parte di beni in senso giuridico caratterizzata dalla corporalità (cfr. V. Zeno - Zencovich, voce *Cosa*, cit., p. 444) o, meglio, dalla materialità [cfr. S. Pugliatti, voce *Cosa (teoria generale)*, in *Enc. dir*., XI, Milano, 1962, pp. 24 e 34 s.].

[48] Sul ruolo degli aggiornamenti nella fornitura di contenuto digitale e servizi digitali v. ora la direttiva 2019/770/UE che all'art. 7 lett. d) della direttiva che indica l'aggiornamento come previsto dal contratto tra i requisiti soggettivi di conformità; e all'art. 8, § 2, che

dalle parti, costituire oggetto di autonomi obblighi contrattuali a carico del prestatore e non mere attività integrative rispetto all'obbligazione principale di accesso continuativo ai dati.

Un'ultima precisazione riguarda il fatto che, l'aver dato vita ad una struttura idonea a raccogliere informazioni in forma digitale ed, eventualmente, a trasmetterle per via telematica, non implica necessariamente la volontà di chi organizza e gestisce il sistema di commercializzare l'accesso alle informazioni stesse, potendo questi essere animato dal mero intento di mettere unilateralmente a disposizione le risorse informative, in considerazione del particolare valore riconosciuto alla loro conoscenza, in genere, ai fini della semplice consultazione da parte dei soggetti interessati, per ragioni istituzionali (si pensi, alle Università), culturali o amatoriali (così, per la persona che offra la consultazione del proprio sito fotografico agli amici o, eventualmente, a chiunque vi abbia interesse, ecc.). Ciò, peraltro, non toglie che anche in questo ambito, il soggetto titolare dei diritti sulle informazioni espresse in forma digitale, che pure acconsenta alla loro libera circolazione, non possa, comunque, imporre delle restrizioni alla loro utilizzazione, ad esempio, alla loro successiva commercializzazione, oltre ai limiti che, in ogni caso, potrebbero discendere dall'esercizio dei diritti spettanti, *ex lege,* all'autore dei contenuti informativi.

Dall'analisi svolta emerge la generale vitalità dello strumento contrattuale come mezzo di allocazione delle risorse informative accessibili in rete, che sconsiglia una sua demonizzazione, in ragione della natura e delle qualità dell'informazione digitale e richiede, piuttosto, un suo adattamento all'informazione digitale stessa, che si attua attraverso la distinzione di diversi modelli di accesso e l'espressione di singole fattispecie contrattuali, caratterizzate da cause concrete che richiedono, volta a volta, adeguata regolamentazione[49].

Ai fini della scelta della normativa applicabile, non risulta condivisibile nessuna delle soluzioni interpretative indicate che, secondo il procedimento ermeneutico della sussunzione, si limitano a ricondurre le diverse fattispecie di accesso prese in esame ad un'unica figura contrattuale o a più figure già

prevede, tra i criteri soggettivi di conformità che al consumatore siano notificati e forniti gli aggiornamenti, compresi gli aggiornamenti della sicurezza, necessari al fine di mantenerne la conformità. In riferimento ai beni con contenuti digitali incorporati o interconnessi, v. ora la direttiva 2019/771/UE, art. 7, §§ 3 e 10, §§ 2 e 5 e art. 8, §§ 2 e 3.

[49] Così, M. Gambini, *Le responsabilità civili telematiche*, Napoli, 2006, p. 49 ss.; Id., *Standardizzazione degli obblighi di diligenza e colpa professionale dell'Internet service provider*, in R. Clarizia (a cura di), *I contratti informatici*, in *Trattato dei contratti* diretto da P. Rescigno ed E. Gabrielli, 2007, Torino, pp. 641-674.

note o di eventuale nuova creazione, con inevitabili forzature e sacrificio di parte degli interessi coinvolti[50]. Dovendosi, invece, preferire un procedimento ermeneutico che, partendo da un'attenta analisi del fatto, individui la disciplina maggiormente rispondente agli interessi in concreto perseguiti dalle parti con il loro singolo contratto di accesso, attingendo i principi e le regole volta a volta applicabili da un unico sistema giuridico aperto[51], frutto dell'integrazione della disciplina c.d. generale del contratto e dei diritti dei consumatori[52] con le normative di settore – principalmente, quella sul commercio elettronico[53] e ora quella sui contratti di fornitura dei contenuti e servizi digitali[54] - e con le disposizioni relative ai singoli contratti tipici compatibili e adeguate a regolare (e soddisfare) l'assetto di interessi dato.

[50] ull'inadeguatezza delle tecniche ermeneutiche della sussunzione della fattispecie concreta nella fattispecie astratta prefigurata dalla legge (nei casi in cui la legge la preveda), che finisce col sacrificare inevitabilmente le peculiarità delle circostanze concrete, soggettive ed oggettive che la compongono cfr. P. Perlingieri, *Interpretazione e qualificazione: profili dell'individuazione normativa,* in *Dir e giur.*, 1975, p. 826 ss., anche in Id., *Scuole tendenze e metodi,* Napoli, 1989 p. 29 ss. Del pari, sviliscono le peculiarità e i tratti caratterizzanti la singola operazione negoziale considerata, i tentativi volti ad individuarne la disciplina, attraendola nel tipo legale corrispondente, sulla base dell'identità tra i singoli segmenti che la compongono e le componenti costitutive del singolo schema legale richiamato, quale che sia la funzione che nel diverso contesto promuove. In tal senso, cfr. R. Sacco, G. De Nova, *Il contratto,* II, in *Tratt. dir. civ.,* diretto da R. Sacco, Torino, 1993, p. 441; R. Sacco, *Autonomia contrattuale e tipi,* in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1966, p. 790 ss., ove sottolinea il ruolo assolto dalla giurisprudenza nel processo di riconduzione del contratto tipizzato socialmente o giurisprudenzialmente ad un tipo legale. Sul complesso tema cfr., per tutti, G. B. Ferri, *Causa e tipo nella teoria del negozio giuridico*, rist., Milano, 1968, pp. 249 ss. e 355 ss.; G. De Nova, *Il tipo contrattuale,* Padova, 1974, p. 59 ss.; M. Costanza, *Il contratto atipico*, Milano, 1980, p. 24 ss.

[51] Cosí, P. Perlingieri, *Nuovi profili del contratto*, cit., p. 550.

[52] Al riguardo, V. Cuffaro, *Nuovi diritti per i consumatori*, cit., p. 748 ss., nel disegnare il quadro complessivo delle fonti alle quali occorre far riferimento quando si vogliono individuare i diritti del consumatore, esclude che «alla disciplina del contratto dettata nel codice del consumo possa attribuirsi il significato di regolamentazione di settore quando, al contrario, la stessa è ormai pienamente integrata nell'ordinamento: compito dell'interprete è delineare i tratti ed i caratteri di un sistema unitario».

[53] V. la direttiva 2000/31/CE relativa a taluni aspetti giuridici dei servizi della società dell'informazione, in particolare il commercio elettronico e il d.lg. 9 aprile 2003, n. 70 di recepimento; e la recente proposta di regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio del 15 dicembre 2020 relativo a un mercato unico dei servizi digitali (legge sui servizi digitali) e che modifica la direttiva 2000/31/CE.

[54] V. la direttiva 2019/770/UE e la direttiva 2019/771/UE e il d.lg. n. 170 del 2021 di recepimento, con le modifiche apportate al codice di consumo.

Francesco Longobucco

Doveri informativi e neoformalismo negoziale nel contratto on-chain*: dalla figura del giurista tradizionale alle nuove frontiere del* legal engineering

Sommario: 1. Il ruolo dell'informazione ed il c.d. neoformalismo negoziale nel sistema B2C: il quadro di partenza – 2. L'evoluzione del consumerismo nei sistemi *DLT* e la necessità, quanto agli obblighi informativi, di bilanciare la tutela giuridica del consumatore con la velocità della contrattazione *on-chain* – 3. L'enunciato di Lessig "*Code is Law*": una mera utopia? – 4. L'ibridazione umana dello *smart legal contract* e la corretta prospettiva del fenomeno offerta dal *Malta Digital Innovation Authority Act*. Aporie della codificazione italiana (art. 8 *ter* del d.l. n. 135/2018): c'è ancora spazio per il neoformalismo protettivo? – 5. Necessità di rifondare il ruolo del giurista: dalla prospettiva rimediale (di intervento *ex post*) alla costruzione di un sistema *DLT legally compliant* da realizzarsi per il tramite del costante dialogo tra il giurista e il programmatore. L'"intermediazione rafforzata" tra le due figure ed il riparto di responsabilità: per un'ipotesi ricostruttiva. La violazione degli obblighi informativi e di comportamento *on-chain* tra responsabilità di posizione ed azione di regresso – 6. Rilevi conclusivi: il ruolo del controllo *ex ante* nel quadro della *legal compliance* e del *legal engineering*. Linguaggio giuridico e linguaggio informatico: quale spazio per i princípi ed i valori dell'ordinamento giuridico? Verso una possibile soluzione: distinguere ciò che si può fare *on-chain* da ciò che invece non può che farsi *off-chain*. Anche lo *smart legal contract* deve essere sostenibile, equo, equilibrato, giusto.

1. *Il ruolo dell'informazione ed il c.d. neoformalismo negoziale nel sistema B2C: il quadro di partenza*

Il tema dell'informazione costituisce un *tópos* della contrattazione tra il consumatore ed il professionista, che riporta in emersione la funzione protettiva della forma scritta insita nel c.d. neoformalismo negoziale[1].

[1] V., tra i contributi più recenti, R. Alessi e V. Mannino (a cura di), *Profili del neoformalismo negoziale*, Napoli, 2013, p. 1 ss.; sullo sfondo, sempre attuali rimangono le osservazioni di P. Perlingieri, *Forma dei negozi e formalismo degli interpreti*, Napoli-Camerino, 1987, *passim*; in contrasto con N. Irti, Idola libertatis. *Tre esercizi sul formalismo*

L'informazione e la forma scritta, come ormai ampiamente acquisito al dibattito della dottrina e della giurisprudenza, infatti, si interrelano tra di loro – nel sistema sia B2C sia B2B – nella prospettiva di consentire alla parte debole del rapporto di ricevere consapevole contezza dell'oggetto del contratto. L'informazione viene veicolata, a tal fine, nel contenuto del contratto per il tramite della forma scritta.

Invero l'imperante evoluzione tecnologica e la necessità di accelerare la dinamica dello scambio hanno determinato una progressiva evoluzione sia dei mezzi atti a garantire l'adempimento degli obblighi informativi posti dal legislatore italo-comunitario a carico del professionista, sia delle varie fasi procedimentali[2] nelle quali assolvere ai prefati obblighi informativi.

Dal primo punto di vista, è noto che l'obbligo informativo può essere adempiuto non soltanto per il tramite del documento scritto in senso tradizionale, *sub specie* di scrittura privata *ex* art. 2702 c.c., ma, altresì, attraverso il c.d. supporto durevole che il consumatore può *linkare*, fare oggetto di *download*, leggere e salvare durevolmente nel tempo sul proprio strumento informatico, con il quale ha avuto accesso all'ambiente di contrattazione telematica; in generale, supporto durevole è ogni strumento che consenta al consumatore di conservare informazioni che gli sono state personalmente indirizzate, in modo da potervi accedere in futuro per un periodo di tempo adeguato alle finalità cui esse sono destinate e che permetta la riproduzione identica delle informazioni memorizzate.

Dal secondo punto di vista, l'obbligo informativo risulta ubicato nelle diverse fasi della contrattazione, da quella precontrattuale, a quella della proposta contrattuale (ciò che accade anche nel caso del contratto di subfornitura, arg. *ex* art. 2, l. n. 192/1998), sia nel *corpus* del contratto, sia nel c.d. post-contratto.

giuridico, Milano, 1985, *passim*.

[2] Adottano lo schema del procedimento, tra gli altri, R. Di Raimo, *Autonomia privata e dinamiche del consenso*, Napoli, 2003, p. 105 ss., A.C. Nazzaro, *Obblighi di informare e procedimenti contrattuali*, Napoli, 2000, *passim*.

2. *L'evoluzione del consumerismo nei sistemi DLT e la necessità, quanto agli obblighi informativi, di bilanciare la tutela giuridica del consumatore con la velocità della contrattazione* on-chain

Ma l'evoluzione connessa alla tecnocrazia e la sua incidenza sul diritto non si è ancora arrestata. Si sta affermando, infatti, il meccanismo della contrattazione c.d. *smart* che promette grandi prospettive di sviluppo proprio nell'ambito dei sistemi B2C, al punto tale da porre in discussione lo stesso ruolo tradizionale del consumatore[3]. Si pensi al caso del *prosumer*, ossia del consumatore che è a sua volta produttore, o che, consumando, contribuisce alla produzione[4]. Ma, altresì, a tutti i rapporti che possono instaurarsi in un ecosistema di contrattazione senza intermediari, basato sulla decentralizzazione e sui *contatti* o *contratti peer-to-peer* tra gli operatori economici. Per converso, stanno emergendo anche nuove forme di asimmetria di potere negoziale, come quella collegata, per esempio, all'utilizzo dei c.dd. *big data*, potendo i "dati" costituire, oggi, addirittura un corrispettivo ed essere ceduti *solutionis causa*[5].

Lo *smart contract* presenta poi un notevole impatto sull'ambiente poiché esso è totalmente *paper-less* e riduce costantemente il consumo di carta. In questo contesto l'obbligo informativo, che costella la contrattazione consumeristica, è inevitabilmente destinato a mutare fisionomia. Come potrebbe infatti il consumatore essere fruitore di quel compendio di informazioni che tradizionalmente il professionista erogava per il tramite della carta stampata? Dobbiamo forse credere che gli obblighi informativi vengano meno nel caso di contrattazione *on-chain* in nome di una fiducia incondizionata (e formalistica) sui sistemi decentrati di *blockchain* (c.d. *Distributed Ledger Tecnology*)?[6]

[3] A. Signorelli, *La tutela del consumatore in blockchain: nuovi sistemi di controllo, smart contract e neoformalismo giuridico*, in A. Nuzzo (a cura di), *Blockchain e autonomia privata. Fondamenti giuridici*, Roma, 2021, p. 108, la quale, muovendo dall'assunto che nelle *blockchain* ibride o private sia più agevole la trattativa delle condizioni contrattuali, si pone l'interrogativo che segue: "se la negoziazione in *blockchain* rimodula i termini della contrattazione, in guisa da superare il modello della predisposizione unilaterale del contratto da parte dell'agente contrattuale economicamente più forte, potrà ancora ritenersi applicabile la disciplina di *favor* delle clausole abusive non negoziate?".

[4] M.R. Maugeri, *Smart contracts e disciplina dei contratti*, Bologna, 2021, p. 83 ss.; L. Cappello, *L'evoluzione del consumatore negli ecosistemi decentralizzati*, Torino, 2022, p. 104 ss.

[5] Per un primo inquadramento, A.C. Nazzaro, *L'utilizzo dei big data e i problemi di tutela della persona*, in *Rass. dir. civ.*, 2018, p. 1239 ss.

[6] In tale prospettiva sembra invece miliare la dottrina straniera: v. T.J. De Graaf, *From old to new: from internet to smart contracts and from people to smart contracts*, in *Computer Law & Security Review*, 35, 2019, p. 9, che osserva: "many commercial parties that wish

Non credo, invero, che le tutele apprestate dal legislatore europeo in favore del consumatore, *in primis* quella che consacra il diritto all'informazione, possano obliterarsi in funzione del mezzo di contrattazione che venga di volta in volta ad essere utilizzato. E questa consapevolezza mi sembra oggi raggiunta anche nella dottrina italiana[7] e nella riflessione europea[8]. La

to sell products or services on the Internet gave an interest in complying with those laws. Traditionally, they sell more when buyers trust them. And one way to gain trust is by providing information about yourself and by complying with internet laws. *However, there is no (or less of a) need to do so with smart contracts. Because smart contracts execute themselves, trust in the code is important, not trust in the supplier*» (corsivo aggiunto).

[7] V., tra gli altri, G. Finocchiaro e C. Bonprezzi, *A legal analysis of the use of blockchain technology for the formation of smart legal contracts*, in *Media Laws*, 2020, p. 126, ove il condivisibile rilievo che "even though on the one hand parties might be more confident that the contract is performed thanks to the blockchain, on the other hand, *the blockchain does not remove the risk of unaware and disadvantaged parties*" (corsivo aggiunto). V., inoltre, A. Signorelli, *La tutela del consumatore in blockchain*, cit., p. 99, secondo la quale "parrebbe che in *blockchain* si verifichi *a fortiori*, in forza delle caratteristiche strutturali della stessa, un aggravamento procedimentale tale da non lasciare scelta all'autonomia privata: l'impiego del mezzo tecnologico avanzato richiede per l'effettività di tutela del consumatore una procedura formale di informazione necessitata perché prodromica alla conclusione del contratto stesso". A tale scenario, secondo l'a. (p. 89), farebbe eccezione, al limite, l'informativa precontrattuale, in relazione alla quale "sarebbe possibile ammettere la possibilità di comunicare al consumatore le informazioni e condizioni precontrattuali su supporto cartaceo o durevole "*immediatamente dopo*" la conclusione del contratto, nelle ipotesi in cui il consumatore abbia richiesto di impiegare un mezzo di comunicazione a distanza che non consenta di adempiere *ex ante* agli obblighi precontrattuali" (arg. *ex* art. 67-*undecies*, comma 2, cod. cons. e 124, comma 3, T.U.B.) (corsivo aggiunto). Militano in senso conforme, fino a relegare il contratto col consumatore nell'alveo dello *smart contract* puramente "esecutivo" del contratto tradizionale *off-chain*, le osservazioni di M. Crisafulli, *L'era degli Smart Contracts: potenzialità e limiti di uno strumento rivoluzionario*, in *Diritto mercato tecnologia*, 2021, p. 30 s., per il quale "la tutela relativa alle informazioni precontrattuali obbliga il professionista a trasmettere al consumatore una traduzione chiara, leggibile e fedele del codice informatico, che sia comprensibile al contraente ritenuto debole. Solo se questa condizione viene soddisfatta, il consumatore potrà ritenersi giuridicamente vincolato agli obblighi nascenti dallo *smart contract*. Si ritiene dunque che nella contrattazione consumeristica, per ogni *smart contract*, il professionista dovrà fornire al consumatore una traduzione in linguaggio naturale del contenuto del contratto stesso. Il fatto che poi sarà proprio tale traduzione ad essere considerata vincolante tra le parti, riduce inevitabilmente lo *smart contract* ad un mezzo di esecuzione del regolamento contrattuale. Non si esclude però un futuro intervento del legislatore che vada a creare delle regole *ad hoc* per la trasmissione dell'informativa precontrattuale al consumatore che decida di servirsi dello *smart contract*".

[8] Nel *Draft* elaborato dall'ELI (*European Law Institute*) su *Blockchain Tecnology and Smart Contracts*, al quale ho personalmente partecipato, emerge chiaramente questa prospettiva: "a smart contract should be an eligible way to express the will of a party. However, this should certainly not lead to a reduction of the protection of market participants or consumers, i.e. all remedies (e.g. moral unlawfulness remedies, consumer protection rules) also apply

questione si estende, incidentalmente, all'annoso problema della garanzia dello *jus poenitendi*, per il quale immaginare, probabilmente, una "funzione *kill*" (anch'essa oggetto di informativa obbligatoria), al fine di far cessare l'auto-esecuzione dello *smart contract*, potrebbe consentire un giusto bilanciamento tra linguaggio informatico e tutela giuridica[9].

Ma la rilevanza di assicurare l'assenza di asimmetrie informative anche *on-chain*, assunto che la contrattazione oggetto di esame rappresenta un'evoluzione estrema di quella "a distanza" (artt. 45 ss. cod. cons.)[10], induce, prima ancora, a riflettere sulla stessa natura del c.d. *smart legal contract*. Mi sembra consolidato, ormai, che la contrattazione macchinica debba essere calata nel sistema giuridico al quale apparteniamo, non potendola relegare al mero mondo delle cose, ciò specie nei casi in presenza dei quali il contratto si formi direttamente *on-chain* e lo *smart contract* non sia una mera esecuzione di un contratto stipulato *off-chain*[11].

Dall'altro lato, non può sottacersi l'esigenza, anche in presenza di operazioni complesse, di non appesantire ed ingessare eccessivamente un mezzo che, per sua natura, è volto ad incentivare la velocità degli scambi di massa. In tal senso lo *smart legal contract*, ossia quello che si forma interamente *on-chain*, dovrà possedere quantomeno uno scheletro minimo atto ad integrare i requisiti essenziali del contratto (identificazione delle parti, determinatezza e determinabilità dell'oggetto, causa)[12].

---

in the context of smart contracts". V., da ultimo in argomento, A.U. Janssen e F.P. Patti, *Demistificare gli smart contracts*, in *Oss. dir. civ. comm.*, 2020, p. 45, i quali richiamano, dissentendo sul punto, la formalistica e non convincente tesi di A. Savelyev, *Contract Law 2.0: 'Smart' Contracts as the Beginning of The End of Classic Contract Law*, in *Information and Communications Technology Law*, 26, 2017, p. 131, secondo cui "*the whole layer of legal provisions relating to consumer law (…) is non-applicable to smart contracts*», poiché gli *smart contracts* «*are egalitarian by its nature*" (corsivo aggiunto).

[9] V., in tal senso, anche S.A. Cerrato, *Contratti tradizionali, diritto dei contratti e smart contract*, in R. Battaglini e M.T. Giordano (a cura di), *Blockchain e smart contract*, Milano, 2019, p. 305; *contra*, sul punto, l'invito di M.R. Maugeri, *Smart contracts*, cit., p. 64 s., di "immaginare (…) di modificare la disciplina, eliminando quantomeno il c.d. "recesso di pentimento", previsto dall'art. 52 del cod. cons.".

[10] Egualmente, in tal senso, M.R. Maugeri, *op. cit.*, p. 61.

[11] Egualmente, ancora, M.R. Maugeri, *op. cit.*, p. 55.

[12] S.A. Cerrato, *op. cit.*, p. 297. Ancora estremamente attuali rimangono le osservazioni di G. Santini, *Commercio e servizi. Due saggi di economia del diritto*, Bologna, 1988, p. 305, secondo il quale "(…) ogni meccanismo capace di ridurre i tempi e i modi di contrattazione aumenta il numero degli scambi e conseguenze i ricavi e le occasioni di guadagno di quella scelta di strumenti per consentire uno scambio anche senza un'espressa manifestazione di volontà o quantomeno con un'espressione di essa contenuta in ridotta all'essenziale".

3. *L'enunciato di Lessig* "Code is Law"*: una mera utopia?*

Come conciliare, dunque, l'esigenza di snellire i processi di contrattazione con quella di garantire al consumatore la consapevolezza dell'acquisto? Sicuramente, in tale prospettiva, v'è la necessità metodologica di rinunciare alle prospettive c.dd. pure, che tendono cioè ad esaurire il fenomeno dello *smart contract* nell'ambito di ciò che è soltanto un codice informatico[13]. In realtà, costituisce un dato non discutibile che il linguaggio informatico e quello giuridico sono tra di loro disomogenei e non tutto ciò che viene detto dall'uomo può essere detto in codice[14]. C'è da meditare ancora molto, infatti, sulla portata dell'enunciato di Lessig "*Code is Law*"[15], poiché esso può generare fraintendimenti ed illusioni[16], giacché quello che può essere tradotto in un codice è davvero un frammento del più variegato universo giuridico, fatto di testo, contesto, interpretazione e valori. La stessa informazione, da intendersi quale dato finalizzato e significativo per il suo fruitore[17], difficilmente si rende assoggettabile alla classica formalizzazione informatica e ad essere processato secondo la logica "*if-then*"[18].

[13] V., tra gli altri, A. Savelyev, *Contract Law 2.0*, cit., ove l'inverosimile assunto che "smart contracts (…) may operate without an overarching legal framework. De facto they represent a technological alternative to the whole legal system".

[14] V. le corrette riflessioni di F. Rampone, *Giuristi e informatici: the code is not law*, in *Ciberspazio e Diritto*, 2020, p. 303 ss.

[15] L. Lessig, *Code and Other Laws of Cyberspace*, New York, 1999, *passim*.

[16] V., per esempio, A. Wright and P. De Filippi, *Decentralized Blockchain Technology and the Rise of Lex Cryptographia*, 2015, per la conclusione discutibile secondo cui "*in the near future, it is conceivable that people will rely on powerful smart contract programming languages to organize their own affairs without the technical need for a lawyer*", sebbene poi gli aa. riconoscano che "lawyers will no longer focus on the drafting of boilerplate legal provisions; they could leave the details to a machine, and concentrate on higher order legal work to identify the core provisions of a contractual agreement that should be implemented into code" (p. 24).

[17] V., da ultimo, E. Bassoli, *Algoritmica giuridica. Intelligenza artificiale e diritto*, Amon, 2022, p. 41 s.

[18] E. Bassoli, *op. cit.*, p. 36, pone efficacemente in luce come "l'oggettivizzazione dovuta alla traduzione della complessità semantica in regole sintattiche (…) dovrebbe tenere conto di elementi soggettivi, come la creazione della regola giuridica in un determinato contesto storico e culturale, che mal si attagliano ad una prospettiva oggettivizzata che si contrappone a una struttura dinamica, vivente del diritto. Un altro scoglio è costituito dal linguaggio giuridico che è sì un linguaggio formale, ma che presuppone conoscenze attinte dal linguaggio naturale, frutto di esperienze difficili da formalizzare. Ma l'*impasse* di maggior momento appare la cristallizzazione del diritto (…). Un qualunque sistema di intelligenza artificiale, sia esso basato su Sistemi esperti classici, sia esso riconducibile ai moderni approcci statistici di *machine learning* e *deep learning*, proprio perché riferito o a regole o a precedenti, rischia di risultare immutabile, costringendo il giudice ad una fossilizzazione

4. *L'ibridazione umana dello* smart legal contract *e la corretta prospettiva del fenomeno offerta dal* Malta Digital Innovation Authority Act. *Aporie della codificazione italiana (art. 8 ter del d.l. n. 135/2018): c'è ancora spazio per il neoformalismo protettivo?*

Queste brevi considerazioni inducono a dover prediligere una definizione di *smart legal contract* necessariamente aperta all'ibridazione umana, nel senso che il linguaggio dell'uomo, segnatamente quello giuridico, ove non traducibile in un *Code* informatico, non può essere sacrificato neppure nella prospettiva di semplificazione più sopra posta in evidenza[19]. Laddove il linguaggio giuridico si scontri infatti con il limite invalicabile della intraducibilità informatica, lo stesso dovrà trovare necessariamente altre vie di veicolo. Un ausilio può arrivare dal documento informatico, da non confondersi propriamente con lo *smart contract*[20], che, nel contesto della digitalizzazione, può contenere informazioni finalizzate – tipiche del linguaggio (umano) descrittivo della realtà – così fornendo consapevolezza al complesso procedimento di contrattazione che si avvale dello *smart contract* medesimo[21].

In quest'ottica di indagine merita allora condivisione la definizione contenuta nel *Malta Digital Innovation Authority Act*, nel quale il *legal smart contract* viene definito come "*an agreement concluded wholly or partly in an*

del diritto che mal si concilia con i continui mutamenti sociologici, economici, politici".

[19] *Retro*, § 2, nota 12.

[20] Distinguono, opportunamente, lo *smart contract* dal documento informatico, E. Battelli e E.M. Incutti, *Gli smart contracts nel diritto bancario tra esigenze di tutela e innovativi profili di applicazione*, in *Contr. impr.*, 2019, p. 929. Spunti, altresì, in S.A. Cerrato, *Contratti tradizionali, diritto dei contratti e smart contract*, cit., p. 297, ove il rilievo che la contaminazione tra *smart contract* e documento informatico/elettronico "potrebbe non piacere ai puristi, ma trovo che sia una soluzione capace di esaltare le potenzialità dello *smart contract* e colmare le lacune che possono frenarne un utilizzo concreto". V., altresì, sulle nuove declinazioni del formalismo negoziale in *blockchain*, A. Signorelli, *La tutela del consumatore in blockchain*, cit., p. 102 ss., ed *ivi* la notazione che "in assenza di "certificatori esterni", solo una tipologia di *blockchain* ibrida o privata, caratterizzata dall'identificazione dei soggetti partecipanti, potrebbe assicurare ai documenti informatici registrati l'efficacia e la validità di cui all'art. 2702 c.c., in quanto sottoscritti con quella peculiare forma di firma elettronica definita "firma identificata" (art. 20, c. I-*bis*, primo per., CAD). […] Viceversa l'impiego di una *blockchain* aperta caratterizzata dall'assenza di previa identificazione non consentirebbe (…) di ricomprendere gli *smart contract* nella fattispecie di firma digitale avente la valenza probatoria prevista dalla legge poiché, nonostante le elevate caratteristiche di sicurezza previste da quest'ultima, la firma di una transazione all'interno di una *blockchain* non potrebbe a essa essere equiparata nemmeno per estensione analogica".

[21] Da intendersi, appunto, quale mera ulteriore tecnica di formazione dell'accordo *inter absentes*, non per questo sottratta alla disciplina dell'ordinamento giuridico.

electronic form, which is automatable and enforceable by execution of computer code, although some parts may require human input and control and which may be also enforceable by ordinary legal methods or by a mixture of both"[22].

Il richiamo alla prospettiva di metodo maltese mostra, *a contrario*, tutte le aporie che connotano invece lo sforzo codificatorio italiano, contenuto nell'art. 8 *ter* del d.l. n. 135/2018, a tenore del quale "si definisce *smart contract* un programma per elaboratore che opera su tecnologie basate su registri distribuiti e la cui esecuzione vincola automaticamente due o più parti sulla base di effetti predefiniti dalle stesse. *Gli smart contracts soddisfano il requisito della forma scritta previa identificazione informatica delle parti interessate*, attraverso un processo avente i requisiti fissati dall'Agenzia per l'Italia digitale con linee guida da adottare entro novanta giorni dalla data di entrata in vigore della legge di conversione del presente decreto".

Di là dal tentativo irrealistico di escludere – nella definizione normativa italiana posta a confronto con quella maltese – l'assenza di ogni ipotesi di *failure* della macchina, in presenza della quale, come osserveremo, non può che assistersi ad una reviviscenza dell'intervento dell'interprete – non appare condivisibile neppure l'equiparazione introdotta dal legislatore italiano con la forma scritta *ex* art. 2702 c.c.[23]. Tale equiparazione, di sapore tutto formalistico, oblitera infatti, ingiustificatamente, ogni considerazione in merito alle funzioni che il moderno neoformalismo negoziale ha assunto nel corso degli anni, specialmente nel settore B2C, *in primis* quella di tutela e di protezione del contraente debole. Sì che, come non è pensabile che i doveri informativi verso il consumatore possano cedere il passo alla semplificazione del mezzo di contrattazione prescelto e sulla base della fiducia illimitata verso i registri distribuiti[24], del pari non può consentirsi che lo *smart legal contract* possa assolvere *ex se* alla funzione notoriamente protettiva della forma scritta.

Così come, se la contrattazione si attuasse tramite moduli o formulari contenenti condizioni generali di contratto, il requisito della doppia sottoscrizione (art. 1341, comma 2, c.c.) dovrebbe assolversi mettendo a disposizione dell'aderente-consumatore un separato ed autonomo documento informatico da leggere attentamente e da sottoscrivere *off-chain*, oppure direttamente *on-chain* tramite sottoscrizione digitale *ad hoc*[25].

[22] Cfr. art. 2 del *Malta Digital Innovation Authority Act* (ACT XXX), richiamato anche da M. Crisafulli, *L'era degli Smart Contracts*, cit., p. 36.

[23] Nello stesso senso, opportunamente, F. Rampone, *Giuristi e informatici*, cit., p. 303 ss.; *contra*, S.A. Cerrato, *Contratti tradizionali, diritto dei contratti e smart contract*, cit., p. 298.

[24] *Retro*, § 2, nota 6.

[25] Propende per entrambe le soluzioni S.A. Cerrato, *op. cit.*, p. 304 s., il quale

5. *Necessità di rifondare il ruolo del giurista: dalla prospettiva rimediale (di intervento* ex post*) alla costruzione di un sistema* DLT legally compliant *da realizzarsi per il tramite del costante dialogo tra il giurista e il programmatore. L'"intermediazione rafforzata" tra le due figure ed il riparto di responsabilità: per un'ipotesi ricostruttiva. La violazione degli obblighi informativi e di comportamento* on-chain *tra responsabilità di posizione ed azione di regresso*

Il percorso per adattare il diritto dei consumatori alla tecnologia *blockchain* è però ancora lungo e deve consolidarsi nella prassi operativa.

Già all'orizzonte si delinea invero un cambio radicale di prospettiva: la necessità di ripensare il ruolo che il giurista assume nel processo di interpretazione-integrazione del contratto anche *smart*[26]. Non si tratta di valorizzare soltanto i c.dd. oracoli esterni, ossia quei sistemi che consentono di plasmare l'algoritmo alle circostanze esterne[27], bensì proprio di rifondare radicalmente il ruolo del giurista.

Ciò significa che, ferma restando la prospettiva tradizionale di intervento correttivo *ex post* in caso di *failure* della macchina attraverso la prospettiva rimediale[28], il giurista deve cooperare con il programmatore informatico, pur nella diversità dei loro linguaggi. Ciò significa che, sebbene noi siamo abituati a pensare all'intervento del giurista *ex post* in occasione

opportunamente sottolinea come "la predisposizione di un documento autonomo contenente le sole clausole (onerose o) vessatorie uniforma la procedura di doppia sottoscrizione alla più recenti e rigorose posizioni della giurisprudenza di merito".

[26] Sottolinea D. Fauceglia, *Il problema dell'integrazione dello* smart contract, in *Contratti*, 2020, p. 591 ss., spec. p. 610, che "l'integrazione e la conformazione diretta dello *smart contract* è un problema rilevante soprattutto se si considera che tale strumento della tecnologia *blockchain* è frequentemente utilizzato nei settori i cui contratti sono – non di rado – soggetti ad una integrazione cogente (*ex* artt. 1339 e 1419, comma 2, c.c.), come il settore bancario ed energetico".

[27] Definiti come "il fattore che maggiormente potrà adattare l'intrinseca rigidità degli *smart contracts* ai dinamici e variabili interessi delle parti" da E. Battelli e E.M. Incutti, *Gli* smart contracts, cit., p. 933.

[28] V., in tal senso, le osservazioni di F. Di Giovanni, *Intelligenza artificiale e rapporti contrattuali*, in U. Ruffolo (a cura di), *Intelligenza artificiale e responsabilità*, Milano, 2017, p. 132 ss., per il quale occorre spostare l'epicentro sulla verifica di conformità del prodotto contrattuale (della macchina) ai fini, agli intenti, alle aspettative e agli affidamenti umani. In caso di assenza di detta conformità, per esempio nell'evenienza di errore ostativo, ovvero di *hackeraggio* o di *imprévision du fait*, l'attenzione deve spostarsi necessariamente sul controllo dell'effettività del "consenso espresso" dalla macchina. Ciò dovrà inevitabilmente avvenire *ex post*, avendo di mira il *risultato* dell'attività della macchina intelligente e le sue eventuali patologie, così dovendosi azionare i rimedi civili atti a correggere non solamente l'errore nel quale la macchina sia incorsa (arg. *ex* 1433 c.c.), ma altresì le ulteriori patologie più gravi.

della patologia contrattuale e nel momento della lite, la contrattazione *smart* ci impone invece di essere presenti già nella fase di predisposizione dell'algoritmo, anticipando il controllo e così, per esempio, indicando *a priori* al programmatore informatico la disciplina imperativa e di applicazione necessaria, ipotizzando eventuali possibili sopravvenienze, eseguendo la traduzione scritta dell'algoritmo e cercando di garantire la massima fedeltà al *Code*, versando invece *off-chain* tutto ciò che, a seguito di un confronto con l'informatico, non sia riproducibile *on-chain*.

Dobbiamo rassegnarci, insomma: non tutto si potrà fare *on-chain* se parliamo di conformità normativa.

Ne discende che, già in sede di programmazione, l'algoritmo dovrà essere reso pienamente *legally compliant*, dovendosi al contrario immaginare una responsabilità concorrente del programmatore e del giurista che lo ha affiancato[29].

Chi risponde peraltro della violazione degli obblighi informativi previsti dal Codice del consumo? La possibile soluzione è più complessa nel sistema delle *blockchain* pubbliche, che sono altamente decentralizzate, mentre rimane più agevole pensare, per una *blockchain* privata o ibrida, ad una imputazione di responsabilità, per violazione di obblighi comportamentali o informativi, in capo diretto ai *contributors* professionisti posti a loro volta sotto il controllo dei gestori del sistema e dei nodi validatori[30].

[29] Secondo M. Crisafulli, *L'era degli Smart Contracts*, cit., p. 24, si dovrebbe "fare riferimento ad una sorta di "intermediazione rafforzata". Potrebbe infatti accadere che programmatori o ingegneri privi di competenze legali, omettano di garantire, in sede di redazione di contratti intelligenti, l'applicazione di norme di ordine pubblico o di norme poste a tutela di alcune categorie protette, quale può essere quella dei consumatori. Allo stesso modo potrebbe accedere che un giurista non avvezzo al linguaggio di programmazione non sia assolutamente in grado di tradurre le volontà delle parti in codice informatico". Sul fronte del riparto delle responsabilità ipotizzabili, l'a. (p. 25) sottolinea che "il giurista avrebbe il compito di illustrare al tecnico informatico tutte le dinamiche contrattuali, il significato delle clausole convenute dalle parti e la necessità di integrazione del regolamento contrattuale alla luce di ulteriori norme di legge. L'attività svolta dal professionista legale rientrerebbe a pieno titolo nella disciplina della professione intellettuale, pertanto l'obbligazione nei confronti del cliente si qualificherebbe come un'obbligazione di mezzi e non di risultato. L'eventuale responsabilità del professionista potrebbe sorgere nel caso in cui lo stesso sia venuto meno all'osservanza della diligenza richiesta per l'attività professionale che ha prestato. Al contrario, il programmatore avrebbe il compito di garantire che lo *smart contract* sia in grado di eseguire in modo esatto l'accordo come delineato dalle parti. Per questo motivo, in caso di malfunzionamento dello *smart contract*, egli potrebbe incorrere in responsabilità sia di tipo contrattuale che di tipo extracontrattuale".

[30] Lo pone in luce A. Signorelli, *La tutela del consumatore in blockchain*, cit., p. 87, la quale ipotizza anche l'esperibilità di eventuali azioni di regresso nei confronti dei responsabili sostanziali (secondo l'a., segnatamente, "il criterio formale di imputazione

6. *Rilevi conclusivi: il ruolo del controllo* ex ante *nel quadro della* legal compliance *e del* legal engineering. *Linguaggio giuridico e linguaggio informatico: quale spazio per i princípi ed i valori dell'ordinamento giuridico? Verso una possibile soluzione: distinguere ciò che si può fare* on-chain *da ciò che invece non può che farsi* off-chain. *Anche lo* smart legal contract *deve essere sostenibile, equo, equilibrato, giusto*

È dunque opportuno, per gli imprenditori e professionisti che operano sui registri in *blockchain*, adottare un sistema di *legal compliance* al fine di mitigare i rischi legali, definire responsabilità, evitare i costi di controversie successive[31].

Cambia l'interpretazione tradizionale del contratto, la quale diventa elemento sustanziale e coessenziale alla predisposizione dell'algoritmo. Vengono insomma in rilievo le nuove ed ancora non del tutto esplorate potenzialità del c.d. *legal engineering*[32], come moderna declinazione dell'interpretazione giuridica, il quale impone al giurista di svolgere la sua attività in sincrono con i tecnici che programmano l'algoritmo, al fine di renderlo il più possibile conforme al quadro normativo ed ai princípi e ai valori dell'ordinamento giuridico, direttamente *on-chain* o, in mancanza, necessariamente tramite strumenti *off-chain* atti a governare, più realisticamente, il bilanciamento ragionevole degli interessi in gioco[33].

delle responsabilità funzionale all'effettività delle disposizioni di garanzia in materia di consumeristica potrebbe cedere nei rapporti interni tra i vari soggetti che operano a titolo gestorio all'interno del *network*, in modo tale che le conseguenze finali dell'inadempimento dei doveri di informativa gravino su chi si sia reso effettivamente autore della violazione").

[31] Si tratta di evitare, nella specie, "il rischio di incorrere in sanzioni giudiziarie o amministrative, perdite finanziarie rilevanti o danni di reputazione in conseguenza di violazioni di norme imperative (di legge o di regolamenti) ovvero di autoregolamentazione (es. statuti, codici di condotta, codici di autodisciplina)" (v., in argomento, tra i primi lavori organici che fanno il punto sulla rilevanza dell'istituto e sulle sue applicazioni in Italia, V. Sanasi D'Arpe, *Funzione di compliance e nuovi modelli di governance dell'impresa bancaria*, Bari, 2020, *passim*).

[32] Il *legal engineering* si correla specularmente alla nozione di *legal compliance*, trattandosi di una attività di consulenza che mira a fornire conformità giuridica a qualsiasi progetto imprenditoriale. Essa ha lo scopo di individuare preventivamente i rischi legali connessi all'impresa e di porre in atto tutte le azioni di rimedio per mitigare i rischi di controversia e contenzioso.

[33] Molto penetranti, e condivisibili sul punto, le osservazioni di F. Rampone, *Giuristi e informatici*, cit., p. 303 s., con riguardo ad un ipotetico *smart contract* di locazione di immobile destinato ad uso abitativo: "andrebbe poi considerata anche la lesione dei diritti del conduttore in bilanciamento con quelli di credito del locatore: il diritto alla vita di relazione, all'incolumità, alla dignità della persona, alla proprietà di tutto quanto è in casa, ecc. *In molti casi non sarebbe solo impossibile o contrario alle leggi, ma profondamente ingiusto*. Un eventuale *smart contract* dovrebbe quindi essere limitato a certi aspetti (ad esempio

In attesa di nuove articolate discipline di settore[34], sebbene in un quadro di ipertrofia normativa ormai imperante, rimangono sufficienti, a mio avviso, le categorie ed i princípi di cui già disponiamo, e non per applicarle nei semplici limiti della "compatibilità" con il fenomeno informatico o della mera analogia ed estensione, bensì cogliendo, di volta in volta, i limiti del dialogo tra informatici e giuristi, per controllare giuridicamente *off-chain* ciò che non può essere controllato *on-chain*[35].

Sembra un paradosso, ma, per fortuna, i giuristi – pur dovendo ancora tanto approfondire la loro formazione in tema di "*Coding for Law*" – non sono destinati ad estinguersi, essendo impossibile che il *Code* diventi *Law*, trattandosi di linguaggi disomogenei. Soltanto in questa prospettiva, in un reale clima di "nuovo umanesimo"[36], potrà piegarsi la tecnica al *nómos* ed ai valori, aprendo la strada alla leale collaborazione tra tecnologia e diritto, così raggiungendosi l'ultima auspicabile frontiera di uno *smart legal contract* che possa predicarsi alla maniera tradizionale (ma irrinunciabile per il giurista), come sostenibile, equo, equilibrato, giusto[37].

calcolo e addebito degli interessi di mora o dell'imposta di registro), ma non dovrebbe spingersi oltre, almeno non prima di un intervento di un giudice o di un accordo tra le parti" (corsivo aggiunto).

[34] Fatte oggetto di auspicio da parte di M.R. Maugeri, Smart contracts, cit., p. 92. Egualmente v. S.A. Cerrato, *Contratti tradizionali, diritto dei contratti e smart contract*, cit., p. 312 s.

[35] Che il controllo è elemento essenziale del metodo giuridico è sottolineato, nei più recenti contributi, da G. Zaccaria, in F. Viola e G. Zaccaria, *Diritto e interpretazione. Lineamenti di teorie ermeneutica del diritto*, Bari, 2004, p. 196, il quale identifica il metodo giuridico stesso con "l'insieme dei procedimenti intellettuali e dei loro criteri-guida e di controllo, utilizzati dai giuristi o nell'esercizio della conoscenza e della ricerca del diritto […], o nell'impegno concreto nei processi di concretizzazione giuridica".

[36] Mutuo le parole di N. Irti, nella sua recente Intervista dell'ottobre 2021 sul suo libro, scritto con Emanuele Severino, *Diritto e tecnica*, Bari, 2001: "oggi, a distanza di venti anni, forse avevamo ragione entrambi: aveva ragione il filosofo nel descrivere l'immane potenza della tecnica, aveva in qualche misura ragione anche il giurista nel riservare al diritto una sfera autonoma di azione […] Si tratta di stabilire tra noi e la tecnica un rapporto che definirei di nuovo umanesimo, considerando la tecnica come una creatura dell'uomo, non come qualcosa che è fuori e contro di lui. Secondo una linea che nasce dal Rinascimento, la tecnica appartiene al mondo che l'uomo va costruendo nel corso della propria storia, non è un nemico".

[37] V., sebbene ancorate ancora alla prospettiva rimediale *ex post*, le opportune osservazioni di A. Morace Pinelli, *Il contratto giusto*, in *Riv. dir. civ.*, 2020, p. 679 s., secondo il quale "in verità non può negarsi un controllo del giudice a valle. Lo *smart contract* potrebbe essere illecito, ove la causa o l'oggetto fossero contrari a buon costume, ordine pubblico o norme imperative. Potrebbe essere nullo, se, ad esempio, abbia ad oggetto beni *extra commercium* e vi è spazio anche per la sua annullabilità per incapacità o vizi del consenso, potendosi scegliere un contratto algoritmico in base ad una volontà viziata. E questo controllo del

giudice, a nostro avviso, nell'attuale stadio evolutivo dell'ordinamento, non può che riguardare anche la "giustizia" del contratto, nel caso in cui parte dello *smart contract* sia un soggetto debole, tutelato dalla legge, con la conseguenza che dovrà essere congegnato in maniera tale da garantire l'equilibrio considerato dal legislatore". V., sul tema, anche A. Federico, *Equilibrio e contrattazione algoritmica*, in Aa.Vv., *Rapporti civilistici e intelligenze artificiali: attività e responsabilità*, Atti del 15° Convegno Nazionale SISDIC, 14-15-16 Maggio 2020, Napoli, 2020, p. 85 ss.

Andrea Nervi

Informazione e contratto in ambito bancario e finanziario. Un itinerario ancora in fieri *nell'esperienza italiana*

Sommario: 1. Inquadramento; una retrospettiva sulla teoria generale del contratto – 2. Le peculiarità della contrattazione bancaria e finanziaria: a) il quadro sostanziale – 3. (*Segue*). b) gli aspetti rimediali – 4. Una chiosa finale.

1. *Inquadramento; una retrospettiva sulla teoria generale del contratto*

Corrisponde ad un comune sentire, diffuso anche tra i non addetti ai lavori, l'osservazione secondo cui le dinamiche registrate nell'ambito del mercato bancario ed in quello finanziario hanno costituito – quantomeno da un trentennio a questa parte – un importante fattore di innovazione del diritto dei contratti. È necessario sottolineare che questa evoluzione non è rimasta circoscritta alle specificità dei singoli settori, i quali formano peraltro oggetto di una dettagliata regolazione normativa, nonché di una vigilanza *ad hoc*; la sua portata, infatti, si è estesa fino ad intersecare la disciplina generale del contratto.

Già a prima vista, questa estensione attesta l'esistenza di una sorta di osmosi tra la parte generale del contratto e le discipline specialistiche. A sua volta, questa osmosi lascia intendere che queste ultime, pur molto dettagliate e pur presidiate da apposite autorità, non possono dirsi autosufficienti, ma necessitano di ricorrere alla disciplina generale, ed ai fondamenti teorici su cui essa è stata edificata, per la soluzione di una vasta serie di problematiche applicative.

Poste queste rapide premesse, una delle peculiarità messe in luce dalle esperienze maturate nei mercati bancario e finanziario attiene proprio al ruolo dell'informazione ed al trattamento normativo che ad essa è stato riservato. Con larga approssimazione, ai fini del presente saggio si può probabilmente prescindere dalle specificità dei due ambiti, sviluppando

invece una riflessione unitaria, che valorizzi i profili ad essi comuni[1].

Provando dunque ad allargare lo sguardo sul piano teoria generale, il rapporto tra la nozione giuridica di informazione e la disciplina del contratto assume certamente una configurazione dialettica, e questa connotazione risulta vieppiù accentuata se solo si prova ad inquadrare la vicenda in una prospettiva storica. Prendendo spunto da questa constatazione, il presente saggio mira a proporre – con riguardo all'esperienza italiana – una ricostruzione dell'incidenza della nozione di informazione sulla vicenda contrattuale, con l'obiettivo di riflettere sul concetto stesso di contratto nell'attuale contesto socioeconomico, anche alla luce della soverchiante importanza che ivi hanno assunto gli apparati tecnologici ed informatici.

I giuristi della generazione cui appartiene l'Onorato si sono formati in un contesto culturale ancora dominato dall'ottocentesco dogma della volontà, che guarda al contratto come punto di incontro della comune intenzione di due soggetti, presuntivamente assunti come razionali[2]; in questo scenario le parti concordano tra di loro un determinato assetto di interessi, che risulta a sua volta funzionale a soddisfare le rispettive esigenze individuali.

Il presupposto teorico di questa impostazione risiede nel principio di eguaglianza (solo) formale che presiedeva alle dinamiche negoziali, ovvero – più prosaicamente – al funzionamento dei rapporti di mercato[3]. Nella

[1] La trattazione unitaria dei due ambiti sconta, evidentemente, qualche approssimazione ed inesattezza, ma può forse giustificarsi nella prospettiva dell'attenzione al dato sistematico. D'altra parte, esempi di approccio unitario si riscontrano sia in dottrina (cfr. M. Franzoni, *La responsabilità nell'intermediazione finanziaria*, in *Danno resp.*, 2014, 786; R. Di Raimo, *Ufficio di diritto privato e carattere delle parti professionali quali criteri ordinanti delle negoziazioni bancaria e finanziaria (e assicurativa)*, in *Giust. civ.*, 2020, 323; L. Della Tommasina, *La produzione e la distribuzione di strumenti finanziari (tra servizi di investimento esecutivi, aumenti di capitale senza consulenza e derivati* over the counter*)*, in *Banca borsa tit. cred.*, 2021, 270, che accosta *product governance* in ambito bancario e finanziario), sia in giurisprudenza (cfr. la nota Cass., sez. un., 16 gennaio 2018, n. 898, sul problema del contratto c.d. "monofirma", poi seguita da Cass. 2 aprile 2021, n. 9196; Cass. 18 giugno 2018, n. 16070; Cass. 6 giugno 2018, n. 14646). Considerazioni problematiche su questa assimilazione si leggono in R. Natoli, *Il contratto "adeguato"*, Milano, 2012, 155 e s.

[2] In arg. si vedano i contributi pubblicati nel volume curato da G. Rojas Elgueta-N. Vardi, *Oltre il soggetto razionale*, Roma, 2014 e, in particolare, A. Zoppini, *Le domande che ci propone l'economia comportamentale ovvero il crepuscolo del «buon padre di famiglia»*, 13; G. Grisi, *Gli obblighi informativi quali rimedio dei fallimenti cognitivi*, 60; A. Gentili, *Il ruolo della razionalità cognitiva nelle invalidità negoziali*, 88 e s., il quale sottolinea la natura normativa del modello in discorso.

[3] Di recente, M. Barcellona, *Il diritto neoliberale dell'economia globalizzata e della società liquida*, in *Eur. dir. priv.*, 2020, 769.

logica del sistema qui accennato, dunque, era precipuo onere del singolo contraente procurarsi le informazioni necessarie ed opportune per valutare in maniera consapevole una data operazione negoziale e determinarsi di conseguenza al suo compimento[4]. Naturalmente, questo approccio si inquadrava in un contesto socioeconomico nell'ambito del quale, per un verso, non era dato ravvisare marcate asimmetrie informative tra i contraenti e, per altro verso, le informazioni rilevanti per le scelte negoziali da effettuare erano accessibili con relativa facilità[5].

Lungi dal costituire un mero esercizio di stile accademico, la rievocazione di queste coordinate consente di mettere a fuoco uno dei nodi teorici del dibattito odierno[6], il quale ruota attorno all'individuazione dei rimedi esperibili a fronte di carenze o di altre criticità che investono l'apparato informativo propedeutico e/o funzionale alla stipulazione di un determinato contratto[7]. Proprio collocandosi nella prospettiva dei rimedi si può cogliere l'importanza dell'osmosi sopra rilevata, dato che le discipline di settore sono prive di un apparato rimediale *ad hoc* e, pertanto, l'interprete – sia teorico sia pratico – è necessariamente indotto a guardare alla parte generale del contratto, per reperire in quella sede non solo lo strumento per risolvere il caso pratico, ma anche il fondamento concettuale di tale esito[8].

In effetti, l'elaborazione teorica del sistema dei rimedi tuttora vigente risale all'epoca storica sopra evocata e, dunque, risulta fortemente condizionata dall'importanza che, in quel contesto socioeconomico, veniva attribuita al dogma volontaristico ed alla "purezza" suo percorso formativo, nonché alla capacità di autodeterminazione del singolo contraente.

In questo senso è indicativa la traiettoria che – nel sistema italiano

[4] Donde una valutazione tendenzialmente positiva circa l'esistenza di asimmetrie informative nei rapporti di mercato; così S. Grundmann, *L'autonomia privata nel mercato interno: le regole di informazione come strumento*, in *Eur. dir. priv.*, 2001, 276.

[5] Nello stesso senso G. D'Amico, *Regole di validità e regole di comportamento nella formazione del contratto*, in *Riv. dir. civ.*, 2002, I, 45; A. Jannarelli, *La disciplina dell'atto e dell'attività: i contratti tra imprese e tra imprese e consumatori*, in N. Lipari (cur.), *Diritto privato europeo*, II, Padova, 1997, 509 e s. Sulla crisi del modello cfr. R. Di Raimo, *Ufficio di diritto privato […]*, cit., 347.

[6] Cfr. F. Greco-M. Lecci, *La trasparenza bancaria*, Pisa, 2020, 4.

[7] Sulla centralità dell'aspetto rimediale cfr. V. Roppo, *L'informazione precontrattuale: spunti di diritto italiano e prospettive di diritto europeo*, in *Riv. dir. priv.*, 2004, 761.

[8] Così M. Maggiolo, *Servizi e attività di investimento*, in *Trattato di diritto civile e commerciale* dir. da Cicu-Messineo-Mengoni-Schlesinger, Milano, 2012, 550. E, d'altra parte, la riflessione sui rimedi azionabili condiziona la fisionomia del mercato che l'ordinamento mira a realizzare; così S. Pagliantini, *I costi impliciti nei derivati tra trasparenza e causa*, in D. Maffeis (cur.), *Swap tra banche e clienti – I contratti e le condotte*, Milano, 2014, 219.

– è stata percorsa dall'istituto della responsabilità precontrattuale[9]. Per lungo tempo è prevalsa, almeno nel formante giurisprudenziale, la sua qualificazione in termini extracontrattuali, con l'inevitabile aggravio a carico del contraente "disinformato" e della sua tutela, soprattutto sul piano dell'articolazione degli oneri probatori. Solo in tempi molto recenti la giurisprudenza di legittimità ha preso posizione in favore della sua natura c.d. contrattuale[10]; in tal modo, il punto di equilibrio si è spostato nel senso di caricare di maggiori obblighi la posizione del contraente "informato", favorendo così la tutela dell'altro contraente.

Per sé considerata, la traiettoria ora menzionata attesta l'evoluzione della disciplina generale del contratto nel senso di favorire la cooperazione tra le parti di un'operazione negoziale *in fieri* e, più esattamente, indurle a condividere tra loro l'apparato informativo su cui si regge l'assetto di interessi che si accingono a cristallizzare nello stipulando negozio. Guardando ai settori di mercato presi in esame nel presente saggio, si potrebbe ulteriormente osservare che questa evoluzione attesta una sorta di professionalizzazione degli obblighi di informazione gravanti sul contraente forte[11], ovvero in posizione di vantaggio[12].

2. *Le peculiarità della contrattazione bancaria e finanziaria: a) il quadro sostanziale*

Passando ora al tema specifico del presente contributo, è utile mettere in chiaro fin da subito che, nel mercato bancario e – probabilmente in misura ancora maggiore – in quello finanziario, i rapporti giuridicamente rilevanti sono conformati nel senso di procurare alle parti vantaggi ed utilità che presentano intrinsecamente natura contrattuale; tali benefici, infatti, non esistono, né sono apprezzabili, al di fuori della relazione negoziale tra

[9] Si veda V. Cuffaro, voce *Responsabilità precontrattuale*, in *Enc. dir.*, XXXIX, Milano, 1988, 1271.

[10] Cfr. Cass., 12 luglio 2016, n. 14188. In arg. cfr. C. Scognamiglio, *Verso il definitivo accreditamento della tesi della natura "contrattuale" della responsabilità precontrattuale*, in *Nuova giur civ. comm.*, 2016, 1515.

[11] Per alcuni riscontri nella giurisprudenza di legittimità si vedano Cass. 17 aprile 2020, n. 7905; Cass. sez. un. 4 novembre 2019, n. 28314; Cass. 28 febbraio 2018, n. 4727; Cass. 7 luglio 2017, n. 16861; Cass. 18 maggio 2017, n. 12544; Cass. 26 agosto 2016, n. 17353; Cass. 21 aprile 2016, n. 8089; Cass. 3 aprile 2014, n. 7776,

[12] Nello stesso senso F. Greco-M. Lecci, *La trasparenza bancaria*, cit., 45.

l'intermediario ed il cliente[13].

Questa precisazione ne richiama subito un'altra, quella incentrata sulla complessità tecnica dei due settori considerati, divenuta via via più accentuata nel corso del tempo[14]; questa tendenza si salda – in un nesso circolare di cause ed effetti – con l'esistenza di normative settoriali sempre più dettagliate, nonché con la presenza di autorità amministrative di regolazione che presiedono e/o sovraintendono al funzionamento dei rispettivi mercati[15].

Dal combinato disposto delle osservazioni ora tratteggiate (nonché di altre che – nei limiti del presente contributo – non possono essere menzionate) scaturisce una particolare connotazione dei contratti afferenti ai settori bancario e finanziario: grazie al vantaggio di cui dispone sul piano informativo, il professionista del settore è in grado di conformare in maniera unilaterale non solo la disciplina giuridica del rapporto contrattuale con la controparte, ma – a ben vedere – anche le stesse utilità che, in ipotesi, quel rapporto è in grado di procurare al cliente.

Alla luce queste premesse, si è posto il problema di tutelare il cliente, che accede ad un'operazione contrattuale potenzialmente "oscura" nei suoi contenuti e che, pertanto, può trovarsi esposto a conseguenze anche gravose, qualora le variabili economiche considerate si evolvano in senso sfavorevole alle esigenze di cui egli è portatore.

Come noto, la risposta al problema è consistita nell'adottare una strategia normativa, di chiara matrice ordoliberale[16], che ha posto l'accento sugli obblighi informativi[17]; si è infatti ritenuto – almeno inizialmente – che

[13] Il concetto è chiarito, con grande maestria, da P. Ferro-Luzzi, *Attività e "prodotti" finanziari*, in *Riv. dir. civ.*, 2010, II, 138 e s. *Adde* R. Di Raimo, *La finanza derivata e lo spirito delle discipline recenti: dalla patologia dei rapporti alle frontiere del rischio sistemico accettabile*, in R. Di Raimo-A. Gentili (cur.), *Le negoziazioni del rischio finanziario: patologie dei rapporti e profili di sistema*, Napoli, 2016, 351. G. Vettori, *Il contratto senza numeri e aggettivi. Oltre il consumatore e l'impresa debole*, in *Contr. impr.*, 2012, 1198, rileva opportunamente che questa peculiare connotazione del contratto in materia bancaria e finanziaria pone l'esigenza di aggiornare il sistema delle tutele.

[14] Cfr. M. Cian, *L'informazione nella prestazione dei servizi di investimento: gli obblighi degli intermediari*, in E. Gabrielli-R. Lener (cur.), *I contratti del mercato finanziario*[2], I, in *Trattato dei contratti* dir. da P. Rescigno ed E. Gabrielli, Milano, 2011, 213.

[15] In arg. A. Perrone, *Servizi di investimento e tutela dell'investitore*, in *Banca borsa tit. cred.*, 2019, 2. Cfr. anche S. Pagliantini, voce *Trasparenza contrattuale*, in *Enc. dir. – Annali*, V, Milano, 2012, 1284, il quale sottolinea la natura autoritativa della disciplina in materia di trasparenza nel settore bancario e finanziario.

[16] Cfr. S. Grundmann, *La struttura del diritto europeo dei contratti*, in *Riv. dir. civ.*, 2002, I, 367.

[17] L'evoluzione è sinteticamente ripercorsa da G. Guizzi, *Attualità e prospettive nel sistema*

ciò consentisse di colmare il divario tra contraente professionale (e, dunque, forte) e cliente. Nei settori qui considerati, peraltro, il divario risultava piuttosto ampio e, dunque, gli obblighi in discorso hanno assunto una portata assai pervasiva[18].

Poiché la *ratio* dell'intervento normativo risiede nel favorire la consapevolezza – da parte del cliente – dei termini, sia giuridici sia economici, dell'operazione negoziale, ne è stata interessata, in primo luogo, la fase precontrattuale[19], nell'ambito della quale è venuto in rilievo non solo il flusso che si dirige dall'intermediario in direzione del cliente, ma anche il contrapposto flusso che dal cliente muove verso l'intermediario[20]. In particolare, questo secondo movimento è finalizzato a trasferire all'operatore professionale quegli elementi di conoscenza idonei a consentirgli di "confezionare" il prodotto contrattuale in maniera funzionale a soddisfare gli interessi e le esigenze propri di quel dato cliente.

A lungo andare, tuttavia, l'approccio sopra descritto si è rilevato inidoneo e/o insufficiente a soddisfare le esigenze di tutela del cliente, come è emerso in occasione delle crisi sistemiche del mercato. La spiegazione è stata ravvisata nel fatto che le informazioni fornite in eccesso, o comunque in maniera non selezionata, lasciano il contraente non professionale in uno stato di inconsapevolezza rispetto ai termini – economici e giuridici – dell'operazione posta in essere[21].

Si è quindi avvertita l'esigenza di modificare la strategia adottata[22], e questa curvatura è consistita nell'attenuare la contrapposizione tra i

della tutela del risparmio, in *Corr. giur.*, 2016, 747; nonché da A. Perrone, *Servizi di investimento […]*, cit., 2 e s. Si veda anche E. Brodi, *Dal dovere di far conoscere al dovere di far "comprendere": l'evoluzione del principio di trasparenza nei rapporti tra imprese e consumatori*, in *Banca borsa tit. cred.*, 2011, 251.

[18] Cfr., *amplius*, M. Cian, *L'informazione […]*, cit., 214, che si sofferma sulla correlazione tra tutela privatistica e pubblicistica.

[19] Lo ricorda, di recente, M. Semeraro, *Informazioni adeguate e valutazione del merito creditizio: opzioni interpretative nel credito ai consumatori*, in *Riv. dir. civ.*, 2021, 696. *Adde* F. Greco, *Informazione precontrattuale e rimedi nella disciplina dell'intermediazione finanziaria*, Milano, 2010, 116.

[20] In arg. M. Maggiolo, *Servizi e attività di investimento*, cit., 357 e s., il quale rileva che, in tal modo, viene spezzata la naturale corrispondenza tra disponibilità dell'informazione ed obbligo di fornirla. *Adde* M. Cian, *L'informazione […]*, cit., 233.

[21] Così, *ex multis*, M. Maggiolo, *Servizi e attività di investimento*, cit., 365; R. Di Raimo, *La finanza derivata* […], cit., 345; G. Guizzi, *Attualità e prospettive […]*, cit., 748; A. Barenghi, *Note sulla trasparenza bancaria, venticinque anni dopo*, in *Banca borsa tit. cred.*, 2018, 165.

[22] Cfr. *amplius* R. Natoli, *Il contratto "adeguato"*, cit., 21. *Adde* A. Zoppini, *Le domande […]*, cit., 17, con riguardo alle prospettive dell'economia comportamentale.

contraenti, superando la logica propria del contratto di scambio per avvicinare la posizione dell'intermediario a quella propria del cliente[23]. Si può quindi intravvedere una linea di tendenza, ancora in fase di consolidamento, lungo la quale l'intermediario non è più solo il fornitore di servizi bancari e/o finanziari, ma anche il fiduciario del cliente[24].

Adottando questa prospettiva, in effetti, diviene più facilmente comprensibile l'estensione degli obblighi informativi anche alla fase successiva alla stipulazione del contratto[25], e quindi durante lo svolgimento del rapporto, che assume sovente carattere di durata. La posizione di vantaggio di cui gode l'intermediario giustifica il fatto che, anche dopo la formalizzazione dell'accordo e la cristallizzazione delle rispettive posizioni, egli condivida con il cliente le notizie rilevanti rispetto al conseguimento delle utilità che le parti hanno contemplato.

In effetti, l'accentuazione degli obblighi informativi, nonché la loro declinazione secondo le modalità ora riferite, incidono sulla configurazione del rapporto giuridico tra intermediario e cliente. Quest'ultimo non è più rappresentabile nei termini di un mero scambio di utilità, seppur arricchito dalla trasparenza della fase precontrattuale. In capo al contraente "forte", infatti, assumono progressivamente rilevanza anche obblighi di protezione della controparte, e ciò ha indotto parte della dottrina a qualificare la posizione dell'intermediario come "ufficio di diritto privato"[26], richiamando a tale scopo la disciplina generale del mandato[27].

Sul versante bancario, importanti indicazioni sono offerte dalle recenti

[23] Cfr. R. Di Raimo, *Ufficio di diritto privato […]*, cit., 339; G. La Rocca, *Introduzione alla* Product Governance. *Premesse sistematiche; obblighi e responsabilità dei "produttori"*, in *Banca borsa tit. cred.*, 2021, 587.

[24] In arg. R. Natoli, *Il contratto "adeguato"*, cit., 58; A. Perrone, *Servizi di investimento e regole di comportamento. Dalla trasparenza alla fiducia*, in *Banca borsa tit. cred.*, 2015, 37 e s. Il percorso storico sotteso a questa evoluzione è ricostruito da D. Imbruglia, *Regole di adeguatezza e validità del contratto*, in *Eur. dir. priv.*, 2016, 344.
Non a caso, del resto, si ritiene che l'intermediario sia tenuto ad informare il cliente circa la sussistenza di propri eventuali conflitti di interesse, e che la violazione di tale regola incide sulla validità, o comunque sull'efficacia del contratto. cfr. M. Maggiolo, *Servizi e attività di investimento*, cit., 439 e s.

[25] Cfr. M. Maggiolo, *Servizi e attività di investimento*, cit., 359; F. Sartori, *Informazione economica e responsabilità civile*, Padova, 2011, 168.

[26] Cfr. R. Di Raimo, *Ufficio di diritto privato […]*, cit., 336. La tesi era stata preannunciata in Id., *La finanza derivata […]*, cit., 356. Si veda anche D. Maffeis, *L'ufficio di diritto privato dell'intermediario e il contratto derivato* over the counter *come scommessa razionale*, in Id. (cur.), *Swap tra banche e clienti […]*, cit., 3 e s.

[27] Per questo riferimento cfr. R. Natoli, *Il contratto "adeguato"*, cit., 110; R. Di Raimo, *Ufficio di diritto privato […]*, cit., 338.

normative in tema di credito ai consumatori, nell'ambito delle quali viene in rilievo la valutazione del merito creditizio, che l'intermediario è chiamato ad effettuare nei confronti del potenziale cliente prima della stipulazione del contratto e del conseguente avvio del rapporto[28]. La regola risponde alla *ratio* di favorire uno svolgimento ordinato della relazione creditizia, proprio sulla base del quadro informativo fornito dal cliente e rielaborato dall'intermediario alla luce delle sue competenze professionali[29].

Sul versante dei contratti finanziari vengono invece in rilievo i criteri di adeguatezza e di appropriatezza[30], che – in buona sostanza – consentono di scrutinare la coerenza di una determinata operazione contrattuale rispetto al quadro informativo riferibile a quel dato cliente[31]; all'esito di questa valutazione, il compimento di quell'operazione viene disincentivato, o addirittura impedito per effetto apposite norme proibitive[32].

Allo stato, il punto di arrivo – certamente non definitivo – di questa traiettoria evolutiva può essere individuato nella disciplina della c.d. *product governance*[33]. Rinviando alla letteratura specialistica per ogni più approfondito riferimento[34], in questa sede mette conto sottolineare come il legislatore demandi all'intermediario il (nuovo) compito di configurare il prodotto contrattuale da immettere sul mercato, sulla base di una preventiva identificazione e selezione della clientela di riferimento.

In buona sostanza, quindi, il compito dell'intermediario non consiste più solamente nell'aiutare il cliente nella fase preparatoria del contratto, e

[28] Cfr. art. 120-*undecies* ed art. 124-*bis* t.u.b. Sulla diversa portata delle due disposizioni cfr. R. Di Raimo, *Ufficio di diritto privato […]*, cit., 355.

[29] *Ex multis* T.V. Russo, Sub art. 124, in S. Bonfatti (dir.), *Commentario al Testo Unico Bancario*, Pisa, 2021, 887; S. Pagliantini, *Statuto dell'informazione e prestito responsabile nella direttiva 17/2014/UE (sui contratti di credito ai consumatori relativi a beni immobili residenziali)*, in *Contr. impr. Europa*, 2014, 532; M. Semeraro, *Informazioni adeguate […]*, cit., 697; D. Imbruglia, *Regole di adeguatezza […]*, cit., 362; A. Barenghi, *Note […]*, cit., 168. R. Di Raimo, *Ufficio di diritto privato […]*, cit., 358, sottolinea l'analogia di *ratio* con quanto previsto all'art. 21 t.u.f.

[30] Sui quali si veda, *ex multis*, M. Maggiolo, *Servizi e attività di investimento*, cit., 386; P. Giudici, *Mercato finanziario*, in V. Roppo-A.M. Benedetti (dir.), *Trattato dei contratti*, V, Milano, 2014, 1079.

[31] In arg. M. Semeraro, *Informazioni adeguate […]*, cit., 703 e s.

[32] Cfr. M. Franzoni, *La responsabilità […]*, cit., 787; *amplius* D. Imbruglia, *Regole di adeguatezza […]*, cit., 348 e s.

[33] Si tratta, come ben noto, della direttiva 2014/65/UE (c.d. Mifid II), poi seguita dalla Direttiva delegata (UE) 2017/593. Si veda in particolare l'art. 24.2 della direttiva 2014/65/UE, recepito nell'ordinamento italiano dall'art. 21, comma 2-*bis*, t.u.f.

[34] Cfr. G. La Rocca, *Introduzione […]*, cit., 566; A. Perrone, *Servizi di investimento […]*, cit., 6; F. Greco-M. Lecci, *La trasparenza bancaria*, cit., 141 e s.

poi in quella esecutiva, ma si sposta "a monte"[35], nel senso di predefinire la clientela verso la quale indirizzare i propri prodotti, escludendo già a priori alcune tipologie di controparti dall'accesso a determinati prodotti bancari o finanziari[36], anche a prescindere dal loro consenso[37].

3. *(*Segue*). b) gli aspetti rimediali*

La costruzione sostanziale tratteggiata nel precedente paragrafo ha il suo tallone d'Achille nella disciplina degli aspetti rimediali, come la dottrina non ha mancato di rilevare[38]. Considerando la matrice (almeno parzialmente) europea della materia, l'assenza di precise indicazioni legislative sul punto può forse trovare una spiegazione nella difficoltà di delineare soluzioni applicative univoche, che siano idonee ad inserirsi nella trama delineata nei singoli ordinamenti nazionali[39].

A prima vista, la spiegazione può risultare persuasiva, anche se – volendo approfondire il discorso – non si può fare a meno di notare che, in ambiti contigui a quello qui analizzato, lo stesso legislatore europeo non ha esitato

[35] Ovvero "*retroagisce al tempo del concepimento dello strumento finanziario*"; così G. La Rocca, *Introduzione […]*, cit., 567. *Adde* F. Greco-M. Lecci, *La trasparenza bancaria*, cit., 163, i quali pongono l'accento sulla rilevanza dei requisiti e dei presidi organizzativi dell'intermediario.

[36] A. Perrone, *Servizi di investimento […]*, cit., 8, vi coglie un beneficio in termini di riduzione dei rischi di contenzioso e, dunque, di miglioramento della competitività.

[37] Già in precedenza si era comunque consolidato il convincimento secondo cui gli obblighi informativi devono essere graduati in ragione della tipologia di cliente che si rapporta al mercato; in arg., *ex multis*, M. Maggiolo, *Servizi e attività di investimento*, cit., 375 e s., che richiama al riguardo il principio di proporzionalità nel bilanciare le contrapposte istanze.

[38] Osservazione frequente in dottrina. Si vedano, tra gli altri, M. Maggiolo, *Servizi e attività di investimento*, cit., 492; G.M. Uda, *L'informativa alla clientela in relazione ai servizi di investimento*, in V. Troiano-R. Motroni (cur.), *La Mifid II*, Milano, 2016, 38; C. Colombo, *Adeguatezza, appropriatezza e mera esecuzione nell'offerta di servizi di investimento*, *ibidem*, 68; F. Sartori, *Le regole di condotta degli intermediari finanziari*, Milano, 2004, 29; C.B.N. Cioffi, *L'informazione, la trasparenza e la causa dei contratti derivati*, Napoli, 2018, 61.

[39] Si veda, con riguardo alla disciplina in materia di contratti dei consumatori, R. Alessi, *Gli obblighi di informazione tra regole di protezione del consumatore e diritto contrattuale europeo*, in *Eur. dir. priv.*, 2013, 317. Cfr. altresì S. Grundmann, *L'autonomia privata […]*, cit., 302. Secondo F. Greco-M. Lecci, *La trasparenza bancaria*, cit., 177, l'atteggiamento del legislatore europeo trova una possibile spiegazione nell'intenzione di valorizzare i rimedi di stampo pubblicistico.

ad adottare misure più incisive sul piano rimediale, laddove ciò risultava funzionale agli obiettivi perseguiti[40].

L'assenza di un preciso quadro di riferimento con riguardo ai rimedi azionabili da parte del cliente finisce inevitabilmente per scaricare sui giudici il compito di delineare il quadro delle tutele. Come ben noto nell'esperienza maturata in Italia nell'ultimo ventennio, il panorama giurisprudenziale ha fatto emergere un novero assai composito di soluzioni, non tutte coerenti tra loro. Esaminando "in controluce" lo sforzo ricostruttivo compiuto dagli interpreti, si nota la costante interazione tra le norme di settore e la disciplina generale del contratto, non senza trascurare l'attenzione ai principi ed ai valori consacrati nella Carta costituzionale[41]. Un ruolo significativo è stato svolto dalla clausola generale di buona fede, che ha interagito – oltre che con il principio di solidarietà – anche con la tutela costituzionale del risparmio, ai sensi dell'art. 47 della Carta fondamentale[42].

In questo contesto, si è sviluppata la nota dialettica tra rimedi invalidatori/caducatori e rimedi risarcitori, nell'ambito della quale i primi sono sovente risultati più attraenti in ragione della loro maggiore immediatezza rispetto all'istanza di tutela da soddisfare nel caso concreto[43]. In linea di principio, infatti, l'invalidazione del contratto, ottenibile anche *ope iudicis*, elide il vincolo negoziale e consente l'attivazione della tutela restitutoria, prescindendo da quei particolari oneri probatori che, per contro, caratterizzano in ogni caso la tutela di natura risarcitoria[44].

È parimenti noto che la dialettica rimediale ha ricevuto un tentativo di sistemazione da parte del giudice della nomofilachia[45], che, muovendo dalla distinzione tra norme di validità e norme di comportamento, ha inteso circoscrivere la portata dei rimedi invalidatori/caducatori alla presenza di un aggancio testuale nel dato legislativo[46], aprendo – per il resto – il campo a quelli di natura risarcitoria[47].

[40] In questo senso V. Roppo, *L'informazione precontrattuale […]*, cit., 763, con riguardo alla disciplina generale dei contratti dei consumatori.

[41] Si veda C. Scognamiglio, *Regole di validità e di comportamento: i principi ed i rimedi*, in *Eur. dir. priv.*, 2008, 605.

[42] Cfr. C. Scognamiglio, *Regole di validità […]*, cit., 619; M. Franzoni, *La responsabilità […]*, cit., 788; A. Barenghi, *Note […]*, cit., 161.

[43] C. Scognamiglio, *Regole di validità […]*, cit., 620.

[44] In arg. V. Roppo, *La tutela del risparmiatore fra nullità, risoluzione e risarcimento (ovvero, l'ambaradan dei rimedi contrattuali)*, in *Contr. impr.*, 2005, 908.

[45] Le note sentenze gemelle Cass., sez. un, 19 dicembre 2007, nn. 26724 e 26725.

[46] Sull'importanza teorica della base testuale si veda G. D'Amico, *Regole di validità […]*, cit., 40.

[47] Cfr. soprattutto F. Sartori, *Informazione economica […]*, cit., 180 e s.

La presa di posizione del giudice di legittimità, pur nella sua massima espressione, non sembra aver placato il dibattito[48]. Anzi, in tempi recenti si assiste ad una rinnovata e crescente attenzione per gli interventi di natura invalidatoria/caducatoria, pur in assenza di un'esplicita base normativa[49]. È interessante notare che queste decisioni ricollegano l'invalidità del contratto ad un difetto strutturale, che viene ricavato da una carenza informativa in cui versa il cliente, a causa delle omissioni perpetrate dall'intermediario[50]. Ad esempio, nella casistica in materia di derivati IRS stipulati *over the counter*, a fronte della mancanza di indicazioni circa elementi cruciali, quali il *mark to market* e/o gli scenari probabilistici, i giudici sembrano propensi a ravvisare l'assenza della causa negoziale[51], ovvero la mancanza dei requisiti dell'oggetto[52], per giungere così alla declaratoria di nullità del contratto, con le ovvie ricadute sul piano restitutorio in favore del cliente.

Volendo approfondire l'apparato argomentativo ivi utilizzato, la carenza informativa viene ritenuta idonea a pregiudicare la possibilità, per il cliente, di apprezzare il rischio cui egli si espone per effetto della stipulazione del contratto. Ne discende il convincimento secondo cui, in tal modo, il cliente viene sostanzialmente a trovarsi alla mercè dell'intermediario, che – in ragione della propria superiorità sul piano informativo – è in grado di congegnare in maniera unilaterale il prodotto contrattuale e, quindi, l'alea gravante sulle parti ed il relativo bilanciamento.

[48] Cfr. M. Maggiolo, *Servizi e attività di investimento*, cit., 496; G. Perlingieri, *L'inesistenza della distinzione tra regole di comportamento e di validità nel diritto italo-europeo*, Napoli, 2013, 66; G. Grisi, voce *Informazione (obblighi di)*, in *Enc. dir. – Annali*, IV, Milano, 2011, 617.

[49] Segnala questa linea di tendenza, tra gli altri, E. Giorgini, *Consulenza finanziaria e sua adeguatezza*, Napoli, 2017, 92.

[50] Parte della dottrina si sofferma sul carattere innovativo di queste argomentazioni, senza nascondere perplessità di natura dogmatica; si veda S. Pagliantini, *I costi impliciti […]*, cit., 234 e s.; A. Perrone, *Servizi di investimento e regole di comportamento […]*, cit., 41.

[51] Cfr. Cass., sez. un., 12 maggio 2020, n. 8770, poi seguita – nella giurisprudenza di legittimità – da Cass., 29 luglio 2021 n. 21830. Nella giurisprudenza di merito si vedano, anche qui senza pretese di completezza, App. Torino, 16 giugno 2021, n. 686, in *www.centroanomaliebancarie.it*; Trib. Firenze, 27 aprile 2021, n. 1145, *ibidem*; Trib. Roma 8 febbraio 2021, in *www.ilcaso.it*; Trib. Monza, 17 luglio 2012, n. 2028, in *www.dirittobancario.it*.

[52] Trib. Milano, 14 luglio 2021, n. 6157, in *www.ilcaso.it*; Trib. Firenze, 25 agosto 2020, n. 1865, *ibidem*; App. Milano, 25 settembre 2018, n. 4242, in *www.dejure.it*; Trib. Milano, 9 marzo 2018, n. 2807, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2018, 1381; Tribunale di Milano, 9 marzo 2016, in *www.dejure.it*; Trib. Milano, 16 giugno 2015, in *Banca borsa tit. cred.*, 2016, II, 177; App. Milano, 18 settembre 2013, n. 3459, in *www.dejure.it*. Nella giurisprudenza arbitrale si veda anche il lodo 4 luglio 2013 (Marchetti [pres.], Girino, Ferrarini], in *www.dirittobancario.it*.

In buona sostanza, dunque, ciò che i giudici censurano attiene alla configurazione del rischio contrattuale, che l'intermediario finisce per porre unicamente a carico del cliente. In tal modo, il cliente viene privato della possibilità di valutare la convenienza economica del contratto e, dunque, di autodeterminarsi in maniera consapevole alla relativa stipulazione[53].

Si badi che l'argomento viene utilizzato anche nelle vicende in cui l'intermediario che funge da controparte del cliente (e, quindi, il destinatario della pronuncia caducatoria) ha svolto unicamente il ruolo di collocatore di un prodotto che è stato congegnato da altri operatori (emittenti). Tale intermediario, dunque, potrebbe a sua volta ignorare (ovvero, non conoscere) gli elementi che sono stati presi in considerazione per "confezionare" l'assetto contrattuale oggetto di scrutinio da parte del giudice[54].

4. *Una chiosa finale*

L'evoluzione giurisprudenziale menzionata nella parte conclusiva del paragrafo precedente è meritevole di particolare attenzione anche dal punto di vista teorico, e ciò per più di una ragione.

Essa rappresenta probabilmente la spia rivelatrice di una insoddisfazione per la valorizzazione della prospettiva risarcitoria, che era uscita apparentemente "vittoriosa" dalla sistemazione offerta dalle sentenze delle Sezioni Unite del 2007[55]. Anche volendo circoscrivere l'analisi al solo scenario domestico, ed anche volendo prescindere dall'enfasi emotiva sottesa a talune vicende di c.d. "risparmio tradito", rimane comunque la considerazione secondo cui la prospettiva risarcitoria difficilmente riesce a fornire una soddisfazione pienamente adeguata alle istanze di tutela che emergono nella prassi delle corti e, dunque, sul piano della concreta realtà

[53] Dottrina (M. Maggiolo, *Servizi e attività di investimento*, cit., 502) e giurisprudenza (Cass. 6 settembre 2021, n. 24014; Cass. 13 luglio 2018, n. 18724) distinguono tra l'errore sulla convenienza economica del contratto ed errore sul profilo di rischio, che viene ricondotto all'errore sulle qualità essenziali della prestazione. All'atto pratico, la distinzione non sembra così netta.

[54] In arg. S. Pagliantini, *I costi impliciti […]*, cit., 220; nonché F. Sartori, *Le regole di condotta […]*, cit., 83 e s. La distinzione tra le due tipologie di intermediari, e sulle conseguenti responsabilità, sembra sfumare nella recente disciplina della *product governance*. Si veda G. La Rocca, *Introduzione […]*, cit., 568; L. Della Tommasina, *La produzione […]*, cit., 291.

[55] Cfr. F. Sartori, *La (ri)vincita dei rimedi risarcitori: note critiche a Cassazione, (S.u.) 19 dicembre 2007, n. 26725*, in *www.ilcaso.it*.

dei traffici[56].

Si profila quindi l'esigenza di agganciare in maniera più solida l'apparato rimediale allo svolgimento dell'operazione negoziale, ovvero – in altri termini – di configurare una base negoziale per il sistema delle tutele.

Se dunque la rivalutazione dei rimedi di natura invalidatoria appare probabilmente necessitata, occorre non di meno avviare una riflessione sull'itinerario che viene a tal fine percorso, nonché sulle implicazioni che – almeno a prima vista – sembrano scaturirne sul piano teorico e sistematico. In effetti, la "rivalutazione" di questi rimedi transita attraverso la valorizzazione dei contenuti informativi che connotano l'operazione contrattuale, nel senso che la loro omissione, ovvero incompletezza, finisce per consegnare al traffico giuridico, nonché alle aule giudiziarie, un contratto strutturalmente difettoso a danno di un contraente ed a favore dell'altro[57].

Se si ragionasse ancora con il paradigma tradizionale del diritto contrattuale[58], si dovrebbe ritenere che, in prima battuta, un contratto così congegnato risulta valido ed efficace, e che l'inconsapevolezza del contraente circa taluni aspetti dell'operazione deve essere attribuita ad una sua inerzia colpevole. In seconda battuta, qualora si vogliano assecondare le istanze di tutela del contraente disinformato, si potrebbe contemplare la prospettiva di un vizio del consenso, la cui tutela dovrebbe tuttavia essere contemperata con la rilevanza dell'affidamento nutrito dall'altro contraente[59].

Orbene, la scelta in favore della nullità, peraltro in assenza di un apposito aggancio testuale, non è innocua dal punto di vista sistematico; tale scelta, infatti, sottende un ragionamento secondo il quale l'informazione di cui dispone l'intermediario (ovvero accessibile all'intermediario) deve essere considerata parte del contenuto essenziale del contratto bancario o finanziario[60]. Da ciò consegue che la sua mancanza integra un difetto strutturale tale da travolgere il vincolo negoziale, con l'esito di ricondurre le posizioni patrimoniali delle parti nel rispettivo *status quo ante*[61].

[56] Il punto è discusso da G. Guizzi, *Attualità e prospettive […]*, cit., 749. *Adde* A. Perrone, *Servizi di investimento […]*, cit., 35.

[57] Coglie il punto L. Della Tommasina, *La produzione […]*, cit., 292 e s.

[58] Si veda S. Grundmann, *La struttura […]*, cit., 395.

[59] Sulle criticità sottese alla disciplina dei vizi del consenso, e sulla scarsa funzionalità del relativo apparato rimediale, di recente A. Zoppini, *Le domande […]*, cit., 16.

[60] Così P. Ferro-Luzzi, *Attività […]*, cit., 142; G. D'Amico, *Regole di validità […]*, cit., 46; G. Grisi, voce cit., 609. Cfr. anche R. Alessi, *Gli obblighi […]*, cit., 335 e s. *Adde* S. Pagliantini, voce cit., 1307, il quale sottolinea che – in materia bancaria – la trasparenza si configura anche come garanzia, per la parte debole, circa l'esecuzione del contratto secondo le modalità indicate.

[61] Questo sembra, in effetti, l'obiettivo delle istanze di tutela rilevanti. Così M. Maggiolo,

L'itinerario argomentativo ora descritto sottende un evidente intento sanzionatorio nei confronti del contraente (l'intermediario), che – pur conoscendo o dovendo conoscere l'informazione rilevante – non l'ha condivisa con l'altra parte. Formulata in questi termini, la tesi si risolve in un capovolgimento radicale dell'impostazione che si trova nel nostro codice civile, anche guardando alle soluzioni tecniche maggiormente avanzate ed innovative, almeno per la sensibilità dell'epoca.

Si intende qui alludere alla regola posta dall'art. 1341, comma 1[62], in base alla quale il contraente aderente (i.e., la parte debole) rimane vincolato al contratto predisposto dall'altra parte, anche se egli non ne conosca il contenuto, purché ciò dipenda dalla propria negligenza, ovvero inerzia, nell'acquisire le informazioni rilevanti. La regola codicistica, infatti, pone l'accento sul contraente disinformato, stimolandolo ad acquisire le informazioni necessarie e/o opportune per l'assunzione del vincolo, che resta comunque valido ed efficace in caso di sua colpevole negligenza[63].

Questo capovolgimento merita particolare attenzione, soprattutto nella prospettiva della teoria generale del contratto[64], riguardo alla quale il settore bancario e finanziario sembra svolgere ancora una volta il ruolo di "apripista"[65]. L'evoluzione qui tratteggiata, in effetti, lascia intuire che, nell'attuale contesto socioeconomico, nonché nel quadro delle istanze e delle tensioni che vi si agitano, sia in corso una mutazione della nozione stessa dell'istituto regolato agli artt. 1321 e seguenti del codice[66].

Più nel dettaglio, sembra difficile continuare a concepire il contratto come l'incontro di due (o più) volontà autonome, nell'assunto che ciò si rifletta nella loro consapevole condivisione di un determinato assetto di interessi. L'osservazione disincantata della realtà, almeno di taluni settori di mercato, pone l'interprete di fronte ad una fenomenologia diversa, nella quale risulta ormai imprescindibile l'esistenza di un divario informativo

Servizi e attività di investimento, cit., 508.

[62] Osserva perspicuamente S. Pagliantini, voce cit., 1298, che la disciplina in materia di trasparenza presuppone la predisposizione unilaterale del contenuto contrattuale.

[63] Per questa prospettiva cfr. G. Grisi, voce cit., 600; S. Grundmann, *La struttura […]*, cit., 396.

[64] Discussione in C. Scognamiglio, *Regole di validità […]*, cit., 622; A. Gentili, *Disinformazione e invalidità: i contratti di intermediazione dopo le Sezioni Unite*, in *Contratti*, 2008, 399.

[65] Cfr. R. Natoli, *Il contratto "adeguato"*, cit., 15. Nello stesso senso anche G. La Rocca, *Introduzione […]*, cit., 580. *Adde* G. Grisi, voce cit., 611; E. Brodi, *Dal dovere […]*, cit., 255.

[66] Per una prospettiva culturalmente molto interessante si veda T. dalla Massara, *Il consenso annichilito*, Bologna, 2021, *passim*.

tra i contraenti che affrontano l'operazione di scambio, a cui si aggancia la protezione che l'ordinamento mostra di voler elargire al contraente svantaggiato, anche a prescindere dal suo *status* di consumatore[67].

Adottando la logica tradizionale, gli elementi ora rilevati dovrebbero considerarsi ostativi alla formalizzazione dell'accordo, ma l'ordinamento supera le difficoltà ponendo a carico del contraente forte appositi obblighi, che concernono sia la trasparenza[68] sia la cura dell'interesse della parte debole[69]. Fin qui *nulla quaestio*. Il problema sorge quando la violazione dei predetti obblighi viene sanzionata ricorrendo alla nullità (strutturale) del contratto[70].

Anche inteso nella sua accezione più moderna (ossia in funzione conformativa), infatti, l'istituto della nullità continua ad evocare l'esistenza di un dato interesse, sovraordinato ai contraenti, che giustifica e/o impone l'eliminazione di quel contratto dal novero delle operazioni giuridicamente rilevanti e meritevoli di tutela[71]. E, si badi, si tratta di un interesse tutelabile d'ufficio dal giudice, anche a prescindere da (o addirittura contro) la volontà dei contraenti.

[67] La dottrina, sia specialistica, sia sistematica, coglie qui la prospettiva del paternalismo in materia contrattuale. In arg. cfr. A. Barenghi, *Note […]*, cit., 167; R. Caterina, *Paternalismo e antipaternalismo nel diritto privato*, in *Riv. dir. civ.*, 2005, II, 779; A. Perrone, *Servizi di investimento […]*, cit., 4; L. Della Tommasina, *La produzione […]*, cit., 264.

[68] Una vicenda indicativa dei problemi teorici sottesi alle questioni discusse nel testo è rappresentata dai contratti di mutuo indicizzati in valuta estera, che sovente contengono clausole di difficile comprensibilità dal punto di vista tecnico. L'oscurità della clausola (i.e., la sua mancata comprensione da parte del cliente) ne giustifica l'invalidazione? Il tema è troppo vasto per essere affrontato in questa sede, anche in ragione del fatto che risulta fortemente condizionato dalla veste di consumatore assunta dal cliente. Per alcuni riferimenti dottrinali si vedano, senza pretese di completezza M. Semeraro, *Informazioni adeguate […]*, cit., 699; S. Pagliantini, *La trasparenza consumeristica tra "dottrina" della Corte ed equivoci interpretativi*, in *Eur. dir. priv.*, 2019, 659 e s.; Id., *I mutui indicizzati ed il mito di un consumatore "costituzionalizzato": la "dottrina" della Corte di Giustizia da A´rpa´d Ka´sler a Dziubak*, in *Nuove l. civ. comm.*, 2019, 1258 s.; G. D'Amico, *La Corte di Giustizia e la vicenda (ungherese) dei mutui in valuta estera stipulati con un consumatore*, in *Contratti*, 2020, p. 5 ss.;

[69] Per questa impostazione cfr. G. Grisi, voce cit., 612. Sostiene la novità solo apparente di queste tecniche normative M. Barcellona, *Il diritto neoliberale […]*, cit., 799.

[70] Considerazioni critiche, tra gli altri, in M. Barcellona, *I derivati e la circolazione della ricchezza: tra ragione sistemica e realismo interpretativo*, in *Eur. dir. priv.*, 2018, 1119; S. Pagliantini, *I derivati tra meritevolezza degli interessi ed effettività della tutela:* quid noctis*?*, in *Eur. dir. priv.*, 2015, 393 s.; L. Della Tommasina, *La produzione […]*, cit., 294.

[71] La dottrina più attenta, del resto, invoca l'ampliamento delle norme proibitive in questa specifica materia. In tal senso si vedano S. Pagliantini, voce cit., 1319; G. Guizzi, *Attualità e prospettive […]*, cit., 751.

A mio modesto avviso, l'individuazione di questo superiore interesse richiede qualche approfondimento dal punto di vista teorico. In prima approssimazione, si potrebbe guardare alle esigenze di funzionamento del mercato, alla cui stregua risulta preferibile che la singola operazione contestata sia eliminata in maniera radicale dall'ambito del giuridicamente rilevante, piuttosto che affidarne la sorte ad una valutazione soggettiva caso per caso[72]. Un significativo aggancio normativo in tal senso è offerto dall'art. 21 t.u.f. (d. lgs. 58/1998), che vincola l'intermediario a servire al meglio l'integrità dei mercati[73].

Sviluppando la prospettiva qui abbozzata, sembra allora profilarsi uno scenario in cui le esigenze sottese alle dinamiche di mercato sono destinate a prevalere rispetto alla protezione della volontà individuale[74].

Questa intuizione è destinata a rafforzarsi se solo si considera che, quantomeno nei settori qui considerati, la contrattazione prevede – in misura sempre crescente – l'impiego di sistemi automatizzati, che non solo elaborano le informazioni molto più velocemente della mente umana, ma finiscono di fatto per guidare il processo decisionale che, quantomeno dal lato dell'intermediario professionale, perviene alla stipulazione ed all'esecuzione del contratto[75].

[72] In arg. G. Guizzi, *Attualità e prospettive […]*, cit., 750 e s., il quale sottolinea soprattutto l'esigenza di svincolare il giudice dalla valutazione del comportamento dell'intermediario, con particolare riguardo all'attuazione dei rispettivi obblighi. A conclusioni non dissimili, sia pure attraverso un altro itinerario argomentativo, giunge L. Della Tommasina, *La produzione […]*, cit., 295 e s., il quale, muovendo dalla qualificazione dell'investimento finanziario in termini di prodotto, valorizza la prospettiva dello scambio, per poi invocare la disciplina dei vizi della cosa venduta. Lo spunto è già in P. Ferro-Luzzi, *Attività […]*, cit., 141, che si sofferma sul rapporto concettuale tra contratto ed oggetto.

[73] Opportunamente, M. Maggiolo, *Servizi e attività di investimento*, cit., 355, sottolinea il fatto che si tratta dell'unica regola ivi contenuta che sia dotata di valore precettivo autonomo. Un accenno a questa prospettiva, con specifico riguardo al settore dei contratti bancari, si legge anche in M. Semeraro, *Informazioni adeguate […]*, cit., 698. Cfr. altresì M. De Poli, *La contrattazione bancaria – Tra tutela della liquidità e obblighi di trasparenza*, Padova, 2012, 262.

[74] In arg. M. Cian, *L'informazione […]*, cit., 215 e s., il quale osserva che gli obblighi sanciti dall'art. 21 t.u.f. assolvono ad una duplice funzione: microprotezione dell'investitore, che si intreccia con la difesa metaindividuale del mercato nel suo complesso. Questo legame è ambivalente: può rafforzare la tutela dell'investitore, ma può anche indebolirlo, nella misura in cui la protezione di quest'ultimo collida con l'efficienza del mercato. Cfr. altresì R. Natoli, *Il contratto "adeguato"*, cit., 184. Nello senso del testo anche A. Plaia, *Profili evolutivi della tutela contrattuale*, in *Eur dir. priv.*, 2018, 86 e s., con riguardo alla prospettiva dei rimedi contemplati dall'ordinamento nazionale ed europeo.

[75] Per gli opportuni riferimenti sia consentito il rinvio ad A. Nervi, *La trattativa robotica*, in R. Giordano-A. Panzarola-A. Police-S. Preziosi-M. Proto (cur.), *Il diritto nell'era*

Insomma, provocatoriamente si potrebbe osservare che il contratto deve funzionare non tanto perché serve agli interessi del singolo contraente, individualmente considerato, ma perché serve alle superiori esigenze del mercato. Aderendo a questa visuale, il contratto sta probabilmente diventando qualcosa di diverso da quello che possiamo ricavare dalla lettura del codice civile e dalla tradizione culturale che in esso si riconosce[76]. Il settore della contrattazione bancaria e finanziaria è parte attiva di questa mutazione, ma il civilista non deve perdere contatto con questa realtà[77].

digitale, Milano, 2022, 283 e s.

[76] In questi termini M. Maggiolo, *Servizi e attività di investimento*, cit., 553. Importante osservazione in R. Di Raimo, *La finanza derivata* […], cit., 355, il quale sottolinea l'esigenza di abbandonare gli schemi costruttivi ed interpretativi fondata sul consenso, secondo gli stilemi della tradizione liberale, e ravvisa la necessità di individuare modelli alternativi. A suo avviso, la volontà non può mai essere reputata pienamente consapevole laddove la valutazione autonoma ed analitica dell'utilità marginale delle posizioni negoziate è sostituita da una percezione sintetica, frutto dell'elaborazione critica della controparte. Si veda anche D. Imbruglia, *Regole di adeguatezza […]*, cit., 351, con riguardo all'impatto della regola di adeguatezza (*suitability rule*) sulle dinamiche del consenso.

[77] E, del resto, anche la dottrina specialistica avverte l'esigenza di superare il particolarismo normativo che caratterizza i settori qui considerati; in arg. cfr. A. Perrone, *Servizi di investimento […]*, cit., 11.

Claudia Giustolisi

Brevi note in tema di Shadow Banking system *e tutela dell'investitore: il problema dell'informazione*

Sommario: 1. Premessa – 2. La crisi finanziaria del 2007 -2008 e l'emersione del fenomeno del sistema bancario ombra – 3. Brevi cenni sui nuovi rischi sistemici generati dal FinTech – 4. La tutela dell'investitore nel "Sistema bancario ombra" e le asimmetrie informative.

1. *Premessa*

Con l'avvento della crisi globale finanziaria del 2007-2008, le istituzioni mondiali ed europee hanno avviato in prima battuta un'importante riflessione sul ruolo svolto dagli istituti finanziari di grandi dimensioni, soffermando in particolare l'indagine sugli effetti di portata sistemica di un loro eventuale dissesto. In tale contesto, di ripensamento degli schemi di regolazione del settore bancario e finanziario hanno subito l'avvio di un lungo processo volto al ripensamento degli assetti normativi esistenti, con l'obiettivo di risolvere, o quantomeno attenuare, le carenze regolamentari fortemente poste in luce dallo scoppio della crisi stessa.[1]

Il decennio antecedente allo scoppio della stessa, si è infatti caratterizzato per l'offerta di prodotti finanziari sempre più complessi ed opachi, accompagnati da un ricorso sempre più ampio della leva finanziaria. In tale contesto, la costante perdita di fiducia da parte dei risparmiatori/investitori, conseguenza della ormai conclamata diffidenza nei confronti del sistema

[1] Per un primo, seppur sintetico inquadramento, sull'evoluzione della crisi finanziaria globale cfr. G. Napolitano, *Il nuovo Stato salvatore: strumenti di intervento e assetti istituzionali, Commento a Emergency Economic Stabilization Act of 2008 3 ottobre 2008; d.l. 9 ottobre 2008, n. 155; d.l. 13 ottobre 2008, n. 157*, in *Giorn. Dir. amm.*, 11/2008, p. 1083 ss.; G.Di Gaspare, *Teoria e critica della globalizzazione finanziaria. Dinamiche del potere finanziario e crisi sistemiche*, Padova, 2011; F. CapriglionE, *Globalizzazione, crisi finanziaria e mercati: una realtà su cui riflettere*, in Colombini-Passalacqua (a cura di), *Mercato e banche nella crisi: regole di concorrenza e aiuti di Stato*, Napoli, 2012, 14 ss.;

bancario tradizionale è apparsa come un'inevitabile e della conseguente vulnerabilità dello stesso.[2]

Gli anni successivi allo scoppio della crisi hanno confermato tale *trend*, facendo emergere l'ormai conclamato timore da parte dei risparmiatori di vedersi coinvolti nelle procedure di gestione e risoluzione delle crisi bancarie, contribuendo ad incrinare sempre più la fiducia che questi riponevano negli enti creditizi.[3]

In tale contesto appare dunque evidente il ruolo assunto dalle istituzioni finanziarie non bancarie. Si era infatti assistito ad un processo di migrazione da parte dei risparmiatori verso organismi finanziari alternativi che seppur presenti sul mercato, godevano di forme di regolamentazione parcellizzate e comunque molto lontane da quel sistema rigido di vigilanza prudenziale che invece caratterizza il sistema bancario tradizionale, soprattutto a seguito della crisi.

L'insorgere di modelli finanziari alternativi rispetto ai consolidati meccanismi di intermediazione creditizia hanno dunque messo in rilievo il diverso grado di "maturità" degli stessi sia in termini di trasparenza che con riguardo al livello di regolamentazione e vigilanza a cui vengono assoggettati. Si era dunque ormai soffermata la lente d'ingrandimento del supervisore anche sul c.d. *Shadow Banking system* e sulla necessità di estendere l'impianto regolamentare nei confronti dei soggetti che in esso operavano. Gli stretti legami esistenti tra il sistema ombra e il sistema bancario tradizionale non potevano più rimanere sottesi e necessitavano di un impianto regolamentare tale da garantire il c.d. "level playing field".

Se da un lato erano ormai mercati, quale ad esempio il *Private Equity*, delle cartolarizzazioni, dei derivati OTC, dei fondi operanti nel mercato monetario, delle operazioni di pronti contro termine, che potevano ormai essere considerati radicati, in quanto tali fortemente disciplinati[4]; dall'altro

[2] Sul dibattito sulla fiducia dei risparmiatori e quindi sulla solidità percepita del sistema bancario italiano nel suo complesso si v C. Brescia Morra, *Il diritto delle banche*, Bologna 2016, p. 102. Sul punto anche M. Onado, *Alla ricerca della banca perduta*, Bologna 2017; C. Brescia Morra, *Nuove regole per la gestione delle crisi bancarie: risparmiatori vs contribuenti*, in *Analisi Giuridica dell'Economia*, fasc. 2, 2016, *passim*; E. Montanaro, M. Tonveronachi, *Vulnerabilità del sistema bancario italiano. Diagnosi e rimedi* in *Moneta e Credito,* vol. 70, 2017.

[3] È infatti ormai da considerarsi fatto noto che al diffondersi delle prime informazioni circa la difficoltà di un ente creditizio di adempiere regolarmente le proprie obbligazioni, la risposta da parte dei depositanti sia la folle «corsa agli sportelli». Sul punto cfr. C. Brescia Morra, *cit.*, in *Analisi Giuridica dell'Economia*, fasc. 2, 2016, p. 284; B. Bortolotti, H. Song Shin, *Da Mary Poppins a Northern Rock. Spunti sulle corse agli sportelli moderne*, in *Mercato concorrenza regole*, 2009, fasc. 1, pp. 79 ss.

[4] Come viene ricordato nel recente contributo di F. Annunziata, *Il fondo di private equity*

lato, l'insorgere di modelli nuovi che nascono dal connubio tra finanza e tecnologia (si pensi al c.d. "*FinTech*"), ha fatto sì che il dibattito restasse particolarmente acceso su tali settori e sulla necessità di regolamentare quello che la dottrina ha recentemente identificato come c.d. *Shadow Banking* 2.0.

In tali settori, è apparsa da subito evidente la necessità di una regolamentazione volta al raggiungimento del giusto punto di equilibrio tra la tutela del risparmiatore/investitore e la necessità di una disciplina del settore più elastica che, traducendosi anche in una maggiore flessibilità di accesso al credito, consentisse il rilancio della ripresa economica.[5]

tra discipline europee e specificità italiane, in *Analisi Giuridica dell'Economia*, fasc. 1-2, 2021, p. 207 «*L'espressione «fondo di private equity» non appartiene al linguaggio del legislatore (né di quello eurounitario, né di quello nazionale), ma a quello dei mercati. Si tratta, in vero, di una formula da tempo radicata nella prassi, a sua volta articolata in ulteriori varianti (ad es. fondi di* venture capital*, fondi di* private debt*, le quali riflettono la crescente specializzazione di un settore in forte evoluzione. Tuttavia, quelle formule non trovano alcuna diretta, specifica base definitoria nel quadro legislativo dell'Unione, o in quello dell'ordinamento italiano…..Ciò non significa certo che il fenomeno sia sconosciuto al legislatore, giacché, in via di fatto, i fondi che il mercato e la prassi chiamano di private equity ricadono nell'ambito della disciplina della gestione collettiva del risparmio e delle relative tassonomie, in particolare, di quelle riconducibili al ceppo degli organismi di tipo «chiuso»*». Per una ricostruzione più generale del fenomeno v. D.J. Cumming, S.A. Johan, *Venture Capital and Private Equity Contracting: An International Perspective*, 2013; S. Breslow, P. Schwartz, *Private Equity Funds: Formation and Operation*, in Practising Law Institute, 2017; L. Ardizzone, *L'esercizio dell'attività di impresa nel private equity*, Milano 2018; S. Caselli, G. Negri, *Private Equity and Venture Capital in Europe: Markets, Techniques, and Deals*, 2018; A. Gervasoni, F. Sattin , *Private equity e venture capital – Manuale di investimento nel capitale di rischio*, Milano 2020, R. Guerini. Ippolito, *Private Capital Investing: The Handbook of Private Debt and Private Equity*, 2020; R. Boogaard, J. Mullmaier, *AIFMD and Private Equity*, *in The Alternative Investment Fund Managers Directive*, D. Zetzsche (a cura di), 2020; D.J. Cumming (a cura di), *The Oxford Handbook of Private Equity*, Oxford, 2021;

[5] Con il termine *FinTech* si definisce l'applicazione della tecnologia ai servizi finanziari con l'innovazione dei processi, servizi o prodotti. Essa è attualmente oggetto di un'ampia attenzione da parte della dottrina per cui, senza pretese di esaustività si rinvia *ex multis* G. Alpa, "*FinTech": un laboratorio per i giuristi*, in *Contratto e impresa*, fasc. 2, 2019, pp. 377 ss.; C. Barbagallo, *FinTech : ruolo dell'Autorità di Vigilanza in un mercato che cambia*, in *Bancaria*, fasc. 1, 2019, pp. 10 ss.; E. Corapi, *Regulatory sandbox in FinTech?*, in *Diritto del commercio internazionale*, fasc. 4, 2019, pp. 785 ss.; R. Lener, *Tecnologie e attività finanziaria, Relazione al Convegno "Il trattamento algoritmico dei dati tra etica, diritto ed economia"*, Napoli, 9-11 maggio 2019, in *Rivista Trimestrale di Diritto dell'Economia*, fasc. 3, 2019, pp. 267 ss.; V. Lemma, *FinTech platforms: the role of financial regulation, in Open review of management, banking and finance*, 2018; A. Minto, *FinTech and the "Hunting Technique": How to Hit a Moving Target*, in *Open Review of Management, Banking and Finance*, 2017. Per un approfondimento sul tema si rinvia a E. Macchiavello, *"FinTech". Problematiche e spunti per una regolazione ottimale, Relazione al Convegno "I luoghi dell'economia. Le dimensioni delle sovranità", Ca Foscari Venezia, 29-30 novembre*

È stato infatti ormai ampiamente dimostrato che le stringenti regole applicabili al settore bancario hanno costituito la base sulla quale hanno proliferato i sistemi di finanziamento e di accesso a fonti di liquidita alternativi a quello tradizionale, dando vita a quel fenomeno che, nella sua accezione prevalentemente negativa, viene definito come *Shadow Banking system*.[6]

Ed è proprio di tale fenomeno che il presente contributo si vuole occupare, cercando in ultimo di mitigarne la connotazione negativa attribuita al fenomeno, anche in ragione del fatto che lo stesso appare ormai rappresentare il futuro del settore del credito nelle variegate forme derivanti dall'applicazione della tecnologia al mercato dei servizi finanziari.

La questione principale appare dunque quella di definire quale sia il giusto compromesso tra regolazione e de-regolazione del sistema bancario ombra, nel tentativo di consentire al mondo imprenditoriale l'accesso a forme alternative di finanziamento rispetto a quelle consentite dagli enti creditizi.

Tale tentativo, tuttavia, deve al contempo tener conto del superamento del concetto di regolamentazione e vigilanza volte esclusivamente a contenere la stabilità del singolo intermediario, e della nuova visione "macroprudenziale" delle stesse, rivolte prioritariamente a valutare i rischi sistemici

2018, in *Mercato concorrenza regole*, 2019, fasc. 3, pp. 435 ss. e a E. Macchiavello, *La regolazione del FinTech tra innovazione, esigenze di tutela e "level-playing field". L'inesplorato caso dell'"invoice trading"*, in *Banca Impresa Società*, fasc. 3, 2019, pp. 497 ss.

[6] Il fenomeno dello Shadow Banking system trova un primo riconoscimento nella letteratura straniera. Tra i molti si invita alla letterura di Z. Pozsar, M. Singh, *The Non-Bank-Bank Nexus and the Shadow Banking, IMF Working Paper 11/289*, 2011; P. Mehrling, Z. Pozsar, J. Sweeney e D.H. Neilson, *Bagehot Was a Shadow Banker: Shadow banking, Central banking, and the Future of Global Finance*, E. Bengtsson, *Shadow banking and financial stability: European money market funds in the global financial crisis*, in *Journal of International Money and Finance*, 32, p. 579-594, 2013; T. Adrian., A.B. Ashcraft, *Shadow Banking: a Review of the literature*, *Federal Reserve Bank of New York Staff Report 580*, 2012; L.E. Krodes, *What Is Shadow Banking?*, in *International Monetary Fund's Finance & Development section*, vol. 50 n.2, 2013; L. Errico, R. Walton, H. Shin, *Mapping the Shadow Banking System Through a Global Flow of Funds Analysis*, in *IMF Working Papers*, Vol.10, 2014; D.M. Prates, M. Farhi, *The shadow banking system and the new phase of the money manager capitalism,* in *Journal of Post Keynesian Economics*, pp. 568-589, 2015. Più recentemente il fenomeno è stato indagato anche dalla nostra dottrina. Fra i contributi più autorevoli sul tema si richiama R. Razzante, *Shadow banking*, in *Gnosis*, 2014, fasc. 3, pp. 56-65; G.C. Spattini, *A proposito di crisi finanziaria e/o economica e "sistema bancario ombra": un "ritorno al futuro" per il diritto amministrativo? Alcune riflessioni tra giusfilosofia e giuseconomia discutendo di un libro recente*, in *Il Diritto dell'economia*, 2015, fasc. 3, pp. 527 e ss.; V. Lemma, *The Shadow Banking System: Creating Transparency in the Financial Markets*, Palgrave MacMillan, 2015; P. De Gioia Carabellese, *Le cartolarizzazioni fra nuova regolamentazione UE e attività bancaria opaca*, in Studi sull'integrazione europea, 2019, fasc. 2, pp. 339 e ss.

e gli effetti negativi che il sistema bancario ombra può generare non soltanto sul modello bancario tradizionale ma sull'intero contesto economico.

La presente indagine avrà quindi l'obiettivo di inquadrare storicamente il fenomeno dello *Shadow Banking*, esaminando le scelte di politica legislativa fatte a livello europeo e nazionale dopo la crisi finanziaria del 2007-2008, cercando altresì di collocare il fenomeno nell'attuale contesto storico di riferimento.

Le recenti evoluzioni in tema di FinTech, unitamente alla costante proliferazione della tecnologia applicata al mondo della finanza, hanno reso necessario porsi dei nuovi interrogativi sui presidi posti a tutele degli investitori, primo fra tutti la regolazione in tema di informazione.

Ulteriore aspetto oggetto di approfondimento riguarderà quindi la dimensione della tutela dell'investitore con particolare riferimento al tema degli obblighi informativi.[7]

La carenza informativa insita nell'investitore che opera all'interno dello *Shadow Banking system* è certamente una diretta conseguenza della scarsa regolamentazione di tale sistema e del conseguente fenomeno degli arbitraggi regolamentari che le entità *shadow* possono porre in essere.

Per tali ragioni, l'asimmetria informativa tra l'investitore/risparmiatore del sistema bancario tradizionale e l'investitore del sistema bancario ombra desta preoccupazioni soprattutto con particolare riferimento ai c.d. rischi informativi.

Tale asimmetria colpisce soprattutto gli investitori finali, i quali potrebbero non comprendere pienamente i rischi insiti nella sottoscrizione di operazioni finanziaria tipiche dello *Shadow Banking system*.

[7] Sul tema dell'informazione degli investitori si vedano A. Perrone, *Informazione al mercato e tutela dell'investitore*, Milano 2003, 2 ss.; A. Antonucci, *I contratti di mercato finanziario*, Pisa 2018, pp. 115 ss.; A. Di Amato, *I conflitti di interesse degli intermediari finanziari nella prestazione dei servizi di investimento*, Napoli 2019, p. 75; M. De Poli, *I conflitti di interessi e gli inducements*, in *Il Testo Unico Finanziario*, vol. 1, diretto da M. Cera, G. Presti, Bologna 2020, pp. 454 ss.

2. *La crisi finanziaria del 2007 -2008 e l'emersione del fenomeno del sistema bancario ombra*

Per poter realmente comprendere quale possa essere il contributo in termini di benefici che il sistema bancario ombra in questo momento di profonda instabilità possa apportare alla ripresa economica del nostro Paese, appare necessario passare in rassegna le origini del fenomeno ed in particolare la sua evoluzione ed espansione da dopo la crisi finanziaria del 2007-2008 fino ai nostri giorni.

Infatti, come è stato già anticipato, è solo nel 2007, dopo l'esplosione della crisi finanziaria negli Stati Uniti, che si accende un faro sul c.d. "Sistema bancario ombra"[8], fenomeno peraltro già noto alle istituzioni finanziarie e agli esperti ed operatori del settore, ma sul quale l'attenzione delle maggiori istituzioni governative ed economiche a livello globale fino a quel momento non era stato di particolare rilievo.[9]

Ed è proprio in quell'anno che per la prima volta viene coniata l'espressione *Shadow Banking system*, quando l'economista Paul McCulley, nel corso di un suo intervento al simposio annuale della Federal Reserve, fece emergere un dato a suo tempo ritenuto allarmante, ovvero la frammentazione del processo di intermediazione creditizia.[10]

Negli ultimi anni si era infatti assistito all'ascesa di una nuova forma di intermediazione basata su organismi, modelli e schemi negoziali alternativi rispetto a quelli tradizionali, caratterizzati prevalentemente da un'elevata leva finanziaria, che operavano al di fuori dei perimetri dei presidi della vigilanza del sistema bancario.

[8] La locuzione "sistema bancario ombra" è emersa per la prima volta nell'agosto del 2007, al Simposio annuo della Fed a Jackson Hole, sebbene alcune delle vulnerabilità chiave erano già state identificate negli anni precedenti. Sul punto v. R. Rajan, *Has Financial Development Made the World Riskier?, National Bureau Of Economic Research Working Paper No. 11728*, 2005.

[9] Per una disamina più approfondita sulle origini storiche dello Shadow Banking si rinvia a C. Barbagallo, *Lo shadow banking e la regolamentazione italiana*, in *Bancaria*, fasc. 3, 2015, pp. 2 e ss.

[10] P. McCulley, *Teton Reflections*, *Global Central Bank Focus*, *Federal Reserve of Kansas City*, *Jackson Hole Economic Symposium*, August/September 2007, il quale più precisamente descrisse il sistema bancario ombra affermando che "*Unlike regulated real banks, who fund themselves with insured deposits, backstopped by access to the Fed's discount window, unregulated shadow banks fund themselves with un-insured commercial paper, which may or may not be backstopped by liquidity lines from real banks. Thus, the shadow banking system is particularly vulnerable to runs – commercial paper investors refusing to re-up when their paper matures, leaving the shadow banks with a liquidity crisis – a need to tap their back-up lines of credit with real banks and/or to liquidate assets at fire sale prices.*"

Tale nuovo sistema, al tempo individuato con la locuzione "banche ombra non regolamentate", si caratterizzava per una maggiore rischiosità rispetto all'operato dei tradizionali modelli creditizi, in quanto, raccogliendo dal mercato, incorrevano nel rischio di una potenziale carenza di liquidità, vendendosi costretti, al verificarsi di tale ipotesi, a dover vendere forzosamente e a prezzi ridotti le attività in portafoglio o chiedere supporto alle entità "sponsor".

La definizione ufficiale del fenomeno in esame arriverà tuttavia solo qualche anno dopo, quando nel 2010 il *Financial Stability Board* non potendo più sottovalutare la portata del sistema ombra, affermò che con la locuzione *Shadow Banking* doveva intendersi "*ogni forma di intermediazione creditizia che coinvolge entità o attività in parte o completamente al di fuori del sistema bancario tradizionale*"; evidenziandone al contempo le principali criticità.[11]

A tal riguardo, il FSB ebbe cura di rilevare che, posto che i soggetti che operavano in tale sistema, utilizzavano strumenti *market-based*, questi si esponevano non soltanto a rischi tipici del sistema finanziario, quale ad esempio il rischio di liquidità che tipicamente caratterizza i mercati finanziari nei periodi di crisi, ma anche a rischi naturalmente riconducibili al settore bancario, senza però i presidi e delle garanzie di cui gode quest'ultimo, rischiando peraltro di trovarsi esposti a possibili arbitraggi regolamentari non giustificati dalla diversa natura del prodotto o servizio offerto.[12]

[11] FSB, "S*hadow Banking: Strengthening Oversight and Regulation. Recommendations of the Financial Stability Board*", Basel, October 2011.

[12] A nostro avviso la nozione di Shadow banking che maggiormente evidenzia i tratti qualificanti del sistema è stata fornita un anno prima, nel 2010, dalla Federal Reserve secondo la quale "*shadow banks sono quegli intermediari finanziari che eseguono la trasformazione delle scadenze, del credito e della liquidità, senza però avere accesso, in caso di necessità, alle disponibilità delle banche centrali o alle garanzie pubbliche riguardanti il settore del credito*". Cfr. FED, *Shadow Banking*, Staff report No 450, 2010, p. 6. Tuttavia, per una ricostruzione sistematica del fenomeno si rinvia a L. Grillet-Aubert, G.B. Haquin, C. Jackson, N. Killeen, C. Weistroffer, *Assessing shadow banking – nonbank financial intermediation in Europe*, *European Systemic Risck Board Occasional Paper No. 10, 2016*, p. 3; T. Adrian, *Financial Stability Policies for Shadow Banking, Federal Reserve Bank of New York, Staff Report No. 664*, 2014; N. Cetorelli, *Hybrid Intermediaries, Federal Reserve Bank of New York*, Staff Report No. 705, 2014; T. Adrian, A.B. Ashcraft, N. Cetorelli, *Shadow Banking Monitoring*, *Federal Reserve Bank of New York Staff Report No. 638*, 2013; E. Perotti, *The root of shadow banking*, CEPR Policy Insight No. 69, 2013. Più in generale F. Di Perna, *Lo shadow banking system e il ruolo dei fondi di credito nell'intermediazione creditizia la "zona d'ombra" della vigilanza prudenziale*, *Rivista Trimestrale di Diritto dell'Economia*, 2016, n. 1, p. 36 ss.; S. Claessens, L. Ratnovski, *What Is Shadow Banking?, International Monetary Fund Working Paper, No. 25*, 2014, p. 4; T. Adrian., A.B. Ashcraft, cit. 2012; Z. Pozsar, T. Adrian, A. Ashcraft, H. Boesky, *Shadow Banking,*

Tali rischi erano peraltro quelli che si erano manifestati già apertamente nel 2007, quando negli Stati Uniti si erano resi necessari i salvataggi di alcuni fondi o ancora nel momento antecedente lo scoppio della bolla dei mutui subprime.

La crisi finanziaria è stata infatti identificata con la crisi dello *Shadow Banking system*, proprio con la finalità di voler mettere in risalto la fragilità insita negli operati riconducibili alla parte non regolamentata del sistema bancario, la quale come un fiume in piena aveva poi investito l'intero sistema bancario tradizionale.

Per tali ragioni, la risposta alla crisi non poté essere altra che quella di introdurre una regolamentazione del fenomeno in esame al fine di scongiurare il verificarsi di nuove bolle speculative ed al contempo evitare che gli intermediari finanziari incorressero nuovamente nei rischi sopra esposti, garantendo così una maggiore trasparenza sui mercati.[13]

La risposta degli Stati Uniti non tardò ad arrivare, nel luglio 2010 fu emanata la legge federale *Dodd–Frank Wall Street Reform and Consumer Protection Act* volta a regolamentare fermamente il sistema finanziario americano.[14]

Contestualmente, data la propagazione della crisi finanziaria ormai in tutto il mondo, i vertici del G20 incaricarono il FSB di definire delle linee guida con l'obiettivo di incrementare la vigilanza e di introdurre una cogente regolamentazione sul fenomeno dello *Shadow Banking system*.

Il FSB presentò circa un anno dopo, nell'ottobre del 2011 una relazione, dal titolo "*Shadow Banking: Strengthening Oversight and Regulation, Recommendations of the Financial Stability Board*".[15]

I risultati presentati, oltre che rappresentare un primo tentativo di

Federal Reserve Bank of New York Staff Report No. 458, 2010.

[13] Al riguardo si ricorda che sia negli Stati Uniti che in Europa il fenomeno della shadow banking ha trovato la sua massima espansione nel periodo antecedente la crisi finanziaria e ciò grazie al fatto che tale fenomeno combinava insieme due modelli altamente speculativi quali i finanziamenti a breve termine da un lato e le cartolarizzazioni altamente speculative. Con l'avvento della fase di crescita dei mutui sub-prime negli Stati Uniti, il sistema bancario ombra subì una prima battuta d'arresto in termini di finanziamenti. Sul punto cfr. L. Errico, A. Harutyunyan, E. Loukoianova, R. WaltoN, Y. Korniyenko, G. Amidžic, H. Abushanab, H. Shin, *Mapping the Shadow Banking System Through a Global Flow of Funds Analysis*, *IMF Working Paper*, No. 10, 2014, p. 23.

[14] S. Schwartz, *Review of Banking and Financial Law, Regulating Shadow Banking*, Boston University School of Law, 2012.

[15] Le relazioni sullo Shadow Banking, disponibili sul sito internet della Financial Stability Board a partire dal 2011, dimostrano come l'ampiezza del fenomeno abbia assunto nel corso di un decennio assoluto rilevo.

intervento sul fenomeno a livello globale, prevedeva l'istituzione di una Task Force che aveva tra i suoi compiti quello di circoscrivere i rischi effettivi scaturenti e contestualmente definire il livello di regolamentazione opportuna al fine di scongiurare il verificarsi di un nuovo rischio sistemico, oltre che monitorare la portata del fenomeno.[16]

L'anno successivo, il FSB presentò il secondo rapporto annuale sul monitoraggio del sistema ombra "*A Policy Framework for Strengthening Oversight and Regulation of Shadow Banking Entities*" e "*A Policy Framework for Addressing Shadow Banking Risks in Securities Lending and Repos*", a cui ne è seguito uno l'anno, fornendo ulteriori raccomandazioni.

Il FSB ha infatti precisato in tale sede che l'obiettivo prioritario della regolamentazione dello *Shadow Banking system* non deve essere l'eliminazione del sistema stesso.

Lo *Shadow Banking system*, sempre secondo il FSB deve essere considerato una valida alternativa per il futuro rispetto al sistema tradizionale, soprattutto in quanto lo stesso si caratterizza per un basso costo di accesso al credito. Per tali ragioni, la finalità della regolamentazione di tale sistema deve essere quella di condurre ad un monitoraggio e riduzione dei rischi che tale sistema alternativo genera.[17]

Anche l'Unione Europea si è trovata costretta ad affrontare con fermezza il fenomeno e a fornire risposte rapide ed efficienti.[18]

La crisi finanziaria si era infatti propagata rapidamente dagli Stati Uniti in Europa travolgendo anche lì tutte quelle operazioni e attività "*shadow*" che si erano sviluppate al di fuori del perimetro di regolamentazione

[16] La task force FSB ha adottato un approccio di tipo a doppio binario. Da un lato è stato deciso che le autorità, grazia all'ampia definizione suggerita "*a system of credit intermediation that involves entities and activities outside the regular banking system*" avrebbero dovuto, quindi, individuare un ambito più specifico che mettesse in evidenza il concetto di "[…] *systemic risk concerns, in particular by maturity/liquidity transformation, leverage and flawed credit risk transfer, and/or ii) regulatory arbitrage concern*". Cfr. Financial Stability Board FSB, *Shadow Banking: Scoping the Issues. A Background Note of the Financial Stability Board*, 12 April 2011, p. 3 consultabile su http://www.fsb.org/wp-content/uploads/r_110412a.pdf.

[17] Il FSB utilizza tre "aggregati" per misurare il "peso" dello shadow banking: i) il comparto degli intermediari non finanziari (c.d. MUNFI, composto da assicurazioni, fondi pensione, altri intermediari finanziari – c.d. OFIs –, financial auxiliaries); ii) il comparto (del MUNFI) costituito dagli OFIs, che definisce la «broad measure of shadow banking»; iii) il comparto (del MUNFI e degli OFIs) costituito da quelle entità finanziarie non-bancarie che, secondo la classificazione adottata dall'Organismo, caratterizzano la «narrow measure of shadow banking».

[18] Secondo gli ultimi dati relativi al 2019, lo shadow banking, misurato dall'European Systemic Risk Board (ESRB) in termini di asset in gestione di fondi e altre società finanziarie, è arrivato a 45,5 mld in Europa (ex 42,6 mld).

prudenziale delle banche tradizionali.

Dalle ceneri della crisi era infatti emersa anche nei mercati europei l'insufficienza della regolamentazione del sistema bancario ombra e l'inadeguatezza della sola vigilanza sulle entità.

Apparse dunque da subito chiara la necessità che la vigilanza sull'entità dovesse essere accompagnata da un controllo che avesse ad oggetto anche l'attività potenzialmente in grado di generare rischi di tipo bancario. Tale controllo, soprattutto nel caso di attività "*shadow*", doveva dunque riguardare una maggiore trasparenza nelle operazioni, prevedendo al contempo il rispetto di standard qualitativi e quantitativi minimi.

La risposta delle Istituzioni europeo non tardò dunque ad arrivare.

Nel marzo 2012 la Commissione pubblicò un Libro verde in cui sono analizzati i possibili rischi del sistema bancario ombra nell'Unione Europea e il modo in cui questi ultimi possono essere contrastati dal punto di vista normativo.[19] La base di partenza da cui il Libro Verde origina la sua indagine è che l'UE dispone già di una regolamentazione che limiti, almeno in parte, alcune delle attività del sistema bancario ombra, proponendo al contempo di disciplinare il fenomeno mediante una regolamentazione indiretta che disciplini i legami tra il sistema bancario tradizionale e il sistema bancario ombra e una nuova regolamentazione specifica per le entità attive nello *Shadow banking system* più rischiose.

Le iniziative regolamentari successive seguirono la via tracciata dalla Commissione con il Libro verde.[20]

Infatti, il legislatore europeo pose in essere misure volte al rafforzamento del sistema bancario tradizionale (cd. Misure indirette) quali ad esempio la disciplina sui derivati fuori borsa o ancora le misure volte a rafforzare i requisiti patrimoniali delle banche, che automaticamente propagavano gli effetti anche sul sistema bancario ombra.

Dall'altro la disciplina europea andò ad incidere direttamente sulla regolamentazione dello *Shadow banking system* con obiettivo prioritario

[19] Commissione Europea, Libro Verde "Sistema bancario ombra", Bruxelles, 19.3.2012 COM(2012) 102 final.

[20] Il legislatore europeo, messa a fuoco la gravità della situazione si era reso conto che giunto il momento di gestire il fenomeno. Le preoccupazioni dello stesso vertevano infatti su due profili e cioè, quello riguardante il fatto che i flussi di denaro che permettono lo svolgimento di queste operazioni sono caratterizzati da estrema liquidità e sono crediti ormai molto prossimi alla scadenza; tendono, quindi ad essere utilizzati dalle banche per ottenere più facilmente finanziamenti a breve termine e di maggiori volumi rispetto ai canali tradizionali, quali i depositi. Questo crea un gap rilevante tra crediti verso la clientela e depositi, in quanto, invece di procurarsi assets più stabili per svolgere l'attività di finanziamento, le banche fanno affidamento su fonti più economiche, ma anche più volatili.

di pervenire al contenimento dei rischi connessi con l'esercizio di attività "*shadow*", mediante l'innalzamento di livelli di protezione e di trasparenza assimilabili a quelli di un'operazione di finanziamento effettuata da un soggetto bancario regolamentato e vigilato. [21]

Tra gli interventi di maggiore rilievo vi è certamente la Direttiva 2011/61/EC sugli *Alternative Investment Fund Managers Directive (AIFMD)*[22] volta a disciplinare i gestori di quegli schemi di investimento collettivo del risparmio alternativi, che rappresentano uno dei principali canali di sviluppo dell'attività bancaria non regolamentata.

O ancora l'adozione del Regolamento (UE) 2015/2365[23] sui *securities financing transactions* avente quale obiettivo prioritario l'individuazione dei rischi derivanti da tali operazioni al fine di prevenire il propagarsi di rischi sistemici. Tale prevenzione viene svolta grazia all'attività di monitoraggio delle Autorità creditizie al fine di giungere ad un più elevato grado di trasparenza.

Inoltre, nel 2016, l'EBA, sulla base del focus presentato dall'ABE nel 2015, ha pubblicato le linee guida "*Limiti delle esposizioni verso soggetti del*

[21] Per quanto concerne invece la disciplina italiana in tema di Shadow Banking, essa si è sempre caratterizzata per la sua ampia flessibilità, che ha concesso una maggiore facilità nell' identificazione di nuove forme di rischi.
Il perimetro della vigilanza prudenziale infatti è sempre stato molto ampio e comprende, oltre alle banche, diverse istituzioni non bancarie e strumenti di gestione del credito, consentendo alle autorità di vigilanza i mezzi necessari e sufficienti per consentire un'adeguata vigilanza su diverse istituzioni e attività. Al contempo tuttavia, la normativa si basa su un approccio che si concentra sulla tipologia di istituzioni finanziarie. Per un approfondimento sul caso italiano si rinvia a L. Bruni, *Banking and Financial Reregulation Towards 1992: The Italian Case*, in *Dermine Jean, European Banking in the 1990s*, Cambridge MA, Wiley-Blackwell, 2 ed., 1993, pp. 241 ss. e a C. Gola, M. Burroni, F. Columba, A. Ilari, G. Nuzzo, O. Panzarino, *Shadow banking out of the shadows: non-bank intermediation and the Italian regulatory framework*, Banca d'Italia, Questioni di Economia e Finanza, Occasional Paper No. 372, 2017, p. 30.

[22] Directive 2011/61/EU of the European Parliament and of the Council of 8 June 2011 on Alternative Investment Fund Managers and amending Directives 2003/41/EC and 2009/65/EC and Regulations (EC) No 1060/2009 and (EU) No 1095/2010.

[23] Regulation (EU) 2015/2365 of the European Parliament and of the Council published in the EU Official Journal on 23 December 2015. In particolare, il Regolamento prevede che "*all SFTs to be reported to central databases known as trade repositories (TRs), ensuring that all relevant EU competent authorities have direct access to such information in order to enable them to fulfil their respective responsibilities and mandates. Direct access to TRs should also be guaranteed to the ESRB and the ESCB so that they can pursue their mandates (e.g. financial stability, monetary policy and oversight of financial market infrastructures)*". Cfr. C. Gola, M. Burroni, F. Columba, A. Ilari, G. Nuzzo, O. Panzarino, *cit.*, Banca d'Italia, Questioni di Economia e Finanza, Occasional Paper No. 372, 2017, p. 51.

sistema bancario ombra che svolgono attività bancarie al di fuori di un quadro regolamentato di cui all'articolo 395, paragrafo 2, del regolamento (UE) n. 575/2013"[24] al fine di arginare i potenziali rischi derivanti dalla connessione tra il sistema bancario tradizionale e il sistema ombra.

Le Linee Guida, in vigore dal 1° gennaio 2017, stabiliscono criteri per fissare un limite alle esposizioni verso soggetti dello *Shadow banking* e per individuare e affrontare i rischi. Le linee guida propongono un approccio qualitativo che le istituzioni dovrebbero adottare al fine di arginare tali rischi.

Infine nel 2018 è stata avviata un'analisi sui soggetti bancari ombra operanti al di fuori dell'Unione europea.

L'obiettivo è quello di dare una valutazione maggiormente dettagliata dei vari tipi di attività di intermediazione creditizia svolte da questi soggetti, fare maggiore chiarezza sui vari regimi prudenziali applicabili a livello nazionale e sui vari requisiti di autorizzazione ad operare, e indagare maggiormente su tutti i rischi potenziali non ancora considerati.

Da ultimo un elemento su cui appare opportuna qualche considerazione sono le recenti "*Linee Guida emanate dall'EBA sulla concessione e monitoraggio del credito*", pubblicate il 29 maggio 2020.[25]

Il documento, rivolto agli Istituti creditizi, ha l'obiettivo di fornire indicazioni in materia di concessione del credito, al fine di garantire l'adozione di adeguati standard prudenziali e prevenire la generazione di nuovi crediti deteriorati in futuro, garantendo solidità e stabilità al sistema finanziario europeo.

A tal fine, l'EBA ha dunque ritenuto opportuno introdurre standard rigorosi e prudenti atti a migliorare le prassi, i modelli di governance, i processi e i meccanismi in materia di concessione attraverso requisiti informativi e driver per la valutazione del merito creditizio, la gestione e monitoraggio del rischio creditizio in tutte le fasi di vita del credito , il framework di controllo, la determinazione del pricing in ottica EVA (i.e. *Economic Value Added*), la valutazione delle garanzie in sede di concessione, monitoraggio e revisione periodica del valore delle stesse.

L'interrogativo sotteso a tale scelta regolamentare rimane tuttavia il medesimo esplicitato in premessa.

La scelta del regolatore europeo di rinforzare i presidi e gli standard relativi al settore bancario tradizionale, se da un lato appare condivisibile al

[24] EBA, *Limiti delle esposizioni verso soggetti del sistema bancario ombra che svolgono attività bancarie al di fuori di un quadro regolamentato di cui all'articolo 395, paragrafo 2, del regolamento (UE) n. 575/2013*, EBA/GL/2015/20 03/06/2016.

[25] EBA, *Relazione finale sugli orientamenti in materia di concessione e monitoraggio dei prestiti*, ABE/GL/2020/06 29/05/2020.

fine di evitare fenomeni di instabilità sistemica, dall'altro lato potrebbero incrementare il rischio di migrazione della richiesta del credito dal settore tradizionale al settore ombra, aumentando così il divario tra vecchio e nuovo sistema finanziario e lasciando, al contempo, intatte tutte le lacune normative, di vigilanza inefficace, all'interno dei mercati opachi che il Libro Verde denunciava già nel lontano 2012.

In realtà la vera grande sfida in Europa riguarda l'implementazione del Capital Market Union - sulla scia di quanto già avvenuto per il sistema bancario con il Meccanismo di Vigilanza Unico – nel tentativo di colmare il divario regolamentare esistente tra sistema tradizionale e sistema bancario ombra.

3. *Brevi cenni sui nuovi rischi sistemici generati dal FinTech*

Lo studio sulle trasformazioni insite nei modelli di *Shadow Banking* passa necessariamente attraverso l'indagine delle possibili connessioni con i sistemi di sviluppo tecnologico di nuovi mercati finanziari.

Recentemente, infatti, il problema principale su cui le Autorità di vigilanza si interrogano,[26] non concerne più esclusivamente le asimmetrie derivanti dalla differente regolazione esistente tra sistema bancario ombra e modello tradizionale, ma piuttosto verte sull'individuazione e la gestione dei rischi connessi al repentino sviluppo di nuovi mercati finanziari, che applicano alle categorie generali modelli tecnologici; primo fra tutti il settore del FinTech.[27]

[26] La pandemia da COVID-19 e la crisi economica che da essa ne è scaturita sembrano aver altresì accelerato lo sviluppo di fenomeni distorsivi tipici della c.d. finanza progredita. A tal riguardo, si ricorda quella che comunemente viene definita con la locuzione "*Shadow banking*" e che ha dato luogo a meccanismi di "moral hazard", disancorati dai principi di etica comportamentale che assicurano l'ordine del mercato. L'applicazione dei modelli di intelligenza artificiale e l'introduzione massiva di processi legati ai meccanismi derivanti dalla c.d. "Data economy", se, da un lato, hanno portato una forte spinta innovativa all'interno del mercato creditizio, al contempo, hanno fatto emergere l'inadeguatezza strutturale del dettato regolamentare e del ruolo di vigilanza delle Autorità di settore.

[27] Preme infatti in questa sede evidenziare come nell'ambito dei nuovi rischi di natura sistemica derivanti dallo shadow banking e dichiarati rilevanti dal FSB l'accento viene posto su quelli connessi alla crescente importanza del fenomeno FinTech. Il tema della regolamentazione di questi operatori è particolarmente delicato: da un lato sono evidenti i benefici che le FinTech stanno apportando al sistema finanziario in termini di innovazione, stabilità e inclusione, da altro punto di vista si nota come la velocità e la pervasività dei cambiamenti introdotti da questi operatori stia causando anche nuovi potenziali rischi e timori, rendendo

Non si fa mistero, ad oggi, che la crisi dei modelli tradizionali dell'attività bancaria dipenda, anche, dal fiorire di nuove forme di intermediazione, unitamente alla nascita di nuovi players nel mercato finanziario, che ha reso imprescindibile per le banche il confronto con le nuove tecnologie, al fine di rendersi pronte a rispondere alle mutate esigenze di mercato (rapidità ed efficienza dei servizi di pagamento, gestione automatizzata degli investimenti, abbattimento dei costi di intermediazione etc.).

È infatti indubbio che le recenti trasformazioni tecnologiche derivanti dal processo di globalizzazione dell'economia abbiano inciso profondamente anche sul perimetro normativo della regolazione bancaria, lasciando emergere l'inidoneità della stessa a rispondere alle complesse dinamiche tecnologiche emergenti dalla disintermediazione bancaria dei mercati. Seppur tra le indiscutibili difficoltà di assicurare un'adeguata armonizzazione fra i sistemi finanziari dei diversi Paesi, parrebbe compito indifferibile del legislatore di tenere il passo delle forme alternative del credito, scongiurando il rischio di un incontrollato avanzamento delle tecniche digitali applicate al mondo della circolazione dei capitali attraverso la predisposizione di presidi e tutele.

In tale contesto, appare dunque necessario un'analisi che tenga conto dei punti di possibile sovrapposizione, ma anche delle intrinseche differenze, fra i due settori (FinTech e Sistema banca ombra), senza tuttavia dimenticare di ribadire quanto quest'ultimo non debba essere esclusivamente qualificato nella sua accezione negativa, ma cercando piuttosto di mettere a frutto quanto emerso dalle esperienze del passato.

È certamente ormai un fatto noto che lo *Shadow Banking* possa, in alcune ipotesi, generare arbitraggi normativi - si pensi all'ipotesi di *market player* che vogliono evitare l'applicazione di regole imperativa - ma nella maggior parte dei casi si tratta di eventi in cui lo Stato decide di concedere dei sussidi regolamentari per alcune entità, dovuti a cause che considera difendibili, adeguate, socialmente desiderabili.[28]

Sulla base di tali premesse appare dunque evidente come l'avvento del cosiddetto credito FinTech, mediante l'utilizzo delle piattaforme online o di entità non bancarie collegate alla tecnologia finanziaria nell'erogazione

difficile per i regolatori tenere il passo delle novità introdotte. Su questo ambito le Autorità di Vigilanza assumono in questa fase il ruolo di osservatori attivi, in modo da garantire che lo sviluppo digitale del mercato e delle sue regole avvenga in modo sostenibile.

[28] Cfr. D.R Muñoz, *Shadow Banking: The Blind Spot in Banking and Capital Markets Reform*, in *Journal European Company and Financial Law Review*, fasc. 1, 2016, pp. 157 ss. Un recente articolo sull'Economist dal titolo "*Beware the bossy state*", Gennaio 2022, ha messo in rilievo il nuovo ruolo che gli Stai hanno scelto di svolgere all'interno dell'economia mondiale.

del credito o nell'agevolazione della creazione del credito, abbia generato una serie di nuove questioni per le autorità di vigilanza in tema di regolamentazione dello *Shadow Banking system*, riferite in particolare alla necessità di garantire una protezione adeguata al pubblico degli investitori, onde evitare nuovi potenziali rischi sistemici.[29]

L'emersione delle piattaforme informatiche rappresenta infatti un fattore di facilitazione dell'accesso al mercato da parte degli organismi d'investimento, generando un'ulteriore corrosione all'attività di erogazione del credito, tradizionalmente riservata alle banche e agli altri intermediari finanziari soggetti alla regolazione prudenziale.

Ciò oltre a comportare un'inevitabile facilitazione di accesso al credito, attraverso l'utilizzo delle piattaforme informatiche che operano al di fuori dal perimetro della vigilanza prudenziale, determina una serie di asimmetrie a beneficio degli operatori FinTech, generando per le banche tradizionali una posizione di netta difficoltà in termini competitivi e un aggravio di oneri prudenziali che sulle stesse gravano.[30]

La nascita di nuovi strumenti finanziari legati alla tecnologia, costituendo un'alternativa ai modelli tradizionalmente inquadrati nel sistema bancario, ha generato la nascita di nuovi mercati volti a sostenere lo sviluppo dello *Shadow Banking system* nella sua accezione non propriamente tradizionale.[31]

Lo sviluppo di nuovi settori totalmente opachi, e dunque privi di regolamentazione, sta infatti portando al passaggio dal fenomeno del c.d. *Shadow banking* a quello che è stato definito con la locuzione *Shadow finance*, ossia finanza opaca.[32]

[29] S. Claessens, J. Frost, G. Turner, F. Zhu, *I mercati del credito FinTech nel mondo: dimensioni, determinanti e questioni relative alle politiche*, in *Rassegna trimestrale BRI*, 2018.

[30] La banca tradizionale è sicuramente l'attore più esposto ai rischi derivanti da questo mutato contesto ed è dunque quella su cui grava il compito più delicato di ricollocarsi all'interno della catena del valore, anche attraverso nuove forme di collaborazione e di sana competizione con gli esponenti del mondo tecnologico. A questo proposito, la direzione auspicabile parrebbe quella di una convergenza progressiva di risorse e competenze tra banche ed operatori del FinTech, verso la creazione di un'economia di prodotti e servizi digitali.

[31] Infatti esso permette una forte riduzione dei costi operativi e di transazione, una maggiore accessibilità ai servizi finanziari, una più vasta gamma di servizi finanziari e la possibilità di confrontarli più facilmente tra loro, ed infine una maggiore flessibilità operativa. Tutto ciò porta ad un aumento dell'efficienza del settore finanziario permettendo agli operatori FinTech di essere più competitivi rispetto gli altri e di aumentare i loro ricavi

[32] P. de Gioia Carabellese, *Bail-in, diritti dei creditori e Costituzione italiana*, in *Giur. Comm.*, fasc. 5, 2020, p. 967. Sempre dello stesso Autore si v. P. de Gioia Carabellese, *Securitisations, in H-Y Chiu, Macneil, Research Handbook on Shadow Banking: Legal and Regulatory Aspects*. Edward Elgar's Series, Cheltenham and Northampton, Edward Elgar, 2018, 117; P. de Gioia Carabellese, *Le cartolarizzazioni fra attività bancaria opaca e*

I due modelli, quello dello *Shadow Banking/Finance*[33] e quello del FinTech, seppur non perfettamente coincidenti, risultano strettamente connessi e ciò in virtù del fatto che molte *Shadow banks* investono in FinTech e viceversa numerosi operatori del FinTech aderiscono allo *Shadow Banking system* offrendo diversi servizi finanziari o fungendo da *originators* dei processi di cartolarizzazione, il tutto senza essere soggetti alla regolamentazione delle banche o degli altri istituti di credito tradizionali.[34]

Ciò ha quindi portato ad indagare sui possibili rischi connessi fra i due modelli, partendo dall'assunto che anche il settore del FinTech, pur avendo subito negli ultimi anni un'impennata nella crescita, certamente dovuta all'avvento della pandemia mondiale, non ha trovato una regolamentazione "severa" e ciò in ragione del fatto che non sempre sussiste una necessaria coincidenza tra operatori del FinTech ed istituzioni finanziarie.

Appare quindi evidente che, se per un verso entrambi i sistemi si sono in un primo momento caratterizzati per la loro portata innovativa, che ha fatto sì che venissero considerati una risorsa positiva per l'economia, al contempo non può non tenersi conto del fatto che, al verificarsi di una crisi sistemica, gli stessi non hanno accesso alla liquidità delle banche centrali e ai sistemi di garanzie pubbliche riguardanti il settore del credito.[35]

Ciò ha comportato una particolare attenzione da parte del legislatore nella regolazione dei due modelli in esame, nel tentativo di pervenire ad una qualificazione e prevenzione dei rischi economici di natura sistemica e di credito che possono determinare uno svantaggio per gli investitori sia in termini di asimmetria informativa che di tutela.[36]

nuovo Regolamento EU, in *Studi sull'integrazione europea*, 2019, 339 e, più recentemente, P. de Gioia Carabellese, *Cartolarizzazioni semplici, trasparenti e standardizzate. Dallo shadow banking al techno banking*, Bari, Cacucci, 2020.

[33] Senza dimenticare che ormai in modo più ampio si utilizza la locuzione "*Shadow economy*". Sul punto v. F. Bassan, M. Rabitti, *Dalla sharing, alla social verso la shadow economy: l'Europa in transizione*, in *Nono Rapporto annuale Dalla sharing alla social economy*, Consumers' Forum e Università degli Studi Roma Tre, pp. 8 ss.

[34] J. Julapa, J. Kose, *FinTech: The impact on Consumers and Regulatory Responses*, in *Journal of Economics and Business*, 2018.

[35] Un esempio su tutti, non accedono alla copertura dei Sistemi di tutela dei depositi.

[36] La crescita di tale settore, come abbiamo anticipato all'inizio del paragrafo, non deve necessariamente essere vista con una connotazione negativa. Numerose sono infatti le argomentazioni si possono richiamare per giustificare la coesistenza tra FinTech, Sostenibilità e *Shadow Banking* è da ricercare nel concetto di *Investment Opportunity*. Si sostiene infatti che, se i tassi di interesse sono bassi è necessario offrire la possibilità di avere più opportunità di investimento e al contempo, dal punto di vista imprenditoriale, se ci sono progetti che non vengono finanziati, bisogna garantire l'accesso al finanziamento. L'innovazione consentendo di abbassare i c.d. *Transactions Cost* permette di facilitare

l'accesso al credito, promuovendo al contempo la c.d. specializzazione funzionale.
Per quanto attiene invece il tema della Sostenibilità, la giustificazione spesso più utilizzata per difendere fenomeni di *Shadow Banking* connessi ad investimenti sostenibili è quella che gli investimenti più sostenibili, che risultano più adeguati, non sempre hanno un accesso facilitato al finanziamento da parte del sistema bancario tradizionale. Per tali ragioni, risulta necessario valutare forme di finanziamento alternative che comportino l'applicazione di regole più flessibili. Esaminando le argomentazioni appena esposte, ognuna di queste ha degli spunti molto convincenti per giustificare un'attitudine più flessibile che permetta alla *Shadow Banking* di operare in alcuni contesti specifici quali il FinTech e la Sostenibilità. Lo dimostra ancor di più, l'argomento in base al quale la presenza di tassi di interesse negativi genera la necessità di una risposta alternativa, che indirizzi gli investitori verso investimenti che rendano di più. Tuttavia, non può non tenersi in considerazione il fatto che nessuno degli argomenti esposti è del tutto nuovo.
La giustificazione che prende in considerazione i tassi di interesse bassi, da cui genera la necessità di offrire dei nuovi prodotti che consentano agli investitori di avere delle opportunità più redditizie è un argomento ampiamente utilizzato negli Stati Uniti negli anni 70 per giustificare la creazione dei *Money Market Funds*. La risposta all'epoca fu la cartolarizzazione, con i risultati oggi noti. Anche il secondo profilo, ossia la necessità di generare innovazione come giustificazione alla forte incidenza dello *Shadow Banking* sul FinTech, non è qualcosa di pienamente convincente. La banca è sempre stato un settore chiave per l'innovazione tecnologica.
Il FinTech ha come mission la facilitazione della disintermediazione e il miglioramento della gestione dei dati personali, in modo da garantirne una maggiore efficienza. Ciò ha dunque giustificato delle risposte regolamentari specifiche sia in termini di maggiore tolleranza regolamentare (vedi gli Usa e la Cina), sia di proposte specifiche in paesi come il Regno Unito. Anche in questo caso gli argomenti esposti non risultano sufficienti. L'idea delle *Special charters* già in passato ha condotto ad una situazione in cui alcuni gruppi bancari importanti si sono trovati sotto la lente d'ingrandimento dell'autorità di vigilanza meno adeguata.
Per quanto concerne infine l'argomento della disintermediazione, questo ha condotto alla *Shadow Banking* basata sulla cartolarizzazione. Tutto ciò per far comprendere che nessuno dei fenomeni esaminati può pienamente essere ricondotto a *business model* completamenti nuovi e in ragione di ciò appare evidente che la *Smart Technology* altro non fa che utilizzare argomentazioni del passato per giustificare una tolleranza regolamentare. Quindi la domanda che appare opportuno porci è se questa volta il fenomeno dello *Shadow Banking* assumerà dei connotati diversi dal passato tali da far sì che sorga una nuova era per lo stesso. La risposta genera la necessità di comprendere se ci troviamo in un momento di disintermediazione o di re-intermediazione. Cioè se stiamo generando nuovo valore o semplicemente si sta verificando una ridistribuzione del valore già esistente, comportando il passaggio dello stesso da entità tradizionali che perdono valore e entità nuove che guadagnano il valore.
Certamente quello di cui possiamo essere certi che tutti gli argomenti e le giustificazioni utilizzate non si applicano a nuovi modelli di *Shadow Banking* ma sono già noti e pertanto prevedibili e in alcuni casi opportunamente regolabili.
Si tratta quindi solo di porsi le opportune domande ricordando che certe volte il problema è nello *Shadow Banking* ma altre volte è nelle regole.

4. *La tutela dell'investitore nel "Sistema bancario ombra" e le asimmetrie informative*

Tra i rischi generati dagli operatori che operano nello *Shadow Banking system* e che maggiormente destano preoccupazione tra i regolatori, vi sono, senza ombra di dubbio, quelli attinenti alla tutela dell'investitore e al mancato rispetto dei presidi attinenti agli obblighi di informazione che versano in capo agli operatori finanziari.[37]

Si è infatti riscontrato che la presenza per gli investitori nei mercati in esame di asimmetrie informative può portare alla nascita dei fenomeni quali l'*adverse selection* e il *moral hazard* e ciò dipende dal fatto che i datori e i prenditori di fondi non posseggono la totalità delle informazioni necessarie a rendere l'operazione più trasparente e sicura possibile soprattutto dal punto di vista di ricerca e scelta della controparte.

Una rilevante asimmetria informativa risulta infatti presente sia nella fase precedente all'erogazione del finanziamento (ex-ante) sia nella fase successiva (ex-post), generando, nella fase ex-ante un fenomeno di *adverse selection*, ossia il rischio che il datore di fondi possa essere scelto dai prenditori peggiori o non meritevoli e viceversa; nella fase ex-post un fenomeno del *moral hazard* caratterizzato dal rischio dovuto al fatto il datore non riesca a controllare l'utilizzo che il prenditore ha fatto dei fondi presi a prestito.[38]

Tali fenomeni, e i rischi ad essi connessi, hanno assunto particolare rilievo nello *Shadow Banking system* e ciò in virtù del fatto che l'asimmetria informativa tra operatori del mondo creditizio e finanziario e investitori è repentinamente aumentata e ciò in virtù della natura e della complessità degli strumenti finanziari che in tali sistemi operano.[39]

Non si può infatti far finta di ignorare che tra gli intermediari che operano nel sistema bancario ombra, vuoi come anticipato prima in virtù della complessità del prodotto finanziario offerto, vuoi per la tecnologia sottostante l'operazione stessa, possano essere frequenti situazioni in cui l'espletamento degli obblighi informativi in capo all'intermediario risulti incerto.

Ed è lì che sorge il dubbio se l'investitore abbia correttamente ricevuto

[37] Cfr. V. Piccinini, *La trasparenza nella distribuzione di strumenti finanziari derivati ed il problema della efficacia delle regole informative*, in *Contr. e impresa*, 2010, p. 505 ss., A. Nigro, *Il nuovo ordinamento bancario e finanziario europeo: aspetti generali*, in *Giur. comm.*, 2018, I, pp. 181 ss.

[38] A. Saunders, M. Cornett, M. Anolli, B. Alemanni, *Economia degli Intermediari Finanziari*, McGraw-hill, 2015.

[39] European Central Bank: https://www.ecb.europa.eu/pub/pdf/fsr/art/ecb.fsrart200912_02.en.pdf?39462a69bb594e9a7f14091c0085c13

tutto il corredo informativo idoneo ad acquisire la consapevolezza necessaria alle operazioni cui va incontro, ovvero che le indagini effettuate sul suo profilo fossero idonee a vagliarne il grado di esperienza in materia finanziaria.

Le riforme legislative che si sono nel tempo susseguite, essendo incentrate sul concetto cardine che un investitore informato è anche un investitore protetto, hanno cercato di ridurre tali asimmetrie – tra il primo e gli intermediari finanziari - quanto più possibile, cercando di sopperire al *gap* informativo esistente tra gli intermediari e l'investitore.[40]

In tal senso hanno certamente assunto un ruolo primario il pacchetto che disciplina i *Markets in Financial Instruments* che comprende la direttiva MIFID II[41] e il regolamento MIFIR.[42]

Essi dispongono che ci sia più professionalità da parte delle imprese finanziarie e più trasparenza nelle informazioni date ai clienti riguardanti la stessa e le valutazioni da essa effettuate; che l'impresa debba raccogliere informazioni sul profilo dell'investitore; che vi sia una maggiore valutazione di adeguatezza delle operazioni effettuate; che vi sia un controllo diretto delle autorità di vigilanza nazionali e sovranazionali sugli strumenti negoziati e collocati e che queste abbiano più poteri d'intervento, quest'ultimo vale

[40] Così A. Brozzetti, *La relazione tra intermediari e clienti: un rapido sguardo d'assieme sui profili evolutivi*, in *Ianus*, fasc. 19, 2019, pp. 15 ss.; M. Frisone, *Informazione continua con i clienti*, in *Il Sole 24 Ore Plus*, 11 luglio 2015; P. Maciocchi, *Ai clienti informazioni incomplete*, in *Il Sole 24 Ore*, 12 marzo 2015; A. Perrone, S. Valente, *Against All Odds: Investor Protection in Italy and the Role of Courts*, in Eblr, 2012, 13, p. 31 ss; N. Moloney, The Investor Model Underlying the EU's Investor Protection Regime: Consumers or Investors?, ivi, p. 169 ss.; D. Rossano, Le "tecniche cognitive" nei contratto di intermediazione finanziaria, Napoli, 2011, p. 29 ss.; N. Moloney, *How to Protect Investors. Lessons from the EC and from the U*K, Cambridge University Press, Cambridge, 2010, p. 292; F. Greco, *Informazione pre-contrattuale e rimedi nella disciplina dell'intermediazione finanziaria*, Milano, 2010, p. 31 ss.; V. Roppo, *La tutela del risparmiatore fra nullità, risoluzione e risarcimento (ovvero l'ambaradan dei rimedi contrattuali)*, in *Contratto e Impresa*, 2005, p. 896 ss.; R. Ruozi (a cura di), *La tutela del consumatore di servizi finanziari*, Milano, 1990; D. Corapi, *Inside information e insider trading: prospettive di intervento legislativo*, in P. Alvisi, P. Balzarani, G. Carcano (a cura di), L'informazione societaria, *Atti del Convegno internazionale di studi Venezia, 5-7 novembre 1981*, Milano, 1982, p. 694.

[41] Direttiva 2014/65/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 15 maggio 2014, relativa ai mercati degli strumenti finanziari e che modifica la direttiva 2002/92/CE e la direttiva 2011/61/UE. Sul tema si vedano, tra i molti, M.E. Salerno, *La disciplina in materia di protezione degli investitori nella MiFID II: dalla disclosure alla cura del cliente?*, in *Dir. banc.*, 2016, I, 437 ss.;.

[42] Regolamento (UE) n. 600/2014 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 15 maggio 2014, sui mercati degli strumenti finanziari e che modifica il regolamento (UE) n. 648/2012.

soprattutto per gli strumenti negoziati nei mercati non regolamentati.[43]

Con queste disposizioni si è cercato di aumentare la trasparenza e l'efficienza delle imprese finanziarie e di diminuire il rischio sia nei mercati regolamentati che in quelli non regolamentati, cercando di mantenere un'elevata tutela degli investitori.

Tuttavia l'accelerazione avuta nell'ultimo decennio in termini di disintermediazione dei servizi d'investimento ha nuovamente spostato l'attenzione sul tema dell'adeguatezza delle informazioni fornite all'investitore.

Appare infatti evidente come l'esigenza di tutela dovrà essere tanto maggiore quanto più il rapporto tra utente finale e piattaforma digitale sia diretto e non mediato dalla figura umana, ma passi attraverso sistemi informatizzati che svolgano l'attività di profilatura del cliente.

Al riguardo, appare dunque necessario interrogarsi se risultino ancora idonee le disposizioni di cui all'art. 21 del TUF, che, dettando regole di portata generale, disciplinano il comportamento e l'organizzazione che i soggetti abilitati in sede di trattativa precontrattuale, conclusione del contratto ed esecuzione delle obbligazioni che da esso derivano, e le conseguenti disposizioni di attuazione contenute nel Regolamento Intermediari a seguito delle modifiche introdotte in sede di recepimento della MIFID II in materia di profilatura della clientela.

La corretta profilatura dell'investitore è infatti attività prodromica rispetto alle tutele poste a presidio dei diritti dell'investitore e si sostanzia, come noto, nella raccolta di informazioni in merito alla sua situazione finanziaria e agli obiettivi di investimento; la raccolta di tali informazioni è necessaria per poter consigliare all'investitore strumenti finanziari che siano adeguati, anche con riferimento alla tolleranza al rischio e alla capacità di sostenere le perdite.

L'omessa o errata profilatura produce delle conseguenze immediate e dirette sul piano della responsabilità dell'intermediario, atteso che tale vizio potrebbe inficiare la corretta valutazione di adeguatezza dello strumento finanziario o del servizio raccomandato al cliente.

[43] Per un approfondimento sul pacchetto di previsioni introdotte dalla direttiva MIFID II e dal regolamento MIFIR si veda diffusamente J. J. A. Burke, *Investor Protection under MiFID: Cure Worse than the Disease*, in *Working Paper Series*, 19 gennaio 2009; C. Di Noia, *MiFID e Autorità di vigilanza*, in L. Frediani, V. Santoro (a cura di), *L'attuazione della Direttiva MiFID - Studi di diritto e legislazione bancaria*, Milano, Giuffrè, 2009, pp. 229 ss.; G. Ferrarini, *Moloney Niamh, Reshaping Order Execution in the EU and the Role of Interest Groups: From MiFID I to MiFID II*, in *European Business Organization Law Review*, V. 13, No. 4, 2012, pp. 557 ss.; G. Ferrarini, P. Saguato, *Reforming securities and deriv- atives trading in the EU: from EMIR to MiFIR*, in *Journal of Corporate Law Studies*, V. 13, No. 2, 2013, pp. 319 ss.

Al riguardo preme ricordare infatti che, anche ove non si tratti di operatori appartenenti al settore bancario tradizionale, l'investimento dovrebbe sempre e comunque costituire il risultato consapevole di una attenta analisi del profilo di rischio, che l'investitore deve essere in grado di effettuare in via autonoma, ove non voglia affidarsi esclusivamente al giudizio della piattaforma.

La possibilità di procedere in tal senso non dipende solo dalla sua competenza, ma anche dalla capacità di reperire informazioni o di valutare criticamente le informazioni che gli vengono fornite dalla piattaforma.

Tale impostazione tuttavia oggi non risulta sempre rispettata, e ciò soprattutto a causa della difficoltà di reperire le informazioni per l'investitore, soprattutto quando viene a mancare il c.d. contatto umano.

Se è infatti, per un certo verso, è vero che quando l'investitore opera mediante piattaforme digitali i rischi che esso assume dovrebbero essere i medesimi di un qualsiasi altro tipo di investimento dello stesso livello di rischiosità, non può, nel caso di operatore FinTech, non tenersi conto del fatto che l'investitore non usufruisce di tutte le tutele previste dalla normativa nel caso in cui lo stesso investitore si avvalga di un intermediario vigilato.

Purtroppo, allo stato attuale, non sempre l'investitore viene edotto su tale differenza strutturale, e pertanto non sempre lo stesso risulta correttamente informato rispetto alla differenza, in termini di tutela, fra l'operare in un sistema regolamentato e vigilato e l'investire i propri risparmi in sistemi ombra.

In virtù di ciò, risulta pertanto molto importante che, anche in presenza di asimmetrie informative o di altre inefficienze di mercato, i regolatori pongano in essere incentivi corretti, al fine di evitare che gli agenti economici perseguano, oltre il dovuto, la massimizzazione del profitto di breve termine, a discapito della stabilità.

Obiettivo primario del completamento della *Capital Market Union* dovrà dunque essere l'applicazione di misure organiche e coerenti, che, sulla base di un approccio complessivo di tipo olistico, risultino in grado di contenere forme attuali e nuove di rischi "*shadow*".

Roberto Bocchini

La concessione abusiva del credito nell'epoca post pandemica: modello predittivo o impegno umano?

Sommario: Inquadramento della fattispecie e delle forme di responsabilità della banca connesse all'erogazione del credito: la perimetrazione del campo della presente indagine – 1.1. La responsabilità per la concessione abusiva del credito: abstract della riflessione – 2. L'originaria ricostruzione della qualificazione in termini di responsabilità extracontrattuale – 3. L'originaria qualificazione dell'azione in termini di azione di massa o estranee alla massa dei creditori con la conseguente legittimazione del curatore fallimentare – 4. Il recentissimo arresto della Suprema Corte – 4.1. La nuova legittimazione della Curatela – 4.2. La diversificazione dei segmenti di responsabilità coinvolti e la loro differente natura giuridica – 5. Elementi costitutivi della responsabilità della banca verso il fallito quale responsabilità contrattuale da contatto sociale – 6. Conclusioni.

1. *Inquadramento della fattispecie e delle forme di responsabilità della banca connesse all'erogazione del credito: la perimetrazione del campo della presente indagine*

Si è a lungo discusso in ordine alla condotta dell'istituto di credito rispetto alla configurabilità e qualificazione di una responsabilità per l'erogazione abusiva del credito verso l'imprenditore fallito e la massa dei relativi creditori[1] e diverse sono, in termini qualificatori generali, le ipotesi

[1] Tra i numerosi approfondimenti sul tema, senza la pretesa di essere esaurienti: A. Nigro, *La responsabilità della banca per concessione "abusiva" di credito*, in Portale (a cura di) *Le operazioni bancarie*, I, Milano, 1978, p. 301 ss.; Id., *Revocatoria delle rimesse in conto corrente posizione della banca nei rapporti di concessione del credito*, in *Giur. Comm*., 190, I, 290 ss.; successivamente B. Inzitari, *Concessione del credito: irregolarità del fido, false informazioni e danni conseguenti alla lesione dell'autonomia contrattuale*, in *Diritto della banca e del mercato finanziario*, 1993, II, 412, ove ampie indicazioni bibliografiche in relazione alla elaborazione della dottrina francese, ove la concessione abusiva del credito quale fattispecie di illecito ha mosso i suoi primi passi; Id., *La responsabilità della banca nell'esercizio del credito: abuso nella concessione e rottura del credito*, in *Banca, borsa e tit.*

in cui rileva tale forma di responsabilità della banca:

a) il concorso della banca nella responsabilità tipica degli amministratori per inadempimento ex *artt. 2392 e 2394 c.c.*

In tal senso infatti, nell'ipotesi in cui una banca abbia concesso credito in modo "abusivo" contribuendo a determinare il mantenimento in vita artificioso di una società - e specificamente una società di capitali - con il ritardo nell'apertura di una procedura concorsuale: è stato prospettato il *concorso* o *complicità* della banca nell'inadempimento da parte degli amministratori della società finanziata ai propri obblighi, fonte di responsabilità a loro carico ai sensi degli artt. 2392 e 2394 c.c.

b) l'eventuale ingerenza della condotta della banca di grado più o meno severo e la possibilità di ricostruire la responsabilità dell'istituto di credito quale:

- *responsabilità come amministratore di fatto dell'impresa* ex *art. 2639 c.c.*

Spesso all'erogazione o al mantenimento del credito ad un'impresa in difficoltà si accompagnano forme di ingerenza più o meno penetranti della banca nella gestione di quell'impresa (per esempio, con la creazione, per effetto di apposite clausole – c.d. covenant –inserite nei contratti di finanziamento o nei concordati stragiudiziali, di strutture di monitoraggio e controllo).

Quando questa ingerenza abbia, in fatto, i contorni dell'assunzione del potere di alta amministrazione e direzione strategica, la banca potrebbe essere considerata appunto amministratore di fatto dell'impresa, con tutte le conseguenze, in tema di responsabilità, connesse a questa qualificazione. In questo caso la responsabilità della banca non si connette direttamente all'erogazione del credito in quanto tale, ma alla posizione che la banca viene ad assumere a seguito di quell'erogazione ed al modo in cui vengano

cred., 2001, I, p. 265 ss.; A. Castiello D'Antonio, *La responsabilità della banca per "concessione abusiva di credito"*, in *Dir. fall.*, 2002, I, p. 1077 ss.; E. Roppo, *Responsabilità delle banche nell'insolvenza dell'impresa*, in *Fall.*, 1997, p. 869 ss.; M. Porzio, *Il paradosso del banchiere: la banca e l'impresa in difficoltà*, ivi, p. 1453 ss.; A. Principe, *Concessione abusiva di credito e problemi di responsabilità della banca*, in AA.VV., *Responsabilità contrattuale ed extracontrattuale delle banche*, Milano, 1986, p. 355 ss.; A. Borgioli, *Responsabilità della banca per concessione "abusiva" di credito?*, in AA.VV., *Funzione bancaria, rischio e responsabilità della banca*, cit., p. 197 ss.; G. Terranova, *La responsabilità della banca nei confronti dei creditori dell'impresa finanziata*, in *Profili dell'attività bancaria*, Milano, 1989, p. 193 ss.; F. Galgano, *La responsabilità civile del banchiere*, in AA.VV., *Operazioni bancarie e responsabilità del banchiere*, Padova, 1987, p. 21 ss. Di recente, si segnala l'esauriente quadro ricostruttivo di: A. Viscusi, *Profili di responsabilità della banca nella concessione del credito*, Milano, 2004, *passim*.

utilizzate le prerogative derivanti da tale posizione.

- *responsabilità per attività di direzione e coordinamento* ex *art. 2497 c.c.*

È, inoltre, prospettabile, sempre con riferimento all'ipotesi di "ingerenza", anche una responsabilità della banca per "abuso di controllo", il cui fondamento viene individuato nell'art. 2497 c.c.: si tratta di una prospettazione che è diversa concettualmente da quella dell'amministratore di fatto, ma è a questa funzionalmente identica e che, naturalmente, esige una prova rigorosa dell'esistenza effettiva di un'attività di direzione e coordinamento da parte della banca[2].

1.1. La responsabilità per la concessione abusiva del credito: abstract *della riflessione*

Secondo l'ultimo arresto della Suprema Corte[3] "*l'erogazione del credito effettuata, con dolo o colpa, ad impresa che si palesi in una situazione di difficoltà economico-finanziaria ed in mancanza di concrete prospettive di superamento della crisi. Tale fattispecie integra un illecito del soggetto finanziatore, per essere egli venuto meno ai suoi doveri primari di una prudente gestione, che obbliga il medesimo al risarcimento del danno, ove ne discenda l'aggravamento del dissesto favorito dalla continuazione dell'attività d'impresa*".

Rispetto al consolidato orientamento in tema di abusività nell'erogazione del credito tale richiamato orientamento della Suprema Corte ha innovato non pochi profili della responsabilità in esame ed in particolare ha determinato i seguenti arresti:

a) ha ammesso la natura di azione di massa e, quindi, la legittimazione del curatore per la reintegrazione del patrimonio sociale che – in sostanza – va a vantaggio sia della società sia dei creditori sociali. È stato affermato che "*il curatore fallimentare è legittimato ad agire contro la banca per la concessione abusiva del credito, in caso di illecita nuova finanza o di mantenimento dei contratti in corso, che abbia cagionato una diminuzione del patrimonio del soggetto fallito, per il danno diretto all'impresa conseguito al finanziamento e per il pregiudizio all'intero ceto creditorio a causa della perdita della garanzia patrimoniale* ex *art. 2740 c.c.*".

b) ha modificato – e questa è la novità assoluta – la natura giuridica

[2] Cfr. M. Cisolla, *La responsabilità della banca da (co)gestione dannosa dell'impresa finanziata*, in *Ilcaso.it*, 2020.

[3] Cass., 30 giugno 2021, n.18610, in *www.dirittodellacrisi.it*, con nota di B. Inzitari, *L'azione del curatore per abusiva concessione di credito*, 2021.

dell'addebito in capo alla banca per l'erogazione abusiva di credito suddividendola in diversi segmenti di responsabilità ciascuno di diversa natura giuridica: responsabilità a titolo precontrattuale *ex* art. 1337 c.c., per la concessione abusiva e immeritevole di un nuovo finanziamento; responsabilità a titolo contrattuale *ex* art. 1218 c.c., quando venga imputata alla banca la prosecuzione di un finanziamento già in corso che doveva essere, invece, sospeso o revocato[4]. Intendendo entrambe come responsabilità da contatto sociale qualificato; la Suprema Corte ha provato ad oggettivizzare la responsabilità creando un codice di condotta standard dell'agire del *bonus argentarius*[5] di talché la violazione di tale dovere di diligenza tecnica e di protocolli e doveri comportamentali determina l'addebito dell'abusiva concessione[6].

[4] Propende per la natura "contrattuale" della responsabilità P. Piscitello, *Concessione abusiva di credito e patrimonio dell'imprenditore*, in *Riv. dir. civ.*, 2010, laddove si sofferma sulla responsabilità della banca nei confronti della stessa impresa finanziata; sarebbe invece di natura extra contrattuale la responsabilità nei confronti della massa dei creditori; secondo L. Balestra, *Crisi dell'impresa e abusiva concessione del credito*, in *Giur. comm.*, 2013, mentre nei confronti dei creditori danneggiati la responsabilità avrebbe natura extracontrattuale, nei confronti della stessa impresa finanziata la responsabilità avrebbe invece natura contrattuale, e si sostanzierebbe, laddove la linea di credito fosse stata già concessa, nell'inadempimento dell'obbligo di recesso. Sostiene, altresì, la natura contrattuale della responsabilità C. Castronovo, *La nuova responsabilità civile*, Milano, 2006, 124 ss. Alla responsabilità derivante dalla violazione degli obblighi inerenti allo "status" di impresa bancaria si riferisce Cass., 8 gennaio 1997, n. 72, con nota di C. Scognamiglio, *Ancora sulla responsabilità della banca per violazione di obblighi discendenti dal proprio status*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 1997, 653.

[5] La c.d. diligenza del *bonus argentarius* qualifica il maggior grado di prudenza ed attenzione che la connotazione professionale dell'agente richiede. Essa deve trovare applicazione non solo in riferimento ai contratti bancari in senso stretto ma anche ad ogni tipo di atto o di operazione posta in essere, nell'esercizio della sua attività, dalla banca la quale deve predisporre qualsiasi mezzo idoneo onde evitare il verificarsi di eventi pregiudizievoli comunque prevedibili. Vd. Cass. 7.05.1992 n. 5421 in *Foro it.*, 1993; R. Caratozzolo, *La responsabilità delle banche per la violazione degli obblighi contrattuali*, Milano, 2007.

[6] V.G. Falcone, *Concessione abusiva del credito e concorso della banca nel ricorso abusivo del credito*, in *Fallimento*, 2020, secondo cui - una volta che si ammetta in principio che tra i soggetti direttamente danneggiati dalla condotta del finanziatore possa annoverarsi lo stesso soggetto finanziato – sia agevole accostare la figura della concessione abusiva del credito alla violazione del principio del "prestito responsabile" (che trae lo spunto dai principi normativi in materia di credito ai consumatori e di credito immobiliare ai consumatori), pervenendo alla conclusione che il dovere di protezione che connota l'erogazione di "prestito responsabile" possa predicarsi anche nel rapporto con il beneficiario imprenditore. A questa conclusione pervengono B. Inzitari, E. Depetris, *Abusiva concessione di credito, legittimazione del curatore, danno alla massa ed al soggetto finanziato*, in *Dir. fall.*, 2018, per il caso in cui "*il mantenimento delle linee di credito o l'erogazione piuttosto che consentire la*

La linea di demarcazione – quindi – tra la concessione abusiva del credito e, quella, invece legittima, diventa la valutazione da parte dell'istituto di credito sulla base di un giudizio prognostico *ex ante* della possibilità di superamento della crisi da parte dell'impresa finanziata anche attraverso la erogazione di credito non integra abusiva concessione di credito, quindi, la condotta della banca che, pur al di fuori di una formale procedura di risoluzione della crisi dell'impresa, abbia assunto un rischio non irragionevole, operando nell'intento del risanamento aziendale ed erogando credito ad un'impresa suscettibile, secondo una valutazione *ex ante*, di superamento della crisi o almeno di proficua permanenza sul mercato, sulla base di documenti, dati e notizie acquisite, da cui sia stata in buona fede desunta la volontà e la possibilità del soggetto finanziato di utilizzare il credito ai detti scopi.

Con la presente riflessione una volta evidenziata la portata innovativa rispetto alla qualificazione previgente e chiariti i tratti più interessanti della fattispecie in esame, si proverà a trovare un comune denominatore sotteso alla nuova definizione ed al novellato inquadramento della responsabilità in parola che potrebbe essere ravvisato nella decisa emersione di un certo *favor creditorum* a discapito della condotta della banca, atteso che:

a) la responsabilità in parola qualificata quale responsabilità contrattuale da contatto sociale determina naturalmente un agevolato regime probatorio del danno risarcibile;
b) per l'effetto la standardizzazione di una serie di doveri comportamentali di diligenza tecnica e di codici di condotta dell'istituto erogatore – dalla cui violazione si ingenera la responsabilità per l'erogazione abusiva – determina un più agevole criterio discretivo di condotte rilevati o meno quali abusive nell'erogazione del credito;

L'azione contro la banca, qualificata come azione di massa, determina un evidente ampliamento non solo della legittimazione in favore del curatore (precedentemente esclusa), ma anche delle fattispecie di danno risarcibile (quello all'impresa e quello alla massa dei creditori) che – come si vedrà – in termini tutt'altro che tecnici ma decisamente pragmatici – è considerata un'azione a vantaggio di tutti i creditori indistintamente, poiché recuperatoria in favore dell'intero ceto creditorio con riferimento a quanto sia andato perduto, a causa dell'indebito finanziamento, del patrimonio sociale, visto che il fallimento persegue l'obiettivo del miglior soddisfacimento dei

soluzione della crisi, la aggravino sino ad un livello di insostenibilità che comporta il dissesto e quindi la possibile liquidazione concorsuale dell'impresa".

creditori nel rispetto della *par condicio creditorum*[7].

Al contempo, quindi, se la prolifica – per non dire anche frenetica – disciplina emergenziale in risposta alla crisi epidemiologia da Covid-19 rappresenta – in qualche modo – la spinta propulsiva cui ha fatto seguito la reazione della Suprema Corte che con un intervento, dal senso più pratico che tecnico, reagisce perimetrando la materia sia in termini di definizione dell'elemento oggettivo e soggettivo della predetta responsabilità contrattuale, sia in termini di ampliamento e legittimazione del danno conseguente risarcibile.

A seguito della crisi economica post pandemia, infatti, la legislazione di settore – si veda la riforma della legge fallimentare, la stessa direttiva cd. *Insolvency* ed il D.L. cd. "liquidità" del dì 8 aprile 2020, n. 23 convertito nella l. 5 giugno 2020, n. 40 – manifesta un'attenzione particolare ed – in generale – favorisce l'accesso al credito per le imprese – o anche i debitori sovraindebitati per i quali addirittura è stata anticipata l'entrata in vigore della novella normativa – che si trovano in stato di difficoltà o insolvenza. Pertanto – per l'effetto inverso o per così dire di contenimento – i confini dell'erogazione del credito "non abusivo" devono essere tracciati nella misura più chiara possibile – anche se ciò rappresenta una standardizzazione della condotta rilevante della banca – e le azioni a relativa tutela vengono ampliate quanto a legittimazione e danno risarcibile al fine di garantire che l'accesso al credito per l'impresa in crisi sia facilitato – dato il contesto di crisi pandemica globale – ma mai abusivo.

A ben vedere il tema responsabilità delle banche nell'erogazione del credito è un argomento di grande attualità – non solo per il contesto di crisi post pandemica nel quale si inserisce – ma anche in relazione alla riforma delle procedure concorsuali, per un duplice ordine di riflessioni.

Anzitutto nel nuovo diritto fallimentare, come sottolineato da autorevole dottrina[8], hanno assunto particolare centralità le azioni risarcitorie a "compensazione", per così dire, determinata dalla drastica riduzione degli spazi di operatività della revocatoria fallimentare.

I curatori fallimentari, quindi, "orfani" ormai, o quasi, della revocatoria

[7] A tale riguardo G. Falcone, *op. cit.,* evidenzia che al di là del danno diretto cagionato direttamente all'impresa finanziata, si assume che il procrastinare dell'apertura di una procedura concorsuale (dovuto alla dissimulazione dell'insolvenza consentita dal finanziamento) comporta, oltre al depauperamento del patrimonio dell'imprenditore, una lesione del "diritto all'integrità del patrimonio del debitore", che costituisce garanzia generica di tutti i creditori.

[8] A. Nigro, *La responsabilità delle banche nell'erogazione del credito delle imprese in crisi*, in *Giur. Comm*., 2021, p. 305.

fallimentare, sono stati, fino alla pronuncia della Suprema Corte, fatalmente spinti a tentare di percorrere, al fine di impinguare gli attivi delle procedure, proprio la strada di azioni risarcitorie e, in particolare, quelle nei confronti delle banche in relazione al credito concesso o mantenuto al debitore nell'imminenza del fallimento. In tal senso, quindi, si inserisce l'ampliamento della legittimazione in capo alla Curatela fino ad ora prevalentemente esclusa.

In secondo luogo, questo mutato contesto normativo delle procedure concorsuali privilegia le soluzioni concordatarie e, comunque, stragiudiziali della crisi d'impresa, per il cui successo assumono spesso un ruolo decisivo il mantenimento delle linee di credito e/o l'attivazione di nuova finanza in favore dell'impresa in difficoltà.

2. *L'originaria ricostruzione della qualificazione in termini di responsabilità extracontrattuale*

La ricostruzione originaria della responsabilità in esame è argomentata sulla base della celebre sentenza n. 500/1999[9], con la quale le Sezioni Unite avevano tratteggiato gli elementi della responsabilità *ex* art. 2043 c.c. in un modello di esemplare chiarezza.

Attesa la qualificazione della responsabilità oggetto di analisi, è opportuno riassumere brevemente gli originari tratti descrittivi al fine di evidenziare la portata innovativa dell'ultimo orientamento qualificatorio.

Tradizionalmente gli elementi qualificatori della responsabilità extracontrattuale in commento erano così ravvisati:

- *Il fatto evento*. Nel caso della concessione abusiva di credito l'evento veniva ricostituito proprio dall'incauta contrattazione con l'impresa insolvente o dall'incauta acquiescenza di coloro che sono già creditori, illusi sulla solvibilità del proprio debitore fino all'esternazione del dissesto. Tale evento è appunto determinato, in termini di causalità, dalla condotta della banca, che finanziando l'impresa dissestata modifica le condotte degli altri *stakeholders*. Non vi è dubbio, infatti, che l'instaurazione o la prosecuzione di un rapporto creditizio procuri all'impresa finanziata la fiducia generalizzata degli operatori economici (*observers*) che la circondano.

- *Il danno*. Secondo la dottrina il danno risarcibile non può coincidere

[9] Cass, 22 luglio 1999, n. 500, con nota di G. Corso e G. Fares, in *La responsabilità della pubblica amministrazione. Casi di giurisprudenza*, 2009, p.168.

con l'intero passivo rimasto insoddisfatto a seguito dei riparti fallimentari, ma si identifica con il danno in concreto subìto da ciascun terzo e nella misura in cui il comportamento del finanziatore "abusivo " lo abbia indotto in errore nella percezione della reale situazione economica e finanziaria dell'imprenditore sovvenuto. In particolare, il danno derivante da tale forma di responsabilità sarà costituito, per i creditori anteriori (alla concessione abusiva), dal danno derivante dall'aggravamento del dissesto del comune debitore e dalla conseguente diminuzione delle possibilità di soddisfacimento e, per i creditori successivi, dal danno consistente nella perdita che possono subire per aver instaurato rapporti che non avrebbero posto in essere ove non vi fosse stata l'apparente solvibilità creata dal credito abusivamente concesso[10].

- *L'interesse leso*. Non era rappresentato da un diritto di credito, ancorché nella forma dell'aspettativa, quanto piuttosto dalla facoltà del creditore di autodeterminarsi liberamente e senza condizionamenti nelle scelte economiche: si parlava di *adverse selection*. Tale affermazione, se è pacifica quanto ai creditori divenuti tali successivamente all'atto di erogazione abusiva, varrebbe anche per coloro che erano già creditori, dissuasi dall'attivarsi nelle potestà riconosciute dall'ordinamento per l'autotutela del proprio interesse in caso di pericolo d'insolvenza proprio dalla concessione (abusiva) del credito da parte della banca[11].
- *L'elemento psicologico*. Sul punto l'analisi concerne il profilo se la banca sia responsabile solo quando la violazione degli obblighi di comportamento cui deve attenersi nell'erogazione del credito sia consapevolmente preordinata all'accaparramento di vantaggi illeciti nella prospettiva concorsuale ed a svantaggio dei diritti dei terzi, e, quindi, vi sia dolo, oppure se la loro mera violazione, secondo gli standard di diligenza che ci si può attendere dal *bonus argentarius,* comporti responsabilità, quindi, per colpa.

La dottrina sul punto era divisa e non si rinvenivano inizialmente precedenti giurisprudenziali. Parte della dottrina aveva circoscritto la responsabilità della banca alla sola ipotesi in cui si ravvisi il disegno di mascherare l'insolvenza per conseguire illeciti vantaggi[12]. Vi erano, però, anche opinioni pioneristiche rispetto a quella che sarebbe diventata la successiva ricostruzione dell'elemento psicologico della responsabilità in parola, per le quali dalla banca ci si dovrebbe attendere un grado di

[10] R. Ricci, V. Del Sole, *Responsabilità della banca per concessione abusiva del credito*, *in Dir. e pratica delle società*, 3, 2006, p. 32

[11] E. Bertacchini, *Concessione del credito, comportamenti abusivi e responsabilità della banca,* in *Impresa e istruzioni,* 1994, p.5.

[12] A. Nigro, *La responsabilità*, *op. cit.*, p. 320.

professionalità tale che l'erogazione del credito –in quanto atto complesso– sia sempre meditata ed accompagnata dalla consapevolezza della sua eventuale abusività per violazione della diligenza tecnico professionale, viceversa, ben potrebbe configurarsi un'ipotesi di responsabilità colposa a carico dell'istituto bancario[13].

- *L'antigiuridicità*. La dottrina trovava il requisito dell'antigiuridicità non già nei valori sottesi alle disposizioni penali che sanzionano il ricorso abusivo al credito (art. 218 l.f.) o la bancarotta semplice per tardivo ricorso all'auto-istanza di fallimento (art. 217, comma 1, n. 4, l.f.) o ancora il mendacio e falso interno bancario (art. 137 t.u.b.), ma semmai nelle disposizioni che impongono alla banca la diligenza della condotta nella valutazione di meritevolezza[14] di credito del sovvenuto, disposizioni generali e settoriali, così come emergono dalle norme bancarie e dalle Istruzioni dell'Autorità di Vigilanza[15].

In questo caso, infatti, è stato elaborato dalla dottrina il modello di responsabilità del c.d. *bonus argentarius* che è utile per valutare la meritevolezza di tutela della posizione del banchiere rispetto alla concessione del credito. Si tratta di uno standard di comportamento imposto secondo

[13] B. Inzitari, *L'abusiva concessione di credito, op. cit.*, in *Le società*, 2007, p. 463; B. Inzitari, *La responsabilità della banca nell'esercizio del credito: abuso nella concessione e rottura del credito*, *in Banca borsa e tit. cred.,* 2001, 562.

[14] Il riferimento ad un concetto funzionale e dinamico quale è la diligenza suggerisce l'esigenza di eseguire un siffatto controllo sotto un duplice profilo: genetico, volto ad appurare se il consumatore abbia effettivamente contratto obbligazioni proporzionate alla propria capacità reddituale o patrimoniale; evolutivo, finalizzato a stabilire se il consumatore, pur obbligandosi adeguatamente rispetto alle sue capacità di produzione del reddito, ha successivamente assunto comportamenti palesemente imprudenti, tali da frustrare la propria idoneità di restituzione del finanziamento ottenuto. Declina in questi condivisibili termini il controllo di meritevolezza il Trib Cassino, nelle pronunce 3 febbraio 2019, 5 giugno 2019, 13 gennaio 2020, tutte reperibili in *www.tribunalecassino.it*. Nella sostanza, sembrerebbero condurre agli stessi risultati le considerazioni di A. Vigo Majello, *L' "accordo" del debitore ed il "piano del consumatore": nozioni, presupposti e differenze*, in *La crisi del soggetto non fallibile*, A. Piani Massamormile (a cura di), Torino, 2016, p. 23 s: si ritiene, all'opposto, che la diligenza del consumatore sia da valutare solo al momento dell'assunzione delle obbligazioni C. Solinas, *Commento all'art. 12-bis*, in *Codice del consumo annotato con la dottrina e la giurisprudenza*, E. Capobianco, L. Mezzasoma, G. Perlingieri (a cura di), p.961.

[15] Particolarmente limpida, in proposito, la decisione del Trib. Cagliari, 11 maggio 2016, per la quale la mancata valutazione del merito creditizio da parte della banca non assurge a motivo di discolpa del prenditore, in quanto il modello del debitore meritevole di salvaguardia è "*quello di un soggetto mediamente in grado di capire il senso delle proprie scelte e di valutare in piena autonomia le conseguenze di un impegno economico, senza il bisogno che altri soggetti, ed in particolare il creditore, lo indirizzino e ne tutelino gli interessi impedendogli di assumere un debito poiché eccessivo rispetto al proprio patrimonio*".

precisi protocolli che impone un'attività di informazione e monitoraggio alla Banca in relazione alla condizione di solvibilità del cliente finanziato.

Vi è da evidenziare che la dottrina[16], dal punto di vista evidenziato, sembrava essere già pronta e matura alla svolta che, poi, con l'evoluzione della fattispecie in esame si è ravvista nei termini che seguono.

3. *L'originaria qualificazione dell'azione in termini di azione di massa o estranea alla massa dei creditori con la conseguente legittimazione del curatore fallimentare*

La ricostruzione originaria della responsabilità in termini di azione di massa o estranea alla massa dei creditori e, quindi, con la conseguente sussistenza della legittimazione ad agire o meno da parte della curatela, si basava su una fondamentale differenza, ovvero che si agisse per il danno verso i terzi creditori oppure verso il soggetto finanziato per il pregiudizio diretto causato al patrimonio di quest'ultimo dall'attività di finanziamento abusiva.

Prima della recente evoluzione giurisprudenziale anticipata nei termini della questione, infatti, tale differenza era di rilevante importanza rispetto all'azione per il danno verso i terzi creditori.

Con riferimento alla responsabilità per il danno nei confronti dei terzi (creditori anteriori o successivi all'insolvenza) la Suprema Corte di Cassazione, a Sezioni Unite, con le sentenze gemelle del 2006[17] e nella più recente pronuncia nel 2010[18] ha escluso – come del resto ha fatto tutta la giurisprudenza che si è pronunciata sul punto, con l'unica eccezione di qualche tribunale di merito – che l'azione di danno da abusiva concessione del credito potesse essere configurata come azione di massa per cui era stata originariamente esclusa la legittimazione del curatore ad agire. Per la Suprema Corte, infatti, tale azione aveva lo scopo di reintegrare il patrimonio del singolo creditore così come le azioni di danno in favore del terzo direttamente danneggiato da atti dolosi o colposi degli amministratori *ex* art. 2395 c.c.

La dottrina[19] inizialmente aveva condiviso tale posizione tenuto conto:

[16] C. Castronovo, *Diritto privato generale e diritti secondi. La ripresa di un tema*, in *Europa e Diritto Privato*, 2006, p. 278; C. Scognamiglio, *Sulla responsabilità dell'impresa bancaria per violazione degli obblighi discendenti dal proprio status*, in *Giur. It.,* 1995, p. 35.

[17] Cass., 28 marzo 2006, n. 7030, in *Foro it.,* 2006, 12, 3417.

[18] Cass., 23 luglio 2010, n. 17284, in *Giur. comm*. 2011, II, 1157.

[19] A. Nigro, *La responsabilità*, cit.,320; G. Fauceglia, *Abusiva concessione,* cit., 643;

- che nel nostro sistema non esiste in capo al curatore fallimentare un generale potere di rappresentanza dei creditori[20];

- che due sono i principi fondamentali che reggono il regime della legittimazione "sostitutiva" del curatore fallimentare rispetto ai creditori: quello secondo il quale tale legittimazione sussiste per tutte le azioni c.d. di massa, cioè per le azioni spettanti ai creditori e dirette ad ottenere, nell'interesse degli stessi, la ricostituzione del patrimonio del debitore fallito; e quello secondo il quale tale legittimazione sostitutiva non sussiste per le azioni esercitabili individualmente ed a proprio diretto ed esclusivo vantaggio dai singoli creditori nei confronti di soggetti diversi dal fallito, sia pure in relazione ad obbligazioni di quest'ultimo[21];

- che la responsabilità per concessione abusiva di credito, almeno nella sua originaria configurazione tipica, costituisce strumento di reintegrazione, non già del patrimonio del debitore nell'interesse della generalità dei creditori, ma del patrimonio personale dei singoli creditori, e, quindi, strumento di tutela diretta ed immediata degli stessi (identicamente a quel

G. Belli, *La responsabilità della banca per erogazione abusiva del credito ad un'impresa in situation dèsperèe*, in *La resp. civ*, 2012, p. 93; F. Di Marzio, *Ancora sulla fattispecie di concessione abusiva di credito,* in *Banca borsa tit. cred*., 2012, p. 692.

[20] Qui è da ricordare che i casi di "sostituzione processuale" del curatore sono stabiliti nella legge fallimentare dall'art. 146 l.f. (nel d.lgs. n. 14 del 2019, "Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza", la materia delle azioni di responsabilità al cui esercizio è legittimato il curatore è trattata nell'art. 225, che, rispetto all'art. 146 l. fall. predilige una impostazione analitica delle singole situazioni, piuttosto che un loro richiamo, per così dire, "*rationae materiae*"), e, tra questi, l'ipotesi prevista dal comma 2, lett. a) dell'articolo – ancora prima dell'introduzione dell'art. 2394 *bis* c.c. ancorché alquanto "lata", veniva interpretata nel senso di escludere che il curatore fosse legittimato all'esercizio dell'azione *ex* art. 2395 c.c. Sul punto v. B. Inzitari, E. Depretis, *Abusiva concessione di credito, op. cit.*, 1046-1050. Giova, altresì, ricordare che il "Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza" (D.Lgs. n. 14 del 2019) ha introdotto un nuovo comma 6 nell'art. 2476 c.c., contenente, per le società a responsabilità limitata, una disposizione corrispondente a quella, relativa alla società per azioni, contenuta nell'art. 2394 c.c.: anche per l'esercizio di detta azione l'art. 255 del medesimo codice attribuisce espressamente la legittimazione del curatore fallimentare.

[21] Cass., 30 giugno 2021, n.18610, richiamando alcuni propri precedenti giurisprudenziali, ha affermato che la curatela, in caso di fallimento, è legittimata ad agire nei confronti delle banche per i danni cagionati alla società fallita allorquando venga dedotta la responsabilità del finanziatore verso il soggetto finanziato per il pregiudizio diretto causato al patrimonio di quest'ultimo dall'attività di finanziamento. Il curatore, hanno evidenziato i Giudici di legittimità, non è invece legittimato all'azione di risarcimento del danno diretto patito dal singolo creditore per l'abusiva concessione del credito quale strumento di reintegrazione del patrimonio di quest'ultimo. In tal senso si veda Cass., 1 giugno 2010, n. 13413 in *Giust. civ.* 2011, 5 , 1283; Cass, 20 aprile 2017, n. 9983 in *Banca Borsa Titoli di Credito*, 2018, 2, II, 162.

che si ha nella responsabilità *ex* art. 2395 c.c.);

- che in tale responsabilità non è in principio configurabile un pregiudizio della massa neppure (in ipotesi) come "sommatoria" dei pregiudizi subiti dai singoli creditori per la semplice ma decisiva ragione che il pregiudizio per i singoli creditori, da un lato, è diverso da caso a caso (essendo sufficiente pensare alla distinzione fra creditori anteriori e creditori posteriori alla concessione di credito, che rileva anche e proprio in termini di danno risarcibile); e, dall'altro, può non esservi neppure come nel caso dei creditori anteriori che abbiano concesso credito conoscendo o dovendo conoscere, a loro volta, lo stato di insolvenza del loro contraente o nel caso dei creditori posteriori che non siano in grado di dimostrare l'impossibilità di conoscere, con l'ordinaria diligenza, la effettiva situazione patrimoniale del debitore[22];

- che per la configurabilità di una responsabilità della banca per concessione abusiva di credito non è affatto necessario, in linea di principio, né che il sovvenuto sia un imprenditore né, tanto meno, che esso si trovi ad essere sottoposto ad una procedura concorsuale e che, comunque, il rapporto danneggiante (banca)-danneggiati (creditori) rimane come tale ed in principio fuori dell'ambito della eventuale procedura concorsuale aperta a carico del sovvenuto, potendo tale procedura assumere solo il ruolo, al più, di evento produttivo di danno o, forse più esattamente, di evento che evidenzia e cristallizza il danno.

Per quanto concerne, poi, il profilo relativo all'azione per il danno verso il soggetto finanziato con la quale si persegue il finanziatore che conceda, o continui a concedere incautamente, credito in favore dell'imprenditore che versi in stato di insolvenza o comunque di crisi conclamata e che cagioni danno all'imprenditore medesimo, la dottrina ed anche la giurisprudenza avevano, sul punto, lungamente dubitato, per varie ragioni:

[22] A. Viscusi, *Profili di responsabilità della banca nella concessione del credito*, in *Banca, borsa e titoli di credito*, II, 2004, 648; F. Di Marzio, *Abuso nella concessione di credito*, Napoli, 2004; Id., *Abuso e lesione della libertà contrattuale nel finanziamento dell'impresa insolvente*, in *Riv., dir. civ.*, 2004, I, 145. L'argomento costituisce ormai un capitolo obbligato nei trattati e nei commentari sulla responsabilità civile come pure sulla banca e i contratti bancari, v. M. Franzoni, *Dei fatti illeciti artt. 2043-2096-2059*, in A. Scialoja, G. Branca (a cura di), *Commentario al Codice civile*, Bologna-Roma, 2004, 157; M. Montanari, *La responsabilità civile*, in *Trattato di diritto civile*, diretto da Rodolfo Sacco, Torino, 1998, 789; G. Fauceglia, *I contratti bancari*, in *Trattato di Diritto Commerciale*, diretto da Buonocore, Torino, 2005, 246. B. Inzitari, *Concessione abusiva di credito: irregolarità del fido, false informazioni e danni conseguenti alla lesione della autonomia contrattuale*, in *Dir. banc. merc. fin.*, 1993, 412 ss; Id, *Le responsabilità della banca nell'esercizio del credito: abuso nella concessione e rottura del credito*, in *Banca, borsa e titoli di credito*, 2001, I, 280.

- in forza di una ritenuta neutralità dell'operazione per l'impresa finanziata, in quanto l'incremento del passivo è specularmente compensato dall'incremento delle disponibilità liquide, sempre che si tratti di un'operazione compiuta a condizioni di mercato;

- per l'operatività dell'art. 1227, comma 1, c.c., in forza del quale sarebbe piuttosto l'utilizzo improprio che della disponibilità finanziaria ottenuta compiono gli amministratori dell'impresa a cagionare il pregiudizio in capo a quest'ultima.

Sul punto negazionista era stata stato anche l'orientamento della Cassazione[23].

È evidente, tuttavia, che tali affermazioni, che vorrebbero vedere nel finanziamento sempre e per definizione un arricchimento per chi lo riceve, si riferiscono ad un'impresa efficiente che agisce nella normalità patrimoniale. Essa è, infatti, in grado di utilizzare con profitto i finanziamenti ricevuti.

Al contrario, quando un siffatto utile ed efficiente impiego non è possibile, e comunque non viene attuato dall'imprenditore, sarà proprio il finanziamento ricevuto (che si aggiunge il più delle volte ad altri elementi negativi), a pesare come un macigno sempre più schiacciante sull'impresa. E questo avverrà il più delle volte in modo progressivo sino al punto di non ritorno, che di solito si individua nel momento in cui anche l'imprenditore o i soci dell'impresa societaria, non trovano più conveniente reintegrare o ricostituire il capitale, in quanto l'investimento da effettuare dovrebbe essere di dimensioni talmente elevate per poter ripianare il debito, che nessun utile futuro potrebbe realisticamente ripagare l'investimento erogato.

Le condizioni che infatti rendono utile o meno l'ingresso di una somma di danaro nel patrimonio dipendono strettamente dalle modalità

[23] Di questo avviso è l'orientamento giurisprudenziale di legittimità che esclude che l'impresa finanziata abbia subito un danno, proprio in virtù del fatto che l'erogazione del finanziamento (quand'anche abusiva) non potrebbe mai determinare un danno per l'impresa finanziata, comportando invece per definizione un vantaggio (Cass, 9 ottobre 2001, n. 12368, in *ilcaso.it);* anche la giurisprudenza di merito ha sostenuto l'esclusione di ogni danno in capo all'impresa finanziata (Trib. Milano, 9 maggio 2001, in *Dir. banca merc. fin.*, 2002, I, p. 259, a cui aderisce M. Robles, *Erogazione "abusiva" di credito, responsabilità della banca finanziatrice e (presunta) legittimazione attiva del curatore fallimentare sovvenuto*, in *Banca borsa*, *tit. cred.*, 2002, II p. 52); in tal senso anche le affermazioni che sono state avanzate al riguardo, che vorrebbero vedere nel finanziamento sempre e per definizione un arricchimento per chi lo riceve: Corte App. Bari, 17 giugno 2002, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2003, II, 582-583; Corte App. Bari, 2 luglio 2002, in *Fallimento*, 2002, 1164; Corte App. Bari, 18 febbraio 2003, in *Fallimento*, 2004, 427; in dottrina, A. Castiello D'antonio, *Il rischio per le banche nel finanziamento di imprese in difficoltà: la concessione abusiva del credito*, in *Dir. fall.*, 1995, I, 250-251; G. Lo Cascio, *Iniziative giudiziarie del curatore fallimentare nei confronti delle banche*, in *Fallimento*, 2002, 1182 ss.

di utilizzazione delle stesse: questo vale per la somma incassata dal creditore che, se non viene utilmente impiegata viene dispersa e non si consolida nel patrimonio e vale logicamente ancor di più per una somma che è ricevuta a titolo di finanziamento, in quanto anche se questa non viene adeguatamente consolidata nel patrimonio inevitabilmente viene dispersa mentre nello stesso tempo resta e si consolida nel patrimonio dell'*accipiens*, il debito, anzi un crescente debito, di restituzione aumentato degli interessi.

In conclusione, se la somma ricevuta col finanziamento non viene utilmente impiegata essa non solo non arreca in ogni caso alcun vantaggio ma, al contrario, allarga ed aggrava l'esposizione diretta e indiretta del debitore, il quale viene ad assumere altre obbligazioni, schiacciando così con crescenti debiti il suo patrimonio.

4. *Il recentissimo arresto della Suprema Corte*

Per ciò che concerne la legittimazione attiva del curatore, in passato era stato ritenuto che quest'ultima non potesse essergli riconosciuta in relazione alla tutela dei singoli soggetti, creditori e fallito, in quanto la stessa gli spetta unicamente per le azioni di massa, da identificarsi in quelle che mirano a ricostituire il patrimonio del fallito con riferimento alla garanzia generica che esso esprime e, quindi, purché ne derivi un indiscriminato beneficio a favore di tutti i creditori; secondo le S.U. – al contrario nell'azione per abusiva concessione del credito, al pari della domanda giudiziale *ex* art. 2395 c.c. - si avrebbe invece di mira la reintegrazione del patrimonio del singolo creditore ed in relazione al pregiudizio che lo stesso, caso per caso, possa aver subito[24], in quanto la posizione dei creditori non potrebbe mai in questa fattispecie predicarsi in termini di omogeneità dovendosi perlomeno distinguere fra creditori anteriori e quelli posteriori, cioè divenuti tali dopo l'erogazione illecita del finanziamento.

Tale impostazione è stata condivisa dalla successiva giurisprudenza di legittimità, sia pure dovendosi ricordare come Cass., 23 luglio 2010, n. 17284[25], con un *obiter dictum* collegato all'avvenuta condanna in sede penale per concorso in bancarotta fraudolenta dell'amministratore

[24] Da tali considerazioni la Corte (Cass., 28 marzo 2006, nn. 7029, 7030, 7031) faceva discendere come conseguenza la non configurabilità di una competenza funzionale del tribunale fallimentare a giudicare sulla domanda giudiziale di risarcimento danni per abusiva erogazione di credito.

[25] Cass., 23 luglio 2010, n. 17284 in *Fallimento*, 2010, 305.

della società sovvenzionata e del direttore della filiale bancaria erogante il credito, avesse ritenuto che in tal caso il curatore – in virtù delle norme che disciplinano le obbligazioni solidali, avrebbe potuto far valere le proprie pretese risarcitorie anche nei confronti della banca, senza essere obbligato ad agire contemporaneamente anche contro l'amministratore infedele.

Approfondendo tale intuizione, l'ancora successiva Cass., 20 aprile 2017, n. 9983[26], ha invece espressamente ritenuto che ben possa il curatore, *utendo iuribus* del fallito, richiedere il risarcimento ad amministratori e banche per il danno subito dal patrimonio sociale in conseguenza del credito erogato allorché la società aveva già da lungo tempo interamente perduto il capitale sociale, ed era quindi già in stato di scioglimento, avendo tutti concorso al ritardo nell'emersione del dissesto.

Il più recente orientamento della Cassazione[27] invece:

a) ha ammesso la natura di azione di massa e, quindi, la legittimazione del curatore per la reintegrazione del patrimonio sociale che – in sostanza – va a vantaggio sia della società sia dei creditori sociali:
b) ha modificato – e questa è la novità assoluta – la natura giuridica dell'addebito in capo alla banca per l'erogazione abusiva di credito suddividendola in diversi segmenti di responsabilità ciascuno di diversa natura giuridica;
c) ha provato ad oggettivizzare la responsabilità creando un codice di condotta standard dell'agire del *bonus argentarius*, di talché la violazione di tale dovere di diligenza tecnica e di protocolli e doveri comportamentali determina l'addebito dell'abusiva concessione

Ma andiamo con ordine.

4.1 *La nuova legittimazione della curatela*

Nel ricomprendere nella legittimazione della curatela il danno alla società ed ai creditori sociali la Suprema Corte segue un ragionamento più empirico che non tecnico: se è pur vero che il curatore non può sostituirsi ai singoli creditori che abbiano subito un proprio danno, diretto e specifico, dall'attività di finanziamento abusiva[28], nondimeno lo stesso può senza

[26] Cass., 20 aprile 2017, n. 9983 in *Giur. comm.*, 2018, 262, con nota di A. Jorio.

[27] Cass., 30 giugno 2021, n.18610, in *www.dirittodellacrisi.it*, con nota di B. Inzitari, *L'azione del curatore per abusiva concessione di credito*, 2021.

[28] Cfr. Cass., 28 marzo 2006, n. 7029 in *DeG - Dir. e giust.* 2006, 1, 16, G. Bersani, *Legittimazione attiva della curatela fallimentare nell'azione di concessione abusiva di credito*,

dubbio agire per tutelare l'interesse di tutti i creditori alla ricostituzione del patrimonio dell'impresa ed al ripristino della garanzia patrimoniale che lo stesso rappresenta, *ex* art. 2740 c.c., per tutti i creditori[29].

In altri termini il curatore a tutela dell'interesse della società, agirebbe al contempo per la salvaguardia di tutti i creditori che potrebbero, poi, soddisfarsi sul patrimonio così ricostruito secondo le regole del concorso, dovendosi riconoscere quale presupposto comune la diminuzione del patrimonio sociale a causa dell'artificiosa prosecuzione.

Pertanto "*Il curatore fallimentare è legittimato ad agire contro la banca per la concessione abusiva del credito, in caso di illecita nuova finanza o di mantenimento dei contratti in corso, che abbia cagionato una diminuzione del patrimonio del soggetto fallito, per il danno diretto all'impresa conseguito al finanziamento e per il pregiudizio all'intero ceto creditorio a causa della perdita della garanzia patrimoniale ex art. 2740 c.c.*"

Si tratta, quindi, di un'azione a vantaggio di tutti i creditori indistintame nte, poiché recuperatoria in favore dell'intero ceto creditorio con riferimento a quanto sia andato perduto, a causa dell'indebito finanziamento, del patrimonio sociale, visto che il fallimento persegue l'obiettivo del miglior soddisfacimento dei creditori nel rispetto della *par condicio creditorum*.

Si tratta, anzitutto, di un danno al patrimonio dell'impresa, con la conseguente diminuita garanzia patrimoniale della stessa, ai sensi dell'art. 2740 c.c., scaturita dalla concessione abusiva del credito, che le abbia permesso di rimanere immeritatamente sul mercato, continuando la propria attività ed aumentando il dissesto.

Pertanto, la Corte sembra non assumere una posizione tecnica rispetto alla legittimazione della Curatela- come fatto in passato escludendola per le azioni *de qua* - ma in maniera più pratica arriva a dire che il curatore ristorando il danno alla società tutela, nel contempo, la massa creditoria dalla diminuzione patrimoniale[30].

Si verifica, quindi, in questo caso un danno che riguarda tutti i creditori, vale a dire quelli che avevano già contrattato con la società prima della concessione abusiva del credito, perché vedono aggravarsi le perdite e ridursi

in *Ilcaso.it*, 2018 vedi anche E. Depetris, *Abusiva concessione di credito, legittimazione del curatore, danno alla massa ed al soggetto finanziato*, in *Il dir. Fall. e delle soc. comm.,* 2018, 1035.

[29] Per l'affermativa: Trib. Foggia, 12 dicembre 2000, in *Dir. banc.*, 2002, 2, I, 259; Trib. Foggia, 7 maggio 2002, in *Il Fallimento*, 2002, 1166, con nota di G. Lo Cascio; in *Dir. fall.*, 2002, 3, II, 510.

[30] B. Inzitari, *La responsabilità della banca nell'esercizio del credito*, *op. cit*, 293. Sul punto anche C. Aquilino, *Sostegno finanziario delle imprese in crisi e responsabilità della banca: brevi riflessioni alla luce della riforma della legge fallimentare*, in *Dir. fall.*, 2008, 584-585.

la garanzia *ex* art. 2740 c.c., nonché quelli che avevano contratto con la società dopo la concessione di credito perché vedranno progressivamente aggravarsi l'insufficienza patrimoniale della società con pregiudizio alla soddisfazione dei loro crediti[31].

Ne discende, in conclusione, che il curatore è investito della legittimazione a richiedere al soggetto finanziatore c.d. abusivo il risarcimento non solo per i danni diretti cagionati alla società, ma anche per i danni indiretti cagionati alla massa dei creditori, infatti, in questi casi, agisce per la reintegrazione del patrimonio sociale pregiudicato dalla abusiva concessione del credito.

La differenza di portata è notevole rispetto all'originario orientamento.

Nel caso in cui il curatore agisca per il danno patito dalla massa dei creditori, si verifica, infatti, una fattispecie di danno differente ed ulteriore rispetto a quella per le quali le Sezioni Unite della Cassazione con le sentenze gemelle n. 7029, n. 7030 e n. 7031 del 2006, hanno escluso la legittimazione attiva del curatore fallimentare. Infatti, le citate sentenze avevano decretato il difetto di legittimazione attiva del curatore fallimentare a proporre, nei confronti della banca finanziatrice, l'azione da illecito aquiliano per il risarcimento dei danni causati ai singoli creditori dall'abusiva concessione di credito diretta a mantenere artificiosamente in vita una impresa decotta.

Nel caso esaminato dalla Cassazione il danno fatto valere era invece quello cagionato alla massa dei creditori, quale posizione indistinta e riflessa del pregiudizio al patrimonio sociale, essendo indubbio che il peggioramento delle condizioni patrimoniali societarie arreca un danno a tutti i creditori, che vedono pregiudicata la garanzia patrimoniale generica e ridotta matematicamente la *chance* di soddisfare il loro credito.

L'azione della Curatela fallimentare è così indirizzata, nel caso di specie, alla ricostituzione del patrimonio del soggetto sottoposto a fallimento a vantaggio anche di tutti i creditori in concorso[32].

[31] Per tale ricostruzione I. Pagni, *La concessione abusiva di credito tra diritti dei creditori e azioni della curatela*, in *Società*, 2007, 442 ss., A tale riguardo, peraltro, B. Inzitari, E. Depetris, evidenziano la difficoltà di rintracciare un fondamento processuale alla esperibilità di tale azione, alla luce del principio di cui all'art. 81 c.p.c.; nella citata ricostruzione di I. Pagni, peraltro, si assume che in tale circostanza si sarebbe di fronte non tanto e non semplicemente ad un caso di sostituzione processuale dei curatore ai creditori, quanto, più radicalmente, di un passaggio al curatore del diritto attribuito ai creditori sul patrimonio.

[32] R. Battaglia, *Le azioni di massa. Tra garanzia patrimoniale e concorso in atmosfera protetta*, Torino, 2012; I. Pagni, *Le azioni di massa e la sostituzione del curatore ai creditori*, in *Fall.*, 2007, 9, p. 1037; N. Rascio, *La legittimazione attiva alle azioni risarcitorie del curatore del fallimento*, in *Giur. Comm.*, 2013, I, p. 147; S.M. Fabiani, *Competenza del Tribunale fallimentare*, in *Il nuovo diritto fallimentare*, diretto da Jorio, coordinato da Fabiani, Tomo I, Torino, 2006, p. 427.

4.2. *La diversificazione dei segmenti di responsabilità coinvolti e la loro differente natura giuridica*

La seconda novità attiene alla natura giuridica dell'addebito in capo alla banca per l'erogazione abusiva di credito ed alla suddivisione della stessa in diversi segmenti di responsabilità, ciascuno avente distinta qualificazione della relativa natura giuridica, e precisamente:

a) la responsabilità della banca nei confronti del ceto creditorio deve essere inquadrata come responsabilità aquiliana *ex* art. 2043 c.c., se del caso anche in concorso con quella degli organi sociali[33]. Mentre
b) la responsabilità della banca verso il fallito è a titolo precontrattuale *ex* art. 1337 c.c., per la concessione abusiva e immeritevole di un nuovo finanziamento in quanto il finanziatore ha contrattato senza il rispetto delle prescrizioni speciali e generali che ne debbono presiedere l'agire disattendendo, dolosamente o colpevolmente, gli obblighi di prudente ed accorto operatore professionale ed acconsentendo alla concessione di credito in favore di un soggetto destinato, in caso contrario, ad uscire dal mercato[34];
c) la responsabilità della banca verso il fallito è, invece, a titolo di responsabilità contrattuale *ex* art. 1218 c.c. quando venga imputata alla banca la prosecuzione di un finanziamento già in corso che doveva essere, invece, sospeso o revocato intesa come responsabilità da contatto sociale qualificato.

Per i Giudici di legittimità si tratta di responsabilità da inadempimento di un'obbligazione preesistente e la condotta abusiva pregiudizievole si esprime nella violazione di obblighi specifici ovvero nella violazione del generale obbligo di buona fede ai sensi dell'art. 1375 c.c.

Se la responsabilità extracontrattuale – nell'esaminare la originaria

[33] V. Fortunato, *La concessione abusiva di credito dopo la riforma delle procedure concorsuali*, in *Il Fallimento*, I, 2009, p. 3.

[34] Non è superfluo rammentare che è ormai acquisita, tanto in dottrina (cfr., fra gli altri, già G. Grisi, *L'obbligo precontrattuale di informazione*, Napoli, 1990, p. 348, e poi: M. De Poli, *Asimmetrie informative e rapporti contrattuali*, Padova, 2002, p. 462; F. Greco, *Informazione pre-contrattuale e rimedi nella disciplina dell'intermediazione finanziaria*, Milano, 2010, p. 90 ss., che richiama anche la disciplina delle pratiche commerciali scorrette; A.C. Nazzaro, *Obblighi di informazione e procedimenti contrattuali*, Napoli, 2000, p. 267 ss.); quanto alla giurisprudenza di legittimità (cfr., ad es., Cass., 23 marzo 2016, n. 5762 in *Foro it.* 2016, 5, I, 1703 con nota di R. Pardolesi; Cass., 6 giugno 2014, n. 12839), la piena compatibilità tra responsabilità precontrattuale e validità del contratto.

qualificazione giuridica della concessione abusiva del credito – è stata affrontata sia per la definizione che per la qualificazione dei tratti costitutivi essenziali, merita – invece – riflessione la citata responsabilità di natura contrattuale da contatto sociale data la portata innovativa della sentenza.

5. *Elementi costitutivi della responsabilità della banca verso il fallito quale responsabilità contrattuale da contatto sociale*

Nell'integrazione della riferita fattispecie, risultano altresì di fondamentale rilievo la regola generale prevista dall'art. 1176 c.c. sulla diligente esecuzione della prestazione professionale e la disciplina primaria e secondaria di settore.

La Corte di Cassazione ha osservato come, sebbene nel nostro ordinamento non esista un generale dovere, a carico di ciascun consociato, di attivarsi al fine di impedire eventi di danno, tuttavia vi sono molteplici situazioni da cui nascono, per i soggetti coinvolti, doveri e regole di azione, la cui inosservanza integra la conseguente responsabilità.

Con specifico riferimento alla normativa che regola il sistema bancario la legge impone, a tutela del sistema e dei soggetti che vi operano, comportamenti in parte tipizzati, in parte enucleabili caso per caso, la cui inosservanza può costituire *culpa in omittendo*, in quanto si può ravvisare la violazione dei doveri gravanti sul soggetto banca.

Ne discende pertanto che sulle banche gravano obblighi di comportamento più specifici rispetto a quello comune del *neminem laedere* che possono essere ricondotti nella responsabilità contrattuale attraverso il ricorso al concetto di responsabilità da contatto sociale[35] che possono essere così individuati:

- Elemento oggettivo fattuale: l'inadempimento contrattuale della banca determina l'individuazione e qualificazione dei doveri di condotta a carico della banca la cui violazione rappresenterebbe l'elemento oggettivo

[35] Cass., ord., 14 settembre 2021, n. 24725: "*nel caso di concessione di credito, è invero convincente l'inquadramento della stessa, se si vuole operare secondo categorie classificatorie, nell'ambito della responsabilità di tipo contrattuale da "contatto sociale qualificato", inteso come fatto idoneo a produrre obbligazioni ex art. 1173 c.c., da cui derivano, a carico delle parti, reciproci obblighi di buona fede, di protezione e di informazione, giusta gli artt. 1175 e 1375 c.c."* (cfr., per tale ricostruzione, altresì, Cass. 12 luglio 2016, n. 14188 in *Ridare.it* 2016, 26 settembre; seguita da Cass. 25 luglio 2018, n. 19775 in *Foro Amministrativo (Il) 2019, 4, 628*; e v., in sede di regolamento di giurisdizione, Cass., sez. un., 28 aprile 2020, n. 8236 in *Resp. Civ. Prev.* 2020, 4, 1181).

della condotta. Infatti, la concessione del credito da parte degli istituti bancari non rappresenta un mero affare interno alle due parti della relazione contrattuale, ma – in particolare per la notoria professionalità ed affidabilità del soggetto finanziatore – è esso stesso fenomeno che intercetta una pluralità di interessi con ricadute in termini di "particolare affidamento" che tale contegno può ingenerare rispetto ai terzi, con speciale rilievo per i creditori dell'impresa cui il credito sia abusivamente elargito o mantenuto[36].

Il riferimento alla "sana e prudente gestione dei soggetti vigilati" (così l'art. 5 d.lgs. 1° settembre 1993, n. 385, c.d. TUB), come pure la necessità che la Banca d'Italia intervenga al fine di assicurare, fra l'altro: a) l'adeguatezza patrimoniale; b) il contenimento del rischio nelle sue diverse configurazioni (art. 53 TUB); c) l'estensione degli obblighi di verifica del "merito creditizio" persino al settore del credito al consumo (si v. art. 124-bis TUB), non rappresentano mere disposizioni interne all'ordinamento bancario operanti nella sola relazione fra autorità di vigilanza e soggetti bancari vigilati, ma sono espressione di regole di condotta più generali la cui violazione può determinare effetti diretti in capo ai terzi.

Tale conclusione, peraltro, è espressamente affermata – anche sulla scorta di molteplici ulteriori disposizioni, anche sovranazionali – in particolare in ordine alla ricostruzione della responsabilità della banca per violazione dei doveri di diligenza professionali, *ex* artt. 1176, comma 2, e 2082 c.c.

- Elemento soggettivo: è invece ravvisabile nell'addebito a titolo di colpa alla banca intesa quale violazione di una regola generale di prudenza e perizia tecnica nella valutazione del "rischio ragionevole" della concessione sulla base della probabilità di superamento della crisi[37].

Rispetto alla richiesta di una proroga o reiterazione di un finanziamento,

[36] F. Di Marzio, *Illiceità penale della condotta e invalidità del contratto* in *Contratti*, 2013; Id., *L'abuso nella concessione del credito*, *op. cit.*, 318; si v. anche L. Balestra, *Responsabilità per abusiva concessione del credito e legittimazione del curatore*, in *Le azioni di responsabilità nelle procedure concorsuali*, Milano, 2016, pp. 191-218.

[37] Trib. Palermo, 10 agosto 2021, in *Giurisprudenza delle Imprese*, *online*, che stabilisce che la banca che abbia concesso finanziamento in mancanza di requisiti di continuità aziendale presso la società finanziata, omettendo di effettuare un'attività istruttoria preliminare alla concessione del finanziamento (consistente nell'acquisizione di tutta la documentazione necessaria ad effettuare un'adeguata valutazione del merito creditizio, sia sotto il profilo patrimoniale che reddituale) viene meno al generale obbligo di diligenza imposto dall'art. 5 TUB che prevede che "*la Banca deve seguire i principi di sana e prudente gestione valutando il merito di credito in base ad informazioni adeguate*", nonché viola le regole di comportamento dettate dalla Banca d'Italia nelle Istruzione di vigilanza per gli enti creditizi (cfr: Circolare n. 229 del 21 aprile 1999 e successivi aggiornamenti). Tale violazione rende illegittima la concessione di credito e costituisce un comportamento gravemente colposo per la banca.

la scelta del "buon banchiere" si presenta particolarmente complessa in quanto si viene a trovare nella condizione di scegliere tra:

a) il rischio di mancato recupero dell'importo in precedenza finanziato e la compromissione definitiva della situazione economica del debitore;
b) la responsabilità da incauta concessione del credito.

Secondo quanto osservato dalla Suprema Corte di legittimità, ogni accertamento, ad opera del Giudice di merito, dovrà in questo caso essere particolarmente rigoroso in quanto è necessario tenere conto di tutte le circostanze del caso concreto, al fine di valutare se il soggetto finanziatore abbia agito, a prescindere dal caso del dolo, con imprudenza, negligenza, violazione di leggi, regolamenti, ordini o discipline, ai sensi dell'art. 43 c.p. od abbia viceversa attuato ogni dovuta cautela al fine di prevenire l'evento pur avendo concesso il credito. Questa situazione che si verifica quando la banca abbia operato -pur al di fuori di una formale procedura di risoluzione della crisi d'impresa- nell'intento del risanamento aziendale, erogando credito ad impresa suscettibile, secondo una valutazione *ex ante*, di superamento della crisi o almeno di razionale permanenza sul mercato, sulla base di documenti, dati e notizie acquisite, da cui sia stata in buona fede desunta la volontà e la possibilità del soggetto finanziato di utilizzare il credito allo scopo del risanamento aziendale, secondo un progetto oggettivo, ragionevole e fattibile.

Per i Giudici di legittimità è in detto contesto che, nella formulazione delle proprie valutazioni, la banca proceda secondo lo standard di conoscenze e di capacità, alla stregua della diligenza esigibile da parte dell'operatore professionale qualificato, e ciò sin dall'obbligo *ex ante* di dotarsi di metodi, procedure e competenze necessarie alla verifica del merito creditizio[38].

La Banca d'Italia ha emanato recentemente, nel luglio 2021, degli orientamenti di vigilanza che recepiscono le linee guida EBA in materia di concessione e monitoraggio dei crediti (EBA/GL/2020/06). Nell'ottica di armonizzare i comportamenti delle banche a livello europeo, tali linee guida

[38] R. Santagata, *La concessione abusiva di credito al consumo*, Torino, 2020, p. 42, il quale segnala la perdurante assenza, tanto nell'ordinamento europeo quanto nel nostro diritto domestico, di una disciplina generale del merito creditizio, benché la normativa prudenziale italiana astringa le banche, da oltre un trentennio, ad un approfondita istruttoria preliminare in sede di concessione di un fido e ad una rielaborazione delle informazioni originariamente acquisite in caso di rinnovo del rapporto di finanziamento. In tal senso B. Inzitari, *La responsabilità della banca nell'esercizio del credito, op. cit.,* p. 273 s., che cita la deliberazione CICR 26 marzo 1987 (in BANCA D'ITALIA, Bollettino di vigilanza sulle aziende di credito, n. 89, p. 14) e l'edizione di ottobre 1989 delle Istruzioni di vigilanza per gli enti creditizi della Banca d'Italia, XXXIX, par. 4.

forniscono indicazioni in merito ai requisiti procedurali per la valutazione del merito creditizio dei clienti e per la gestione delle informazioni e dei dati necessari a questo fine. Elemento di novità è la previsione di una quantità minima non vincolante di informazioni e dati che gli intermediari dovrebbero prendere in considerazione durante la fase di raccolta delle informazioni propedeutica alla valutazione del merito creditizio.

Alla luce di tali disposizioni, risulta più agevole per il Giudice di merito individuare lo spazio ammissibile per il finanziamento lecito, e valutare se sussistevano ragionevoli prospettive di risanamento, allorché, il finanziamento sia stato concesso in presenza di una situazione di difficoltà economico finanziaria dell'impresa.

Secondo quanto affermato dalla Cassazione, ciò che rileva non è dunque più il fatto in sé che l'impresa finanziata sia in stato di crisi o d'insolvenza, pur noto al finanziatore, onde questi abbia cagionato un ritardo nella dichiarazione di fallimento: è invece fondamentale l'insussistenza di fondate prospettive, in base a ragionevolezza e ad una valutazione *ex ante*, di superamento della crisi.

In altri termini, il confine tra finanziamento meritevole e finanziamento abusivo si fonderà sulla ragionevolezza e fattibilità del piano aziendale proposto dall'impresa in crisi.

Proprio il caso di sostegno finanziario per le ipotesi di imprese in crisi il giudizio della fattispecie diventa di particolare interesse. Come noto, infatti, la legislazione di settore auspica ormai, in molteplici disposizioni della legge fallimentare -ed anche nella stessa Direttiva c.d. *Insolvency-* il sostegno finanziario alle imprese in crisi.

L'art. 3, comma 2, D.L. n. 118/2021, convertito, con modifiche, dalla L. n. 147/2021, ha inoltre, introdotto un altro importante elemento di novità che agevola la valutazione del "rischio ragionevole" della concessione. Esso consiste in un test pratico che consente a ciascuna impresa di verificare la sua attuale situazione e la ragionevole perseguibilità del risanamento[39]. Collegandosi alla piattaforma telematica disponibile sul sito della camera di commercio sarà possibile comprendere in maniera oggettiva, semplice e rapida se sussistono i presupposti per la sostenibilità del debito e la reversibilità dello squilibrio[40].

[39] M. Spiotta, *Responsabilità della banca "approfittatrice"* (*con una postilla sul recente D.L. n 118/2021)*, in *Giur. It.*, 2021, 12, 2669.

[40] D.L. n. 118/2021, Art. 3 co. 2: *Sulla piattaforma è disponibile una lista di controllo particolareggiata, adeguata anche alle esigenze delle micro, piccole e medie imprese, che contiene indicazioni operative per la redazione del piano di risanamento e un test pratico per la verifica della ragionevole perseguibilità del risanamento accessibile da parte dell'imprenditore*

Ruolo propulsivo nell'emanazione del D.L. n. 118/2021 hanno assunto:

- la Direttiva Insolvency 1023/2019, che sollecita gli Stati membri ad avvalersi di tecnologie informatiche in grado di individuare situazioni che potrebbero comportare la probabilità di insolvenza, segnalando al debitore la necessità di agire senza indugio;

- il Codice della Crisi e dell'insolvenza d'impresa (d.lgs. 12 gennaio 2019, n.14) che affida al Consiglio Nazionale dei Dottori Commercialisti e degli Esperti Contabili il compito di elaborare gli indici che, valutati unitariamente, fanno ragionevolmente presumere la sussistenza di uno stato di crisi dell'impresa.

Alla luce di tali novità, che da un lato agevolano il compito del giudice e dall'altro prevedono una maggiore responsabilizzazione del debitore, l'analisi tecnica specialistica dell'istituto di credito sulla situazione patrimoniale e contabile – quale elemento per escludere una eventuale responsabilità – resta di centrale importanza. Infatti, allorquando risulti che la banca si sia limitata alla mera acritica acquisizione dei dati forniti dalla società poi fallita, omettendo di verificarne la congruenza con quelli reali, alla luce di elementi acquisiti autonomamente e con particolare attenzione ai dati prospettici di cui va controllata la coerenza anche con quelli storici, valutando la solidità e la concretezza delle ipotesi poste a fondamento delle previsioni ne è stata ravvisata la relativa responsabilità.

- Il danno risarcibile: l'aggravamento del dissesto e la diminuzione della consistenza del patrimonio. Le condotte di "abusivo ricorso e di abusiva concessione del credito" possono cagionare alla società amministrata o finanziata, sul piano economico, un danno da diminuita consistenza del patrimonio sociale e, sul piano contabile, l'aggravamento delle perdite favorite dalla continuazione dell'attività d'impresa.

Sul punto sovviene la giurisprudenza di merito, richiamando i suoi precedenti[41], che, in ipotesi di azione di responsabilità nei confronti

e dei professionisti dallo stesso incaricati. Il contenuto della piattaforma, la lista di controllo particolareggiata, le indicazioni per la redazione del piano di risanamento e le modalità di esecuzione del test pratico sono definiti con decreto dirigenziale del Ministero della giustizia da adottarsi entro trenta giorni dalla data di entrata in vigore del presente decreto.

[41] Corte Appello Milano, 21 giugno 2018, n. 3081, con nota di E. Depetris, *Concessione abusiva di credito e aggravamento del dissesto: la quantificazione del danno al patrimonio sociale* in *Il dir. Fall. e delle soc. comm.,* 2018, p.468, che in applicazione dei principi enunciati da Cass. 20 aprile 2017 n. 9983 in *www.ildirittobancario.it*, condanna le banche che hanno erogato abusivamente credito all'imprenditore in stato di dissesto a risarcire, in solido con gli amministratori responsabili di atti di *mala gestio*, il danno cagionato al patrimonio della società per l'aggravamento del passivo conseguente al protrarsi della sua attività. La pronuncia merita di essere segnalata in quanto conferma il consolidarsi a livello

dell'amministratore della società fallita e della banca finanziatrice, con lui solidalmente responsabile per concessione abusiva di credito, la liquidazione del danno derivante dalla ritardata dichiarazione di fallimento e dalla prosecuzione dell'attività può avvenire secondo il criterio della differenza dei netti patrimoniali in una prospettiva liquidatoria. In tal caso, dunque, viene considerato il valore potenzialmente realizzabile all'esito della fase di liquidazione; si applica, infatti, un criterio presuntivo che consiste nella comparazione dei patrimoni netti registrati alla data in cui l'amministratore avrebbe dovuto avviare la liquidazione della società o chiederne il fallimento e alla data della effettiva dichiarazione fallimento della società, tenuto conto dei costi necessari per il compimento della liquidazione[42].

- L'onere della prova: per quanto concerne il profilo probatorio ai fini della configurabilità dell'accertamento della responsabilità del soggetto finanziatore, i Giudici di legittimità hanno chiarito che il curatore ha l'onere di dedurre e provare:

a) la condotta violativa delle regole che disciplinano l'attività bancaria, caratterizzata da dolo o quantomeno da colpa, intesa come imprudenza, negligenza, violazione di leggi, regolamenti, ordini o discipline, ai sensi dell'art. 43 c.p.;
b) il danno-evento, dato dalla prosecuzione dell'attività d'impresa in perdita;
c) il danno-conseguenza, rappresentato dall'aumento del dissesto;
d) ed infine il rapporto di causalità tra i danni e la condotta tenuta dal finanziatore[43].

giurisprudenziale di quell'interpretazione, da tempo propugnata in dottrina, che individua nell'ingiustificata erogazione di credito all'imprenditore privo dei necessari requisiti di meritevolezza la fonte di un danno diretto al patrimonio della società, rispetto al quale viene riconosciuta la legittimazione del curatore a domandare il risarcimento, da liquidarsi attraverso il criterio della differenza dei netti patrimoniali.

[42] Trib. Palermo, 27 maggio 2020, in *Fallimento e le altre procedure concorsuali*, con nota di M. Spadaro, *Azione di responsabilità e concessione abusiva di credito*, 2020, n. 8/9, p. 1151.

[43] Cfr. A. Farolfi, *Sulla concessione abusiva di credito e la legittimazione del curatore*, nota a sentenza Cass., 30 giugno 2021, n. 18610, in *giustiziacivile.com*; secondo cui vi sono le premesse per un necessario intervento chiarificatore delle Sezioni Unite sul punto in quanto, se la dottrina prevalente e le stesse precedenti decisioni della S.C. sembravano opinare nel senso di una nozione extracontrattuale della responsabilità qui affrontata, fondata cioè sul *neminem laedere*, secondo il paradigma dell'azione *ex* art. 2395 c.c., oppure – secondo l'alternativa teoria della corresponsabilità con gli organi sociali, nel quadro del concorso del fatto illecito del terzo nell'inadempimento contrattuale dell'amministratore, la proposta natura contrattuale (ma nei termini esposti dalle S.U. del 2007 che ne ricostruivano la figura quale *species* del *genus* da contratto o da "contatto sociale") o contrattuale *tout court*

L'affermazione della responsabilità della banca richiede infatti non solo la rigorosa indagine circa la situazione di negligenza professionale dell'istituto di credito, ma anche l'attenta verifica del nesso di causalità ai sensi dell'art. 1223 c.c. alla stregua della "teoria della causalità adeguata" come enunciata dalla giurisprudenza di legittimità.

Da ultimo si ricorda che la responsabilità in capo alla banca, qualora abusiva finanziatrice, può sussistere in concorso con quella degli organi sociali di cui all'art. 146 l.f., in via di solidarietà passiva anche ai sensi dell'art. 2055 c.c., quali fatti causatori del medesimo danno, senza che, peraltro, sia necessario l'esercizio congiunto delle azioni verso gli organi sociali e verso il finanziatore, trattandosi di mero litisconsorzio facoltativo.

6. *Conclusioni*

L'evoluzione fin qui illustrata impone di rimeditare il percorso che la responsabilità sta compiendo, nella tutela dei diritti, nell'ambito dei settori dell'economia incidendo, in modo determinante, nella tutela dei valori sottesi. Invero, allargando la prospettiva di analisi in settori nei quali la responsabilità ha già compiuto percorsi più profondi, la responsabilità medica rappresenta un campo nel quale la normativa ha, di recente, profondamente inciso aumentando la sfera della tutela del paziente e tratteggiando i corretti comportamenti che gli operatori sanitari devono tenere nell'adempimento dell'obbligazione e nell'erogazione della prestazione del servizio.

Le linee guida rappresentano il modello comportamentale al quale gli operatori sanitari devono adeguarsi per poter dimostrare il corretto rispetto delle finalità preventive, diagnostiche e terapeutiche fatte salve le specificità del caso concreto che possono, comunque, rappresentare fonte

porta con sé le inevitabili conseguenze in termini di onere della prova, spettando a quel punto all'istituto di credito convenuto dimostrare di aver correttamente adempiuto ai doveri di prudenza e "adeguata verifica" del merito creditizio sullo stesso incombente. Tale diverso atteggiarsi dell'*onus probandi* che ne potrebbe derivare, pur mitigato dal necessario assolvimento di oneri di allegazione specifica da parte del curatore e dalla necessità per il medesimo di offrire una prova specifica del danno che ne sia derivato, appare conseguenza forse eccessiva rispetto ad un quadro normativo che, non solo considera lecito di per sé il finanziamento alle imprese in crisi (che non abbiamo già irrimediabilmente perduto le proprie *chances* di ristrutturazione), ma giunge anche con recenti interventi emergenziali ad incentivarlo, offrendo al riguardo un'ampia serie di garanzie pubbliche tramite il Fondo per le P.M.I. e l'intervento di SACE.

di responsabilità[44].

Esaminando l'evoluzione giurisprudenziale sul tema che ci occupa, si può spingere la riflessione verso un sistema che potrà essere dettato, sempre più, da linee guida e raccomandazioni sulle quale dovrà adeguarsi il comportamento dell'operatore per poter, come avviene in ambito sanitario, ai sensi dell'art. 5, comma 1, della legge Gelli-Bianco attenersi alle raccomandazioni previste nelle linee guida, fatte però salve le specificità del caso concreto. Nel giudizio di risarcimento del danno promosso a titolo contrattuale il paziente dovrebbe limitarsi ad allegare l'inadempimento e l'operatore dovrà dimostrare l'assenza di colpa, avendo egli tenuto una condotta corrispondente alle linee guida (o alle buone pratiche) stabilite in relazione al caso concreto oppure discostarsene completamente a causa della specificità del caso. Invece, nel giudizio di risarcimento del danno promosso a titolo di responsabilità extracontrattuale, il paziente dovrebbe allegare e provare gli elementi della fattispecie e, quindi, anche la condotta che il professionista stesso avrebbe dovuto correttamente tenere in base alle linee guida tipizzate o alle buone pratiche clinico-assistenziali.

Limitandosi a questi riferimenti essenziali e senza poter ulteriormente approfondire la sconfinata letteratura in tema di responsabilità medica, si può osservare che il terreno della responsabilità nel campo sanitario può ben rappresentare un campo nel quale la giurisprudenza ha già esaminato l'applicazione delle linee guida ed è in una fase avanzata di applicazione[45].

Spingendo la riflessione più a fondo si deve verificare se gli approdi normativi e giurisprudenziali in tale campo possano essere terreno fertile per un approfondimento rispetto al campo della responsabilità della banca per abusiva concessione del credito.

Se sarà possibile applicare agli incerti confini della responsabilità della

[44] La definizione più nota di Linee Guida è quella formulata dall'Institute of Medicine nel 1992 che le definisce come "raccomandazioni sviluppate in modo sistematico per assistere medici e pazienti nelle decisioni sulla gestione appropriata di specifiche condizioni cliniche", in tal senso Institute of Medicine, *Guidelines for clinical practice: From Developement to Use.*, Washington DC; National Academic Press, 1992; v., altresì, R. Grilli, A. Penna, A. Liberati, *Le linee guida: caratteristiche e requisiti generali in Migliorare la pratica clinica. Come produrre ed implementare linee guida,* in *Il Pensiero Scientifico*, 1995, Roma, pp. 2132; A. Cartabellotta, C. Potena, Sole 24 Ore Sanità e management, 2001, 3541; M. Mcqeen, *Challanges for Evidence Based Laboratory Medicine Clin Chem* 2001, 15361546; Jm Grimshaw, It Russell, *Effect of clinical guidelines on medical practice: a systematic review of rigorous evaluations.*

[45] Cass., 16 maggio 2013, n. 11950 in CED, 2013; Cass., 9 maggio 2017, n. 11208 in CED 2017; Cass., 20 marzo 2018, n. 15749 in Errore. Riferimento a collegamento ipertestuale non valido.

banca il meccanismo delle linee guida previsto per il settore medico si dovrà anche tener conto degli svantaggi che possono presentare le linee guida per il paziente, perché possono fungere da scudo (come nella cd. medicina difensiva) per il medico che, con l'idea dell'impunità, è indotto ad attenervisi sempre e comunque, in quanto l'applicazione dei meccanismi della responsabilità, inducono sovente l'operatore sanitario a difendersi non attivandosi nel rispetto delle stesse linee guida. La medicina difensiva rappresenta, quindi, sotto certi profili, il limite nell'applicazione delle linee guida rispetto all'attività medica a tutela del paziente in quanto il loro corretto rispetto rappresentano una tutela per l'operatore sanitario.

Passando ora il discorso al campo di analisi fin qui approfondito nell'ipotesi di erogazione del credito il passaggio dalla corretta all'abusiva erogazione non è ancora ben delimitato e lo sconfinamento nell'erogazione abusiva deve trovare dei confini specialmente quando a differenza della responsabilità sanitaria la responsabilità in esame non determina, la maggiore parte delle volte, un danno immediato, ma che si concretizza a distanza di tempo rispetto all'erogazione del credito. In tal caso, infatti, la determinazione della responsabilità è resa ancor più difficile essendosi modificate le circostanze di tempo e di luogo ed essendo intervenuti diversi soggetti nell'ambito dell'attività dell'impresa che con il loro comportamento possono aver inciso nel danno poi verificatosi a distanza di tempo.

I comportamenti dei presunti danneggianti sono, tuttavia, inversi: mentre nell'attività sanitaria consistono nel non agire dell'operatore sanitario (comportamento omissivo), nell'attività bancaria, invece, consistono nell'erogazione del credito (comportamento attivo). In tale ottica, la banca potrebbe porre in essere un atto difensivo rispetto al recupero del credito già erogato a favore del paziente-impresa finanziata in quanto l'ingente esposizione debitoria, in molti casi, induce la banca a continuare ad erogare il credito per poter, poi, in questo modo tentare di rientrare dei capitali investiti.

Ciò induce a riflettere che in questo momento storico di erogazione del credito post-pandemia le "corsie della responsabilità civile" potrebbero riempirsi di pazienti-imprese alle quali le banche erogano credito non per difendere, nel senso più stretto del termine le imprese, ma il credito già erogato dalle stesse banche[46].

[46] Resta inteso che nel campo la normativa in merito è quasi alluvionale a tutela delle banche che erogano il credito, si pensi ai Decreti Cura Italia e Liquidità, che hanno derogato alle condizioni di accesso alla garanzia pubblica. Difatti, a differenza del sistema

Si deve allora correttamente intendere quali siano i valori tutelati dal sistema della responsabilità per poter correttamente porre le basi della responsabilità:

- da un lato pare indubbio che il sistema della responsabilità sanitaria tutela il valore salute dei pazienti e crea delle regole che permettano di creare un meccanismo di adempimento dell'obbligazione e di erogazione del servizio corretto ed adeguato in linea con le migliori conoscenze della scienza medica;
- dall'altro, invece, il sistema della responsabilità, nella corretta erogazione del credito, deve tutelare sia la banca che eroga e che non deve poi essere "aggredita" dal curatore che ritiene non adeguata l'erogazione del credito, sia il soggetto finanziato che ha ricevuto il credito e che, invece, non avrebbe dovuto ottenere.

I valori che si devono tutelare nell'erogazione del credito sono da un lato il mercato e dall'altro l'impresa finanziata.

Si deve, da un lato, correttamente intendere quale sia il "paziente" che, poi, può agire, sotto le mentite spoglie del curatore fallimentare, per recuperare il danno provocato dalla banca con l'erogazione del credito e, dall'altro, i valori da tutelare che possono essere il mercato ovvero il soggetto finanziato e cioè l'impresa. Sembra corretto ritenere che il vero paziente da salvaguardare sia il mercato ed il valore dell'iniziativa economica privata correttamente ed adeguatamente finanziata dalle banche per la migliore tutela del mercato.

Se, quindi, si ritiene che il paziente-mercato debba essere tutelato con una corretta erogazione del credito a favore delle imprese che meritano di restare sul mercato allora le linee guida da seguire per la tutela del mercato devono essere rapportate al diverso spirito che impronta l'operatore sanitario rispetto all'istituto di credito. Infatti, mentre nel campo della responsabilità medica, come si è detto, la tutela dell'operatore sanitario attraverso la medicina difensiva passa per il rispetto delle linee guida al fine di evitare interventi medici "a rischio", invece, la tutela dell'istituto di credito a volte passa per l'erogazione del credito per tutelare il recupero del credito già erogato e che in caso di mancata nuova finanza comporta l'immediata perdita delle somme non

previgente che prevedeva controlli molto rigidi per accedere alla garanzia pubblica offerta dal Fondo "PMI", i Decreti Curaitalia e Liquidità hanno stabilito un accesso "semplificato", eliminando la necessità del modello di valutazione per il rischio di inadempimento. A ciò si aggiunga che, per i finanziamenti non superiori a € 25.000 di cui all'art. 13, lett. m, l'accesso alla garanzia sarà oltretutto concesso senza attendere l'esito definitivo dell'istruttoria da parte del fondo.

più recuperabili.

Quindi lo spirito delle linee guida, che devono tutelare il mercato, a differenza della salute dei pazienti deve essere ispirato ad una minore erogazione di credito quando questa tiene in vita pazienti- imprese non "adeguati" al mercato e la cui sopravvivenza tutela *in primis* l'istituto di credito e, poi, solo eventualmente il mercato permettendo a soggetti con encefalogramma già piatto di restare sul mercato creando nuovi debitori che difficilmente recupereranno il proprio credito.

La banca, secondo la regola del *bonus argentarius,* non deve erogare il credito perché la tutela del mercato è determinata anche dalla sua stabilità e quindi, l'erogazione di credito non meritevole determina i cd. danni lungolatenti che hanno trovato nella giurisprudenza della responsabilità medica già affermazione e risarcimento[47]. Per le imprese che non possono sopravvivere in modo corretto sul mercato con erogazioni di crediti, la banca crea dei danni latenti che esplodono a distanza di anni determinando instabilità nel mercato economico.

In realtà il sistema bancario ha già in essere dei metodi di ponderazione dei rischi se si fa riferimento agli accordi di Basilea[48], nonchè al Regolamento UE n. 575/2013 all'art. 142 e ss., relativo ai requisiti prudenziali per gli enti creditizi e le imprese di investimento, laddove descrive il metodo basato sui *rating* interni, ai fini della valutazione delle esposizioni di credito: si intende per "sistema di *rating*", l'insieme di metodi, processi, controlli, meccanismi di raccolta dati e sistemi informativi che fungono da supporto

[47] Il concetto di danno lungolatente, specie nell'ambito della responsabilità sanitaria, si fonda sul rilievo secondo cui in alcune circostanze il nesso tra contegno lesivo e conseguenze pregiudizievoli non è sincronico ma diacronico, ossia il danno-evento ovvero il danno-conseguenza si "esternalizza" non già immediatamente ma dopo uno stacco temporale, di durata variabile – e, a volte, anche a distanza di anni –, dall'integrazione del fatto illecito. Con l'ulteriore corollario che solo al momento in cui il nocumento si esplicita può essere rintracciato il collegamento eziologico con una specifica condotta lesiva e può essere formulato un giudizio di imputabilità (*rectius* addebitabilità) di quest'ultima ad un responsabile precisamente individuato. Finché l'agente patogeno innescato dal fatto illecito del terzo – e, in specie, del medico – non si manifesti, non si realizza alcuna perdita del "valore uomo" – e, in specie, del valore sotteso alla persona del paziente – e, dunque, fino a quando la lesione della salute non sia concretamente percepibile, non ricorre alcun danno. Ne discende che il c.d. danno lungolatente, anziché emergere nell'attimo in cui viene causato, rimane occulto ed inerte per un lasso di tempo più o meno considerevole, determinando così una sfasatura temporale tra la sua inflizione e la sua percezione da parte del soggetto leso. Questa ricostruzione del nocumento ha una diretta incidenza sull'individuazione del *dies a quo* della prescrizione C. Trapuzzano, *I danni lungolatenti nella responsabilità medica*, in *https://ridare.it/articoli/focus/i-danni-lungolatenti-nella-responsabilit-medica.*

[48] In *https://www.bis.org/publ/bcbs128ita.pdf.*

alla valutazione del rischio di credito, all'attribuzione delle esposizioni a classi o *pool* di *rating* e alla stima quantitativa dei *default* e delle perdite per un dato tipo di esposizione. La normativa prevede che se le condizioni indicate sono rispettate, l'autorità competente autorizza gli enti a calcolare gli importi delle esposizioni ponderati per il rischio utilizzando il metodo basato sui *rating* interni ("metodo IRB"). L'ambito di applicazione di un sistema di *rating* comprende tutte le esposizioni che rientrano nel tipo di esposizione per la quale tale sistema è stato sviluppato. L'ABE elabora progetti di norme tecniche di regolamentazione per specificare le condizioni per valutare la rilevanza dell'uso di un sistema di rating esistente per altre esposizioni aggiuntive che non sono già coperte da tale sistema di rating e delle modifiche ai sistemi di rating o ai metodi di calcolo delle esposizioni in strumenti di capitale basati su modelli interni nel quadro del metodo IRB[49].

La valutazione del merito creditizio del consumatore viene sempre più spesso condotta, dagli operatori finanziari, avvalendosi di dati e modalità di analisi c.d. "alternativi", che sfruttano strumenti quali *Big Data*, algoritmi e *predictive modelling*, per analizzare un numero potenzialmente illimitato di dati su ciascun singolo richiedente, ivi inclusi quelli appartenenti all'attività online e alla sfera social. Una simile situazione rischia, secondo taluni, di sfociare addirittura in pratiche discriminatorie e illegali note come "*redlining*", ossia una distinzione degli individui semplicemente tramite il loro *zip code*[50]. In questo contesto, è indispensabile che l'ordinamento

[49] Con la valutazione del merito creditizio le banche hanno semplificato un processo decisionale riguardante le richieste di affidamento o finanziamento grazie all'introduzione di vere e proprie classi di scoring in cui le aziende vengono inserite a seconda della loro situazione. Questo serve sia per decidere se accettare o meno le loro richieste sia per differenziare le eventuali condizioni di trattamento: importo concesso, tasso di interesse, garanzie, etc. A fronte di un gran numero di informazioni che concorrono a fotografare la situazione finanziaria di una realtà imprenditoriale, grazie alla valutazione del merito creditizio, infatti, si arriva ad un solo unico valore che le riassume comprendendo sia quelle qualitative, sia quelle relative al comportamento di un'azienda nei confronti della banca stessa, sia quelle quantitative: analisi qualitativa: comprende le caratteristiche più generali dell'impresa richiedente come settore, localizzazione, punti di forza e di debolezza, forma giuridica, ad esempio, e anche il sistema di amministrazione e controllo adottato; analisi comportamentale: ricava le informazioni della Centrale dei Rischi (ACR), richiedibile periodicamente alla Banca d'Italia e utile per individuare le principali informazioni utili a stimare le probabilità di insolvenza di una impresa come la rotazione dei movimenti di conto corrente, la regolarità nei pagamenti e le eventuali sofferenze; analisi quantitativa: legata al bilancio, perché ne verifica l'attendibilità dei dati contenuti, ma anche alla riclassificazione dello stato patrimoniale e del conto economico e ai flussi finanziari.

[50] In particolare, l'utilizzo di meccanismi di *machine learning* fa emergere rischi di opacità della decisione così che non è agevole verificare se il sistema ha reso possibili esiti scorretti

introduca maggiori garanzie a tutela dei consumatori e, nello stesso tempo, limiti per i finanziatori circa la tipologia di dati e le modalità di analisi impiegabili in un ambito così delicato.

Il sistema normativo nel suo complesso riflette la rilevanza primaria dell'obbligo di valutare con prudenza, da parte dell'istituto bancario, la concessione del credito ai soggetti finanziati, in particolare ove in difficoltà economica. Dal complesso *framework* regolamentare, in materia di misurazione, monitoraggio e controllo del rischio di credito[51], infatti, discendono obblighi di comportamento per le banche più specifici rispetto a quello comune del *neminem laedere* che, come detto sono da individuare nel *bonus argentarius*.

Orbene se quindi il sistema creditizio ha già in essere delle regole con le quali verificare la corretta erogazione del credito da parte delle banche sarebbe agevole concludere il discorso affermando che questi sistemi di controlli sono sufficienti a verificare in modo tecnico la corretta erogazione del credito.

Spingendo ulteriormente la riflessione su un altro terreno e cioè nell'ambito del commercio elettronico e della relativa responsabilità degli intermediari il percorso compiuto dal legislatore è passato dalla cd. irresponsabilità degli *hosting provider* ad un sistema di responsabilità anche con la creazione della figura giurisprudenziale degli *hosting provider* attivi al meccanismo della responsabilità con *enforcement* con criteri sempre più algoritmici ovvero automatizzati. Orbene in un mercato digitalizzato e con la necessità di tutele immediate ed effettive e con l'adozione di misure che permettano la migliore tutela degli operatori l'*enforcement* algoritmico

o discriminazioni anche grazie all'utilizzo di dati personali. Più in generale, il *credit scoring* algoritmico può produrre inefficienze e decisioni non corrette nel caso in cui i prestatori utilizzino bias cognitivi e comportamentali dei consumatori sfruttando situazioni di vulnerabilità con la conseguente offerta di condizioni contrattuali più sfavorevoli che il richiedente è indotto ad accettare. A causa della nota caratterizzazione di '*black box*' degli algoritmi di machine learning è difficile dare 'spiegazioni' sia ai consumatori che ai supervisori riguardo la logica sottesa alle decisioni basate sul credit scoring. Sull'uso di fonti di dati alternativi e sulla possibile inclusione di bias nel sistema di decisione; Si veda, in tal senso, C. O'Neil, *Weapons of Math Destruction: How Big Data Increases Inequality and Threatens Democracy*, Penguin, 2016; F. Pasquale, *The Black Box Society. The secret Algorithms That Control Money and Information*, Harward Univ. Press, 2015.

[51] Sul punto si segnala la Circ. 285/2013 della Banca d'Italia che definisce, tra l'altro, i presidi che le banche sono tenute ad adottare per assicurare una corretta misurazione del rischio, istruttoria, e revisione delle linee di credito (cfr. Parte I-Recepimento in Italia della CRD IV, Titolo IV – Governo societario, controlli interni, gestione dei rischi, Capitolo 3 – Il sistema dei controlli interni, Allegato A – Disposizioni speciali relative a particolari categorie di rischio).

rappresenta senza dubbio un sistema attraverso il quale si delega alla tecnologia il rispetto delle regole.

Volendo allora tirare le fila del discorso la responsabilità per erogazione abusiva del credito appare sempre più un antico simulacro in una società tecnologicamente molto avanzata quasi un meccanismo di rispetto delle regole del gioco con la moviola e senza VAR (per utilizzare il linguaggio calcistico). In un sistema tecnologicamente avanzato il VAR è certamente rappresentato dall'*enforcement* algoritmico, e dalle linee guida mediche che nel meccanismo di erogazione del credito è ben rappresentato dal *framework* normativo nazionale, europeo ed internazionale.

Il dubbio che assale, allora il giurista è che nel mercato[52] non tutto può essere affidato a regole matematiche ed addirittura algoritmiche in quanto l'iniziativa economica privata si esplicita con l'intraprendenza dell'essere umano e la mente umana non potrà mai essere rimpiazzata dall'intelligenza artificiale. La forza della mente umana sono i ragionamenti abduttivi, di cui Aristotele fu il precursore, in quanto solo l'elasticità della scelta umana può determinare lo sviluppo dell'impresa e del mercato. Lo sviluppo del mercato al di fuori delle regole presuppone una visione liberale e liberista che trova il proprio apice proprio nell'erogazione del credito. Quindi le regole devono essere interpretate senza sconfinare nell'arbitrio, ma senza l'intervento del VAR perché a fronte di qualche perdita, è sempre più diffusa l'idea che l'utilizzo del *credit scoring* algoritmico abbia almeno contribuito a migliorare il livello di personalizzazione dei servizi così come a ridurre le asimmetrie informative e incrementare la concorrenza grazie alla facilità e rapidità di cui possono usufruire i creditori nell'accesso alle diverse piattaforme. Non si può immaginare di andare verso una giustizia predittiva e verso il c.d. giudice inanimato, in quanto un ordinamento moderno non ha bisogno di giudici inanimati, ma di giudici con l'anima come diceva Calamandrei "*che sappiano portare con vigile impegno umano il grande peso di questa immane responsabilità che è il rendere giustizia*". Ed allora allo stesso modo non si può immaginare che nell'erogazione del credito, che rappresenta forse il più importante momento di sintesi nel quale devono coniugarsi, regole, elasticità e tutela del mercato, tale decisione possa essere assunta e poi giudicata (dai giudici *ex post*) secondo una decisione robotica fondata: a) secondo il fatto, tenuto conto dell'analisi del dato e della sua interpretazione propria del processo decisorio della macchina, b) secondo i precedenti, avendo la macchina la capacità di esaminare tutta la storia dei dati passati,

[52] J.M. Keynes, *The General Theory of Employment, Interest and Money*, London, 1936.

c) per legge, decidendo la macchina sulla base di regole[53]. L'erogazione del credito deve essere assunta nella visione dello sviluppo del mercato, nel rispetto delle regole e *con il vigile impegno umano il grande peso di questa immane responsabilità.*

[53] V. Ciardo, *Tutela dei diritti e prevedibilità delle decisioni: la giustizia predittiva*, in www.diritto.it

Gaetano Di Martino

Mercati e consumatori digitali: brevi riflessioni su responsabilità e rimedi per informazioni errate o inadeguate

Sommario: 1. Mercati digitali e disciplina europea – 2. Pratiche commerciali ingannevoli nei contratti del consumatore digitale e "nuovi vizi" del consenso – 3. (*Segue*) Una rilettura dell'art. 1439 c.c.? – 4. Sinteticamente ed in una prospettiva *de iure condito* e *de iure condendo*: l'integrazione del contratto.

1. *Mercati digitali e disciplina europea*

Com'è sin troppo noto, *internet* è divenuto, via via, mercato di rilievo sempre più significativo, in primo luogo per il numero di transazioni e per il complessivo valore economico di queste: in esso, infatti, sono quotidianamente conclusi contratti con prestazioni eterogenee (quali, ad esempio, vendite di beni di consumo di varia natura ovvero di altri beni mobili, per usi esclusivamente o non esclusivamente professionali; trasferimenti di *software* e di altri "beni o servizi digitali"; contratti di trasporto, di albergo e pacchetti turistici; contratti di acquisto di prodotti finanziari), diversi attori della contrattazione, asimmetrica e non asimmetrica: si tratta, in sintesi, di accordi che vanno ricondotti, a seconda dei casi e richiamando la nota ricostruzione, al contratto del codice civile, al secondo contratto ed al terzo contratto[1], ovverosia a quelli distinti dai celebri

[1] V. Roppo, *Contratto di diritto comune, contratto del consumatore, contratto con asimmetria di potere contrattuale: genesi e sviluppi di un nuovo paradigma*, in *Riv. dir. priv.*, 2001, pp. 769 ss.; Id., *Il contratto del duemila*, Giappichelli, Torino, 2011[3], pp. 65 ss. In argomento, tra i numerosi contributi, v. R. Pardolesi, *Prefazione*, in G. Colangelo, *L'abuso di dipendenza economica tra disciplina della concorrenza e diritto dei contratti*, Giappichelli, Torino, 2004, pp. XI ss.; G. Gitti e G. Villa (a cura di), *Il terzo contratto*, Il Mulino, Bologna, 2008; E. Minervini, *Il «terzo contratto»*, in *Contratti*, 2009, p. 493; A. Gianola, *Terzo contratto*, in *Digesto, disc. priv., sez. civ.,* Aggiornamento, IV, Utet, Torino, 2009, pp. 570 ss.; A.M.

e diffusi acronimi *B2C*, *B2B*, *C2C* e *S2C*[2].

La disciplina concretamente applicabile a tali contratti risente, evidentemente, (anche) dalla qualità soggettiva delle parti – consumatori, professionisti oppure *clienti*[3]. Se già tale considerazione, invero banale, rivela subito quanto complessa sia l'attività di ricostruzione delle norme regolatrici della relazione negoziale, v'è da aggiungere che essa lo diviene ancor più nei contratti del mercato digitale: da una parte, vi sono le discipline di riequilibrio delle asimmetrie informative e di potere contrattuale, destinate alla tutela di soggetti eterogenei (consumatori; microimprese; talvolta *clienti*); tant'è che il consumatore, avuto riguardo alla diversità delle protezioni accordate dalle varie normative, è stato recentemente definito «"frastagliato"»[4]; dall'altra, vi sono le particolari modalità con cui sono stipulati gli accordi, giacché questi presuppongono l'assenza fisica dei contraenti ed uno scambio di dichiarazioni veicolate mediante strumenti ed impulsi elettronici[5]. È anche l'àmbito peculiare degli accordi conclusi mediante un algoritmo, ovverosia quello dei c.d. *smart contracts*[6]. Gli utenti ricercano, massivamente, beni e

Benedetti, *Contratto asimmetrico*, in *Enc. dir.*, Annali, Giuffrè, Milano, 2012, pp. 370 ss.; P. Pollice, *Appunti sulla parte generale del contratto*, Giappichelli, Torino, 2014, pp. 192 ss.; M.L. Chiarella, *Contrattazione asimmetrica. Segmenti normativi e costruzione unitaria*, Giuffrè, Milano, 2016, pp. 116 ss.; S. Mazzamuto, *Il contratto di diritto europeo*, Giappichelli, Torino, 2020[4], pp. 156 ss.

[2] V. Roppo, *Ancora su contratto asimmetrico e terzo contratto. Le coordinate del dibattito, con qualche elemento di novità*, in V. Roppo e G. Alpa (a cura di), *La vocazione civile del giurista: Saggi dedicati a Stefano Rodotà*, Laterza, Bari, 2013, pp. 178 ss.

[3] V. la nota precedente.

[4] S. Pagliantini, *Il consumatore "frastagliato"*, Pacini Giuridica, Pisa, 2021, *passim*, ed in particolare pp. 102 ss. e pp. 213 ss.; Id., *Contratto (diritto europeo)*, in *Enc. dir.*, *I Tematici*, I, *Contratto*, Giuffré, Milano, 2021, pp. 130 ss. e pp. 158 ss. V. anche H.W. Mickilitz, *Il consumatore: mercatizzato, frammentato, costituzionalizzato*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2016, pp. 859 ss.

[5] È nota la questione concernente l'assimilabilità, o meno, ed in che misura, dei contratti conclusi mediante strumenti telematici (che pure si distinguono, l'uno dall'altro, per caratteristiche e modelli assai eterogenei) a quelli stipulati con modalità, per così dire, "tradizionali": v. C. Camardi, *Contratto e rapporto nelle reti telematiche. Un nuovo modello di scambio*, in *Contr. impr.*, 2001, pp. 557 ss.; A. Quarta e G. Smorto, *Diritto privato dei mercati digitali*, Le Monnier Università, Firenze, 2020, pp. 178 ss.; G. Conte, *Formazione del contratto e tecnologie digitali*, in *Enc. dir.*, *I Tematici*, I, *Contratto*, Giuffré, Milano, 2021, pp. 565 ss.; M. Maugeri, Smart contracts, *ibidem*, pp. 1132 ss.; A.M. Benedetti, *Contratto, algoritmi e diritto civile transnazionale: cinque questioni e due scenari*, in *Riv. dir. civ.*, 2021, pp. 417 ss.

[6] Su questo tema, v., per tutti, M. Maugeri, Smart contracts *e disciplina dei contratti*, Il Mulino, Bologna, 2021; Ead., Smart contracts, cit., pp. 1134 ss.; E. Battelli, *Le nuove frontiere dell'automatizzazione contrattuale tra codici algoritmici e* big data*: gli* smart

servizi mediante motori di ricerca su *internet* (ad esempio, *Google* o *Yahoo*) ovvero li (ricercano e) acquistano tramite piattaforme, quali *eBay*, *Booking*, *Amazon*, *Airbnb*, o direttamente su queste (è, tra gli altri, secondo la Corte di Giustizia UE, anche il caso di *Uber*[7]; può essere, ancora, il caso delle piattaforme video e musicali, quali *Spotify*, *Netflix*, *Amazon-Prime Video/Music*).

La diversità delle piattaforme *online*, in termini di attività, settore, modello di funzionamento e dimensioni, è evidente: esistono piccoli siti *web*, con attività più o meno limitate sotto il profilo territoriale, e, al contempo, aziende che operano globalmente o, quantomeno, in una consistente parte del mondo. Simili strumenti consentono nuove opportunità e permettono l'accesso di operatori economici e clienti a mercati prima inaccessibili, con un potenziale beneficio dell'economia, della concorrenza e del benessere dei consumatori[8]. Ma, ovviamente, la questione centrale è garantire, in tale mercato, comportamenti corretti, tutela della concorrenza e sostenibilità dei consumi[9]. Esistono, peraltro, relazioni sempre più frequentemente a struttura trilaterale: consumatori e, più in generale, clienti concludono, in *internet*, contratti non solo direttamente con il fornitore di beni o servizi ma anche mediante l'intermediazione di una piattaforma *online* gestita da un terzo soggetto.

Così, si prospetta[10] una classificazione degli accordi conclusi nei mercati digitali[11] in contratti aventi ad oggetto la prestazione di «servizi della società dell'informazione»[12], in contratti che hanno ad oggetto beni o servizi sottostanti, prestati direttamente dalla piattaforma di intermediazione

contracts *in ambito assicurativo, bancario e finanziario*, in *Giust. civ.*, 2020, p. 681. Come noto, l'art. 8 *ter* del d.l. 14 dicembre 2018, n. 135, convertito con l. 11 febbraio 2019, n. 122, definisce «*"smart contract"*» come «un programma per elaboratore che opera su tecnologie basate su registri distribuiti e la cui esecuzione vincola automaticamente due o più parti sulla base di effetti predefiniti dalle stesse».

[7] Corte Giust. UE, 20 dicembre 2017, C-434/15, *Asociación Profesional Elite Taxi* c. *Uber Systems Spain,* in *Foro it.*, 2018, IV, c. 91, con nota di di A. Palmieri, *Uber Pop: fine delle corse in (mezza) Europa?*

[8] Diffusamente, v. F. Bravo, *Commercio elettronico*, in *Enc. dir.*, Annali, Giuffrè, Milano, 2012, pp. 253 ss.

[9] *Infra*, in questo paragrafo.

[10] V. A. Quarta, in A. Quarta e G. Smorto, *Diritto privato* cit., pp. 179 ss.

[11] Sulla definizione di «mercato digitale» v. più avanti, in questo paragrafo.

[12] V. l'art. 2, lett. a) del d.lgs. 9 aprile 2003, n. 70, che definisce i «servizi della società dell'informazione» come le attività economiche svolte in linea *-online-*, nonché i servizi definiti dall'art. 1, comma 1, lett. b), della l. 21 giugno 1986, n. 317, e successive modificazioni. Il d.lgs. n. 70 del 2003, come noto, ha recepito la direttiva 2000/31/CE del Parlamento europeo e del Consiglio dell'8 giugno 2000, relativa a taluni aspetti giuridici dei servizi della società dell'informazione, in particolare il commercio elettronico, nel mercato interno.

che li conclude[13], e, ancora, in contratti aventi ad oggetto servizi o beni prestati dagli utenti del servizio di intermediazione, professionali[14] o non professionali, e che si avvalgono dell'attività di intermediazione svolta dalla piattaforma *on line*.

Il carattere sempre più spesso transnazionale delle transazioni concluse con strumenti telematici crea le condizioni di sviluppo di una nuova *lex mercatoria*[15]. Talvolta, sono anche istituiti, dagli operatori privati, nuovi mezzi di risoluzione alternativa delle controversie, com'è accaduto recentemente con *Facebook's Oversight Board*. Tuttavia, la natura transnazionale dei contratti elettronici ha reso necessaria una normativa europea: se il mercato digitale amplia la scelta di beni e servizi e, generalmente, consente prezzi competitivi, regole comuni al mercato europeo sono apparse necessarie e ciò nella nota prospettiva, che risente fortemente del pensiero ordoliberale, di permettere il corretto funzionamento dei mercati mediante la fissazione di regole, da parte del potere politico, particolarmente per ciò che concerne il contratto[16]. Non è estranea, poi, alle discipline di protezione degli ultimi anni, anche la tutela dell'economia sociale di mercato, coerentemente con quanto previsto dall'art. 3 del Trattato europeo[17].

L'evoluzione della disciplina, europea ed interna, in tema di contratti *online* è nota: tra i primi interventi, la direttiva 2000/31/CE (c.d. "direttiva

[13] V., ad esempio, nota 7. È, comunque, il caso di chi fornisca beni o servizi, concludendo – e, talvolta, eseguendo – il contratto mediante strumenti telematici.

[14] Come noto, il regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio del 20 giugno 2019, n. 1150, detta norme che promuovono «equità e trasparenza per gli utenti commerciali dei servizi di intermediazione *online*». L'art. 2, n. 1, definisce «utente commerciale» il «privato che agisce nell'ambito delle proprie attività commerciali o professionali o una persona giuridica che offre beni o servizi ai consumatori tramite servizi di intermediazione *online* per fini legati alla sua attività commerciale, imprenditoriale, artigianale o professionale». A favore degli utenti commerciali e nei confronti dei c.d. servizi di intermediazione *online* e dei motori di ricerca *online*, il regolamento n. 1150/2019 stabilisce una disciplina di protezione, ponendo obblighi di trasparenza (v., ad esempio, l'art. 3) e talune cautele e limitazioni alla facoltà del fornitore di servizi *online* di sospendere o cessare, in tutto o in parte, i suoi servizi, per l'appunto, di intermediazione *online*.

[15] Cfr. C. Rossello, *La* governance *di* internet *tra diritto statuale, autodisciplina,* soft law *e* lex mercatoria, in *Dir. comm. internaz.*, 2006, p. 45.

[16] V. M. Maugeri, Smart contracts, cit., pp. 101 ss.

[17] V., ad esempio, la Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio e al Comitato economico e sociale europeo, intitolata «Un "*New Deal*" per i consumatori», dell'11 aprile 2018, COM (2018), in *https://eur-lex.europa.eu/legal-content.* In dottrina, cfr. D. Imbruglia, *Mercato unico sostenibile e diritto dei consumatori*, in *Pers. merc.*, 2021, pp. 501 ss. V. anche la Risoluzione del Parlamento europeo del 25 novembre 2020, sul tema «*Verso un mercato unico più sostenibile per le imprese e i consumatori*» (2020/2021(INI)), in *https://www.europarl.europa.eu*.

sul commercio elettronico") ha introdotto – in particolar modo, agli artt. 9-11 – alcune disposizioni di base in materia di contratti conclusi per via elettronica. L'àmbito di applicazione di tali disposizioni non è limitato ai rapporti *B2C*; difatti, le norme trovano applicazione agli accordi conclusi tra un fornitore di un «servizio della società dell'informazione»[18] ed il destinatario di tale servizio, professionista o consumatore.

Talune delle norme più importanti, nell'àmbito delle transazioni economiche, sono contenute nella direttiva 2011/83/UE[19]: questa, di "armonizzazione massima" (*ex* art. 4 della medesima)[20], si applica a quei contratti *B2C*, conclusi per la vendita di beni, per la prestazione di servizi, esclusi i servizi finanziari, per la fornitura di acqua, energia, gas o teleriscaldamento oppure per la fornitura di servizi digitali o di contenuti digitali non forniti su supporto materiale. In ragione di quanto previsto dall'art. 2, n. 7, la medesima direttiva regola non solo i contratti conclusi esclusivamente con mezzi elettronici ma, più in generale, anche gli accordi stipulati con altri mezzi di comunicazione a distanza diversi da quelli *online*.

Come noto, il legislatore italiano ha recepito la normativa europea con il decreto legislativo del 21 febbraio 2014, n. 21[21], che, all'art. 1, ha sostituito gli articoli da 45 a 67 del codice del consumo[22]. Così come avvenuto per altri

[18] V. anche nota 12. L'art. 2 della direttiva contiene una definizione dei «servizi della società dell'informazione», che è ripresa dall'art. 2 del d.lgs. n. 70 del 2003. In ragione del rinvio all'art. 1, della l. n. 317 del 1986, operato dal menzionato art. 2 (del d.lgs. n. 70 del 2003), servizi della società dell'informazione sono quelli, a titolo gratuito ovvero oneroso, prestati a distanza, ovverosia senza la presenza simultanea delle parti, e per via elettronica, cioè «mediante un servizio inviato all'origine e ricevuto a destinazione mediante attrezzature elettroniche di trattamento, compresa la compressione digitale, e di memorizzazione di dati, e che è interamente trasmesso, inoltrato e ricevuto mediante fili, radio, mezzi ottici o altri mezzi elettromagnetici, su richiesta individuale di un destinatario di servizi». Tali servizi, della natura più varia, hanno ad oggetto, ad esempio, la vendita *online* di beni, lo *streaming* di musica e film, l'intermediazione nell'àmbito della contrattazione *online*, il servizio di motore di ricerca su *internet* ovvero di archiviazione dati e così via.

[19] Direttiva 2011/83/UE del Parlamento europeo e del Consiglio del 25 ottobre 2011 sui diritti dei consumatori, recante modifica della direttiva 93/13/CEE del Consiglio e della direttiva 1999/44/CE del Parlamento europeo e del Consiglio e che abroga la direttiva 85/577/CEE del Consiglio e la direttiva 97/7/CE del Parlamento europeo e del Consiglio.

[20] S. Mazzamuto, *La nuova direttiva sui diritti del consumatore*, in *Eur. dir. priv.*, 2011, p. 864; T. Dalla Massara, *La «maggior tutela» del consumatore: ovvero del coordinamento tra codice civile e codice del consumo dopo l'attuazione della direttiva 2011/83/UE*, in *Contr. impr.*, 2016, p. 745.

[21] Sull'attuazione della direttiva 2011/83/UE, v. V. Cuffaro, *Nuovi diritti per i consumatori: note a margine del d.lgs. 21 febbraio 2014, n. 21*, in *Corr. giur.*, 2014, p. 745; E. Battelli, *L'attuazione della direttiva sui consumatori tra rimodernizzazione di vecchie categorie e «nuovi» diritti*, in *Eur. dir. priv.*, 2014, p. 927.

[22] Coerentemente con quanto previsto dalla direttiva 2011/83/UE, a mente dell'art. 45,

contratti caratterizzati da asimmetrie informative e di potere contrattuale ed in ragione dell'impossibilità obiettiva, per il consumatore, di esaminare preventivamente i beni oggetto del contratto, l'art. 49 cod. cons. impone al professionista, prima della conclusione, di fornire puntuali informazioni, in «maniera chiara e comprensibile», in ordine all'oggetto del contratto, ai (vari) diritti del consumatore ed alla identità del professionista stesso. L'art. 52 cod. cons., dal canto suo, riconosce al consumatore il diritto di recesso per un periodo di quattordici giorni, a sua totale discrezione e senza alcun costo, ad eccezione di quelli previsti dall'art. 56, comma 2, e 57. L'articolo successivo (*i.e.*: l'art. 53), al comma 1, sanziona l'omessa informazione sul diritto di recesso, con l'aumento a dodici mesi del periodo in cui esso può essere esercitato.

Le regole si sono adattate nel tempo, per la complessità degli strumenti adottati e delle relazioni che si instaurano nei mercati digitali. Sono evidenti le peculiarità di queste ultime: il cliente entra, più o meno, di propria iniziativa nel luogo virtuale dove conclude il contratto. Tuttavia, le sue scelte sono in qualche modo orientate verso certi prodotti o servizi, che spesso gli sono presentati, peraltro in un certo ordine, dal motore di ricerca utilizzato per il loro reperimento (*Google*; *Bing*) o da portali che fungono da intermediari di venditori diretti (*Amazon*, *E-bay*, *AirBnb*; *Booking*), i quali selezionano i prodotti e servizi stessi e decidono il loro ordine di apparizione sul dispositivo elettronico (*computer*; *tablet*; *smartphone*). Spesso, essi sono accompagnati da recensioni, anche sulla condotta *lato sensu* commerciale del fornitore del bene o del servizio.

Non è un caso, allora, che la direttiva 2011/83/UE sia stata, neanche troppo recentemente, modificata dalla direttiva 2019/2161/UE[23], che, tra l'altro, ha introdotto alcune nuove importanti norme volte alla tutela dei consumatori che stipulano contratti per la fornitura di beni o servizi sui mercati *online*. Quest'ultima, all'art. 3, ha introdotto la definizione di «mercato online», che costituisce «un servizio che utilizza un software, compresi siti web, parte di siti web o un'applicazione, gestito da o per conto del professionista, che permette ai consumatori di concludere contratti a

lett. g, «contratto a distanza» è «qualsiasi contratto concluso tra il professionista e il consumatore nel quadro di un regime organizzato di vendita o di prestazione di servizi a distanza senza la presenza fisica e simultanea del professionista e del consumatore, mediante l'uso esclusivo di uno o più mezzi di comunicazione a distanza fino alla conclusione del contratto, compresa la conclusione del contratto stesso».

[23] È la c.d. direttiva "*omnibus*": sulla stessa, v. G. Versaci, *Le tutele a favore del consumatore digitale nella "Direttiva* Omnibus*"*, in *Pers. merc.*, 2021, p. 583.

distanza con altri professionisti o consumatori»[24]. La direttiva, per così dire, raffina gli obblighi informativi del professionista, aggiungendo, mediante il proprio art. 4, l'art. 6 *bis* alla direttiva 2011/83/EU: quest'ultimo articolo impone che il professionista renda disponibili, in un'apposita sezione dell'interfaccia *online*, facilmente e direttamente accessibile dalla pagina in cui sono presentate le offerte, le informazioni concernenti: *i*) «i principali parametri che determinano la classificazione, quale definita all'articolo 2, paragrafo 1, lettera m), della direttiva 2005/29/CE[25], delle offerte presentate al consumatore come un risultato della sua ricerca e all'importanza relativa di tali parametri rispetto ad altri parametri»; *ii*) la qualifica di professionista, o meno, del terzo che fornisce beni o servizi, sulla base della dichiarazione di quest'ultimo; *iii*) la non applicabilità dei diritti dei consumatori derivanti dal diritto dell'Unione sulla tutela dei consumatori, per l'ipotesi in cui il terzo che fornisce beni o servizi non sia un professionista; *iv*) eventualmente, la ripartizione degli obblighi relativi al contratto tra il terzo che offre i beni, i servizi o il contenuto digitale e il fornitore del mercato *online*, ferme le responsabilità di tali soggetti nei confronti del cliente, in virtù altre norme di diritto dell'Unione o nazionale.

Come anticipato, la direttiva 2019/2161/UE ha modificato anche parte della direttiva 2005/29/CE. Così, è ora stabilito, dall'art. 7, paragrafo 7, di quest'ultima, che, quando un professionista fornisca l'accesso alle recensioni dei consumatori sui prodotti, sono considerate rilevanti le informazioni sul se e come il professionista garantisce che le recensioni pubblicate provengano da consumatori che hanno effettivamente utilizzato o acquistato il prodotto. È considerata, pertanto, pratica commerciale scorretta la pubblicazione di recensioni di consumatori, al fine di promuovere la vendita di prodotti, qualora non siano state adottate misure ragionevoli e proporzionate, per verificarne la provenienza effettiva da consumatori, ovvero siano state pubblicate recensioni false ovvero travisate nel loro contenuto[26].

[24] L'art. 3 apporta «[m]odifiche della direttiva 2005/29/CE» ed aggiunto, al paragrafo 1 dell'art. 2, la lettera «n)», che contiene, per l'appunto, la definizione di «mercato digitale». Identica definizione viene inserita nella direttiva 2011/83/UE dal successivo art. 4, lett. e).

[25] Il su indicato art. 3 della direttiva 2019/2161/UE ha altresì aggiunto la lettera «m)», al menzionato paragrafo 1 dell'art. 2 della direttiva 2005/29/CE. La «"classificazione"», a cui fa riferimento l'art. 6 *bis* della direttiva "*omnibus*", rappresenta la «rilevanza relativa attribuita ai prodotti, come illustrato, organizzato o comunicato dal professionista, a prescindere dai mezzi tecnologici usati per tale presentazione, organizzazione o comunicazione».

[26] Analogamente a quanto previsto dall'art. 6 *bis* della direttiva 2011/83/UE, l'art. 4 *bis* della direttiva 2005/29/CE prevede ora l'obbligo di informare i consumatori, qualora sia attribuita la possibilità di cercare prodotti offerti da professionisti diversi o da consumatori sulla base di una ricerca sotto forma di parola chiave, frase o altri dati, sui parametri

Alla direttiva *omnibus* se ne sono temporalmente affiancate altre due: si allude, ovviamente, alla direttive del Parlamento europeo e del Consiglio 2019/770/UE e 2019/771/UE[27], entrambe del 20 maggio 2019, che sono riferite, rispettivamente, alle forniture di contenuti o di servizi digitali, ottenute senza il versamento di un prezzo in denaro e mediante la trasmissione di dati personali a fini commerciali, ed alla vendita di beni e servizi a consumatori, tra cui quelli aventi un contenuto digitale.

Nel recepire tali provvedimenti europei, il legislatore ha innanzitutto[28] sostituito il capo I del titolo III della parte IV del codice del consumo; immediatamente dopo di questo, ha inserito il «Capo I-*bis*», intitolato «Dei contratti di fornitura di contenuto digitale e di servizi digitali», che comprende sedici articoli (dall'art. 135-*octies* all'art. 135-*vicies ter*). Tra le significative novità, soprattutto per quel consumatore frequentemente e descrittivamente definito "digitale"[29], v'è il novellato art. 128, lett. e), n. 2, che ricomprende, nei beni oggetto di disciplina, «qualsiasi bene mobile materiale che incorpora, o è interconnesso con, un contenuto digitale o un servizio digitale in modo tale che la mancanza di detto contenuto digitale o servizio digitale impedirebbe lo svolgimento delle funzioni proprie del bene». Sono i c.d. «"beni con elementi digitali"». Per questi ultimi, considerati conformi al contratto, se posseggono le qualità e le altre caratteristiche, anche in termini di capacità di durare nel tempo, funzionalità, compatibilità e sicurezza, ordinariamente presenti in un bene del medesimo tipo e ragionevolmente attese dal consumatore (art. 129, comma 3, lett. d, cod. cons.), il venditore è obbligato, *ex* art. 130, comma 2, cod. cons., ad informare il consumatore sugli aggiornamenti disponibili, anche di sicurezza, necessari al fine di mantenere la conformità di tali beni, ed a fornirglieli per

principali che determinano la classificazione dei prodotti presentati al consumatore come risultato della sua ricerca e sull'importanza relativa di tali parametri rispetto ad altri parametri. La norma precisa, tuttavia, che tale paragrafo non si applica ai fornitori di motori di ricerca *online* definiti ai sensi dell'art. 2, punto 6, del regolamento 2019/1150/UE del Parlamento europeo e del Consiglio.

[27] Segnatamente, tale direttiva è «relativa a determinati aspetti dei contratti di vendita di beni» e «modifica il regolamento (UE) 2017/2394 e la direttiva 2009/22/CE, e … abroga la direttiva 1999/44/CE».

[28] Mediante d.lgs. 4 novembre 2021, n. 170.

[29] Il considerando 21 della direttiva 2019/771/UE consente agli Stati membri la facoltà di estendere la protezione accordata ai consumatori anche alle persone fisiche o giuridiche che non sono consumatori ai sensi della medesima direttiva, quali le organizzazioni non governative, le *start-up* o le PMI. Tuttavia, l'art. 128 cod. cons., come sostituito dall'art. 1 del d.lgs. n. 170 del 2021, limita l'applicazione della disciplina alle sole persone fisiche di cui all'art. 3, comma, 1, lettera a), dello stesso codice del consumo.

un certo periodo di tempo individuato dal medesimo comma.

Il Parlamento europeo[30], al fine di garantire la sostenibilità di consumi e produzione ed in vista della revisione della direttiva (UE) 2019/771, ha invitato la Commissione ad adottare strategie di ampia portata, che prevedano misure che differenzino le categorie di prodotti e tengano conto delle evoluzioni tecnologiche e del mercato. Tra queste misure, dovrebbero rientrare: *i*) l'imposizione di specifici obblighi di informazione precontrattuali degli acquirenti in ordine alla durata di vita prevista del prodotto, stimata secondo criteri obiettivi e standardizzati, da fornire anche mediante etichettature immediatamente visibili e percepibili; *ii*) l'allineamento della garanzia legale alla durata di vita prevista per una determinata categoria di prodotti; *iii*) l'introduzione di un sistema di garanzia congiunta a carico del produttore e del venditore; *iv*) il contrasto all'obsolescenza prematura dei prodotti, anche mediante l'inserimento nell'allegato I della direttiva 2005/29/CE, di quelle pratiche che riducono effettivamente la durata di vita di un prodotto, per aumentarne il tasso di sostituzione e limitare indebitamente la riparabilità dei prodotti, inclusi i *software*; *v*) l'obbligo di garantire aggiornamenti correttivi per tutta la vita prevista; *vi*) l'introduzione di un sistema di incentivi per il consumatore che scelga, in luogo di rimedi risolutori del contratto, la riparazione del prodotto.

2. *Pratiche commerciali ingannevoli nei contratti del consumatore digitale e "nuovi vizi" del consenso*

La pubblicazione di recensioni "non autentiche", sulla piattaforma *online*, gestita dal fornitore del servizio sottostante ovvero da un terzo, rappresenta (*recte*: rappresenterà, in seguito al recepimento della direttiva *omnibus*), come anticipato, pratica commerciale scorretta. L'emanazione della norma europea poteva dirsi quasi scontata, giacché, sempre più spesso, la scelta di un prodotto può risentire, e non poco, delle opinioni di altri clienti, che dunque rappresentano un sistema per orientare i consumi. Va precisato, in ogni caso, che tale previsione non rappresenta una novità assoluta: secondo l'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato, nell'àmbito di un servizio di comparazione *online*, costituiscono pratica commerciale scorretta, in violazione degli artt. 20, 21 e 22 cod. cons., le

[30] Con la risoluzione del 25 novembre 2020, sul tema «Verso un mercato unico più sostenibile per le imprese e i consumatori» (2020/2021(INI)).

affermazioni del professionista sull'attendibilità delle recensioni pubblicate, qualora esse, invece, siano ingannevoli e non siano state adottate procedure adeguate di contrasto alle recensioni false[31]. Può accadere, ancora, che non siano stati adeguatamente indicati o, peggio, riportati erroneamente, nei motori di ricerca o nei fornitori del mercato *online*, i principali parametri che determinano la classificazione delle offerte presentate ai consumatori. La questione rientra, più in generale, nel complesso tema dei «"nuovi" vizi del consenso»[32] e dei «vizi incompleti»[33].

È assai probabile, poi, l'accertamento, in un futuro molto breve, di ulteriori pratiche commerciali scorrette, come l'obsolescenza programmata dei dispositivi elettronici (particolarmente, ma non solo, *tablet*, *computer* e *smartphone*)[34].

È nota la questione sul rapporto tra l'accertamento di una condotta aggressiva o ingannevole, da parte dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato, ed i rimedi che competono al singolo consumatore e, dunque, tra tutela collettiva ed individuale[35]. L'art. 3, paragrafo 2, della direttiva 2005/29/CE, infatti, espressamente fa salva l'applicazione del diritto contrattuale, in particolare delle norme sulla formazione, validità o efficacia dell'accordo. L'assenza di una specifica disciplina, concernente gli effetti della prati-

[31] Agcm, 22 dicembre 2014, n. 25237, PS9345, in *agcm.it*; ed in *Foro it.*, 2015, III, c. 186, con nota di A. Davola. Secondo quanto accertato dall'Autorità, talune recensioni presenti sul sito www.tripadvisor.it, sia positive che negative, non erano autentiche, perché rilasciate da utenti fittizi oppure da soggetti che mai avevano visitato le strutture (in alcuni casi, infatti, tali strutture erano chiuse da tempo). L'Autorità ha rilevato, al contempo, l'assoluta insufficienza dei sistemi di controllo e di contrasto, adottati dai gestori del sito, concludendo che la condotta contestata aveva, come effetto, quella di indurre in errore il consumatore, falsandone le scelte. Tale provvedimento è stato annullato da T.A.R. Lazio-Roma, 13 luglio 2015, n. 9355, in *giustizia-amministrativa.it*; la sentenza di primo grado, però, è stata riformata da Cons. Stato, 15 luglio 2019, n. 4976, *ivi*. Quest'ultima decisione ha confermato la sussistenza della pratica commerciale ingannevole rilevata dall'Autorità, riducendo soltanto l'ammontare della sanzione pecuniaria comminata.

[32] C. Scognamiglio, *Vizi del consenso*, in *Enc. dir.*, *I Tematici*, I, *Contratto*, Milano, Giuffrè, 2021, p. 1179; e, prima, A. Gentili e V. Cintio, *I nuovi "vizi del consenso"*, in *Contr. impr.*, 2018, pp. 148 ss.

[33] V., ovviamente, M. Mantovani, *Vizi incompleti del contratto e rimedio risarcitorio*, Torino, Giappichelli, 1995.

[34] V. comunque il contributo di M. D'Auria, *La tutela del consumatore nell'acquisto del* notebook, in *Giur. it.*, 2014, p. 2394.

[35] In argomento, da ultimo, v. C. Granelli, *Pratiche commerciali scorrette: le tutele*, in *Enc. dir.*, *I Tematici*, I, *Contratto*, Giuffré, Milano, 2021, pp. 838 ss. V. anche la monografia di L. Guffanti Pesenti, *Scorrettezza delle pratiche commerciali e rapporto di consumo*, Jovene, Napoli, 2020.

ca commerciale scorretta sul contratto, e l'imprevedibilità dei rimedi azionati rendono più arduo preventivare i costi di una condotta illecita, assicurando massima deterrenza avverso comportamenti abusivi dei professionisti[36].

Si prospetta, dunque, che, al provvedimento sanzionatorio fondato su una pratica commerciale scorretta, possa fare seguito il diritto dei consumatori alla tutela individuale[37], al fine di ottenere il risarcimento del danno ovvero l'annullamento[38] del contratto (derivante da vizio della volontà)[39] o, ancora, la dichiarazione di nullità[40], anche laddove si neghi la distinzione tra regole di validità e di condotta[41]. In astratto, parrebbe ammissibile il rimedio rescissorio, qualora le condizioni inique

[36] S. Mazzamuto, *Il contratto europeo al tempo della crisi*, in *Eur. dir. priv.*, 2010, p. 613; A. Fachechi, P*ratiche commerciali scorrette e rimedi negoziali*, Esi, Napoli, 2012, pp. 31 ss.; S. Pagliantini, *Contratti del consumatore,* cit., p. 87.

[37] G. De Cristofaro, *Pratiche commerciali scorrette*, in *Enc. dir.*, Annali, Giuffrè, Milano, 2012, pp. 1112 ss. In dottrina, in argomento, *ex aliis*, G. Casaburi, *La tutela civilistica del consumatore avverso la pubblicità ingannevole dal d.leg. n. 74 del 1992 al codice del consumo*, in *Giur. merito*, 2006, pp. 635 ss.; D. Valentino, Timeo danaos et dona ferentes*. La tutela del consumatore e delle microimprese nelle pratiche commerciali scorrette*, in *Riv. dir. civ.*, 2013, p. 1157; M. Maugeri, *Pratiche commerciali scorrette e annullabilità: la posizione dell'arbitro per le controversie finanziarie*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2017, I, p. 1516; E. Labella, *Pratiche commerciali scorrette e autonomia privata*, Giappichelli, Torino, 2018, pp. 109 ss.; C. Magli, *Pratiche commerciali scorrette e rimedi civilistici nel contesto della responsabilità sociale d'impresa*, in *Contr. impr.*, 2019, pp. 725 ss.

[38] Mar. Nuzzo, *Pratiche commerciali sleali ed effetti sul contratto: nullità di protezione o annullabilità per vizi del consenso?*, in E. Minervini e L. Rossi Carleo (a cura di), *Le pratiche commerciai sleali. Direttiva Comunitaria ed ordinamento italiano*, Giuffrè, Milano, 2007, pp. 238 ss. V., però, E. Battelli, *Nuove norme in tema di pratiche commerciali sleali e pubblicità ingannevole*, in *Contratti*, 2007, p. 1120.

[39] Trib. Bologna, 28 settembre 2009, in *dejure.it*; Pret. Bologna, 8 aprile 1997, in *Giust. civ.*, 1998, I, p. 879, con nota di L. Polimeno, *I raggiri* ex *art. 1439, comma 1, c.c.: sviluppi e contrasti giurisprudenziali alla luce delle decisioni dell'Autorità garante*; Trib. Terni, 6 luglio 2004, in *Giur. it.*, 2005, p. 1836, con nota di S. Perugini, *Pubblicità ingannevole e annullamento del contratto*; ACF, 5 giugno 2017, n. 5, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2017, I, p. 1521, con il su indicato commento di M. Maugeri, *Pratiche commerciali*, cit.

[40] L. Di Nella, *Le pratiche commerciali sleali «aggressive»*, in G. De Cristofaro (a cura di), *Le «pratiche commerciali sleali» tra imprese e consumatori. La direttiva 2005/29/CE e il diritto italiano,* Giappichelli, Torino, 2007, pp. 376 ss.; R. Calvo, *Nullità e obblighi di informazione*, in S. Pagliantini (a cura di), *Le forme della nullità*, Giappichelli, Torino, 2009, pp. 157 ss. *Contra*, S. Pagliantini, *Forma e formalismo nel diritto europeo dei contratti*, Edizioni ETS, Pisa, 2009, pp. 171 ss.

[41] Per tutti, v. G. Perlingieri, *L'inesistenza della distinzione tra regole di comportamento e di validità nel diritto italo-europeo*, Esi, Napoli, 2013, *passim*. V. anche A. Fachechi, *Pratiche commerciali scorrette e (apparente)* gap *normativo: il «sistema» dei rimedi negoziali*, in *Studium iuris*, 2015, pp. 183 ss.

siano state imposte, approfittando del pericolo di un danno grave alla persona del contraente ovvero di altri, ovvero abusando dello stato di bisogno, alle condizioni dettate dall'art. 1448 c.c. Si sostiene, ancora, che l'accertamento della pratica commerciale scorretta non determini accoglimento automatico di simili domande[42] ma fornisca soltanto indicazioni in ordine alla natura astrattamente illecita della condotta[43]. Si esclude, poi, da più Autori, che, per i contratti dei consumatori, valgano regole diverse, rispetto a quelle generali dettate in tema di risarcimento e di rimedi volti a privare il contratto di effetto[44].

Ciò posto, taluni dubbi si pongono per il consumatore digitale, che sia ingannato da una recensione fasulla o, più in generale, da altra comunicazione ingannevole. Sotto il profilo soggettivo, da una parte, vi è un consumatore che, utilizzando strumenti telematici, potrebbe rivelare competenze, nella conclusione dei relativi contratti, normalmente superiori a quelle considerate nella disciplina consumeristica[45]. È opportuno precisare, peraltro, che il consumatore, che acquista beni e servizi in *internet* (in particolar modo, quelli diversi da servizi bancari e finanziari, caratterizzati da peculiari asimmetrie informative), non è nelle medesime condizioni di chi abbia stipulato un contratto fuori dai locali commerciali: ciò è indirettamente dimostrato dall'art. 45 cod. cons., che, nella sua attuale formulazione e diversamente dalla previsione originaria, distingue espressamente tra contratti a distanza e contratti negoziati fuori dai locali commerciali[46]. Dall'altra, deve farsi riferimento alla nozione di "consumatore medio"[47]. Il considerando 18 della direttiva 2005/29/CE richiama infatti, come parametro, il consumatore medio, «che è normalmente informato

[42] G. D'Amico, *Formazione del contratto*, in *Enc. dir.*, Annali, Giuffrè, Milano, 2008, t. 2, p. 586 s.; S. Pagliantini, *op. ult. cit.*, pp. 165 ss.; G. De Cristofaro, *op. cit.*, p. 1112. In giurisprudenza, Cass., Sez. un., 15 gennaio 2009, n. 794 in *dejure.it*.

[43] Cass., Sez. un., 15 gennaio 2009, n. 794, cit.

[44] Tra gli altri, C. Camardi, *Pratiche commerciali scorrette e invalidità*, in *Obbl. contr.*, 2010, p. 418; G. De Cristofaro, *op. cit.*, p. 1113.

[45] E. Minervini e P. Bartolomucci, *La tutela del consumatore telematico*, in D. Valentino (a cura di), *Manuale di diritto dell'informatica*, Esi, Napoli, 2016^3, p. 360.

[46] E. Minervini e P. Bartolomucci, *op. cit.,* p. 359.

[47] Corte Giust. UE, 30 aprile 2014, C-26/13, *Kásler e Káslerné Rábai c. OTP Jelzálogbank Zrt*, in *Contratti*, 2014, p. 853 (m), con nota di S. Pagliantini, *L'equilibrio soggettivo dello scambio (e l'integrazione) tra corte di giustizia, corte costituzionale ed abf: «il mondo di ieri» o un* trompe l'oeil *concettuale?*; Corte Giust. UE, 26 febbraio 2015, C-143/13, *Matei c. SC Volksbank România SA*, in *dejure.it*; Corte Giust. UE, 20 settembre 2017, C-186/16, *Andriciuc e altri c. Banca Românească SA*, *ivi*; Corte Giust. UE, 3 marzo 2020, C-125/18, *Gómez del Moral Guasch c. Bankia SA*, in *curia.europa.eu.*

e ragionevolmente attento ed avveduto, tenendo conto di fattori sociali, culturali e linguistici, secondo l'interpretazione della Corte di giustizia»[48]. Tuttavia, altrove, la tutela avverso le clausole abusive sembra presupporre la semplice condizione oggettiva di consumatore, senza riferimenti a quella soggettiva ed alle sue competenze tecniche effettivamente possedute, laddove il contratto sia concluso per ragioni estranee all'attività professionale[49].

Quanto al profilo oggettivo, v'è un procedimento di formazione del contratto che si svolge senza la presenza fisica dei contraenti e, soprattutto, (sempre più spesso) mediante un algoritmo. È, evidentemente, la peculiarità di quelli che sono definiti, da un Illustre Autore[50], «scambi senza accordo», in cui prevale una comunicazione fondata su immagini e scritti, mediante una «lingua telematica», che ha «carattere funzionale, che non apre il gioco di domande e risposte inattese, che non affronta il rischio della spontaneità e individualità espressiva, ma serve soltanto a chiedere ed offrire informazioni». Secondo questa ricostruzione, i due atti unilaterali della pubblicizzazione del prodotto sul sito *internet*, da parte del professionista, e della scelta di quello più gradito, da parte del consumatore, si combinano, senza fondersi in un accordo, in virtù della loro incidenza sul medesimo bene. Non è possibile aggiungere ulteriori considerazioni al dibattito che tale opinione ha sviluppato[51], considerata l'ampiezza e l'autorevolezza degli Studiosi che si sono, anche vivacemente, confrontati.

Di là delle critiche[52] alla tesi degli scambi senza accordo, non si può negare che gli scambi *online* non consentono di richiamare del tutto le tradizionali categorie dei vizi del consenso e, in primo luogo, l'errore vizio. Invero, la

[48] Al «consumatore medio», la direttiva fa riferimento, tra gli altri, agli artt. 5, 6, 7 e 8.

[49] Corte Giust. UE, 3 settembre 2015, C-110/14, *Costea c. Volksbank România SA*. In argomento, cfr. S. Pagliantini, *Contratti del consumatore (diritto europeo)*, in *Enc. dir.*, *I Tematici*, I, *Contratto*, Giuffré, Milano, 2021, pp. 72 ss.

[50] N. Irti, *Scambi senza accordo*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1998, pp. 347 ss.

[51] In argomento, v. le opinioni critiche di G. Oppo, *Disumanizzazione del contratto?*, in *Riv. dir. civ.*, 1998, I, pp. 525 ss.; e di C.M. Bianca, *Diritto Civile*, *3. Il contratto*, Giuffrè, Milano, 2019[3], pp. 29 ss. A tali obiezioni hanno fatto seguito le repliche di N. Irti, *"È vero ma…" (replica a Giorgio Oppo)*, in *Riv. dir. civ.*, 1999, I, pp. 273 ss.; N. Irti, *Lo scambio di* foulard *(replica semiseria al Prof. Bianca)*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2000, p. 601 ss. E cfr., ancora, C.M. Bianca, *Acontrattualità dei contratti di massa?*, in *Vita not.*, 2001, pp. 1120 ss.; F. Gazzoni, *Contatto reale e contatto fisico (ovverosia l'accordo contrattuale sui trampoli)*, in *Riv. dir. comm.*, 2002, I, pp. 655 ss. In argomento, tra gli ultimi, v. S. Pagliantini, *Contratto e* contrat*: il modello italiano (artt. 1321 e 1325 c.c.) e quello francese riformato (artt. 1101 e 1128 Code civil)*, in *Giust. civ.*, 2019, pp. 318 ss. In giurisprudenza, Cass., 25 luglio 2011, n. 16240, e Cass., 1° ottobre 1993, n. 9777, in *dejure.it*.

[52] V. la nota precedente.

formazione del contratto, mediante strumenti telematici[53] e, soprattutto, tramite algoritmi, rende più ardua l'applicabilità degli artt. 1428 e 1431 c.c., giacché pare non consentire al contraente non errante di riconoscere, secondo il parametro dell'ordinaria diligenza, l'errore in cui è invece incorsa la controparte. Ciò non solo e non tanto a causa della fisiologica natura, per così dire, non territoriale ed atemporale della contrattazione *online*, quanto per la sua assoluta spersonalizzazione[54], che si sostanzia in una volontà manifestata mediante un "*click*" (*rectius*, un tasto negoziale virtuale) ovvero tramite firma digitale. Il contegno del consumatore, infatti, esprime la sua adesione all'offerta al pubblico del professionista ma non riferisce le ragioni e le considerazioni dell'aderente e non permette, quindi, di ricostruire la discordanza tra il significato oggettivo del contratto concluso ed il senso che è erroneamente ad esso attribuito dalla parte errante. Per questo motivo, il rimedio dell'annullamento per errore del consumatore non pare annoverabile tra quegli strumenti di cui quest'ultimo può avvalersi per porre nel nulla gli effetti pregiudizievoli di una pratica commerciale scorretta sul contratto «a valle» concluso sul *web*. Può obiettarsi, infatti, che, diversamente, vi sarebbe riconoscibilità dell'errore *ex* artt. 1428 e 1431 c.c. *in re ipsa*, allorquando il contratto sia stipulato attraverso il *web*: la rinuncia preventiva all'accertamento del requisito della riconoscibilità comporterebbe l'eliminazione parziale dell'art. 1428 c.c. e totale per l'art. 1431 c.c.[55].

Considerazioni in parte analoghe ed in parte diverse possono farsi per il dolo *ex* art. 1439 c.c. Al riguardo, è necessario distinguere, preliminarmente, tre diverse ipotesi: *i*) la pratica è considerata come scorretta dall'Autorità competente ed il consumatore digitale si determina a stipulare il contratto a causa della scorrettezza del professionista; *ii*) la pratica è considerata corretta dall'Autorità competente e, ciò nonostante, il consumatore digitale cade in errore; *iii*) la pratica è considerata scorretta dall'Autorità competente

[53] Cfr. V. Cuffaro, *La responsabilità precontrattuale nella contrattazione telematica*, in V. Ricciuto e N. Zorzi (a cura di), *Il contratto telematico*, Giuffrè, Milano, 2002, pp. 223 ss., il quale evidenzia – condivisibilmente – che la contrattazione telematica prescinde dalle tradizionali trattative, con necessità di adeguare gli artt. 1337 e 1338 c.c. a queste peculiari modalità di conclusione dell'accordo.

[54] G. Conte, *Formazione del contratto*, cit., pp. 568 ss.; questi caratteri sono, peraltro, enfatizzati negli *smart contracts*, su cui cfr. di recente M. Maugeri, Smart contracts, cit., pp. 1132 ss.

[55] Cfr. A. Barba, *Consumo e sviluppo della persona*, Giappichelli, Torino, 2017, pp. 269 ss., il quale, nell'àmbito di taluni rapporti caratterizzati dalla presenza di un contraente dotato di elevate capacità professionali (come l'intermediario finanziario), riduce la rilevanza, per lo stesso contraente, del requisito della riconoscibilità dell'errore in cui è incorsa la controparte contrattuale, nella prospettiva di tutelare la libertà del consumo.

secondo il parametro del consumatore medio ma il consumatore digitale, pur essendo tale, è dotato di capacità di comprensione superiori alla media. Può domandarsi, ancora, cosa accada, qualora la pratica commerciale scorretta sia contestata al fornitore del mercato *online*, ovverosia al terzo.

Ciò premesso, nella prima delle ipotesi su indicate (la pratica commerciale scorretta è stata accertata dall'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato), un certo indirizzo interpretativo[56] afferma che il contratto (a valle) sia affetto da nullità virtuale, per violazione della norma imperativa di cui all'art. 20, comma 1 cod. cons., che vieta le pratiche commerciali scorrette. Da questo punto di vista, il fatto che il contratto stipulato dal consumatore digitale sia stato concluso in rete non incide sul tipo di tutela esercitabile del contraente debole; la natura "digitale" del contratto resta una forma irrilevante sotto il profilo della patologia negoziale. Tuttavia, la tesi sulla nullità del contratto, concluso dal consumatore a valle di una pratica commerciale scorretta, stride con la natura dell'art. 20, comma 1, cod. cons., che è norma imperativa comportamentale[57]: essa, infatti, non vieta la stipulazione di un certo tipo di contratto, bensì pone un divieto di certe pratiche distorsive della concorrenza e pregiudizievoli per la classe dei consumatori considerata nella sua interezza. D'altra parte, anche a voler superare la distinzione tra regole di validità e regole di comportamento nella direzione della scelta del rimedio più idoneo in concreto a tutelare gli interessi coinvolti nella vicenda contrattuale[58], la configurazione di una nullità a legittimazione assoluta – essendo tutt'altro che pacifica l'ammissibilità di una nullità virtuale di protezione a legittimazione relativa[59] – rappresenterebbe soluzione eccessiva e contraddittoria: da una parte, infatti, si impedirebbe al consumatore di pretendere l'esecuzione del contratto concluso, laddove abbia comunque

[56] Nota 40. Per una sintesi dei diversi orientamenti, da ultimo, v. C. Granelli, *Pratiche commerciali scorrette*, cit., pp. 857 ss. In giurisprudenza, Trib. Busto Arsizio, 5 marzo 2020, in *dejure.it*.

[57] Sulla necessità che la norma imperativa di cui all'art. 1418, comma 1, c.c. ponga un divieto alla stipula del contratto e non al comportamento di una delle parti, cfr. C.M. Bianca, *Diritto civile*, *3*, cit., p. 573; F. Messineo, *Il contratto in generale,* II, in *Tratt. dir. civ. comm.* Cicu e Messineo, Giuffré, Milano, 1972, p. 238. In giurisprudenza, la distinzione è notoriamente evidenziata in Cass., Sez. un., 19 dicembre 2007, n. 26724, e Cass., Sez. un., 19 dicembre 2007, n. 26725, in *Foro it.*, 2008, I, c. 784, con nota di E. Scoditti, *La violazione delle regole di comportamento dell'intermediario finanziario e le sezioni unite.*

[58] V. nota 41.

[59] Sulle plausibili ragioni ostative a tale configurazione cfr. G. D'Amico, *Nullità virtuale-nullità di protezione (variazioni sulla nullità)*, in *Contratti*, 2009, p. 740. *Contra*, A. D'Adda, *Nullità parziale e tecniche di adattamento del contratto*, Cedam, Padova, 2008, pp. 145 ss.

interesse alla sua esecuzione, magari ottenendo, al contempo, il risarcimento del danno. Dall'altra, si consentirebbe al professionista di far dichiarare la nullità del contratto, qualora volesse rifiutare l'esecuzione di un contratto che si fonda sul proprio comportamento scorretto[60].

Preferibile, allora, sostenere innanzitutto l'annullabilità per dolo del contratto stipulato dal consumatore digitale, a causa di recensioni non autentiche, che siano idonee a falsare la decisione commerciale del consumatore medio[61]. In relazione alla configurazione del dolo vizio, nella fattispecie considerata, è opportuno chiedersi se l'esistenza di una accertata pratica commerciale scorretta del professionista sia, per ciò solo, un artifizio o un raggiro idoneo a carpire il consenso del consumatore. A tal riguardo è ricorrente, in dottrina[62], l'affermazione che la pratica commerciale scorretta non costituisca di per sé un comportamento doloso del professionista, nel significato che esso assume ai sensi dell'art. 1439 c.c. Non va sottaciuto, poi, che, per l'accertamento di una pratica commerciale scorretta, in virtù di quanto previsto dagli artt. 2, lett. h) e 5, comma 2 della direttiva 2005/29/CE e dall'art. 20, comma 2, cod. cons ai sensi degli artt. 20, 21 e 22 cod. cons., è sufficiente la verifica di una condotta del professionista, idonea a falsare le decisioni economiche del consumatore medio, a prescindere dall'intenzionalità di un tale effetto distorsivo, ed anche attraverso mere omissioni informative di dati rilevanti per il consumatore che inducano quest'ultimo a stipulare a condizioni diverse da quelle che, altrimenti, avrebbe accettato[63].

Ciò, evidentemente, contrasta con la necessità che il comportamento doloso, con il quale venga carpito il consenso del *deceptus*, sia intenzionalmente

[60] C. Granelli, *Pratiche commerciali scorrette*, cit., p. 858; A. Nobile, *Le tutele civilistiche avverso le pratiche commerciali scorrette*, in *Contr. impr. Eur.,* 2014, p. 192.

[61] Si avverte che la prospettazione del rimedio dell'annullamento del contratto per dolo si attaglia alle pratiche commerciali ingannevoli; al contrario, se la pratica commerciale è aggressiva e sussistendo gli altri requisiti previsti dall'art. 1435 c.c., potrebbe prospettarsi l'annullabilità del contratto per violenza; fermo restando che una pratica commerciale aggressiva non è, necessariamente, minaccia che faccia temere a persona sensata di esporre sé o i propri beni ad un male ingiusto e notevole. V., infatti, C. Granelli, *op. cit.*, p. 862 s.

[62] C. Granelli, *op. cit.*, pp. 860 ss.; G. Grisi, *Rapporto di consumo*, cit., pp. 14 ss.; G. D'Amico, *Formazione del contratto*, cit., pp. 587 ss.; C. Camardi, *Pratiche commerciali*, cit., p. 415.

[63] Agcm, 22 dicembre 2014, n. 25237, PS9345, cit. In giurisprudenza, v. T.A.R. Lazio, Roma, 11 settembre 2018, n. 9269, in *www.giustizia-amministrativa.it*, confermata da Cons. Stato, 10 marzo 2021, n. 2033, *ivi*; Tar Lazio, Roma, 22 ottobre 2015, n. 12081, T.A.R. Lazio, Roma, 10 dicembre 2015, n. 13821, T.A.R. Lazio, Roma, 16 novembre 2015, n. 12979, e T.A.R. Lazio, Roma, 9 maggio 2011, n. 3954, *ivi*.

rivolto[64] ed oggettivamente idoneo ad incidere in concreto[65] sulla scelta di stipulare il contratto di un determinato consumatore che, in assenza della condotta decettiva, non si sarebbe determinato[66] alla stipula; con l'ulteriore comune osservazione per la quale, di regola, la reticenza ovvero il mendacio non sono costitutivi del dolo determinante il consenso dell'ingannato, salvo non si accompagnino ad altri specifici artifizi o raggiri[67].

Invero, la categoria del dolo, quale vizio del consenso, per come tradizionalmente interpretata nel formante dottrinario[68] e giurisprudenziale[69], rischia di onerare il consumatore digitale di una *probatio diabolica*; difatti, all'oggettiva difficoltà di provare i requisiti del dolo più sopra indicati, si aggiunge l'ulteriore peculiarità del mezzo impiegato per la conclusione del

[64] Sull'*animus decipiendi*, nel dolo, cfr. C.A. Funaioli, *Dolo (dir. civ.)*, in *Enc. dir.*, XIII, Giuffrè, Milano, 1964, p. 745; di recente, C. Scognamiglio, *Vizi del consenso*, cit., pp. 1194 ss. In giurisprudenza, Cass., 8 gennaio 1980, n. 140, e Cass., 11 luglio 2014, n. 16004, in *dejure.it*.

[65] L'idoneità ingannatoria della condotta decettiva è considerato l'elemento discriminante tra *dolus bonus* e *dolus malus*, cfr. C. Scognamiglio, *op. cit.*, p. 1195. In giurisprudenza, *ex multis*, Cass., 12 dicembre, 1986, n. 7418, in *dejure.it*; Cass., 27 ottobre 2004, n. 20792, *ivi*.

[66] Sulla distinzione tra dolo determinante e dolo incidente, cfr. C.A. Funaioli, *Dolo*, cit., p. 747.

[67] In giurisprudenza, cfr. Cass., 16 giugno 2021, n. 17053, in *dejure.it*; Cass., 8 maggio 2018, n. 11009, *ivi*; Cass., 15 marzo 2005, n. 5549, *ivi*. Secondo un orientamento di legittimità – Cass., 7 agosto 2002, n. 11896, in *Riv. dir. civ.*, 2004, II, p. 911, con nota di M. De Poli, *Servono ancora i «raggiri» per annullare il contratto per dolo? Note critiche sul concetto di reticenza invalidante* – il dolo può risolversi anche in un comportamento reticente, volto a nascondere alla conoscenza altrui fatti o circostanze decisive, purché, in relazione alle particolari circostanze di fatto e alle qualità e condizioni soggettive dell'altra parte, lo stesso contegno omissivo sia idoneo a sorprendere una persona di normale diligenza. Parte della dottrina, dal canto suo, ha sottolineato che il dolo omissivo è causa di annullamento del contratto in quelle ipotesi in cui il contraente non fornisca tutte le informazioni che è specificamente obbligato a rendere alla controparte: v. R. Sacco, *Il consenso*, in *Tratt. dir. priv.* Rescigno, X, 2, Torino, 1997[2], p. 202 s.; Id., *Dolo omissivo e obbligo di informazione*, in *Digesto*, *disc. priv., sez. civ.*, Aggiornamento, Utet, Torino, 2011, pp. 356 ss.; F. Galgano, *Diritto Privato*, Cedam, Padova, 2008[14], p. 282; F. Carresi, *Il Contratto*, in *Tratt. dir. civ. comm.* Cicu, Messineo e Mengoni, XXI, 1, Giuffrè, Milano, 1987, pp. 468 ss.; R. Tommasini, *Annullabilità e annullamento (diritto privato)*, in *Enc. giur. Treccani*, II, Ed. Enc. it., Roma, 1988, p. 5; A. Gentili, *Dolo (diritto civile)*, *ivi*, XII, 1989, p. 2. In argomento, non può non rinviarsi a G. Visintini, *La reticenza nella formazione dei contratti*, Cedam, Padova, 1972, *passim*.

[68] A. Trabucchi, *Dolo (diritto civile)*, in *Noviss. Dig. it.*, VI, Utet, Torino, 1957, p. 149; C.M. Bianca, *Diritto civile*, *3*, cit., p. 621.

[69] Cass., 4 novembre 2021, n. 31731, in *dejure.it*; Cass., 8 maggio 2018, n. 11009, *ivi*; Cass., 4 luglio 1981, n. 4383, *ivi*.

contratto. La forma telematica del contratto, soprattutto se basata su algoritmi, elimina il rapporto interpersonale tra professionista e consumatore e favorisce la perpetrazione di inganni seriali, più che individuali. Il professionista, che si adopera per pubblicare *online* recensioni oggettivamente false, o induce terzi a farlo, pone in essere un contegno mendace particolarmente insidioso e destinato ad una platea indistinta di potenziali utenti dei quali egli ambisce ad acquisire il consenso tramite l'inganno. Tuttavia, a fronte di questa maggiore ed astratta attitudine decettiva delle pratiche commerciali scorrette *online*, v'è la difficoltà di provare che ogni consumatore, che abbia acquistato sul *web* il prodotto o il servizio oggetto di pubblicità ingannevole, sia stato indotto a farlo per effetto determinante della pratica commerciale scorretta. In tal modo, però, il contraente debole, esposto alle insidie della rete, subisce un affievolimento della sua tutela proprio quando le circostanze imporrebbero di garantirgli una maggiore protezione. Inoltre, nel plausibile scenario in cui il consumatore non riesca a provare tutti i requisiti del dolo, il professionista farebbe salvi i propri profitti, ottenuti, però, attraverso una condotta decettiva che palesa la sua intenzione di ingannare non un singolo consumatore, ma tutti i potenziali consumatori che navigano in rete[70].

3. (Segue) *Una rilettura dell'art. 1439 c.c.?*

Occorre perciò rivalutare l'applicabilità di tale rimedio (*i.e.*: dell'annullamento del contratto per dolo) a favore del consumatore, influenzato dalla pubblicazione in rete di recensioni non autentiche (ovvero da altre informazioni ingannevoli), in primo luogo per invalidare[71] un contratto stipulato *online* come conseguenza di una pratica commerciale scorretta da parte del professionista. Potrebbe ipotizzarsi una nuova interpretazione dei requisiti del dolo *ex* art. 1439 c.c. Un'interpretazione, si potrebbe dire, orientata dal diritto europeo e tale da agevolare l'accertamento del dolo a favore del consumatore digitale, potenziale vittima di una pratica

[70] Non si tratterà, in questo contributo, dei rimedi avverso le pratiche commerciali aggressive.

[71] Si trascura volutamente, in questa sede, l'analisi del rimedio risarcitorio pecuniario, pur configurabile, a mente dell'art. 1337 c.c., a fronte di una pratica commerciale scorretta. Sui problemi posti dalla tutela risarcitoria per le pratiche commerciali scorrette da parte del professionista, cfr. G. Grisi, *Rapporto di consumo e pratiche commerciali scorrette*, in *Eur. dir. priv.*, 2013, pp. 10 ss.; A. Nobile, *Le tutele civilistiche*, cit., pp. 188 ss.

commerciale ingannevole[72]. Si è peraltro sottolineato, anche recentemente[73], che il corretto funzionamento del mercato ha, tra i suoi presupposti fondamentali, la protezione dell'autodeterminazione economica del consumatore e, dunque, della libertà di scelta di questi.

Più in particolare, potrebbe prospettarsi, per i contratti del consumatore digitale, una nozione marcatamente obiettiva del dolo, che innanzitutto ricorre ogni qual volta derivi anche da una condotta colposa del professionista, come, del resto, era stato autorevolmente evidenziato a proposito del "raggiro"[74]. Essa produrrebbe l'annullamento del contratto, qualora sia idonea a sorprendere una persona di normale diligenza. Echeggiano quegli orientamenti della Corte di Giustizia europea che, dall'un canto, rimandano alla nozione di «consumatore medio»[75] e, dall'altro, riconoscono protezione a chiunque sia considerato consumatore[76]. Accertata, da parte dell'Autorità competente la natura ingannevole della pratica commerciale scorretta, il consumatore potrà agire in giudizio (anche) per la caducazione del contratto a valle di una pratica commerciale ingannevole. Il provvedimento dell'Autorità può costituire un accertamento privilegiato – quasi come se fosse una consulenza tecnica di ufficio – del consenso del consumatore carpito con dolo[77].

Se è vero, da una parte, che, dal punto di vista fenomenico, non vi è piena coincidenza tra dolo e pratica commerciale ingannevole[78], va

[72] In dottrina, peraltro, si è già posto, in linea generale, il problema dell'interpretazione dei rimedi contenuti nel codice civile in ragione delle sopravvenute norme di cui agli artt. 21 e ss. cod. cons.: v. G. De Cristofaro, *Le pratiche commerciali scorrette nei rapporti fra professionisti e consumatori: il d.leg. n. 146 del 2 agosto 2007, attuativo della direttiva 2005/29/Ce*, in *Studium iuris*, 2007, p. 1194.

[73] M. Libertini, *La tutela della libertà di scelta del consumatore e i prodotti finanziari*, in *agcm.it*; A. Barba, *Capacità del consumatore e funzionamento del mercato*, Giappichelli, Torino, 2021, pp. 51 ss.

[74] R. Sacco, *Raggiro*, in *Digesto*, *disc. priv.*, *sez. civ.*, XVI, Utet, Torino, 1997, p. 252.

[75] V. nota 47.

[76] Nota 49.

[77] Si evidenzia, in dottrina, che l'accertamento della pratica commerciale scorretta agevola la prova in ordine alla sussistenza del vizio della volontà di volta in volta sussistente, ammettendosi anche una presunzione a favore del consumatore, che tuttavia può essere vinta dal professionista: cfr. Mar. Nuzzo, *Pratiche commerciali sleali*, cit., p. 240 s.; M. Maugeri, *Violazione della disciplina delle pratiche commerciali scorrette*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2009, II, p. 487; N. Zorzi Galgano, *Sulla invalidità del contratto a valle di una pratica commerciale scorretta*, in *Contr. impr.*, 2011, p. 921; C. Granelli, *Pratiche commerciali scorrette*, cit., p. 864.

[78] G. D'Amico, *Formazione del contratto*, cit., p. 587; A. Nobile, *Le tutele civilistiche*, cit., p. 187 e p. 191.

comunque rilevata la necessità, sotto un profilo più strettamente giuridico, di equiparare le due situazioni, sulla base della considerazione che, normalmente, una pratica commerciale ingannevole altera la determinazione volitiva dei consumatori, soprattutto nel caso dei contratti stipulati *online*[79]. Tale rilettura del dolo per pratiche commerciali ingannevoli, oggettiva e per certi versi punitiva, coerentemente con le finalità primarie delle normative consumeristiche, è l'unica in grado di dissuadere il professionista da attività pubblicitarie capziose ed è la sola, probabilmente, applicabile alla contrattazione *online*, che abbia risentito di simili pratiche ingannevoli; anche se, probabilmente, essa si presta ad essere estesa anche alle altre contrattazioni seriali, del tutto spersonalizzate. Ne è riprova, probabilmente, l'avvertita esigenza di riformare il codice civile, contenuta in un disegno di legge del 2019[80], che vorrebbe introdurre – sul recente modello francese[81] – l'obbligo di una parte, a conoscenza di un'informazione di rilievo determinante per il consenso, di trasmetterla all'altra, se quest'ultima la ignori e faccia affidamento sulla lealtà della prima; e, ancora, di disciplinare i casi in cui pratiche negoziali ingannevoli, aggressive o comunque scorrette, ovvero altre circostanze, quali la distanza tra le parti, la sorpresa, la situazione di dipendenza di una parte rispetto all'altra, possano determinare l'invalidità del contratto concluso.

Non va sottaciuto che la caducazione di quei contratti, stipulati a valle di una pratica commerciale scorretta, costituisce sanzione ulteriore, rispetto a quella amministrativa, comminata direttamente dall'Autorità, e, in questo senso, l'effetto di deterrenza delle sanzioni per pratiche commerciali scorrette ne uscirebbe rafforzato; inoltre, quantomeno quando la contrattazione si svolga sul *web*, si rivela arduo, per il professionista, compiere una precisa stima del lucro che rischia di perdere a causa della propria scorrettezza: in primo luogo, perché la rete si presta ad una diffusione del mezzo pubblicitario, tale da raggiungere un numero di soggetti indeterminato ed indeterminabile *a priori*; in secondo luogo, perché la caducazione del vincolo contrattuale verrebbe comunque a dipendere dalla imponderabile

[79] Una rivisitazione dei requisiti del dolo codicistico, nella prospettiva di una maggior tutela del consumatore esposto alle pratiche commerciali ingannevoli del professionista, è proposta anche da C. Granelli, *op. cit.*, p. 863 s.; A. Gentili, *Pratiche sleali e tutele legali; dal modello economico alla disciplina giuridica*, in *Riv. dir. priv.*, 2010, p. 63.

[80] D.d.l. n. 1150, presentato in Senato il 19 marzo 2019, contenente «Delega al Governo per la revisione del codice civile», in *www.senato.it*. In argomento, A. Gorgoni, *I vizi del consenso nella riforma del* Code civil*: alcuni profili a confronto con la disciplina italiana*, in *Pers. merc.*, 2018, p. 88; S. Pagliantini, *Contratto e* contrat, cit., p. 317 ss.; C. Scognamiglio, *Vizi del consenso*, cit., p. 1180.

[81] *Ordonnance 10 février 2016, n. 2016-131*, in *www.legifrance.gouv.fr*.

scelta dei singoli consumatori di avvalersi del proprio diritto potestativo di annullare giudizialmente il contratto[82].

Resta, a questo punto, da analizzare il trattamento del contratto nell'ipotesi in cui la pratica commerciale sia considerata corretta dall'Autorità e, nondimeno, il consumatore digitale sia stato ingannato dal professionista; così come, all'inverso, l'ipotesi in cui, accertata la scorrettezza della pratica commerciale, il consumatore avrebbe potuto evitare, con l'impiego della propria scienza privata, di cadere in errore. In entrambe le ipotesi prospettate, a ben vedere, il quesito implicato attiene alla rilevanza, rispettivamente a suo favore ed a suo danno, delle particolari conoscenze del consumatore digitale.

Innanzitutto, è evidente che l'accertamento dell'Autorità non vincola il giudice, che può comunque rilevare l'ingannevolezza della pratica e pronunziare l'annullamento del contratto; così come, ovviamente, il giudice può provvedere a tanto, anche in assenza di un accertamento da parte dell'Autorità. V'è, ovviamente, in questi casi, l'onere di fornire una motivazione particolarmente puntuale in ordine alla ingannevolezza della pratica commerciale, che ha indotto il consumatore alla conclusione del contratto.

Occorre poi considerare quanto segue, peraltro con riferimento alle tre ipotesi esaminate. Muovendo dalla giurisprudenza italiana in materia di dolo, dovrebbe negarsi tutela al consumatore poco avveduto e, di contro, ad accordarla al consumatore che avrebbe potuto essere più accorto di quello medio: infatti, è notorio che, da tempo, essa[83] abbia aggiunto un altro requisito al dolo di cui all'art. 1439 c.c., disancorato dall'accertamento della idoneità decettiva della condotta del *deceptor*, ossia l'affidamento incolpevole, secondo l'ordinaria diligenza, del *deceptus*. Il consumatore sprovveduto, dunque, non sarebbe meritevole di tutela, perché l'ordinamento non può tollerare la protezione degli ingenui[84]. All'inverso, il consumatore, che dispone di conoscenze superiori alla media, potrebbe giovarsi dell'incompetenza altrui per beneficiare della protezione della propria libertà negoziale. Peraltro, questo orientamento potrebbe essere corroborato dal riferimento alla figura del consumatore medio di cui all'art. 21, comma 1, cod. cons., avuto pure riguardo al principio di autoresponsabilità in materia consumeristica

[82] *Supra*, nota 36.

[83] Cfr. Cass., 16 giugno 2021, n. 17053, in *dejure.it*; Cass., 27 ottobre 2004, n. 20792, *ivi*. Per una critica in dottrina di questo orientamento, C. Scognamiglio, *Vizi del consenso*, cit., p. 1194 ss.

[84] P. Trimarchi, *Il diritto protegge gli ingenui?*, in AaVv., *Studi in onore di Giovanni Iudica*, Università Bocconi Editore, Milano, 2014, p. 1394.

richiamato dalla più recente giurisprudenza[85]. In questo senso sembra deporre anche la ricorrente definizione che la Corte di Giustizia fornisce del consumatore, quale soggetto normalmente informato e ragionevolmente attento e avveduto[86].

Si tratta, però, di una formula parzialmente fuorviante, in quanto adombra ciò che, in realtà, la Corte di Giustizia effettivamente intende e che, meglio, chiarisce nella decisione "*Aziz*"[87]: una nozione di consumatore *tout court*, a prescindere da considerazioni che attengano al suo grado di preparazione, di informazione e di perizia nelle trattative[88]. Ne emerge, allora, una figura univoca di consumatore, considerato meritevole di protezione per il solo fatto di versare in una posizione asimmetrica nelle trattative con il professionista e non vi è spazio, perciò, per differenziazioni più minute e, per così dire, individualizzate, come quelle tra consumatore principiante, consumatore mediamente preparato, consumatore esperto.

Discenderebbe da ciò una tutela del consumatore in quanto tale, tanto da doversi ammettere l'annullabilità del contratto per dolo nel caso di pratica commerciale considerata dal giudice ingannevole, che ha consentito di carpire il consenso di un consumatore poco attento ed anche di quello più esperto.

Sennonché, come si è generalmente inclini a riconoscere, il diritto privato europeo non restituisce una figura unitaria di consumatore, bensì rende tale posizione soggettiva alquanto mutevole ed a geometrie variabili, a seconda della disciplina che, di volta in volta, deve essere applicata[89]. Pertanto, è necessario focalizzare l'attenzione sulla nozione di consumatore in relazione al regime delle pratiche commerciali scorrette. È evidente che il rinvio esplicito ad una figura di «consumatore medio», di cui all'art. 21, comma 1, cod. cons., al fine di accertare la scorrettezza di una pratica commerciale, non può essere ignorato dall'interprete, né essere semplicemente considerato mera trasposizione (superficiale) della direttiva 2005/29/CE; piuttosto, deve rilevarsi che il legislatore

[85] Si fa riferimento a Cass., 8 luglio 2020, n. 14257, in *dejure.it.*

[86] Tra le ultime, Corte Giust. UE, 18 novembre 2021, C-212/20, *M.P. e B.P. c. «A» S.A.*, in *dejure.it*; Corte Giust. UE, 10 giugno 2021, C-609/19, *BNP Paribas Personal Finance SA c. VE*, *ivi*. V. anche nota 47.

[87] Corte Giust. UE, 14 marzo 2013, C-415/11, *Aziz c. Caixa d'Estalvis de Catalunya, Tarragona i Manresa*, in *Foro it.*, 2014, IV, c. 5.

[88] In questo senso cfr. S. Pagliantini, In memoriam *del consumatore medio*, in *Eur. dir. priv.*, I, 2021, p. 10.

[89] S. Pagliantini, In memoriam, cit., p. 29, discorre di «proliferazione di nozioni atipiche [di consumatore]», che dovrebbero opportunamente essere ridotte ad unità.

non si sia limitato ad un recepimento letterale dell'art. 2, comma 1, lett. h)[90], della direttiva ora menzionata, ma abbia, invece, privilegiato la trasformazione della ragionevolezza, evocata da quella disposizione, in uno *standard* oggettivo di consumatore medio, da individuarsi sulla base delle condizioni del singolo mercato cui si fa riferimento. Da ciò pare trarsi la volontà del legislatore di segnare, in modo obiettivo, il perimetro della responsabilità del professionista per le pratiche commerciali scorrette e, conseguentemente, quello delle tutele esperibili dal consumatore[91].

V'è, poi, il disposto dell'art. 20, comma 3, cod. cons., che ha portata generale; segnatamente, se il consumatore vittima della pratica commerciale scorretta versi in una condizione di particolare vulnerabilità, è necessario fare riferimento allo *standard* di consumatore medio appartenente alla classe di consumatori che si trovano oggettivamente in quella data condizione di minorità. Soffermandosi sul testo di questa disposizione, e per quanto interessa in questa sede rispetto all'inganno subìto da un consumatore digitale, a causa della pubblicazione di recensioni non veridiche, emerge l'importante riferimento alla condizione di «ingenuità» particolare, in cui può trovarsi il consumatore e di cui il professionista poteva ragionevolmente tenere conto, al momento della pratica pubblicitaria. Quindi, le recensioni oggettivamente e macroscopicamente false potrebbero comunque persuadere alla stipula del contratto un consumatore particolarmente sprovveduto ma che è tale a motivo di una propria ingenuità (prevedibile dal professionista), magari dovuta a questioni anagrafiche o ad altre circostanze che possono variare di volta in volta. Evidentemente, un simile rischio deve essere preso in considerazione dal professionista che si accinga alla pubblicizzazione dei propri prodotti o servizi.

In sintesi, emerge, da questa cornice normativa relativa alle pratiche commerciali scorrette, una nozione di consumatore certamente obiettivizzata dal riferimento al consumatore medio ma, al contempo, aperta all'individuazione di molteplici classi di consumatori, quando una tale operazione si renda opportuna per la tutela di soggetti (*recte*: consumatori) particolarmente vulnerabili.

[90] Questa disposizione definisce la diligenza professionale, che il professionista deve osservare, per evitare la responsabilità per pratiche commerciali sleali, nel seguente modo: "«diligenza professionale»: rispetto a pratiche di mercato oneste e/o al principio generale della buona fede nel settore di attività del professionista, il normale grado della speciale competenza e attenzione che ragionevolmente si possono presumere essere esercitate da un professionista nei confronti dei consumatori".

[91] Cfr. F. Piraino, *Diligenza, buona fede e ragionevolezza nelle pratiche commerciali scorrette. Ipotesi sulla ragionevolezza nel diritto privato*, in *Eur. dir. priv*., 2010, pp. 1117 ss.

L'individuazione di categorie di consumatori, per l'appunto particolarmente vulnerabili, conferma l'esigenza e la legittimità di un giudizio sulla domanda di annullamento fortemente ancorato a parametri obiettivi nei mercati digitali: la pratica è ingannevole se derivata da una condotta non coerente con il parametro della diligenza di un professionista avveduto ed essa consente l'impugnazione del contratto avuto riguardo alla sua capacità di carpire il consenso del consumatore, avendo riguardo alla condizione dell'acquirente del bene o del servizio (consumatore – aggiungerei, digitale – medio e normalmente avveduto; oppure consumatore in condizione di particolare vulnerabilità).

In definitiva, nell'ipotesi in cui l'Autorità abbia giudicato corretta la pratica commerciale ed il consumatore sia stato comunque indotto in errore a causa della sua scarsa avvedutezza, è necessario distinguere il caso in cui una tale negligenza sia soggettiva, individuale e perciò irrilevante, dal caso in cui un simile *deficit* di diligenza tradisca una particolare vulnerabilità di un tipo di consumatore. Nel primo caso, il professionista non è responsabile per la sporadica negligenza del consumatore, quantomeno nel senso che quest'ultimo non potrà invocare, a fondamento dell'azione di annullamento del contratto per dolo, un'inesistente pratica commerciale scorretta; nel secondo caso, invece, può in effetti configurarsi una pratica commerciale scorretta, ad esempio ingannevole, avendo riguardo, come parametro, al consumatore (medio) vulnerabile o ingenuo. A tal riguardo, in assenza di accertamento, da parte dell'Autorità competente, dell'attitudine decettiva della pratica in relazione a tale classe di consumatori, deve ritenersi che il consumatore possa dedurre la scorrettezza della pratica commerciale a fondamento della propria domanda di annullamento. Il giudice, dal canto suo, accerterà l'esistenza di una pratica commerciale ingannevole *incidenter tantum*, al (solo) fine di decidere nel merito su una simile istanza.

Diversamente, se la pratica commerciale scorretta è stata acclarata dall'Autorità competente, ma il consumatore avrebbe potuto evitare l'induzione in errore sfruttando le sue peculiari conoscenze, non può esonerarsi da responsabilità il professionista, sia perché, quand'anche il consumatore sia particolarmente esperto in relazione al settore merceologico sul quale opera il professionista medesimo, la sua posizione (di consumatore) fa propendere sempre per l'esistenza di un rapporto asimmetrico da riequilibrare; sia perché il regime fissato dall'art. 20, comma 3, cod. cons. è applicabile soltanto per maggiore protezione del consumatore e non per una compressione della sua tutela[92].

[92] Questa interpretazione sembra, del resto, sottesa ad alcune pronunce del giudice

Il rimedio alternativo è ovviamente, ai sensi dell'art. 1440 c.c., il risarcimento del danno. Anche a proposito di tale diritto emerge la peculiarità della contrattazione *online*. È certamente assai difficile distinguere, in concreto, tra dolo determinante e dolo incidente[93], malgrado l'apparente chiarezza della diversità delle due fattispecie, e la risoluzione della questione presuppone l'esame del singolo caso, con una valutazione che è incensurabile nel giudizio di legittimità[94]. Ebbene, tale difficoltà è ancor più acuita proprio dalla natura della negoziazione, per così dire spersonalizzata e seriale. Il che farebbe pensare, per l'appunto nel concreto, ad una sorta di diritto di scelta, per il singolo consumatore, del rimedio preferito, ovverosia demolizione del contratto o, in alternativa, risarcimento; opzione, peraltro, coerente con la rilevabilità della nullità nel solo interesse della parte tutelata, con un'ulteriore riprova della necessità di rielaborare, in questo àmbito, la disciplina dei vizi del consenso.

Come anticipato, le relazioni contrattuali *online*, hanno struttura spesso trilaterale. Se la pratica commerciale sia contestata al fornitore del mercato *online* (che, magari, ha consentito la pubblicazione di recensioni fasulle o, colposamente, non se ne è avveduto)[95] e questi non svolga la funzione di rappresentante del venditore del bene o del servizio[96], troverebbe comunque applicazione l'art. 1439, comma 2, c.c.[97]. Di qui, annullamento del contratto, laddove i raggiri siano noti al contraente e, in ogni caso, in capo al terzo, obbligo di risarcimento del danno[98]. In solido con il terzo ed anche laddove si tratti soltanto di dolo incidente, risponde, nei confronti del consumatore, il professionista.

amministrativo: Cons. Stato, 4 settembre 2015, n. 4111, in *www.giustizia-amministrativa.it*; T.A.R. Lazio, Roma, 4 marzo 2021, n. 2694, *ivi*.

[93] Sarebbe, infatti, parte formale del contratto e, laddove inganni la controparte, l'accordo sarebbe annullabile, anche se il rappresentato non fosse consapevole degli artifizi e raggiri: v. V. Roppo, *Il contratto*, in *Tratt. dir. priv.* Iudica e Zatti, Giuffrè, Milano, 2011[2], p. 770. In giurisprudenza, cfr. Cass., 29 aprile 1997, n. 3728, in *dejure.it*.

[94] Cass., 25 ottobre 2019, n. 27406, in *dejure.it*; Cass., 5 febbraio 2007, n. 2479, *ivi*.

[95] Cfr. L. Guffanti Pesenti, *Note in tema di piattaforme digitali e pratiche commerciali scorrette*, in *jus.vitaepensiero.it*, 2021.

[96] V. Roppo, *op. ult. cit*, p. 768.

[97] Secondo un orientamento di legittimità – Cass., 17 marzo 1981, n.1552, in *dejure.it*; Cass., 29 giugno 1981, n. 4222, *ibidem* – l'agente privo di potere rappresentativo del preponente ed il mandatario senza rappresentanza vanno considerati "terzi", con la conseguenza che, ai sensi dell'art. 1439, comma 2, c.c., è richiesta la conoscenza del raggiro da parte del contraente che si avvantaggia di esso. Critico, al riguardo, V. Roppo, *op. ult. loc. cit.*

[98] C.M. Bianca, *Diritto civile*, *3*, cit., p. 625.

Il punto, tuttavia, merita un'ultima riflessione, in ordine alle informazioni rese fornitore del mercato *online*, ai sensi dell'art. 6 *bis*, paragrafo 1, lett. b, della direttiva 2011/83/EU. Egli deve informare i consumatori della qualifica di professionista, o meno, del terzo che fornisce beni o servizi, sulla base della dichiarazione di quest'ultimo. Tale ultimo inciso esclude la responsabilità del fornitore del mercato *online*, qualora la dichiarazione stessa non sia veridica, con la potenziale difficoltà ovvero impossibilità (di mero fatto), per l'acquirente del bene o del servizio, di ottenere la protezione stabilita dalla disciplina consumeristica[99]. Tuttavia, tale esenzione non può dirsi assoluta: l'art. 7, paragrafo 4, lett. f, della direttiva 2005/29/CE[100] stabilisce che, nel caso di invito all'acquisto di un prodotto offerto su un mercato *online*, l'informazione oscura, incomprensibile, ambigua o intempestiva, in ordine alla qualità soggettiva del terzo, può rappresentare pratica commerciale ingannevole. Dunque, il fornitore del mercato *online* – se consapevole della non rispondenza al vero dell'affermazione ovvero non avvedutosene, per non avere mantenuto una condotta diligente – può essere considerato responsabile di eventuali danni patiti dal consumatore, anche per la perdita del diritto di recesso, ai sensi degli artt. 52 e 53 cod. cons., sempreché, ovviamente, sussista il nesso causale tra evento e pregiudizio.

Oltre a far valere tale diritto, il consumatore può ottenere l'annullamento del contratto (ovviamente nei confronti del venditore), laddove si ritenga che il mendacio, in simili contratti caratterizzati da asimmetrie informative (e da correlati obblighi a carico del professionista), sia rilevante sotto il profilo del dolo omissivo[101].

4. *Sinteticamente ed in una prospettiva* de iure condito *e* de iure condendo*: l'integrazione del contratto*

L'art. 11 *bis* della direttiva 2005/29/CE[102] impone agli Stati membri di riconoscere ai consumatori, vittime di pratiche commerciali scorrette, rimedi proporzionati ed effettivi, compresi il risarcimento del danno subìto e la riduzione del prezzo o la risoluzione del contratto. Si è sottolineato, in dottrina, l'esigenza di individuare rimedi più "agili" per il consumatore, al

[99] Cfr. G. Versaci, *Le tutele a favore del consumatore digitale*, cit., p. 590.
[100] Lettera inserita dall'art. 3 della direttiva 2019/2161/UE.
[101] *Supra*, nota 67.
[102] Inserito dall'art. 3 della direttiva 2019/2161/UE.

di fuori del processo (e dei relativi costi), come il recesso[103]. Simili azioni, ovvero l'esercizio dell'eventuale diritto di recesso, potrebbero in larga parte fornire una tutela adeguata. Poiché essi prevedono la riduzione del prezzo ovvero la risoluzione, i rimedi previsti dall'art. 11 *bis* inducono a ritenere che, secondo il legislatore europeo, le pratiche commerciali contribuiscono ad integrare il contenuto dell'accordo, eseguito in modo difforme rispetto alle informazioni rese in precedenza.

Tuttavia, non può escludersi la permanenza di un interesse all'impugnazione ovvero, più probabilmente, all'eccezione perpetua di annullamento, laddove, per qualsiasi ragione, non sia più ammissibile l'esercizio dei diritti attribuiti dalle norme che recepiranno l'art. 11 *bis* su indicato. E, magari, laddove non sussistessero (neppure) i presupposti per il risarcimento, per la riduzione o per la risoluzione del contratto, ad esempio perché sono spirati i termini di decadenza previsti dalle norme in tema di compravendita dei beni di consumo (segnatamente, dall'art. 133 cod. cons.[104]), a cui sono equiparati, ai sensi del novellato art. 128 cod. cons., i contratti di permuta e di somministrazione nonché quelli di appalto, d'opera e tutti gli altri contratti comunque finalizzati alla fornitura di beni da fabbricare o produrre; oppure, per superare quella preferenza dei rimedi manutentivi, rispetto a quelli risolutori, e, dunque, della graduazione delle tutele riconosciute al consumatore, previsti dagli artt. 135 ss. cod. cons.

Del resto, è affermazione diffusa che l'azione di annullamento del contratto per dolo e quella di inadempimento, per difetto di qualità promesse o essenziali per l'uso, cui la cosa venduta ovvero la prestazione siano destinate, non siano incompatibili e che la vittima del dolo possa fare valere anche questi ultimi rimedi, in alternativa all'istanza *ex* art. 1439 c.c.[105]. Resta, poi, anche l'ipotesi della nullità, ad esempio qualora la prestazione reclamizzata con pratiche commerciali sia indeterminata ed indeterminabile, impossibile, illecita oppure, ovviamente, nelle ipotesi in cui, per qualsiasi altra ragione il contrato sia nullo ai sensi dell'art. 1418

[103] L. Guffanti Pesenti, *Pratiche commerciali scorrette e rimedi nuovi. La difficile trasposizione dell'art. 3, co. 1, n. 5), dir. 2019/2161/UE*, in *Eur. dir. priv.*, 2021, pp. 655 ss. V., comunque, la monografia di I. Pagni, *Le azioni di impugnativa negoziale*, Giuffré, Milano, 1998, pp. 266 ss., secondo cui il potere di annullamento è un diritto potestativo sostanziale, anziché un diritto potestativo a necessario esercizio giudiziale.

[104] Articolo sostituito dall'articolo 1, comma 1, del d.lgs. n. 170 del 2021.

[105] C.M. Bianca, *Diritto civile*, *3*, cit., p. 624; M. Funaioli, *Art. 1439*, in *Comm. cod. civ.* Gabrielli, a cura di Navarretta ed Orestano, Utet, Torino, 2011, p. 186. In giurisprudenza, *ex aliis*, Cass., 24 maggio 2018, n. 13034, in *dejure.it*.

c.c.[106]. Ciò, peraltro, è coerente con l'esigenza di non individuare, *a priori*, le azioni a tutela del consumatore, al fine di evitare che il professionista possa stimare preventivamente i costi connessi alla pratica sleale[107]. Ad ulteriore conferma di ciò, può richiamarsi il secondo paragrafo dell'art. 11 *bis* della direttiva 2005/29/CE, secondo cui i rimedi riconosciuti dalla medesima norma non pregiudicano, comunque, l'applicazione di quelli già a disposizione dei consumatori a norma del diritto dell'Unione o del diritto nazionale.

V'è da osservare che la soluzione indicata dal legislatore comunitario è, per così dire, anticipata dall'applicazione di norme esistenti nell'ordinamento interno. Il mantenimento del contratto, con le azioni volte a contestare la difformità della prestazione rispetto a quella indicata (riduzione del prezzo; risoluzione; risarcimento del danno), parrebbe certamente applicabile per quelle condotte del professionista che abbiano volutamente utilizzato recensioni *online* fasulle, inattendibili ovvero, ad esempio, nelle informazioni precontrattuali, abbiano indicato caratteristiche del prodotto, particolarmente in termini di durata di vita prevista, diverse da quelle reali o, ancora, siano dotati di *software* (o altri componenti) volti a favorirne l'obsolescenza programmata (soprattutto per queste ultime ipotesi, identico discorso potrebbe farsi anche per contrattazioni che avvengano in uno spazio fisico). Tale integrazione eteronoma è prevista per le informazioni rese dal professionista nella fase antecedente al contratto ed essa presuppone, in linea di massima, un atto volontario del professionista. In estrema sintesi, il bene non ha le qualità promesse. D'altronde, nelle norme che pongono una «miriade di obblighi informativi»[108] nei rapporti caratterizzati dalle relative asimmetrie, è spesso presente la regola secondo cui le informazioni sul contenuto del contratto, fornite nella fase prenegoziale, integrano il contenuto dell'accordo: si allude, più in particolare, e tra le altre, all'art. 35 cod. tur., secondo cui talune informazioni precontrattuali, fornite al viaggiatore, formano parte integrante del contratto, salva espressa modifica delle parti; alle analoghe previsioni contenute nell'art. 49, commi 1 e 5, e

[106] Cfr. C. Granelli, *Pratiche commerciali scorrette*, cit., p. 854 s.

[107] V., ancora una volta, la nota 36. Non si condivide del tutto, pertanto, l'opinione di una parte della dottrina, la quale ha evidenziato che la tutela demolitoria del contratto, all'esito dell'accertamento di pratiche commerciali scorrette, risulti scarsamente efficiente e dissuasiva, a misura che il professionista, agendo sulla base di una analisi costi-benefici, può prevedere in anticipo l'ammontare dei profitti che rischia di perdere dalla caducazione del vincolo contrattuale e, quindi, sterilizzarne gli effetti: v. T. Febbrajo, *Il private* enforcement *del divieto di pratiche commerciali scorrette*, Esi, Napoli, 2018, p. 77.

[108] V. Cuffaro, *Gli obblighi di informazione*, in *Eur. dir. priv.*, 2020, p. 546.

nell'art. 72, comma 4, cod. cons., rispettivamente in materia di contratti a distanza ovvero conclusi fuori dai locali commerciali e di contratti di multiproprietà ed altri prodotti per vacanze di lungo termine; e, all'art. 117, comma 6, t.u.b., che stabilisce la nullità delle clausole contrattuali che prevedono tassi, prezzi e condizioni più sfavorevoli di quelli pubblicizzati (anche ai sensi dell'art. 116, comma 1, t.u.b.)[109]. In queste ipotesi, la responsabilità per difetto di conformità può essere talvolta evitata per circostanze assolutamente eccezionali, imprevedibili ed inevitabili, neppure con la dovuta diligenza (art. 72, comma 4, cod. cons.; v. anche gli artt. 41, comma 4, e 5, lett. b, cod. tur.).

A conclusioni analoghe può pervenirsi laddove le pratiche commerciali scorrette derivino da un comportamento colposo, per omesso controllo o, meglio, per *culpa in vigilando*[110] (ovvero *in eligendo*?). Un condivisibile orientamento dottrinale riconduce l'apparenza di diritto[111], segnatamente quella colposa[112], alla responsabilità precontrattuale[113] ovvero all'art. 2043 c.c.[114]. Nell'àmbito di questa impostazione, è stato ipotizzato che il terzo in buona fede possa avvalersi del risarcimento *ex* art. 2058 c.c.[115]. Altri, ancora, ne hanno rinvenuto il fondamento nel generale principio di

[109] Sul punto, cfr. S. Pagliantini, *Il neoformalismo contrattuale dopo il d.leg. n. 141/10, n. 79/11 e la dir. 2011/83/Ue: una nozione (già)* vieille renouvelée, in *Pers. merc.*, 2014, pp. 253 ss., spec. pp. 261 ss.; V. Cuffaro, *I nuovi diritti dei consumatori*, cit., p. 748 s.

[110] Potrebbe essere il caso di cui alla nota 31.

[111] È ben noto il dibattito dottrinale sulla portata della regola dell'apparenza di diritto: secondo alcuni Autori essa rappresenta un principio generale, che può essere esteso anche ad ipotesi diverse da quelle espressamente previste dalla legge: v. L. Mossa, *Dichiarazione cambiaria*, in *Riv. dir. civ.*, 1930, I, pp. 305 ss.; M. D'Amelio, *Apparenza del diritto*, in *Noviss. Dig. it.*, I, Utet, Torino, 1957, p. 714; C.M. Bianca, *Diritto civile*, *3*, cit., p. 106; G. Camisa, *L'apparenza del diritto come principio generale*, nota a Cass., 28 gennaio 1985, n. 484, in *Foro pad.*, 1985, I, p. 315. In senso contrario, in particolar modo, v. R. Nicolò, *La c.d. procura apparente*, in *Foro lomb.*, 1935, I, pp. 599 ss.; G. Stolfi, *In tema di apparenza giuridica*, in *Riv. dir. civ.*, 1974, II, pp. 107 ss.; F. Galgano, *Sul principio generale dell'apparenza del diritto*, in *Contr. impr.*, 2009, p. 1137.

[112] A. Falzea, *Apparenza*, in *Enc. dir.*, II, Giuffrè, Milano, 1958, pp. 685 ss.

[113] F. Benatti, *Contratto concluso con il* falsus procurator *e responsabilità del* dominus, in *Riv. dir. comm.*, 1959, II, pp. 335 ss. e pp. 340 ss.

[114] M. Bessone, *Apparenza del potere di rappresentanza e responsabilità verso i terzi*, nota a Cass., 7 aprile 1964, n. 780, in *Riv. dir. civ.*, 1967, II, pp. 376 ss.; Id., Ra*pporto precontrattuale e dovere di correttezza,* in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1972, pp. 631 ss.

[115] A. Montel, *Nota minima in tema di apparenza giuridica*, nota a Cass., 7 aprile 1964, n. 780, in *Foro pad.*, 1965, I, p. 66; in giurisprudenza, Cass., 16 settembre 2008, n. 23708, in *dejure.it*.

autoresponsabilità di chi abbia suscitato, nei terzi, il falso affidamento[116]. Nella specie, non si tratta di apparenza di diritto ma, evidentemente, del ragionevole affidamento di fatto[117], con risarcibilità del pregiudizio anche in forma specifica.

Sempre con riferimento all'apparenza colposa, la giurisprudenza, anche quando ne ha escluso il valore di principio generale[118], ha sottolineato che essa rimane strumento di tutela dell'affidamento di chi abbia confidato, senza sua colpa, su una certa situazione apparente, perché indotto dal comportamento altrui[119]. Trattandosi di accertamento delle conseguenze dannose, provocate dal fatto illecito, occorre però valutare il comportamento di chi, per l'appunto, faccia affidamento sulla situazione apparente. È, a ben vedere, il giudizio che impone l'art. 1227, comma 2, c.c., in tema di determinazione del pregiudizio subito. Occorre verificare, cioè, se il danneggiato abbia motivo di dubitare della reale sussistenza della situazione apparente, secondo una valutazione che ha, come parametro, l'«ordinaria diligenza». Il che, ovviamente, richiama la nozione di diligenza professionale, da un lato, e quelle di consumatore medio e vulnerabile, dall'altro. Negli accordi conclusi *online*, queste ultime, così come accade per l'annullamento del contratto, divengono dunque i parametri per valutare la responsabilità del professionista e la risarcibilità del danno per informazioni errate, false o inadeguate.

A questo punto, non può farsi a meno di qualche sintetica considerazione conclusiva. Si attende il recepimento della normativa, che, presumibilmente, collocherà i rimedi avverso le pratiche commerciali scorrette nel "consumato"[120] codice del consumo, magari contribuendo a dargli maggiore autonomia, sotto il profilo dei rimedi, rispetto al codice civile. Per quanto concerne specificamente quest'ultimo, è difficilmente contestabile che si impone un adeguamento ai nuovi modelli di manifestazione del consenso, delle soluzioni tradizionali, in materia di rimedi avverso i vizi del consenso e di obblighi di correttezza e di informazione[121]. Ma viene alla mente, al riguardo, una considerazione, per certi versi provocatoria: nei limiti di

[116] C.M. Bianca, *Diritto civile*, *3*, cit., p. 106.
[117] Su questo tema, per tutti, R. Sacco, *Affidamento*, in *Enc. dir.*, I, Giuffrè, Milano, 1958, pp. 661 ss.
[118] Cass., 21 giugno 2004, n. 11491, *in dejure.it*; Cass., 1° marzo 1995, n. 2311, *ivi*, Cass., 17 marzo 1975, n. 1020, in *Foro it.*, 1975, I, c. 2267.
[119] Cass., 22 marzo 2001, n. 4089, in *dejure.it*.
[120] V. Cuffaro, *Un codice "consumato" (codice del consumo, credito ai consumatori e codice del turismo)*, in *Corr. giur.*, 2011, p. 1189.
[121] *Supra*, nei paragrafi 2, 3 e 4.

un'interpretazione che non mascheri riscritture radicali delle norme, celando un'operazione invece riservata al legislatore, potrebbe preferirsi l'attività degli interpreti nella prospettiva, per l'appunto di adeguamento dell'ordinamento ai nuovi settori del commercio. Per i contratti del consumatore, ma più in generale per i rapporti asimmetrici, essa, con la potenziale incertezza delle conseguenze che comporta (in paradossale antitesi alla antica aspirazione – in realtà chimera irraggiungibile – alla certezza del diritto ed alla prevedibilità delle decisioni), diviene strumento dissuasivo a tutela del mercato.

In ultimo: il tempo è trascorso per il codice civile ma, probabilmente, della parte generale della disciplina dei contratti, che si è rivelata estremamente elastica, seguendo, soprattutto nelle sue linee fondamentali, l'evoluzione sociale, economica e tecnica globale, sembra quasi di non scorgere il segno dei tanti anni.

Informazione e dati personali

Vincenzo Ricciuto

Il trattamento dei dati personali come nuovo fenomeno patrimoniale

Sommario: 1. La circolazione negoziale del dato personale – 2. Dal fenomeno economico al fenomeno giuridico. Il contratto – 3. I contratti per la circolazione dei dati. Questioni in tema di tenuta delle tradizionali categorie concettuali – 4. I dati personali quale corrispettivo contrattuale.

1. *La circolazione negoziale del dato personale*

Il Regolamento (UE) 2016/679 (GDPR) pone tra i suoi obiettivi quello della libera circolazione dei dati personali, prendendo consapevolezza del fatto che lo strumento "Direttiva", prescelto a metà degli anni '90 per la realizzazione di una prima disciplina uniforme sul tema, aveva consentito un'applicazione eccessivamente diversificata della normativa comunitaria. Una situazione che, opponendo all'attività di trattamento dei dati personali differenti gradi nazionali di tutela dei diritti e delle libertà delle persone fisiche, aveva finito, di fatto, con l'ostacolare proprio quell'obiettivo di libera circolazione dei dati che l'Unione europea intendeva perseguire con l'adozione della Direttiva del 1995.[1] Pertanto con il Regolamento, il

[1] Il Regolamento (UE) 2016/679 del Parlamento Europeo e del Consiglio del 27 aprile 2016, relativo alla protezione delle persone fisiche con riguardo al trattamento dei dati personali, nonché alla libera circolazione di tali dati e che abroga la Direttiva 95/46/CE (regolamento generale sulla protezione dei dati). E' significativo il rilievo del Considerando n. 9 GDPR: «sebbene i suoi obiettivi e principi rimangano tuttora validi, la direttiva 95/46/CE non ha impedito la frammentazione dell'applicazione della protezione dei dati personali nel territorio dell'Unione, né ha eliminato l'incertezza giuridica o la percezione, largamente diffusa nel pubblico, che in particolare le operazioni online comportino rischi per la protezione delle persone fisiche. La compresenza di diversi livelli di protezione dei diritti e delle libertà delle persone fisiche, in particolare del diritto alla protezione dei dati personali, con riguardo al trattamento di tali dati negli Stati membri può ostacolare la libera circolazione dei dati personali all'interno dell'Unione. Tali differenze possono pertanto costituire un freno all'esercizio delle attività economiche su scala dell'Unione, falsare la concorrenza e impedire alle autorità nazionali di adempiere agli obblighi loro derivanti dal diritto dell'Unione. Tale divario creatosi nei livelli di protezione è dovuto alle divergenze

legislatore comunitario ribadisce, questa volta sottraendo agli Stati nazionali quei margini di differenziazione concessi dalla Direttiva, il principio della libera circolazione dei dati personali, provvedendo a dettare le regole di tale circolazione e, insieme ad esse, le norme relative alla tutela delle persone fisiche (art. 1, paragrafo 1).

È vero allora che uno degli aspetti caratterizzanti il nuovo intervento europeo in materia di disciplina del trattamento dei dati personali è quello di una enfatizzazione maggiore della dimensione della libera circolazione dei dati rispetto ai profili della tutela della persona[2], ma si tratta, a ben vedere, di un aspetto non del tutto innovativo e già contenuto nella normativa precedente.

Dell'attività economica, dell'impresa, del mercato comune la normativa comunitaria in tema di trattamento dati personali ha sempre ripreso e tuttora riprende in effetti categorie e concetti quali quello di libera circolazione, stabilimento, costituzione di un'autorità indipendente di regolazione e vigilanza. Ciò conferma che la prospettiva di regolazione dei processi economici legati al dato personale è ormai giuridicamente acquisita.

Ma anche dal punto di vista delle scienze economiche si ragiona, ormai, di *personal data economy* (PDE)[3] al fine di indicare il fenomeno attraverso il quale, per mezzo della cessione e/o acquisizione dei dati personali, si realizzano trasferimenti di ricchezza. «*Today*», si constata, «*companies have developed various approaches to monetizing consumer data and privacy to exploit the rising data gold rush and corresponding demands for more privacy*»[4].

Così come non è più possibile negare che la prassi ci consegni l'esistenza di un mercato dei dati personali in cui quest'ultimi circolano

nell'attuare e applicare la direttiva 95/46/CE». Per un'ampia ed articolata valutazione del percorso storico della disciplina del trattamento dei dati personali si rinvia a V. Cuffaro, *Il diritto europeo sul trattamento dei dati personali e la sua applicazione in Italia: elementi per un bilancio ventennale*, in V. Cuffaro, R. D'Orazio, V. Ricciuto (a cura di) *I dati personali nel diritto europeo*, Torino, 2019,p. 3 ss.

[2] V. quanto affermato da F. Bravo, *Il "diritto" a trattare dati personali nello svolgimento dell'attività economica*, Padova, 2018, p. 12: «Uno degli aspetti innovativi sembra dato proprio dall'approccio volto ad enfatizzare maggiormente la dimensione della libera circolazione rispetto a quello teso ad esaltare la dimensione di tutela della persona rispetto al trattamento dei dati personali: ovviamente si tratta di dimensione, quest'ultima, che non scompare nell'impianto normativo, essendo ben presente nelle scelte di fondo del legislatore eurounitario, ma che è oggetto di una profonda opera di revisione, protesa ad incidere sul bilanciamento tra diritti e libertà "fondamentali" in conflitto».

[3] S.A. Elvy, *Paying for privacy and the personal data economy*, in *Columbia Law rev.*, 2017, p. 1369 ss.

[4] S.A. Elvy, *Paying for privacy*, cit., p. 1373.

attraverso operazioni economiche che arrivano, nelle esperienze che già da tempo si muovono nell'ottica dei profili utilitaristici legati al fenomeno del trattamento dei dati personali, perfino all'istituzione di piattaforme dedicate allo sfruttamento economico da parte dell'interessato dei propri dati personali.

Variegato è il panorama dei *Personal data economy models*, ossia quei modelli di monetizzazione dei dati personali, diffusi specialmente nell'esperienza angloamericana, i quali consentono alle imprese di acquistare dati direttamente dai consumatori. Essi ricomprendono, da una parte, i *data-insight models*, grazie ai quali società specializzate offrono agli utenti delle piattaforme in cui raccogliere, gestire e commerciare i propri dati personali, anche attraverso servizi personalizzati[5]; dall'altra, i *data-transfer models*, attraverso cui le società acquistano, a fronte di un corrispettivo, le informazioni direttamente dagli utenti e, dopo averle catalogate ed assegnato loro un valore, le trasferiscono sul mercato dove terzi possono acquistarle[6].

Il presupposto teorico che consente ed esprime un siffatto meccanismo è la costruzione di un sistema economico «*user-centric*» dei dati personali che concepisca l'individuo alla stregua del titolare di una ricchezza che può essere condivisa ed oggetto di operazioni economiche[7].

Siamo quindi ben lungi dalla prospettiva individualistica dei diritti della persona quali diritti assoluti, inalienabili, indisponibili che ha a lungo caratterizzato l'approccio a questa materia. La dicotomia mercato – persona, nella prospettiva del GDPR, diventa un falso problema e l'assunto dell'indisponibilità ed incommerciabilità degli attributi della persona finisce per crollare innanzi alla consapevolezza che l'informazione, in un'economia complessa, gioca un ruolo fondamentale, anche in termini economici.

Un'analisi condotta dall'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni nel 2016 sulle piattaforme digitali, ha concluso che «anche l'offerta gratuita di un'*app* può offrire opportunità di *revenue*, lì dove, ad esempio, i ricavi

[5] *Digi.me*, *Meeco e Cozy* ne rappresentano solo alcuni esempi. Per vero, anche in Italia si è cercato di sperimentare tale modello: Tim - Telecom Italia ha infatti avviato un progetto denominato "*My data store*", uno spazio digitale che consente agli utenti di conservare e gestire i propri dati personali, anche attraverso il raffronto con quelli degli altri utenti. Tali strumenti hanno il pregio di offrire, oltre che un maggior controllo sui dati personali che, ogni giorno, facciamo circolare nella rete, soprattutto, una maggiore consapevolezza circa il loro valore nonché delle azioni che sistematicamente compiamo attraverso l'uso degli *electronic devices*.

[6] L'esempio più lampante è "Datacoup", un servizio digitale che si presenta agli utenti con lo slogan: «The only company that helps you sell your anonymous data for real, cold hard cash. It's simple. If you connect data, you'll earn».

[7] S.A. Elvy, *Paying for privacy*, cit., p. 1374.

provengono dalla vendita di spazi pubblicitari agli inserzionisti o dalla vendita dei dati degli utenti. In merito […] si rileva che la maggior parte delle applicazioni è solita raccogliere i dati degli utenti, quali ad esempio la frequenza di accesso all'applicazione o il tempo medio di utilizzo e le informazioni personali, quale la localizzazione tramite GPS. In alcuni casi, tali dati vengono venduti a imprese interessate alla profilazione degli utenti, anche al fine di consentire l'elaborazione di annunci pubblicitari mirati, pratica che tuttora alimenta il dibattito in merito al diritto alla *privacy* dei consumatori, pur riguardando un modello di business ancora incerto»[8]. L'*Indagine conoscitiva* congiunta dell'AGCOM, dell'Autorità garante per la concorrenza e il mercato e del Garante per la protezione dei dati personali pubblicata il 10 Febbraio 2020 ha confermato tali esiti, restituendo il volto del profilo economico dei dati personali[9].

Sono ormai diffusissime nella prassi applicazioni che, solo apparentemente, sembrano gratuite ma che, invero, fondano il proprio *business* proprio sulla raccolta e monetizzazione dei dati personali degli utenti (si pensi ai popolari Facebook, Instagram e Twitter)[10]. Non mancano poi schemi in cui la *privacy* viene considerata un "bene di lusso" riscattabile a pagamento o come moneta di scambio rispetto a promessi sconti: nel primo caso, le società propongono servizi e dispositivi aggiuntivi a pagamento al fine di garantire un livello di *privacy* maggiore rispetto a quello ordinariamente assicurato; nel secondo, invece, le imprese, a fronte di sconti sui prodotti e servizi offerti, incoraggiano i consumatori a fornire i propri dati personali sì da poter effettuare attività di profilazione con finalità commerciali[11].

[8] Delibera AGCOM n. 165/16/cons, "Indagine conoscitiva concernente lo sviluppo delle piattaforme digitali e dei servizi di comunicazione elettronica di cui alla delibera n. 357/15/cons: proroga dei termini e pubblicazione della parte relativa ai '*consumer communications services*'", ALL. A.

[9] Indagine conoscitiva dell'AGCOM, dell'Autorità garante per la Concorrenza e il mercato e del Garante per la protezione dei dati personali pubblicata il 10 Febbraio 2020 reperibile sul sito delle rispettive istituzioni.

[10] Altre, ancora, ottengono indotti sia dall'acquisizione dei dati degli utenti che dall'acquisto da parte di questi di "*upgraded options*" sicché, mentre il servizio "base" è (apparentemente) gratuito, le opzioni avanzate sono a pagamento. Su questi modelli v. i contributi raccolti nel volume V. Ricciuto, C. Solinas (a cura di), *Forniture di servizi digitali e «pagamento» con la prestazione di dati personali*, Milano, 2022.

[11] «In the freemium context, the user pays for enhanced features, which may include the absence of adverts. To the extent that freemium customers are required to pay subscription fees to avoid advertisements, a user could be described as paying for privacy. With the discount model consumers are providing various sources of revenue to companies, including but not limited to: (1) data provided by consumers who accept discounts, which can be analyzed and used to generate advertisement revenue, among other things, and (2)

Tutti questi profili sono ben presenti agli studi economici che ragionano dell'esistenza di una «economia del dato profilato»[12] che fa sì che l'informazione relativa alla persona (che, com'è noto, nei mercati di beni e di servizi è elemento ancillare alla vendita e necessario per il corretto funzionamento degli stessi) diventi essa stessa bene di un mercato. Si è addirittura sostenuta, con particolare riferimento all'informazione in ambito digitale, un'inversione della relazione tradizionale tra scambio dell'informazione e scambio di un determinato bene o servizio: mentre nel capitalismo tradizionale la conoscenza dell'informazione consente e facilita la formazione del prezzo di scambio dei prodotti tra domanda offerta, nel « capitalismo digitale » mediante l'accesso a servizi o prodotti gratuiti o a prezzi simbolici si agevola e consente, in verità, lo scambio di informazioni. Sicché, si è detto, in ipotesi del genere «il vero valore della transazione non è dato dal prodotto consumato o dal servizio fruito ma dalle informazioni che, spesso indirettamente e implicitamente, vengono cedute a tal fine »[13].

Calati il rilievo empirico e quello delle scienze economiche nel contesto giuridico, dunque, il tema del trattamento dei dati personali si lega agli strumenti giuridici, ai principi e alle regole della circolazione di una ricchezza particolare: l'informazione sulla persona.

Sul piano sistematico, ne consegue l'apertura della tematica a questioni finora rimaste sullo sfondo o considerate -secondo alcune prospettive teoriche- troppo problematiche ed incompatibili con il fenomeno, quale quella delle operazioni economiche aventi ad oggetto i dati personali e la natura relativa delle situazioni giuridiche e dei rapporti che li riguardano.

Da quanto sopra rilevato, si deve ritenere innanzitutto che, nella materia *de qua*, il riferimento oggi contenuto all'art. 1 del GDPR al tema della «circolazione dei dati», lungi dal rappresentare una formula di stile destinata a rientrare nell'ombra degli approcci interpretativi al testo normativo, non solo abbia una centralità pari al tema della «protezione delle persone fisiche», ma sia portatore di un valore sistematicamente più pregnante.

Il suddetto art. 1, infatti, al par. 1, dispone che «il presente regolamento stabilisce norme relative alla protezione delle persone fisiche con riguardo al trattamento dei dati personali, nonché norme relative alla libera circolazione di tali dati».

higher fees paid by those consumers who are willing to pay for privacy and opt out of data collection». Così, v. S.A. Elvy, *Paying for privacy*, cit., p. 1369 ss.

[12] Cfr. A. Nicita, *Il mercato del dato profilato tra privacy, concorrenza e potere contrattuale nella prospettiva economica*, in V. Cuffaro, R. D'Orazio, V. Ricciuto (a cura di) *I dati personali nel diritto europeo*, Torino, 2019 ove espressamente si afferma che «nell'ecosistema digitale, come spesso si ripete, il meta-mercato di riferimento è proprio quello dell'informazione».

[13] A. Nicita, *op. cit.*

Non si tratta, dunque, di una normativa di per sé relativa alla disciplina dei diritti delle persone. Questi ultimi vengono in considerazione in quanto aspetti naturalmente implicati e potenzialmente pregiudicati da un'attività di trattamento dei dati, sicché il regolamento si preoccupa di proteggere «i diritti e le libertà fondamentali delle persone fisiche, in particolare il diritto alla protezione dei dati personali» rispetto ad un'attività di trattamento che possa pregiudicarli.

Tuttavia, oggetto della disciplina è l'attività di trattamento secondo il principio, proprio delle attività economiche, della libera circolazione dei dati personali nell'Unione. Tanto che - ed è in questo senso che il principio della libera circolazione dei dati personali assume tra le finalità dell'intervento comunitario un valore sistematicamente più pregnante rispetto a quello della tutela della persona-, il par. 3 dell'art. 1 GDPR si preoccupa di precisare che tale libera circolazione «non può essere limitata né vietata per motivi attinenti alla protezione delle persone fisiche con riguardo al trattamento dei dati personali»[14]. Evidentemente, questa volta e definitivamente, con la forza dello strumento regolamentare nel tentativo di scongiurare ciò che, viceversa, si era verificato nel contesto di applicazione della precedente Direttiva comunitaria.

La prospettiva GDPR è dunque quella della disciplina di un fenomeno di circolazione di una peculiare ricchezza, il dato personale. Coerentemente, gli istituti disciplinati dal Regolamento acquistano una più marcata valenza patrimoniale.

È il caso del consenso al trattamento, che nel Regolamento ha una più spiccata connessione e vicinanza con le tematiche del consenso negoziale[15].

[14] Peraltro, il profilo dell'attività economica del trattamento dei dati è evidente anche nelle finalità che hanno portato l'Unione europea all'adozione di una nuova disciplina. Tra esse quella di alleggerire oneri e costi di impresa legati al trattamento dei dati e alla sua regolamentazione diseguale nel territorio comunitario: «Tale situazione produce costi inutili e oneri amministrativi per le imprese (pari a circa 3 miliardi di euro all'anno nello scenario di base) e disincentiva le imprese, in particolare le PMI, che operano nel mercato unico dall'espandere le loro attività all'estero». Cfr. *Sintesi della valutazione d'impatto che accompagna la proposta di regolamento* (doc. 5853/12 Add. 2).

[15] Sul quale V. F. Bravo, *Il consenso e le altre condizioni di liceità*, in AA. VV., *Il nuovo Regolamento europeo sulla privacy e sulla protezione dei dati* (diretto da G. Finocchiaro), Bologna, 2017, p. 101 ss. e soprattutto p. 149 ss.; E. Lucchini Guastalla, *Il nuovo regolamento europeo sul trattamento dei dati personali: i principi ispiratori*, in *Contratto e impresa*, 2018, p. 113 ss.; A. De Franceschi, *La circolazione dei dati personali tra privacy e contratto,* cit.; G. Palazzolo, *La banca dati e le sue implicazioni civilistiche in tema di cessione e deposito alla luce del reg. (UE) n. 2016/679*, in *Contratto e impresa*, 2017, p. 613 ss., G. Spoto, *Disciplina del consenso e tutela del minore*, in S. Sica, V. D'Antonio e G. M. Riccio (a cura di), *La nuova disciplina europea della privacy*, Padova, p. 11 ss. Da

Si consideri, a tal proposito, quanto - e forse non a caso, se si tiene conto della suddetta connessione al tema negoziale- ha dovuto precisare il legislatore europeo con riferimento al consenso del minore[16]. L'art. 8 del Regolamento, nello stabilire che, per quanto riguarda l'offerta diretta di servizi della società dell'informazione ai minori, il trattamento di dati personali dello stesso è lecito ove il minore abbia almeno sedici anni (quattordici, nel Codice del trattamento dei dato personali così come modificato con il d.lgs 10 agosto 2018, n. 101[17]), stabilisce che tale previsione «non pregiudica le disposizioni generali del diritto dei contratti degli Stati membri, quali le norme sulla validità, la formazione o l'efficacia di un contratto rispetto a un minore».

Secondo una prima lettura, che parrebbe ancorata al tradizionale approccio che esprime riserve circa la natura negoziale al consenso al trattamento dei dati, la nuova disposizione è opportuna al fine di tenere separati i due piani del rapporto tra le parti contrattuali: il «piano che si instaura con l'accordo negoziale» e il piano del «rapporto tra interessato e titolare del trattamento, che si instaura con il consenso del primo e si muove lungo le linee di una disciplina di fonte prevalentemente legale e di carattere essenzialmente imperativo»[18]. La tesi separa, nell'ambito dell'operazione economica, il momento del consenso contrattuale - in cui si conclude il contratto relativo al bene o al servizio - dal momento del consenso all'uso dei dati personali, ipotizzando così una differenza di rapporto e natura.

Ci sembra, tuttavia, che questa lettura conduca ad una ricostruzione del fenomeno della circolazione dei dati che a ben vedere, pur nel riconoscimento teorico del principio di circolazione del dato, non consenta di dare adeguato risalto alla prospettiva negoziale del consenso al trattamento

ultimo si legga la ricostruzione del consenso al trattamento quale oggetto di scambio di un contratto stipulato tra fornitore e utente in C. Irti, *Consenso «negoziato» e circolazione dei dati personali*, Torino, 2021.

[16] Sul tema R. Senigallia, *Minore di età e contratto. Contributo alla teoria della capacità*, Torino, 2020, p. 75 ss.

[17] V. art. 2 *quinques* Codice del trattamento dei dati personali, che prevede che il minore che ha compiuto i quattordici anni può esprimere il consenso al trattamento dei propri dati personali in relazione all'offerta diretta di servizi della società dell'informazione. A ciò si aggiunge la necessità di disciplinare le modalità con le quali il consenso del minore viene richiesto, tenendo conto della particolare vulnerabilità del soggetto. Al titolare è pertanto imposto di redigere con linguaggio particolarmente chiaro e semplice, conciso ed esaustivo, facilmente accessibile e comprensibile dal minore le informazioni e le comunicazioni relative al trattamento, al fine di rendere significativo il consenso prestato dal minore. Sulle modifiche al Codice del 2003 v. V. Cuffaro , *Quel che resta di un codice: il d.lgs. 10 agosto 2018, n. 101 detta le disposizioni di adeguamento del codice della privacy al regolamento sulla protezione dei dati (Commento a d.lg. 10 agosto 2018, n. 101*), in *Corr. Giur.*, 2018, p. 1181 ss.

[18] E. Lucchini Guastalla, *Il nuovo regolamento europeo*, cit., p. 117.

del dato. Quest'ultimo non può essere pensato asetticamente, senza alcuna valutazione del profilo funzionale all'operazione economica nel quale esso si inserisce. Il consenso al trattamento dei dati è prestato non solo in vista ed in occasione dell'ottenimento di un servizio o bene da parte del titolare (quale la possibilità di utilizzare una certa *app*, il diritto all'accesso e all'uso di un *social*, la possibilità di utilizzare un motore di ricerca ecc.), ma un tale consenso al trattamento dei dati personali è prestato proprio in ragione dell'ottenimento di un servizio o bene da parte del titolare e pertanto in una prospettiva di scambio[19]. Diversamente, non si comprenderebbe perché un minore debba prestare il proprio consenso al trattamento dei dati, se non per ottenere in cambio un servizio o un'utilità.

La nuova previsione, insieme alla significativa previsione della clausola di salvezza del diritto nazionale «generale» in materia di contratti (di cui all'art. 8 par. 3), invece, si presta ad un'altra lettura, più vicina all'effettiva percezione e comprensione in termini giuridici del momento economico della cessione dei dati.

La disposizione suddetta, infatti, può essere considerata alla stregua di una disciplina delle specificità del negozio avente ad oggetto i dati personali stipulato dal minore, ponendo per esso una capacità di agire speciale comune a tutti gli Stati membri ma diversa da quella operante, a livello di regola generale, nei vari ordinamenti. Vale a dire che il Regolamento ha voluto portare a (almeno) sedici anni la capacità di stipulare validamente contratti di cessione dei dati personali, ma con ciò ha inteso chiarire che tale intervento riveste natura speciale e non incide sulle «disposizioni generali» del diritto nazionale dei contratti. E il dato trova conferma nel fatto che, se realmente il GDPR avesse ritenuto che il consenso al trattamento dei dati spieghi la propria operatività al di fuori della disciplina dei contratti e dei rapporti patrimoniali e oltre il tema della contrattualità, non vi sarebbe stata necessità di far salva, innanzi alla regola del consenso validamente prestato dal sedicenne, la disciplina generale dei contratti. Quest'ultima sarebbe stata pacificamente «salva» e non compromessa in ragion sufficiente della stessa presunta diversità del consenso dell'interessato di cui all'art. 7 e 8 del Regolamento dal consenso contrattuale.

Il consenso dell'interessato, invece, è coerentemente concepito dal legislatore comunitario come consenso negoziale, manifestazione di volontà in ordine alla circolazione dei dati personali[20].

[19] Relativamente alla rilevanza del profilo funzionale C. Solinas, *La circolazione dei dati personali nell'ottica dello scambio tra diritti*, in V. Ricciuto, C. Solinas (a cura di), *Forniture*, cit., p. 109 ss.

[20] In diversa prospettiva, nella quale il consenso al contratto si accompagna ad un distinto

La peculiarità del bene e del fenomeno della sua circolazione, piuttosto, giustifica, innegabilmente, alcune deviazioni dal modello generale del contratto, ma non colloca il trasferimento dei dati personali fuori dalla dimensione patrimoniale e, dunque, dalla dimensione contrattuale[21]. In questa prospettiva si spiega la previsione della possibilità della revoca del consenso prestato dall'interessato (art. 7 par. 3)[22].

La prospettiva negoziale lascia aperti numerosi problemi che meritano più consapevoli indagini. Tra questi il problema del tipo contrattuale, e dunque, della disciplina applicabile all'operazione economica dello scambio dei dati personali. In quest'ottica non può trascurarsi che, com'è stato efficacemente rilevato, «*personal information is an important currency in the new millennium*»[23]. Constatazione che, nell'ambito della teoria dei contratti, conduce a rilevare non solo la natura onerosa di quelle operazioni economiche che, dal punto di vista meramente formale e strutturale, tali non appaiono (si pensi ai contratti per l'uso delle app gratuite o dei più

consenso al trattamento, cfr. C. Camardi, *Prime osservazioni sulla Direttiva (UE) 2019/770 sui contratti per la fornitura di contenuti e servizi digitali. Operazioni di consumo e circolazione dei dati personali*, in *Giust. civ.*, 2019, p. 505 ss. e G. Resta, *I dati personali oggetto del contratto. Riflessioni sul coordinamento tra la direttiva (UE) 2019/770 e il regolamento (UE) 2016/679,* ora anche in V. Ricciuto, C. Solinas (a cura di), *Forniture*, cit., p. 53 ss.

[21] Non può comunque sottacersi che il consenso, quale manifestazione negoziale dell'interessato, rappresenti l'elemento di un procedimento nell'ambito del quale l'informativa che lo precede e l'Autorità Garante svolgono un ruolo centrale. Per quanto attiene l'informativa, è d'uopo altresì segnalare che le prescrizioni dettagliate da ultimo recate ai sensi degli artt. 13 e 14 del nuovo Regolamento determinano il contenuto del consenso, la sua validità ed efficacia, alla stregua della tecnica propria del c.d. neoformalismo negoziale, già nota al settore dei consumatori. Il legislatore comunitario non ha dunque, ancora una volta, perso l'occasione per rafforzare la base normativa degli obblighi informativi, indicandone i contenuti fondamentali in modo tale da assicurare un'adeguata consapevolezza dell'utente circa il trattamento dei propri dati. Sul tema, V. Zeno-Zencovich, " *Il consenso informato* " e la " *autodeterminazione informativa* ", cit., p. 917.

[22] Già nel contesto della Proposta del nuovo Regolamento, J. M. Victor, *The Eu General Data Protection Regulation Regulation: Toward a Property Regime for Protecting Data Privacy* , in *The Yale Law Journal*, 2013, p. 515 scriveva che «thought the Regulation is framed in the fundamental-human-rights terms, typical of European privacy law, […] it can also be conceived property-rights». L'A. ritiene così che «The EU's proposal includes three elements in particular that themselves to a property-based conception: consumers are granted entitlements to their own data; the data, even after it is transferred, carries a burden that "runs with" it and binds third parties; and consumers are protected through remedies grounded in "property rules." In these the proposed scheme is remarkably similar to existing, heretofore theoretical, proposals for property regimes for protecting personal data».

[23] P.M. Schwartz, Property, privacy, and personal data, in Harvard Law Review, 2004, p. 2056.

diffusi *social*, in relazione alla cessione di informazioni personali dell'utente del servizio); ma altresì ad interrogarsi nuovamente sulla situazione di appartenenza del bene-dato personale all'interessato[24]. Ma, pur nell'interesse dogmatico e speculativo che quest'ultimo profilo solleva, è proprio con riferimento al contratto che in realtà occorre sviluppare le indagini sul tema. La circolazione dei dati non è in effetti fenomeno che postula la necessità di una ricostruzione – peraltro improbabile e fuorviante – di profili di appartenenza del dato.

2. *Dal fenomeno economico al fenomeno giuridico. Il contratto*

Le categorie del contratto in generale e la loro valenza prescrittiva e concettuale, dunque, trovano – e devono trovare- applicazione alla luce della patrimonializzazione dei dati personali, anche nella comprensione di fenomeni troppo a lungo segregati esclusivamente nei ristretti ambiti della tutela dei diritti assoluti. A ben vedere, dobbiamo oggi prendere atto che è proprio la materia del contratto e in genere quella della disciplina dei rapporti patrimoniali, a rappresentare oggi la sede più adatta per discutere della tematica dei dati personali.

Per quanto ancora vi siano forti resistenze culturali a riconoscere che i beni personali rappresentano indubbiamente, non solo in senso economico ma altresì nel senso giuridico, una ricchezza, le difficoltà e le ambiguità anche di ordine sistematico che si incontrano nel voler rifiutare di comprendere e spiegare il fenomeno anche in termini patrimoniali e contrattuali sono evidenti[25]. È parso a lungo -ed in realtà lo è tutt'oggi- che il tema della protezione dei dati personali dovesse trovare la sua esclusiva collocazione nell'ambito della tutela dei diritti della personalità - indisponibili, imprescrittibili, assoluti - anche se con la Direttiva 46/95/CEE, l'Unione europea si era mossa nel solco delle iniziative comunitarie

[24] P.M. Schwartz, *Property*, cit., p. 2057, il quale rileva tuttavia che «Legal scholars interested in protecting information privacy, however, have been suspicious of treating personal data as a form of property and have generally advocated imposing a ban on data trade, rather than restrictions on transferability».

[25] Per più approfondite riflessioni sia consentito il rinvio a V. Ricciuto, *La patrimonializzazione dei dati personali*, in *Dir. inf.* 2018, p. 689 ss. e anche in V. Cuffaro, R. D'Orazio, V. Ricciuto (a cura), *Protezione e libera circolazione dei dati personali nel diritto europeo. Il Regolamento generale 2016/679 (e le Direttive 2016/680 e 2016/681 sul trattamento dei dati in ambito penalistico)*, Torino, 2019, p. 23 ss.

volte a garantire l'instaurazione e il funzionamento del mercato interno e la realizzazione dei principi di libera circolazione delle merci, delle persone, dei servizi e dei capitali, comprendendo in tale processo economico anche il fenomeno della circolazione dei dati personali. Il considerando n. 3 della Direttiva citata esprimeva infatti l'idea che una tale finalità potesse essere perseguita garantendo, contemporaneamente, la libera circolazione dei dati personali da uno Stato membro all'altro e la salvaguardia dei diritti fondamentali della persona[26]. Si trattava, dunque, di un intervento che si muoveva oltre la sola sfera della tutela della persona e che si inquadrava perfettamente tra gli obiettivi istituzionali dell'Unione europea: la creazione e la garanzia dell'esistenza di un mercato unico di merci, persone, servizi e capitali.

Venivano così poste le condizioni per la circolazione del bene economico "dato personale" al pari di altri beni e servizi nel contesto economico e sociale europeo realizzando un fenomeno di circolazione della ricchezza, ma contemporaneamente, almeno nel panorama nazionale, il profilo patrimoniale rimaneva sostanzialmente fuori dalle ricostruzioni offerte dal dibattito sulla tematica in analisi, per essere, quest'ultima attratta, interpretata, studiata quale declinazione della vicenda dei diritti della personalità. È rimasta sullo sfondo la questione della regolazione dell'attività economica di circolazione dei dati, intesa come disciplina del flusso di informazioni degli individui, alla base dell'economia e della realtà sociale contemporanee[27].

La sovrapposizione comunemente usata dei termini con cui ci si riferisce al fenomeno in analisi è un sintomo significativo di questa consolidata tendenza. I termini *privacy* e "protezione dei dati personali" sono ancora oggi utilizzati in modo fungibile. Eppure, nonostante le indubbie ed importanti intersezioni, le due espressioni non coincidono, almeno se intese

[26] Tra le prime riflessioni sulla Direttiva, anche in relazione alla sua portata con riferimento alla sistematica dei diritti della personalità, cfr. i contributi contenuti in V. Cuffaro, V. Ricciuto, V. Zeno-Zencovich (a cura di) *Trattamento dei dati e tutela della persona*, Milano, 1998 e anche V. Cuffaro, V. Ricciuto (a cura di), *La disciplina del trattamento dei dati personali*, Torino, 1997; G. Buttarelli, *Banche dati e tutela della riservatezza: la privacy nella società dell'informazione*, Milano, 1997; C. Camardi, *Mercato delle informazioni e privacy. Riflessioni generali sulla L. n. 675/1996*, in *Eur. dir. priv.*, 1998, 1049; G. Alpa, *La normativa sui dati personali. Modelli di lettura e problemi esegetici*, in *Dir. inf.*, 1997, p. 703 ss.; M. Bin, *Privacy e trattamento dei dati personali: entriamo in Europa*, in *Contr. impr. Eur.*, 1997, p. 459 ss.

[27] Prospettiva, questa, che ha quale suo presupposto l'esistenza di un'economia della privacy, su cui A. Acquisti, C. Taylor, L. Wagman, *The Economics of Privacy*, in *Journal of Economic Literature*, 2016, 54(2), 442-492.

in senso originario e letterale. La portata del fenomeno del trattamento dei dati va oltre l'idea di *privacy* come diritto alla riservatezza[28], anche nei suoi profili più evolutivi[29], perché i problemi e le esigenze di regolazione del trattamento dei dati coinvolgono anche profili diversi da quello della riservatezza o *privacy*[30]. Queste ultime, d'altra parte, sono relative a profili della persona che sono in grado di rilevare come meritevoli di tutela anche in momenti o contesti in cui non vi è trattamento dei dati personali[31].

[28] Occorre, infatti, chiarire la portata concettuale delle situazioni giuridiche di riferimento allorquando si affrontano, ora nel contesto di una regolamentazione europea, i temi del trattamento dei dati e degli interessi della persona tutelati, sicchè non è certo con la Direttiva del 1995 che si è posto il problema della tutela della *privacy* intesa come riservatezza (vedi già, ad es., G. B. Ferri, *Persona e privacy*, in *Riv. dir. comm.*, 1982, p. 75 ss.). Piuttosto, e anche in ragione di ciò, quel concetto di *privacy* ha trovato nuova dimensione nella disciplina europea, non coincidente con la dimensione classica della mera riservatezza,

[29] B. Markesinis (ed.), *Protecting Privacy*, Oxford, 1999; A. L. Allen, *Privacy-as-Data Control: Conceptual, Practical, and Moral Limits of the Paradigm*, in *Connecticut Law Review*, p. 861 ss.

[30] È sostanzialmente condivisa l'idea che l'originario *right to be let alone* ha visto ampliato – lungo un articolato percorso culturale (e non solo della cultura giuridica) conseguente all'affermarsi della società dell'informazione e della sua pervasività, anche in ragione degli strumenti dell'informatica e della telematica – il proprio contenuto e la propria nozione. Sicchè dal "diritto ad essere lasciati soli" si è giunti alla formulazione della privacy come "diritto a mantenere il controllo sulle proprie informazioni" e da qui come "diritto all'autodeterminazione informativa" sul rilievo che il dilatarsi degli orizzonti definitori e lo stesso impianto normativo di cui è espressione la Direttiva europea 95/46 CE e poi la nostra stessa legge di recepimento l. 675/96 "non sono l'effetto di una forzatura del legislatore ma di una sintonia con una evoluzione culturale sempre più marcata , che ha modificato profondamente sia la percezione sociale della privacy sia la sua considerazione giuridica. L'originaria nozione, infatti, è venuta mutando finalità e struttura, accentuando il momento della libera scelta individuale , dilatando le frontiere della *privacy* fino a comprendere in essa l'insieme delle regole sulla circolazione delle informazioni personali, rafforzando la rilevanza costituzionale di tale diritto": così S. Rodotà, *Persona, riservatezza, identità. Prime note sistematiche sulla protezione dei dati personali*, in *Riv.crit.dir.priv.,* 1997,p. 588-589, ma già Id., *Privacy e costruzione della sfera privata*, in *Pol.dir*., 1991. Uno scenario, quello rappresentato da S. Rodotà (il cui studio sul tema è ampio e ampiamente citato dalla letteratura successiva, alla quale si rimanda per ulteriori indicazioni bibliografiche), già prospettato nella dottrina straniera con riferimento alla tutela della privacy contro ogni forma di controllo pubblico (fra gli altri, L.M. Friedmann, *The Republic of Choice, Law, Authority and Culture*, Cambridge -Mass.-,1990,) e privato (F. Rigaux, *La protection de la vie privée et des autres biens de la personalité*, Bruxelles-Paris, 1990, p. 167). Cfr. ancora con più ampia riflessione S. Rodotà, *Tecnologie e diritti*, Bologna, 1995.

[31] In questo senso cfr. anche P. Hustinx, *EU Data Protection Law - Current State and Future Perspectives*, 9 January 2013, in https://edps.europa.eu/sites/edp/files/publication/13-01-09_speech_tallinn_en.pdf ««data protection" *is broader than* "privacy protection" *because it also concerns other fundamental rights and freedoms, and all kinds of*

Eppure la disciplina in materia di tutela dei dati personali ha risentito di una lettura che l'ha fortemente ancorata alla materia della tutela della persona e della riservatezza, polarizzando la comprensione dell'intervento normativo di matrice europea, quanto alle situazioni giuridiche soggettive, nell'alveo della disciplina dei diritti fondamentali della persona; quanto alla disciplina dell'attività, dando primario rilievo a quella di controllo dell'interessato sulla propria sfera personale, secondo quello che è stato definito come il « protagonismo dell'interessato» nel fenomeno del trattamento dei dati personali[32].

I profili di negozialità implicati nella vicenda del trattamento dei dati, quando non addirittura negati, sono stati ampiamente ridimensionati o scarsamente considerati[33].

Eppure, sotto il profilo economico il fenomeno disciplinato è chiaro, e ormai sotto gli occhi di tutti[34].

data regardless of their relationship with privacy, and at the same time more limited because it merely concerns the processing of personal information, with other aspects of privacy protection being disregarded». In diversa prospettiva, ma nel sostanziale medesimo obiettivo di offrire una distinzione concettuale tra il tema della riservatezza e quello del trattamento dei dati personali, l'approccio è quello di distinguere un più recente concetto di *privacy*, rappresentativo del diritto alla protezione dei dati personali, da un più tradizionale diritto alla riservatezza: v., ad es., R. Pardolesi, *Dalla riservatezza alla protezione dei dati personali: una storia di evoluzione e discontinuità*, in Id. (a cura di), *Diritto alla riservatezza e circolazione dei dati personali*, p. 1 ss.; S. Niger, *Le nuove dimensioni della privacy: dal diritto alla riservatezza alla protezione dei dati personali*, Padova, 2006. V., invece, S. Rodotà, *Conclusioni*, in V. Cuffaro, V. Ricciuto, V. Zeno Zencovich (a cura di) *Trattamento dei dati tutela della persona*, Milano, 1998, p. 293 il quale ha dubitato della possibilità di contrapporre le leggi sul trattamento dei dati alle leggi di «tutela della riservatezza o *privacy* come diritto fondamentale».

[32] S. Rodotà, *Conclusioni*, cit., p. 295.

[33] D'altra parte, una volta ricondotto il fenomeno della regolamentazione del trattamento dei dati personali a quello della disciplina dei diritti della persona, ad esso coerentemente seguiva l'applicazione dei caratteri propri dei diritti della persona (assolutezza, indisponibilità, intrasmissibilità, imprescrittibilità); con la conseguenza che, propriamente, diventava difficile assegnare un'effettiva portata giuridica al principio stesso di circolazione del dato personale espresso dalla Direttiva, risultando incoerente con l'impostazione assunta la riconduzione del fenomeno ad atti dispositivi o traslativi di un diritto.

[34] G. Resta, V. Zeno-Zencovich, *Volontà e consenso nella fruizione dei servizi in rete*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2018, p. 411 ss.; A. De Franceschi, *Il «pagamento» mediante dati personali*, in V. Cuffaro, R. D'Orazio, V. Ricciuto (a cura), *Protezione e libera circolazione dei dati personali nel diritto europeo. Il Regolamento generale 2016/679 (e le Direttive 2016/680 e 2016/681 sul trattamento dei dati in ambito penalistico)*, Torino, 2019, p. 1381 ss.; Id., *La circolazione dei dati personali tra privacy e contratto*, Napoli, 2017; A. De Franceschi, M. Lehmann, *Data as Tradeable Commodity and New Measures for their Protection*, in *The Italian Law Journal*, 2015, p. 51; R. Messinetti, *Circolazione dei dati*

E lo è anche agli occhi delle Autorità europee e nazionali che evidenziano come spesso anche l'offerta (apparentemente) gratuita di servizi e beni sia, in realtà, un'opportunità di guadagno per l'operatore economico che raccoglie i dati personali degli utenti e li elabora o cede a terzi, così alimentando una nuova forma di economia, particolarmente evidente nel settore digitale.

Parimenti, anche in Europa si affermano, sulla base del modello americano sopra descritto, vere e proprie realtà imprenditoriali che consentono allo stesso soggetto di disporre dei propri dati personali cedendoli a società in cambio di denaro[35]. Ha luogo uno scambio tra il servizio e i dati personali, che costituiscono, di fatto, il corrispettivo per accedere alla controprestazione. Ma è proprio su questo profilo che si evidenzia una vera e propria scollatura tra l'interpretazione giuridica diffusa e la realtà socio-economica.[36] Perché i classici postulati (secondo cui il diritto alla protezione dei dati personali è un diritto fondamentale indisponibile; secondo cui la normativa in materia di trattamento dei dati personali ha come suo obiettivo quello di tutelare le persone fisiche; secondo cui gli attributi della persona non possono essere oggetto di scambi né divenire merci) sono avanzati a difesa contro l'interpretazione che apra il fenomeno in esame ad una lettura anche di tipo patrimoniale, nonché alla creazione di

personali e autonomia privata, in N. Zorzi Galgano, *Persona e mercato dei dati. Riflessioni sul GDPR*, Padova, 2019, p. 137 ss.; G. Di Lorenzo, R. Messinetti, *Ordine giuridico ed evoluzione tecnologica, a proposito del recente libro su "i dati personali nel diritto europeo*", in *Nomos*, 2020; S. Thobani, *Diritti della personalità e contratto: dalle fattispecie più tradizionali al trattamento in massa dei dati personali*, Milano, 2018; F.G. Viterbo, *Protezione dei dati personali e autonomia negoziale*, Napoli, 2008; Id, *Freedom of contract and the commercial value of personal data*, in *Contr. impr. Europa*, 2016, p. 593; S.A. Elvy, *Paying for privacy and the personal data economy*, in *Columbia Law rev*., 2017, p. 1369 ss. C. Prins, *When Personal Data, Behavior and Virtual Identities Become a Commodity: Would a Property Rights Approach Matter?*, in *SCRIPT-ed*,, 2006, p. 275; W. Jerome, *Buying and Selling Privacy: big data's Different Burdens and Benefits*, in *Stanford Law Review Online*, 2013.

[35] È il caso, ad esempio, della società Weople, la cui attività di *broker* nella circolazione dei dati personali (attraverso la capitalizzazione del valore dei dati personali raccolti dai singoli interessati e ricollocati sul mercato al fine di creare profitto anche per l'interessato stesso) su iniziativa del Garante per la protezione dei dati personali italiano, è sottoposta al momento alla valutazione del Garante europeo per la protezione dei dati (su cui *infra*).

[36] «[…] while the academic world may comment that the relevant legal regimes do not imply that personal data can be cast as a property right, present-day practice in the online world has evolved completely differently», scrive C. Prins, *When Personal Data,* cit., p. 276, la quale rileva che nel contesto della realtà economica l'informazione, inclusi i dati personali « is seen as a commodity that can be traded against a discount in the virtual supermarket or some other benefit, such as access to a certain on-line service. Information generated by means of consumer behavior and transactions on the Internet is tracked, recorded and correlated with other sources».

una disciplina che tuteli il soggetto non solo come persona, ma altresì come parte dell'operazione economica.[37]

Sicché dinnanzi al chiaro fatto della circolazione, della negoziazione e della patrimonializzazione del dato personale, direi non senza una certa ipocrisia, si mantiene un'ambiguità poco utile e poco rigorosa. Si è detto che c'è voluto molto tempo prima che il legislatore si accorgesse che dietro ciò che viene considerata una fornitura gratuita di servizi digitali c'è, a ben vedere, un'operazione economica elementare, in cui l'operatore economico "cattura" gli utenti con la fornitura dei propri servizi digitali ma in realtà raccoglie i loro "micro dati" (a fini di profilazione e *marketing*), considerati dagli utenti stessi di scarso interesse economico[38]. Ma probabilmente a guardare in un'altra direzione rispetto a quella della comprensione in termini economici e patrimoniali della realtà non è tanto stato il legislatore, quanto forse l'interprete, il giurista. Almeno nella nostra esperienza[39].

Va riconosciuto, infatti, che allorquando l'Unione Europea si è dotata di una normativa organica e specifica in tema di trattamento dei dati personali, (con la Direttiva 46 del 1995 poi trasfusa nella l. 675 del 1996 e infine riorganizzata nel Codice del trattamento dei dati personali – d.lgs n. 196 del 2003), il giurista italiano non era pronto a leggervi una disciplina di un fenomeno di circolazione della ricchezza. L'attenzione si concentrò sul tema della tutela della sfera morale del soggetto cui i dati si riferiscono, intrecciato a doppio filo con quello dei dati personali e della disciplina dell'attività del trattamento, ma non coincidente con esso. La persona, collocata al centro del fenomeno, assorbiva il tema della protezione dei dati personali. Lo stesso tema del consenso, come detto,[40] sfuggiva ad una qualificazione di elemento di una fattispecie negoziale per rimanere confinato nell'ambito

[37] G. Mirabelli, *Le posizioni soggettive nell'elaborazione elettronica dei dati personali*, in *Diritto dell'informazione e dell'informatica*, 1993, p. 314 ss.

[38] V. Zeno-Zencovich, *Do "Data Markets" Exist?*, in *Medialaw*, 2019, p. 28.

[39] V. anche le riflessioni svolte in V. Ricciuto, *L'economia della privacy. Circolazione dei dati personali e mercato*, in V. Picozza e V. Ricciuto, *Diritto dell'economia*, Torino, 2013, p. 311 ss. sul consenso nella Direttiva e nella L.675/96.

[40] Tra gli altri sul tema, e per ulteriore bibliografia, cfr. N. Zorzi Galgano, *Le due anime del GDPR e la tutela del diritto alla privacy*, in Id. (a cura di), *Persona e mercato*, cit., p. 59 ss.; S. Sica, *Il consenso al trattamento dei dati personali: metodi e modelli di qualificazione giuridica,* in *Riv. dir. civ.*, 2001, p. p. 621 ss.; S. Patti, *Commento. Art. 23*, in C.M. Bianca, F.D. Busnelli (a cura di), *La protezione dei dati personali. Commento al D. Lgs. 30 giugno 2003, n. 196*, Padova, 1999, I, p. 553; S. Mazzamuto, *Il principio del consenso e il problema della revoca*, in R. Panetta (a cura di), *Libera circolazione e protezione dei dati perso*nali, Milano, 2006, p. 993 ss.; V. Cuffaro, *A proposito del ruolo del consenso*, in V. Cuffaro, V. Ricciuto, V. Zeno-Zencovich, *Trattamento dei dati*, cit., p. 117 ss.

delle esimenti per escludere l'illiceità del trattamento[41], ovvero di natura meramente autorizzatoria[42].

3. *I contratti per la circolazione dei dati. Questioni in tema di tenuta delle tradizionali categorie concettuali*

Di contro, nella lettura del consenso quale elemento negoziale è evidente che ci si trova nella tematica del diritto delle obbligazioni e del contratto[43]. Un rapporto contrattuale con i suoi effetti e le sue tutele, che realizza un fenomeno di circolazione della ricchezza, secondo i tratti propri di ogni mercato (regolato). E tuttavia si ha una vicenda contrattuale che presenta anche profili riconducibili ad una tutela — di natura assoluta — della persona, oltre la sua condizione di parte contrattuale. Anche in questa vicenda, l'interessato conserva una serie di diritti inquadrabili in un generale potere di controllo ed espressioni del "diritto alla protezione dei dati personali", riconducibile ad una più generale tutela della personalità. Ma il consenso — la sua manifestazione — anche in questo caso non cessa di essere elemento essenziale del contratto di trattamento dei dati allorché l'interessato dispone dei suoi dati in termini di arricchimento e spostamento patrimoniale, secondo le qualificazioni degli schemi negoziali che realizzano un fenomeno di circolazione della ricchezza.

Ed è proprio tale attività, tale fenomeno di circolazione al centro della disciplina europea. E di questo vi è ora conferma ancor più incisiva nell'intervento normativo del GDPR[44]. Nel 6° Considerando si evidenzia come la tecnologia abbia trasformato l'economia e le relazioni sociali e

[41] G. Comandè, *Commento all'art. 11, l. n. 675/ 1996*, in E. Giannantonio, M.G. Losano, V. Zeno-Zencovich, *La tutela dei dati personali. Commentario alla l. 675/1996.*, 1997, Padova, p. 102; D. Messinetti, *Circolazione dei dati personali e dispositivi di regolazione dei poteri individuali*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1998,p. 350 ss.

[42] La dubbia e non pacifica situazione in dottrina relativamente alla classificazione e alla natura del consenso al trattamento dei dati personali ha condotto S. Sica, *Il consenso al trattamento dei dati personali,* cit.,p. 640, ad affermare che «se proprio si dovesse scegliere un *nomen juris*, il consenso in questione potrebbe essere definito elemento di una fattispecie legale a contenuto e disciplina composita: *ergo*, non il ma i consensi».

[43] V. Zeno-Zencovich, *I negozi sugli attributi della personalità*, in *Dir. inf.*, 1993, p. 570 ss.

[44] Per G. D'Acquisto, F. Pizzetti, *Regolamentazione dell'economia dei dati e protezione dei dati personali*, in *Medialaw*, 2019, p. 90, il GDPR non è solo una « regolazione a tutela di un diritto fondamentale », ma costituisce « il baricentro intorno al quale costruire un'economia dei dati dell'Unione ».

dovrebbe facilitare ancora di più la libera circolazione dei dati personali all'interno dell'Unione e il loro trasferimento verso paesi terzi; e che pertanto lo scopo del regolamento è proprio quello di assicurare un livello coerente ed elevato di protezione delle persone fisiche e di rimuovere gli ostacoli alla circolazione dei dati personali all'interno dell'Unione (considerando 10°).

Nonostante le ritrosie interpretative, la prospettiva della circolazione del dato personale conduce allora a domandarsi quali siano i caratteri e gli elementi dei relativi modelli negoziali.

Va subito precisato che, probabilmente (ed opportunamente), la normativa non individua un tipo contrattuale e non detta dunque una specifica disciplina dell'operazione con riferimento ad uno schema astratto che individui le prestazioni e i diritti avente ad oggetto i dati personali. Quanto al GDPR, infatti, la sua prospettiva è quella di individuare le norme di carattere generale e trasversale sull'attività di trattamento dei dati personali; di individuare i presupposti alla base della circolazione dei dati, come ad esempio il principio che di regola detta circolazione avvenga e abbia fonte sul consenso informato; di definire le regole e i compiti delle istituzioni del mercato della circolazione dei dati.

È rimessa invece a specifiche discipline europee ed eventualmente anche nazionali, l'individuazione della disciplina delle singole operazioni economiche, dunque degli atti negoziali attraverso i quali si realizza la circolazione dei dati personali. In questo contesto le previsioni del Regolamento Generale vanno integrate, con riferimento al settore dei servizi digitali, con le previsioni della Direttiva (UE) 2019/770 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 20 maggio 2019, relativa a determinati aspetti dei contratti di fornitura di contenuto digitale e di servizi digitali, il cui art. 3 par. 1 considera quale oggetto di disciplina da un lato i contratti con cui un operatore economico fornisce, o si impegna a fornire un bene o un servizio digitale dietro corrispettivo di un prezzo; dall'altro i contratti con cui " *l'operatore economico fornisce o si impegna a fornire contenuto digitale o un servizio digitale al consumatore e il consumatore fornisce o si impegna a fornire dati personali all'operatore economico*"[45]. La Direttiva è stata recentemente

[45] Sul tema A. Metzger, Z. Efroni, L. Mischau, J. Metzger, *Data-Related Aspects of the Digital Content Directive*, in *Journal of Intellectual Property, Information Technology and Electronic Commerce Law*, 2018, p. 9; P. Giliker, *Adopting a Smart Approach to EU Legislation: Why Has It Proven So Difficult to Introduce a directive on Contracts for the Supply of Digital Content*, in T. E. Synodinou, P. Jougleux, C.Markou, T. Prastitou (eds.), *EU Internet Law in the Digital Era: Regulation and Enforcement*, 2019, p. 299 ss.; C. Camardi, *Prime osservazioni sulla Direttiva (UE) 2019/770 sui contratti per la fornitura di contenuti e servizi digitali. Operazioni di consumo e circolazione di dati personali*, in *Giust. Civ.*, 2019, p.

recepita nell'ordinamento interno con il d. L.vo 4 novembre 2021, n. 173, il quale ha introdotto nel Codice del consumo la disciplina dei contratti di fornitura di contenuto digitale e di servizi digitali, disponendo che la stessa si applica (art. 135 *octies*, comma 4, D.Lvo 206 del 2005) altresì « nel caso in cui» il professionista fornisce o si obbliga a fornire un contenuto o servizio digitale al consumatore «e il consumatore fornisce o si obbliga a fornire dati personali al professionista», escluse le ipotesi in cui tali dati siano trattati esclusivamente ai fini della fornitura del contenuto o servizio digitale oppure per assolvere a obblighi di legge del professionista e quest'ultimo non tratti tali dati per scopi diversi da quelli previsti.

La precisa prestazione dell'interessato avente ad oggetto i dati personali, e dunque il diritto che attraverso il contratto sugli stessi è acquisito da parte dell'operatore economico non vengono specificati dalla legge. Non si fa riferimento ad un trasferimento di un diritto di stampo proprietario sui dati (ammesso che ciò sia possibile, ma, com'è noto, il tema è assai dibattuto e discusso, intersecando quello dell'inalienabilità degli aspetti della persona[46]); né si fa riferimento al trasferimento di un diritto relativo di uso di tali beni (alla stregua di un diritto di godimento); né, tanto meno, si limita la tipologia di uso che del dato personale può essere effettuato (ad esempio uso direttamente produttivo, oppure uso indirettamente produttivo in quanto destinato ad un'ulteriore cessione a terzi; oppure uso quale "materia prima" per la creazione di ulteriori dati, ecc.); né si fa riferimento ad una prestazione di *dare* o di *facere* avente ad oggetto i dati personali. Lo schema astratto è dunque aperto a diverse formulazioni, ma, a ben vedere, al centro dell'attribuzione sta il trattamento[47].

499; G. Versaci, *Personal data and Contract law: challenges and concerns about the economic exploitation of the right to data protection*, in *European Review of contract law*, 2018, 376 ss.

[46] Sul tema si v. F. Mezzanotte, *Access to data: the role of consent and the licencing scheme*, in K. S. Lohsse, R. Schultze, D. Staudenmayer (editors), *Trading Data in the Digital Economy: Legal Concepts and tools*, Oxford, 2017, p 159 ss.; B. Hugenholtz, *Data Property in the System of Intellectual Property Law: Welcome Guest or Misfit?*, *ivi*, p. 75 ss.; J. M. Victor, *The Eu General Data Protection Regulation Regulation: Toward a Property Regime for Protecting Data Privacy* , in *The Yale Law Journal*, 2013, p. 515; Prins, *When Personal Data, Behavior and Virtual Identities Become a Commodity: Would a Property Rights Approach Matter?*,in *SCRIPT-ed*, cit.; L.C. Ubertazzi, *Proprietà intellettuale e privacy*, in *Foro i*t., 2014, c. 93. Si leggano, altresì, le riflessioni svolte nei sistemi di *common law*, dove, in assenza di una normativa organica dedicata, il dibattito ha interessato anche la ricerca del migliore strumento giuridico per la tutela della *privacy*: P.M. Schwartz, *Property, privacy, and personal data*, in *Harvard Law Review*, 2004, p. 2056; J Litman, *Information Privacy/ Information Property*, in *Stanford Law Review*, 2000, p. 1283 ss.

[47] Ampiamente C. Solinas, *La circolazione dei dati personali nell'ottica dello scambio tra diritti*, cit., specialmente p. 130 ss. ove si pone in evidenza come la vicenda circolatoria e

La scelta di non restringere in un'astratta previsione schematica (e diremmo in un tipo contrattuale) le possibili variabili con le quali può realizzarsi il fenomeno della circolazione dei dati è, almeno in questo momento, opportuna per una pluralità di ragioni. Innanzitutto il fatto che siamo dinnanzi ad una forma di economia estremamente duttile e variabile, in grado di proporre con una velocità significativa sempre nuove forme e modalità di circolazione del bene "dato personale"[48]: sicché costringere le operazioni economiche nelle forme astratte del tipo sarebbe un'opzione contraria a quanto viceversa auspicato dallo stesso legislatore europeo nel senso di agevolare ed alimentare i nuovi mercati dei dati personali e sempre nuove forme di circolazione della ricchezza. È utile qui ricordare come quello di tipo contrattuale sia concetto che rispecchia generali e ricorrenti esigenze della vita di relazione e schemi di regolamentazione di interessi; e nel caso del c.d. «trasferimento» e della corrispettiva «acquisizione» dei dati personali le esigenze economiche oggettive possono essere le più svariate, come sopra evidenziato (godimento, trasformazione, ulteriore trasferimento del dato ecc.). Queste esigenze sono però in grado di essere espresse volta per volta dallo specifico diritto al trattamento dei dati attribuito[49].

In secondo luogo, proprio considerato il carattere generale del Regolamento e la non immediata applicabilità delle Direttiva sui contratti digitali nei diversi Stati, la scelta di non dettare appositi tipi di contratti di "circolazione dei dati" appare opportuna considerata l'esigenza di consentire

dunque lo scambio può essere allora più tecnicamente schematizzata come scambio diritto alla fornitura vs. diritto al trattamento dei dati personali.

[48] Cfr. alcune riflessioni su possibili differenziazioni di modelli di mercato di dati personali in V. Zeno-Zencovich, *op.cit.*, *passim*. La varietà ed elasticità sono il tratto caratterizzante i "privacy contracts", cfr. M. Rhoen, *Big Data and Consumer Participation in Privacy Contracts: Deciding who Decides on Privacy*, in *Utrecht Journal of International and European Law*, 2015, p. 53: «Usually, these consumer contracts offer benefits to consumers that are unrelated to their personal data. Sometimes, these contracts are unavoidable for the consumer (everybody needs banking, telecommunications and public transport). Sometimes consumers enter into these contracts to obtain a side benefit to another transaction (e.g. using a loyalty program to obtain a rebate from a retailer). Sometimes the exchange of personal data for services is an essential performance of the contract (e.g. when using a social network site) and sometimes the data only has value for the party collecting it, for example when a web site uses tracking cookies to follow the behaviour of every website visitor».

[49] Come evidenzia C. Solinas, *La circolazione dei dati*, cit., p. 133, infatti, «il diritto a trattare i dati personali è, invero, un diritto di ampiezza circoscritta da specifici fini per i quali il trattamento è svolto. Con riferimento ad uno stesso dato personale e ad un medesimo titolare del trattamento, infatti, è possibile immaginare tanti diritti al trattamento di quel dato quanti sono i fini perseguiti attraverso il trattamento stesso».

ai singoli Stati di 'gestire' la tematica coerentemente ed organicamente nell'ambito del proprio diritto contrattuale. Naturalmente, la tecnica legislativa moderna non si impone all'attenzione degli interpreti per meditazione delle categorie e ponderazione della tecnica in relazione ai presupposti e agli obiettivi dell'intervento normativo, sicchè non ci stupiamo del fatto che il legislatore italiano, in sede di recepimento, nulla abbia aggiunto al dettato europeo. Ha, però, modificato un termine la cui portata, consapevole o meno che sia stata, attribuisce una sferzata verso il superamento definitivo della costruzione tradizionale del fenomeno in termini non patrimoniali. L'art. 135 *octies*, comma 4, Codice del consumo contempla l'ipotesi in cui il consumatore «si obbliga» a fornire dati personali al professionista. L'adozione del concetto di obbligazione per definire l'impegno al conferimento del diritto a trattare i dati personali è certamente passaggio che tecnicamente vanifica quella «neutralità» rispetto al fenomeno contrattuale che in sede europea – come si dirà meglio oltre- si voleva fornire modificando l'originaria formulazione della proposta di direttiva[50].

Al di là dei profili tipologici, in ogni caso, è possibile avanzare una lettura del fenomeno contrattuale indagato attraverso il ricorso al concetto di causa. Non al tipo, infatti, bisogna far riferimento per comprendere giuridicamente le operazioni di circolazione dei dati personali, ma alla causa così come individuata nella fortunata concettualizzazione degli studi di Giovanni Battista Ferri[51] e ripresa e condivisa da autorevole dottrina[52]. Riprendendo questo insegnamento, ora più che mai utile a trovare le coordinate di una comprensione tecnica del dato empirico che abbiamo dinnanzi, occorre rilevare che nella normativa europea la circolazione dei dati personali è individuata attraverso la descrizione funzionale dell'operazione economica concreta realizzata: uno scambio tra la possibilità di accesso di un soggetto al dato personale dell'interessato per un certo trattamento e l'acquisizione da parte dell'interessato, ed in ragione di ciò, di una utilità (bene o servizio). Proprio alla funzione dell'operazione economica realizzata fa riferimento la definizione di cui all'art. 3 della direttiva 770 del 2019 «*l'operatore economico*

[50] Com'è stato notato, infatti, con il suddetto d. Lvo 173/2021 di recepimento della Direttiva n. 770 del 2019, il legislatore nazionale ha mantenuto l'«apparente» neutralità della congiunzione «e» che lega le posizioni del professionista e del consumatore nella vicenda empirica dello scambio ma «ha connotato l' "impegno" del consumatore a fornire i dati personali con l'espressa - e assai meno neutrale sul piano tecnico - natura di obbligo avente ad oggetto la prestazione dei dati personali»: v. C. Solinas, *La circolazione dei dati personali nell'ottica dello scambio tra diritti*, cit., p. 127.

[51] G.B. Ferri, *Causa e tipo nella teoria del negozio giuridico*, Milano, 1966.

[52] C.M. Bianca, *Il contratto*, cit.; Id., *Causa concreta del contratto e diritto effettivo*, in *Riv. dir. civ.*, 2014, p. 251 ss.

fornisce o si impegna a fornire contenuto digitale o un servizio digitale al consumatore e il consumatore fornisce o si impegna a fornire dati personali all'operatore economico».

La funzione economica, insomma, è quella di realizzare, concretamente ed al di là degli schemi utilizzati, uno scambio, anche laddove lo schema contrattuale sia apparentemente gratuito[53]. Questo riferimento, che invita ad analizzare sotto la prospettiva causale il fenomeno della circolazione dei dati personali e dei relativi contratti, consente di evidenziare che la fornitura di dati personali non è mai non solo economicamente[54], ma neppure giuridicamente, un'attività priva di una ragione giuridicamente valutabile o fine a se stessa. Al contrario: la fornitura dei dati si inserisce nell'operazione economica concretamente realizzata e contribuisce a definire la ragione giuridica del contratto attraverso il quale vengono forniti beni o servizi – apparentemente-gratuitamente[55].

Essa consente, infatti, di rinvenire una causa di scambio al di là

[53] Quanto al modello di scambio, è stato notato che, nel contesto dei dati, si assiste ad un significativo cambiamento rispetto al paradigma della vendita - che realizza un trasferimento di diritti del venditore all'acquirente completo, illimitato nel tempo e non invertibile- a beneficio di un paradigma fondato sulla licenza, nel quale il concedente permette al concessionario di utilizzare una certa entità, per un determinato scopo e per un determinato periodo: v. V. Zeno-Zencovich, *Do "Data Markets" Exist?*, in *Medialaw*, 2019, p. 26.

[54] Il rilievo economico della protezione dei dati, anche quanto a più generali benefici che può apportare ai sistemi economici, è evidente, ad esempio nelle considerazioni della stessa Commissione europea nella Comunicazione nella Commissione al Parlamento Europeo e al Consiglio, *Scambio e protezione dei dati personali in un mondo globalizzato*, COM(2017) 7 final la quale pur affermando che « la privacy non è una merce di scambio» (p. 6) non può che evidenziare che « la protezione e lo scambio dei dati personali non si escludono a vicenda. Un solido sistema di protezione dei dati agevola i flussi di dati accrescendo la fiducia dei consumatori nelle imprese che hanno a cuore le modalità di trattamento dei dati personali dei loro clienti. Standard elevati di protezione dei dati diventano così vantaggiosi per l'economia digitale globale» (p. 18).

[55] Evidenzia la curiosità della formulazione utilizzata per descrivere l'operazione economica C. Camardi, *Prime osservazioni sulla Direttiva (UE) 2019/770,* cit.,p. 499 ss., che nota come nel secondo comma dell'art. 3 della Direttiva «compare un altro modello di operazione economica, che la Direttiva fa ricadere nel suo ambito di applicazione ma non definisce "contratto" (come invece faceva nel comma 1), facendo piuttosto ricorso al generico termine "caso" in cui l'operatore economico fornisce contenuti o servizi digitali, ma il consumatore non paga un prezzo, bensì a sua volta "fornisce o si impegna a fornire" dati personali. Ciò che rende singolare questa definizione è la circostanza per cui le due forniture da parte dei due contraenti non sembrano poste in relazione formale di corrispettività, ragion per cui il contratto non si presenta né oneroso né a prestazioni corrispettive, bensì come "caso", per l'appunto, in cui convergono la prestazione economica tecnicamente gratuita di contenuti o servizi».

dello schema astratto utilizzato, perché la prestazione di un bene o di un servizio all'interessato non è semplicemente l'occasione fattuale o una mera circostanza nella quale quello stesso interessato presta il proprio consenso al trattamento dei dati personali, ma rappresenta la ragione economica concreta dell'operazione: l'interessato presta il proprio consenso al trattamento dei dati al fine di ottenere un servizio digitale da parte dell'operatore economico o un corrispettivo, mentre l'operatore economico fornisce un bene / servizio digitale oppure paga il corrispettivo al fine di poter sfruttare quella specifica ricchezza patrimonialmente valutabile che sono i dati personali dell'interessato. È questa, allora, la ragione pratica del contratto allorquando in corrispondenza di una data prestazione di un operatore economico venga fornito il consenso al trattamento dei dati personali dell'interessato, l'accesso al trattamento dei dati personali dell'interessato indica l'interesse che l'operazione contrattuale è diretta a soddisfare.

Naturalmente, questa lettura è agevole e forse anche obbligata per il giurista italiano, che può attingere al concetto di causa come strumento per la qualificazione dei contratti[56] mentre pone indubbiamente più delicati problemi di qualificazione in quegli ordinamenti che hanno voluto superare il riferimento –espresso-a tale istituto come, ad esempio quello francese.

Così come questa lettura consente di inquadrare tecnicamente al meglio il fenomeno disciplinato lasciandosi alle spalle le ambiguità tecniche che hanno condotto ad una non rigorosa formulazione della disposizione normativa europea, proprio in ragione di quelle ritrosie ideologiche a riconoscere, e disciplinare di conseguenza, l'esistenza di rapporti di scambio e di contratti aventi ad oggetto i dati personali. Va infatti tenuto presente che l'analisi della causa concreta dei suddetti contratti consente di rinvenire nella prestazione avente ad oggetto i dati personali il corrispettivo dei beni e dei servizi digitali. E questo nonostante la formulazione dell'art. 3 della Direttiva che (evidentemente ignorando il concetto di causa del contratto) ha volutamente evitato di far riferimento al termine «corrispettivo» su parere del Garante europeo per la protezione dei dati personali il quale, chiedendo di non parlare espressamente di "corrispettivo", ha così ritenuto di "far salva" l'idea che i dati non siano una merce e non possano essere oggetto di scambio. Un intervento che si è registrato anche, sostanzialmente nei medesimi termini, con riferimento all'adozione della direttiva (UE) 2019/2161 del 27 novembre 2019dettata « per una migliore applicazione e una modernizzazione delle norme

[56] Richiamo ancora una volta le pagine del *Contratto* di C.M. Bianca, cit.; che ben evidenza questa funzione della causa.

dell'Unione relative alla protezione dei consumatori»[57].

Quanto alla direttiva 770 del 2019, si tenga presente, a tal proposito, che originariamente, proprio per rispondere alle necessità di tutela dei soggetti nelle forme emergenti di economia digitale, la Proposta di direttiva espressamente individuava quali contratti da essa disciplinati quelli in cui la fornitura di servizi digitali avviene in cambio di denaro oppure di dati personali; i dati personali, dunque, erano considerati espressamente - non solo nella ricostruzione della funzione concreta- quale controprestazione degli impegni dell'operatore economico (nella versione originaria, quella della Proposta di direttiva, l'art. 3 stabiliva «*La presente direttiva si applica ai contratti in cui il fornitore fornisce contenuto digitale al consumatore, o si impegna a farlo, e in cambio del quale il consumatore corrisponde un prezzo oppure fornisce attivamente una controprestazione non pecuniaria sotto forma di dati personali o di qualsiasi altro dato*».

L'attuale versione è invece il frutto di un cambiamento consapevolmente operato dal legislatore europeo sulla base di un Parere del Garante europeo per la protezione dei dati reso il 17 marzo 2017[58]. Quest'ultimo, pur riconoscendo (non senza evidenti contraddizioni) l'esistenza di un mercato dei dati personali nei quali essi sono economicamente oggetto di controprestazione nell'ambito di operazioni di scambio di beni e servizi compiute dai consumatori, riteneva che fosse «pericoloso» [la citazione è letterale!] accostare concettualmente e testualmente alla controprestazione pecuniaria un'ulteriore forma di controprestazione (la fornitura di dati personali); ciò sul presupposto che, essendo la protezione dei dati personali un diritto fondamentale, si sarebbe dovuta escludere la sua valutazione e considerazione in termini di merce, e dunque di corrispettivo, di bene oggetto di un interesse economicamente percepibile sia da parte del consumatore (che grazie esso può ottenere servizi digitali) che dell'operatore economico.

Il risultato dell'obiezione avanzata dal Garante europeo sul testo della Proposta è appunto l'attuale disposizione dell'art. 3 che non fa più riferimento alla prestazione avente ad oggetto i dati personali quale controprestazione della fornitura di beni o servizi digitali. E tuttavia -essendo proprio il fenomeno che si vuole disciplinare quello della fornitura dei servizi digitali e dell'ottenimento corrispondente dei dati personali- l'art. 3 della direttiva mantiene il riferimento alla fornitura dei dati personali, con

[57] V. Parere del Garante europeo per la protezione dei dati personali n. 8/2019.
[58] EDPS, *Opinion* 4/2017, in www. edps.europa.eu.

una solo apparente soluzione del problema teorico avanzato dal Garante[59].

L'art. 3, infatti, fa riferimento a due manifestazioni di consenso che (solo formalmente) pare considerare quali attività giuridiche "parallele", quali fonti di prestazioni isolate non oggetto di un unico contratto, ma che funzionalmente contribuiscono a realizzare una funzione economica unitaria: a) il primo consenso quello avente ad oggetto la fornitura consensuale di oggetti o servizi digitali (evidentemente, solo formalmente, gratuito); b) il secondo consenso quello al trattamento dei dati personali. Entrambi si giustificano a vicenda, sicchè l'operazione economica realizzata è uno scambio e, anche giuridicamente, la fornitura dei dati personali è il corrispettivo della prestazione di beni e servizi.

Si deve allora conciliare la disposizione di cui all'art. 3 della Dir. 770/2019 citato con la teoria generale del contratto all'interno della quale, in ogni caso, è destinata ad essere risolta ed interpretata la vicenda dei contratti di fornitura di contenuti o servizi digitali. Per questa ragione, pur nella non brillante formulazione prescelta dal legislatore europeo per descrivere l'operazione economica (e che, appunto, pare distinguere due atti paralleli: quello di fornitura del bene/servizio; quello di circolazione dei dati personali), potrebbero sollevarsi alcune perplessità in ordine alla teorizzazione forniture contrattuali « a titolo, o meglio a struttura gratuita alle quali si affianca- ma non in funzione corrispettiva- un atto dispositivo mediante il quale il consumatore cede al fornitore suoi dati personali»[60]. Il collegamento funzionale di scambio tra la fornitura del servizio e quella dei dati personali è alla base della strutturazione della operazione economica, la quale dunque è portatrice di una effettiva « corrispettività » tra le forniture e come tale è considerata dalla disciplina fornita all'operazione stessa, al di là del rifiuto del legislatore europeo a chiamare i concetti giuridici con il proprio nome.

[59] E peraltro, «avoiding the term "counter-performance" or any comparable terminology from the realm of contract law contributes nothing to achieving the goals of the DCD or serving any other regulative purpose»: A. Metzger, Z. Efroni, L. Mischau, J. Metzger, *Data-Related Aspects,* cit., p.to 20. Cfr. anche le riflessioni di H. Zech, *Data as tradable commodity,* in A. De Francesci (ed.), *European contract law and the Digital Single Market*, Cambridge, 2016, pp. 460 ss.

[60] Così C. Camardi, *op.cit*., p. 501 che suggerisce l'ipotesi di « forniture contrattuali a titolo, o meglio a struttura gratuita alle quali si affianca – ma non in funzione corrispettiva – un atto dispositivo mediante il quale il consumatore cede al fornitore suoi dati personali, suscettibili di trattamento e verosimilmente trattati in relazione a scopi diversi da quelli contrattuali (come si desume dalla parte finale del paragrafo): per questi "casi" la Direttiva estende al fruitore gratuito del servizio la protezione del consumatore pagante, attribuendogli l'esercizio dei rimedi contro i difetti di conformità».

D'altra parte lo stesso legislatore europeo non può omettere di collocare nell'ambito dei contratti di scambio il fenomeno in questione, e, a tal fine, finanche di inserirlo nelle nuove politiche di disciplina dei contratti di consumatori. Così, da ultimo, la Direttiva (Ue) 2019/2161[61] rileva (considerando 31) che i contenuti digitali e i servizi digitali sono spesso forniti *online* attraverso contratti che prevedono, da parte del consumatore, « la comunicazione di dati personali al professionista» ma che la riformanda Direttiva 2011/83/UE si applica solo ai contratti di servizi, compresi i contratti di servizi digitali, che prevedono che il consumatore paghi o si impegni a pagare un prezzo. Su tale disciplina interviene così il legislatore europeo del 2019 - attraverso la Direttiva 2161 citata – proprio per estendere le tutele previste per le forniture di servizi digitali offerte in cambio di denaro anche alle ipotesi di «contratti di servizi digitali nel cui ambito il consumatore fornisce al professionista dati personali e non paga alcun prezzo. *Data la loro somiglianza e la loro interscambiabilità*, i servizi digitali a pagamento e i servizi digitali forniti contro dati personali dovrebbero essere soggetti alle stesse norme».[62]

Senza dubbio, poi, questa lettura attraverso la ricostruzione della causa concreta del negozio presuppone che i dati personali siano concepibili come oggetto di diritti, come beni (seppure immateriali), per quanto, per le ragioni anzidette, i diritti ipotizzabili sugli stessi che vengono trasmessi o acquisiti dal titolare del trattamento possano essere di diverso tipo, implicanti operazioni di godimento non esclusivo, di sfruttamento economico, di trasformazione al fine della creazione di ulteriori dati attraverso, ad esempio, la profilazione[63] ecc., e dunque, diritti di trattamento[64]. Si tratterebbe, d'altra parte, di beni

[61] Direttiva (Ue) 2019/2161 del Parlamento Europeo e del Consiglio del 27 novembre 2019 che modifica la Direttiva 93/13/CEE del Consiglio e le Direttive 98/6/CE, 2005/29/CE e 2011/83/UE del Parlamento europeo e del Consiglio per una migliore applicazione e una modernizzazione delle norme dell'Unione relative alla protezione dei consumatori.

[62] Corsivo mio. Coerentemente, l'ambito di applicazione della Direttiva (Ue) 2011/83 è ampliato con l'introduzione all'art. 3 del par. «1 bis. La presente direttiva si applica anche se il professionista fornisce o si impegna a fornire un contenuto digitale mediante un supporto non materiale o un servizio digitale al consumatore e il consumatore fornisce o si impegna a fornire dati personali al professionista, tranne i casi in cui i dati personali forniti dal consumatore siano trattati dal professionista esclusivamente ai fini della fornitura del contenuto digitale su supporto non materiale o del servizio digitale a norma della presente direttiva o per consentire l'assolvimento degli obblighi di legge cui il professionista è soggetto, e questi non tratti tali dati per nessun altro scopo».

[63] Sulla profilazione A. Pierucci, *Elaborazione dei dati e profilazione delle persone*, in V. Cuffaro, R. D'Orazio, V. Ricciuto, *I dati personali nel diritto europeo*, cit., p. 413 ss.

[64] C. Solinas, *La circolazione dei dati personali,* cit.

particolari perché suscettibili di essere "goduti" contemporaneamente da una pluralità di soggetti collocati in luoghi diversi; e il cui godimento non implica una loro "consumazione". È una caratteristica specifica del dato personale che fa sì che, ad esempio, l'eventuale diritto di godimento sullo stesso non possa essere pienamente parificato a quello del conduttore che gode del bene in via esclusiva. Il che ci porta domandarci se proprio ragione della peculiarità del bene e della sua "globalità" possa ragionarsi della nascita di una peculiare categoria di diritti di godimento non esclusivo.

4. *I dati personali quale corrispettivo contrattuale*

Alle questioni concettuali si aggiunge un problema ulteriore legato, come si è detto, alla qualificazione della prestazione contrattuale il cui risvolto applicativo è stato recentemente affrontato dall' Autorità garante della concorrenza e del mercato e dalla giurisprudenza amministrativa.

Il dibattito ha riguardato le offerte di servizi del noto gestore della piattaforma digitale di *social network* Facebook, che invitava gli utenti all'attivazione dell'*account*, e dunque alla sottoscrizione del contratto di fornitura del servizio digitale, dichiarandone la gratuità.

L'Autorità garante della concorrenza e del mercato[65], sul punto confermata dal Tar Lazio con sentenza n. 260 del 2020[66], ha sanzionato l'operatore economico per violazione del divieto di pratiche commerciali ingannevoli, sul presupposto che la fornitura dei relativi servizi non fosse erogata in assenza di qualsivoglia controprestazione dell'utente, ma inquadrabile in una prospettiva di scambio. Quest'ultimo si realizza per mezzo della messa a disposizione da parte dell'utente dei propri dati personali, così da consentire il loro sfruttamento commerciale ad opera del fornitore del servizio.

Anche il Consiglio di Stato, chiamato a valutare la correttezza dell'operato del giudice di primo grado, ha confermato la ricostruzione della vicenda in termini patrimoniali, così giudicando corretta l'applicazione all'informativa fornita all'utente dal gestore del social network, della disciplina delle pratiche commerciali scorrette di cui agli artt. 21 e 22 cod. cons[67].

[65] AGCM, prov. N. 27432 del 2018.

[66] Tar Lazio n. 260 del 2020. Sulla pronuncia del TAR Lazio v. C. Solinas, *Circolazione dei dati personali, onerosità del contratto e pratiche commerciali scorrette*, in *Giur. it.*, 2021, 2, p. 321 ss.; nonché G. D'Ippolito, *Commercializzazione dei dati personali: il dato personale tra approccio morale e negoziale*, in *Dir. inf.*, 2020, p. 648 ss.

[67] Cons. Stato n. 2630 del 31/03/2021 sulla quale, per un primo commento, V. Ricciuto,

Il quesito di base comune a tutte le questioni sollevate in sede di impugnazione del provvedimento del TAR innanzi al Consiglio di Stato è relativo alla possibilità di considerare i dati personali quale elemento di un'operazione economica e dunque, in definitiva, di concepire la scelta del soggetto di consentire il trattamento dei propri dati alla stregua di una scelta di consumo. Da tale inquadramento, infatti, deriverebbe l'applicabilità, accanto alla disciplina dettata in materia di tutela della libertà del consenso al trattamento dei dati personali (ora agli artt. 7 e 8, Reg. (UE) 2016/679, «GDPR»), anche della disciplina dettata in materia di tutela della libertà del consenso in materia contrattuale e, segnatamente, dei contratti di consumatori (di cui al D.lvo 206 del 2005).

È dunque dalla soluzione di tale tema, sinteticamente indicato con l'espressione commerciabilità o patrimonializzazione dei dati personali, che dipendono i vari quesiti prospettati al Consiglio di Stato: la natura del rapporto contrattuale instaurato tra utente e fornitore del servizio nei c.dd. *digital zero price market*; la possibilità stessa di applicare ai casi di trattamento di dati personali la disciplina delle pratiche commerciali scorrette; la competenza dell'AGCM a conoscere (e sanzionare) le condotte in grado di incidere sulla decisione degli interessati di mettere a disposizione di altri i propri dati personali.

La sopra descritta impostazione più tradizionale, che relega la materia e la rilevanza del dato personale tra i temi delle tutele della persona, è risultata paradossalmente funzionale a consentire le difese dell'operatore economico. Da tale impostazione, infatti, consegue l'inapplicabilità al fenomeno della disciplina delle pratiche commerciali scorrette e, di conseguenza, anche qualsivoglia competenza dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato qualora vengano in discussione vicende relative ai dati personali. Essa postula insomma la netta separazione tra disciplina relativa al trattamento dei dati personali e disciplina dei fenomeni patrimoniali.

In questa prospettiva, le obiezioni avanzate alla comprensione del fenomeno in termini anche patrimoniali sono quelle classiche: i dati personali costituirebbero un bene *extra commercium* e la loro attinenza ai diritti fondamentali della persona farebbe sì che essi non possano essere venduti, scambiati o comunque ridotti ad un mero interesse economico. Con la conseguenza che i servizi offerti da Facebook, non prestati dietro corrispettivo in denaro, sarebbero offerti con contratto correttamente da qualificarsi gratuito.

C. Solinas, *Fornitura di servizi digitali e prestazione di dati personali: punti fermi ed ambiguità sulla corrispettività del contratto*, in *Giust. civ.*, p. 202.

Non può tacersi che l'ulteriore implicazione logica di questo assunto, allora, dovrebbe anche essere quella che la scelta degli utenti di acconsentire al trattamento dei propri dati personali riceve tutela esclusivamente nei rimedi ordinamentali concessi ai diritti fondamentali della persona di carattere non patrimoniale, e che solo l'Autorità garante per la protezione dei dati personali può sindacare i comportamenti dei titolari del trattamento.

Condivisibilmente, tuttavia, il Consiglio di Stato esclude che vi sia una netta separazione tra disciplina dei dati personali e disciplina del contratto e del mercato. D'altra parte, come a suo tempo avevamo avuto modo di rilevare, le tutele del diritto dei contratti sono in grado di aggiungersi, e non si sostituire quelle che l'ordinamento riserva ai diritti della persona ed in genere al soggetto quale interessato ai sensi del GDPR[68]. L'utente del servizio offerto da Facebook, dinnanzi alla proclamazione della gratuità e alla mancanza di un adeguato riferimento del gestore all'utilizzo dei dati a scopi commerciale, non potrebbe avere piena ed appropriata consapevolezza del fatto che, per ottenere i benefici e i servizi illustrati come gratuiti, egli deve invece fornire il diritto a trattare quei dati non solo per far funzionare i servizi ai quali aspira, ma proprio per poter avere il diritto ad utilizzarli.

La dichiarazione di gratuità del servizio da parte di Facebook e la mancanza di un'adeguata informazione relativamente al valore commerciale dei dati degli utenti, è dunque pratica commerciale ingannevole.

Il caso in esame è esemplare delle ricadute operative di un'impostazione teorica a lungo dominante nella materia del trattamento dei dati personali.

Le conseguenze di questa classica e dominante impostazione, paradossalmente, sono più utili in termini di tutela delle posizioni degli operatori economici che delle persone contraenti. Considerato che la decisione di fornire i propri dati personali non è concepita come esercizio di libertà economica e dunque contrattuale, sarebbero infatti inapplicabili normative come quella in materia di pratiche commerciali scorrette, che sono funzionali proprio a garantire la correttezza delle decisioni economiche e di consumo della persona fisica, parte debole del contratto.

Non ci si deve stupire, dunque, se servizi come quello di Facebook sono reclamizzati come gratuiti se, in realtà, l'intero percorso culturale ed interpretativo di questa materia è stato costruito ed indirizzato a negare qualsivoglia valenza contrattuale, economica, di scambio di dati personali. Più che creare e determinare l'ambiguità circa la gratuità dei propri contratti, dunque, si dovrebbe riconoscere che Facebook ha sfruttato un'ambiguità

[68] Rinvio ancora alle osservazioni più ampiamente sviluppate in V. Ricciuto, *La Patrimonializzazione*, cit.

già propria del modo con cui la materia di dati personali è concepita e presentata anche in alcuni contesti istituzionali poco inclini a concedere spazio anche a letture ulteriori rispetto a quella della tutela dei diritti assoluti della persona[69].

D'altra parte, come è emerso nei precedenti paragrafi, il contesto è quello nel quale, per l'ipotesi di contratti di fornitura di servizi digitali come quello del caso di specie, le stesse istituzioni non si sottraggono alla ripetuta affermazione del rilievo economico assunto dei dati personali, ma contemporaneamente chiedono al legislatore europeo di non tradurre una tale prassi in inadeguate e corrispondenti categorie giuridiche.

Salvo voler alimentare questa ambiguità non pare che esistano alternative: o il contratto attraverso il quale l'utente ottiene la fornitura del servizi digitali è oneroso, ed il corrispondente sacrificio economicamente valutabile da lui sopportato al fine di ottenere la fornitura è dato dall'attribuzione al professionista del diritto a trattare i dati personali per un suo interesse; oppure il contratto è gratuito, e la fornitura che ne è oggetto non si giustifica con alcun sacrificio in capo agli utenti[70], né si giustifica giuridicamente o, meglio, non occorre trovare rilevanza e giustificazione giuridica al consenso al trattamento che in detta occasione viene fornito dall'utente[71].

[69] V. Ricciuto, C. Solinas, *Fornitura di servizi digitali e prestazione di dati personali: punti fermi ed ambiguità,* cit.

[70] V. Ricciuto, C. Solinas, *Fornitura di servizi digitali e prestazione di dati personali: punti fermi ed ambiguità,* cit.: in questa ipotesi, si badi, la messa disposizione da parte dell'utente dei propri dati personali corrisponde ad un interesse della controparte (poter sfruttare economicamente i dati) e non trova la sua giustificazione nella mera esigenza fornire le informazioni necessarie a far funzionare tecnicamente il servizio digitale offerto al singolo. È, insomma, nella funzione di scambio (e nella sua logica di controprestazioni reciproche) che si spiega e si giustifica la decisione dell'utente del servizio di fornire i propri dati personali. Ed è dunque anche tale libertà di scelta economica che va tutelata accanto alla tutela delle scelte di autodeterminazione del singolo nello sviluppo della propria personalità. Ciò non esclude che sia necessario un coordinamento tra la normativa in tema di trattamento dei dati personali e quella consumeristico. Ad esempio con riferimento alle norme che disciplinano la libertà del consenso nel primo e nel secondo impianto normativo (v. ad es. l'art. 7, par.4, GDPR secondo cui nel valutare se il consenso sia stato liberamente prestato, si tiene nella massima considerazione l'eventualità, tra le altre, che l'esecuzione di un contratto, compresa la prestazione di un servizio, sia condizionata alla prestazione del consenso al trattamento di dati personali non necessario all'esecuzione di tale contratto). Sul punto, cfr. G. Resta, *L'oggetto*, in V. Ricciuto, C. Solinas (a cura di), *Forniture*, cit.

[71] C. Solinas, *La circolazione dei dati personali*.

Francesco Antonio Genovese

Il trattamento dei dati personali su base consensuale. Ricognizioni giurisprudenziali di legittimità

Sommario: 1. Tipologie di trattamenti: automatizzati e manuali – 1.1. Valori di bilanciare: le difficoltà di tutela della persona – 2. L'attività di profilazione della persona – 2.1. (*Segue*). La prima pronuncia della Cassazione – 3. Il consenso al trattamento come condizione di liceità dello stesso – 4. Trattamenti basati sul consenso – 5. Trattamento di categorie particolari di dati personali (cd. dati sensibili), ovvero il caso trattato da Cassazione n. 27325 del 2021: la banca dati di campioni genetici – 5.1. (*Segue*). La disciplina contenuta del GDPR 5.2. La regolazione dell'Autorità Garante.

1. *Tipologie di trattamenti: automatizzati e manuali*

Con riguardo all'applicazione materiale del trattamento dei dati personali, l'art. 2 del Regolamento GDPR n. 2016/679[1], stabilisce una primaria distinzione, particolarmente rilevante per le verifiche giurisdizionali, quella tra il trattamento automatizzato e il trattamento manuale[2]. Se il secondo può esprimere una particolare e mirata intenzionalità sul titolare dei dati, da parte dell'autore del trattamento, il primo segna il passaggio alla contemporaneità, alla gestione massiva, alle difficili problematiche dell'oggi.

La distinzione è posta sulla base al principio di neutralità del dato tecnologico, ossia sulla finalità di dare tutela a ogni forma di trattamento,

[1] Sul Regolamento del 2016, in linea ampia e generale: AA.VV, a cura di V. Cuffaro, R. D'Orazio e V. Ricciuto, *I dati personali nel diritto europeo* Torino, 2019; AA.VV., a cura di N. Zorzi Galgano *Persona e mercato dei dati. Riflessioni sul GDPR*), Padova, 2019; AA.VV., diretto da G. Finocchiaro, *La protezione dei dati personali in Italia. Regolamento UE n. 2016/679 e d.lgs. 10 agosto 2018, n. 101*, Bologna, 2019; AA. VV., a cura di L. Califano e C. Colapietro, *Innovazione, tecnologia e valore della persona. Il diritto alla protezione dei dati personali nel regolamento UE 2016/679*, Napoli, 2017.

[2] Ma sulla distinzione, anche in riferimento alla prima legislazione, cfr. A. Palmieri, *I trattamenti non automatizzati di dati personali: la regola della parificazione*, in *Danno e responsabilità*, 2002, p. 585 ss..

indipendentemente dal mezzo utilizzato dal responsabile. Ma è da chiedersi se le forme stesse della materialità non incidano diversamente anche sul versante della responsabilità.

Il considerando n. 15 del GDPR, che a tale distinzione si riferisce, non dice molto di più se non precisare che entrambi i tipi di trattamento presuppongono la (attuale o futura) destinazione dei dati ad un archivio ordinato, poiché non rientrano "*nell'ambito di applicazione del* (…) *regolamento i fascicoli o le serie di fascicoli non strutturati secondo criteri specifici, così come le rispettive copertine*". Tra gli archivi rilevanti, quindi, sono esclusi quelli "domestici": si potrebbe pensare ai ritagli di stampa di uno scrittore o di un saggista (escludo a bella posta il giornalista che svolge una professione vigilata da codici di condotta), raccolti – più o meno alla rinfusa - in cartelline riposte sugli scaffali del proprio studio, per finalità di lavoro intellettuale o per curiosità dello spirito.

La distinzione tra i due tipi di trattamento, quanto alla loro gestione materiale, è chiaramente rilevante sotto il profilo descrittivo (ancor prima che precettivo) perché tutti abbiamo presente la diffusività e la pervasività dei trattamenti automatizzati di masse di dati, ormai capaci di presentarsi, con i loro casi, diversamente che nel passato, anche davanti alla giurisdizione, come si dirà.

Il § 2, lett. c), dello stesso articolo 2 del GDPR chiarisce (a evitare equivoci), che il Regolamento non si applica (anche alla luce del Considerando n. 18) "*al trattamento di dati personali effettuato da una persona fisica nell'ambito di attività a carattere esclusivamente personale o domestico e quindi senza una connessione con un'attività commerciale o professionale. Le attività a carattere personale o domestico potrebbero comprendere la corrispondenza e gli indirizzari, o l'uso dei social network e attività online intraprese nel quadro di tali attività*"[3].

Secondo tale previsione, perciò, sarebbero escluse dalla considerazione normativa anche le attività che presentano una forte diffusività in quanto si avvalgano non della carta ma di strumenti tecnologici, come le attività svolte *on-line* o attraverso i *social network*, purché però la loro gestione, da parte della persona, non venga svolta in connessione con una professione (o un commercio) ma resti, per cd. dire, del tutto privata[4].

[3] Anche se è detto, a chiarimento, che esso "*Tuttavia, si applica ai titolari del trattamento o ai responsabili del trattamento che forniscono i mezzi per trattare dati personali nell'ambito di tali attività a carattere personale o domestico*".

[4] Per tale distinzione e le sue diverse sfumature (l'archivio personale; l'archivio professionale; l'archivio non in rete; l'archivio in rete), cfr. D. Menciassi, *Le misure minime di sicurezza dei dati personali custoditi a mezzo computer*, in *Notiziario del lavoro e Previdenza*, 2000, p.

In pratica, ciò che è escluso dall'ambito applicativo della previsione normativa è il dossieraggio coltivato per finalità personali e speculative (in senso politico-filosofico) ma esso vi rientra se la formazione di tali masse di dati, per quanto trattate in modo non automatizzato, sia in una qualche misura connesso con un'attività professionale in senso ampio (es. quella di pubblicista, nei diversi ambiti di declinazione di tale attività, o quella di pubblicitario o di esperto del marketing, *et similia*).

Nella recentissima Ordinanza n. 1263 del 2022, la Corte di cassazione si è occupata del caso di un noto Consulente giudiziario (del PM o del Giudice) il quale era stato il destinatario di un'ordinanza-ingiunzione del Garante, con cui la predetta autorità aveva intimato il pagamento della somma cospicua a titolo di sanzioni, per aver costituito illecitamente, e cioè in violazione delle disposizioni del d.lgs. 30 giugno 2003, n. 196, una banca dati in cui aveva fatto confluire le risultanze acquisite nel corso dello svolgimento di ben 351 incarichi peritali (comprese la deregistrazione di colloqui telefonici o ambientali) affidatigli in varie località del paese dall'autorità giudiziaria penale.

Nell'esaminare il ricorso (proposto dal Garante contro l'esito assolutorio registratosi nel corso del doppio grado di merito) la Cassazione ha precisato che, sebbene ai sensi dell'art. 2, § 2, lett. c), del GDRP le disposizioni del regolamento, secondo l'intendimento espresso dal 18° Considerando, non si applichino "*al trattamento di dati personali effettuato da una persona fisica nell'ambito di attività a carattere esclusivamente personale o domestico*", nondimeno la circostanza che l'ausiliario dell'AG abbia trattato i dati acquisiti nel corso della sua attività consulenziale, costituendo una vera e propria banca dati, non rendeva ingiustificata l'indagine condotta dall'Autorità, non potendosi *a priori* ritenere che, per il modo in cui il Consulente era pervenuto all'acquisizione dei dati in questione (ovvero nello svolgimento della propria attività professionale), la loro acquisizione avesse carattere personale e domestico e fosse perciò automaticamente esentata dall'osservanza delle norme di tutela.

In sostanza, indipendentemente dall'esito della sussistenza della violazione amministrativa (che il giudice di merito, in doppio grado, ha escluso) la legittimità dell'intervento dell'Autorità è stato salvaguardato.

1.1. *Valori da bilanciare: le difficoltà di tutela della persona.*

Prima di proseguire nell'esame delle forme di trattamento, va fatta una

488 ss.

breve premessa, che riguarda il centro della tutela enunciato dalla nuova regolazione: tutto il sistema del Nuovo Regolamento ha come suo perno la persona fisica[5]. Nulla di più ma anche nulla di meno.

Secondo l'art 1, §1, il Regolamento si è assunto il ruolo di stabilire le "*norme relative alla protezione delle persone fisiche con riguardo al trattamento dei dati personali, nonché* (le) *norme relative alla libera circolazione di tali dati*."; sì che la stessa nozione di «dato personale» acquista rilievo solo in riferimento alla persona fisica, e disegna uno spazio, relativo a qualsiasi informazione riguardi "una persona fisica identificata o identificabile («interessato») (…), direttamente o indirettamente, con particolare riferimento a un identificativo come il nome, un numero di identificazione, dati relativi all'ubicazione, un identificativo *online* o a uno o più elementi caratteristici della sua identità fisica, fisiologica, genetica, psichica, economica, culturale o sociale" (art. 4, n 1)[6].

In sostanza la potenza dei mezzi che possono investire la persona sotto ogni profilo la rendono suscettiva di attenzione, prima ancora che di tutela. La tutela è infatti solo promessa, ma è tutta da realizzare, poiché non è scontata e, soprattutto, come si dirà, essa può soffrire lo svantaggio di un bilanciamento (compiuto dall'Autorità: amministrativa o giurisdizionale) non favorevole alle ragioni della persona: una sorta di disagio della civiltà, secondo la celebre formula freudiana[7] (poi ripresa da Marcuse)[8].

Il primo Considerando del GDPR, ha cura di precisare che "*la protezione delle persone fisiche con riguardo al trattamento dei dati di carattere personale è un diritto fondamentale*.", richiamando, a corroborare quell'affermazione,

[5] Al riguardo, si veda: AA. VV., a cura di V. Cuffaro, V. Ricciuto e V. Zeno Zencovich, *Trattamento dei dati e tutela della persona*), Milano 1998, in particolare, i contributi di G. Alpa, *La normativa sui dati personali modelli di lettura e problemi esegetici* e di P. Rescigno, *Protezione dei dati e diritti della personalità*. Si veda anche Michaela Giorgianni, *Il «nuovo» diritto alla portabilità dei dati personali*. *Profili di diritto comparato*, in *Contratto e impresa*, 2019, p. 1387 ss.

[6] Una particolare fattispecie di identificazione *per relationem* a un dato numerico ha formato oggetto di positivo scrutinio da parte della Corte di cassazione (Sez. 1 , Ordinanza n. 19270 del 2021) che ha affermato il principio di diritto secondo cui "*Rientra nel novero dei dati personali definiti dall'art. 4, comma 1, lett. b del d.lgs. n. 196 del 2003, per il quale è tale qualunque informazione relativa ad una persona identificata o identificabile anche indirettamente mediante riferimento a qualsiasi altra informazione, ivi compreso un numero di identificazione personale, non solo il numero di targa del veicolo, benché esso sia visibile a tutti quando circola per strada, ma anche i dati costituenti la chiave di accesso al sistema elettronico di apertura e chiusura dell'autoveicolo in quanto ciò che rileva non è il numero in sé ma il suo collegamento ad una persona*".

[7] S. Freud, *Il disagio nella civiltà*, Torino, 2010.

[8] H. Marcuse, *Eros e civiltà*, Torino, 1964.

l'articolo 8, paragrafo 1, della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea e l'articolo 16, paragrafo 1, del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea («TFUE»), previsioni che stabiliscono il principio basilare secondo cui ogni persona ha diritto alla protezione dei dati di carattere personale che la riguardano (principio che si declina nella necessità del rispetto di "tutti i diritti fondamentali" e in particolare di quelli relativi alla vita privata e familiare, al domicilio e alle comunicazioni, alla libertà di pensiero, di coscienza e di religione, alla libertà di espressione e d'informazione, alla libertà d'impresa, del diritto a un ricorso effettivo e a un giudice imparziale, nonché de diritto alla diversità culturale, religiosa e linguistica) e s'impone ai diritti nazionali, che cerca di armonizzare fra loro (Considerando n. 3), a prescindere dalla nazionalità o dalla residenza della persona (Considerando n. 2).

Insomma, il trattamento dei dati personali "dovrebbe essere al servizio dell'uomo" (Considerando n. 4) e proprio per tale funzione la sua protezione non va intesa come una prerogativa assoluta, ma contemperata con altri diritti fondamentali, in ossequio al principio di proporzionalità[9]. Cosa non propriamente facile, come sa bene chi se ne occupa e sa che i poli dell'attuale dilemma sono ormai come conciliare la tutela dei diritti della persona con la velocità di circolazione dei dati.

2. *L'attività di profilazione della persona.*

Tanto premesso, va detto che nell'ambito dei trattamenti automatizzati acquista un rilievo importante la cd. attività di profilazione, ossia quel tipo di trattamento consistente nell'utilizzo dei dati "*per valutare determinati aspetti*

[9] Si veda, al riguardo, quanto affermato da Cass. Sez. 1, nell'Ordinanza n. 11020 del 2021, secondo cui, il trattamento dei dati personali deve essere sempre effettuato nel rispetto del "criterio di minimizzazione" dell'uso degli stessi, dovendo cioè essere utilizzati solo se indispensabili, pertinenti e limitati a quanto necessario per il perseguimento delle finalità per cui sono raccolti e trattati, essendo irrilevante, al fine di derogare a tale principio, la circostanza che la divulgazione avvenga nell'ambito di una procedura di rilevanza pubblica (conferma della pronuncia di merito che aveva ritenuto illecita la divulgazione nell'ambito di un esposto concernente l'attività di un avvocato, di informazioni relative all'asserita condotta deontologicamente scorretta dal medesimo tenuta allorché era impiegato pubblico facendo menzione di procedimenti disciplinari a suo carico senza neanche dar conto della loro successiva archiviazione e dell'annullamento delle sanzioni irrogate). Sulla decisione: M. Giraudo, *Responsabilità e danno nel caso di illecito trattamento di dati personali*, in *Nuova Giur. Civ. Comm.*, 2021, 1072 e ss.; G. Gentili, *Principio di minimizzazione e soglia di risarcibilità del danno ex art. 15 Cod. privacy*, in *Giur. It.* 2022, p. 46 e ss.

personali relativi a una persona fisica, in particolare per analizzare o prevedere aspetti riguardanti il rendimento professionale, la situazione economica, la salute, le preferenze personali, gli interessi, l'affidabilità, il comportamento, l'ubicazione o gli spostamenti di detta persona fisica" (art 4, n. 4), attività che – nella previsione regolamentale europea - non dovrebbe mai riguardare un minore e per la quale è stabilita anche una riserva di orientamenti da parte del comitato europeo per la protezione dei dati (cfr. il Considerando n.72).

Sul piano metodologico, il GDPR afferma che, per "stabilire se un'attività di trattamento sia assimilabile al controllo del comportamento dell'interessato, è opportuno verificare se le persone fisiche s(ia)no tracciate su internet" e se venga fatto ricorso a tecniche di trattamento dei dati personali per adottare decisioni che riguardano la persona o per "analizzarne o prevederne le preferenze, i comportamenti e le posizioni personali" (Considerando n. 24).

Si tratta di decisioni, produttive di effetti giuridici o incidenti sui diritti della persona, basate sulla «profilazione», ossia su una forma di trattamento automatizzato dei dati personali della persona fisica che diventa oggetto di valutazione al fine di analizzare o prevedere il suo rendimento professionale, la sua situazione economica, la sua salute, le sue preferenze o gli interessi personali, l'affidabilità o il comportamento, l'ubicazione o gli spostamenti dell'interessato.

Ma qui si avvertono i diritti e le guarentigie della persona, e si stabilisce (nel Considerando n. 71) che l'interessato ha il diritto di non essere sottoposto a una decisione, che possa includere una misura, che - valutando gli aspetti personali che lo riguardano, sulla base del solo trattamento automatizzato - produca effetti giuridici o incida significativamente sulla sua persona, con risultati pratici quali, ad es., il rifiuto di una domanda di credito *on-line* o il rifiuto di un'assunzione elettronica, senza che in essa vi sia traccia di decisione per il tramite di interventi umani volontari.

Mi chiedo perciò come, *de futuro*, stando a quanto si legge con riguardo all'uso dell'intelligenza artificiale[10], potrà mai farsi strada, in questo quadro normativo, una decisione in materia penale (ma anche amministrativa o civile) che porti alla quantificazione di una sanzione (o del danno) sulla base della profilazione dell'autore del fatto censurato o illecito[11].

[10] F. Donati, *Intelligenza artificiale e giustizia*, in *Rivista AIC*, 2020, 1, pp. 415-436; B.M. Scarabelli, *L'avvento dell'intelligenza artificiale nella professione legale: tra "smart-working" e avvocati robot*, in *Il Nuovo Diritto delle Società*, 2021, n. 2, pp. 239-259; F. Corona A. Del Pizzo, *Cervelli elettronici al servizio della giustizia,* in *Nomos*, 2020, n. 3, pp. 1- 26.

[11] Perplessità mostrate anche da S. Signorato, *Il diritto a decisioni penali non basate esclusivamente su trattamenti automatizzati: un nuovo diritto derivante dal rispetto della*

Diversamente dal caso – che è invece espressamente consentito – della profilazione a fini di monitoraggio e prevenzione delle frodi e dell'evasione fiscale[12]. Ma anche in tali casi, il trattamento deve essere subordinato a garanzie adeguate, che devono comprendere la specifica informazione all'interessato e il diritto di ottenere l'intervento umano, di esprimere la propria opinione, di ottenere una spiegazione della decisione conseguita dopo tale valutazione e di contestare la decisione.

Va tuttavia chiarito che, tra le garanzie della persona "*datificata*"[13], il Considerando n. 71 del GDPR avverte che, "un trattamento corretto e trasparente nel rispetto dell'interessato" deve tener conto delle circostanze e del contesto specifici in cui i dati personali sono trattati, sicché "*è opportuno che il titolare del trattamento utilizzi procedure matematiche o statistiche appropriate per la profilazione, metta in atto misure tecniche e organizzative adeguate al fine di garantire, in particolare, che siano rettificati i fattori che comportano inesattezze dei dati e sia minimizzato il rischio di errori e al fine di garantire la sicurezza dei dati personali secondo una modalità che tenga conto dei potenziali rischi esistenti per gli interessi e i diritti dell'interessato e impedisca, tra l'altro, effetti discriminatori nei confronti di persone fisiche sulla base della razza o dell'origine etnica, delle opinioni politiche, della religione o delle convinzioni personali, dell'appartenenza sindacale, dello status genetico, dello stato di salute o dell'orientamento sessuale, ovvero un trattamento che comporti misure aventi tali effetti*". Non si tratta di avvertenze da poco, perché – come vedremo – è proprio già dai materiali considerati dall'algoritmo che si può prevedere la "datificazione" della persona, oggetto della sua indagine.

Il processo decisionale automatizzato e la profilazione basati su categorie particolari di dati personali dovrebbero essere consentiti, perciò, solo a determinate condizioni.

dignità umana, in *Rivista di diritto processuale*, 2021, p. 101 ss.

[12] Beninteso, secondo i regolamenti, le norme e le raccomandazioni delle istituzioni dell'Unione europea o degli organismi nazionali di vigilanza e a garanzia della sicurezza e dell'affidabilità di un servizio fornito dal titolare del trattamento, o se è necessario per la conclusione o l'esecuzione di un contratto tra l'interessato e un titolare del trattamento, o se l'interessato ha espresso il proprio consenso esplicito. Si veda quanto scrivono, al riguardo: G. De Petris, *La digitalizzazione del Fisco e la difficile parità delle armi fra Amministrazione e contribuente*, in *Corriere tributario*, 2020, pp. 588 ss. e S. Dorigo, *Intelligenza artificiale e norme antiabuso: il ruolo dei sistemi "intelligenti" tra funzione amministrativa e attività giurisdizionale*, in *Rassegna tributaria*, 2019, p. 728 ss.

[13] M. Palmirani, M. Martoni, *"Big data", "governance" dei dati e nuove vulnerabilità*, in *Notizie di Politeia*, 2019, p. 9 ss.. Sulla identità digitale della persona e il principio di dignità, Michaela Giorgianni, *Il «nuovo» diritto alla portabilità dei dati personali. Profili di diritto comparato*, cit., p. 1414 ss..

2.1. *(*Segue*): la prima pronuncia della Cassazione*

A tale proposito la Corte di legittimità, investita di una nota questione, che aveva visto scendere in campo anche il Garante nazionale, ha enunciato (Ordinanza n. 14381 del 2021)[14] il principio di diritto secondo cui il consenso della persona è validamente prestato solo se espresso liberamente e specificamente in riferimento a un trattamento chiaramente individuato ciò che non accade nel caso di una piattaforma web (con annesso archivio informatico) preordinata all'elaborazione di profili reputazionali di singole persone fisiche, incentrata su un sistema di calcolo con alla base un algoritmo finalizzato a stabilire punteggi di affidabilità, poiché il requisito della consapevolezza non potrebbe considerarsi soddisfatto ove lo schema esecutivo dell'algoritmo e gli elementi di cui si compone restino ignoti o non conoscibili da parte degli interessati.

Nel caso appena richiamato, la finalità perseguita dall'Associazione (ossia, l'ente che aveva promosso tale raccolta e trattamento dei dati) era quella di contrastare i fenomeni basati sulla creazione di profili artefatti o inveritieri e di calcolare, invece, in maniera imparziale il cd. *rating reputazionale* dei soggetti censiti, per modo da consentire a eventuali terzi una verifica di reale credibilità.

Il Tribunale di Roma, che si era pronunciato nella fase di merito, aveva ritenuto non condivisibile la ragione di illiceità della piattaforma, e del connesso trattamento dei dati personali, contrariamente a quanto affermato dal Garante[15], per la ragione rinvenuta nell'«assenza di una idonea cornice normativa, rilevante ai sensi dell'art. 11, lett. a), del D. Lgvo n. 198/2003" quale base del sistema di raccolta e di trattamento di dati personali; e ciò pur essendo, quel trattamento, suscettibile di incidere pesantemente sulla rappresentazione economica e sociale di un'ampia categoria di soggetti, con ripercussione del *rating* sulla vita privata degli individui censiti».

A dire del tribunale, non avrebbe potuto negarsi all'autonomia privata la facoltà di organizzare sistemi di accreditamento di soggetti, fornendo servizi in senso lato "valutativi", in vista del loro ingresso nel mercato, per la conclusione di contratti e per la gestione di rapporti economici.

[14] Su di essa, le annotazioni di D. Lafratta, *Algoritmo reputazionale tra requisiti normativi e dignità della persona*, in *Il lavoro nella giurisprudenza*, 2022, p. 153 e ss.; contributo che s'inserisce nel dibattito tipicamente laburistico (cfr. anche P. De Petris, *Le discriminazioni da algoritmo nella "gig economy"*, in *ADL - Argomenti di diritto del lavoro*, 2020, p. 889 ss., sebbene la decisione giurisdizionale abbia una valenza ben più generale.

[15] A. Donini, *Profilazione reputazionale e tutela del lavoratore: la parola al Garante della "Privacy"*, in *Labour & Law Issues*, 2017, p. 1 ss.

Insomma, il Tribunale ha ritenuto legittimo il trattamento dei dati personali degli aderenti al detto sistema valutativo perché validato dal consenso, e dunque perché espressione di autonomia privata. Ha poi supportato l'affermazione aggiungendo che «*la realtà attuale, nazionale e sovranazionale, conosce diffusamente fenomeni di valutazione e di certificazione da parte di privati, riconosciuti anche a fini di attestazione di qualità e/o di conformità a norme tecniche*». Cosicché la mancanza di una disciplina normativa istitutiva del "*rating reputazionale*" proposto, analogo al *rating* d'impresa di cui all'art. 83 del d.lgs. n. 50 del 2016[16], non evidenziava alcun difetto di liceità.

La Cassazione, come molti sanno, ha accolto il ricorso del Garante osservando che la valutazione di liceità di un simile trattamento, basata sul consenso, non poteva essere prospettata dal tribunale senza una

[16] A tale proposito, il co. 10 dispone che: «*10. E' istituito presso l'ANAC, che ne cura la gestione, il sistema del rating di impresa e delle relative premialità, per il quale l'Autorità rilascia apposita certificazione agli operatori economici, su richiesta. Il suddetto sistema è connesso a requisiti reputazionali valutati sulla base di indici qualitativi e quantitativi, oggettivi e misurabili, nonché sulla base di accertamenti definitivi che esprimono l'affidabilità dell'impresa. L'ANAC definisce i requisiti reputazionali e i criteri di valutazione degli stessi e i criteri relativi alla valutazione dell'impatto generato di cui all'articolo 1, comma 382, lettera b), della legge 28 dicembre 2015, n. 208, anche qualora l'offerente sia un soggetto diverso dalle società benefit, nonché le modalità di rilascio della relativa certificazione, mediante linee guida adottate entro tre mesi dalla data di entrata in vigore della presente disposizione. Le linee guida di cui al precedente periodo istituiscono altresì un sistema amministrativo, regolato sotto la direzione dell'ANAC, di penalità e premialità per la denuncia obbligatoria delle richieste estorsive e corruttive da parte delle imprese titolari di appalti pubblici, comprese le imprese subappaltatrici e le imprese fornitrici di materiali, opere e servizi, prevedendo altresì uno specifico regime sanzionatorio nei casi di omessa o tardiva denuncia. I requisiti reputazionali alla base del rating di impresa di cui al presente comma tengono conto, in particolare, dei precedenti comportamenti dell'impresa, con riferimento al mancato utilizzo del soccorso istruttorio, all'applicazione delle disposizioni sulla denuncia obbligatoria di richieste estorsive e corruttive, nonché al rispetto dei tempi e dei costi nell'esecuzione dei contratti e dell'incidenza e degli esiti del contenzioso sia in sede di partecipazione alle procedure di gara sia in fase di esecuzione del contratto. Per il calcolo del rating di impresa si tiene conto del comportamento degli operatori economici tenuto nelle procedure di affidamento avviate dopo l'entrata in vigore della presente disposizione. L'ANAC attribuisce elementi premiali agli operatori economici per comportamenti anteriori all'entrata in vigore della presente disposizione conformi a quanto previsto per il rilascio del rating di impresa.*». Sull'istituto: M. Cardone. *Il rating di impresa: disciplina, criticità e prospettive di un istituto mai applicato*, in *federalismi.it*, 2020, 36, pp. 1-15; G. Gavazzi, *"Rating" di legalità e "rating" di impresa nella disciplina dei contratti pubblici*, in *Rivista trimestrale degli appalti*, 2018, p. 923 e ss.; V. C. Renna, *Rating di impresa - Etica dell'algoritmo!* in *Amministrativamente*, 2016, 7-8, pp. 1-15; G. Gaito, *La valutazione della performance e i suoi riflessi sulla qualificazione delle imprese. le problematiche dell'inserimento di meccanismi reputazionali nelle gare pubbliche* (Parte seconda), in *Appalti e contratti*, 2011, p. 47 e ss..

previa considerazione degli elementi suscettibili di incidere sulla serietà della manifestazione, e tra questi anche e proprio gli elementi implicati e considerati nell'algoritmo, essenziali al calcolo del *rating*. Il Tribunale aveva semplicemente ritenuto non decisivi i dubbi relativi al sistema automatizzato di calcolo per la definizione del *rating* reputazionale, sul rilievo che la validità della formula riguarderebbe «"*il momento valutativo del procedimento", a fronte del quale spetterebbe invece al mercato "stabilire l'efficacia e la bontà del risultato ovvero del servizio prestato dalla piattaforma*».

Ma tale motivazione non è stata condivisa, in quanto il problema non può essere confinabile nel perimento della risposta offerta dal "mercato" (un *posterius*), atteso che per la liceità del trattamento è necessario accertare la validità del consenso che si assume prestato al momento dell'adesione (il *prius*). E non può logicamente affermarsi che l'adesione a una piattaforma da parte dei consociati comprenda anche l'accettazione di un sistema automatizzato "al buio", che si avvale di un algoritmo, per la valutazione oggettiva di dati personali, laddove non siano resi conoscibili «lo schema esecutivo in cui l'algoritmo si esprime e gli elementi all'uopo considerati». Ossia, ignorando gli ingredienti dell'impasto[17].

3. *Il consenso al trattamento, come condizione di liceità dello stesso*

Il principio posto a base della decisione (e all'accoglimento del ricorso) è imperniato sulla regola del consenso[18], come condizione di liceità del trattamento, in difetto una previsione altra e diversa, fondativa di quello stesso trattamento.

Infatti, l'art. 6, § 1, lett. *a*), del GDPR stabilisce che «1. *Il trattamento è lecito solo se e nella misura in cui ricorre almeno una delle seguenti condizioni: a) l'interessato ha espresso il consenso al trattamento dei propri dati personali per una o più specifiche finalità*;».

La Corte ha perciò escluso la ricorrenza di altra ipotesi fondativa del trattamento di profilazione, come una di quelle di cui alle successive lettere *b*) -*f*) dello stesso articolo.

[17] Sulla trasparenza delle operazioni algoritmiche cfr. A. Ottolia, P. Rossi, *Il problema della trasparenza algoritmica*, in *Annuario di diritto comparato e di studi legislativi*, 2020, p. 85 ss.

[18] Sul tema, che ha fatto scorrere fiumi d'inchiostro, le recentissime riflessioni critiche di C. Basunti, *La (perduta) centralità del consenso nello specchio delle condizioni di liceità del trattamento dei dati personali*, in *Contratto e impresa*, 2020, p. 860 ss. (ove altra abbondante bibliografia).

La Corte, forse (ma la questione non formava oggetto di dibattito processuale), avrebbe potuto escludere l'ipotesi di cui alla lettera *e*) [secondo la quale la liceità era basata per il fatto che «*il trattamento (era) necessario per l'esecuzione di un compito di interesse pubblico o connesso all'esercizio di pubblici poteri di cui è investito il titolare del trattamento*»].

Era questo il caso dell'art. 83 del d.lgs. n. 50 del 2016 sugli appalti pubblici il cui *rating* d'impresa è stabilito e amministrato per finalità anticorruttive da parte dell'ANAC (ciò che avrebbe dovuto far riflettere il Tribunale e non portare ad un accostamento tra i due trattamenti, unificati solo dalle modalità automatizzate di esecuzione degli stessi).

Ove si esuli però da trattamenti fondati su pubbliche necessità, e si permanga all'interno delle ipotesi negoziali, lo stesso art. 22, § 1, del GDPR stabilisce che «1. *l'interessato ha il diritto di non essere sottoposto a una decisione basata unicamente sul trattamento automatizzato, compresa la profilazione, che produca effetti giuridici che lo riguardano o che incida in modo analogo significativamente sulla sua persona*.».

Si dirà che, nel caso esaminato, era stata premessa l'esistenza di un consenso dell'interessato, che perciò si versava in una condizione [*ex* art. 22, § 2, lett. c)] che esclude l'operatività di quella conclusione escludente [«*2. Il paragrafo 1 non si applica nel caso in cui la decisione:* (…) *c) si basi sul consenso esplicito dell'interessato*»].

Ma allora il fondamento consensualistico torna al centro della discussione[19] e pone il problema della sua validità per il mero fatto di

[19] Si veda, ad esempio, con riferimento al consenso dei minori le osservazioni di C. Perlingieri, *La tutela dei minori di età nei "social networks"*, in *Rassegna di diritto civile*, 2016, p. 1324 e ss. e le notazioni critiche di critiche di C. Basunti, *La (perduta) centralità del consenso nello specchio delle condizioni di liceità del trattamento dei dati personali*, cit.
[S]i tenga presente che il alcuni casi [b) all'esecuzione di un contratto (di cui l'interessato è parte o all'esecuzione di misure precontrattuali adottate su richiesta dello stesso); c) per adempiere un obbligo legale (al quale è soggetto il titolare del trattamento); d) per la salvaguardia degli interessi vitali dell'interessato o di un'altra persona fisica;
[e]) per l'esecuzione di un compito di interesse pubblico o connesso all'esercizio di pubblici poteri di cui è investito il titolare del trattamento; f) per il perseguimento del legittimo interesse del titolare del trattamento o di terzi (a condizione che non prevalgano gli interessi o i diritti e le libertà fondamentali dell'interessato che richiedono la protezione dei dati personali, in particolare se l'interessato è un minore).] l'art. 6 GDPR stabilisce che, anche in assenza di consenso, in linea generale, sono consentiti alcuni trattamenti che siano necessari a funzioni specificamente indicate, poiché il trattamento dei dati personali su base consensuale è solo uno dei tipi considerati come legittimi e leciti dal Regolamento del 2016. Si tratta di formule sufficientemente ampie per regolare una pluralità di situazioni idonee anche alla gestione automatizzata di amplissime banche dati di dati personali, capaci di sviluppi normativi su base nazionale.

averlo espresso, anche "al buio", rispetto ai tanti elementi che costituiscono l'ossatura del congegno di profilazione (o dell'algoritmo).

La sentenza richiama l'art. 23 del D. Lgs. n 196/2003 il quale dispone(va, prima dell'abrogazione) oltre (che il trattamento di dati personali da parte di privati o di enti pubblici economici *fosse* ammesso solo con il consenso espresso dell'interessato e il consenso *potesse* riguardare l'intero trattamento ovvero una o più operazioni dello stesso) che il consenso *fosse* validamente prestato solo se espresso liberamente e specificamente in riferimento ad un trattamento "*chiaramente individuato*", se documentato per iscritto, e se fossero state rese all'interessato le informazioni di cui all'art. 13.

L'espressione "*chiaramente individuato*" - che contraddistingue il trattamento del dato personale – presuppone – secondo la Cassazione - che il consenso debba essere previamente informato in relazione agli elementi essenziali del trattamento, in modo da potersi dire che esso sia stato espresso, in quella prospettiva, liberamente e specificamente, essendo onere del titolare del trattamento fornire la prova che l'accesso e il trattamento contestati fossero riconducibili alle finalità per le quali era stato validamente richiesto - e ottenuto - un consenso idoneo.

Ma, nella specie, la valutazione di liceità di un simile trattamento, basato sul consenso, non poteva essere prospettata dal tribunale senza una previa considerazione degli elementi suscettibili di incidere sulla serietà della manifestazione, e tra questi anche e proprio gli elementi implicati e considerati nell'algoritmo (utilizzato per il calcolo del *rating*). In sostanza, non poteva logicamente affermarsi che l'adesione a una piattaforma da parte dei consociati comprendesse anche l'accettazione di un sistema automatizzato, che si avvaleva di un algoritmo, per la valutazione "oggettiva" di dati personali, laddove non fossero stati resi conoscibili «lo schema esecutivo in cui l'algoritmo si esprime e gli elementi da esso utilizzati e considerati».

Nel dare fondamento a tale costruzione con il principio consensualistico, la Corte ha richiamato un altro suo noto precedente, quello espresso da Cass. Sez. 1, Sentenza n. 17278 del 2018[20].

[20] Sulla quale, si vedano le osservazioni di F. Zanovello, *Consenso libero e specifico alle e-mail promozionali*, in *Nuova Giur civ. Comm*, 2018, p. 1775 ss. e di S. Thobani, *Operazioni di tying e libertà del consenso*, in *Giur. It.*, 2019, p. 530 ss.

4. *Trattamenti basati sul consenso*

Com'è noto tale sentenza, con riferimento alla previsione dell'art. 23 del d.lgs. n. 196 del 2003 (secondo cui il consenso è validamente prestato solo se espresso liberamente e specificamente in riferimento a un trattamento chiaramente individuato), ha stabilito il principio di diritto secondo cui è consentito al gestore di un sito internet, il quale somministri un servizio fungibile cui l'utente possa rinunciare senza gravoso sacrificio, di condizionare la fornitura del servizio (nella specie una *newsletter* su tematiche legate alla finanza, al fisco, al diritto e al lavoro) al trattamento dei dati per finalità pubblicitarie, a condizione che il consenso fosse singolarmente ed inequivocabilmente prestato in riferimento a tale effetto, il che comporta la necessità, almeno, dell'indicazione dei settori merceologici o dei servizi cui i messaggi pubblicitari saranno riferiti.

Nella specie, come accade a tutti di verificare di frequente, per accedere alla *newsletter* era richiesto l'inserimento, da parte dell'utente, del proprio indirizzo *email* e, in calce al *form* di raccolta dati, in una casella di spunta (cd. *checkbox*) l'espressione del consenso «al trattamento dei dati personali». Inviando la richiesta di iscrizione senza validare la casella del consenso non era possibile accedere al servizio e appariva il messaggio «è richiesta la selezione della casella». Ricorda la Corte che non era evidenziato direttamente dalla pagina in cosa consistesse il «trattamento dei dati personali» e quali effetti producesse. La stessa società responsabile del trattamento riferiva che l'utente poteva visionare la normativa sulla *privacy* attraverso un apposito *link* ipertestuale che, una volta cliccato, specificava che i dati personali acquisiti (attraverso l'iscrizione alla *newsletter*) sarebbero stati utilizzati non solo per la fornitura di tale servizio, ma anche per l'invio di comunicazioni promozionali, nonché di informazioni commerciali da parte di terzi.

Il Tribunale, adito dal responsabile del trattamento per l'impugnativa del provvedimento del Garante, aveva osservato: «che non erano condivisibili le argomentazioni del Garante, il quale aveva sostenuto che il trattamento dei dati personali fosse stato effettuato in mancanza di un consenso prestato (in conformità all'articolo 23 del Codice della privacy), dal momento che detta norma non era suscettibile di essere integrata con la previsione di obblighi, da essa non previsti, bensì introdotti da provvedimenti del Garante medesimo, quali le linee guida adottate in data 4 luglio 2013; che, in particolare, doveva escludersi che il consenso espresso dall'utente nell'accedere alle prestazioni offerte non potesse considerarsi «libero», giacché la norma non individua(va) un obbligo *tout court* per il gestore del portale di offrire comunque le proprie

prestazioni, a prescindere dal consenso al trattamento dei dati personali da parte dell'utente; che, in definitiva, si era in presenza di un servizio prestato ad utenti che del tutto liberamente e volontariamente avevano optato per l'adesione allo stesso.».

A tale ragionamento la Cassazione ha contrapposto che, in un caso di trattamento dei dati personali su base consensuale, il consenso è validamente prestato solo se sia espresso liberamente e specificamente in riferimento ad un trattamento chiaramente individuato (oltre che documentato per iscritto) e se siano state rese all'interessato le informazioni di cui all'articolo 13 del Codice Privacy.

Tale ultima disposizione, poi, contiene una dettagliata elencazione delle informazioni che devono essere somministrate all'interessato.

L'art. 23 (ora abrogato) - secondo la Corte - reca uno dei principi fondanti della materia giacché, anche per la collocazione sistematica della disposizione nel Titolo III del Codice, che pone le regole generali per il trattamento dei dati, sta a significare che il consenso è condizione della liceità del trattamento. Il principio così posto si armonizza con il dettato dall'articolo 2, lettera h) della direttiva 95/46/CE (del Parlamento europeo e del Consiglio del 24 ottobre 1995), che definisce il consenso come «qualsiasi manifestazione di volontà libera, specifica e informata con la quale la persona interessata accetta che i dati personali che la riguardano siano oggetto di un trattamento»; direttiva in cui si chiarisce ulteriormente, all'articolo 7, che il trattamento dei dati personali può essere effettuato soltanto quando «la persona interessata ha manifestato il proprio consenso in maniera inequivocabile».

La sentenza richiama altresì la definizione data in apertura del Regolamento (UE) 2016/679 (cd. GDPR) dove il consenso è inteso come: «qualsiasi manifestazione di volontà libera, specifica, informata e inequivocabile dell'interessato, con la quale lo stesso manifesta il proprio assenso, mediante dichiarazione o azione positiva inequivocabile, che i dati personali che lo riguardano siano oggetto di trattamento». Dopodiché il trentaduesimo considerando dello stesso testo aggiunge che: «Il consenso dovrebbe essere espresso mediante un atto positivo inequivocabile con il quale l'interessato manifesta l'intenzione libera, specifica, informata e inequivocabile di accettare il trattamento ...».

La sentenza ha discusso della natura e consistenza di tale consenso ed ha osservato che è anzitutto da escludere che il consenso considerato da tale disposizione sia semplicemente il medesimo consenso in generale richiesto a fini negoziali, ossia il consenso prestato da un soggetto capace di intendere

e volere e non viziato da errore, violenza o dolo, ovvero, in determinati frangenti, da pericolo o da bisogno: consenso, quello così previsto, che pur sussiste quantunque perturbato, al di sotto di una determinata soglia, in ragione dei vizi indicati, secondo quanto risulta dagli articoli 1428, 1435 e 1439 c.c.. Una simile lettura, minimale, dell'articolo 23 - che pareva emergere dal provvedimento del Tribunale - non avrebbe fondamento per due ragioni. In primo luogo, se il consenso dovesse essere inteso nella medesima accezione in cui esso è di regola richiesto a fini negoziali, la norma del Codice della *privacy* sarebbe superflua, non potendosi dubitare che, anche senza di essa, un trattamento dei dati senza consenso non sia ipotizzabile, dal momento che i dati personali costituiscono beni attinenti alla persona. In secondo luogo, il legislatore non discorre qui di un generico consenso, bensì di un consenso manifestato, oltre che espressamente, liberamente e specificamente, a condizione che all'interessato siano state previamente offerte le informazioni elencate dall'articolo 13 del Codice della privacy. Non v'è dubbio, allora, che, nel suo complesso la previsione di un consenso in tal modo «rafforzato» sia dettato dall'esigenza di rimediare alla intrinseca situazione di debolezza dell'interessato, sia sotto il profilo della evidente «asimmetria informativa», sia dal versante della tutela contro possibili tecniche commerciali aggressive o suggestive. La normativa in questione, dunque, sorge dall'esigenza di affrontare i rischi per la persona posti dal trattamento in massa dei dati personali, così come reso possibile dall'evoluzione tecnologica. Può dunque dirsi che il consenso in questione debba essere ricondotto alla nozione di «consenso informato», nozione ampiamente impiegata in taluni settori - basti menzionare il campo delle prestazioni sanitarie - in cui è particolarmente avvertita l'esigenza di tutelare la pienezza del consenso, in vista dell'esplicazione del diritto di autodeterminazione dell'interessato, attraverso la previsione di obblighi di informazione contemplati in favore della parte ritenuta più debole. Il consenso in discorso, alla luce del dato normativo, è tale da non ammettere compressioni di alcun genere e non sopporta di essere sia pure marginalmente perturbato non solo per effetto di errore, violenza o dolo, ma anche per effetto dell'intero ventaglio di possibili disorientamenti, stratagemmi, opacità, sotterfugi, slealtà, doppiezze o malizie comunque adottate dal titolare del trattamento. La Corte ha poi osservato che, l'ordinamento non vieta lo scambio di dati personali[21], ma esige che tale scambio sia frutto di un consenso pieno ed in nessun modo coartato. L'interessato deve essere

[21] Letteratura pressoché sconfinata. Da ultimo V. Ricciuto, *Il contratto ed i nuovi fenomeni patrimoniali: il caso della circolazione dei dati personali*, in *Riv. Dir. Civ.*, 2000, p. 642 ss. ove ampia bibliografia.

posto in condizione di raffigurarsi, in maniera inequivocabile, gli effetti del consenso prestato al trattamento dei suoi dati: di guisa che, se detto consenso comporta una pluralità di effetti - come nel caso di specie, in cui esso si estende alla ricezione di messaggi promozionali anche da parte di terzi -, lo stesso va singolarmente prestato in riferimento a ciascuno di essi, di modo che, con totale trasparenza, risulti palese che proprio ciascuno di tali effetti egli ha voluto.

La dottrina ha rilevato che, nella decisione in esame – ove «pur accogliendo il ricorso, (si) sconfessa il precedente orientamento dell'Autorità Garante basato su un automatismo del divieto di operazioni di *tying* –, il *discrimen* cui avere riguardo si configura nella fungibilità del servizio: un gestore di un servizio fungibile e non irrinunciabile può rifiutarsi di offrire detto servizio a colui che non presti il proprio consenso al trattamento dei dati personali per fini differenti, dal momento che l'interessato ben potrebbe ottenere il medesimo servizio, *rectius*, un servizio analogo, richiedendolo ad un altro gestore operante sul mercato»[22].

In pratica, la «pronuncia può assumere senza dubbio una portata differente in base all'interpretazione che si fornisce di "servizio infungibile e irrinunciabile", caratteri dei quali non viene specificato un senso univoco». Ma il tema s'inerpica sul un versante ancora non esplorato dalla giurisprudenza, quello in base al quale, affinché «il consenso sia libero, l'interessato deve essere posto nelle condizioni di conoscere tutte le finalità del trattamento, al fine di valutarne l'adesione, ma ciò non esclude che il titolare possa porre, nelle situazioni che si sono esaminate, come necessario per accedere al servizio, il consenso a tutte le finalità da lui stabilite, sempreché separatamente e chiaramente indicate»[23].

[22] C. Basunti, *La (perduta) centralità del consenso nello specchio delle condizioni di liceità del trattamento dei dati personali*, cit., p. 887.
[23] Ivi, p. 888.

5. *Trattamento di categorie particolari di dati personali (cd. dati sensibili), ovvero il caso trattato da Cassazione n. 27325 del 2021: la banca dati di campioni genetici*[24].

L'art. 9, § 1, GDPR fa anzitutto divieto di "*trattare dati personali che rivelino l'origine razziale o etnica, le opinioni politiche, le convinzioni religiose o filosofiche, o l'appartenenza sindacale, nonché trattare dati genetici, dati biometrici intesi a identificare in modo univoco una persona fisica, dati relativi alla salute o alla vita sessuale o all'orientamento sessuale della persona*".

Tuttavia, anche questo divieto, rimuovibile, generalmente con il consenso dell'interessato [art. 9, § 2, lett. a)], viene superato dalla previsione di casi in cui il trattamento sia necessario e, perciò, eseguibile anche senza il detto consenso[25].

[24] L. Marilotti. *I dati genetici tra dimensione individuale e collettiva*, in *BioLaw Journal - Rivista di BioDiritto*, 2021, p. 165 ss. (http://rivista.biodiritto.org/ojs/index.php?journal=biolaw&page=article&op=view&path%5B%5D=740); A. Iannuzzi, F. Filosa, *Il trattamento dei dati genetici e biometrici*, in *Diritti fondamentali*, 2019, p. 1 e ss. (http://dirittifondamentali.it/2019/07/11/il-trattamento-dei-dati-genetici-e-biometrici/); I. Rapisarda, *Brevi note sullo statuto giuridico del materiale biologico umano*, in *Europa e diritto privato*, 2017, p. 625 ss.

[25] Si tratta di ipotesi che sono così condensate dal Regolamento: b) per assolvere gli obblighi ed esercitare i diritti specifici del titolare del trattamento o dell'interessato in materia di diritto del lavoro e della sicurezza sociale e protezione sociale, (nella misura in cui sia autorizzato dal diritto dell'Unione o degli Stati membri o da un contratto collettivo ai sensi del diritto degli Stati membri, in presenza di garanzie appropriate per i diritti fondamentali e gli interessi dell'interessato); c) per tutelare un interesse vitale dell'interessato o di un'altra persona fisica qualora l'interessato si trovi nell'incapacità fisica o giuridica di prestare il proprio consenso; f) per accertare, esercitare o difendere un diritto in sede giudiziaria o ogniqualvolta le autorità giurisdizionali esercitino le loro funzioni giurisdizionali; g) per motivi di interesse pubblico rilevante sulla base del diritto dell'Unione o degli Stati membri, che deve essere proporzionato alla finalità perseguita, rispettare l'essenza del diritto alla protezione dei dati e prevedere misure appropriate e specifiche per tutelare i diritti fondamentali e gli interessi dell'interessato; h) per finalità di medicina preventiva o di medicina del lavoro, (valutazione della capacità lavorativa del dipendente, diagnosi, assistenza o terapia sanitaria o sociale ovvero gestione dei sistemi e servizi sanitari o sociali sulla base del diritto dell'Unione o degli Stati membri o conformemente al contratto con un professionista della sanità, fatte salve le condizioni e le garanzie di cui al paragrafo 3); i) per motivi di interesse pubblico nel settore della sanità pubblica, (quali la protezione da gravi minacce per la salute a carattere transfrontaliero o la garanzia di parametri elevati di qualità e sicurezza dell'assistenza sanitaria e dei medicinali e dei dispositivi medici, sulla base del diritto dell'Unione o degli Stati membri che prevede misure appropriate e specifiche per tutelare i diritti e le libertà dell'interessato, in particolare il segreto professionale); j) a fini di archiviazione nel pubblico interesse, di ricerca scientifica o storica o a fini statistici (in conformità dell'articolo 89, paragrafo 1, sulla base del diritto dell'Unione o nazionale, che

Nell'ambito dei trattamenti di dati sensibili mette il caso di segnalare quanto deciso dalla Cassazione con l'ordinanza n. 27325 del 2021.

La controversia concerneva un provvedimento del Garante, dell'ottobre 2016, con il quale, era stata disposta - nei confronti di una società registrata nel Regno Unito - la misura temporanea del blocco del trattamento dei dati personali contenuti nella banca dati genetica, relativa a circa 11.700 persone, acquistata dalla società, unitamente al complesso aziendale, dal fallimento di società italiana, con sede in Pula (Cagliari); una società che aveva avviato un programma di ricerca sulle malattie complesse, comuni in alcuni paesi dell'Ogliastra, in considerazione della riscontrata alta omogeneità genetica degli abitanti (che poteva favorire l'identificazione dei geni associati a malattie complesse). La società aveva impugnato il provvedimento dell'AG con ricorso ex artt.152 Codice *Privacy* e 10 della legge n.150/2011, dinanzi al Tribunale di Cagliari. Il Tribunale aveva anzitutto respinto la richiesta di integrazione del contraddittorio nei confronti di tutti gli interessati al trattamento, avanzata dal Garante, accolto il ricorso e annullato il provvedimento di blocco. Il Tribunale, in tale occasione, aveva affermato che la fattispecie in esame non trovava disciplina nel Codice della *privacy* ed ha ritenuto che il mutamento soggettivo del titolare del trattamento non comportasse né la necessità della nuova informativa e né la richiesta di consenso agli interessati. Il Garante ha proposto ricorso per cassazione.

La Corte ha anzitutto affermato che gli interessati non sono litisconsorti nel processo che attiene solo all'esercizio corretto delle attribuzioni del Garante che, quale autorità di controllo indipendente *ex* art.154 Codice *Privacy*, è tenuta a riscontrare che i trattamenti siano effettuati nel rispetto della disciplina dettata dal Codice *Privacy* applicabile allo specifico caso e ciò anche quando, come nel caso di specie, il provvedimento sia stato adottato anche a seguito di segnalazioni degli interessati ex art. 144 Codice *Privacy* (che potrebbero far valere individualmente i loro diritti attraverso altri e specifici strumenti di tutela, sia di tipo reale che rimediale).

La Corte ha accolto poi il motivo con il quale il Garante sosteneva che

è proporzionato alla finalità perseguita, rispetta l'essenza del diritto alla protezione dei dati e prevede misure appropriate e specifiche per tutelare i diritti fondamentali e gli interessi dell'interessato). Inoltre, si prescinde dal consenso anche in altri due casi e cioè quando il trattamento: d) sia 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 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 personali non siano comunicati all'esterno senza il consenso dell'interessato); e) riguardi dati personali resi manifestamente pubblici dall'interessato.

il consenso al trattamento dei dati personali è legato indissolubilmente all'*intuitus personae* e che il mutamento soggettivo del titolare imponeva la rinnovazione dell'informativa e della prestazione del consenso.

La Corte ha escluso che il caso mancasse di una disciplina e, proprio passando in rassegna le previsioni di legge (vigenti *ratione temporis*), ha affermato che, ove i dati non siano stati raccolti direttamente, ma acquisiti a seguito di cessione_dal precedente titolare, la tutela dell'interessato è assicurata solo dall'onere informativo, nei sensi stabiliti dall'art. 13, comma 4 (allora vigente).

Bilanciando i contrapposti diritti, peraltro, la Corte è poi approdata alla conclusione che un tale onere informativo avrebbe potuto essere derogato ricorrendo alle ipotesi di cui all'art. 13, comma 5, lett. a) e b), ove (ma non era questo il caso) fosse risultato che la società aveva richiesto di accedere alla deroga di cui all'art.13, comma 5, lett. c). Quest'ultima deroga - posta a garanzia dei diritti degli interessati e del novello titolare del trattamento - avrebbe avuto l'obiettivo di conciliare i reciproci diritti ed oneri, perseguito chiamando il Garante a svolgere il concreto contemperamento degli interessi in gioco con l'individuazione di modalità informative più confacenti alla specifica fattispecie, e finanche ravvisando l'impossibilità (o la superfluità) del rinnovo dell'informativa.

Nel caso in esame, nonostante il Garante avesse indicato, nel provvedimento impugnato, la possibilità per la società di avvalersi di tale deroga, infatti, l'interessata non vi aveva dato seguito.

Il principio affermato è questo: «*nella vigenza del codice della privacy [(d. lgs. n.196 del 30 giugno 2003) - nella stesura anteriore alle modifiche introdotte con il d.lgs. n.101 del 10 agosto 2018 di adeguamento dell'ordinamento nazionale al regolamento (UE) 2016/679 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 27 aprile 2016, entrato in vigore il 25 maggio 2018 (art.99, comma 2, del Regolamento)]- il titolare del trattamento dei dati che abbia acquisito i dati (o una banca dati), a seguito di cessione da altro titolare, è tenuto ad informare gli interessati, ai sensi dell'art.13, comma 4, CP, a meno che la fattispecie non rientri nelle ipotesi in deroga previste dall'art.13, comma 5, CP e la deroga sia fatta valere alle condizioni previste*».

La Corte ha poi ricordato che, in alcuni casi (specificamente elencati alla luce della disciplina applicabile *ratione temporis*), era stabilita anche la possibilità di procedere al trattamento dei dati sensibili senza consenso (comma 4), ma previo assoggettamento alla autorizzazione del Garante, sempre che ricorra una delle fattispecie previste dal medesimo comma. Ed ha stabilito che

«*La cessione di dati o banche dati è consentita dall'art.16 del d.lgs. n. 196 del 2003; tuttavia la cessione e il conseguente mutamento soggettivo del titolare del trattamento, ne determina l'avvio di uno nuovo, a sua volta soggetto alle disposizioni generali in tema di informativa e di consenso; ma il rinnovo dell'informativa e della raccolta del consenso può essere derogata, in misura più o meno ampia, solo ove ricorrano le specifiche condizioni previste dal codice della privacy anche per quanto riguarda i "dati sensibili" e i "dati genetici", dove sono riconosciuti poteri istruttori ed autorizzativi al Garante (dagli artt. 13, comma 5, 26, comma 4, 11O, comma 1, CP.)*».

Ma cosa accade nella nuova regolazione?

5.1. *(*Segue*). La disciplina contenuta del GDPR.*

Nel Regolamento del 2016 è stabilito che, a fronte del divieto di trattare dati personali sensibili (tali che rivelino *l'origine razziale o etnica, le opinioni politiche, le convinzioni religiose o filosofiche, o l'appartenenza sindacale, nonché trattare dati genetici, dati biometrici intesi a identificare in modo univoco una persona fisica, dati relativi alla salute o alla vita sessuale o all'orientamento sessuale della persona*) vi è la possibilità di rimuovere la restrizione con il consenso dell'interessato e salvo che il legislatore nazionale non lo consenta in relazione a questo o quel tipo di dati [cioè quando: *a*) l'interessato ha prestato il proprio consenso esplicito al trattamento di tali dati personali per una o più finalità specifiche, salvo nei casi in cui il diritto dell'Unione o degli Stati membri dispone che l'interessato non possa revocare il divieto di cui al paragrafo 1].

È poi stabilito al 4 § che "4. Gli Stati membri possono mantenere o introdurre ulteriori condizioni, comprese limitazioni, con riguardo al trattamento di dati genetici, dati biometrici o dati relativi alla salute.".

Il Considerando n. 53, nella parte finale, assicura che *Gli Stati membri dovrebbero rimanere liberi di mantenere o introdurre ulteriori condizioni, fra cui limitazioni, con riguardo al trattamento di dati genetici, dati biometrici o dati relativi alla salute, senza tuttavia ostacolare la libera circolazione_dei dati personali all'interno dell'Unione quando tali condizioni si applicano al trattamento transfrontaliero degli stessi*.

Dunque, il Regolamento nulla dice e rinvia, nella sostanza, alla fonte nazionale: quella che occorre compulsare. Essa va trovata nel D. Lgs. n. 101 del 2018, che ha stabilito, all'art. 2-*sexies*, co. 3, che "*3. Per i dati genetici, biometrici e relativi alla salute il trattamento avviene comunque nel rispetto di quanto previsto dall'articolo 2-septies*." E, a sua volta l'art. 2-*septies* (*Misure di*

garanzia per il trattamento dei dati genetici, biometrici e relativi alla salute) ha stabilito che:

1. *In attuazione di quanto previsto dall'articolo 9, paragrafo 4, del regolamento, i dati genetici, biometrici e relativi alla salute, possono essere oggetto di trattamento in presenza di una delle condizioni di cui al paragrafo 2 del medesimo articolo ed in conformità alle misure di garanzia disposte dal Garante, nel rispetto di quanto previsto dal presente articolo.*
2. *Il provvedimento che stabilisce le misure di garanzia di cui al comma 1 è adottato con cadenza almeno biennale e tenendo conto:*
   a) *delle linee guida, delle raccomandazioni e delle migliori prassi pubblicate dal Comitato europeo per la protezione dei dati e delle migliori prassi in materia di trattamento dei dati personali;*
   b) *dell'evoluzione scientifica e tecnologica nel settore oggetto delle misure;*
   c) *dell'interesse alla libera circolazione dei dati personali nel territorio dell'Unione europea.*

Dunque, il centro della nuova regolazione è costituito dalle misure adottate dall'Autorità Garante nazionale, però – per rimanere al nostro caso – non già con riferimento ad un trattamento individualizzato ma a categorie tipizzate *ex ante*.

La previsione legale nazionale, nel far rinvio all'Autorità indipendente, aggiunge altresì che:

5. Le misure di garanzia sono adottate in relazione a ciascuna categoria dei dati personali di cui al comma 1, avendo riguardo alle specifiche finalità del trattamento e possono individuare, in conformità a quanto previsto al comma 2, ulteriori condizioni sulla base delle quali il trattamento di tali dati è consentito. In particolare, le misure di garanzia individuano le misure di sicurezza, ivi comprese quelle tecniche di cifratura e di pseudonomizzazione, le misure di minimizzazione, le specifiche modalità per l'accesso selettivo ai dati e per rendere le informazioni agli interessati, nonché le eventuali altre misure necessarie a garantire i diritti degli interessati."

5.2. *La regolazione dell'Autorità Garante*

La regolazione ha avuto seguito con l'adozione del *Provvedimento, n. 146 del 5 giugno 2019, recante le prescrizioni relative al trattamento di categorie particolari di dati, ai sensi dell'art. 21, comma 1 del d.lgs. 10 agosto 2018, n. 101.*

Esso risulta come una razionalizzazione di previsioni settoriali già impartite.

Dalle stesse è possibile ricavare che l'Autorità italiana ha ricomposto varie discipline settoriali, tra le quali anche quella (§ 4) relativa al trattamento dei dati genetici (*ex aut. gen. n. 8/2016*), articolata in distinti gruppi di previsioni che qui non si possono menzionare.

Per quello che riguarda il nostro caso si deve far menzione del § 4.11.4 (Comunicazione e diffusione dei dati), per finalità di ricerca, il quale consente che "*i dati genetici e i campioni biologici raccolti per scopi di ricerca scientifica e statistica possono essere comunicati o trasferiti a enti e istituti di ricerca, alle associazioni e agli altri organismi pubblici e privati aventi finalità di ricerca, nell'ambito di progetti congiunti e nel rispetto dell'art. 26 del Regolamento*.

I dati genetici e i campioni biologici raccolti per scopi di ricerca scientifica e statistica possono essere comunicati o trasferiti ai soggetti sopra indicati, qualora siano autonomi titolari del trattamento, limitatamente alle informazioni prive di dati identificativi, per scopi scientifici direttamente collegati a quelli per i quali sono stati originariamente raccolti e chiaramente determinati per iscritto nella richiesta dei dati e/o dei campioni. In tal caso, il soggetto richiedente si impegna a non trattare i dati e/o utilizzare i campioni per fini diversi da quelli indicati nella richiesta e a non comunicarli o trasferirli ulteriormente a terzi.".

In sostanza, la nuova regolazione sembra consentire lo scambio di dati in un ambito presidiato (quello dei i progetti congiunti; la natura dell'ente di scopo; le garanzie sugli scopi perseguiti) senza la necessità della richiesta di un nuovo consenso. Oltre il quale vi è frattura e dunque il ritorno alla regola dell'acquisizione del consenso.

Alla luce di tale disciplina, appare difficilmente ipotizzabile una diversità di soluzione rispetto a quella perseguita dall'Autorità e validata dalla Cassazione.

Paolo Gallo

Big data *e diritto allo sfruttamento economico dei dati personali*

Sommario: 1. I dati personali; − 2. I *Big Data*;− 3. I termini d'uso;− 4. Il diritto allo sfruttamento economico dei dati personali.

1. *I dati personali*

Sempre più frequentemente quando si naviga in internet per poter accedere ad un sito viene richiesto il consenso al trattamento dei dati personali; in genere l'esclusione del consenso implica impossibilità di accedere al sito ed acquisire le informazioni di proprio interesse, come per esempio quelle contenute in una *newsletter* o altro ancora. Ovviamente si tratta di siti per lo più privati, con riferimento ai quali non è configurabile un diritto di accesso se non in virtù di un invito o di un'autorizzazione del gestore del sito. Il rifiuto del consenso è ovviamente legittimo, ma in genere ne consegue l'impossibilità di navigare all'interno del sito.

In queste condizioni il primo problema che occorre porsi è come qualificare un tale consenso; se in altre parole si tratti di un mero consenso dell'avente diritto al trattamento dei dati personali o se viceversa si tratti di un qualche cosa di più, vale a dire un vero e proprio contratto avente ad oggetto lo scambio del consenso al trattamento dei dati dietro la possibilità di accedere al sito e di usufruire di determinati servizi.

Quello che è sicuro è che il consenso al trattamento dei dati personali in origine svolgeva la funzione di rendere lecito il trattamento dei dati personali; la logica era in altre parole quella dei diritti della personalità, i quali come è ben noto hanno contenuto non patrimoniale, sono indisponibili, intrasmissibili sia per atti tra vivi che per causa di morte e sono imprescrittibili.

In queste condizioni, tenuto conto dell'indisponibilità dei diritti in questione, il consenso dell'avente diritto assolveva all'importante funzione di rendere lecito il trattamento dei dati personali, così come in genere il

consenso dell'avente diritto vale a scriminare determinate intromissioni nell'altrui sfera personale, come per esempio la pubblicazione dell'immagine, le intromissioni nella *privacy* e così via.

Trattandosi di diritti non patrimoniali, solo il consenso dell'avente diritto poteva legittimare intromissioni nell'altrui sfera privata, altrimenti illegittime; in ogni caso non sarebbe stato possibile configurare veri e propri contratti di scambio, tenuto conto del fatto che il contratto può avere ad oggetto solo rapporti di carattere patrimoniale (art. 1321 c.c.).

Il quadro era inoltre completato dall'assenza di causa e quindi di corrispettivo, con la conseguenza che il consenso al trattamento dei dati avrebbe potuto essere revocato in ogni istante.

2. *I Big Data*

Questo quadro ha però iniziato a modificarsi in misura crescente come conseguenza della crescente profilazione dei navigatori in internet; per poter navigare è infatti indispensabile fornire il consenso al trattamento dei dati. Ma per quale motivo viene chiesto così insistentemente il consenso al trattamento dei dati personali? Ovviamente per finalità di profilazione commerciale e non solo del navigatore. Una delle prime aziende a scoprire questa specie di miniera d'oro è stata *Google*; come è ben noto si tratta di uno dei motori di ricerca più diffusi a livello mondiale, il quale per riuscire a sopravvive ha iniziato a profilare gli utenti del sito; ne consegue che chi effettua una ricerca è profilato, ovviamente in forma anonima, in modo tale da consentire all'azienda di conosce gli interessi, i gusti, nonché le preferenze dei navigatori; il che ha un risvolto economico notevolissimo, dato che la profilazione consente all'impresa di effettuare pubblicità mirata e quindi più efficace nei confronti di ogni singolo utente, nonché ancora di cedere i dati a soggetti terzi, interessati a loro volta ad effettuare scelte produttive o pubblicità mirata. Si è parlato a questo proposito di capitalismo della sorveglianza[1], finalizzato a consentire l'estrazione del quantitativo più elevato possibile di dati, i quali in forma aggregata costituiscono un valore economico elevatissimo e spiegano la crescente ricchezza delle società che gestiscono *Google*, *Facebook*, *Instagram*, *WhatsApp*, *You Tube*, ma anche *Amazon* e così via, le quali devono una buona fetta della loro ricchezza

[1] S. Zuboff, *Il capitalismo della sorveglianza,* tr. it., Luiss 2018; A. A. Casilli, *Gli schiavi del clic,* Feltrinelli 2020.

proprio all'estrazione ed al trattamento dei dati, tanto che i *Big Data* sono anche stati considerati una sorta di nuovo petrolio.

Si consideri ancora che non solo navigando in internet, ma anche semplicemente indossando dispositivi collegati ad internet, come per esempio gli *smart watches* od altri *wereables*, forniamo e trasmettiamo dati, circa la nostra localizzazione, salute, condizione fisica, attività ed altro ancora. Ma si pensi ancora all'IOT, vale a dire all'internet delle cose, ovvero al fatto che sempre più dispositivi domestici, come per esempio il riscaldamento, il televisore, il frigorifero ed altro ancora sono collegati ad internet e forniscono in continuazione dati sulla nostra casa ed attività. In definitiva si tratta di una massa di dati enorme ed in costante crescita, i quali vengono raccolti a costo praticamente zero, aggregati, trattati, alienati e soprattutto sfruttati per profilare gli utenti e conoscere le loro abitudini.

La prima considerazione che è possibile fare è che siamo in misura crescente sorvegliati, per non dire spiati persino all'interno della nostra abitazione, nonché quando ci spostiamo, navighiamo in internet e così via. Si tratta di un processo che in Cina ha raggiunto livelli elevatissimi, basti ricordare che in quest'area geografica non solo il numero di telecamere con riconoscimento facciale è sterminato, ma è stato introdotto un sistema di crediti che consente di valutare sulla base di una scala il comportamento delle persone, le loro idee, la loro conformità all'ideologia corrente e così via, il che comporta un sistema di sanzioni e di premi sia sul piano della carriera lavorativa, che su quello dell'accesso ai benefici sociali; negli ordinamenti occidentali non sono ancora stati raggiunti questi livelli, ma indubbiamente l'impressione è quella di un crescente controllo sociale anche in Europa e negli Stati Uniti.

Ma in queste condizioni un secondo problema che deve essere affrontato è quello della natura degli scambi in questione; possiamo in altre parole ancora ritenere che siamo in presenza di beni incommerciabili, con la conseguenza che opera la vecchia logica del consenso dell'avente diritto o viceversa abbiamo ormai varcato il Rubicone e siamo in presenza di beni suscettibili di trasferimento e come conseguenza ulteriore di commercializzazione?

3. *I termini d'uso*

In genere ai fini della navigazione è richiesto il rispetto dei termini d'uso predisposti dal gestore del sito; in base all'opinione più diffusa tali termini sono assimilabili alle condizioni generali di contratto, le quali sono considerate opponibili se note o conoscibili con l'ordinaria diligenza (art. 1341, 1° comma, c.c.). A seconda dei casi il contratto può concludersi spuntando una casella (*click-wrap agreements*) o semplicemente navigando nel sito (*browse-wrap agreements*); il primo caso pone sicuramente meno problemi, dato che spuntare una casella è un comportamento sufficientemente univoco dal quale desumere l'accettazione; più delicata è la questione con riferimento all'idoneità della navigazione nel sito ad integrare gli estremi dell'accettazione, tenuto conto della non necessaria univocità del comportamento[2]; parte della dottrina è giunta ad escludere la natura contrattuale dei termini d'uso e la conseguente accettazione in virtù di un comportamento concludente[3]; piuttosto, in conformità a questa ricostruzione, si tratterebbe di atti di opposizione paragonabili a quelli con cui il titolare di un negozio pone limitazioni per quel che riguarda le attività che si possono compiere all'interno del locale, come per esempio vietare l'ingresso ai cani, vietare di toccare la merce esposta e così via. In altre occasioni i termini d'uso sono stati altresì assimilati a veri e propri atti regolamentari privati[4]. In altre occasioni ancora si è auspicata una disciplina della rete[5]. Si consideri tuttavia che considerare i termini d'uso alla stregua di atti non negoziali di opposizione o di regolamenti privati può comportare una riduzione delle tutele del navigatore, dato che escludendo la configurabilità di un accodo negoziale ne consegue l'inapplicabilità della disciplina delle condizioni generali di contratto e delle clausole vessatorie, tenuto conto dell'unilateralità del divieto, con conseguenti minori possibilità

[2] La questione è discussa da Trib. Milano, 4 giugno 2013, n. 7825, *DR,* 2014, 310, con nota di Vozza, *Screen-scraping, browse-wrap e abuso di posizione dominante: il volo in picchiata di Ryanair*; in particolare per *scraping* si intende l'estrazione di dati da un sito, anche tramite robot, per ricavarne un vantaggio, anche solo in termini di risparmio di spesa; discute la questione: Monterossi, *Estrazione e (ri)utilizzo di informazioni digitali all'interno della rete internet, il fenomeno del c.d. web scraping, DII,* 2020, 327-369.

[3] A. Quarta, *Mercati senza scambi. Le metamorfosi del contratto nel capitalismo della sorveglianza,* Napoli 2020.

[4] D. D'Alberti, *Google e le nuove autorità private: le metamorfosi dal fatto al diritto, RDC,* 2021, 745-780. In partic. 799.

[5] Giuliano, *Regolare l'infosfera, CEI,* 2021, 885-919; Monterossi, *La tutela dell'utente commerciale nei mercati digitali, CeI,* 2021, 920-958.

di reazione da parte dell'utente il quale è tenuto in ogni caso a sottostare al divieto se intende navigare nel sito.

4. *Il diritto allo sfruttamento economico dei dati personali*

Sempre più frequentemente il consenso al trattamento dei dati personali costituisce parte integrante di un contratto di scambio tra beni e servizi da un lato e per l'appunto il consenso al trattamento dei dati personali dall'altro lato[6]; si tratta del resto di una tipologia contrattuale sempre più

[6] Mantelero, *Big data: i rischi della concentrazione del potere informativo digitale e gli strumenti di controllo, DII,* 2012, 135-144; Metzger, *Dienst gegen Daten: Ein Synallagmatischer Vertrag, AcI*? 2016, 817; De Franceschi, *La circolazione dei dati personali tra privacy e contratto,* Napoli 2017; Hermstruwer, *Contracting Aroud Privacy: The (Behavioural) Law and Economics of Consent and Big Data,* in *J. of Intellectual Property, Inf. Tech. & E-commerce Law,* 2017, 9; Finocchiaro (Cur.), *Il nuovo regolamento europeo sulla privacy e sulla protezione dei dati personali,* Bologna 2017; Id., (Cur.), *La protezione dei dati personali in Italia,* Torino 2019; Thobani, *Diritti della personalità e contratto,* Milano 2018, in partic. 158 ss; Michaela Giorgianni, *Il nuovo diritto alla portabilità dei dati personali. Profili di diritto comparato, CeI,* 2019, 1387-1417, ivi confronto con il *California Consumer Privacy Act of 2018,* approvato il 18 giugno 2018; F. Bravo, *Il diritto a trattare dati personali nello svolgimento dell'attività economica,* Padova 2018; F. Pizzetti (Cur.), *Intelligenza artificiale, protezione dei dati personali e regolazione,* Torino 2018; Resta, Zeno-Zencovich, *Volontà e consenso nella fruizione dei servizi in rete, RTDPC,* 2018, 411; Malgieri - Custers, *Pricing Privacy – The Right to Know the Value of Your Personal Data,* in *Computer Law & Sec. Rev.,* 2018, 289-303; A. Mantelero, D. Poletti, *Regolare la tecnologia: il Reg. UE 2016/679 e la protezione dei dati personali. Un dialogo fra Italia e Spagna,* Pisa 2018; Delmastro, Nicita, *Big Data,* Bologna 2019; Resta, *I dati personali oggetto del contratto,* in *Annuario del contratto*, 2018; Arpetti, *Economia della privacy: una rassegna della letteratura, Media Laws,* 2018, 267-297; V. Cuffaro, *La patrimonializzazione dei dati personali,* in *DI,* 2018, 689, nonché in Cuffaro, D'Orazio, Ricciuto (Cur.), *I dati personali nel diritto europeo,* Torino 2019, 23-59; N. Zorzi (Cur.), *Persona e mercato dei dati. Riflessioni sul GDPR,* Padova 2019; V. Zeno-Zencovich, *Do Data Market exist?, Media Laws,* 2019, 22-38; Di Lorenzo, *La circolazione dei dati personali tra tutela della persona e ordine giuridico del mercato,* in *Federalismi.it.,* 2019, 2-15; A. Quarta, *Mercati senza scambi. Le metamorfosi del contratto nel capitalismo della sorveglianza,* Napoli 2020; A.G. Parisi, *Privacy e mercato digitale,* Pisa 2020; V. Ricciuto, *Il contratto ed i nuovi fenomeni patrimoniali: il caso della circolazione dei dati personali, RDC,* 2020, 642-662; R. Senigaglia, *La dimensione patrimoniale del diritto alla protezione dei dati personali, CeI,* 2020, 760-805; Basunti, *La (perduta) centralità del consenso nello specchio delle condizioni di liceità del trattamento dei dati personali, RDC,* 2020, 860-895; Di Landro, *Big data. Rischi e tutele nel trattamento dei dati personali,* Napoli 2020; Versaci, *La contrattualizzazione dei dati personali dei consumatori,* Napoli 2020; AA. VV., *Il trattamento algoritmico dei dati tra etica, diritto ed economia,* Napoli 2020;

diffusa specie nell'ambito dei contratti per l'utilizzo dei motori di ricerca, dei contratti per l'uso dei *social network*, nonché dei contratti assicurativi[7]. Il Consiglio di Stato ha ritenuto che tali contratti siano a titolo oneroso ed ha ritenuto pratica commerciale scorretta l'insufficiente informazione circa l'uso commerciale dei dati[8]. Si consideri ancora che i dati costituiscono una risorsa ad uso non esclusivo, dato che l'uso da parte di un utente non impedisce ad altri di utilizzarli parimenti. Del resto, come ha scritto *The Economist*: "*The world's most valuable resource is no longer oil, but data*"[9]. Nei casi in questione il corrispettivo per la fornitura di beni e servizi a titolo apparentemente gratuito è per l'appunto costituito dal consenso al trattamento dei dati personali per finalità pubblicitarie; dati che a loro volta vengono spesso ulteriormente ceduti a titolo oneroso ad aziende o ad altro ancora per l'utilizzo a fini pubblicitari. Nei casi di questo genere occorre chiarire se il consenso possa ancora considerarsi libero ove l'erogazione del servizio sia subordinata per l'appunto al consenso al trattamento dei dati personali[10]. Come è ben noto, la libertà del consenso fa riferimento a circostanze ulteriori e diverse rispetto a quelle idonee ad integrare un vizio classico del consenso (art. 1427 ss c.c.). Il consenso può in altre parole non risultare libero anche nel caso in cui non risulti integrata nessuna ipotesi tradizionale di vizio del consenso, con conseguente illegittimità del conseguente trattamento dei dati.

I problemi che pone questa tipologia contrattuale sono innumerevoli, anche sotto il profilo della tutela dei consumatori. In primo luogo, occorre valutare se il consenso sia stato liberamente prestato o meno; a questi fini "si tiene nella massima considerazione l'eventualità, tra le altre, che l'esecuzione del contratto, compresa la prestazione di un servizio, sia condizionata alla prestazione del consenso al trattamento di dati personali non necessario all'esecuzione di tale contratto" (art. 7, 4° comma, Regolamento UE 27 aprile 2016, n. 679). A questo proposito la Corte di Cassazione ha peraltro ritenuto lecito da parte di un gestore di un sito internet somministrare un servizio fungibile, cui l'utente possa

Angiolini, *Lo statuto dei dati personali,* Torino 2020, con recensione di Malgieri, *RDC,* I, 2021, 603-606; Speziale, *L'ingresso dei dati personali nella prospettiva causale dello scambio: i modelli contrattuali di circolazione, CeI,* 2021, 602-629.

[7] De Franceschi, *op. cit.,* 10 ss.

[8] *Facebook*: Cons. Stato, 29 marzo 2021, n. 2631, in *Dejure.*

[9] Finocchiaro, *Il contratto nell'era dell'intelligenza artificiale, RTDPC,* 2018, 442-460, in partic. 460.

[10] Lo escludono: Resta, Zeno-Zzencovich, *Volontà e consenso nella fruizione dei servizi in rete, RTDPC,* 411-440, in partic. 428.

rinunciare senza grosso sacrificio, nonché condizionare la fornitura del servizio al trattamento dei dati per finalità pubblicitarie, sempreché risulti sufficientemente precisato il settore merceologico o dei servizi cui i messaggi saranno riferiti[11]; è dunque possibile subordinare l'erogazione di un servizio di *newsletter* al consenso al trattamento dei dati personali, purché si tratti di un servizio fungibile e del quale è possibile farne a meno; se invece si tratta di un servizio del quale non è possibile farne a meno, la subordinazione della sua erogazione al consenso al trattamento dei dati farebbe venir meno la libertà del consenso al trattamento stesso; a questi fini non sarebbe inoltre sufficiente un consenso onnicomprensivo e generico, senza specifico riferimento alla possibilità di ricevere *e-mail* o telefonate di carattere promozionale; ne consegue la necessità di specificare i generi merceologici o i servizi con riferimento ai quali verranno inviati i messaggi pubblicitari. In quest'area di problemi la giurisprudenza ha peraltro ritenuto nulla per illiceità la clausola contrattuale in virtù della quale la banca subordina l'esecuzione delle proprie prestazioni al previo rilascio da parte del cliente del consenso al trattamento dei dati personali[12].

In secondo luogo, posto che il consenso al trattamento dei dati personali è sempre revocabile e che un tale diritto è irrinunciabile[13], occorre ritenere che il titolare dei dati abbia sempre la facoltà di revocare il consenso al trattamento in qualsiasi momento; posto inoltre che si tratta dell'esercizio di un diritto, occorre altresì escludere che integri gli estremi dell'inadempimento, con conseguente esclusione del risarcimento del danno (art. 1218 c.c.)[14], salvi gli eventuali profili di contradditorietà del comportamento posto in essere (*nemo potest venire contra factum proprium*)[15]. Se dunque si tratta di un contratto, esso è particolarmente precario, dato che la revoca del consenso è sempre possibile ed è irrinunciabile, con conseguente nullità delle eventuali clausole in deroga.

La revoca del consenso poterebbe peraltro non essere idonea ad evitare integralmente la circolazione e l'uso dei dati ove il cessionario li abbia a sua volta ceduti a terzi a titolo oneroso[16].

[11] Cass., 2 luglio 2018, n. 17278, *NGCC,* 2018, I, 1775, con nota di Zanovello, *Consenso libero e specifico alle e-mail promozionali*; *GI,* 2019, 530, con nota di Thobani, *Operazioni di tying e libertà del consenso.* F. Bravo, *Lo scambio di dati personali nei contratti di fornitura di servizi digitali e il consenso dell'interessato tra autorizzazione e contratto, CeI,* 2018, 34-58.
[12] Cass., 21 ottobre 2019, n. 26778.
[13] De Franceschi, *op. cit.,* 115.
[14] De Franceschi, *op. cit.,* 120 ss, 126.
[15] De Franceschi, *op. cit.,* 112.
[16] De Franceschi, *op. cit.,* 118.

Qualche dubbio interpretativo potrebbe inoltre sorgere con riferimento alle prestazioni già effettuate a titolo di corrispettivo della cessione dei dati; ferma l'irrinunciabilità del potere di revoca, si potrebbe ritenere che la revoca del consenso al trattamento implichi recesso dal contratto, con conseguente scioglimento dello stesso; ove poi si ritenga che si tratti di un rapporto di durata, lo scioglimento potrebbe operare *ex nunc*, con conseguente salvezza delle prestazioni già effettuate fino a quel momento. Il discorso si complica nel caso in cui i dati personali siano stati ulteriormente ceduti dal cessionario a terzi a titolo oneroso; fermo che la revoca del consenso rende illecito il loro ulteriore utilizzo, ne consegue che il contratto di subcessione si risolve a sua volta, con conseguente eventuale riduzione dell'entità del corrispettivo.

In definitiva i dati personali costituiscono dunque un bene piuttosto particolare e sicuramente volatile, dato che la revoca del consenso ne preclude comunque la possibilità di utilizzo, azzerandone il valore; questo non esclude peraltro che i dati possano essere oggetto di alienazione, anche a titolo oneroso, fermo restando che la revoca del consenso al loro utilizzo è sempre possibile; del resto gli esempi di beni che possono essere molto volatili sono numerosi; basti per esempio pensare alle azioni il cui valore di mercato può essere oggetto di forti oscillazioni, fino al suo azzeramento.

Ovviamente trattandosi di contratti del consumatore dovrà farsi applicazione di quanto previsto dal codice del consumo in tema di clausole vessatorie, pratiche commerciali scorrette[17], contratti conclusi a distanza e così via.

Ancora diverso è il caso in cui il consenso sia viziato; nei casi di questo genere la caducazione del consenso opererebbe infatti *ex tunc*, con conseguente illegittimità dell'intero trattamento, salvo l'eventuale risarcimento del danno[18].

In ogni caso resta l'ambiguità di questa tipologia contrattuale, tenuto conto che il consenso si riferisce ad attributi della personalità, per loro natura indisponibili, salvo per l'appunto il consenso dell'avente diritto. La dottrina italiana si è per lo più espressa nel senso dell'indisponibilità del diritto ai propri dati personali, alla stregua degli altri attributi della persona e della personalità[19]; più possibilista è la dottrina americana che non ha esitato a ritenere che anche le utilità in questione costituiscano beni, suscettibili non solo di proprietà, ma anche di disposizione[20]. Parlare di proprietà

[17] De Franceschi, *op. cit.,* 101.

[18] Thobani, *op. cit., GI,* 2019, 536.

[19] G. Alpa, *L'identità digitale e la tutela della persona. Spunti di riflessione, CeI,* 2017, 723-727, in parti. 727.

[20] Schwartz, *Property, Privacy, and Personal Data,* 117, *HLR,* 2004, 2055-2128, il quale si

significa peraltro far riferimento a beni sicuramente particolari, i quali se aggregati ad altri dati tendono comunque a perdere la loro individualità. In queste condizioni una prima possibilità potrebbe consistere nello scindere l'operazione in due distinti atti di autonomia, il consenso dell'avente diritto all'uso dei dati personali, per sua natura sempre revocabile, ed il contratto a titolo gratuito od oneroso relativo all'erogazione dei servizi previsti[21]; in questa prospettiva, dato il collegamento tra i due atti, la revoca del consenso può risolvere anche il contratto collegato, con conseguente cessazione dell'erogazione del servizio in questione. In alternativa sarebbe possibile ritenere che la revoca del consenso, sempre possibile, non determina l'automatico scioglimento del contratto ma consente alla controparte di porre fine al contratto e conseguentemente di cessare l'erogazione dei servizi pattuiti come corrispettivo della cessione dei dati.

Un'altra possibilità ancora potrebbe consistere nel ritenere che anche con riferimento ai dati personali siano configurabili due differenti situazioni giuridiche soggettive: un diritto della personalità, non disponibile, ed un diritto avente contenuto patrimoniale, suscettibile di disposizione[22], al pari del resto di quanto avviene in materia di diritto d'autore, dove si distingue tra diritto morale d'autore e diritto patrimoniale d'autore, nonché di immagine, dove si distingue tra diritto all'immagine e diritto allo sfruttamento economico degli attributi della personalità (*right of publicity*); in questo caso potrebbe parlarsi di diritto allo sfruttamento economico dei dati personali.

Particolarmente significativa a questo proposito pare del resto anche la Direttiva UE del 20 maggio 2019, n. 770 relativa a determinati aspetti dei contratti di fornitura di contenuti digitali e di servizi digitali; come precisa l'art. 3, 2° comma, la Direttiva in questione trova applicazione anche nel caso in cui l'operatore economico fornisce o si impegna a fornire contenuti digitali o servizi digitali al consumatore e questi fornisce o si impegna a fornire dati personali all'operatore economico; il che implica l'esplicito

esprime in termini moderatamente favorevoli alla *commodification* dei dati personali.

[21] Messinetti, *Circolazione dei dati personali e dispositivi di regolazione dei poteri individuali, RCDP,* 1998, 339-407, 365 ss; F. Bravo, *Il diritto a trattare dati personali nello svolgimento dell'attività economica,* Milano 2018; Id., *Lo scambio di dati personali nei contratti di fornitura di servizi digitali e il consenso dell'interessato tra autorizzazione e contratto, CeI,* 2019, 34-58; Resta, *Diritti fondamentali e diritto privato nel contesto digitale,* in Caggia, Resta (Cur.), *I diritti fondamentali in Europa e il diritto privato,* Roma 2019, 117-134, in partic. 128-132.

[22] Del Mastro, Nicita, *op. cit.,* 130; in questo senso anche: TAR Lazio, 10 gennaio 2020, n. 260, *GI,* 2021, 320, con nota di Solinas, *Circolazione dei dati personali, onerosità del contratto e pratiche commerciali scorrette.*

riconoscimento che nei casi di questo genere sono ravvisabili gli estremi di un vero e proprio contratto di scambio tra beni o servizi digitali e dati personali. Si consideri tuttavia che la Direttiva UE del 20 maggio 2019, n. 771 sulla vendita di beni al consumatore non ha altresì previsto lo scambio di dati personali e beni materiali.

La giurisprudenza ha escluso la legittimità della richiesta del consenso al trattamento dei dati sensibili al fine di poter esercitare i diritti nascenti da un contratto di conto corrente[23].

[23] Cass., 21 ottobre 2019, n. 26778.

Francesco Sangermano

Informazione, riservatezza e dati personali. Una dialettica da ricomporre nell'unitarietà del valore della persona umana

1.

E' noto come soprattutto prima della svolta, per così dire, impressa e determinata dall'introduzione nell'ordinamento giuridico della normativa sulla tutela dei dati personali[1], la sapienza del giurista teorico e pratico abbia conosciuto una felice stagione di rinnovata e feconda incisività nelle delicate dinamiche conflittuali tra la riservatezza del singolo, l'accessibilità alle proprie informazioni personali e la manifestazione del pensiero anche nella sua declinazione particolare di presidio e garanzia per la collettività di essere informata.

Una creatività applicativa sorretta spesso da solide fondamenta concettuali e da collaudate ed al contempo rinnovate categorie civilistiche ordinanti tali da consentire di fronteggiare le insidie suggestive di un eccesso di informazione rispetto a quel valore della persona da custodire e difendere nella dimensione propria della intangibilità della vita privata e non solo.

Un ruolo incisivo del giurista con una osmosi straordinaria tra la

[1] Cfr. legge 31 dicembre 1996, n.675 (Tutela delle persone e di altri soggetti rispetto al trattamento dei dati personali). Successivamente sono state adottate le direttive 2002/21/CE in materia di reti e servizi di comunicazione elettronica e 2002/58/CE sul trattamento dei dati personali a tutela della vita privata nel settore delle comunicazioni elettroniche. Le precitate direttive hanno trovato attuazione con il D.lgs. del 30 giugno 2003, n.196 recante il Codice in materia di protezione dei dati personali. Da ultimo si è poi registrato l'intervento del Regolamento 2016/679 quale fonte sovraordinata; ancora il D.lgs. del 10 agosto 2018, n. 101 con adeguamento del predetto Codice in materia di protezione dei dati personali del 2003. In sostanza, la normativa in materia di dati personali si articola su di una serie di fonti in cui accanto alle norme nazionali più adeguate e puntuali si registra l'operatività delle regole sovranazionali unitamente alla prassi anche regolamentare dei vari organismi di vigilanza.

giurisprudenza che si fa dottrina e quest'ultima che si innesta in maniera sorprendentemente conformativa ed anticipatrice della stessa prassi giurisprudenziale: un ruolo, insomma, effettivo di protagonista e non di mero esegeta.

Basti pensare alla c.d. sentenza decalogo propria della storica decisione della Suprema Corte n. 5259 del 1984[2] o alla configurazione del c.d. diritto all'oblio[3].

Principi giurisprudenziali e formante dottrinale che strutturano la materia della *privacy* anche nel mutato e variegato panorama normativo seppur in maniera non esente da criticità.

Ora, invece, anche a seguito del progressivo accentuarsi degli interventi legislativi e regolamentari in un contesto nazionale e sovranazionale, l'efficace ricostruzione dottrinale in termini di effettiva originalità appare meno agevole.

Ed invero, nella formulazione dei testi riguardanti la tutela, la protezione dei dati personali la *dialettica* tra *regole* e *principi* presenti diffusamente nei relativi articoli e/o numerosi "considerando" non sempre si presenta suscettibile di agevole ricomposizione scientifica ed ermeneutica: spesso si ha l'impressione che la dinamica fluida, elastica, ed *in linea astratta* improntata a *ragionevolezza*, dei principi ivi descritti sia quasi *controbilanciata da un eccesso di fattispecie* normative; per contro, in altri luoghi normativi del regolamento, paradossalmente, quegli stessi principi non sembra che siano riusciti a tradursi in un articolato coerente e realmente esaustivo ….

In questa prospettiva il «complesso di disposizioni, per un verso, dà concretezza sul piano positivo alle situazioni giuridiche che vengono in considerazione nella disciplina di settore, per altro verso, rischia di confondere l'interprete che, frastornato dalla enunciazione di una miriade di diritti ed obblighi, potrebbe essere indotto a compiere una lettura frammentaria, venendo in qualche misura a ripetere la risalente esperienza circa il novero dei diritti della personalità. Suggestione della quale occorre

[2] Cfr. al riguardo G.B. Ferri, *Tutela della persona e diritto di cronaca,* in *Persona e formalismo giuridico*, Rimini, 1987, pp. 319 e ss.

[3] Cfr. le fonti normative comunque connesse al tema del diritto all'oblio. Accanto alle norme costituzionali:il Codice della privacy (d.lgs. n. 196/2003), il Codice di deontologia relativo al trattamento dei dati personali nell'ambito dell'attività giornalistica. Gli artt. 7-8 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea (CDFUE), gli artt. 8, 10 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo (CEDU), l'art. 16 del Trattato sul funzionamento dell'Unione Europea (TFUE) e il Regolamento Generale sulla Protezione dei Dati Personali (RGPD, Regolamento UE 2016/679).

essere consapevoli e che occorre tuttavia sforzarsi di superare, cercando di ricostruire ad unitarietà la posizione giuridica del soggetto cui i dati si riferiscono[4] ».

La sensazione che si avverte, dunque, di fronte alla stratificazione legislativa e regolamentare culminata con il recente Reg. 2016/679, nel più generale contesto delle fonti sovranazionali, è quella non poche volte di un sovrabbondante e ridondante sminuzzamento sillogistico di situazioni, di principi non chiari, di fattispecie in cui cercare di ingabbiare, per così dire, le infinite problematiche nascenti da un inarrestabile progresso delle tecniche e delle tecnologie di raccolta, di diffusione e di manipolazione dei dati, delle notizie che ci riguardano e che, in un certo senso, ci *conformano* e ci *costituiscono* come *persona nella dimensione reale della vita e non meramente di tipo virtuale*.

Di fronte al fenomeno ad oggi inesauribile e quasi incontenibile della circolazione delle informazioni e dei dati e malgrado il carattere spesso abnorme e farraginoso della normativa di riferimento, che sembra frammentare e scomporre in una molteplicità di situazioni soggettive le prerogative della persona, in una rinnovata "caccia"[5] agli innumerevoli diritti della personalità, il giurista non può abdicare al suo ruolo di artefice dell'esperienza giuridica indisgiungibile da quel valore fondante or ora descritto: è per questo che con riguardo alla *privacy* [6]complessivamente

[4] V. Cuffaro, *Il diritto europeo sul trattamento dei dati personali e la sua applicazione in Italia: elementi per un bilancio ventennale,* in V. Cuffaro, R. D'Orazio, V. Ricciuto, *I dati personali nel diritto europeo*, (a cura di), Torino, 2019, p.8.

[5] Cfr. G.B. Ferri, *Diritto all'informazione e diritto all'oblio*, ora in *Le anamorfosi del diritto civile attuale*, Padova, 1994, p. 174: «La cultura giuridica italiana, scoperto il tema della persona umana, sembra essersi abbandonata ad una sorta di caccia ai diritti della personalità».

[6] In argomento cfr. nell'ambito di una ormai estesa letteratura scientifica ed in relazione alle varie ricostruzioni dottrinali, sotto diversi angoli visuali inerenti la riservatezza, la manifestazione del pensiero e il diritto di cronaca, nonché alle normative stratificatesi nel tempo comprese le elaborazioni anteriori alla positivizzazione della *privacy*: G. Giampiccolo, *La tutela giuridica della persona umana m e il c.d. diritto alla riservatezza,* in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1958, pp. 458 ss.; P. Rescigno, *Il diritto all'intimità della vita privata*, in *Studi in onore di F. Santoro-Passarelli*, IV, Napoli, 1972, pp. 121 e ss.; A. Cataudella, *La tutela della vita privata*, Milano, 1974; T. Auletta, *Riservatezza e tutela della personalità*, Milano, 1978; V. Cuffaro, *Profili civilistici del diritto all'informazione*, Jovene,1986; G.B. Ferri, *Privacy e identità personale*, in *Persona e formalismo giuridico*, Rimini, 1987, pp. 233 e ss.; Id., *Diritto all'informazione e diritto all'oblio*, ora in *Le anamorfosi del diritto civile attuale*, Padova, 1994, pp. 174 ss.; *Il silenzio e le parole nella cultura del civilista*, Milano, 2021; G. Giacobbe, voce *Riservatezza* (*diritto alla*), in *Enc. dir.*, XL, Milano, 1989; S. Smitis, *Il contesto giuridico e politico della tutela della privacy,* in

intesa deve continuare a parlarsi «di un diritto che, proprio in quanto volto a preservare il valore della persona, ha ancora motivo di essere considerato unitario. La scelta di continuare a ritenere che la situazione giuridica soggettiva della persona debba essere considerata unitaria appare d'altronde cautela necessaria per realizzare una tutela adeguata rispetto al fenomeno dei dati, segnato da una continua ed imponderabile evoluzione[7]».

E' un mutamento di prospettiva o, se si vuole, di confronto e di scontro tra il momento dell'informazione, della circolazione del flusso dei dati e quello della *privacy* della persona di difficile inquadramento e ricomposizione ad opera del tecnico del diritto.

Un angolo visuale di osservazione privilegiato e specifico seppur non esclusivo per rendersi conto di ciò è quello inerente da sempre la manifestazione del pensiero[8] con i limiti ad essa connessi e le correlative sottili criticità cui dà luogo tale libertà cui si aggiunge ora la questione del trattamento ricollegata all'oggettivo sfruttamento dei dati personali, che ha dato luogo ad un vero e proprio fenomeno di patrimonializzazione[9] di questi ultimi ed in ordine al quale la dottrina è chiamata ad un nuovo difficile raccordo con le acquisizioni consolidate in materia di diritti della personalità.

Fenomeno della patrimonializzazione inarrestabile che certo non può non destare preoccupazioni in un'era tecnologica di raccolta,

Riv. dir. crit. priv., 1997, pp. 575 ss.; G. Buttarelli, *Banche dati e tutela della riservatezza*, Milano, 1997; A. Cerri-A. Bevere, *Diritto di cronaca e diritto di critica. Libertà di pensiero e dignità umana,* Roma, 1998; F. Cardarelli, R. Sica, V. Zeno Zencovich (a cura di), *Il codice dei dati personali. Temi e problemi,* Milano, 2004; C.M. Bianca -F.D. Busnelli, *La protezione dei dati personali. Commentario al d.lgs. 30 giugno 2003 n. 196 (Codice della privacy)*, Padova, 2007; F. Pizzetti, *Privacy e diritto europeo alla protezione dei dati personali – Dalla direttiva al nuovo Regolamento europeo*, Torino, 2016; L. Califano, *Privacy: affermazione e pratica di un diritto fondamentale,* Napoli, 2016; F. Piraino, *Il regolamento generale sulla protezione dei dati personali e i diritti dell'interessato*, in *NLCC,* 2017, pp. 369 e ss.; A. Mantenero – D. Poletti (a cura di), *Regolare le tecnologie: il Reg. E 2016/679 e la protezione dei dati personali,* Pisa, 2018.

[7] V. Cuffaro, *Il diritto europeo sul trattamento dei dati personali e la sua applicazione in Italia: elementi per un bilancio ventennale,* in V. Cuffaro, R. D'Orazio, V. Ricciuto, *I dati personali nel diritto europeo*, cit., p.10.

[8] S. Barbareschi – A. Giubilei, *L'equilibrio tra la tutela dei dati personali e la manifestazione del pensiero,* in V. Cuffaro, R. D'Orazio, V. Ricciuto, *I dati personali nel diritto europeo*, cit., p. 458.

[9] Da ultimo si registra il D.lgs. del 26 novembre 2021, n.173 che ha previsto, tra l'altro, *il cosiddetto pagamento mediante dati personali del consumatore nell'ambito dei contratti di fornitura e di contenuto di servizi digitali*.

manipolazione e circolazione di dati ed informazioni che registra acce lerazioni velocissime al cui confronto la ormai risalente *Relazione sulla rilevazione effettuata al 31 dicembre 1981 in ordine alla formazione e detenzione di archivi magnetici contenenti dati o informazioni su cittadini italiani* (art. 8 ultimo comma della legge 1° aprile 1981, n.121) presentata dal Presidente del Consiglio dei Ministri alla Presidenza della Camera dei Deputati il 31 gennaio 1983 sembra quasi rappresentare il ricordo di un'epoca di *archeologia giuridica* quando già allora Vittorio Frosini ammoniva che sulla base dei dati ivi raccolti si poteva «ragionevolmente presumere che la maggior parte dei cittadini italiani è stata schedata ad iniziativa di imprese private[10]»

2.

Del resto, la complessità della questione si ricava anche dalla diversificazione diacronica dello stesso termine "*privacy*".

Si tratta, in effetti, di un'espressione con un'accezione plurima e polisemica rispetto a quella primigenia.

Ed invero «la protezione della *privacy* si è principalmente sviluppata lungo quattro direttrici: la tutela dei dati sensibili, il diritto all'*habeas data*, l'originario diritto ad essere lasciati in pace e il diritto all'oblio (o c.d. *privacy* storica). L'evoluzione della tutela del diritto alla riservatezza conferma, infatti, l'intuizione di autorevole dottrina che, evitando una sterile *reductio ad unum*, ha parlato di una "costellazione di diritti" [11]».

Un diritto alla riservatezza che non si esaurisce più nel diritto di respingere le invasioni della sfera privata ma che si allarga in maniera dinamica e funzionale alla pretesa giuridicamente tutelata di controllare il flusso e lo scambio in senso lato di informazioni che la riguardano come aveva rilevato con la consueta e sapiente lungimiranza Stefano Rodotà[12].

Ed in questa complessità, in questa molteplicità di significati si colgono gli snodi concettuali e giuridici più problematici.

[10] V. Frosini, *Centomila banche dati "spiano gli italiani,* in *Il Tempo* 3 giugno 1983 come ricorda G.B. Ferri, *Privacy e libertà informatica,* in *Persona e formalismo giuridico*, Rimini, 1987, p. 291.

[11] S. Barbareschi – A. Giubilei, *L'equilibrio tra la tutela dei dati personali e la manifestazione del pensiero,* in V.Cuffaro, R.D'Orazio, V. Ricciuto, *I dati personali nel diritto europeo*, cit., p. 458.

[12] S. Rodotà, *Elaboratori elettronici e controllo sociale*, Bologna, 1973, p. 130.

Con ragione si è osservato che nel mutamento del concetto o, aggiungiamo, nella diversificazione di senso che il termine *privacy* è venuto assumendo l'interprete può leggere una sorta di parabola della ricerca giuridica e del ruolo del giurista cui prima alludevamo[13].

In questo quadro, deve soggiungersi come la differente nozione complessa di *privacy* possa essere riletta e compresa, più in generale, anche alla luce del rapporto tra diritti della persona ed ordinamento statuale, segnatamente tra diritti di libertà ed autodeterminazione in specie, che la dottrina costituzionalistica ma anche quella civilistica da tempo ha colto e razionalizzato come una delle più utili e condivisibili acquisizioni scientifiche e ricostruttive.

In effetti, del tutto diversa appare la problematica delle libertà e dei diritti della persona nello Stato democratico-pluralista.

I diritti di libertà non si spiegano più, in quest'ottica, solo in termini di diritti soggettivi seppur fondamentali: essi sono, innanzitutto, valori costituzionali, principi ordinatori; non si può più discorrere semplicemente di *libertà negative*. I diritti di libertà costituiscono macro-diritti in cui vengono a coesistere sia il potere di autodeterminarsi nella scelta fra l'alternativa o le alternative di godimento nelle quali si concreta il contenuto sostanziale della libertà, sia la pretesa di escludere gli altri dall'interferire negativamente con il proprio libero comportamento[14]. I profili e gli aspetti positivi e negativi della libertà sono, cioè, requisiti che caratterizzano in maniera complessa i correlativi diritti[15].

In ogni caso, pur nella diversità profonda delle configurazioni in termini di libertà negative e/o positive, vi è concordia rispetto ai tratti essenziali delle libertà intese come diritti soggettivi e cioè come posizioni giuridiche di favore riconosciute e tutelate dall'ordinamento.

Alla luce di tali rilievi è del tutto appropriato, quindi, discorrere della *privacy* non più come un mero diritto della persona ad esser lasciata sola bensì anche come un diritto, una pretesa ad un controllo sui dati, sulle informazioni che la riguardano o che possono interferire con la propria libertà di autodeterminazione.

Quel che è dato scorgere dall'angolo visuale specifico della riservatezza è quello di un oggettivo accentuarsi del profilo del *rapporto* rispetto a quello della prerogativa in chiave di classica situazione assoluta.

[13] V. Cuffaro, *Il diritto europeo sul trattamento dei dati personali e la sua applicazione in Italia: elementi per un bilancio ventennale,* in V.Cuffaro, R.D'Orazio, V. Ricciuto, *I dati personali nel diritto europeo*, cit., p.4.

[14] A. Baldassarre, *Libertà (problemi generali)*, in *Enc. giur. Treccani,* XIX, Roma, 1990, 29.

[15] A. Baldassarre, *Libertà (problemi generali)*, in *Enc. giur. Treccani,* cit., 29.

In questo quadro, l'impressione che si ricava è quella di una - almeno per il momento – non solida enucleazione di una risposta ben definita rispetto ad una serie di strumenti ed istituti preventivi e rimediali veramente capaci di contrapporsi all'altra "parte" della relazione giuridicamente (ed economicamente) rilevante in cui è facile cogliere una macroscopica asimmetria ed una connessa sperequazione di proporzioni incredibilmente estese tra il soggetto cui appartengono le informazioni personali, l'interessato e quello che le raccoglie e le utilizza in qualche modo per le più diversificate finalità (non esclusivamente socio-economiche).

Se è vero che la mera logica del divieto e della consequenziale sanzione rischia di essere troppo rigida, al contempo l'approccio progressivamente allargato ed accentuato di una crescente regolamentazione complessa di controllo del flusso dei dati, di responsabilità dell'autore dell'illecito e di vigilanza delle Autorità, rischia di tradursi fatalmente in una congerie astratta di regole che in concreto sembrano poi rivelarsi incapaci di fronteggiare uno sbilanciamento di situazioni così sperequate in favore del soggetto che acquisisce e tratta la circolazione dei dati della persona (quando è facile accorgersi delle *infinite possibilità di elusione* da parte delle imprese dei principi posti a tutela di un effettivo e meditato consenso).

In questa atomistica descrizione normativa delle fattispecie e nella correlativa varietà e numerosità delle definizioni che riguardano la riservatezza, i dati personali si scorge una ambigua, sottesa e pericolosa riaffermazione – forse non pienamente avvertita ed al di là della enunciazioni di principio rinvenibili nel testo delle direttive o nel contenuto dei vari considerando – di un approccio parcellizzato dei diritti della persona che già abbiamo ben conosciuto nella dialettica, a questo punto emblematica, tra teoria pluralista e teoria monista[16].

[16] Come ha osservato anche la dottrina civilistica, G.B. Ferri, *Persona umana e formazioni sociali,* in *Saggi di diritto civile,* Rimini, 1994, pp. 11 e ss.: comune alla tematica generale dei diritti inviolabili è, in effetti, la questione dibattuta teoricamente ma con evidenti ripercussioni pratiche del carattere aperto o chiuso dei diritti della persona e delle libertà (costituzionali) intese come diritti fondamentali. Secondo la prima prospettiva l'art. 2 della Costituzione, anche con riferimento alle libertà, consentirebbe la tutela in via evolutiva di quei diritti che, pur non testualmente previsti dalla Carta costituzionale, sono via via individuati mediante l'attività interpretativa. In base, invece, alla differente prospettazione sopra citata del carattere chiuso o tipizzato dei diritti della persona e delle libertà, l'art. 2 esprimerebbe, in sostanza, una formula riassuntiva e sintetica delle singole e ben individuate situazioni fondamentali così come successivamente descritte e regolamentate dalle varie disposizioni costituzionali. In questo quadro, è noto che l'interpretazione estensiva è stata accolta più volte dalla giurisprudenza della Corte costituzionale (v., in particolare, l'affermazione dell'esistenza del diritto fondamentale della persona all'autodeterminazione in Corte Cost. 23.12.2008, n. 438).

Ed invero, la strada da percorrere di fronte all'essenza della persona è tuttora, come avevamo anticipato, quella di ricondurre ad essa le più svariate espressioni dell'essere umano in chiave di diritti della personalità; la *persona è il centro da cui si irradiano i singoli aspetti*.

E qui di nuovo si innesta, evidentemente, con riferimento al problema che ci occupa, il perseguimento di una non agevole ricomposizione tra la *dimensione* di *scambio* che di fatto assume o può assumere l'informazione sulla persona e il profilo assiologico di quest'ultima senza confusioni e negazioni certo ma nemmeno avallando sconfinamenti tra le due prospettive in danno del valore primario della persona stessa.

Al di là delle enunciazioni e delle talvolta, almeno apparentemente, tautologiche definizioni letterali del diritto alla protezione dei dati personali e della *privacy* rintracciabili diffusamente soprattutto nei più recenti testi normativi, il cuore del diritto in esame- nelle sue molteplici declinazioni così come sono state affermate ed individuate in questi anni di intenso fervore ricostruttivo ed applicativo – è inscindibile dalla constatazione del presupposto di un macrodiritto della persona che nessuna formula legale potrà immiserire o restringere senza continuare a confrontarsi con quei principi assiologici che ruotano attorno al valore dell'essere uomo e che fondano e costituiscono ogni ordinamento giuridico che non voglia asservirsi a logiche utilitaristiche e di mercato.

3.

E' per tali ragioni che occorre procedere con molta attenzione e con pacata diffidenza di fronte ad una eccessiva fiducia rispetto alle formule ed alle fattispecie di disciplina e regolamentazione anche in via negoziale del mercato dei dati: la constatazione difficilmente confutabile che questo è il vero obiettivo di molti operatori del trattamento, come si evince per certi versi dall'art. 1[17] dello stesso GDPR, nell'ambito di una dimensione

[17] Cfr. il testo della norma di cui Articolo 1 (Oggetto e finalità): «1. Il presente regolamento stabilisce norme relative alla protezione delle persone fisiche con riguardo al trattamento dei dati personali, nonché norme relative alla libera circolazione di tali dati. 2. Il presente regolamento protegge i diritti e le libertà fondamentali delle persone fisiche, in particolare il diritto alla protezione dei dati personali. 3. La libera circolazione dei dati personali nell'Unione non può essere limitata né vietata per motivi attinenti alla protezione delle persone fisiche con riguardo al trattamento dei dati personali». Osserva V. Ricciuto, *La patrimonializzazione dei dati personali. Contratto e mercato nella ricostruzione del fenomeno*,

di circolazione economica nei fatti planetaria e pressoché infinita non può consentire inaccettabili scorciatoie esegetiche o ricostruttive dimentiche ed elusive del principio intangibile della libertà e della dignità della persona così come, del resto, è scolpito e consacrato nel disposto, tra l'altro, dell'art. 41 della nostra Costituzione.

La complessità e la delicatezza della questione che ha originato il fenomeno vorticoso e non sempre virtuoso definito come patrimonializzazione[18] dei dati e della correlativa configurazione *in chiave di operazione economica* in cui è possibile cogliere il "valore" obiettivamente di scambio di un bene immateriale quale il dato stesso, e come per certi versi è attestato dalla filosofia del nuovo GDPR, deve ricercarsi, in effetti, anche nella non ancora solida acquisizione della consapevolezza della diversificazione e divaricazione nell'ambito delle problematiche in senso ampio della *privacy* delle situazioni e delle dinamiche negoziali dei dati medesimi nel rapporto con la categoria ordinante dei diritti della persona contraddistinti, come è noto, dalla loro indisponibilità.

Del resto di una possibile scomposizione tra il *profilo assoluto della protezione* e *quello relativo dell'obbligo* di non diffondere la notizia riservata si è già in passato acutamente parlato in relazione all'area sistematica contigua, seppur notoriamente distinta rispetto alla *privacy*, del c.d. diritto al segreto.

Sono intuizioni ed indicazioni che ben possono essere sviluppate, per certi versi, con riguardo al problema attuale dei dati personali. Ed al riguardo si è rilevato che certamente «anche con il *diritto al segreto*, s'intende proteggere un'*area riservata* della vita privata (ma anche pubblica); esso costituisce tuttavia, un tipo di tutela che, quando è chiamato ad operare, opera in *alternativa* a quello della *privacy*. Infatti mentre la tutela di

in V. Cuffaro, R. D'Orazio, V. Ricciuto, *I dati personali nel diritto europeo*, cit., pp. 53-54, «non si tratta dunque di una normativa di per sé relativa alla disciplina dei diritti delle persone. Questi ultimi vengono in considerazione in quanto aspetti naturalmente implicati e potenzialmente pregiudicati da un'attività di trattamento dei dati, sicché il regolamento si preoccupa di proteggere «i diritti e le libertà fondamentali delle persone fisiche», in particolare il diritto alla protezione dei dati personali rispetto ad un'attività di trattamento che possa pregiudicarli. Tuttavia, oggetto della disciplina è l'attività di trattamento secondo il principio proprio delle attività economiche, della libera circolazione dei dati personali nell'Unione».

[18] Cfr. al riguardo V. Ricciuto, *La patrimonializzazione dei dati personali. Contratto e mercato nella ricostruzione del fenomeno*, in V. Cuffaro, R. D'Orazio, V. Ricciuto, *I dati personali nel diritto europeo*, cit., p.54, per il quale «la prospettiva rgdp è dunque quella della disciplina di un fenomeno di circolazione di una peculiare ricchezza, il dato personale. Coerentemente, gli istituti disciplinati dal Regolamento acquistano una più marcata valenza patrimoniale».

quest'ultima, quale aspetto del diritto (assoluto) della personalità, ha il fine di escludere gli altri (su cui grava un dovere negativo) dall'interferire nella *privacy* stessa, il *diritto al segreto* è destinato ad operare quando elementi della *privacy* siano (per ragioni d'ufficio, professionali o soltanto occasionali) conosciuti ad altri; e cioè quando nei confronti di questi ultimi, sempre evidentemente con riguardo agli elementi conosciuti, di *privacy* non può più parlarsi. In questa prospettiva, in capo a coloro che la notizia riservata detengono, sorge un *obbligo* di non diffonderla, cui corrisponde (secondo lo schema del diritto relativo) la *pretesa* del "titolare" della notizia a che questa non venga diffusa. Insomma, all'*assolutezza* della *privacy* corrisponde la *relatività* del cd. *diritto al segreto*»[19].

In questo scenario, il tentativo di compromesso si evince dalla stessa formulazione del *considerando* 4 del Regolamento del 2016 per cui il trattamento dei dati personali da un lato dovrebbe essere al servizio dell'uomo, ma al contempo afferma che "il diritto alla protezione dei dati di carattere personale non è una prerogativa assoluta, ma va considerato alla luce della sua funzione sociale e va contemperato con altri diritti fondamentali, in ossequio al principio di proporzionalità".

Che tale previsione sia funzionale alla realistica circolazione dei dati è evidente ma ciò non può ovviamente consentire un principio generalizzato di *mercificazione* del dato personale che rischia di scardinare come un grimaldello quella declamata proporzionalità in danno di un valore primario che non può non continuare ad essere quello della tutela della persona umana.

4.

Sarebbe, in effetti, preoccupante - con un eccesso di semplificazione - accostare nei fatti e nelle soluzioni ermeneutiche il carattere di recessività che può assumere il diritto alla *privacy* nel contesto del legittimo esercizio della libertà di espressione e manifestazione del pensiero rispetto a quello differente della dimensione del mercato dei dati: l'*antagonismo* tra situazioni giuridiche può esigere e richiedere certamente un bilanciamento e, in determinate fattispecie, la subordinazione o meglio la limitazione di una situazione rispetto ad un'altra.

Ma ben diverso è il carattere recessivo che può individuarsi in certe evenienze nel diritto alla riservatezza di fronte al diritto di cronaca da

[19] G.B. Ferri, *Persona e privacy*, in *Persona e formalismo giuridico*, Rimini, 1987, pp. 281-282.

quello che potrebbe più o meno inconsapevolmente avallarsi *tout court* nell'ambito della circolazione e della "negoziazione" dei dati ….

Il rapporto riservatezza e manifestazione del pensiero corrisponde a diritti (e valori) della persona non sempre comparabile in egual misura a quello che possiamo scorgere nella relazione riservatezza, protezione delle informazioni e circolazione – mercato – patrimonializzazione dei dati.

Quest'ultimo è un fenomeno gigantesco e sotto gli occhi di tutti: vietarlo sarebbe -ancor prima che una utopia impossibile - un errore, ma ciò non può equivalere ad appiattimenti sistematico-ricostruttivi, a registrare passivamente tali dinamiche economico-sociali che devono essere costantemente lette ed interpretate avendo pur sempre come limite non valicabile – quando se ne individui una possibile lesione ed aggressione - la tutela della persona contro ogni eventuale indebita legittimazione di trattamenti e di connessa profilazione, pena una inammissibile mercificazione contrattuale di notizie nelle misura in cui queste tecniche di sfruttamento ed utilizzazione dei dati si rivelino capaci di vanificare quella soglia di presidio della dignità e riservatezza del valore uomo che nessun ordinamento può oltrepassare.

Tanto più in un'epoca di stravolgimento delle comunicazioni e della diffusione planetaria delle informazioni che sembra attestare una *trasformazione antropologica dell'uomo*, del *suo sentire morale*.

Quando, in definitiva, tali tecniche già solo astrattamente e/o in concreto indebite non si risolvano in un semplice inadempimento di obblighi contrattuali con riguardo ad una mera qualificazione e configurazione (economica) del trattamento dei dati personali che pure può essere colta e letta in determinate fattispecie nell'ambito di una relazione negoziale - come ha evidenziato la dottrina - ma assumano un disvalore più marcato.

Altra, invero, è la qualità assiologica, per così dire, che si ritrova nelle precitate fattispecie e per le quali può discorrersi senza scalpore di risposte in chiave di diritto delle obbligazioni; altra, invece, è la pregnanza e la rilevanza delicatissima che si riscontra nelle evenienze della tipologia delle fattispecie, cui da ultimo si alludeva, anche solo in astratto suscettibili di vulnerazione di aspetti legati alla *privacy* in senso stretto: qui la dimensione assoluta della situazione giuridica soggettiva emerge con tutto il suo vigore assiologico di principio prevalente e non recessivo.

Il diritto alla tutela del dato personale in tali fattispecie si riappropria, per così dire, della sua assolutezza in chiave di espressione del fondamentale diritto della personalità[20]: qui il profilo dello scambio, della circolazione

[20] Conserva a nostro avviso tutta la sua forza e persuasività il rilievo per cui «la stessa normativa che la persona riceve, in singoli e specifici aspetti (l'onore, l'integrità fisica, il

patrimoniale cede al valore superiore della persona.

Il *valore persona* non è accostabile ai "*valori*" economici di sfruttamento delle informazioni e dei dati sulla stessa e ciò va ribadito e difeso pur a fronte della filosofia di compromesso mercantilistico che si ritrova, talvolta, in alcuni *considerando* e nello stesso GDPR.

La patrimonializzazione della notizia, dell'informazione non può ridurci in tal caso a merce, a bene economico che va venduto solo per fare soldi[21].

Può aggiungersi che con riguardo alla formula dati personali l'interprete può e deve individuare una gerarchia valoriale in essa, distinguendo ad es. dati, per così dire non negoziabili, altri suscettibili di operazione economica a condizione che non coinvolgano elusivamente ed in maniera surrettizia aspetti primari della *privacy*, in tal modo violandoli con conseguente illecito aquiliano per lesione dei diritti assoluti della persona ed altri qualificabili come idonei ad essere oggetto di normale e mera patrimonializzazione contrattuale, ove emerge piuttosto la possibilità dell'inadempimento, come accade nell'ipotesi in cui cedendo i propri dati ad una banca pattuendo un corrispettivo il soggetto cessionario utilizzi, anche correttamente i dati, ma non provveda al pagamento; qui si tratta appunto di un inadempimento di quell'obbligazione per una patologia del rapporto contrattuale e non per lesione dei diritti assoluti della persona[22].

In sostanza, in queste ultime fattispecie ha un senso discorrere di un esercizio di una libertà economica (sempre nei limiti di cui all'art. 41 Cost. anche nella sua nuova recente formulazione)

E qui potrebbe inserirsi l'esigenza ineludibile, a nostro avviso, di un approfondimento criticon in ordine alla delicata problematica di oggettivo ribaltamento di prospettiva ad opera del disposto di cui alla lett. a) del par. 2 dell'art. 9 del Regolamento che trascende il «precetto sul divieto perentorio e supera l'impostazione di cui al codice del 2003 – che invece condizionava il trattamento dei dati sensibili al consenso

nome, l'identità personale e la stessa riservatezza), non è mai limitata all'affermazione di questi singoli aspetti; ma è finalizzata alla tutela *della* persona, di cui tali singoli aspetti non sono che *occasioni* (ma non le uniche), *strumentali* alla tutela della personalità umana nella sua intierezza». Così G.B. Ferri, *Persona e privacy,* in *Persona e formalismo giuridico*, Rimini, 1987, p.278.

[21] W. Faulkner, *Privacy*, Adelphi, Milano, 2003, p. 20

[22] Cfr. V. Ricciuto, *La patrimonializzazione dei dati personali. Contratto e mercato nella ricostruzione del fenomeno*, in V.Cuffaro, R.D'Orazio, V. Ricciuto, *I dati personali nel diritto europeo*, cit., p.36. Sulle delicate e complesse questioni inerenti la configurazione del consenso nelle fattispecie inerenti il trattamento dei dati personali cfr. ancora V. Ricciuto, op.cit., pp. 35 e ss.

scritto dell'interessato e soprattutto previa autorizzazione del Garante – sicchè in definitiva, in forza dell'ulteriore condizione dettata nella medesima proposizione normativa, finisce per affermare un precetto di diverso tenore: il trattamento dei dati sensibili è consentito quando, tra l'altro, l'interessato abbia prestato il proprio consenso per una o più finalità specifiche, a meno che il diritto europeo o nazionale non vietino comunque esplicitamente il trattamento[23]».

Anche con riguardo alle ipotesi di trattamento dei dati personali nel quadro della libertà di manifestazione del pensiero cui si accennava all'inizio di queste nostre riflessioni, il recente regolamento non sembra consentire approdi ermeneutici ed applicativi sicuri.

E' sufficiente, riflettere, in proposito, come l'art. 85 abbia previsto un dovere generale per gli Stati membri di conciliare la tutela dei dati personali con il diritto alla libertà di espressione e di informazione con un rinvio tuttavia estremamente esteso alla competenza legislativa degli Stati stessi: il regolamento, dunque, si presenta come uno strumento di *soft harmonization* che «potrebbe attenuare sensibilmente la natura fondamentale e inviolabile del diritto alla protezione dei dati personali, proprio nel momento storico in cui essi si mostrano più fragili e i pericoli si rivelano più insidiosi[24]».

5.

Sappiamo che l'acquisizione di dati particolari può essere rimodellata dagli operatori che se ne servono con il risultato di dar vita ad una sorta di *alter ego* virtuale della persona che non ne rispetta le peculiarità reali: in altre parole si origina una altra identità personale sulla base del flusso di informazioni e dati riconvertiti e plasmati da sistemi di profilazione tanto sofisticati quanto difficilmente contrastabili.

Cedere dati ed informazioni quali strumenti di sostanziale corrispettivo e forma di remunerazione del servizio è prassi ormai tanto consolidata quanto pericolosa per la persona che nella maggior parte dei casi non

[23] V. Cuffaro, *Il diritto europeo sul trattamento dei dati personali e la sua applicazione in Italia: elementi per un bilancio ventennale,* in V. Cuffaro, R. D'Orazio, V. Ricciuto, *I dati personali nel diritto europeo*, cit., p.16.

[24] S. Barbareschi, A. Giubilei, *L'equilibrio tra la tutela dei dati personali e la manifestazione del pensiero,* in V. Cuffaro, R. D'Orazio, V. Ricciuto, *I dati personali nel diritto europeo*, cit., p. 493.

avverte, non comprende la rischiosità delle conseguenze, la sproporzione tra il valore dell'utilità acquisita e quello del bene ceduto (il valore del dato, dell'informazione) o più banalmente se ne disinteressa, tanto è appagata e ingenuamente soddisfatta, per così dire, della controprestazione del servizio ricevuto in cambio dall'impresa che chiede e gestisce il flusso dei dati.

Sconcerta, in effetti, come a fronte della facilità con cui l'operatore del mercato[25] può acquisire i dati con formule suggestive ed ingannevoli o molto più semplicemente con tecniche automatizzate (ad esempio navigando o usufruendo del servizio su internet) non vi sia un sistema altrettanto forte di misure tecniche capaci di fronteggiare efficacemente tali modalità di vera e propria fagocitazione dell'identità della persona, e ciò nonostante gli ultimi interventi registrati in tale ambito[26].

Né del resto può tranquillizzare la circostanza per cui l'interessato ovvero la persona cui appartengono i dati, le notizie e le informazioni trasmesse possa poi manifestare una successiva volontà di revoca: è vero che *non rinuncia definitivamente alla titolarità di quel "bene" bensì al valore della sua esclusività* ma è altrettanto evidente che quell'acquisizione seppur non definitiva di informazioni ha già costituito in capo al soggetto che se ne è servita una ricchezza in un certo senso cristallizzata: l'operatore ha conosciuto, ha profilato l'utente ….

Ciò avviene evidentemente anche nelle cosiddette fattispecie di "deselezione" dei dati come da ultimo ha ben evidenziato la giurisprudenza amministrativa[27].

Il danno si è già verificato anche a futura memoria…

[25] In argomento cfr. C. Irti , *Consenso «negoziato» e circolazione dei dati personali*, Torino, 2021.

[26] Le recenti linee guida enucleate ad es. dal Garante Privacy concernono l'utilizzo dei cookie e di altri strumenti di tracciamento, dispositivi che raccolgono i dati dell'utente in virtù dell'uso di tecniche di identificazione che si avvalgono dei congegni dell'utente-consumatore.

[27] Cfr. al riguardo la statuizione di CdS sez. VI, 29 marzo 2021, n.2631, in relazione al fenomeno dell'accesso alle piattaforme online ove si legge tra l'altro che «l'utente resta convinto che il conseguimento dei vantaggi collegati con l'accesso alla piattaforma sia gratuito, non potendo quindi riconoscere ed accorgersi che a fronte del vantaggio si realizza una automatica profilazione ad uso commerciale, non chiaramente ed immediatamente indicata, all'atto del primo accesso, quale inevitabile conseguenza della messa a disposizione dei dati. Dal che discenderebbe l'irrilevanza dell'affermazione espressa dalla società appellante secondo la quale l'utente potrebbe comunque effettuare una operazione di "deselezione" tornando a salvaguardare i propri dati, in quanto: tale eventuale accadimento sarebbe comunque successivo alla iniziale profilazione, con la conseguenza che i dati, successivamente fatti oggetto di "deselezione", sono già stati messi nella disponibilità dei soggetti che intendono sfruttarli commercialmente».

Oltre agli istituti sanzionatori del diritto della *privacy* e, se del caso, del diritto dei consumatori, sul piano civilistico a parte l'applicabilità delle regole sulla responsabilità civile[28] con riguardo al profilo del danno non patrimoniale, è evidente che una negoziazione in via contrattuale di dati incompatibile con i principi di riservatezza e dignità della persona incorrerebbe di per sé in un diniego di efficacia per illiceità dell'operazione contrattuale anche sotto l'angolo visuale della dimensione *economico-individuale* della *causa* del contratto[29], della sua funzione.

Istituti rimediali di segno ,cioè, più marcatamente di stampo individualistico: del resto «ogni forma di tutela che attiene ad aspetti fondamentali della persona, come nel caso appunto della *privacy*, si manifesta sempre nell'attribuzione al singolo, in quanto tale, del *valore* tutelato e resta, quindi, come per ogni fenomeno attributivo di tutela (patrimoniale e non), collegato ad una dimensione individuale. E poi l'esigenza di una tutela della *privacy*, lo si voglia o no, se la parola *privacy* ha un senso, resta collegata, sia pure nelle forme più articolate e complesse che l'evoluzione tecnologica della vita moderna impone, all'esigenza di tutelare, come ebbe ad affermare lo scrittore Jean Guehenno, una sorta di "*arrière-boutique, toute notre, toute franche, en laquelle nous établisson notre vraie liberté*"[30]».

In questo contesto, potrebbe ritrovare vigore quella mai sopita discussione tra regole di validità e regole di condotta[31]; qui, segnatamente, degli operatori del mercato dei dati: discussione cui, più in generale, la nostra dottrina civilistica ha fornito apporti di grande rilievo sistematico e ricostruttivo in altri ambiti quali quello bancario e assicurativo.

In sostanza, a fianco del collaudato presidio delle Autorità pubbliche e di vigilanza gli strumenti, anche collettivi, di reazione civilistica debbono essere corroborati da una lettura delle norme di riferimento in cui la stella polare non può essere la mera razionalizzazione - con toni di suggestiva affabulazione da parte degli operatori - del mercato, della sua ineluttabilità

[28] Per una approfondita analisi delle delicate problematiche inerenti la responsabilità civile anche con riguardo al danno non patrimoniale, cfr. C.Scognamiglio, *Ingiustizia del danno, contatto sociale, funzioni del risarcimento*. *(Saggi sulla responsabilità di diritto civile)*, Torino, 2021.

[29] Sulla causa come funzione economico-individuale: G.B. Ferri, *Causa e tipo nella teoria del negozio giuridico*, Milano, 1966; Id., *Il negozio giuridico*, Padova, 2001

[30] G.B. Ferri, *Privacy, libertà di stampa e dintorni*, in *Il potere e la parola*, Padova, 2008, p. 504.

[31] In argomento cfr. C. Scognamiglio, *Regole di validità e regole di comportamento: i principi e i rimedi*, in *Europa e dir. priv.*, 2008, p. 599 e ss., con una persuasiva analisi delle sentenze delle Sezioni Unite della Suprema Corte n. 26724 e 26725 del 19 dicembre 2007.

rispetto all'acquisizione e negoziazione delle informazioni, ma pur sempre la dignità della persona quando è in giuoco l'integrità di quest'ultima, quando cioè non si versi in una mera lettura contrattuale del fenomeno: o vogliamo credere che le spesso logorroiche procedure di raccolta e correlativa profilazione dei dati siano calibrate davvero per una facile comprensione ed interlocuzione consapevole dell'utente medio e che siano correttamente incentrate sull'acquisizione leale di un consenso ragionato?

In sostanza, ed ancora una volta a fronte dell'accentuazione indubbia del formante normativo lo spazio creativo del giurista teorico e pratico è non solo ampio ma per certi versi tuttora da esplorare, per così dire, alla ricerca di soluzioni adeguate in ordine a problemi un tempo impensabili e che richiedono pressanti e quasi quotidiane risposte.

Ciò rivela e conferma come rispetto a quella descritta ed innegabile sovrabbondanza di regole, *considerando* e principi rinvenibili in maniera sempre più accentuata nei testi normativi inerenti la protezione dei dati personali, la funzione del giurista sia, per contro, anche in questo campo del giuridico insostituibile: ancora una volta egli consente la concretizzazione dei valori e dei principi assiologici che incarnano in un determinato momento storico l'ordinamento giuridico, attualmente in una dimensione sovranazionale, tanto che verrebbe da dire che l'idea dell'interprete come *bouche de la loi* sia stata ed appaia in ogni tempo così come nell'epoca presente una fantasiosa leggenda.

Emilio Tosi

Tutela della persona nella società digitale e responsabilità oggettiva per illecito trattamento dei dati personali

Sommario: 1. Oggettivazione della responsabilità civile per trattamento illecito dei dati personali: il nuovo regime speciale introdotto dall'art.82 del GDPR − 2. Tutela rafforzata della persona e dei dati personali nel contesto digitale: superamento del paradigma comune della responsabilità aquiliana dell'antigiuridicità della condotta e dell'ingiustizia del danno − 3. Lesione dei diritti fondamentali alla riservatezza, protezione dei dati personali e danno non patrimoniale da trattamento illecito: ammissibilità del danno *in re ipsa* − 4. Fragilità della tutela della persona-soggetto debole nel contesto asimmetrico digitale: opportuna progressiva convergenza rimediale della protezione dei consumatori e della protezione dei dati personali.

1. *Tutela della persona e oggettivazione della responsabilità civile per trattamento illecito dei dati personali: il nuovo regime speciale introdotto dall'art.82 del GDPR*

Il *Regolamento Generale per la Protezione dei Dati Personali*, Regolamento UE 27 aprile 2016, n. 679, meglio conosciuto, considerata la vocazione transnazionale quale *legal benchmark* globale in tale settore, come *General Data Protection Regulation* (di seguito, per brevità, GDPR) ha recentemente introdotto un nuovo quadro normativo uniforme in materia di trattamento dei dati personali[1].

La tutela della persona, la protezione dei dati personali e la disciplina

[1] Sia consentito rinviare sul punto al recente studio monografico dello scrivente: E. Tosi, *Responsabilità civile per illecito trattamento dei dati personali e danno non patrimoniale*, Collana *Temi di Diritto Privato e di Diritto Pubblico*, diretta da G. Alpa, Milano, 2019; cui *adde* la raccolta di studi *Privacy Digitale*, a cura di Tosi, Collana *Diritto delle Nuove Tecnologie*, diretta da Franceschelli e Tosi, Milano, 2019; E. Tosi, *Illecito trattamento dei dati personali, responsabilizzazione, responsabilità oggettiva e danno nel GDPR: funzione deterrente-sanzionatoria e rinascita del danno morale soggettivo*, in *Contratto impresa*, 2020, p. 1115 ss. e da ultimo E. Tosi, *Diritto Privato delle Nuove Tecnologie Digitali. Riservatezza, contratti, responsabilità tra persona e mercato,* Milano, 2021.

della responsabilità per trattamento illecito sono temi giuridici centrali nel contesto socio-economico del *capitalismo digitale della sorveglianza*[2]

Nella prospettiva di tutela unitaria dei diritti della personalità, come noto, è stata riconosciuta al trattamento di dati personali una valenza plurioffensiva, idonea a ledere plurimi diritti fondamentali e interessi della persona meritevoli di tutala: diritto alla riservatezza, identità personale, protezione dei dati personali, immagine e oblio[3].

Il GDPR per facilitare tale tutela delinea un modello speciale di responsabilità da illecito trattamento di dati personali che — a fronte del significativo *rischio d'impresa* correlato all'attività massiva di trattamento dei dati personali — rafforza la protezione dell'interessato dal trattamento.

[2] S. Zuboff, *Big other: surveillance capitalism and the prospects of an information civilization*, in *Journal of Information Technology,* 2015, p. 30 ss; e da ultimo: Id., *Il capitalismo della sorveglianza*, Roma, 2019. Si veda anche *Garante per la Protezione dei dati personali, La società sorvegliata*, Atti del Convegno 28 gennaio 2016, Roma, 2016.

[3] G. Alpa, *Privacy*, in *I precedenti, La formazione giurisprudenziale del diritto civile*, I, a cura di Alpa, Torino, 2000, p. 259 ss. e da ultimo G. Alpa, *L'identità digitale e la tutela della persona. Spunti di riflessione, in Contratto impresa*, 2017, p. 723 ss.; G. Alpa e Resta, *Le persone fisiche e i diritti della personalità, I*, in *Tratt. Direttiva civ.*, diretto da Sacco, Torino 2006; T. Auletta, *Diritto alla riservatezza e* "droit à l'oubli", in *L'informazione e i diritti della persona*, a cura di Alpa, Bessone, Boneschi e Caiazza, Napoli, 1983; bavetta, voce «*Identità (diritto alla)*», in *Enc. Direttiva*, XIX, Milano, 1970; Id., voce «*Identità*», in *Enc. Direttiva*, XIX, Milano, 1979; Buttarelli, *Banche dati e tutela della riservatezza*, Milano, 1997; V. Cuffaro, *Il diritto europeo sul trattamento dei dati personali,* in Contr. Impr., 2018, p. 1097 ss.; Cuffaro, D'orazio, Ricciuto (a cura di), *I dati personali nel diritto europeo,* Torino, 2019; V. Cuffaro, Ricciuto, Zeno Zencovich (a cura di), *Trattamento dei dati e tutela della persona,* Milano, 1999; Finocchiaro, *Il diritto all'anonimato*, Padova, 2008; Finocchiaro, voce «*Identità personale (diritto alla)*», in *Dig., Agg., Disc. priv.*, Sez. Civ., 2010, p. 721 ss.; *La protezione dei dati personali*, a cura di Bianca e Busnelli, Padova, 2007; Mignone, *Identità della persona e potere di disposizione*, Napoli, 2014; D. Messinetti, voce «*Personalità (diritti della)*», in *Enc. Direttiva*, XXXIII, Milano, 1983; P. Rescigno, voce «*Personalità (diritti della)*», in *Enc. giur.*, XXIV, Roma, 1991; S. Rodotà, *Elaboratori elettronici e controllo sociale*, Bologna, 1973; Id., *Persona, riservatezza, identità. Prime note sistematiche sulla protezione dei dati*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1997, p. 582 ss.; P. Zatti, *Il diritto all'identità e l'"applicazione diretta" dell'art. 2 Cost.*, in *Il diritto all'identità personale. Un seminario promosso dal centro di Iniziativa Giuridica Piero Calamandrei e dal Centro Studi e Documentazione Giuridica*, a cura di Alpa, Bessone e Boneschi, Padova, 1981; V. Zeno Zencovich, *I diritti della personalità*, in *Tratt. Direttiva civ.*, a cura di Lipari e Rescigno, I — *Le fonti e i soggetti*, Milano, 2009, p. 495 ss.; *Le banche dati in Italia*, a cura di Zeno Zencovich, Napoli, 1985; V. Zeno Zencovich, *Onore e reputazione nel sistema del diritto civile*, Napoli, 1985; Id., voce «*Identità personale*», in *Digesto/civ.*, IX, Torino, 1995; Id., *Onore e reputazione*, in *Digesto/civ.*, XIII, Torino, 1995; Id., voce «*Personalità (diritti della)*», in *Digesto/civ.*, XIII, Torino, 1995; A. Zoppini, *I diritti della personalità delle persone giuridiche (e dei gruppi organizzati)*, in *Studi in onore di P. Schlesinger*, I, Milano, 2004.

L'art. 82 GDPR, per assicurare massima protezione alla persona fisica interessata dal trattamento, ritiene rilevante semplicemente la contrarietà della condotta del titolare del trattamento a qualunque precetto conformativo tipizzato dal regolamento stesso, come pure di atti delegati, anche degli ordinamenti interni.

Si vedano in particolare l'art. 82, comma 2 secondo cui "*Un titolare del trattamento coinvolto nel trattamento risponde per il danno cagionato dal suo trattamento che violi il presente regolamento*" e comma 3 secondo cui "*Il titolare del trattamento o il responsabile del trattamento è esonerato dalla responsabilità se dimostra che l'evento dannoso non gli è in alcun modo imputabile*".

Non si può sottacere che l'interpretazione incline ad inquadrare il rimedio risarcitorio *ex* art. 82 GDPR nel più generale quadro della responsabilità aquiliana *ex* art. 2043 c.c., minimizzando la specialità di tale disciplina, gode del conforto della più recente giurisprudenza di legittimità in tema di trattamento illecito dei dati personali che condiziona la risarcibilità alla rilevanza della lesione dell'interessato agganciandosi ai parametri generali di *antigiuridicità della condotta* e *ingiustizia del danno* richiesti dal diritto comune[4].

La violazione dei precetti posti dal GDPR a protezione del diritto della personalità alla tutela dei propri dati sarebbe, quindi, in base a tale non condivisibile orientamento, condizione necessaria ma non sufficiente per far scattare l'obbligo risarcitorio.

[4] Così Cass., 7 ottobre 2015, n. 20106, occorre, ai fini della condanna risarcitoria, la mera allegazione, la prova della condotta antigiuridica e l'ingiustizia specifica del danno; Cass., 20 gennaio 2015, n. 824, secondo cui «*il risarcimento del danno non patrimoniale non può derivare dalla mera violazione delle prescrizioni di cui al d.lgs. n. 196/2003, artt. 11-15 e art. 2050 c.c., sebbene comportante l'ingiustificata lesione del diritto fondamentale alla protezione dei dati personali; ma richiede che tale violazione abbia determinato in concreto una lesione che, andando oltre la suddetta soglia di tollerabilità, ne renda significativamente apprezzabile la portata e costituzionalmente meritevole il ristoro*»; Cass., 15 luglio 2014, n. 16133, in *Danno e resp.*, 2015, p. 339 ss., con note di Ceccarelli, *La soglia di risarcibilità del danno non patrimoniale da illecito trattamento dei dati personali* e Nitti, *La valutazione della "gravità della lesione" e della "serietà del danno" nel risarcimento del danno non patrimoniale da violazione della* privacy; Cass., 10 maggio 2001, n. 6507, in *Resp. Civ. Prev.*, 2001, p. 1177, con nota di Ziviz, *I "nuovi danni" secondo la Cassazione.*

2. *Tutela rafforzata della persona e dei dati personali nella società digitale: superamento del paradigma comune della responsabilità aquiliana dell'antigiuridicità della condotta e dell'ingiustizia del danno*

L'interpretazione ancorata al citato paradigma comune della responsabilità aquiliana non risulta, pervero, ad avviso dello scrivente, conforme alla lettura funzionale e assiologica, costituzionalmente orientata, del GDPR che è chiaramente ispirata alla massima protezione, alla tutela rafforzata dell'interessato dal trattamento dei dati personali *a fortiori* nel contesto socio-economico fortemente asimmetrico e invasivo del capitalismo della sorveglianza digitale.

Occorre, pertanto, superare la tradizionale soglia di risarcibilità correlata all'ulteriore generale presupposto dell'ingiustizia del danno[5]: la lesione del diritto alla protezione dei dati personali non pare richiedere, come, invece, nel regime comune, la prova da parte del danneggiato delle conseguenze pregiudizievoli oggettivamente valutabili.

La lesione di un diritto fondamentale della persona — come quelli alla riservatezza e alla protezione dei dati personali — è da considerarsi sempre rilevante alla luce di una lettura assiologica costituzionalmente orientata: per rafforzarne la protezione, il risarcimento del danno è *in re ipsa* in quanto conseguenza automatica della *condotta antigiuridica*, ossia non ottemperante ai precetti conformativi protettivi del GDPR[6].

D'altra parte l'art. 82 del GDPR proprio al fine di rafforzare la tutela della persona danneggiata — così come in precedenza l'art. 15 del Codice

[5] Successivamente al magistero di Rodotà e Schlesinger rispettivamente in ordine al danno *non iure* — in assenza di cause di giustificazione — e *contra ius* — lesivo di situazioni giuridiche soggettive — il concetto di *ingiustizia* del danno tiene conto, ormai pacificamente, di entrambe le qualificazioni nella duplice prospettiva di attenzione alla posizione del danneggiato e a quella del danneggiante. Si vedano sul punto rispettivamente: S. Rodotà *Il problema della responsabilità civile*, Milano, 1964, p. 16 ss.; P. Schelsinger, *La "ingiustizia" del danno nell'illecito civile*, in *Jus,* 1960, p. 342 ss. Per una critica del danno ingiusto come danno *non iure* si veda Castronovo, *La nuova responsabilità civile*, cit., p. 24 ss. secondo cui «la qualificazione *non iure*, significando l'antigiuridicità della condotta, non può essere ascritta all'ingiustizia».

[6] Pare orientata in tal senso la giurisprudenza di merito prevalente: si vedano *ex multis* Trib. Potenza, 27 gennaio 2010, in *Danno e resp.*, 2011, p. 131 con nota adesiva di Foffa, *Illecito trattamento dei dati personali in condominio*; Trib. Mantova 27 maggio 2008; Trib. Milano, 5 giugno 2007, in *Guida Direttiva*, 2007, 41, 56 ss.; App. Milano, 19 giugno 2007, in *Direttiva inf.*, 2007, p. 1101; Trib. Latina, 19 giugno 2006, in *Foro it.*, 2007, I, c. 324; Trib. Roma, 12 marzo 2004, in *Danno e Resp.*, 2005, p. 879; Trib. Milano, 8 agosto 2003, in *Danno e Resp.*, 2004, p. 303.

Privacy — omette di richiamare la clausola ulteriore dell'ingiustizia: dal mancato richiamo espresso dello specifico requisito comune discende la sottrazione *ipso iure* di tale profilo all'accertamento giudiziale[7].

In particolare, l'art. 82.3 GDPR nel punto in cui stabilisce che il Titolare o il Responsabile del trattamento sono esonerati da responsabilità se dimostrano che l'evento dannoso *non è in alcuno modo imputabile*, si inserisce — rafforzando l'estensione della responsabilità per trattamento illecito dei dati personali — nel solco già tracciato dalla Direttiva CE 95/46 che all'art. 23 richiedeva di fissare un regime di responsabilità analogo basato sulla prova della non imputabilità dell'evento dannoso (art. 23 Direttiva cit.)[8] .

La dottrina e la giurisprudenza prevalente formatasi in ordine alla natura della responsabilità speciale per trattamento illecito dei dati personali — formatasi nel vigore dell'abrogato art. 15 Codice *Privacy* ma, in quanto compatibile, estensibile al nuovo analogo, per diversi profili, regime previsto dall'art. 82 GDPR — in precedenza — prediligono la qualificazione in termini di *responsabilità oggettiva*[9], *rectius* presunzione di responsabilità

[7] Nell'abrogato art. 15 del Codice *Privacy*, così come nel pregresso art. 18 L. n. 675/1996, si utilizzava il richiamo indeterminato al danno cagionato ad altri per effetto del trattamento di dati personali senza definire il trattamento illecito né richiamare l'ingiustizia del danno come criterio selettivo del danno risarcibile, ma espressamente rinviando all'abrogato art. 11 del Codice *Privacy* sulle modalità del trattamento e i requisiti dei dati per la compiuta ricostruzione del contenuto oggettivo di tale trattamento illecito. Si vedano in dottrina su tale profilo: E. Navarretta, *Commento* sub *art. 1 del D.Lgs., 30 giugno 2003, n. 196*, in *La protezione dei dati personali. Commentario al D.Lgs. 30 giugno 2003, n. 196 («Codice della* privacy»), a cura di Bianca e Busnelli, I, cit., p. 250, che evidenzia l'indeterminatezza dei principi di cui all'art. 11 del Codice *Privacy* ritenendo che le condotte illecite siano riconducibili ad una definizione di illiceità riconducibile all'area del *non iure.*

[8] Esemplificava ulteriormente il principio predetto il *considerando* n. 55 della direttiva in parola precisando che «i danni cagionati alle persone per effetto di un trattamento illecito devono essere riparati dal responsabile del trattamento, il quale può essere esonerato dalla propria responsabilità se prova che l'evento dannoso non gli è imputabile, segnatamente quando dimostra l'esistenza di un *errore della persona interessata o un caso di forza maggiore*».

[9] Sulla natura oggettiva della responsabilità *ex* art. 2050 c.c. si vedano, in generale senza specifico riferimento al trattamento di dati personali, in dottrina: Alpa e bessone, *La responsabilità del produttore*, Milano, 1999; Alpa e Bessone, *La responsabilità. Rischio d'impresa — assicurazione — analisi economica del diritto*, II, Milano, 1980, p. 1 ss.; M. Franzoni, *Responsabilità per l'esercizio di attività pericolose*, in *La responsabilità civile*, a cura di Alpa e Bessone, II, Torino, 1987, p. 462, in quanto la giurisprudenza non pare incline a considerare l'indagine sulla diligenza nell'adozione delle misure preventive; P. Trimarchi, *Rischio e responsabilità oggettiva*, Milano, 1961, 11; Id., *La responsabilità civile: atti illeciti, rischio, danno*, Milano, 2017, p. 405, si tratta di una figura particolare di responsabilità oggettiva, *rectius* di una responsabilità per rischio oggettivamente evitabile, fondata sul rischio

tout court del danneggiante che sarà tenuto, per sottrarsi dall'addebito di responsabilità, a fornire la prova liberatoria consistente nella dimostrazione del caso fortuito, della forza maggiore, del fatto del terzo o del danneggiato[10].

Si registra così, l'*oggettivazione della condotta dannosa* in forza della quale la struttura della responsabilità muta da regola comune a regola speciale con conseguente *oggettivazione della responsabilità*: rileva, dunque, non più la valutazione del danno in quanto effetto di condotta lesiva ma semplicemente la condotta antigiuridica *ex se*[11].

In buona sostanza l'oggettivazione segna il passaggio dal *paradigma di responsabilità comune*, che si regge sulla valutazione del danno quale conseguenza della condotta lesiva di cui all'art. 2043 c.c., al *paradigma di responsabilità speciale*, oggetto del presente studio, in cui il danno si identifica *tout court* con la condotta antigiuridica: *ergo* provata la violazione della regola di condotta risulta provato il danno, almeno nell'*an debeatur*[12].

d'impresa; Comporti, *Esposizione a pericolo e responsabilità civile*, Napoli, 1965, p. 176.

[10] Si vedano in senso favorevole alla qualificazione della responsabilità per trattamento illecito dei dati in termini di responsabilità oggettiva: Franzoni, *Responsabilità derivante da trattamento dei dati personali*, in *Diritto dell'informatica*, a cura di Finocchiaro e Delfini, Milano, 2014, p. 831; Resta e Salerno, *La responsabilità civile per il trattamento dei dati personali*, cit., p. 670, interpretano il rinvio all'art. 2050 c.c. nel senso della mera inversione dell'onere della prova in favore del danneggiato e ampliamento del dovere di diligenza incombente sul danneggiante; E. Pellecchia, *La responsabilità civile per trattamento dei dati personali*, cit., 221; Colonna, *Il danno da lesione della* privacy, in *Danno e Resp.*, 1999, p. 18; Ziviz, *I danni non patrimoniali*, in *Il diritto italiano nella giurisprudenza*, a cura di Cendon, Torino, 2012, p. 367. Si vedano in tal senso *ex multis:* Trib. Bari 23 luglio 2010, in *Resp. civ. prev.*, 2010, 864; Trib. Pordenone, 16 aprile 2010, in *Danno e resp.*, 2011, 215; Trib. Lecce, 5 agosto 2008, in *Resp. Civ. prev.*, 2009, p. 2541; Cass., 14 maggio 2013, n. 11575, in *Guida Direttiva*, 2013, p. 33, 57; Cass., 17 dicembre 2009, n. 26516, in *Mass. Giust. Civ.*, 2009, 12, p. 1704; Cass., 4 maggio 2004, n. 8457, in *Foro it.*, 2004, I, c. 2378. Si veda in tal senso nella giurisprudenza di merito: App. Milano, 11 aprile 2017, n. 1519; Trib. Trento, 11 settembre 2015, n. 863.

[11] D. Messinetti, *I nuovi danni. Modernità, complessità della prassi e pluralismo della nozione giuridica di danno*, cit., p. 552. Secondo l'illustre A. «la questione del danno alla persona, riportata alla riprovevolezza in sé della condotta, in considerazione della natura speciale del valore leso, ripropone la rilevanza del valore giuridico della persona nella sua dimensione più propria: la condotta antigiuridica».

[12] Secondo la dottrina favorevole, al riconoscimento della specialità di tale responsabilità per illecito trattamento, rileva esclusivamente l'*antigiuridicità della condotta*, senza che sia necessario dimostrare l'ingiustizia del danno in quanto presupposta dalla norma, con conseguente configurabilità del risarcimento del *danno evento* o danno *in re ipsa.* Tali considerazioni sono state sviluppare in relazione alla responsabilità civile *ex* art. 15 del previgente Codice *Privacy*: ma ora analoghe considerazioni possono valere per l'art. 82 GDPR anche alla luce del considerando 146 che evoca espressamente il concetto di *evento dannoso.* La responsabilità per trattamento illecito, dunque, si pone in termini di

Il profilo della *gravità della lesione* rileverà, quindi, esclusivamente sotto il profilo del *quantum debeatur*.

Alla luce di tale rigoroso regime di responsabilità grava sul Titolare del trattamento l'obbligo di analisi e gestione del rischio differenziato correlato all'attività di trattamento dei dati personali, in attuazione dei generali *principi di prevenzione del rischio prevedibile e precauzione del rischio ipotetico*, del rischio d'impresa socialmente, economicamente e giuridicamente accettabile, tenuto conto dello stato dell'arte della tecnica e dei costi di attuazione, comprensivo del *rischio tipico* anche raro.

Da escludersi, invece, in questo specifico contesto regolatorio, in quanto irragionevole e sproporzionato rispetto alla tutela della riservatezza e dei dati personali, l'accollo dell'*ignoto tecnologico* e del rischio *atipico* che non si ritiene, per tale ragione, doversi far rientrare nel *dovere precauzionale* che è giuridicamente legittimo pretendere dal Titolare[13].

autonomia rispetto al modello di diritto comune *ex* art. 2043 c.c., in quanto costruita in funzione di un comportamento riprovevole nella sua antigiuridicità, valutato *ex ante* tramite la prescrizione di principi e regole di condotta conformative relative alla liceità del trattamento che prescindono dall'ulteriore verifica di causazione di un danno ingiusto, *recte* lo presuppongono in ragione della violazione del precetto conformativo in ordine a alla liceità del trattamento. Si vedano in tal senso: E. Lucchini Guastalla, *Il nuovo regolamento europeo sul trattamento dei dati personali: i principi ispiratori*, *in Contratto impresa*, 2018, p. 106 ss.; Id., *Trattamento dei dati personali e danno alla riservatezza*, in *Resp. civ. e prev.*, 2003, p. 632 ss. spec. P. 650; Id., *La responsabilità civile per il trattamento dei dati personali*, in *Danno e Resp.*, 1997, p. 664; Id., Privacy *e Data Protection: principi generali*, in *Privacy Digitale*, a cura di Tosi, cit., p. 88 ss.; Resta e Salerno, *La responsabilità civile per il trattamento dei dati personali*, cit., p. 660; D. Messinetti, *I nuovi danni. Modernità, complessità della prassi e pluralismo della nozione giuridica di danno*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2006, p. 543 ss., spec. 564; F. Di Ciommo, *Il danno non patrimoniale da trattamento dei dati personali*, in *Il nuovo danno non patrimoniale*, a cura di Ponzanelli, *cit.*, p. 274 ss.; Sica, *Commento* sub *artt. 11-22*, in *La nuova disciplina della* privacy *(d.lgs. 30 giugno 2003, n. 196)*, a cura di Sica e Stanzione, cit., p. 8; Bilotta, *La responsabilità civile nel trattamento dei dati personali*, in *Circolazione e protezione dei dati personali*, a cura di Panetta, Milano, 2019, p. 445 ss.; Colonna, *Sistema della responsabilità civile da trattamento dei dati personali*, in *Diritto alla riservatezza e circolazione dei dati personali*, II, a cura di Pardolesi, cit., p. 9 ss.; thiene, *Segretezza e riappropriazione di informazioni di carattere personale: riserbo e oblio nel nuovo Regolamento europeo*, in *NLCC*, 2017, p. 443; Giardina, *Responsabilità aquiliana e responsabilità da inadempimento: un tema che non ha solo il fascino della tradizione, Danno e responsabilità*, p. 545 ss.; Ramaccioni, *La protezione dei dati personali e il danno non patrimoniale*, Napoli, 2017, *passim*.

[13] base al principio del rischio d'impresa e al correlato parametro di efficienza, anche sotto il profilo dell'analisi economico-giuridica, costi-benefici, «la responsabilità dovrà essere attribuita a chi ha il controllo delle condizioni generali del rischio ed è in grado di tradurre il rischio in costo inserendolo armonicamente nel gioco dei profitti e delle perdite, con lo strumento dell'assicurazione o dell'autotassazione»: si veda in tal senso P. Trimarchi, *La*

3. *Lesione dei diritti fondamentali alla riservatezza, protezione dei dati personali e valorizzazione del danno non patrimoniale da trattamento illecito: ammissibilità del danno* in re ipsa.

Il danno non patrimoniale, come noto, è un danno che sussiste esclusivamente nei casi di reato, o previsti espressamente dalla legge, in ossequio al principio di tipicità peculiare del danno morale soggettivo con funzione sanzionatoria, ovvero, più in generale, in ipotesi di lesione di diritti o interessi della persona, anche di natura economica, costituzionalmente qualificati.

La violazione delle regole di condotta disciplinanti il trattamento, come già rilevato, ai sensi dell'art. 82 del GDPR, comporta di per sé un danno risarcibile: tuttavia, tale, condivisibile, lettura della *condotta antigiuridica* e del *danno in re ipsa* non pare, allo stato, godere del favore della giurisprudenza di legittimità, anzi prevalendo decisamente l'interpretazione contraria favorevole al *danno conseguenza* in applicazione della regola generale dell'art. 2043 c.c.[14].

Con ordinanza in data 8 gennaio 2019, n. 207 la Suprema Corte ha ribadito l'impossibilità di ravvisare un danno non patrimoniale *in re ipsa*, anche nel caso di lesione dei diritti inviolabili come quello alla tutela dei dati personali, confermando, inoltre, che anche la lesione del diritto fondamentale alla protezione dei dati personali non si sottrae alla verifica della «gravità della lesione» e della «serietà del danno» quale perdita di

responsabilità civile: atti illeciti, rischio, danno, Milano, 2017, p. 415 ss.

[14] Si vedano *ex multis* Cass. n. 17014/2011; Cass. n. 16133/2014; Cass. n. 3311/2017. Da ultimo Cass. n. 207/2019 ha ribadito nel solco tralatizio, non condivisibile per le ragioni esposte nel presente studio, dell'orientamento dominante che: «In caso di illecito trattamento dei dati personali per illegittima segnalazione alla Centrale dei rischi, il danno, sia patrimoniale che non patrimoniale, non può essere considerato *in re ipsa* per il fatto stesso dello svolgimento dell'attività pericolosa. Anche nel quadro di applicazione dell'art. 2050 c.c., il danno, e in particolare la "perdita", deve essere sempre allegato e provato da parte dell'interessato» (Cass., 25 gennaio 2017, n. 1931) ed inoltre «In caso di illecito trattamento dei dati personali, nella fattispecie per illegittima segnalazione alla Centrale dei rischi (...) il pregiudizio non patrimoniale non può mai essere *in re ipsa*, ma deve essere allegato e provato da parte dell'attore, a pena di uno snaturamento delle funzioni della responsabilità aquiliana. La posizione attorea è tuttavia agevolata dall'onere della prova più favorevole, come descritto all'art. 2050 c.c., rispetto alla regola generale del danno aquiliano, nonché dalla possibilità di dimostrare il danno anche solo tramite presunzioni semplici e dal risarcimento secondo equità» (Cass., 5 marzo 2015, n. 4443). Per i diritti fondamentali della persona opererebbe, infatti, il bilanciamento con il principio di solidarietà *ex* art. 2 Cost., di cui il principio di tolleranza della lesione minima è intrinseco precipitato. *Contra*, si vedano: Cass., 30 luglio 2014, n. 17288; Cass., 24 maggio 2010, n. 12626.

natura personale effettivamente patita dall'interessato[15].

Tale criticabile orientamento sottovaluta la specialità del regime di responsabilità in parola e non rimarca le differenze, ai fini dell'onere della prova, tra l'*an* del danno da trattamento illecito — che è *in re ipsa* nella violazione della regola di trattamento dei dati personali *rectius* nella *condotta antigiuridica* — e il *quantum* del danno questo sì oggetto di prova seppur agevolata da presunzioni e liquidazione equitativa.

Anche per la tutela di tale diritto fondamentale la citata ordinanza della Corte di Cassazione ritiene doversi applicare il *bilanciamento* del risarcimento del danno *con il principio di solidarietà ex* art. 2 Cost., di cui il *principio di tolleranza* della lesione minima è intrinseco.

L'estensione di questo criterio, elaborato nell'ambito della responsabilità civile, in generale, allo scopo di contenere le liti fantasiose, alla previsione speciale in esame, pare essere, piuttosto, frutto di un «ingiustificabile equivoco ermeneutico»[16].

Per tale ragione, anche alla luce dell'evidente funzione sanzionatoria-deterrente della responsabilità per illecito trattamento dei dati personali emergente dal GDPR, si ritiene preferibile l'orientamento favorevole alla teoria del *danno evento*, seppure recessivo nella più recente giurisprudenza di legittimità, secondo il quale la lesione *ex se* del bene protetto si verifica *ipso iure* per effetto della *condotta antigiuridica* — nel caso di specie il diritto fondamentale alla riservatezza e il diritto fondamentale alla protezione dei

[15] Si vedano *ex multis* Cass. n. 17014/2011; Cass. n. 16133/2014; Cass. n. 3311/2017. Da ultimo Cass. n. 207/2019 ha ribadito nel solco tralatizio, non condivisibile per le ragioni esposte nel presente studio, dell'orientamento dominante che: «In caso di illecito trattamento dei dati personali per illegittima segnalazione alla Centrale dei rischi, il danno, sia patrimoniale che non patrimoniale, non può essere considerato *in re ipsa* per il fatto stesso dello svolgimento dell'attività pericolosa. Anche nel quadro di applicazione dell'art. 2050 c.c., il danno, e in particolare la "perdita", deve essere sempre allegato e provato da parte dell'interessato» (Cass., 25 gennaio 2017, n. 1931) ed inoltre «In caso di illecito trattamento dei dati personali, nella fattispecie per illegittima segnalazione alla Centrale dei rischi (...) il pregiudizio non patrimoniale non può mai essere *in re ipsa*, ma deve essere allegato e provato da parte dell'attore, a pena di uno snaturamento delle funzioni della responsabilità aquiliana. La posizione attorea è tuttavia agevolata dall'onere della prova più favorevole, come descritto all'art. 2050 c.c., rispetto alla regola generale del danno aquiliano, nonché dalla possibilità di dimostrare il danno anche solo tramite presunzioni semplici e dal risarcimento secondo equità» (Cass., 5 marzo 2015, n. 4443). Per i diritti fondamentali della persona opererebbe, infatti, il bilanciamento con il principio di solidarietà *ex* art. 2 Cost., di cui il principio di tolleranza della lesione minima è intrinseco precipitato. *Contra*, si vedano: Cass., 30 luglio 2014, n. 17288; Cass., 24 maggio 2010, n. 12626.

[16] Così testualmente Thiene, *Segretezza e riappropriazione di informazioni di carattere personale: riserbo e oblio nel nuovo Regolamento europeo*, in *Nuove leggi civ.*, 2017, p. 443.

dati personali — senza che occorra dare ulteriore prova dell'*ingiustizia della lesione* al fine di ottenere il risarcimento del danno[17].

La previsione giurisprudenziale della citata giurisprudenza di legittimità – a partire dalle sentenze gemelle di S. Martino 2008 - di un *doppio filtro* per ammettere il risarcimento del danno non patrimoniale derivante da lesione di diritti fondamentali della persona costituzionalmente protetti pare, dunque, irrazionale e deve essere respinta.

Fondano, riepilogando, tale critica conclusione, da un lato, l'ingiusta asimmetria regolatoria prevista per danno patrimoniale, che non è soggetto al vaglio di ammissibilità del *doppio filtro*, e non patrimoniale; dall'altro, l'ingiusta compressione di tutela riservata ai diritti fondamentali della persona di rango costituzionale, con rovesciamento della gerarchia delle fonti per effetto del quale la norma della Costituzione si troverebbe in posizione subordinata rispetto all'art. 2043 c.c.

Con le sentenze di San Martino 2019 – undici anni dopo dalle note sentenze gemelle delle Sezioni Unite di San Martino 2008 – la Terza sezione civile della Cassazione, nel solco già tracciato del Decalogo 2018 sempre della stessa sezione, prosegue a ridisegnare i contorni del nuovo Statuto del danno alla persona: segna, fra l'altro, la rinascita del danno morale soggettivo ma purtroppo, ad avviso dello scrivente, non coglie l'occasione per rivedere il censurabile doppio filtro artificiosamente restrittivo di San Martino 2008 in relazione alla lesione dei diritti fondamentali della persona protetti dalla Costituzione e dalle norme europee di rango costituzionale[18].

[17] Si vedano, in tal senso, *ex multis*: Trib. Napoli 29 novembre 2013 in www.giustiziacivile.com; Trib. Milano, 23 settembre 2009, in *Corr. merito*, 2010, p. 19; App. Milano, 19 giugno 2007, in *Corr. giuridico*, 2001, p. 1319; *cui adde* Cass., 1° dicembre 1999, n. 13358, in *Danno e resp.*, 2000, p. 322; Cass., 19 maggio 1999, n. 4852, in *Foro it.*, 1999, I, c. 2874; in *Danno e resp.*, 1999, 1104; Cass. 18 aprile 2007, n. 9233, in *Danno e Resp.*, 2008, p. 151 ss.

[18] Le importanti decisioni di San Martino 2019 affrontano diversi problemi della responsabilità civile alcune limitatamente al contesto specifico della responsabilità sanitaria altre di rilevanza generale: il consenso informato (Cass., 11 novembre 2019, n. 28985); il regresso della struttura sanitaria verso l'operatore sanitario che ha operato con colpa grave (Cass., 11 novembre 2019, n. 28987); la questione del danno differenziale (Cass., 11 novembre 2019, n. 28986) e della liquidazione del danno non patrimoniale (Cass., 11 novembre 2019, nn. 28988 e 28989); l'onere della prova gravante sul paziente nei casi i cui venga chiamata in giudizio, su basi contrattuali, la struttura sanitaria (Cass., 11 novembre 2019, nn. 28991 e 28992), il danno da perdita di chance (Cass., 11 novembre 2019, n. 28993); i problemi collegati alla irretroattività delle norme sostanziali e, all'opposto, alla retroattività dei criteri di liquidazione del danno previsti nel Codice delle Assicurazioni (Cass., 11 novembre 2019, nn. 28990 e 28994).

4. *Fragilità della tutela della persona-soggetto debole nel contesto asimmetrico digitale: opportuna progressiva convergenza rimediale della protezione dei consumatori e della protezione dei dati personali*

La fragilità della tutela dei diritti fondamentali della persona nel contesto digitale - fortemente asimmetrico, con evidente posizione di subalternità di potere economico, informativo e negoziale del soggetto debole interessato dal trattamento dei dati - deve essere necessariamente controbilanciata da uno strumentario giuridico protettivo e sanzionatorio rafforzato.

Si registra, invero, anche per tale ragione, nella recente normativa comunitaria, l'emblematica progressiva convergenza della disciplina — anche sotto il profilo sanzionatorio — della protezione del consumatore e della protezione dei dati personali[19].

I contenuti digitali e i servizi digitali sono, infatti, spesso forniti online nell'ambito di contratti che non prevedono, da parte del consumatore, il pagamento di un prezzo, bensì la comunicazione di dati personali al professionista[20].

Il rafforzamento delle tutele del soggetto debole mediante ricorso ad

[19] V. Ricciuto, *I dati personali come oggetto di operazione economica. La lettura del fenomeno nella prospettiva del contratto e del mercato*, in *Persona e mercato dei dati. Riflessioni sul GDPR*, a cura di Zorzi Galgano, cit., p. 95 ss.; Id., *La patrimonializzazione dei dati personali. Contratto e mercato nella riscostruzione del fenomeno*, in *Direttiva inform.*, 2018, p. 689 ss.; cui *adde*, da ultimo, Giuggioli, *Tutela della* privacy *e consumatore*, in *Privacy digitale*, a cura di Tosi, cit., p. 263 ss.

[20] Si segnalano sul punto le recenti Direttive 2019/770/UE relativa a determinati aspetti dei contratti di fornitura di contenuto digitale e di servizi digitali (recepita con D.Lgs. 173/2021) e la Direttiva 2019/2161/UE che aggiorna le Direttiva 93/13/CEE (clausole abusive nei contratti con i consumatori), 98/6 (indicazione dei prezzi sui prodotti di consumo), 2005/29 (relativa alle pratiche commerciali sleali tra imprese e consumatori nel mercato interno) e 2011/83 (in materia di protezione dei consumatori nei contratti a distanza) per una migliore applicazione e una modernizzazione delle norme dell'Unione relative alla protezione dei consumatori. A titolo esemplificativo, successivamente all'aggiornamento operato da Direttiva 2161/2019/UE, la Direttiva 83/2011/UE si applicherà non solo, come avviene, ora ai contratti di servizi, compresi i contratti di servizi digitali, che prevedono che il consumatore paghi o si impegni a pagare un prezzo ma anche in relazione ai contratti per la fornitura di contenuto digitale online indipendentemente dal fatto che il consumatore paghi un prezzo o fornisca dati personali a titolo di corrispettivo. Si vedano sul punto De Franceschi, *Il "pagamento" mediante dati personali,* in Cuffaro-D'Orazio-Ricciuto (a cura di), *I dati personali nel diritto europeo, cit.,* p. 1381 ss. e V. Ricciuto, *La patrimonializzazione dei dati personali. Contratto e mercato nella ricostruzione del fenomeno,* in Cuffaro-D'Orazio-Ricciuto (a cura di), *I dati personali nel diritto europeo, cit.,* p. 23 ss.; e da ultimo E. Tosi, *Diritto Privato delle Nuove Tecnologie Digitali. Riservatezza, contratti, responsabilità tra persona e mercato,* cit., p. 145 ss.

adeguato apparato sanzionatorio emerge anche nel quadro delineato dalla recente Direttiva 2019/2161/UE che modifica la Direttiva 93/13/CEE e le Direttive 98/6/CE, 2005/29/CE e 2011/83/UE per una migliore applicazione e una modernizzazione delle norme dell'Unione relative alla protezione dei consumatori introducendo un apparato sanzionatorio pecuniario — *efficace, proporzionale e dissuasivo* — analogo a quello previsto dall'art. 83 GDPR[21].

Dalla constatazione dell'asimmetria di potere caratterizzante il rapporto di trattamento dei dati personali discende il condivisibile approccio rimediale convergente tra normativa in materia di *data protection* e normativa in materia di *consumer protection* — anche in prospettiva deterrente-sanzionatoria — funzionale al rafforzamento dell'effettività della protezione della *persona — soggetto debole* — nel pervasivo contesto digitale del *capitalismo della sorveglianza.*

I pervasivi "attacchi" della società digitale della sorveglianza all'effettiva tutela dei diritti fondamentali alla riservatezza, protezione dei dati personali e identità personale, richiedono, dunque, un nuovo approccio, più moderno e meno tralatizio, incline a valorizzare l'evidenziata peculiare funzione *preventiva, deterrente e sanzionatoria* emergente dalla disciplina del risarcimento del danno per trattamento illecito dei dati personali di cui all'art. 82 del GDPR, oltre che dal regolamento nel suo impianto complessivo[22].

[21] La Direttiva 2161/19/UE introduce, fra le altre disposizioni sanzionatorie, il nuovo art. 24 della Direttiva 83/2011/UE che stabilisce quanto segue: «Gli Stati membri determinano le norme in materia di sanzioni applicabili alle violazioni delle disposizioni nazionali adottate conformemente alla presente direttiva e prendono tutti i provvedimenti necessari per garantirne l'attuazione. Le sanzioni previste devono essere effettive, proporzionate e dissuasive (...) 3. Gli Stati membri provvedono a che quando le sanzioni devono essere inflitte a norma del Regolamento (UE) 2017/2934, esse possano essere di tipo pecuniario, inflitte attraverso un procedimento amministrativo o giudiziario o entrambi, e per un importo massimo che sia almeno pari al 4% del fatturato annuo del professionista nello Stato membro o negli Stati membri interessati. 4. Per i casi in cui deve essere inflitta una sanzione pecuniaria a norma del paragrafo 3, ma informazioni sul fatturato annuo del professionista non sono disponibili, gli Stati membri introducono la possibilità di imporre sanzioni pecuniarie il cui importo massimo sia di almeno 2 milioni di EUR».

[22] D. Messinetti, *I nuovi danni. Modernità, complessità della prassi e pluralismo della nozione giuridica di danno*, cit., p. 549 rileva che «quando si prospetta la lesione di un valore personale, l'attribuzione risarcitoria non può che avere un solo effetto simbolico o sostitutivo, in quanto tale effetto rimanda a qualcos'altro che non è compreso nell'enunciatività tipica della funzione di una prestazione pecuniaria. È evidente infatti che se riferito alla lesione di un valore intrinseco della persona, il significato potenziale della prestazione pecuniaria implica inevitabilmente una rielaborazione complessa dell'enunciato

Per tali ragioni pare corretto doversi concludere nel senso della polifunzionalità articolata, su triplice livello, dalla responsabilità civile speciale delineata dall'art. 82 GDPR: (i) risarcitoria-compensativa; (ii) preventiva-deterrente; (iii) dissuasiva-sanzionatoria[23].

La valorizzazione della specifica funzione sanzionatoria-deterrente — *rectius*, *ultracompensativa* — del *danno morale soggettivo* si riflette anche sull'opportuno allargamento, in tal prospettiva assiologica-funzionale, delle maglie dell'azionabilità dello speciale rimedio risarcitorio nel contesto specifico del trattamento illecito dei dati personali — relativamente a tutto il danno risarcibile, patrimoniale e non patrimoniale — a seguito dell'accertamento della sola *condotta antigiuridica* del danneggiante, *rectius* del danno *in re ipsa*.

L'art. 82.1 GDPR ammette espressamente che «Chiunque subisca un *danno materiale o immateriale* causato da *una violazione* del presente regolamento ha il diritto di ottenere il risarcimento del danno dal titolare del trattamento o dal responsabile del trattamento»[24].

L'espressione utilizzata nella traduzione italiana del GDPR — *danno materiale o immateriale* — non è certamente felice: sarebbe stato giuridicamente più corretto il richiamo espresso al *danno patrimoniale o non patrimoniale.*

che prescinde dalla funzione riequlibrativa della ricchezza come valore di mercato». Corre l'obbligo di richiamare in proposito l'originale e condivisibile rilettura bipolare patrimoniale-non patrimoniale che al fine di garantire il rispetto della gerarchia delle fonti e dei valori, considera l'art. 2043 c.c. norma centrale con funzione compensativa relativa a qualsiasi danno, patrimoniale o meno, purché ingiusto e limita, invece, all'art. 2059 c.c. il danno morale soggettivo con funzione sanzionatoria, *rectius* ultra compensativa (Sulla funzione sanzionatoria dell'art. 2059 c.c. si veda G. Perlingieri, *Profili applicativi della ragionevolezza nel diritto civile*, Napoli 2015, p. 85.

[23] Si veda in tal senso Gambini, *Principio di responsabilità e tutela aquiliana dei dati personali*, cit., p. 136; in generale: P. Perlingieri, *Le funzioni della responsabilità civile*, in *Rass. Direttiva civ.*, 2011, p .115, per il quale la responsabilità civile, «non può avere un'unica funzione, ma una pluralità di funzioni (preventiva, compensativa, sanzionatoria, punitiva) che possono tra loro coesistere».

[24] Per un recente studio della speciale responsabilità civile delineata dal GDPR e in particolare in relazione all'emersione del danno non patrimoniale *sub* danno morale nell'area del danno risarcibile per trattamento illecito dei dati personali a protezione dei diritti fondamentali della persona alla riservatezza e alla protezione dei dati personali: E. Tosi, *Responsabilità civile per illecito trattamento dei dati personali e danno non patrimoniale*, cit., p. 199 ss. Si vedano, inoltre, in dottrina sulla nuova responsabilità civile per trattamento di dati personali: Gambini, *Principio di responsabilità e tutela aquiliana dei dati personali*, cit., *passim*; *GDPR e Normativa* Privacy, a cura di Riccio, Scorza e Belisario, cit., 596 ss.; Ratti, *La responsabilità da illecito trattamento dei dati personali nel nuovo Regolamento*, cit., p. 615 ss.

Tuttavia, al netto dell'imprecisione lessicale, tale previsione è particolarmente significativa perché consente di risarcire sempre il danno alla persona anche quando la lesione patrimoniale sia marginale o assente: di regola, infatti, nel trattamento illecito di dati, rileva soprattutto la lesione del *danno non patrimoniale* conseguente alla violazione dei diritti fondamentali alla riservatezza, alla protezione dei dati personali e all'identità personale.

Valutazione di offensività che è già stata valutata *ex ante* — in via generale ed astratta — dal legislatore comunitario: la previsione espressa dell'art. 82.3 GDPR soddisfa, invero, anche le letture più restrittive e risalenti dell'art. 2059 c.c. e supera, in positivo, il problema dell'*an debeatur* risolto a monte dal legislatore.

Accentua tale necessità regolatoria rafforzata e integrata, anche in prospettiva rimediale metaindividuale, la progressiva — ormai evidente e non più disconoscibile — *patrimonializzazione del diritto all'utilizzo esclusivo, e controllo, dei propri dati personali* oltre che l'emblematica e strutturale *asimmetria del rapporto di trattamento dati nel contesto digitale*.

Funzione protettiva del *soggetto debole — l'interessato* — che passa non solo attraverso la valorizzazione della *funzione sanzionatoria ultra-compensativa* del *danno morale soggettivo*, ma anche per il tramite della *facilitazione dell'accesso al rimedio risarcitorio* dell'interessato-danneggiato oltre che a rimedi metaindividuali (art. 80 GDPR).

Tanto più concreta è, invero, la possibilità che i danneggiati da trattamento illecito, facilmente, ricorrano al rimedio risarcitorio *ex* art. 82 GDPR — nella triplice funzione *compensativa, preventiva e sanzionatoria* — tanto maggiore sarà la prevenzione del rischio di illecito trattamento e la deterrenza alla conformazione degli operatori — delle figure soggettive del trattamento, Titolare e Responsabile — allo statuto generale del trattamento dei dati personali delineato dal GDPR.

Il rimedio risarcitorio, con particolare riferimento al danno alla persona, è strumento controverso stante l'intrinseca difficoltà insita nel tradurre in prestazione pecuniaria i valori della persona offesi: per tale ragione, in tale contesto specifico, merita valorizzazione la funzione sanzionatoria del danno non patrimoniale, rispetto a quella tradizionale compensativa[25].

L'esplicito richiamo dell'art 82 GDPR al risarcimento del danno non patrimoniale è particolarmente significativo perché consente di risarcire sempre il danno alla persona anche quando il danno patrimoniale sia

[25] Sulle ragioni dello scarso successo applicativo dello strumento risarcitorio, considerata una tecnica rimediale di chiusura, si veda *amplius* R. Pardolesi, *Dalla riservatezza alla protezione dei dati personali: una storia di evoluzione e discontinuità*, in *Diritto alla riservatezza e circolazione dei dati personali*, a cura di Pardolesi, I, Milano, 2003, p. 27.

marginale o assente: nel trattamento illecito di dati personali, rileva, innanzitutto, la lesione del *danno non patrimoniale* conseguente alla violazione dei diritti fondamentali alla riservatezza, alla protezione dei dati personali e all'identità personale.

Pare, per le suesposte ragioni, meritevole di accoglimento, la proposta rilettura del *danno morale soggettivo ultracompensativo sub* art. 2059 c.c. — autonomo rispetto al *danno non patrimoniale compensativo sub* art. 2043 c.c. — a tutela dei diritti fondamentali della riservatezza, protezione dei dati e identità personale.

La riemersione e rinascita del *danno morale soggettivo* si traduce, in definitiva, in una *giusta tutela rafforzata*, tramite valorizzazione della *funzione deterrente-sanzionatoria* dell'osservanza delle regole di *liceità, correttezza e trasparenza* del trattamento dei dati personali, *direttamente* protettiva dell'interessato-danneggiato — soggetto debole del *rapporto asimmetrico* di trattamento — *rectius* della persona umana e della dignità della stessa e *indirettamente* della *liceità, correttezza* e *trasparenza* del mercato e dell'ordinamento giuridico in generale.

Tutela rafforzata della persona, della riservatezza e dei dati nel contesto asimmetrico digitale che si giustifica anche in relazione al controverso fenomeno della commercializzazione dei dati personali: si tratta di superare antichi dogmi e modernizzare la lettura del giurista sempre nella prospettiva funzionale ed assiologica di assicurare all'*interessato dal trattamento-consumatore* maggiori tutele adeguate così scongiurando l'effetto paradossale di un *deficit rimediale* inevitabile conseguenza del misconocimento assoluto di tale fenomeno.

Risponde a tale nuova esigenza protettiva rafforzata della persona nella società digitale non solo, si ribadisce, la valorizzazione del danno non patrimoniale e la facilitazione dell'accesso al rimedio risarcitorio individuale ma anche la progressiva convergenza normativa emergente - a livello europeo - tra *protezione dati personali-protezione consumatori* e il rafforzamento di rimedi collettivi[26].

[26] La tutela rafforzata offerta dal GDPR, infatti, non è solo diretta alla protezione dei diritti fondamentali e delle libertà individuali dell'interessato, ma è anche posta a protezione della tutela di interessi collettivi e del mercato in generale: in tal senso deve essere letta la previsione dell'art. 80 GDPR che consente di dare mandato ad associazioni di categoria attive nel settore della protezione dei dati personali per proporre il reclamo ed esercitare per suo conto i diritti di cui agli artt. 77, 78 e 79 nonché, se previsto dal diritto degli Stati membri, l'azione di risarcimento danni di cui all'articolo 82 GDPR. Inoltre, lo sfruttamento abusivo dei dati personali di interessati-consumatori-utenti, può consentire di agire anche con *Class Action ex* art. 140-*bis Codice Consumo* ai fini dell'accertamento delle responsabilità del danno subito dai consumatori a tutela di diritti individuali omogenei

nonché di interessi collettivi. Detta norma è stata abrogata e sostituita dalla L. 12 aprile 2019, n. 31, entrata in vigore il 19 maggio 2021. Il provvedimento di riforma introduce una disciplina organica dell'azione di classe, che dal Codice del consumo dove attualmente si trova viene riportata all'interno del *Codice di Procedura Civile* in chiusura del Libro IV. Dopo il Titolo VIII dedicato alla disciplina dell'Arbitrato è inserito il nuovo Titolo VIII-bis "Dei procedimenti collettivi" (artt. da 840-bis a 840-sexiesdecies), nel quale è appunto disciplinata l'azione di classe: azione non più limitata ai consumatori ma estesa anche ad altre classi quali enti pubblici e privati. Si veda, infine, su punto la recente riforma europea in materia di *class action* di cui alla Direttiva (Ue) 2020/1828 che aggiornerà ulteriormente il quadro normativo vigente una volta recepita anche in Italia. Sulla tutela dei consumatori in generale si veda per tutti V. Cuffaro (a cura di), *Codice del Consumo,* Milano, seconda edizione, 2019.

Fausto Caggia

Cessione di dati personali per accedere al servizio digitale gratuito: il modello del "consenso rafforzato"

Sommario: 1. La razionalità economica delle operazioni "servizio digitale gratuito contro cessione di dati personali" – 2. Il problema della validità del consenso alla cessione dei dati in una giurisprudenza della Cassazione – 3. Il requisito della libertà del consenso e l'analisi strutturale del mercato dei servizi digitali – 4. Il requisito della specificità del consenso ed i limiti della prospettiva relazionale di disciplina della fattispecie

1. *La razionalità economica delle operazioni "servizio digitale gratuito contro cessione di dati personali"*

I vantaggi che la digitalizzazione della società produce sulla condizione sociale ed economica della persona rappresentano uno degli argomenti più largamente utilizzati per affermare l'idea che l'accesso alla rete debba essere garantito alla stregua di un diritto fondamentale universalmente riconosciuto[1]. Pur essendovi una larga convergenza rispetto al riconoscimento dei benefici che possono venire dall'accesso alla rete e sulla circostanza che questa sia una condizione oramai essenziale per la partecipazione non solo alla vita economica ma anche alla dimensione sociale e politica di una comunità, non sono assenti le voci di chi prova contestualmente a mettere a fuoco il rovescio della medaglia di questo processo, evidenziando i rischi di dipendenza dalla rete e il potenziale aumento di condizioni di vulnerabilità determinate dalle suggestioni che possono venire dalla navigazione.

[1] La proposta originaria di qualificare l'accesso alla rete come diritto fondamentale si deve al contributo di M. L. Best, *Can the Internet Be a Human Right?*, in *Human Rights & Human Welfare*, 4 (2004), pp. 23 ss., il quale radica il fondamento di questa costruzione sull'idea che la navigazione in rete è una condizione strumentale all'esercizio del diritto fondamentale all'informazione; sulla dimensione politica del tema R. Sandler e D. Canetti, *A Reality of Vulnerability and Dependence: Internet Access as a Human Right*, in *Israel Law Review*, 2019, pp. 77 ss.

All'interno delle molte e possibili situazioni di rischio di condizionamento o manipolazione degli utenti della rete, particolare rilievo per i problemi di disciplina, che questo fenomeno solleva, viene riconosciuto all'ipotesi di accesso ai servizi della società della informazione, che pone in dubbio se questa scelta sia accompagnata da un sufficiente grado di razionalità che permetta di valutare gli effetti economici e giuridici dell'accesso al servizio[2] o se essa sia il risultato del combinato disposto tra una situazione di dipendenza rispetto all'accesso ai servizi offerti dalla rete e le raffinate tecniche di orientamento della volontà del singolo che l'architettura digitale è in grado di esercitare, anche, in ipotesi, comprimendone l'autonomia[3].

Questi interrogativi acquisiscono particolare sostanza con riferimento alle problematiche sollevate, per il diritto privato, dalle operazioni di fornitura di servizi di contenuto digitale che vengono offerti dalle piattaforme digitali a titolo gratuito, dove la prestazione del servizio è sottoposta a condizione che l'utente manifesti il proprio consenso alla cessione dei dati personali[4]. Queste operazioni vengono associate a così detti accordi di *tying*, di cui il diritto della concorrenza spesso si occupa per gli effetti discriminatori e distorsivi nel funzionamento dei mercati. Con il termine *tying arrangements* s'indica l'acquisto di un prodotto principale associato ad un prodotto secondario ad un unico prezzo, in questo modo producendo una forzatura

[2] Il problema della esistenza di un reale consenso nelle scelte compiute durante la navigazione in rete è oggetto di riflessione in numerosi contributi, tra cui segnaliamo il *Symposium: Privacy and Technology*, pubblicato in *Harvard Law Review*, 126 (2013), dove in particolare il contributo di D. J. Solove, *Introduction: Privacy Self-Management and the Consent Dilemma* alle pp. 1880 ss.; in questa prospettiva anche N. S. Kim e D. A. Jeremy Telman, *Internet Giants as Quasi-Governmental Actors and the Limits of Contractual Consent*, in *Missouri Law Review*, 80 (2015), pp. 723 ss.; sull'erosione del tradizionale principio di autonomia individuale che sottende allo scambio economico W. Hoffmann-Riem, *Verhaltenssteurung durch Algorithmen – Eine Herausforderung für das Recht*, in *Archiv des* öffentilchen *Rechts*, 142 (2017), pp. 1 ss, in part. pp. 20 ss.; in una prospettiva più generale sulla crisi del modello del soggetto razionale la discussione testimoniata nel volume curato da G. Rojas Elgueta e N. Vardi, *Oltre il soggetto razionale. Fallimenti cognitivi e razionalità limitata nel diritto privato*, Roma, 2014.

[3] Sulla funzione regolatoria esercitata dall'architettura delle piattaforme sui comportamenti dei privati A. Quarta e G. Smorto, *Diritto privato dei mercati digitali*, Milano, 2020; l'originaria intuizione su questo aspetto strutturale della rete lo dobbiamo, come è noto, alla riflessione di L. Lessig, *Code and others law of cyberspace*, New York, 1999.

[4] Una messa a fuoco dei problemi che queste tipologie di fornitura di servizi digitali solleva per il diritto e in particolare per il regime giuridico del consenso alla cessione dei dati in G. Resta e V. Zeno Zencovich, *Volontà e consenso nella fruizione dei servizi in rete*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2018, pp. 411 ss. ; per una indagine monografica sul tema C. Irti, *Consenso "negoziato" e circolazione dei dati personali*, Torino, 2021.

sulla volontà dei consumatori, che avrebbero acquistato solo il prodotto principale, e producendo un effetto anticoncorrenziale nei confronti delle imprese produttrici del prodotto secondario. Queste imprese subiscono l'offerta del prodotto ad un prezzo non concorrenziale e rappresentano il vero mercato verso cui è rivolta l'intera operazione[5]. Similmente a quanto avviene nei fenomeni di *tying arrangements*, l'offerta gratuita del servizio digitale è strategicamente costruita per ottenere un consenso alla raccolta di dati personali non necessario alla prestazione del servizio stesso. La strategia commerciale che si nasconde dietro a queste operazioni è evidente: l'interesse dell'utente del sito *internet* ad accedere al servizio trova una pronta soddisfazione a fronte della gratuità dell'offerta e tuttavia tale interesse diviene la leva negoziale per operare una raccolta di informazioni personali senza che lo stesso utente abbia reale contezza degli effetti del suo atto. Le informazioni che egli cede sono destinate ad essere scambiate, a fronte della determinazione di un prezzo, in un mercato secondario di dati, senza che il titolare stesso delle informazioni sia concretamente messo al corrente della finalità del trattamento[6].

Come tutti i fenomeni che si diffondono nel mercato, pur essendo apparentemente prive di logica, anche questo tipo di operazioni rispondono ad alcune razionalità economiche che è utile fermarsi a considerare al fine di poter successivamente mettere meglio a fuoco i

[5] Una fattispecie di cui si afferma l'incompatibilità con il divieto sancito dall'art. 101, par. 1, lett. e) del Trattato sul funzionamento dell'Unione Europea, dove si fa riferimento alle ipotesi di subordinazione della conclusione dei contratti all'accettazione da parte degli altri contraenti di prestazioni supplementari, che, per loro natura o secondo gli usi commerciali, non abbiano alcun nesso con l'oggetto dei contratti stessi; per un richiamo della norma con riferimento al tema che qui ci occupa G. Resta e V. Zeno Zencovich, *Volontà e consenso nella fruizione dei servizi in rete*, cit., pp. 428 s.

[6] Sul processo di costruzione dei dati come beni economici M. Delmastro e A. Nicita, *Big data. Come stanno cambiando il nostro mondo*, Bologna, 2019, in part. pp. 23 ss.; sui profili giuridico-dogmatici e di disciplina delle operazioni servizi digitali contro dati G. Resta, *I dati personali oggetto del contratto. Riflessioni sul coordinamento tra la direttiva (UE) 2019/770 e il Regolamento (UE) 2016/679*, in *Annuario del contratto*, 2018, pp. 125 ss.; C. Perlingieri, *Data as object of a contract and contract epistemology*, in *Rechte an Daten*, a cura di T. Pertot, Tübingen, 2020, pp. 207 ss.; dedica un'articolata analisi del fenomeno delle *non-monetary transactions* C. Irti, *Consenso "negoziato" e circolazione dei dati personali*, cit., p. 61 ss.; l'idea che i dati degli utenti rappresentino la controprestazione al servizio offerto in quanto dotati di valore commerciale è ora affermata anche dalla giurisprudenza amministrativa, su cui Tar Lazio, 10 gennaio 2020, n. 260, in *Giur. it.*, 2021, pp. 320 ss.; sul tema del pagamento del servizio digitale tramite dati, da ultimo, nel dibattito tedesco T. Bauermeister, *Die "Bezahlung" mit personenbezogenen Daten bei Verträgen über digitale Produkte*, in *Archiv für die civilistische Praxis*, 222 (2022), pp. 372 ss.

profili di regolamentazione, avendo particolare riguardo ai requisiti di liceità del consenso al trattamento dei dati personali, dettati da ultimo dal regolamento n. 2016/679/UE del 21 aprile 2016[7].

La giustificazione economica di queste operazioni può essere compresa se analizzata all'interno della trasformazione del ruolo delle informazioni nel capitalismo digitale. In particolare, da utilità funzionali al compimento di scelte nel mercato, fondate su una simmetria informativa tra le parti dello scambio, secondo l'idea tipica che si afferma nella economia liberale classica - di cui un modello normativo può essere indicato nel regime degli obblighi precontrattuali di cui agli artt. 1337 e 1338 c.c. - le informazioni rappresentano oggi beni che entrano nella struttura delle relazioni di mercato, assumendo esse stesse un valore economico di scambio in quanto strumento utile a conoscere i gusti e gli orientamenti dei consumatori o a condizionarne le tendenze di consumo nel futuro. All'interno di questa prospettiva è evidente che con una luce diversa può essere letta l'operazione di accesso ai servizi digitali a prezzo nullo in quanto elemento di una relazione più complessa, la cui funzione è quella di favorire la circolazione delle informazioni, che una volta aggregate e profilate, vanno ad alimentare il principale mercato di riferimento, che è quello della cessione e dello scambio oneroso dei *big data*[8]. La seconda spiegazione logica è che le

[7] Il recente intervento del legislatore europeo ha riformato la materia della protezione dei dati personali e, per effetto del d. lgs., 10 agosto 2018, n. 101, ha abrogato la disciplina italiana contenuta nel d. lgs., 30 giugno 2003, n. 196, titolato *Codice in materia di protezione dei dati personali*, con particolare riferimento al profilo del consenso quale presupposto di liceità del trattamento e delle condizioni dettate ai fini di una sua valida manifestazione, che sono ora prescritte dall'art. 7 del regolamento n. 2016/679/UE; per un confronto tra disciplina italiana e nuova regolamentazione europea S. Thobani, *I requisiti del consenso al trattamento dei dati personali*, Santarcangelo di Romagna (RN), 2016; per un commento all'art. 7 del regolamento n. 2016/679/UE F. Bravo, *Il consenso e le altre condizioni di liceità del trattamento di dati personali*, in Aa. Vv., *Il nuovo Regolamento europeo sulla privacy e sulla protezione dei dati personali*, opera diretta da G. Finocchiaro, Bologna, 2017, pp. 101 ss.; volendo, anche F. Caggia, *Art. 7*, in *Codice della privacy e data protection*, a cura di R. D'Orazio, G. Finocchiaro, O. Pollicino e G. Resta, Milano, 2021, pp. 205 ss. e Id., *Libertà ed espressione del consenso*, in *I dati personali nel diritto europeo*, a cura di V. Cuffaro, R. D'Orazio, V. Ricciuto, Torino, 2019, pp. 249 ss.

[8] All'interno di questa dinamica del funzionamento dei mercati può essere letta la logica sottesa agli interventi del legislatore dell'Unione Europea che, accanto alle politiche di protezione dei soggetti, persegue i contestuali obiettivi di favorire la circolazione delle informazioni nel mercato, un bilanciamento esemplarmente compendiato nello stesso titolo del regolamento n. 2016/679/UE del 21 aprile 2016, relativo alla protezione delle persone fisiche con riguardo al trattamento dei dati personali, nonché alla libera circolazione di tali dati; sulla eterogeneità degli interessi oggetto di bilanciamento nel diritto europeo della protezione dei dati personali J. H. Klement, *Öffentliches Interesse an*

piattaforme digitali che offrono servizi gratuiti agiscono come "mercati a due versanti o, anche detti, multidimensionali"[9]. Coniata negli studi economici a seguito dell'osservazione del funzionamento del mercato delle radio e delle televisioni commerciali, la formula dei "mercati a due versanti" sta ad indicare che l'offerta dei servizi resi dalla piattaforma agisce su più lati della domanda: la gratuità del servizio è destinata a favorire l'allargamento del pubblico di utenti che interagisce con la piattaforma, così come i volumi di traffico di utenza rappresentano l'offerta che quest'ultima offre al pubblico degli inserzionisti per attrarre investimenti pubblicitari che permettono di sostenere i costi del sito e ricavarne utilità. Si tratta di una dinamica che segue una precisa vettorialità e ci fornisce una ulteriore spiegazione logica del perché il mercato dei servizi digitali è prevalentemente orientato alla gratuità dell'offerta. L'obiettivo perseguito dagli operatori dei mercati digitali è quello di approdare alla condizione indicata nella teoria economica con il nome di *tipping point*, che è il punto di massa critica superato il quale la piattaforma è preferibile ad altre per gli effetti di rete che essa genera[10]. A questo stadio dello sviluppo si può affermare che la piattaforma non agisca più alla stregua di un operatore della rete in concorrenza con altri operatori ma, per ampiezza di utenti che riesce a raggiungere, assume i caratteri propri di un mercato autonomo, con la conseguenza di indurre alla considerazione che il capitalismo delle piattaforme digitali rappresenta un fenomeno strutturalmente anticoncorrenziale in quanto manifesta una propensione alla produzione di monopoli.

Privatheit. Das europäische Datenschutzrecht zwischen Binnemarkt, Freiheit und Gemeinwhol, in *JZ*, 72 (2017), pp. 161 ss.; sulla disciplina del consenso al trattamento dei dati personali come luogo paradigmatico in cui il legislatore opera tale bilanciamento, esemplarmente V. Cuffaro, *Il consenso dell'interessato*, in *La disciplina del consenso al trattamento dei dati personali*, a cura di Id. e V. Ricciuto, Torino, 1997, pp. 201 ss., in part. p. 206.

[9] Nell'ambito della letteratura economica su questo tema il rinvio è d'obbligo a J. C. Rochet e J. Tirole, *Platform Competition in Two-Sided Markets*, in *Journal of the European Economic Association*, 1 (2003), pp. 990 ss.; per una descrizione del funzionamento di questi mercati anche G. Resta e V. Zeno Zencovich, *Volontà e consenso nella fruizione dei servizi in rete*, cit., pp. 414 s.

[10] Un'analisi di questo fenomeno e sui suoi effetti nel funzionamento del mercato M. Delmastro e A. Nicita, *Big data. Come stanno cambiando il nostro mondo*, cit., pp. 58 ss.

2. *Il problema della validità del consenso alla cessione dei dati in una giurisprudenza della Cassazione*

Un contributo all'elaborazione di un modello di disciplina di queste prassi negoziali, orientato a porre la persona nella condizioni di accettare il servizio digitale gratuito avendo contezza degli effetti prodotti dal suo consenso, viene da una sentenza della Corte di Cassazione del 2018, che è intervenuta a margine di una vicenda che vedeva coinvolte l'Autorità garante per la protezione dei dati personali e una società commerciale proprietaria di un sito *internet* di consulenza fiscale[11]. Accadeva che la società commerciale *Ad Spray s.r.l.* forniva, per il tramite di un portale di sua proprietà, un servizio gratuito di *newsletter* avente ad oggetto tematiche legate alla finanza, al fisco e al lavoro. La ricezione della *newsletter* era condizionata all'iscrizione al servizio da parte dell'utente attraverso l'inserimento delle proprie generalità e di un indirizzo di posta elettronica in un modulo digitale di iscrizione appositamente inserito nel sito. In calce al modulo era indicata una casella di spunta ai fini della manifestazione del consenso al trattamento dei dati personali, affiancata dalla presenza di un *link* ipertestuale che, una volta cliccato, permetteva di prendere visione dell'informativa sulla *privacy* e delle finalità per cui per le informazioni personali venivano raccolte, tra cui era indicato genericamente l'uso di tali informazioni per l'invio di comunicazioni promozionali e commerciali da parte di terzi.

L'architettura del sito di proprietà della società offerente il servizio di *newsletter* implicava la manifestazione del consenso come atto ineludibile ai fini dell'accesso al servizio. In particolare, la mancata selezione della casella di spunta si traduceva in un impedimento all'invio del modulo di iscrizione alla *newsletter*, che si formalizzava nella pubblicazione sullo schermo del messaggio con l'avviso che il consenso era necessario ai fini del completamento del percorso di iscrizione al servizio. Una volta operata l'iscrizione con successo, ed avendo quindi accettato di adempiere a tale condizione, gli utenti iniziavano a ricevere messaggi di posta elettronica di natura promozionale su tematiche che non avevano alcun legame con gli ambiti del fisco, finanza, lavoro e diritto, temi originariamente trattati dal sito consultato. Registrato l'aumento di flusso di messaggi non graditi nella propria casella di posta elettronica, un iscritto alla *newsletter* ricorre davanti

[11] Il riferimento è a Cass., 2 luglio 2018, n. 17278, pubblicata in *Giur. it.*, 2019, pp. 530 ss., con nota di commento di S. Thobani, *Operazioni di* tying *e libertà di consenso*; per un commento anche F. Bravo, *Lo "scambio di dati personali" nei contratti di fornitura di servizi digitali e il consenso dell'interessato tra autorizzazione e contratto*, in *Contr. impr.*, 2019, pp. 34 ss.

al Garante per la protezione dei dati personali contestando la liceità della raccolta in ragione della violazione dei requisiti di libertà e di specificità del consenso, prescritti, ai fini della legittimità del trattamento, dall'art. 23 del *Codice in materia di protezione dei dati personali* del 2003, che all'epoca dei fatti disciplinava il trattamento di dati personali[12]. Pur essendo stato sollevato il tema della validità del consenso, nel decidere il ricorso la Cassazione ha argomentato toccando profili diversi della protezione dei dati personali, che investono sia il tema della declinazione dei requisiti della manifestazione di volontà sia il profilo dell'inquadramento delle operazioni che hanno ad oggetto lo scambio tra servizi digitali e dati personali[13].

3. *Il requisito della libertà del consenso e l'analisi strutturale del mercato dei servizi digitali*

I giudici di legittimità muovono la loro decisione dal considerare il tema della disciplina del consenso, rimarcandone la centralità della regola nelle diverse fonti intervenute nel tempo a disciplinare la protezione e la circolazione dei dati personali. La regola del consenso è una condizione necessaria ai fini della legittimità del trattamento alla luce del contenuto dell'art. 23 del *Codice in materia di protezione dei dati personali* del 2003; tale condizione è affermata anche a livello di diritto europeo, prima, nell'art. 2, lett. *h)* della direttiva 95/46/CE ed ora anche nel regolamento

[12] Per una ricostruzione della disciplina dei requisiti del consenso, contenuta nell'art. 23 del *Codice in materia di protezione dei dati personali* del 2003, S. M. Meloni, *Il trattamento dei dati da parte dei soggetti privati: la disciplina del consenso*, in Aa. Vv., *Il codice del trattamento dei dati personali*, a cura di V. Cuffaro, R. D'Orazio e V. Ricciuto, Giappichelli, Torino, 2007, pp. 197 ss.; S. Mazzamuto, *Il principio del consenso e il problema della revoca*, in Aa. Vv., *Libera circolazione e protezione dei dati personali*, a cura di R. Panetta, Giuffrè, Milano, 2006, pp. 993 ss.

[13] La manifestazione di volontà a cedere i dati personali e l'accesso al servizio digitale non sono soltanto due momenti strutturali diversi, che tendono a convergere in un unico schema negoziale, essi rispondono a logiche diverse sotto il profilo degli interessi coinvolti, logiche diverse che trovano espressione in due distinti impianti normativi, come la direttiva n. 2019/770/UE del 20 maggio 2019, relativa a determinati aspetti dei contratti di fornitura di contenuto digitale e di servizi digitali, recepita dal d. lgs. 4 novembre 2021, n. 173, e il regolamento n. 2016/679/UE, 21 aprile 2016, relativo alla protezione delle persone fisiche con riguardo al trattamento dei dati personali, nonché alla libera circolazione di tali dati, su cui per un tentativo di lettura unitaria, G. Resta, *I dati personali oggetto del contratto. Riflessioni sul coordinamento tra la direttiva (UE) 2019/770 e il Regolamento (UE) 2016/679*, cit., pp. 128 ss.

n. 2016/679/UE, sia nelle definizioni di cui all'art. 1 sia nella disciplina degli artt. 6 e 7, specificatamente destinata ai presupposti di liceità del trattamento e alle condizioni del consenso. Da queste norme, è possibile ricavare una serie di requisiti dell'atto che ne qualificano, in termini peculiari, funzione di protezione e natura giuridica. Un primo aspetto della regola del consenso, messo in evidenza dai giudici, è che nelle diverse norme di disciplina della protezione dei dati essa è sempre accompagnata dalla previsione dei predicati di libertà e specificità. L'interrogativo cui i giudici provano a dare risposta consiste nel domandarsi cosa intenda il legislatore quando richiede esplicitamente che il consenso dev'essere libero, dal momento che non esiste un consenso se esso non è liberamente manifestato. A meno che non si voglia pensare che la previsione sia un mero orpello retorico che nulla aggiunge sul piano prescrittivo alla previsione del consenso, appare più coerente sostenere che, anche alla luce della natura degli interessi in gioco nell'attività di raccolta delle informazioni personali, il legislatore abbia voluto operare una demarcazione concettuale tra l'atto di autodeterminazione informativa e il consenso richiesto per fini negoziali, i cui requisiti di validità sono dettati nel libro IV del codice civile[14]. Se, infatti, nel consenso negoziale la soglia di validità è fissata nei limiti della presenza della capacità di intendere e di volere nel soggetto che lo esprime e nel non essere viziato da errore, violenza e dolo, come richiesto dagli artt. 1425 ss. c.c., ovvero, in determinati frangenti, coartato dalla condizione di pericolo (art. 1447 c.c.) o dallo stato di bisogno (art. 1448 c.c.), in cui il soggetto viene a trovarsi, diversi appaiono i presidi di validità del consenso manifestato ai fini dell'autodeterminazione informativa. I giudici di Cassazione avvertono, infatti, che sul piano delle scelte di regolamentazione sia forte la consapevolezza del legislatore che si debba garantire un "consenso rafforzato" al fine di rimediare alla situazione di intrinseca debolezza del soggetto titolare sia rispetto al profilo di evidente asimmetria informativa in cui esso si trova sia per proteggerlo contro possibili tecniche commerciali aggressive o suggestive. Sottratto ad una possibile collocazione all'interno della categoria del consenso negoziale, esso deve invece essere ricondotto al genere del "consenso informato", già oggetto di particolare protezione da parte dell'ordinamento ed impiegato in altri settori, come il campo delle prestazioni mediche[15]. Nell'autodeterminazione informativa il consenso non

[14] In dottrina per questa lettura ricostruttiva del requisito di libertà del consenso, ora previsto dall'art. 7 del regolamento n. 20167679/UE e già presente nell'art. 23 del *Codice in materia di protezione dei dati personali* del 2003, G. Resta e V. Zeno Zencovich, *Volontà e consenso nella fruizione dei servizi in rete*, cit., pp. 425 ss.

[15] In prospettiva generale il modello del consenso come strumento per l'esercizio del potere

ammette compressioni di alcun genere, così come non sopporta di essere sia pure marginalmente perturbato non solo per effetto di errore, violenza o dolo ma anche per effetto dell'intero ventaglio di possibili disorientamenti, stratagemmi, opacità o sotterfugi utilizzati dal titolare del trattamento[16].

All'interno dello spettro ampio di stratagemmi che possono produrre perturbamenti nella formazione del consenso, secondo i giudici di legittimità può essere collocata l'ipotesi in cui la volontà di cedere le proprie informazioni ad altri sia determinata dalla circostanza che essa costituisca una condizione necessaria per accedere ad un servizio digitale. Strutturata nei termini detti, la raccolta del consenso solleva dubbi circa la sua conformità al modello legale del "consenso libero", dettato dalla disciplina della protezione dei dati personali.

Che questo tipo di operazioni ponga una serie di problemi dal punto di vista della validità del consenso è una questione già oggetto di attenzione da parte del legislatore del regolamento n. 2016/679/UE. L'art. 7, par. 4, del regolamento europeo prevede che "nel valutare se il consenso sia stato liberamente prestato, si tiene nella massima considerazione l'eventualità, tra le altre, che l'esecuzione di un contratto, compresa la prestazione di un servizio, sia condizionata alla prestazione del consenso al trattamento di dati personali non necessario all'esecuzione di tale contratto". Sebbene la regola non sia il prodotto originario del legislatore europeo, avendo conosciuto un primo momento di affermazione nelle decisioni delle autorità garanti dei diversi ordinamenti nazionali[17], essa introduce, tuttavia, una novità importante per il diritto dei dati personali in quanto sposta il giudizio sull'esistenza di un consenso libero da un livello astratto di valutazione ad

di autodeterminazione nell'àmbito delle scelte bioetiche è messo a fuoco da G. Marini, *Il consenso*, in *Trattato di biodiritto*, diretto da S. Rodotà e P. Zatti, vol. Ambito e fonti del biodiritto, a cura di S. Rodotà e M. Tallacchini, Milano, 2020, pp. 361 ss.

[16] In questo senso Cass., 2 luglio 2018, n. 1728, cit., p. 532; per una ricostruzione dei vizi del consenso in una prospettiva che valica la disciplina delle invalidità negoziali di cui agli artt. 1425 ss. per considerare anche le nuove forme di turbativa della formazione della volontà previste dalla legislazione speciale A. Gentili e V. Cintio, *I nuovi "vizi del consenso"*, in *Cont. imp.*, 2018, pp. 148 ss.

[17] In questo senso sono esemplari alcune decisioni del Garante italiano alla protezione dei dati personali che ha fatto applicazione della regola in alcuni trattamenti di informazioni in cui la manifestazione del consenso era posta come condizione necessaria, contrattualmente o anche imposta per via di fatto, ai fini dell'accesso a siti internet o servizi digitali; tra cui GPDP, 8 settembre 1997, doc. web N. 1055101; GPDP, 13 gennaio 2000, doc. web n. 30911; GPDP, 21 luglio 2013, n. 330, doc. web 2542348; una rassegna delle decisioni anche straniere di autorità amministrative indipendenti S. Thobani, *La libertà del consenso al trattamento dei dati personali e lo sfruttamento economico dei diritti della personalità*, in *Eur. dir. priv.*, 2016, pp. 513 ss.

un terreno di verifica che guardi alla struttura della relazione tra soggetto che manifesta il consenso e titolare del trattamento dei dati personali[18].

La prospettiva dell'analisi strutturale della relazione è percorsa dalla sentenza richiamata in modo coerente con la *ratio* della norma. I giudici di legittimità affermano infatti che la circostanza che un consenso alla cessione dei dati sia stato necessariamente manifestato per accedere ad un servizio non è detto che sia per forza coartato e quindi privo del requisito di libertà richiesto. Per approdare ad un giudizio di invalidità del consenso in quanto viziato rispetto alla sua spontanea manifestazione, occorre che concorrano anche altri fattori ricavabili dall'osservazione del mercato in cui il servizio offerto si colloca. In particolare, questi fattori coincidono con i caratteri di infungibilità e irrinunciabilità del servizio che, associati all'elemento del consenso quale condizione da soddisfare per ricevere la prestazione, inficiano irrimediabilmente la manifestazione di volontà determinandone l'invalidità. Al tipo di servizio della società dell'informazione offerto dal sito di consulenza fiscale nella vicenda in esame, che, ricordiamo, aveva ad oggetto l'invio di *newsletter* periodiche, sembrano mancare questi caratteri in quanto l'offerta del servizio riguardava la somministrazione di informazioni, agevolmente acquisibili per altra via, ora accedendo a servizi a pagamento ora tramite il ricorso all'editoria cartacea, sottraendosi così all'oneroso sacrificio della cessione dei propri dati[19].

4. *Il requisito della specificità del consenso ed i limiti della prospettiva relazionale di disciplina della fattispecie*

Se il consenso manifestato per accedere al servizio digitale, cedendo i propri dati personali, sembra superare positivamente il vaglio circa la presenza del requisito di libertà, agli occhi della Cassazione più problematico appare il soddisfacimento dell'altra condizione posta dal diritto ai fini di

[18] Una ricostruzione del significato della regola nei termini indicati nel testo in G. Resta e V. Zeno Zencovich, *Volontà e consenso nella fruizione dei servizi in rete*, cit., pp. 426 ss.; in questo senso sia consentito anche richiamare F. Caggia, Art. 7, cit., p. 221; per una ricostruzione della regola anche C. Irti, *Consenso "negoziato" e circolazione dei dati personali*, cit., p. 90 ss.

[19] Nel senso che la verifica di caratteri d'infungibilità ed irrinunciabilità del servizio offerto debba essere condotta alla luce della struttura del segmento di mercato in cui esso si riferisce G. Resta e V. Zeno Zencovich, *Volontà e consenso nella fruizione dei servizi in rete*, cit., p. 432.

un trattamento legittimo, che coincide con la presenza del requisito della specificità[20]. Il soddisfacimento di questo requisito ai fini della legittimità del trattamento presuppone che la volontà del soggetto si sia formata su un idoneo contenuto di informazioni preventivamente ricevute dal titolare del trattamento, che permetta di avere una rappresentazione completa sia dei contenuti della relazione che si istituisce con la cessione dei dati sia in merito alle diverse finalità in cui essi sono destinati. A tale proposito è utile ricordare che sia l'art. 23 del *Codice in materia di protezione dei dati personali* sia gli artt. 13 e 14 del regolamento n. 2016/679/UE prevedono che il dovere di informazione si compone di due diverse tipologie di informazioni, di cui le prime hanno la funzione di richiamare l'attenzione sui diritti esercitabili da chi cede i dati personali e sulle modalità di esercizio anche tramite l'indicazione delle informazioni di contatto del titolare del trattamento; la seconda tipologia di informazioni ha invece ad oggetto l'uso che il titolare del trattamento fa dei dati raccolti e serve quindi a circoscrivere l'oggetto del consenso[21].

Secondo il ragionamento sviluppato dalla Corte di Cassazione, la garanzia della specificità del consenso è, in particolare, soddisfatta sul presupposto che il dovere di informazione deve essere adempiuto somministrando un contenuto quanto più possibile dettagliato di elementi che permettano di chiarire le singole finalità della raccolta e del trattamento, anche richiedendo consensi diversi per ogni singolo ambito di applicazione dei dati[22].

[20] Il significato funzionale della specificità del consenso, secondo S. Thobani, *Operazioni di* tying *e libertà di consenso*, cit., p. 538, dev'essere interpretato alla luce degli interessi individuali tutelati dalla disciplina del trattamento dei dati personali, che coincidono con la tutela preventiva del singolo finalizzata a garantirne la consapevolezza, e degli interessi generali legati alla trasparenza delle operazioni di trattamento, affinché i consumatori siano consapevoli del reale "prezzo" corrisposto per accedere a determinati servizi, e all'interesse della collettività di esercitare un controllo sulla raccolta e sulla concentrazione dei dati e sorvegliare ed arginare così il potere dei titolari.

[21] Sulla funzione dell'informazione di delimitare l'oggetto del consenso V. Cuffaro, *Il consenso dell'interessato*, in *La disciplina del trattamento dei dati personali*, cit., in part. p. 222; in generale sulla funzione di regolazione che il dovere di informazione esercita sul contenuto della relazione tra soggetto e titolare del trattamento G. Comandè, sub *Art. 11, 12*, in *La tutela dei dati personali. Commentario alla l. n. 675/1996*, a cura di E. Giannantonio e V. Zeno Zencovich, Padova, 1999, pp. 113 ss., in part. p. 138.

[22] In questo modo rafforzando la granularità del consenso, che è garanzia di maggiore ponderatezza delle scelte coinvolte, su cui si è in passato manifestata l'opinione dell'Autorità Garante per Protezione dei Dati Personali, *Linee guida in materia di attività promozionale e contrasto allo spam*, in Registro dei provvedimenti 4 luglio 2013, n. 330; in dottrina sull'opportunità di adottare questa pratica di manifestazione del consenso S. Thobani, *I requisiti del consenso al trattamento dei dati personali*, cit., pp. 71 ss.; G. Resta e V. Zeno

Sebbene condizione necessaria ai fini della legittimità del trattamento, il presupposto della granularità del consenso, e cioè che esso sia distintamente manifestato per ogni singola finalità della raccolta, non è tuttavia sufficiente a garantire la formazione di una volontà consapevole. A tale proposito i giudici introducono un altro criterio finalizzato alla realizzazione del modello legale della regola del consenso, che cade, non più sull'oggetto dell'atto di volontà, ma sulla sua manifestazione. Il presupposto richiesto nella modalità di manifestazione è che il consenso sia espresso in modo inequivocabile e che tale carattere sia desumibile dalla stessa architettura del sito. In particolare, le informazioni sulle finalità del trattamento devono essere fornite in modo completo, anche se sintetico, e riportate nella stessa pagina del sito cui è presente la casella di spunta del consenso o, in alternativa, riprodotte in una pagina diversa, linkata sulla prima, dove dev'essere inserita una seconda casella di spunta che svolga la funzione di documentare la lettura delle informazioni sul trattamento da parte dell'utente[23]. In questo modo, sarebbero soddisfatte tutte le condizioni necessarie a garantire la libertà del soggetto di accedere al servizio digitale acconsentendo di pagare il "prezzo" della cessione dei propri dati, dal momento che, secondo l'opinione della Cassazione, questo scambio non è vietato dall'ordinamento ma quest'ultimo richiede che esso sia fondato su un consenso pieno, in alcun modo coartato e manifestato in condizioni di assoluta trasparenza.

Pur salutando positivamente la soluzione adottata dai giudici, che rappresenta un tassello significativo della riflessione ricostruttiva della teoria del consenso e dell'inquadramento delle operazioni servizi digitali contro dati personali, non può non formularsi l'interrogativo circa la reale efficacia di un modello di soluzione che affida il regime del consenso all'incrocio tra riaffermazione del valore dei doveri di informazione prodromici alla raccolta dei dati e formalismo dell'atto affidato agli strumenti del linguaggio informatico e all'architettura delle piattaforme. Sono due, le possibili obiezioni critiche che si possono avanzare. In primo luogo, ci si può domandare se il ricorso a pagine linkate sui siti, dove riportare le

Zencovich, *Volontà e consenso nella fruizione dei servizi in rete*, cit., p. 434.

[23] La soluzione indicata dalla Cassazione, che recepisce le indicazioni fornite a livello europeo sulla corretta applicazione del regolamento n. 2016/679/UE dall'Art. 29 Working Party, *Guidelines on trasparency under Regulation 2016/679*, 17/EN WP260, par. 30, presenta il limite di rappresentare un rimedio formale che non garantisce sulla concreta lettura e comprensione dell'informazione da parte dell'utente e tuttavia rappresenta un conferma che il diritto si preoccupa di apprestare tutte le condizioni affinché sia favorita la somministrazione di queste informazioni e definita una struttura regolatoria all'interno della quale il consenso si considera come consapevolmente prestato, su cui S. Thobani, *Operazioni di* tying *e libertà di consenso*, cit., p. 538.

informazioni sui diritti della persona che naviga in rete e sulle finalità del trattamento, così come caselle di spunta, finalizzate alla documentazione del consenso informato, rappresentino uno strumento efficace, che rafforza il potere del singolo nell'esercizio dell'autodeterminazione informativa[24]. La seconda obiezione coincide con la considerazione già da altri formulata nel senso di porre in dubbio che la tutela del soggetto debole nella rete digitale possa atteggiarsi con le stesse caratteristiche della prospettiva tradizionale della relazione orizzontale che si costituisce tra soggetti che agiscono nel mercato[25]. Nella dimensione dell'economia digitale, l'esercizio del potere dei privati di costituire relazioni giuridiche è fonte non tanto di singoli rapporti squilibrati ma di risultati inquadrabili in un generalizzato processo di riduzione delle sfere di libertà individuali e collettive e di produzione di nuove e più sofisticare forme di discriminazione[26].

[24] I dubbi sono sollevati in particolare da B. J. Koops, *The trouble with European data protection law*, in *International Data Privacy Law*, 4 (2014), pp. 250 ss., in part. p. 252; sui problemi cognitivi e sulla reale capacità della persona di comprendere gli effetti delle sue azioni in rete J. D. Solove, *Introduction: Privacy Self-Management and the Consent Dilemma*, cit., pp. 1882 ss.

[25] In questo senso le considerazioni sviluppate da F. Mezzanotte, *I poteri privati nell'odierno «diritto dello sviluppo economico»*, in *Pol. dir.*, 2018, pp. 507 ss., in part. pp. 516 ss.

[26] Una prospettiva in passato già lucidamente indicata da S. Rodotà, *Protezione dei dati personali e circolazione delle informazioni*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1984, pp. 762 ss., ed ora rimeditata da S. Thobani, *I requisiti del consenso al trattamento dei dati personali*, cit., p. 53 e F. Mezzanotte, *I poteri privati nell'odierno «diritto dello sviluppo economico»*, cit., p. 519.

Fabio Bravo

«Destinatario» dell'informazione e trattamento dei dati personali nell'evoluzione dell'ordinamento europeo

Sommario: 1. Inquadramento del discorso – 2. «Destinatario dell'informazione» tra GDPR e *Data Governance Act* – 2.1. Circolazione, «comunicazione» e «diffusione» dei dati personali – 2.2. «Destinatario dell'informazione» e «interessato» – 2.3. «Destinatario dell'informazione», «titolare del trattamento», «responsabile del trattamento» e altri soggetti appartenenti all'organizzazione del titolare o del responsabile del trattamento – 2.4. «Destinatario dell'informazione» e «destinatario» dei dati personali *ex* art. 4, par. 1, n. 9, del GDPR – 2.5. (*Segue*). Il titolare del trattamento «destinatario» di dati comunicati da altro titolare del trattamento ai sensi del GDPR e riflessioni sulla nuova figura del «titolare dei dati» contenuta nel testo originario della proposta di regolamento sulla *European Data Governance* (c.d. *Data Governance Act*) – 2.6. (*Segue*). «Destinatario» di dati non inquadrabile nelle altre categorie del GDPR – 2.7. «Destinatario dell'informazione» e «utente dei dati» nel testo originario della proposta di regolamento sull'*European Data Governance* (*Data Governance Act*) – 2.8. Ulteriori considerazioni alla luce delle definizioni di «titolare dei dati» e di «utente di dati» contenute nel testo definitivo del *Data Governance Act* e riflessioni conclusive.

1. *Inquadramento del discorso*

Nella sua lungimirante opera, dedicata ai profili civilistici del diritto all'informazione, Vincenzo Cuffaro contesta le posizioni dottrinali che negano rilievo giuridico alla situazione soggettiva del destinatario dell'informazione, ricostruendone la valenza attraverso l'analisi del dato giurisprudenziale e di quello normativo[1]. Erano gli anni Ottanta del secolo scorso.

L'illustre A. ha rimarcato come le tesi che negano rilevanza alle situazioni giuridiche soggettive di chi è destinatario dell'informazione, prodotta e veicolata da altri ed alla quale questi aneli ad accedervi, siano collocabili

[1] V. Cuffaro, *Profili civilistici del diritto all'informazione*, Napoli, 1986, pp. 71 ss.

all'interno delle discussioni sul perimetro tracciato dall'art. 21 Cost.[2] ed è proprio ciò a segnare il limite di tali posizioni interpretative[3]. Viceversa, se si prende ad esame l'interesse del destinatario della vicenda informativa, la prospettiva muta radicalmente. Infatti, «ove si ritenga (…) che l'interesse del destinatario dell'informazione assume una precisa rilevanza nell'ambito del

[2] V. Cuffaro, *op. cit.*, p. 72, il quale ci ha voluto «ricordare, da un lato, che l'attività svolta dai *mass-media*, e riassunta nella parola informazione, non soltanto viene sovente ricondotta alla manifestazione del pensiero ma soprattutto è stata considerata in relazione a quella; dall'altro, e correlativamente, che ciò ne ha comportato una valutazione sul piano giuridico legata ermeneuticamente all'esclusivo riferimento alla norma dell'art. 21 Cost. Di tal che è all'interno dello spazio segnato da queste due coordinate che va a collocarsi quel complesso di affermazioni il cui valore deve ora essere attentamente valutato».

[3] Si rinvia alle efficaci pagine sopra richiamate per una esaustiva illustrazione del dibattito dottrinale. Qui è sufficiente richiamare alcuni passaggi significativi, ove lo stesso Cuffaro ricorda, criticamente, che «nella più ampia prospettiva diretta a tracciare i contorni dei diversi fenomeni conoscitivi – fenomenologia cui i mezzi d'informazione partecipano in quanto strumenti del comunicare –, si afferma che in ordine all'attività del singolo tendente a procurarsi conoscenze, qualunque sia il movente e l'interesse, domina la regola della libertà (Così S. Pugliatti, voce "*Conoscenza*", in *Enc. dir.*, IX, Milano, 1961, p. 118): principio questo che consente di attribuire carattere neutro alle relative situazioni, nel senso che "è indifferente l'acquisto della conoscenza da parte di qualsiasi soggetto" [S. Pugliatti, *op. loc. cit.,* il corsivo è nel testo. Nei medesimi termini di recente v. Messinetti, voce "*Personalità (diritti della)*", in *Enc. dir.*, XXXIII, Milano, 1983, p. 888]. Lungo la medesima traiettoria, ma spostando l'accento sulla correlazione strumentale rispetto alla libertà di manifestazione del pensiero, si pone poi il rilievo di chi nega fondamento alla configurabilità di una specifica situazione soggettiva col definire il "preteso diritto all'informazione una immaginosa espressione priva di qualsiasi contenuto concreto" (è la frase di Delitala, *I limiti giuridici alla libertà di stampa*, in *Iustitia*, 1959, p. 395); mentre è l'attenzione riposta sulla *ratio* della norma costituzionale a indurre altri a ritenere che "si vada troppo oltre quando si continua ad utilizzare l'argomento della connessione funzionale (tra manifestazione libera del pensiero e narrazione dei fatti) per sostenere che anche la libertà d'informarsi sarebbe garantita dall'art. 21 Cost.» (Cfr. A. Cataudella, *La tutela civile della vita privata*, Milano, 1972, p. 19 […])» Così V. Cuffaro, *op. cit.*, pp. 72-73, ove però aggiunge che si tratta di «Osservazioni, queste ricordate, che tuttavia solo parzialmente appaiono pertinenti alla effettiva considerazione del destinatario della vicenda informativa, laddove nella sostanza sembrano riguardare piuttosto l'altro protagonista della medesima vicenda. Il richiamo infatti alla situazione di libertà, così come la recisa negazione che la stessa possa invece avere una qualche consistenza sul piano giuridico, non risultando neppure ricompresa entro l'area semantica delimitata dalla norma dell'art. 21 Cost., sono tutti rilievi che se per un verso appaiono ispirati da una cautela diretta a negare legittimità ad una indiscriminata intrusione nella sfera di privatezza del singolo, incisa dall'altrui attività di diffusione di notizie, per altro verso, e proprio a motivo della prospettiva prescelta, non sembrano costituire sicure obiezioni all'eventuale rilievo che su di un diverso piano giuridico possa venire ad assumere la situazione soggettiva del destinatario dell'informazione. Ciò ove questa si connoti quale posizione dialettica rispetto all'altra di chi svolge l'attività diretta appunto ad informare» (V. Cuffaro, *op. cit.*, pp. 73-74).

processo comunicativo qual è disciplinato dalle norme positive, l'affermare realizzato tale interesse esclusivamente con la garanzia del momento di libertà di manifestazione del pensiero, pecc[a] di imprecisione nella misura in cui l'assunto riporta alla esclusiva prospettiva del soggetto emittente, di colui cioè che intraprende l'attività di informazione; dimenticando di considerare che è proprio rispetto al modo di svolgimento della suddetta attività che occorre misurare la concreta possibilità di realizzazione dell'interesse considerato»[4].

Nessuna valenza può avere, nell'efficace ricostruzione di Vincenzo Cuffaro, neanche la posizione dottrinale di chi ha inteso demolire la situazione giuridica soggettiva attiva del destinatario dell'informazione sulla base dell'assunto che risulterebbero non determinabili i contenuti o che risulterebbe complessa l'individuazione della situazione giuridica contrapposta[5]. Infatti, rileva acutamente l'illustre A., si tratta sì di «difficoltà senz'altro presenti», ma che «muovono tutte dall'identica prospettiva che assegna all'analisi giuridica il ruolo della ricerca e classificazione degli interessi tutelati in luogo di quello, non meno essenziale, della individuazione dei bisogni reali cui invece occorre apprestare tutela»[6].

È proprio l'indagine su tale interesse, percorsa brillantemente da Vincenzo Cuffaro, a portare un mutamento di prospettiva, le cui chiavi interpretative tracciano una necessaria distanza dall'esclusivo riferimento al concetto di libertà negativa: «affermare che, nella specie, tale interesse può tuttalpiù giustificare un "diritto verso lo Stato e che non impedisca la libertà economica", significa infatti assegnare ai *mass-media* quel ruolo di portavoce dell'opinione pubblica che, se non può certo essere negato quando si abbia consapevolezza della matrice storica che ne ha determinato il prodursi, tuttavia, e proprio sulla base del mutato contesto sociale nel quale ora i *mass-media* operano, non va neppure enfatizzato al punto da lasciare in ombra il profilo di verifica circa la rilevanza di un interesse differentemente ed autonomamente caratterizzato in capo al destinatario del processo informativo»[7].

Le tesi che enfatizzano il concetto di libertà (negativa) per ricercare le soluzioni in ordine alla tutela dell'interesse tutelato conducono dunque

[4] Così, ancora, V. Cuffaro, *op. cit.*, pp. 74-75, che muove rilievi analoghi anche nei confronti delle posizioni dottrinali volte a ritenere l'interesse del destinatario dell'informazione giuridicamente caratterizzato quale libertà negativa.

[5] In questo senso, ancora, V. Cuffaro, *op. cit.*, pp. 75-76, ove si riferisce ai rilievi critici di Crisafulli, Marchio, Cattaneo e Rossi Carleo, ivi richiamati nelle note da n. 12 a n. 15, a cui si rimanda.

[6] V. Cuffaro, *op. cit.*, p. 76.

[7] V. Cuffaro, *op. cit.*, p. 75.

ad un inquadramento non appagante e l'affondo di Cuffaro ne illustra compiutamente l'inadeguatezza: tali tesi, «infatti, privilegiando il momento di libertà, alludono ad una tutela che è innanzitutto tutela nei confronti dello Stato, il che, come s'è già avuto modo di sottolineare, attiene sì ad un profilo denotativo della fattispecie ma non certo all'unico che venga ad emergere nel momento in cui, allontanati gli spettri dei regimi totalitari, il problema della tutela del singolo si pone altresì rispetto alle altre autorità (private) presenti nel sistema»[8]. Né il problema pare possa essere risolto accontentandoci del riferimento al principio del pluralismo informativo (perché omette di considerare direttamente la posizione del destinatario dell'informazione) o alla tutela dell'interesse diffuso, che si andrebbe a realizzare in capo ad una pluralità di soggetti, fruitori dell'informazione: il pubblico. Si tratterebbe anche qui, osserva Cuffaro, di una lettura «riduttiva, fondata sul presupposto non dimostrato che la titolarità dell'analogo interesse in capo ad una pluralità di soggetti contraddica di per sé la possibilità di tutela» per il singolo destinatario dell'informazione[9].

Sono osservazioni acute, che mettono a nudo l'esigenza di ricostruire il discorso sulla tutela e sui rimedi accordati al destinatario dell'informazione attraverso l'individuazione dell'interesse, protetto in ambito civilistico, di cui è portatore il soggetto che si trova a valle del processo comunicativo, individuato "come tale" (*ex se*) e non quale soggetto che, alla ricerca delle fonti d'informazione disponibili, vada poi a collocarsi come nuovo soggetto trasmittente, proteso alla raccolta del materiale su cui informare[10].

Tale inquadramento è prezioso anche nel contesto attuale, per quel particolare tipo di "informazione" costituita da dati di carattere personale[11], gestiti da "autorità private" (i titolari del trattamento) con strumenti anche molto sofisticati (*new media*)[12]. Il fenomeno circolatorio relativo a

[8] V. Cuffaro, *op. cit.*, p. 76, ove richiama il prezioso contributo di C. M. Bianca, *Le autorità private*, Napoli, 1977, del quale però critica lo scetticismo sui rimedi privatistici di fronte al fenomeno di sostanziale "monopolizzazione dei grandi mezzi di informazione", la cui "appropriazione" in via "esclusiva" finisce per pregiudicare la "libertà d'opinione", anche sotto il profilo della difficoltà di vagliarne criticamente i contenuti informativi.

[9] Si veda, ancora, V. Cuffaro, *op. cit.*, pp. 76-77.

[10] Per tali aspetti ci si confronti con le ulteriori riflessioni di V. Cuffaro, *op. cit.*, pp. 77-78.

[11] Che il dato personale sia un'informazione è chiarito anche a livello definitorio dalla normativa di settore. La definizione a cui si fa riferimento è quella di cui all'art. 4, par. 1, n. 1, GDPR, ai sensi del quale per «*dato personale*» si intende proprio «qualsiasi *informazione* riguardante una persona fisica identificata o identificabile ("interessato")».

[12] Sul crescente potere delle "autorità private" nell'attuale società dell'informazione si veda S. Rodotà, *Il mondo nella rete. Quali i diritti, quali i vincoli*, Roma-Bari, *passim* ed, ivi, spec. p. 38 ss., p. 59 s., p. 70 ss., nonché F. Bravo, Ubi societas ibi ius *e fonti del diritto*

informazioni di carattere personale, per le dimensioni e le caratteristiche che ha assunto, ha richiesto nuove forme di tutela per bilanciare i diversi interessi coinvolti: quello alla circolazione dei dati veicolanti le informazioni di carattere personale e quello alla protezione degli interessati, a cui tali informazioni si riferiscono[13].

Aderendo alla predetta impostazione di Vincenzo Cuffaro, vorrei qui ripercorrere la figura del «destinatario dell'informazione» in tale nuovo contesto, che rappresenta un aspetto dell'attuale diritto all'informazione. L'ambito dell'ordinamento su cui intendo collocare le riflessioni consegnate al presente scritto è, dunque, quello relativo al trattamento dei dati personali, su cui l'A. non ha certo smesso di muovere la propria indagine[14]. Si tratta di un ambito che è attraversato da una vivace produzione normativa, ancora non definitivamente assestata, per via delle nuove strategie che la Commissione europea ha delineato in tema di *European Data Governance*, al punto da tracciare il percorso per l'ulteriore evoluzione della disciplina

nell'età della globalizzazione, in *Contratto e impresa*, 2016, 6, pp. 1344-1390.

[13] Cfr. le insuperate riflessioni di G. Alpa, *La normativa sui dati personali. Modelli di lettura e problemi esegetici*, in *Dir. inf.*, 1997, 4-5, p. 703 ss.; nonché, più recentemente, N. Zorzi Galgano, *Le due anime del GDPR e la tutela del diritto alla* privacy, in N. Zorzi Galgano (a cura di), *Persona e mercato dei dati. Riflessioni sul GDPR*, Milano, 2019, pp. 35 ss.; V. Ricciuto, *I dati personali come oggetto di operazione economica. la lettura del fenomeno nella prospettiva del contratto e del mercato*, in N. Zorzi Galgano (a cura di), *Persona e mercato dei dati. Riflessioni sul GDPR*, cit., pp. 95 ss.; V. Cuffaro, *Il diritto europeo sul trattamento dei dati personali e la sua applicazione in Italia: elementi per un bilancio ventennale*, in Cuffaro-R. D'Orazio-V Ricciuto (a cura di), *I dati personali nel diritto europeo*, Torino, 2019, pp. 3 ss.; V. Ricciuto, *La patrimonializzazione dei dati personali. Contratto e mercato nella ricostruzione del fenomeno*, in V. Cuffaro-R. D'Orazio-V Ricciuto (a cura di), *I dati personali nel diritto europeo*, cit., pp. 23 ss.; V. Ricciuto, *Il contratto ed i nuovi fenomeni patrimoniali: il caso della circolazione dei dati personali*, in *Riv. dir. civ*. 2020, 3, pp. 642 ss.; V. Ricciuto, *Circolazione e scambio dei dati personali. Il problema della regolazione del nuovo fenomeno patrimoniale*, in *Rivista di diritto dell'impresa*, 2021.

[14] In tale materia tutti ricordiamo, di Vincenzo Cuffaro, le numerose opere, tra le quali: V. Cuffaro, V. Ricciuto (a cura di), *La disciplina del trattamento dei dati personali*, Torino, 1997; V. Cuffaro, V. Ricciuto, V. Zeno Zencovich (a cura di), *Trattamento dei dati e tutela della persona*, Milano, 1999; V. Cuffaro, R. D'Orazio, V. Ricciuto (a cura di), *I dati personali nel diritto europeo*, Torino, 2019; nonché V. Cuffaro, *Una decisione assennata sul diritto all'oblio* (nota a sent. Cass. civ. sez. un. 22 luglio 2019 n. 19681), in *Corriere giuridico*, 2019, 10, pp. 1195 ss.; V. Cuffaro, R. D'Orazio, *La protezione dei dati personali ai tempi dell'epidemia*, in *Corriere giuridico*, 2020, 6, pp. 729 ss.; V. Cuffaro, *Il diritto europeo sul trattamento dei dati personali*, in *Contratto e impresa*, 2018, 3, pp. 1098 ss.; V. Cuffaro, *Quel che resta di un codice: il D.Lgs. 10 agosto 2018, n. 101 detta le disposizioni di adeguamento del codice della privacy al regolamento sulla protezione dei dati. Commento a d.lg. 10 agosto 2018, n. 101*, in *Corriere giuridico*, 2018, 10, pp. 1181 ss.

in materia di dati personali a soli pochi anni dall'emanazione del *General Data Protection Regulation* (GDPR), entrato in vigore nel 2016 e divenuto applicabile dal 25 maggio del 2018. Si è affacciato all'orizzonte, ora, il *Data Governance Act*, (Reg. UE 2022/868 del 30 maggio 2022, relativo alla *governance* europea dei dati), che, insieme al menzionato GDPR, è destinato a disciplinare i nuovi assetti del diritto dell'informazione di carattere personale in UE[15]. È alla luce di tali testi normativi che ci si propone di collocare la presente indagine.

2. *«Destinatario dell'informazione» tra GDPR e* Data Governance Act

2.1. *Circolazione, «comunicazione» e «diffusione» dei dati personali*

Una prima questione che si pone, nel sentiero che si sta percorrendo sulle orme delle riflessioni di Vincenzo Cuffaro, è quello di individuare chi sia il «destinatario dell'informazione» nell'impianto normativo del GDPR, attuale approdo della disciplina sulla protezione dei dati personali, che ha le proprie fonti articolate su livelli diversi[16].

[15] L'emanazione del Reg. UE 2022/868 (*Data Governance Act*) è stata preceduta dalla proposta di regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio relativo alla *governance* europea dei dati (Atto sulla *governance* dei dati – *Data Governance Act*), del 25 novembre 2020 [COM(2020)767 final]. Il testo della proposta è stato poi modificato a seguito di due "*trialogue*" avutisi in data 20 ottobre e 30 novembre 2021 con la partecipazione del Consiglio dell'Unione europea e con il Parlamento Europeo. Il testo che ne è scaturito, prima dell'approvazione finale avvenuta con lievi modifiche, era stato allegato al documento del Consiglio dell'Unione europea avente ad oggetto l'«*Analysis of the final compromise text in view to agreement*» relativo alla «*Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council on European data governance (Data Governance Act)*», datato 20 dicembre 2021, n. 14606/21. Il *Data Governance Act* è stato poi emanato in versione definitiva il 30 maggio 2022 e pubblicato in G.U.U.E. il 3 giugno 2022 (Reg. UE 868/2022). Entrato in vigore il ventesimo giorno successivo alla pubblicazione in Gazzetta Ufficiale, sarà applicabile a partire dal 24 settembre 2023. Il 23 febbraio 2022 la Commissione europea ha avanzato una nuova rilevante proposta di regolamento «*on harmonised rules on fair access to and use of data* (*Data Act*)» [COM(2022) 68 final], destinata a modificare ulteriormente la materia, nella direzione segnata dalla Comunicazione del 19 febbraio 2020 intitolata «*A European Strategy for Data*» [COM(2020)66 final].

[16] Si pensi all'art. 8 della CEDU ed alla Convenzione di Strasburgo n. 108 del 1981, del Consiglio d'Europa, integrata dal Protocollo addizionale del 2018 (c.d. Convenzione 108+). Si pensi all'art. 8 della Carta dei diritti fondamentali dell'UE e al citato Reg. (UE) 679/2016 (GDPR), che ha abrogato e sostituito l'originaria direttiva 95/46/CE. Si pensi

Il *dato personale*, come chiarito dalla definizione contenuta all'art. 4, par. 1, n. 1, GDPR, è esso stesso un'*informazione* relativa ad una persona fisica identificata o identificabile. Non c'è contraddizione: "dato" e "informazione" non sono sinonimi, giacché il primo è l'unità elementare ed indefettibile dell'informazione e, isolatamente considerato, nessun dato, di per sé, può costituire un'informazione. Affinché si abbia quest'ultima occorre che vi sia una correlazione tra due o più dati. È il collegamento tra almeno due dati che porta ad avere un'informazione. Quando uno di questi dati è riferibile ad una persona fisica, abbiamo un dato personale, che è esso stesso informazione, in quanto pone in relazione due elementi: la persona fisica, indentificata o identificabile, e ciò che le corrisponde, quale ulteriore dato che ad essa è associato.

Chiarito ciò, nell'indagare la figura del *destinatario* dell'informazione di carattere personale dobbiamo porci di fronte alle fattispecie in cui vi sia un fenomeno *circolatorio* riferibile ai dati personali: un flusso di dati personali (e dunque di informazioni soggettivamente connotate o connotabili) che trascenda la mera operazione di raccolta e venga veicolata ad altro soggetto, appunto il *destinatario* della vicenda circolatoria.

Del resto, l'art. 13 e l'art. 14 del GDPR impongono al titolare del trattamento stringenti obblighi informativi in favore dell'interessato, tra i quali v'è quello di chiarire quali siano «gli eventuali *destinatari* o le eventuali *categorie di destinatari* dei dati personali»[17]. Nello stesso senso si indirizza anche l'art. 15 GDPR, in tema di diritto di accesso, ai sensi del cui par. 1, lett. *c)*, viene chiarito che l'interessato ha il diritto di ottenere dal titolare del trattamento l'informazione relativa a «i *destinatari* o le *categorie di destinatari* a cui i dati personali sono stati o saranno *comunicati*, in particolare se *destinatari* di paesi terzi o organismi internazionali».

Si tratta in tutta evidenza di vicende circolatorie che hanno ad oggetto dati personali, attivate dal titolare del trattamento che ha provveduto all'originaria raccolta dei dati personali e che provvede a comunicarli ad altro soggetto, eventualmente (ma non necessariamente) in un contesto internazionale.

ancora, in Italia, al Codice in materia di protezione dei dati personali (d.lgs. 196/2003), modificato dal d.lgs. 101/2018 per il necessario coordinamento con il GDPR (com'è noto, nel Codice in materia di protezione dei dati personali erano confluiti diversi provvedimenti normativi resi in tale settore, inclusa la l. n. 675/1996, di attuazione della direttiva 95/46/CE), oltre che da ulteriori più recenti interventi legislativi. Si pensi, ancora, ai provvedimenti normativi, di valenza generale, emanati dall'Autorità di controllo (Garante per la protezione dei dati personali).

[17] Cfr. art. 13, par. 1, lett. *e)*, e art. 14, par. 1, lett. *e)*, GDPR.

Le vicende circolatorie relative ai dati personali possono atteggiarsi anche con modalità diverse dalla comunicazione: pure in tale settore dell'ordinamento torna la distinzione tra *comunicazione* e *diffusione*, le cui definizioni si riscontrano all'interno dell'art. 2-*ter*, co. 4, del Codice in materia di protezione dei dati personali, così come riformato dal d.lgs. 101/2018[18].

Si tratta di definizioni che denotano un processo di circolazione dell'informazione personale a soggetti determinati o indeterminati, in modo tale che a costoro ne sia data conoscenza in qualsiasi forma, anche mediante la messa a disposizione, la consultazione o l'interconnessione[19].

2.2. «*Destinatario dell'informazione*» e «*interessato*»

Da quanto s'è poc'anzi precisato, ad una prima analisi sembrerebbe da escludere che, tra i destinatari dell'informazione, possa farsi riferimento diretto all'interessato: non è egli destinatario diretto dell'informazione, ma – in questo scenario di indagine – è il soggetto a cui si riferiscono i dati personali costituenti l'informazione comunicata ad altri. L'interessato ha, com'è noto, un diritto al controllo sui dati personali a sé riferibili, che si esplica in una costellazione di "diritti dell'interessato", tra i quali sono annoverabili: il diritto ad ottenere informazioni complete sulle caratteristiche soggettive ed oggettive del trattamento (*ex* artt. 13 e 14 GDPR), il diritto di accesso ai dati e il diritto di ottenere copia dei dati (*ex* art. 15 GDPR), il diritto di rettifica (*ex* art. 16 GDPR) e di cancellazione (*ex* art. 17 GDPR), nonché, ancora, il diritto alla limitazione del trattamento (*ex* art. 18 GDPR), il diritto alla portabilità dei dati (*ex* art. 20 GDPR), il diritto di opposizione (*ex* art. 21 GDPR), nonché il diritto ad una specifica protezione nei processi decisionali automatizzati, compresa la profilazione (*ex* art. 22 GDPR). In definitiva, più precisamente, all'interessato è riconosciuto un più ampio

[18] L'articolo citato, rubricato «*Base giuridica per il trattamento di dati personali effettuato per l'esecuzione di un compito di interesse pubblico o connesso all'esercizio di pubblici poteri*», definisce la «*comunicazione*» come «il *dare conoscenza dei dati personali ad uno più soggetti determinati* diversi dall'interessato, dal rappresentante del titolare nel territorio dell'Unione europea, dal responsabile o dal suo rappresentante nel territorio dell'Unione europea, dalle persone autorizzate ai sensi dell'articolo 2-*quaterdecies*, al trattamento dei dati personali sotto l'autorità diretta del titolare o del responsabile, in *qualunque forma, anche mediante la loro messa a disposizione, consultazione o mediante interconnessione*». La «*diffusione*» viene invece definitiva, ivi, come «il *dare conoscenza* dei dati personali a *soggetti indeterminati*, in *qualunque forma*, *anche mediante la loro messa a disposizione o consultazione*».

[19] Cfr. nota precedente.

«diritto alla protezione dei dati personali» inteso quale diritto fondamentale della persona[20], da bilanciare con altri diritti, incluso quello a trattare dati personali di cui è portatore il titolare del trattamento[21].

Nel flusso di generazione dei dati di carattere personale, l'interessato generalmente non si colloca a valle del processo di produzione, ma *a monte*, dato che il titolare del trattamento li "raccoglie", dall'interessato o dati terzi, che li abbiano a propria volta raccolti dall'interessato. Quest'ultimo, anche nell'ipotesi in cui si relazioni al trattamento mediante accesso ai propri dati personali, non è da considerarsi, generalmente, il *diretto* "destinatario dell'informazione", nel senso che si è sopra specificato, ma la persona fisica a cui si riferiscono le informazioni veicolate ad altro soggetto. Può tuttavia verificarsi che il fenomeno "circolatorio" dei dati personali sia connotato da vera e propria "*circolarità*", ossia che nasca a monte con una accolta di dati personali provenienti dall'interessato, poi veicolatigli anche valle, dopo essere stati oggetto di elaborazione. Si pensi, ad esempio, ad esami di laboratorio in cui vengono restituiti i risultati delle analisi su campioni biologici forniti dallo stesse interessato, al trattamento dei dati relativi a test anti-covid e allo stato delle vaccinazioni per i "*green pass*" da esibire con QR-CODE e, analogamente, ai dati di carattere sanitario accessibili al paziente mediante fascicolo sanitario elettronico o in altre modalità.

In tali casi appare come "destinatario" anche lo stesso interessato, a cui i dati medesimi siano riferibili e questi ha, ovviamente, le situazioni giuridiche soggettive attive ben scolpite nel diritto fondamentale alla protezione dei dati personali e nei c.d. diritti dell'interessato, sopra richiamati, con i quali può esercitare appieno un controllo sul trattamento e, in altre parole, l'autodeterminazione informativa.

Non mi pare sia però questo il concetto tecnico di "destinatario" indicato dall'art. 4, par. 1, punto 9, del GDPR, che invece lascia intendere l'altruità soggettiva rispetto alla persona, identificata o identificabile, a cui i dati medesimi si riferiscono. L'indagine deve dunque essere percorsa in altre direzioni.

[20] Cfr. S. Rodotà, *Tra diritti fondamentali ed elasticità della normativa: il nuovo codice della privacy*, in *Europa e diritto privato*, 2004, 1, pp. 1-10; G. Finocchiaro, *Riflessioni sul poliedrico Regolamento europeo sulla "privacy"*, in *Quaderni costituzionali*, 2018, 4, pp. 895 ss.; G. Alpa-G. Resta, *Le persone e la famiglia, vol.1. – Le persone fisiche e i diritti della personalità*, Torino, 2019, pp. 356 ss.

[21] Cfr. F. Bravo, *Sul bilanciamento proporzionale dei diritti e delle libertà "fondamentali", tra mercato e persona: nuovi assetti nell'ordinamento europeo?*, in *Contratto e impresa*, 2018, 1, pp. 190, nonché F. Bravo, *Il "diritto" a trattare dati personali nello svolgimento dell'attività economica*, Milano, 2018.

2.3. *«Destinatario dell'informazione», «titolare del trattamento», «responsabile del trattamento» e altri soggetti appartenenti all'organizzazione del titolare o del responsabile del trattamento*

Il destinatario dell'informazione non potrebbe essere tecnicamente ravvisato nel titolare del trattamento che raccoglie le informazioni di carattere personale, né in un soggetto che fa parte dell'organizzazione di quest'ultimo e che provveda a raccoglierle e a farle circolare, né andrebbe ravvisata tale figura soggettiva – ai fini del nostro discorso – nel responsabile del trattamento o in altro soggetto che faccia parte della sua organizzazione[22]. La rilevanza di tali figure, peraltro, è espressamente esclusa anche dalla già richiamata definizione di «*comunicazione*» contenuta nell'art. 2-*ter*, co. 4, del Codice in materia di protezione dei dati personali e, a ben vedere, risponde alle logiche della disciplina che governa tale materia: la vicenda circolatoria rilevante, ai fini della tutela dell'interessato, non è quella endo-organizzativa, nella sua articolata diramazione (considerando cioè tutti i soggetti che, a vario titolo, contribuiscono a realizzare il trattamento dei dati personali e a perseguire le finalità che tramite esso vogliono essere legittimamente perseguite), ma quella esterna all'organizzazione, ancorché complessa, deputata al trattamento. Sicché la circolazione tra soggetti che a vario titolo compongono l'organizzazione del titolare del trattamento (es.: tra un dipendente e l'altro o tra una funzione aziendale ed un'altra) o quelle che intercorrono tra soggetti diversi impegnati nel medesimo trattamento (es.: il flusso di dati tra titolare del trattamento e un fornitore di cui si avvale, designato responsabile esterno del trattamento dei dati) non configura una *comunicazione*, in senso tecnico.

[22] Vero è che nelle Linee guida dell'EDPB n. 7/2020 sui concetti di titolare del trattamento e di responsabile del trattamento ai sensi del GDPR, vers. 2.0, adottate il 7 luglio 2021, p. 33, par. 92, si individua una accezione estesa di destinatario, volta a ricomprendere anche il *responsabile* del trattamento: «La definizione si applica a chiunque riceva dati personali, che si tratti o meno di terzi. Ad esempio, quando un titolare del trattamento invia dati personali a un altro soggetto, a un responsabile del trattamento o a terzi, tale soggetto è un destinatario. Un terzo destinatario è considerato titolare di qualsivoglia trattamento che effettua per le proprie finalità dopo aver ricevuto i dati». Si tratta però di precisazione che, essendo destinata a vicende circolatorie interne all'organizzazione del trattamento dei dati personali, rileva non già ai fini dell'individuazione di situazioni giuridiche soggettive attive da parte del destinatario dei dati, bensì ai fini della individuazione di obblighi posti a protezione dei diritti e delle libertà degli interessati. La figura del «destinatario-responsabile» esula pertanto dal perimetro della presente indagine, risultando connotata da una certa irrilevanza ai fini del discorso che si sta conducendo.

2.4. *«Destinatario dell'informazione» e «destinatario» dei dati personali* ex *art. 4, par. 1, n. 9, del GDPR*

Una specifica definizione utile al nostro discorso si ha, invero, all'art. 4, par. 1, n. 9, del GDPR, ove si chiarisce che per «*destinatario*» deve intendersi, ai sensi della disciplina in materia di protezione dei dati personali, «la persona fisica o giuridica, l'autorità pubblica, il servizio o un altro organismo *che riceve comunicazione di dati personali*, che si tratti o meno di terzi (…)»[23].

Si tratta dunque, essenzialmente, del destinatario di un'attività comunicativa di dati personali, estraneo all'organizzazione (interna o esterna) del titolare del trattamento (e dunque anche del responsabile del trattamento), il quale entra in rilievo per la circostanza fattuale dell'essergli stata "data conoscenza" dell'informazione di carattere personale veicolata nella vicenda circolatoria.

Che si sia in presenza di «comunicazione» o di «diffusione» di dati personali (richiamate entrambe dall'art. 2-*ter*, co. 4, del Codice, cit.), la prospettiva – in questa porzione di discorso – non cambia: siamo di fronte pur sempre a vicende circolatorie aventi ad oggetto un'informazione soggettivamente connotata, in quanto avente ad oggetto dati personali, che raggiunge un «destinatario» inteso quale soggetto – determinato o indeterminato – che entra in relazione fattuale con il dato, di cui viene data conoscenza in qualsiasi forma, inclusa la messa a disposizione o la consultazione.

[23] La citata definizione di «*destinatario*», contenuta nell'art. 4, par. 1, n. 9, GDPR prosegue con l'ulteriore precisazione che « (…) Tuttavia, le autorità pubbliche che possono ricevere comunicazione di dati personali nell'ambito di una specifica indagine conformemente al diritto dell'Unione o degli Stati membri non sono considerate destinatari; il trattamento di tali dati da parte di dette autorità pubbliche è conforme alle norme applicabili in materia di protezione dei dati secondo le finalità del trattamento». La disposizione viene ripresa, a livello interpretativo, anche dal *considerando* n. 31, nel quale viene chiarito che «Le autorità pubbliche a cui i dati personali non sono comunicati conformemente a un obbligo legale ai fini dell'esercizio della loro missione istituzionale, quali autorità fiscali e doganali, unità di indagine finanziaria, autorità amministrative indipendenti o autorità dei mercati finanziari, responsabili della regolamentazione e della vigilanza dei mercati dei valori mobiliari, *non* dovrebbero essere considerate *destinatari* qualora ricevano dati personali che sono necessari per svolgere una specifica indagine nell'interesse generale, conformemente al diritto dell'Unione o degli Stati membri. Le richieste di comunicazione inviate dalle autorità pubbliche dovrebbero sempre essere scritte, motivate e occasionali e non dovrebbero riguardare un intero archivio o condurre all'interconnessione di archivi. Il trattamento di tali dati personali da parte delle autorità pubbliche dovrebbe essere conforme alle norme in materia di protezione dei dati applicabili secondo le finalità del trattamento».

Così intesa, la definizione di «destinatario» di dati personali, oggetto di vicenda circolatoria, non appare ancora decisiva ai fini dell'individuazione di situazioni giuridiche soggettive attive rilevanti in materia di protezione dei dati personali. La definizione di «destinatario», per la verità, è mal coltivata dal legislatore europeo, che – al di là della preoccupazione di escludere la sua estensione alle autorità pubbliche destinatarie di comunicazioni di dati personali nell'ambito di una specifica indagine – non si cura di inserirla in un contesto regolamentare compiuto, nonostante la sua enunciazione nell'art. 4 GDPR, lasciando all'interprete il compito di ripercorrerne la portata.

Ai fini del discorso che si sta conducendo, per via della specificità della disciplina di settore qui considerata, appare infruttuoso riferirsi ad una categoria unitaria di «destinatario» di dati personali, ancorché oggetto di considerazione nella specifica definizione consegnataci dal legislatore europeo, giacché, all'interno di essa, occorre distinguere profili ed aspetti tra loro diversi[24].

2.5. *(*Segue*): Il titolare del trattamento «destinatario» di dati comunicati da altro titolare del trattamento ai sensi del GDPR e riflessioni sulla nuova figura del «titolare dei dati» contenuta nel testo originario della proposta di regolamento sulla* European Data Governance (c.d. Data Governance Act)

V'è in primo luogo il «destinatario» di dati personali che li "riceve" e li utilizza per effettuare un distinto trattamento rispetto a quello effettuato da colui che trasmette l'informazione personale. In questo scenario abbiamo, nelle maglie interpretative del GDPR, una "comunicazione" di dati personali

[24] Nelle Linee guida dell'EDBP n. 7/2020, vers. 2.0, cit., p. 31, par. 85, si chiarisce che le figure del destinatario di dati personali e del terzo sono di tipo "*relazionale*": «(…) A differenza di quanto avviene per il titolare e il responsabile del trattamento, il regolamento non stabilisce obblighi o responsabilità specifici per i destinatari e i terzi. Si tratta di concetti *relazionali*, nel senso che rimandano a una relazione con un titolare o con un responsabile del trattamento da una prospettiva specifica; ad esempio, il titolare del trattamento o il responsabile del trattamento comunica i dati a un destinatario. Un destinatario di dati personali e un terzo possono essere considerati al contempo titolari o responsabili del trattamento da altri punti di vista. Ad esempio, soggetti da considerarsi destinatari o terzi sotto un determinato punto di vista, sono per altri versi titolari di un trattamento del quale determinano la finalità e i mezzi». La qualificazione di "destinatario", in sé, non è dunque sufficiente a ricostruire un corretto inquadramento giuridico, occorrendo affiancare l'analisi di ulteriori qualificazioni soggettive, in relazione a diversi contesti di riferimento.

da un titolare del trattamento ("A") ad un altro titolare del trattamento ("B"), con una vicenda circolatoria che consente a quest'ultimo di avere una disponibilità fattuale di dati personali[25], suscettibile di essere inquadrata nell'ambito di un "diritto" al trattamento[26], in presenza di determinati presupposti: ad esempio, occorre innanzitutto che la comunicazione (o la diffusione) posta in essere dal titolare del trattamento "A" sia lecita e dunque assistita da una condizione di liceità e conforme ai principi del trattamento indicati all'art. 5 GDPR, incluso il principio di finalità, di minimizzazione, di limitazione (oltre che alle ulteriori disposizioni vigenti in materia di trattamento dei dati personali); occorre poi verificare se anche il titolare del trattamento "B" – che, nella vicenda circolatoria, entrerà nella disponibilità dei dati – abbia, sin dalla raccolta dei dati, anch'egli soddisfatto una condizione di liceità per il proprio trattamento e se si sia conformato ai predetti principi del trattamento (oltre che alle ulteriori disposizioni vigenti in materia). Poiché le condizioni di liceità vengono ad essere inquadrate come meccanismi per assicurare il corretto bilanciamento degli interessi rilevanti, individuabili in capo ai protagonisti della fattispecie di trattamento, ed operano essenzialmente – come nel caso del consenso dell'interessato – prevedendo e rimuovendo ostacoli all'esercizio del "diritto" di effettuare operazioni sui dati per finalità legittime, individuabile *ab origine* in capo al titolare del trattamento, può senz'altro essere riconosciuto a quest'ultimo, quale destinatario dell'informazione personale nella vicenda circolatoria, una situazione giuridica soggettiva attiva, collocabile nell'ambito di libertà costituzionalmente garantite nel sistema di protezione multilivello, riconducibili (anche) al principio di autonomia privata[27]. L'esigenza di

[25] Nel riferirci alla situazione del titolare del trattamento «destinatario» della comunicazione dei dati personali trasmessigli da altro titolare, non si esce dal perimetro di ricerca delineato da Vincenzo Cuffaro sulla posizione del destinatario dell'informazione: l'A. aveva escluso dal perimetro della propria indagine chi riceve o ricerca le informazioni per effettuare a propria volta un'ulteriore trasmissione, ponendosi un problema in ordine al reperimento delle fonti di informazioni tra soggetti autori del flusso informativo volto ad altri destinatari; nel riferirci tuttavia al titolare del trattamento destinatario della "comunicazione" dell'informazione di carattere personale, i problemi sono evidentemente altri, dato che quest'ultimo non è necessariamente un soggetto che si procura dati per una successiva loro comunicazione ad altri destinatari. Il destinatario di dati personali, come spesso avviene, è interessato ad utilizzarli per il raggiungimento delle proprie finalità, nell'ambito delle quali la comunicazione ad ulteriori soggetti è attività di trattamento meramente eventuale, non intrinsecamente necessaria.

[26] F. Bravo, *Il "diritto" a trattare dati personali per lo svolgimento dell'attività economica*, cit., *passim*.

[27] *Ibidem*., p. 57 ss.

protezione dell'interessato, a cui i dati personali si riferiscono, impone ovviamente di considerare l'esistenza, accanto alle situazioni giuridiche attive, anche di quelle passive: com'è ben noto, la disciplina di settore individua stringenti obblighi di protezione a carico del titolare del trattamento, in favore dell'interessato, ma l'esistenza di tali obblighi, in funzione di tutela dei diritti fondamentali di quest'ultimo, non deve portare a negare l'individuazione di concorrenti situazioni giuridiche soggettive attive in capo al titolare del trattamento, segnate dalla logica delle circolazione dei dati a cui sono improntate da tempo le strategie del legislatore europeo[28].

Non è sufficiente, ovviamente, la presenza di accordi tra titolari del trattamento interessati dalla circolazione dei dati per considerare lecito il trattamento da parte del titolare «destinatario». La complessità della disciplina riflette la complessità degli interessi in gioco, che vanno contemperati al punto da impedire di considerare l'*asset* informativo di carattere personale alla stregua di "merce", che possa essere liberamente oggetto di atti dispositivi tra un titolare del trattamento ed un altro: la qualificazione del dato (personale) quale "attributo" della persona (a cui il dato si riferisce)[29], impone di considerare che le vicende circolatorie relative ad informazioni personali siano, sì, assoggettate ad un regime giuridico che si presenta con talune rigidità, volte a garantire i diritti e le libertà fondamentali dell'interessato, ma non esclude affatto né l'individuazione di situazioni giuridiche soggettive in capo al titolare del trattamento[30] (anche qualora questi sia «destinatario» dei dati personali originariamente raccolti da altro titolare del trattamento, che provveda alla loro comunicazione), né la possibilità che vengano instaurati rapporti giuridici (tra "titolare del trattamento" e "interessato" oppure tra "titolari del trattamento") volti a

[28] Sia la direttiva 95/46/CE, sia il Reg. (UE) 679/2016, colgono entrambi gli aspetti, quello della protezione dei dati personali e quello della libera circolazione, e ciò risulta ben evidente anche dal titolo dei provvedimenti normativi. La strategia europea volta a riconoscere l'importanza della circolazione dei dati (personali e non personali) nell'UE è stata più recentemente ribadita dalla Commissione europea anche con la Comunicazione al Parlamento europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato delle regioni, dedicata ad «Una strategia europea per i dati» (COM/2020/66 final) a cui ha fatto seguito l'emanazione della già cit. proposta di Regolamento sulla *European Data Governance* (c.d. *Data Governance Act*), ove si accentua una più netta individuazione di situazioni giuridiche soggettive, rilevanti anche per il «destinatario» dei dati personali.

[29] Per un'ampia ed efficace trattazione, non limitata al trattamento dei dati personali, si rimanda a G. Resta, *Autonomia privata e diritti della personalità*, Napoli, 2005.

[30] F. Bravo, *Il "diritto" a trattare dati personali nello svolgimento dell'attività economica*, cit., *passim*.

trarre utilità economica dai dati personali[31].

Del resto è insito nella definizione di titolare del trattamento il potere (ed il diritto) di trattare dati personali: questi è ravvisato, infatti, nel soggetto che «determina» (ovvero ha il potere ed il diritto di determinare) «le finalità e i mezzi del trattamento di dati personali» (art. 4, n. 7, GDPR). Quando poi si afferma, anche nella Carta dei diritti fondamentali dell'UE e nel Trattato, che l'interessato ha il diritto fondamentale alla protezione dei dati personali che siano stati fatti oggetto di trattamento, si sta al contempo ammettendo, quale elemento presupposto, che vi sia un trattamento di dati personali che un soggetto lecitamente pone in essere, sulla base di situazioni giuridiche soggettive attive che l'ordinamento non può non riconoscergli per il perseguimento di finalità legittime, nell'ambito di attività anche costituzionalmente protette[32].

Ciò non deve però condurre il ragionamento all'individuazione di diritti esclusivi, di tipo proprietario, sui dati personali, in capo al titolare del trattamento[33] e il riconoscimento del valore economico dei dati personali,

[31] Si veda, in tal senso, A. De Franceschi-M. Lehmann. *Data as Tradeable Commodity and New Measures for their Protection*, in *The Italian Law Journal*, 2015, 1, pp. 22; G. Alpa, *La "proprietà" dei dati personali*, in N. Zorzi Galgano (a cura di), *Persona e mercato dei dati. Riflessioni sul GDPR*, cit., pp. 11 ss.; G. Resta-V. Zeno Zencovich, *Volontà e consenso nella fruizione dei servizi in rete*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2018, 2, pp. 411-440; G. Resta, *I dati personali oggetto del contratto. Riflessioni sul coordinamento tra la Direttiva (UE) 2019/770 e il Regolamento (UE) 2016/679*, in A.M. Gambino-A. Stazi (a cura di), *La circolazione dei dati. Titolarità, strumenti negoziali, diritti e tutele*, Pisa, 2020, pp. 55 ss.); V. Ricciuto, *Il contratto ed i nuovi fenomeni patrimoniali: il caso della circolazione dei dati personali*, cit., pp. 642 ss.; V. Ricciuto, *Circolazione e scambio dei dati personali. Il problema della regolazione del nuovo fenomeno patrimoniale*, cit.; V. Ricciuto-C. Solinas, *Forniture di servizi digitali e «pagamento» con la prestazione dei dati personali. Un discusso profilo dell'economia digitale*, Milano, 2022. Si rimanda anche a F. Bravo, *Lo "scambio di dati personali" nella fornitura di servizi digitali ed il consenso dell'interessato tra autorizzazione e contratto*, in *Contratto e impresa*, 2019, 1, pp. 34-58; F. Bravo, *La «compravendita» di dati personali?*, in *Diritto di Internet*, 2020, 3, pp. 521-540; F. Bravo, *Il commercio elettronico di dati personali*, in T. Pasquino-A. Rizzo-M. Tescaro (a cura di), *Questioni attuali in tema di commercio elettronico*, Napoli, 2020, pp. 83-130.

[32] F. Bravo, *Il "diritto" a trattare dati personali nello svolgimento dell'attività economica*, cit., pp. 54 ss.

[33] Si veda, esplicitamente, G. Alpa, *La "proprietà" dei dati personali*, cit., pp. 3 ss.; nonché G. Resta, *I dati personali oggetto del contratto. Riflessioni sul coordinamento tra la Direttiva (UE) 2019/770 e il Regolamento (UE) 2016/679*, cit., pp. 55 ss. e, ivi, pp. 56 e 57, ove l'A. chiarisce, in relazione alle «tesi per cui dei dati personali possa predicarsi una vera a propria appartenenza di stampo proprietario», che «le obiezioni mosse nei confronti delle prospettazioni di stampo proprietario appaiono difficilmente superabili. E ciò perché il sistema europeo della tutela dei dati personali è costruito in funzione attuativa del precetto di protezione dei diritti

quali "beni" in senso economico, non porta certo all'automatica loro riconduzione nella categoria dei beni giuridici[34].

Mi sembra si possa affermare che il diritto a trattare dati personali, anche da parte del titolare «destinatario», rimanga un diritto non (necessariamente) derivato, ma ravvisabile originariamente in capo al titolare medesimo, in quanto espressione di diritti costituzionalmente garantiti[35]. A conforto di tale assunto soccorrono anche le riflessioni critiche dell'EDPB (*European Data Protection Board*) e dell'EDPS (*European Data Protection Supervisor*) al testo originario della Proposta di Regolamento in tema di *European Data Governance* (noto come «*Data Governance Act*»), esternate nella *Joint Opinion* n. 3/2021, a p. 11, a margine della definizione di «*titolare dei dati*», contenuta all'art. 4, punto 5, della citata proposta di regolamento, la quale si riferisce a «la persona giuridica o l'interessato che, conformemente al diritto dell'Unione o nazionale applicabile, ha il diritto di concedere accesso a determinati dati personali o non personali sotto il proprio controllo o di condividerli». L'EDPB e l'EDPS ne hanno chiesto una sostanziale modifica in quanto, «invece di affermare che una persona giuridica ha il diritto di concedere l'accesso a dati personali o di condividerli, sarebbe più appropriato indicare se, e a quali condizioni, un determinato trattamento di dati personali possa essere effettuato o meno»[36]. In altre parole, l'EDPB

fondamentali, e segnatamente del diritto iscritto nell'art. 8 della Carta UE. Il Regolamento UE n 2016/679 (…), in particolare, non è volto a riconoscere privative su beni immateriali, bensì a *tutelare le persone fisiche* "con riguardo al trattamento dei dati personali" (come recita il titolo dello stesso atto normativo); e, dunque, a bilanciare l'interesse al controllo sull'utilizzazione dei propri dati personali con l'opposto interesse all'accesso e alla circolazione delle informazioni. È, invece, assente dalla prospettiva di intervento del Legislatore, e più in generale del diritto europeo, l'idea di ascrivere diritti esclusivi aventi contenuto patrimoniale sui dati personali».

[34] Efficaci sul punto, ancora una volta, le parole di G. Resta, *I dati personali oggetto del contratto. Riflessioni sul coordinamento tra la Direttiva (UE) 2019/770 e il Regolamento (UE) 2016/679*, cit, p. 55 s., per il quale è sì indiscutibile che i dati personali abbiano assunto uno straordinario valore economico nella società attuale, grazie anche all'intero sistema dell'industria 4.0, tipicamente *data driven*, «Tuttavia, l'acquisizione di un valore economico, com'è noto, non è di per sé un presupposto condizionante rispetto alle scelte di valorizzazione giuridica dei beni. Stabilire se un'entità, che abbia acquisito sul piano socio-economico un apprezzabile valore di scambio, sia un bene tecnicamente appropriabile e poi, secondariamente, se sia suscettibile di costituire oggetto di contratti, aventi efficacia obbligatoria o reale, è scelta rimessa esclusivamente all'ordinamento giuridico (cfr. unicamente art. 810 cod. civ.)».

[35] F. Bravo, *Il "diritto" a trattare dati personali nello svolgimento dell'attività economica*, cit., pp. 57 ss. e pp. 143 ss.

[36] EDPB-EDPS, *Joint-Opinion* No. 3/2021 *on the Proposal for a regulation of the European Parliament and of the Council on European data governance (Data Governance Act)*, vers. 1.1, 9 giugno 2021, p. 11.

e l'EDPS hanno criticato la nuova categoria soggettiva di «titolare dei dati», rimarcando l'opportunità di fare invece riferimento a quella di «titolare del trattamento» prevista dal GDPR, con riferimento alla quale la legittimazione a trattare dati personali discende direttamente dall'esistenza di una base giuridica contemplata *ex lege* e non da autorizzazioni o licenze provenienti da altri titolari.

In base al GDPR, infatti, il titolare del trattamento non esercita il diritto a trattare dati personali dell'interessato in forza di una "licenza" attribuita dall'interessato e, di conseguenza, non ha alcuna facoltà di trasferire, ritrasferire o concedere ad altri situazioni giuridiche soggettive attive concernenti dati personali[37]. I dati possono sì circolare da un titolare del trattamento ad un altro, ma sia l'operazione di trasferimento (da parte del primo titolare del trattamento) sia quella di successiva acquisizione (da parte del secondo titolare del trattamento) apparterranno a distinti trattamenti di dati personali ed occorrerà che ciascuno dei due soggetti (trasmittente e ricevente) siano legittimati a porre in essere tali specifiche operazioni di trattamento in base ad una delle condizioni di liceità previste dall'art. 6, par. 1, o dall'art. 9, par. 2, del GDPR. Il secondo titolare del trattamento, dunque, non può giovarsi della mera autorizzazione, concessione o licenza al trattamento di dati personali eventualmente proveniente dal primo titolare.

Anche su tale aspetto si possono richiamare le osservazioni formulate nella *Joint Opinion* No. 3/2021, p. 14 s., ove l'EDB e l'EDPS – con riferimento al testo originario della proposta di regolamento in tema di *Europan Data Governance* – «osservano che la proposta [*Data Governance Act*, *n.d.a.*] fa riferimento a una "autorizzazione dei titolari dei dati" per l'utilizzo dei dati in diverse disposizioni (…)» e «rilevano a questo proposito che nella maggior parte dei casi non è chiaro se l'oggetto dell'autorizzazione sia il riutilizzo di dati personali o non personali, o di entrambi. (…) [O]sservano inoltre che nel caso del trattamento dei dati personali *l' "autorizzazione" indicata nella proposta non può sostituire la necessità di un fondamento giuridico adeguato a norma dell'articolo 6,*

[37] Il consenso dell'interessato è atto autorizzatorio con cui l'interessato medesimo rimuove il vincolo che l'ordinamento giuridico ha porto per assicurare un corretto bilanciamento degli interessi rilevanti [v., *amplius*, F. Bravo, *Le condizioni di liceità del trattamento di dati personali*, in G. Finocchiaro (a cura di), *La protezione dei dati personali in Italia. Regolamento UE n. 2016/679 e d.lgs. 10 agosto 2018, n. 101*, cit., pp. 110-193. In materia si veda anche D. Poletti, *Le condizioni di liceità del trattamento dei dati personali*, in *Giur. it.*, 2019, 12, pp. 2783 ss.]. Non legittima il titolare ad atti di successivo trasferimento ad altro titolo, secondo lo schema delle licenze e delle sublicenze riscontrabili, ad esempio, nella gestione dei diritti di proprietà intellettuale o industriale.

paragrafo 1, GDPR ai fini del lecito trattamento dei dati personali. In altre parole, secondo il GDPR il trattamento dei dati personali è lecito solo se e nella misura in cui ricorre almeno una delle basi giuridiche di cui all'articolo 6, paragrafo 1, dello stesso GDPR. È opportuno che la proposta specifichi chiaramente questo aspetto onde evitare qualsiasi ambiguità (…)».

Ebbene, tra le basi giuridiche di cui all'art. 6, par. 1 GDPR (per i dati comuni, così come quelle indicate all'art. 9, par. 2, GPDR, per i dati appartenenti a categorie particolari), non è contemplata l'autorizzazione (neanche sotto forma di licenza o altro atto dispositivo) che un titolare del trattamento possa eventualmente formulare nei confronti del destinatario delle vicende circolatorie concernenti dati personali. Sul punto è chiarissima l'osservazione critica dell'EDPB e dell'EDPS nella citata *Joint Opinion* No. 3/2021, ove, a p. 15, si rimarca espressamente che «Anche interpretando la nozione di "autorizzazione (che tuttavia deve essere definita nel testo legislativo della proposta) come la decisione (una scelta commerciale) assunta da una persona giuridica di permettere il trattamento di dati personali laddove tale persona giuridica disponga di una base giuridica a norma dell'articolo 6, paragrafo 1, GDPR per autorizzate tale trattamento, va notato che il testo letterale di alcune disposizioni della proposta non sembra suffragare questa interpretazione conforme al GDPR» perché, in maniera del tutto erronea, «l' "autorizzazione" sembra essere un'alternativa ad almeno una delle basi giuridiche (consenso dell'interessato) di cui all'articolo 6 GDPR», come ad esempio è riscontrabile nella parte finale dell'art. 5, par. 6, della proposta del *Data Governance Act*, nel quale veniva previsto che «Qualora l'utilizzo dei dati non possa essere concesso in conformità agli obblighi di cui ai paragrafi da 3 a 5 e non vi sia altra base giuridica per la trasmissione dei dati a norma del regolamento (UE) 2016/679, l'ente pubblico aiuta i riutilizzatori a richiedere il *consenso degli interessati e/o l'autorizzazione delle entità giuridiche*».

Vero è, invece, che il titolare del trattamento *destinatario* delle informazioni veicolategli da altro titolare deve autonomamente soddisfare le condizioni di liceità di cui agli artt. 6, par. 1, e/o 9, par. 2, GDPR, per poter esercitare legittimamente poteri e facoltà che l'ordinamento accorda al titolare medesimo, senza potersi giovare – stando all'assetto del GDPR – di autorizzazioni, licenze o altri atti autorizzativi o dispositivi imputabili al titolare del trattamento collocato a monte della vicenda circolatoria[38].

[38] Per il titolare del trattamento «destinatario» dell'informazione personale sorgono ulteriori delicati problemi, che, per esigenze di economia di trattazione, ci si riserva di indagare in altra sede. Tra questi v'è lo spinoso problema del c.d. *secondary use* e del *riuso* dei dati

2.6. *(*Segue*): «Destinatario» di dati non inquadrabile nelle altre categorie del GDPR*

L'indagine va ripercorsa anche in altra direzione.

Vi sono infatti casi in cui il «destinatario» delle informazioni non possa essere considerato «titolare del trattamento» o altro soggetto previsto dalla normativa in materia di protezione dei dati personali, per via dell'inapplicabilità del GDPR, come ad esempio nei casi di esclusione dall'ambito di applicazione materiale: chi riceve le informazioni personali, le raccoglie, le utilizza per fini personali o domestici non può essere considerato titolare del trattamento perché non trova applicazione la disciplina in esame per via della c.d. esenzione domestica contemplata all'art. 2, par. 2, lett. *c)*, GDPR. Non viene però meno la pretesa del destinatario di fruire dell'informazione. Ne ha il diritto?

È la situazione di quanti, pur non essendo titolari del trattamento e non facendo parte dell'organizzazione del titolare o del responsabile, risultino «destinatari» della comunicazione o diffusione di dati personali, senza però rivestire neanche la qualifica di interessati del trattamento[39].

Si pensi alla comunicazione di dati effettuata da parte di un titolare del trattamento ad un soggetto diverso dall'interessato. In tal senso si trova ad essere «destinatario» dell'informazione, ad esempio, (i) il cliente dell'avvocato, che apprende da quest'ultimo dati personali, anche appartenenti a categorie particolari, della controparte, oppure (ii) l'interessato che chiede i dati relativi al traffico telefonico da cui risultano le chiamate in entrata e in uscita dal proprio numero (con ultime tre cifre asteriscate) o, ancora, (ii) il cliente di un istituto di credito che intende accedere a movimentazioni bancarie proprie, che, al contempo, contemplino anche dati di soggetti terzi, oppure, ancora, (iv) agli utenti di un *social network* che accedono alle pagine create dagli utenti e rese fruibili via Internet dalla piattaforma *online* o, ancora, (v) il lettore di un quotidiano che apprende informazioni di carattere personale diffuse mediante i mezzi di informazione, quali la stampa cartacea, quella

personali, sulla cui regolamentazione l'UE ha posto rinnovate attenzioni nel già citato *Data Governance Act*.

[39] Ovviamente, ove le informazioni trasmesse al destinatario siano a questi riferibili quale soggetto interessato al trattamento dei dati personali, questi ha una situazione giuridica soggettiva attiva inquadrabile nel diritto alla protezione dei dati personali e nella costellazione dei diritti dell'interessato, previsti dal GDPR, tra i quali i diritti di informazione, il diritto di accesso e di ottenere copia dei dati, ma anche il diritto alla portabilità dei dati in formato strutturato, il diritto di cancellazione (oblio), di opposizione, di limitazione, e così via. Sul punto si rinvia a quanto già illustrato *supra*, al par. 2.2.

online o il sistema radiotelevisivo.

Si tratta di scenari complessi, perché l'ampia categoria finisce per racchiudere fattispecie non sempre disciplinate in via unitaria e che pertanto richiedono un approccio di tipo analitico, eventualmente per macrocategorie. Tuttavia, avverte Vincenzo Cuffaro, «non costituisce un serio ostacolo il dover constatare (…) che l'interesse del destinatario dell'informazione appare diversamente configurato sul piano positivo a seconda dei settori (o, meglio, dei mezzi di svolgimento dell'attività dei *mass-media*) cui ha riferimento. Ciò, infatti, non sorprende, né smentisce la (possibilità di una) ricostruzione in termini unitari della figura, quando si abbia consapevolezza dei motivi che hanno determinato tale discrepanza»[40]. Invero, continua l'illustre A., il «diritto all'informazione (…), caratterizzato da un contenuto significativamente articolato a seconda dei settori d'attività dei *mass-media* cui si riferisce, così come da un diverso novero di strumenti giuridici che ne consentono la tutela, si pone allora quale emblematico modello di diritto soggettivo superindividuale. In tal senso, il chiamo alla nozione, ed alla categoria, del diritto soggettivo vale soprattutto ad evocare lo schema concettuale, quale paradigma di unitarietà delle fattispecie ad esso ricondotte e quale segno del grado di tutela che si ritiene debba essere apprestata. Rispetto a tale schema concettuale, il momento dell'individuazione del soggetto titolare del diritto è obiettivamente condizionato dalla natura peculiare del bene cui l'interesse si rivolge. Bene che, insuscettibile di appropriazione e di godimento esclusivo secondo la egoistica logica proprietaria, può invece essere colto, sul piano formale, nelle utilità che derivano al singolo dal rispetto, da parte di coloro che svolgono l'attività d'informazione, delle norme di settore; norme riguardo alle quali la dimensione individuale dell'interesse – certamente presente, a motivo dell'incidenza che il fenomeno dell'informazione determina sul modo di essere della persona – riflette e si confronta con la dimensione collettiva e superindividuale. L'oggetto del diritto (…) si pone quindi come esterno al soggetto, come bene rispetto al quale le norme di volta in volta richiamate attribuiscono al titolare il potere di intervenire al fine di (concorrere) a realizzare il corretto svolgimento dell'attività d'informazione. Il carattere superindividuale dell'interesse non contraddice, dunque, la possibilità di riconoscere in capo al singolo la titolarità di un diritto che gli appartiene in quanto persona, bensì spiega le particolari modalità che ne segnano la tutela»[41]. Sicché, conclude Vincenzo Cuffaro, «Quando, dunque, si

[40] V. Cuffaro, *Profili civilistici del diritto all'informazione*, cit., pp. 156 s.
[41] *Ibidem*, pp. 163 s.

voglia approfondire l'indagine sul contenuto del diritto all'informazione, secondo gli spunti ora cennati, l'attenzione deve rivolgersi ad indagare quali strumenti ne consentano la realizzazione, per verificare così il concreto atteggiarsi dell'interesse ed insieme saggiare la praticabilità di vie di tutela diverse ed ulteriori rispetto a quelle già previste dalla normativa di settore. Ma è comunque da questa che è opportuno prendere le mosse»[42].

In questa prospettiva, sulla quale incide la dimensione individuale e collettiva (segnalata anche da Stefano Rodotà con riguardo ai dati personali), si colloca il percorso di analisi dei diritti del «destinatario» dell'informazione (qui intesa come informazione di carattere personale), da indagare sia secondo le logiche del bilanciamento degli interessi individuali, di cui sono portatori tutti i soggetti coinvolti nelle dinamiche di circolazione dei dati personali, sia secondo le logiche di tutela di interessi superindividuali, presidiati dalle specifiche norme di settore in cui le variegate fattispecie vengono a collocarsi[43].

2.7. *«Destinatario dell'informazione» e «utente dei dati» nel testo originario della proposta di regolamento sull'*European Data Governance (Data Governance Act)

L'indagine non può non tener conto dell'ulteriore classificazione soggettiva annunciata nella proposta di regolamento sull'*European Data Governance*: l'art. 2, par. 1, n. 6, del *Data Governance Act*, nel testo originario della proposta, conteneva una dirompente definizione di «*utente di dati*» , inteso quale «una persona fisica o giuridica che ha accesso legittimo a determinati dati personali o non personali ed *è autorizzata a utilizzare tali dati* a fini commerciali o non commerciali»[44].

Si pongono, anche in merito a tale figura, i problemi già emersi con riguardo alla menzionata *autorizzazione*, contemplata anche con riferimento alla figura del «*titolare dei dati*». Nella cit. *Joint Opinion* No. 3/2021,

[42] *Ibidem*, p. 164.

[43] Siffatta analisi esula tuttavia dall'economia del presente scritto, ma il percorso finora condotto rivela come l'inquadramento effettuato da Vincenzo Cuffato sulla tutela del destinatario dell'informazione divulgata tramite *mass-media* offra un quadro prezioso di riferimento anche per lo studio delle questioni che riguardano il destinatario dell'informazione di carattere personale nelle vicende che interessano la circolazione dei dati personali.

[44] La definizione di «utente di dati», nella versione definitiva del *Data Governance Act* (Reg. UE n. 868/2022), ha subito rilevanti modifiche ed è ora collocata all'art. 2, par. 1, n. 9. Si veda, *amplius*, quanto riportato nel par. 2.8. del presente scritto.

l'EDPB e l'EDPS non hanno mancato di far sentire nuovamente la loro voce critica avverso le scelte della Commissione europea, rimarcando che si tratta di «una nuova definizione (…) la cui interazione, nel caso dei dati personali, con la definizione di "destinatario" di cui all'articolo 4, punto 9, GDPR, non è chiara»[45]. A tacer d'altro, l'EDPB e l'EDPS hanno notato che «l'articolo 11, punto 1, della proposta stabilisce quanto segue: "il fornitore non può utilizzare i dati per i quali fornisce servizi per scopi diversi dalla messa a disposizione di tali dati agli utenti dei dati […]". Questa disposizione, in combinato disposto con la definizione di "utente dei dati", è fonte di incertezza giuridica, a causa delle diverse nozioni di "destinatario" ai sensi del GDPR, e "utente dei dati" ai sensi della proposta, che causerebbero difficoltà nell'applicazione pratica»[46]. Per di più, «la definizione di cui all'articolo 2, punto 6, potrebbe inoltre essere fuorviante se intesa come riferita a una persona fisica o giuridica che è autorizzata (ha diritto?) a utilizzare dati personali a fini commerciali o non commerciali. Non è chiaro neppure il riferimento a tale "autorizzazione", né il suo significato (fonte ed effetto giuridico)» [47].

In altre parole, la confusione generata dal sovrapporsi di categorie soggettive diverse nei due provvedimenti normativi europei (GDPR e *Data Governance Act*), con evidente loro mancato coordinamento, generano ambiguità che il legislatore avrebbe dovuto scongiurare sin dall'inizio, evitando che l'attuale preoccupazione di valorizzare l'utilizzo patrimoniale dei dati personali, quale motore propulsivo del mercato unico, andasse ad intaccare quel consolidato sistema di tutele offerto dalla consolidata disciplina in tema di protezione (e libera circolazione) dei dati personali.

2.8. *Ulteriori considerazioni alla luce delle definizioni di «titolare dei dati» e di «utente di dati» contenute nel testo definitivo del* Data Governance Act *e riflessioni conclusive*

Le criticità evidenziate dall'EDP e dall'EDPS, con la *Joint Opinion* sulla proposta di Regolamento europeo noto come *Data Governance Act*, hanno portato – nella versione definitiva del testo del regolamento emanato il 30 maggio 2022 (Reg. UE 868/2022), preceduta dalla versione stilata il 15 dicembre 2021 a seguito dell'accordo raggiunto dal Consiglio e dal

[45] EDPB-EDPS, *Joint Opinion* No. 3/2021, cit., p. 12.
[46] EDPB-EDPS, *Joint Opinion* No. 3/2021, cit., pp. 12-13.
[47] EDPB-EDPS, *Joint Opinion* No. 3/2021, cit., p. 13.

Parlamento europeo[48] – ad una significativa modifica della definizione di "titolare dei dati" ("*data holder*"), dalla quale viene ora espressamente escluso l'interessato ("*data subject*"): «*"data holder" means a legal person, including public sector bodies and international organisations, or a natural person* who is not a data subject *with respect to the specific data in question, which, in accordance with applicable Union or national law,* has the right to grant access to or to share *certain personal data or non-personal data*»[49].

L'interessato (*data subject*) viene ora considerato autonomamente nel testo del *Digital Governance Act* e individuato richiamando la definizione contenuta nel GDPR. "Titolare dei dati" e "interessato", pertanto, sono categorie soggettive distinte e non sovrapponibili.

Nell'impianto normativo del *Digital Governance Act*, tuttavia, rimane l'individuazione di tale nuova figura soggettiva, il titolare dei dati o *data holder*, a cui espressamente viene riconosciuto il diritto di concedere l'accesso o di condividere determinati dati, personali o non personali, mutando il paradigma di riferimento rispetto a quanto previsto dal GDPR. Si ha un soggetto diverso dall'interessato che, trovandosi nella disponibilità di dati anche personali, ha il *diritto* di trasferire l'informazione, di carattere personale o non personale, a dei "destinatari", concedendo loro l'accesso o la condivisione delle informazioni (modalità con cui può esplicarsi, ai sensi dell'art. 2-*ter* del nostro codice in materia di protezione dei dati personali emendato con la riforma del 2018, la «comunicazione» e la «diffusione» dei dati). Con il nuovo impianto normativo, il «destinatario» delle informazioni, mediante la vicenda traslativa, può dunque acquistare a titolo derivativo diritti, mediante accesso e messa in condivisione delle informazioni anche di carattere personale, cumulabili con l'autonomo diritto che può vantare in applicazione delle condizioni di liceità di cui agli artt. 6, par. 1, e 9, par. 2, GDPR.

Anche la figura dell'utente dei dati o "*data user*" è stata modificata

[48] Cfr., *supra*, nota n. 15.

[49] Cfr. art. 2, par. 1, n. 8), del *Data Governance Act* Reg. UE 868/2022. Nella versione in italiano viene testualmente mantenuta l'espressione «*titolare dei dati*», nonostante le incongurenze palesi con la disciplina in materia di protezione dei dati personali, nella quale s'è sempre evitato di riferire la *titolarità* al *dato* in sè, sia con riguardo all'interessato (ossia al soggetto a cui i dati si riferiscono e a cui i dati appartengono come attributo della persona), sia al titolare del trattamento dei dati, che, appunto, ha la "titolarità" delle operazioni sui dati e non dei dati *ex se*. Nel testo in italiano del *Data Govrnance Act*, il «*titolare dei dati*» viene definito come «Una persona giuridica, compresi gli enti pubblici e le organizzazioni internazionali, o una persona fisica *che non è l'interessato* rispetto agli specifici dati in questione e che, conformemente al diritto dell'Unione o nazionale applicabile, *ha il diritto di concedere l'accesso a determinati dati personali* o dati non personali *o di condividerli*».

a seguito dei rilievi critici mossi dall'EDPB e dall'EDPS. Nella nuova versione del testo del *Data Governance Act* (Reg. UE 868/2022) si legge, all'art. 2, par, 1, n. 9), che «"*data user*" means a natural or legal person who has lawful access to certain personal or non-personal data and *has the right*, including under Regulation (EU) 2016/679 in the case of personal data, *to use that data for commercial or non-commercial purposes*»[50]. È stato eliminato il riferimento all'«autorizzazione», quale fonte del diritto all'uso di tali dati, ed è stato inserito il riferimento al GDPR per indicare le ipotesi in cui il *data user* vanti già, quale titolare del trattamento (*data controller*), autonome situazioni giuridiche su tali dati, in forza delle basi giuridiche ivi contemplate agli artt. 6, par. 1, e 9, par. 2.

La sovrapposizione delle figure soggettive tra i due testi europei, GDPR e *Data Governance Act*, è inevitabile ed è destinata a creare non poche incertezze. È però chiara la direzione del legislatore europeo, che, sulla scorta della nuova strategia europea sui dati individuata dalla citata Comunicazione della Commissione europea, intende valorizzare le vicende circolatorie e le facoltà di utilizzo delle informazioni, personali e non personali, dando nuovo slancio alla figura del *"destinatario"* ed alle situazioni giuridiche soggettive attive in cui viene a ritrovarsi, che, sulla scorta della felicissima intuizione di Vincenzo Cuffaro, meritano ora di essere ricostruite in maniera sistemica in tale nuovo contesto, a fronte della significativa evoluzione dell'ordinamento europeo.

È su tale linea di ricerca che andrebbe riorganizzato il discorso sulle frastagliate categorie soggettive che si vengono a sovrapporre nel sistema normativo europeo, al fine di eliminare le ambiguità, che hanno ricadute pesanti sia sul piano teorico che su quello applicativo, generate dal cambiamento di paradigma recentemente affermatosi in materia di protezione dei dati personali, perseguito dall'UE al fine di incentivare le prospettive di mercato offerte dall'utilizzo dei dati personali, con nuovi assestamenti sul bilanciamento tra i contrapposti interessi in gioco.

[50] Nella versione linguistica in italiano, l'«*utente dei dati*» è definito, all'art. 2, par. 1, n. 9), del *Data Governance Act*, come «una persona fisica o giuridica che ha accesso legittimo a determinati dati personali o non personali *e che ha diritto, anche a norma del regolamento (UE) 2016/679 in caso di dati personali*, *a utilizzare tali dati* a fini commerciali o non commerciali».

Giuseppe Versaci

Consenso al trattamento dei dati personali e dark patterns *tra opzionalità e condizionalità*

Sommario: 1. La prospettiva di analisi: i rapporti tra la prestazione del consenso al trattamento dei dati personali e la conclusione di un contratto nella giurisprudenza della Corte di giustizia – 2. Una questione a monte: la prova sul consenso al trattamento nell'ombra delle decisioni giurisprudenziali e alla luce del principio di *accountability* – 3. I caratteri del consenso al trattamento "opzionale" rispetto alla conclusione di un contratto: i casi *Planet49* e *Orange România* – 4. L'incertezza sulla validità del consenso "condizionale": l'attesa di una presa di posizione nel caso *Facebook* – 5. Conclusioni: l'autonomia eurounitaria del consenso al trattamento dei dati personali e il ruolo "integrativo" della Corte di giustizia.

1. *La prospettiva di analisi: i rapporti tra la prestazione del consenso al trattamento dei dati personali e la conclusione di un contratto nella giurisprudenza della Corte di giustizia*

Il consenso al trattamento dei dati personali, come tutti gli istituti giuridici, ma forse ancor più di altri, necessita di essere imbevuto nella prassi giurisprudenziale per sottrarsi al rischio di essere ammantato di declamazioni solenni (che attribuiscono, ad esempio, al consenso un ruolo di pura e autentica autodeterminazione informativa) poco aderenti al reale[1]. Ne consegue che i casi sottoposti all'attenzione delle corti, in particolar modo se giunti dinanzi alla più prestigiosa in ambito eurounitario, la Corte di giustizia, rappresentano senza dubbio il miglior angolo di visuale per comprendere, da un lato, i nodi interpretativi che si aggrovigliano intorno al consenso di cui sopra e, dall'altro, le ricadute applicative di certe interpretazioni. Di qui la scelta di soffermarsi su due decisioni particolarmente

[1] Sul metodo casistico, v. G. Gorla, *Il contratto. Problemi fondamentali trattati con il metodo comparativo e casistico*, Milano, 1954, VII; G. Pascuzzi, *Cosa intendiamo per «metodo casistico»*, in *Foro it.*, 2016, V, c. 334 ss.

rilevanti della Corte di giustizia[2] e su un rinvio pregiudiziale pendente, nel momento in cui si scrive, davanti alla stessa Corte[3]. Sebbene le decisioni cui ci si riferisce – *Planet49* (C-673/17) e *Orange România* (C-61/19) – siano già alquanto note nel panorama giuridico italiano ed europeo[4], una ripresa di tali approdi giurisprudenziali si giustifica per provare a leggerli congiuntamente, soprattutto in confronto al rinvio pregiudiziale pendente, che presenta analogie, ma anche (e, in particolar modo) differenze con i casi precedenti. Il tentativo che ci si prefigge è di verificare, in primo luogo, se e in che misura la Corte di giustizia abbia accresciuto la densità semantica dei caratteri del consenso al trattamento dei dati personali; in secondo luogo, ma con rilievo prevalente, si cercherà di individuare i punti ancora irrisolti, sui quali la Corte ha soprasseduto, nella convinzione che difficilmente potrà farlo ancora per molto.

Prima di procedere all'analisi della giurisprudenza della Corte lussemburghese, è opportuno offrire un breve inquadramento dell'istituto di cui ci si occupa, selezionando i temi sui quali si concentrerà la nostra attenzione.

Com'è noto, il consenso al trattamento dei dati personali è un consenso molto peculiare essenzialmente per due ragioni: per il contesto disciplinare in cui si trova, la disciplina sulla protezione dei dati personali, la quale presidia la tutela di un diritto fondamentale (art. 8 della Carta di Nizza) e orienta, quindi, la *ratio* del consenso stesso; per i requisiti specifici che

[2] Corte giust. UE, 1 ottobre 2019, C-673/17, *Planet49*; Corte giust. UE, 11 novembre 2020, C-61/19, *Orange România*. Per i testi delle sentenze, v. www.curia.europa.eu.

[3] Domanda di pronuncia pregiudiziale da parte dell'*Oberlandesgericht Düsseldorf*, depositata in data 22 aprile 2021, C-252/21, *Facebook* c. *Bundeskartellamt*, disponibile su www.curia.europa.eu.

[4] Si vedano i seguenti commenti: A. Reinalter, S. Vale, *Cookie e consenso dell'utente*, in *Giur. it.*, 2020, p. 79 ss.; S. El Sabi, *La Corte di Giustizia vieta le caselle di spunta preselezionate per il consenso all'uso dei cookie*, in *Giustiziacivile.com*, 2020; R. Cabazzi, *Utilizzo dei* cookie *e (nuova) tutela dell'utente interessato: la presa di posizione della Corte di Giustizia nel caso* Planet49, in *MediaLaws*, 2020, p. 316 ss.; C. Angiolini, *A proposito del caso Orange Romania deciso dalla Corte di giustizia dell'UE: il rapporto fra contratto e consenso al trattamento dei dati personali*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2021, p. 247 ss.; M.C. Meneghetti, *Consenso* bis*: la Corte di giustizia torna sui requisiti di un valido consenso privacy*, in *MediaLaws*, 2021, p. 266 ss.; F. Esposito, L. de Almeida, *European Union Litigation*, in *Eur. Rev. Contr. Law*, 2021, p. 87 ss.; A. Jabłonowska, *Dark patterns and conditions for a valid consent to data processing - judgment of the CJEU in C-61/19 Orange Romania*, 13 novembre 2020, disponibile su www.recent-ecl.blogspot.com/2020/11/dark-patterns-and-conditions-for-valid.html (ultima visita: 4 luglio 2022).

connotano lo statuto del consenso al trattamento[5]. Pur trattandosi di due aspetti inscindibilmente connessi tra loro, nel segno di una reciproca influenza, in questa sede, seguendo gli itinerari della giurisprudenza poc'anzi richiamata, il focus verterà principalmente sui caratteri del consenso (il consenso al trattamento dev'essere libero, informato, specifico, inequivocabile e suscettibile di revoca), che potremmo definire – in una chiara logica semplificatrice – come i profili "tecnici" dell'istituto. Verranno, invece, lasciati sullo sfondo i profili teorico-dogmatici (la natura giuridica del consenso)[6] e assiologici (questi ultimi riguardanti le interferenze tra l'ispirazione personalistica e l'impronta mercantilistica di una disciplina deputata alla *protezione* e alla *libera circolazione* dei dati personali[7], oltre che le interferenze, per così dire "interne" alla stessa sfera della tutela della persona, tra il valore dell'autodeterminazione e quello della protezione imperativa[8]). Pur soffermandosi sui profili "tecnici", si deve comunque tener conto di come la ricostruzione di questi ultimi incida su un piano di politica del diritto, potendo certe interpretazioni del consenso al trattamento produrre conseguenze rilevanti nella vita sociale ed economica: nel caso di specie, trattasi di conseguenze per lo più relative ai modelli commerciali dati-centrici, che fondano il loro *core business* sul

[5] Sul consenso al trattamento dei dati personali, per come disciplinato nel reg. Ue 2016/679, senza pretesa di esaustività v. F. Bravo, *Il consenso e le altre condizioni di liceità del trattamento dei dati personali*, in G. Finocchiaro (a cura di), *Il nuovo regolamento europeo sulla privacy e sulla protezione dei dati personali*, Bologna, 2017, p. 138 ss.; I.A. Caggiano, *Il consenso al trattamento dei dati personali nel nuovo Regolamento europeo. Analisi giuridica e studi comportamentali*, in *Oss. dir. civ. comm.*, 2018, p. 78 ss.; F. Caggia, *Libertà ed espressione del consenso*, in V. Cuffaro, R. D'Orazio, V. Ricciuto (a cura di), *I dati personali nel diritto europeo*, Torino, 2019, p. 249 ss.; A. Vivarelli, *Il consenso al trattamento dei dati personali nell'era digitale*, Napoli, 2019.

[6] Tra i sostenitori della natura negoziale, v. G. Oppo, *Sul consenso dell'interessato*, in V. Cuffaro, V. Ricciuto, V. Zeno-Zencovich (a cura di), *Trattamento dei dati e tutela della persona*, Milano, 1998, p. 124; V. Cuffaro, *A proposito del ruolo del consenso*, *ivi*, p. 117; S. Rodotà, *Conclusioni*, *ivi*, p. 308; V. Ricciuto, *La patrimonializzazione dei dati personali. Contratto e mercato nella ricostruzione del fenomeno*, in *Dir. inf.*, 2018, p. 721; *contra*, pendenti a favore della natura autorizzatoria, v., tra i molti, D. Messinetti, *Circolazione dei dati personali e dispositivi di regolazione di poteri individuali*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1998, p. 339 ss., spec. 351-355; S. Patti, *Il consenso al trattamento dei dati personali*, in *Riv. dir. civ.*, 1999, p. 466; A. Fici, E. Pellecchia, *Il consenso al trattamento*, in R. Pardolesi (a cura di), *Diritto alla riservatezza e circolazione dei dati personali*, I, Milano, 2003, p. 506.

[7] Tra i molti, v. N. Zorzi Galgano, *Le due anime del GDPR e la tutela del diritto alla privacy*, in Ead. (a cura di), *Persona e mercato dei dati. Riflessioni sul GDPR*, Milano, 2019, p. 35 ss.

[8] Cfr. A. Sattler, *Autonomy or Heteronomy - Proposal for a two-tier interpretation of Art. 6 GDPR*, in S. Lohsse, R. Schulze, D. Staudenmayer (eds.), *Data as Counter-Performance - Contract Law 2.0?*, Baden-Baden, 2020, p. 225 ss.

trattamento dei dati personali[9].

Per avere il supporto delle coordinate normative, è opportuno prendere le mosse dalla definizione di cui all'articolo 4, n. 11 del reg. Ue 2016/679 (Regolamento Generale per la Protezione dei Dati personali: d'ora in avanti "RGPD"): il consenso al trattamento dei dati personali è «qualsiasi manifestazione di volontà libera, specifica, informata e inequivocabile dell'interessato, con la quale lo stesso manifesta il proprio assenso, mediante dichiarazione o azione positiva inequivocabile, che i dati personali che lo riguardano siano oggetto di trattamento»[10]. Nella disposizione appena riportata, la ripetizione del termine «inequivocabile», riferito ora alla manifestazione di volontà, ora all'azione positiva (che non è altro che una *modalità* di manifestazione della volontà), non sembra aggiungere molto sul piano precettivo, ponendosi più che altro l'obiettivo di rafforzamento retorico del medesimo concetto. L'articolo 7 del RGPD, rubricato «Condizioni per il consenso», cerca di chiarire soprattutto come bisogna intendere la specificità e la libertà del consenso stesso, oltre a sancire a chiare lettere la sua piena revocabilità, *ad nutum* e *sine die*. Il medesimo articolo, peraltro, non riguarda solo aspetti di diritto sostanziale, ma è di grande rilievo sul piano probatorio stabilendo che «[*q*]*ualora il trattamento sia basato sul consenso, il titolare del trattamento deve essere in grado di dimostrare che l'interessato ha prestato il proprio consenso al trattamento dei propri dati personali*». Col rischio di evidenziare l'ovvio, è bene comunque precisare che il consenso al trattamento è un istituto di estrema importanza nella disciplina di protezione dei dati personali in quanto, ai sensi degli artt. 6, par. 1, lett. a) e 9, par. 2, lett. a) del RGPD, è una delle basi giuridiche che rendono lecito il trattamento dei medesimi dati[11].

Le decisioni che prendiamo in esame si sono soffermate sull'interpretazione delle disposizioni appena richiamate, seppur in combinazione con altre disposizioni relative al consenso contenute in normative previgenti

[9] Sul punto, sia consentito rinviare a G. Versaci, *Personal Data and Contract Law: Challenges and Concerns about the Economic Exploitation of the Right to Data Protection*, in *Eur. Rev. Contr. Law*, 2018, p. 388 ss.

[10] Rispetto alla definizione di consenso al trattamento dei dati personali, si evidenzia che si tratta di formula dal «significato immediatamente precettivo»: così V. Cuffaro, *Il diritto europeo sul trattamento dei dati personali e la sua applicazione in Italia: elementi per un bilancio ventennale*, in Id., R. D'Orazio, V. Ricciuto (a cura di), *I dati personali nel diritto europeo*, cit., p. 15.

[11] È anche vero, tuttavia, che col tempo si è cercato di attribuire meno centralità al consenso, provando a valorizzare anche le altre basi giuridiche del trattamento: così, in luogo di tanti, Bravo, *Il consenso e le altre condizioni di liceità del trattamento dei dati personali*, cit., p. 138 ss.

(Direttiva 95/46/Ce) o complementari (Direttiva 2002/58/Ce) al RGPD.

A voler individuare le peculiarità delle pronunce oggetto d'analisi, deve osservarsi che in entrambi i casi (*Planet49* e *Orange România*), così come in quello pendente (*Facebook*), la prestazione del consenso al trattamento si affianca alla conclusione di un contratto[12] e si connota altresì per l'utilizzo, da parte del titolare del trattamento, di stratagemmi tecnici che inducono l'interessato a compiere determinate scelte. Tali elementi, costituendo profili *caratterizzanti* la fattispecie, devono ricevere particolare risalto[13]. Invero, a prescindere dall'estensione che si voglia riconoscere alla nozione di contratto, non può dubitarsi che vi siano casi in cui il rilascio del consenso al trattamento dei dati personali avviene al di fuori di contesti negoziali: basti pensare, a titolo meramente esemplificativo, al consenso al trattamento dei dati personali prestato nei confronti di un ente pubblico o privato che intende trattare quei dati per svolgere attività di ricerca scientifica. Essendo il consenso al trattamento dei dati personali un istituto profondamente trasversale, ricorrente in una pluralità di circostanze molte diverse tra loro, che rischiano di rendere fin troppo sfilacciati i suoi connotati, per recuperare un *ubi consistam* è opportuno assegnare una particolare importanza al contesto fattuale e giuridico nel quale il consenso al trattamento viene prestato. Come vedremo, alcune problematiche che si presentano laddove la prestazione del consenso al trattamento si affianchi alla conclusione di un contratto, non ricorrono in circostanze nelle quali il rilascio del consenso sia scevro di simili accostamenti. Inoltre, le modalità tecniche di raccolta del consenso al trattamento meritano attenzione perché la conformazione dei caratteri dello stesso consenso può risentire di tali aspetti.

[12] Cfr. Angiolini, *A proposito del caso Orange Romania deciso dalla Corte di giustizia dell'UE*, cit., p. 260 ss.

[13] Sui legami tra il consenso al trattamento dei dati personali e il contratto, limitandosi ai contributi monografici sul tema, v. C. Irti, *Consenso "negoziato" e circolazione dei dati personali*, Torino, 2021, spec. p. 50 ss.; R. Senigaglia, *Minore età e contratto*, Torino, 2020, p. 75 ss.; G. Versaci, *La contrattualizzazione dei dati personali dei consumatori*, Napoli, 2020, spec. p. 105 ss., 149 ss.; C. Angiolini, *Lo statuto dei dati personali. Uno studio a partire dalla nozione di bene*, Torino, 2020, spec. p. 187 ss.; S. Thobani, *Diritti della personalità e contratto: dalle fattispecie più tradizionali al trattamento in massa dei dati personali*, Milano, 2018, spec. p. 160 ss.; A. De Franceschi, *La circolazione dei dati personali tra privacy e contratto*, Napoli, 2017, spec. p. 72 ss.

2. *Una questione a monte: la prova sul consenso al trattamento nell'ombra delle decisioni giurisprudenziali e alla luce del principio di* accountability

Le decisioni della Corte di giustizia sopra citate, pur chiarendo molteplici tratti dell'istituto in esame, non possono dirsi del tutto risolutive rispetto al suo statuto generale. Tali sentenze, infatti, sono piuttosto analitiche nella declinazione dei requisiti del consenso al trattamento dei dati personali (v. *infra* § 3), ma risultano vaghe o silenti con riguardo ad altri profili, come ad esempio l'onere della prova. Considerata la centralità di quest'ultima questione, è bene soffermarsi su di essa in via preliminare.

D'altronde, in *Orange România* la Corte di giustizia ha affrontato fugacemente il punto, limitandosi ad affermare che è possibile ricavare, implicitamente (già) dall'art. 7, lett. a), dir. 95/46/Ce e in modo più esplicito (adesso) dall'art. 7, par. 1, RGPD, la regola per cui «l'onere della prova dell'esistenza di un valido consenso incombe al titolare del trattamento»[14]. Nel caso in questione, in realtà, tale affermazione della Corte – priva di un apparato argomentativo degno di nota – era stata preceduta da un'interessante ricostruzione dell'avvocato generale Szpunar che teneva conto dei lavori preparatori dell'art. 7, par. 1, RGPD, dai quali emerge una diversa formulazione della norma inizialmente proposta dalla Commissione europea. Quest'ultima, infatti, prevedeva espressamente l'*onere*, in capo al titolare del trattamento, di dimostrare l'avvenuta prestazione del consenso da parte dell'interessato; successivamente, è stato il Consiglio a sostituire i termini «onere di dimostrare» con l'espressione, riferita al titolare del trattamento, «deve essere in grado di dimostrare». Ad avviso dell'avvocato generale, con la Corte di giustizia che sembra (implicitamente) condividere l'appunto, non bisogna attribuire «un'importanza eccessiva a detto cambiamento di formulazione», posto che il Consiglio non lo motiva e, di conseguenza, sembrerebbe che «l'espressione "deve essere in grado di dimostrare" descriv[a] in realtà in maniera più accessibile ciò che si intende per "onere della prova"»[15].

A fronte di una simile interpretazione proposta dall'avvocato generale, è lecito nutrire più di qualche dubbio sulla piena surrogabilità tra le due locuzioni richiamate: è sufficiente constatare, infatti, che l'*onere* è una situazione giuridica soggettiva diversa dall'*obbligo*. Pertanto, la modifica apportata dal Consiglio, pur non essendo stata motivata, sembra aggravare la posizione del titolare del trattamento: non si è di fronte ad un semplice

[14] Corte giust. UE, 11 novembre 2020, C-61/19, *Orange România*, cit., punto 42.

[15] Conclusioni dell'avvocato generale, 4 marzo 2020, C-61/19, *Orange România*, disponibili su www.curia.europa.eu, punto 53.

onere della prova (invertito) a carico del titolare nell'ambito di un giudizio instaurato dall'interessato per l'accertamento dell'inesistenza (ed eventualmente anche dell'invalidità) del consenso al trattamento; piuttosto, la presenza di un obbligo in capo al titolare fa intendere che la mancata dimostrazione che il consenso sia stato prestato dall'interessato è *sempre sanzionata* dall'ordinamento, a prescindere da un'eventuale pretesa in giudizio dell'interessato.

Inoltre, sempre sul piano linguistico, occorre evidenziare che, ai sensi dell'art. 7, par. 1, RGPD, il titolare del trattamento *non deve (solo) dimostrare* che l'interessato abbia prestato il proprio consenso, bensì *deve (anche) essere in grado di dimostrarlo*. Come correttamente rileva l'avvocato generale[16], tale disposizione costituisce una specificazione del principio di responsabilizzazione (*accountability*) di cui all'art. 5, par. 2, RGPD, ove, per l'appunto, si prevede che il titolare del trattamento deve essere in grado di comprovare il rispetto dei principi applicabili al trattamento dei dati personali.

Tale osservazione implica necessariamente una riflessione sul tipo di prova che il titolare del trattamento è chiamato a fornire, aspetto sul quale l'avvocato generale non si sofferma. A tal proposito, il primo rilievo da compiere è che il RGPD, a differenza di quanto previsto dall'abrogato art. 23, commi 3 e 4 del d.lgs. n. 196/2003[17], non richiede alcun tipo di forma *ad substantiam* (scritta o "meramente documentale") del consenso

[16] Conclusioni dell'avvocato generale, 4 marzo 2020, C-61/19, *Orange România*, cit., punto 49.

[17] Erano due le forme *ad substantiam* ricavabili dall'abrogato art. 23, d.lgs. n. 196/2003: una forma documentale (anche a fronte di un consenso espresso oralmente) richiesta ai fini della validità del consenso al trattamento di dati *comuni* (co. 3) e una (vera e propria) forma scritta specificamente richiesta per la validità del consenso al trattamento di dati *sensibili* (co. 4). Mentre quest'ultima poteva considerarsi una forma *vestimentum* dell'atto (secondo i requisiti dell'art. 2702 c.c.), la prima aveva le fattezze di una "forma modulo", il cui rispetto comunque incideva – testualmente – sul piano della validità del consenso (sulla distinzione tra forma *vestimentum* e forma modulo, v. S. Pagliantini, voce *Neoformalismo*, in *Enc. dir.*, Annali, IV, Milano, 2011, p. 773 ss.). Contrariamente a quanto sostenuto da una parte della dottrina (P. Manes, *Il consenso al trattamento dei dati personali*, Padova, 2001, p. 100; M. Montinari, sub *Art. 7*, in A. Barba, S. Pagliantini (a cura di), *Delle persone. Leggi collegate*, II, in *Comm. dir. civ.* Gabrielli, Torino, 2019, p. 137), la forma di cui all'art. 23, co. 3 non poteva essere qualificata alla stregua di una semplice forma *ad probationem*, posto che l'assenza di documentazione per iscritto – come si è detto – non aveva un rilievo meramente probatorio, ma determinava l'invalidità del consenso espresso dall'interessato. Ad ogni modo, la formulazione scelta dal legislatore era stata correttamente definita un «pasticcio normativo»: V. Cuffaro, *Il consenso dell'interessato*, in Id.-V. Ricciuto (a cura di), *La disciplina del trattamento dei dati personali*, Torino, 1997, p. 219.

al trattamento dei dati personali[18]. Ci si deve chiedere, tuttavia, se tra le maglie del par. 1 dell'art. 7 del RGPD non si annidi, in realtà, un obbligo del titolare del trattamento di assicurare, per il consenso dell'interessato, una forma vincolata *ad probationem*. Orbene, se si intendesse il par. 1 dell'art. 7 alla stregua di un *semplice* dovere di dimostrare l'esistenza (e la validità[19]) del consenso, non potrebbe trarsi alcun vincolo in ordine alla prova, potendo il titolare del trattamento avvalersi degli ordinari mezzi probatori previsti dalle discipline processuali nazionali[20]; in tal senso, quindi, il titolare del trattamento potrebbe anche servirsi di mezzi di prova che si formano *ex post*, le c.d. prove costituende, come la prova testimoniale o il giuramento.

Una simile interpretazione, però, non appare in linea né con la lettera, né tanto meno con la *ratio* dell'art. 7, par. 1 del GDPR. Tale disposizione, infatti, non si limita a stabilire che il titolare del trattamento ha il dovere di provare, come meglio crede, che l'interessato abbia prestato il proprio consenso; la formulazione utilizzata dal legislatore europeo è più articolata («*[q]ualora il trattamento sia basato sul consenso, il titolare del trattamento deve essere in grado di dimostrare che […]*»). In virtù del principio di *accountability*, consistente, tra le altre cose, in un obbligo di rendicontazione degli adempimenti da parte del titolare del trattamento[21], le prove costituende non possono quindi essere ammesse, dovendo così il titolare provvedere alla *precostituzione* di una prova del consenso prestato dall'interessato, che non deve necessariamente corrispondere alla forma scritta. Ad esempio, potrebbe essere sufficiente dimostrare l'avvenuta manifestazione del consenso, ad opera dell'interessato, per mezzo di dati in formato digitale (non alterabile) conservati dal titolare del trattamento. Bisogna riconoscere, dunque, che il «qualora» *ad incipit* del par. 1 dell'art. 7, traduzione del termine inglese «*where*», ha un valore temporale oltre che condizionale, nel senso che *è già nel momento in cui* il trattamento prende avvio sulla base del consenso dell'interessato, che il titolare deve essere in grado di dimostrare che quel consenso sia stato prestato.

[18] Critico rispetto alla libertà di forme del consenso Montinari, sub *Art. 7*, cit., pp. 138-139.

[19] Conclusioni dell'avvocato generale, 4 marzo 2020, C-61/19, *Orange România*, cit., punto 49. L'avvocato generale, in realtà, discorre di «condizioni di efficacia» del consenso, ma appare più corretto intenderle quali condizioni di validità. In tal senso, v. Comitato europeo per la protezione dei dati, *Linee guida 5/2020 sul consenso ai sensi del regolamento (UE) 2016/679*, 4 maggio 2020, ove si richiama di frequente il concetto di validità.

[20] Cfr. Angiolini, *A proposito del caso Orange Romania deciso dalla Corte di giustizia dell'UE*, cit., p. 251.

[21] Sulle diverse sfaccettature del principio di *accountability*, v. G. Finocchiaro, *Introduzione al regolamento europeo sulla protezione dei dati*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2017, p. 10 ss.

3. *I caratteri del consenso al trattamento "opzionale" rispetto alla conclusione di un contratto: i casi* Planet49 *e* Orange România

Chiarito il profilo probatorio, si può esaminare la ricostruzione giurisprudenziale dei caratteri del consenso al trattamento dei dati personali nei due casi sopra richiamati.

In *Planet49* veniva presentato un tipico caso di *dark patterns*, ossia quegli elementi di un'interfaccia grafica che inducono gli utenti, in modo fraudolento, a compiere determinate azioni[22]. Invero, la società Planet49, nell'organizzare un gioco a premi su un sito *web*, mostrava agli utenti che intendessero parteciparvi (e, quindi, che intendessero concludere un contratto di gioco) una pagina *web* nella quale era presente una didascalia sul consenso all'archiviazione di informazioni, mediante *cookie*, nell'apparecchiatura terminale dell'utente, accompagnata da una casella di spunta che risultava già preselezionata, con la conseguenza che l'utente avrebbe dovuto deselezionarla per *non* prestare il proprio consenso.

In *Orange România* si presentava una circostanza simile, ma non del tutto analoga: infatti, ad essere *dark* non era un *pattern* digitale, bensì un documento contrattuale cartaceo. La società rumena, operante nel mercato dei servizi di telecomunicazione mobile, proponeva ai propri clienti di concludere per iscritto dei contratti nei quali era presente una clausola, contraddistinta dal segno grafico di una casella preselezionata dagli agenti di vendita, attraverso cui si riteneva manifestato il consenso dei clienti alla raccolta e alla conservazione delle copie dei propri documenti d'identità. Inoltre, si prevedeva che, qualora i clienti avessero voluto rifiutare di prestare il consenso, tale rifiuto avrebbe dovuto essere documentato in uno specifico modulo da firmare.

A fronte di tali casi, alla Corte di giustizia è stato domandato, in sostanza, se un consenso al trattamento dei dati personali raccolto tramite le suddette modalità risulti validamente espresso[23]. In entrambe le decisioni

[22] L'espressione "*dark patterns*" è stata coniata da Harry Brignull, che li definisce come i «*tricks used in websites and apps that make you do things that you didn't mean to, like buying or signing up for something*» (v. www.darkpatterns.org: ultima visita il 4 luglio 2022). Sull'incidenza dei *dark patterns* sui comportamenti dei consumatori, si veda l'interessante analisi condotta dal *Bureau Européen des Unions de Consommateurs* (BEUC): *"Dark patterns" and the Eu consumer law acquis*, 7 febbraio 2022, disponibile su www.beuc.eu/publications/dark-patterns-and-eu-consumer-law-acquis (ultima visita: 4 luglio 2022).

[23] Deve precisarsi che le pronunce della Corte di giustizia hanno tenuto conto sia delle disposizioni presenti nella direttiva 95/46, sia delle disposizioni contenute nel RGPD, in ragione del fatto che le misure inibitorie, di cui si discuteva nei procedimenti principali,

in rassegna la risposta è stata negativa e le argomentazioni per molti versi si sovrappongono: nella seconda decisione (*Orange România*), la Corte riprende in gran parte le affermazioni della sentenza precedente (*Planet49*), compiendo lo sforzo di definire distintamente i singoli attributi del consenso al trattamento, di modo da assegnare loro un'autonoma valenza. È giunto, allora, il momento di analizzare i singoli requisiti del consenso nell'interpretazione della Corte.

L'inequivocabilità. È il carattere che risulta maggiormente coinvolto nei casi sopra descritti, considerata la preselezione della casella relativa al consenso. Sul punto, il ragionamento della Corte di giustizia è chiaro: l'atto di non deselezionare una casella preselezionata non corrisponde a un comportamento attivo e, a voler utilizzare un lessico più dogmatico, non costituisce un sicuro *criterio di imputazione della volontà* in capo a un soggetto. D'altra parte, già il considerando 32 del RGPD afferma che «il silenzio, l'inattività o la preselezione di caselle» non sono circostanze in grado di configurare l'espressione di un consenso. La giustificazione, ad avviso della Corte, risiede nel fatto che l'interessato potrebbe non leggere l'informazione che accompagna la casella preselezionata o potrebbe, addirittura, non accorgersi della casella. A tal proposito, può tracciarsi un parallelismo con l'art. 22 della direttiva 2011/83/Ue, e il relativo art. 65 del cod. cons., riguardante il consenso del consumatore rispetto ai c.d. pagamenti supplementari. Quest'ultima disposizione, infatti, prevede il diritto del consumatore al rimborso delle somme pagate al professionista in aggiunta all'obbligazione principale, qualora il consenso del consumatore sia stato dedotto dal professionista utilizzando opzioni prestabilite che il consumatore avrebbe dovuto rifiutare per evitare il pagamento supplementare. La dottrina ha opportunamente iscritto tale norma «nel contesto di una tutela preventiva dalle c.d. clausole nascoste (*überraschende Klauseln*)», evidenziando come il consenso, ricavato dalla preselezione, non sia da considerarsi viziato, ma del tutto inesistente[24]. Il parallelismo è utile in quanto permette di evidenziare (fin d'ora) che il vizio del consenso derivante da una preselezione è tipico quando dall'*opt-out* si intende dedurre l'accettazione di una prestazione *opzionale* rispetto

avevano una proiezione nel futuro che poteva consentire l'applicazione *ratione temporis* anche del RGPD: Corte giust. UE, 1 ottobre 2019, C-673/17, *Planet49*, cit., punto 41; Corte giust. UE, 11 novembre 2020, C-61/19, *Orange România*, cit., punto 31.

[24] S. Pagliantini, *Neoformalismo e trasparenza secondo il canone della Corte di Giustizia: i casi 'Content services' e 'Ebookers.com' alla luce della dir. 2011/83/UE*, in *Obbl. contr.*, 2012, p. 881; sulla trasparenza come tecnica contro la sorpresa, v. più diffusamente Id., voce *Trasparenza contrattuale*, in *Enc. dir.*, Annali, V, Milano, 2012, p. 1306 ss.

ad un'altra che inevitabilmente risulta necessaria. Pertanto, il consenso al trattamento dei dati personali preselezionato è viziato (o, addirittura, potremmo dire del tutto inesistente) quando l'interessato, pur potendo fare a meno di prestarlo a fianco di un consenso contrattuale necessario per l'accesso a un servizio, si ritrova a farlo in modo del tutto inconsapevole.

La specificità. Mentre l'inequivocabilità del consenso appare un profilo strettamente connesso alla configurazione grafica o tecnologica predisposta dal titolare del trattamento, l'attributo della specificità intercetta una problematica più sofisticata, riguardante la possibilità di desumere una volontà da un'altra espressamente manifestata. Ipotizzando l'assenza di un qualsiasi segno grafico decettivo che rende il consenso equivocabile, si immagini un consenso al trattamento dei dati personali espresso nell'ambito della manifestazione di un consenso *diverso*, quale potrebbe essere quello necessario per la conclusione di un contratto. In *Orange România* la fattispecie emerge in tutta la sua nitidezza: ci si chiede, infatti, se la sottoscrizione del contratto per la fornitura di servizi di telecomunicazione possa essere considerata – in virtù della clausola sulla raccolta e conservazione delle copie dei documenti d'identità – come espressione di uno specifico consenso a siffatto trattamento.

A tal riguardo, la Corte di giustizia non assume una posizione chiara[25], limitandosi ad affermare che spetta al giudice di rinvio l'accertamento del requisito di specificità del consenso al trattamento alla luce del principio in base al quale la sua prestazione non può essere desunta da una manifestazione di volontà avente un oggetto distinto[26]. A dire il vero, dinanzi a contratti conclusi per iscritto, sembra aleggiare, tra le righe della sentenza, l'ipotesi di una doppia sottoscrizione da cui possa *specificamente* ricavarsi l'espressione di un consenso al trattamento dei dati personali. La Corte, tuttavia, non lo dice espressamente e può intuirsi la ragione. Innanzitutto, come detto in precedenza, il consenso al trattamento non richiede necessariamente la forma scritta; inoltre, – ancor più rilevante – il par. 2 dell'art. 7 del RGPD non fornisce appigli letterali per *imporre* una doppia manifestazione di volontà nell'ipotesi in cui il consenso dell'interessato sia prestato nel contesto di una dichiarazione scritta che riguardi anche altre questioni, il cui esempio tipico dovrebbe essere un documento contrattuale. Invero, in tale ipotesi, è la «*richiesta di consenso*» al trattamento dei dati personali a doversi presentare in modo distinguibile dalle altre materie, non è la

[25] Corte giust. UE, 11 novembre 2020, C-61/19, *Orange România*, cit., punto 47.
[26] Corte giust. UE, 11 novembre 2020, C-61/19, *Orange România*, cit., punto 38; Corte giust. UE, 1 ottobre 2019, C-673/17, *Planet49*, cit., punto 58.

manifestazione di volontà al trattamento a dover essere espressa con una forma diversa e distinta rispetto alla dichiarazione contrattuale: come a dire, ad esempio, che la clausola relativa al consenso al trattamento dev'essere evidenziata in grassetto o con un colore acceso diverso dalle altre clausole contenute in un contratto. La cautela mostrata sul punto dalla Corte di giustizia, allora, può assumere il significato di un'esitazione nel riscrivere la norma in chiave pretoria.

L'informazione. Più netta appare la posizione della Corte europea con riguardo ai requisiti necessari per la prestazione di un consenso informato. Sia in *Planet49* che in *Orange România* si specifica che l'informazione debba coprire non solo gli elementi espressamente indicati negli art. 13 del RGPD, ma anche le conseguenze cui gli interessati andrebbero incontro nel caso in cui rifiutassero di prestare il consenso (ipotesi che non necessariamente ricade nell'art. 13, par. 2, lett. e))[27]. A tal proposito, è stato opportunamente sottolineato come il richiamo all'informazione sulle *conseguenze* del consenso al trattamento evochi la giurisprudenza consumeristica formatasi in tema di trasparenza c.d. materiale[28] (v., tra le tante decisioni, *RWE Vertrieb*[29]; *Arpád Kasler*[30])[31]. L'analogia, tuttavia, pur suffragata dal considerando 42 del RGPD che richiama la tutela del consumatore tramite il rinvio alla direttiva 93/13/Cee, non dev'essere eccessivamente enfatizzata in ragione della diversità degli ambiti di riferimento: difficilmente, infatti, può ravvisarsi un dovere di consulenza in capo al titolare del trattamento dei dati personali al pari di quanto si riconosce al professionista che opera, ad esempio, nei mercati bancari e finanziari[32]. Il parallelismo può servire più che altro a dimostrare che, anche nella

[27] Corte giust. UE, 1 ottobre 2019, C-673/17, *Planet49*, cit., punto 74; Corte giust. UE, 11 novembre 2020, C-61/19, *Orange România*, cit., punto 40.

[28] A. Jabłonowska, *Dark patterns and conditions for a valid consent to data processing*, cit.

[29] Corte giust. UE, 21 marzo 2013, C-92/11, *RWE Vertrieb AG*, disponibile su www.curia.europa.eu; per un commento, v. I. Picciano, *Il carattere abusivo di una clausola standardizzata*, in *Contratti*, 2013, p. 638 ss.

[30] Corte giust. UE, 30 aprile 2014, C-26/13, *Árpad Kásler*, disponibile su www.curia.europa.eu; per un commento, v. S. Pagliantini, *L'equilibrio soggettivo dello scambio (e l'integrazione) tra Corte di Giustizia, Corte costituzionale ed ABF: "il mondo di ieri" o un "trompe l'oeil" concettuale?*, in *Contratti*, 2014, p. 853 ss.

[31] Per un quadro d'insieme, v. S. Pagliantini, *La trasparenza consumeristica tra "dottrina" della Corte ed equivoci interpretativi*, in *Eur. dir. priv.*, 2019, p. 651 ss.

[32] Cfr. S. Pagliantini, voce *Trasparenza contrattuale*, cit., p. 1285; sulla peculiarità degli obblighi di trasparenza nei contratti di credito ai consumatori, v. J. Luzak, M. Junuzović, *Blurred Lines: Between Formal and Substantive Transparency in Consumer Credit Contracts*, in *J. Eur. Cons. Mark. L.*, 2019, p. 99 ss.

disciplina del RGPD, l'obbligo di trasparenza va declinato al di là del mero dato linguistico-formale[33]. Infatti, l'informazione è pur sempre strumentale ad un altro attributo del consenso: solo se l'interessato è davvero consapevole, la manifestazione di volontà sarà espressa in modo libero.

La libertà. Arrivando dunque a trattare della libertà del consenso, dalla giurisprudenza qui in esame emerge un'interpretazione di tale carattere non solo nei termini dell'assenza di condizionamenti cognitivi, ma anche e soprattutto dell'assenza di impedimenti nell'esercizio del rifiuto. Per essere più chiari: il consenso è libero solo se l'interessato può rifiutarsi di prestarlo. Nel caso di specie di un consenso al trattamento richiesto nell'ambito della conclusione di un contratto, la Corte di giustizia ritiene che «per garantire all'interessato un'effettiva libertà di scelta, le clausole contrattuali non devono indurre la persona interessata in errore circa la possibilità di stipulare il contratto anche qualora essa rifiuti di acconsentire al trattamento dei suoi dati»[34]. In altri termini, le clausole contrattuali non devono essere confezionate in modo tale da far sembrare (erroneamente) alla persona interessata che la mancata prestazione del consenso al trattamento dei propri dati implichi l'impossibilità di stipulare il contratto.

Tale interpretazione del Collegio lussemburghese si comprende tenendo conto della fattispecie presa in esame, vale a dire la fattispecie di un consenso al trattamento *opzionale* rispetto alla conclusione di un contratto. A dire il vero, in *Orange România* risultava dalle circostanze di fatto che l'operatore telefonico aveva permesso ai clienti la sottoscrizione dei contratti di abbonamento anche se gli stessi non avevano acconsentito al trattamento dei loro dati personali[35]; in *Planet49*, invece, nonostante la partecipazione al gioco a premi sembrasse subordinata al consenso dell'utente al trattamento dei suoi personali a fini pubblicitari, la Corte non ha potuto vagliare il profilo della libertà di scelta dell'interessato in quanto la domanda pregiudiziale non verteva sul punto[36].

In entrambi i casi, quindi, l'opzionalità del consenso è un elemento indubbiamente *caratterizzante*, che costituisce la chiave di lettura per spiegare le affermazioni della Corte di giustizia non soltanto in merito al requisito della libertà. A ben vedere, infatti, tutte le declinazioni assegnate

[33] Per un confronto tra la trasparenza consumeristica e la trasparenza in materia di protezione dei dati personali, v. D. Clifford, I. Graef, P. Valcke, *Pre-formulated Declarations of Data Subject Consent – Citizen-Consumer Empowerment and the Alignment of Data, Consumer and Competition Law Protections*, in *German Law Journal*, 2019, pp. 686-687.

[34] Corte giust. UE, 11 novembre 2020, C-61/19, *Orange România*, cit., punto 41.

[35] Corte giust. UE, 11 novembre 2020, C-61/19, *Orange România*, cit., punto 25.

[36] Corte giust. UE, 1 ottobre 2019, C-673/17, *Planet49*, cit., punto 64.

ai singoli attributi del consenso possono comprendersi se si considera che la fattispecie di riferimento è quella di un consenso opzionale alla conclusione di un contratto. Basti riflettere sui seguenti punti. Il *divieto di una preselezione della casella* sul consenso al trattamento dei dati personali ha certamente senso laddove sia presente un'opzione di non prestare il consenso, che non comporti la rinuncia alla stipula del contratto. Allo stesso modo, può risultare ragionevole *la richiesta all'interessato di una doppia sottoscrizione* (o, più in generale, di una doppia modalità di manifestazione della volontà) rispetto a quella prevista per la conclusione del contratto, se l'interessato è in grado di rifiutarsi di acconsentire al trattamento dei dati personali senza alcuna conseguenza sul perfezionamento dell'operazione economica.

4. *L'incertezza sulla validità del consenso "condizionale": l'attesa di una presa di posizione nel caso* Facebook

Del tutto diversa è l'ipotesi in cui il consenso al trattamento dei dati personali sia configurato come condizionale alla conclusione di un contratto: non più quindi facoltativo, ma sostanzialmente necessario se si vuole ottenere la fornitura di un certo bene o servizio. A tal proposito, la prima domanda da porsi è se gli obblighi di trasparenza opportunamente delineati dalla Corte di giustizia, con (l'implicito) riferimento al consenso *opzionale*, possano valere anche con riguardo al consenso *condizionale*. Orbene, anche in quest'ultimo caso potrebbe essere richiesta la spunta della casella relativa al consenso al trattamento dei dati personali, così come la manifestazione di una volontà distinta dalla sottoscrizione del contratto; tuttavia, tali obblighi di trasparenza sarebbero meno efficaci rispetto a quando il consenso sia opzionale. Essi, infatti, potrebbero soltanto *richiamare l'attenzione dell'interessato*, oblato di una proposta contrattuale, circa la presenza del consenso al trattamento dei dati personali all'interno dell'operazione economica complessiva: se il consenso al trattamento è condizionale rispetto alla conclusione del contratto, l'interessato non ha a disposizione una scelta diversa dall'accettare o meno l'operazione economica proposta.

Se tanto è vero, occorre ragionare sull'opportunità di costruire una trasparenza *ad hoc* per l'ipotesi in cui alla prestazione del consenso al trattamento venga subordinata la conclusione di un contratto. In tal caso, infatti, l'effetto sorpresa va contrastato principalmente sul piano dell'*informazione*, più che sui caratteri dell'inequivocabilità e della specificità,

come avviene, invece, nell'ipotesi del consenso opzionale. Il titolare del trattamento, dunque, non solo dovrebbe rendere assolutamente evidente – già sul piano grafico – la circostanza che la prestazione del consenso al trattamento è condizione necessaria per la conclusione del contratto, ma dovrebbe altresì indicare il motivo che sorregge tale richiesta, rendendo così trasparente il modello commerciale sottostante[37]. Inoltre, l'interessato dovrebbe essere pienamente consapevole della possibilità di *revocare* il consenso al trattamento dei propri dati, una volta che la conclusione del contratto abbia avuto luogo e anche dopo che la sua esecuzione abbia avuto inizio. Invero, nell'ipotesi di un consenso al trattamento condizionale (nel senso sopra chiarito), la facoltà di revoca, garantita dall'art. 7, par. 3, RGPD, diventa il vero presidio della libertà di scelta dell'interessato.

Ad ogni modo, rispetto al tema del consenso al trattamento dei dati personali come condizione di conclusione o esecuzione di un contratto[38], c'è un altro nodo da sciogliere, a monte: se tale consenso possa ritenersi validamente espresso, a prescindere dalle specifiche informazioni fornite dal titolare del trattamento. Negli ultimi anni, le letture offerte dalla giurisprudenza nazionale, da un lato, e dal Garante per la protezione dei dati personali, dall'altro, quest'ultimo con l'avallo del Comitato europeo per la protezione dei dati, non sono state per nulla coincidenti. D'altronde, è risaputo che l'art. 7, par. 4 RGPD divide gli interpreti nella parte in cui non chiarisce se sia possibile o no subordinare l'esecuzione di un contratto alla prestazione di un consenso al trattamento dei dati personali[39].

[37] Vi è chi suggerisce di introdurre un diritto degli interessati a conoscere il valore economico dei propri dati personali, che, tuttavia, si scontra con la difficoltà di individuare degli affidabili ed oggettivi criteri di stima: G. Malgieri, B. Custers, *Pricing privacy – the right to know the value of your personal data*, in *Computer Law & Security Rev.*, 2018, p. 289 ss. Sulla presenza di asimmetrie informative in relazione al valore dei dati personali, v. R. Pardolesi, R. van den Bergh, F. Weber, *Facebook e i peccati da* Konditionenmissbrauch, in *Merc. conc. reg.*, 2020, pp. 512, 520 ss.

[38] Nello schema "servizi contro dati", si osserva come il consenso al trattamento dei dati personali non sia necessario all'esecuzione del contratto, quanto piuttosto al suo perfezionamento: così V. Zeno-Zencovich, G.Resta, *Volontà e consenso nella fruizione dei servizi in rete*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2018, p. 432. Pur convenendo con tale dottrina che nello schema richiamato il consenso al trattamento dei dati è *di regola* elemento strutturale dell'accordo, occorre comunque tener presente che è la conformazione negoziale, decisa dalla piattaforma digitale, a determinare se la condizionalità riguardi la conclusione o l'esecuzione del contratto.

[39] In altra sede, si è sostenuta la tesi secondo la quale l'art. 7, par. 4, RGPD non va inteso come un netto divieto di subordinare la conclusione o l'esecuzione di un contratto alla prestazione del consenso al trattamento dei dati personali; va preferita, infatti, una circoscrizione delle fattispecie vietate. A sostegno della tesi può addursi non tanto

Il punto da sottolineare è che una simile incertezza giuridica ha rilevanti ripercussioni sulle prassi di mercato. Invero, il ricorso sempre più frequente ai c.d. *dark patterns*, emerso chiaramente nella giurisprudenza sopra esaminata, appare incentivato (anche) dalla mancanza di chiarezza circa la legittimità della pratica di configurare il consenso al trattamento dei dati personali alla stregua di una condizione indispensabile all'interno di un certo modello commerciale. Con quest'appunto non si vogliono certamente giustificare i comportamenti dei gestori delle piattaforme digitali, che escogitano qualsiasi tecnica maliziosa pur di indurre gli utenti a prestare il (facoltativo) consenso al trattamento dei propri dati[40]. Non è difficile prevedere, però, che una presa di posizione della Corte di giustizia, in merito alla possibilità o meno di subordinare la conclusione o l'esecuzione di un contratto alla prestazione del consenso al trattamento dei dati personali, ridurrebbe l'utilizzo di tali strumenti decettivi.

L'occasione sembra esser giunta alle porte con il rinvio pregiudiziale sollevato dall'*Oberlandesgericht Düsseldorf* (Tribunale superiore del Land di Düsseldorf) nell'ambito della saga tedesca sul caso *Facebook*, avviata dalla nota decisione del *Bundeskartellamt*[41]. Il 6 febbraio 2019 tale autorità ha vietato alla società madre statunitense (Facebook Inc.), alla società da questa controllata operante in Europa (Facebook Ireland Ltd.) e alla società tedesca consociata di quest'ultima operante nel settore della pubblicità (Facebook Deutschland GmbH), di far ricorso a condizioni generali di contratto che prevedano l'uso della rete Facebook.com, da parte degli utenti privati

l'argomento letterale, quanto soprattutto la ricostruzione dei lavori preparatori insieme a una lettura sistematica della norma: entrambi gli argomenti aiutano a definire la sua *ratio*. Per un'esposizione completa della tesi, sia concesso il rimando a G. Versaci, *La contrattualizzazione dei dati personali dei consumatori*, cit., spec. p. 98 ss., ma v. anche p. 78 ss. Si rinvia a quest'opera anche per i richiami alla giurisprudenza della Corte di cassazione e ai provvedimenti del Garante per la protezione dei dati personali, oltre che per i richiami alle altre tesi espresse in dottrina circa l'interpretazione della libertà del consenso al trattamento dei dati personali. Si veda, inoltre, l'interessante ricostruzione compiuta da T. Pertot, *Libertà del consenso al trattamento dei dati personali e portata del c.d.* Koppelungsverbot*: il punto di vista dell'OLG Frankfurt a.M.*, in *Tecnologie e Diritto*, 2020, p. 363 ss. la quale, commentando una pronuncia dell'*Oberlandesgericht* di Francoforte sul Meno, che ha escluso la validità del consenso al trattamento dei dati personali in un'operazione di *tying* con un contratto, dà notizia delle diverse tesi della dottrina tedesca in merito all'interpretazione dell'art. 7, par. 4, RGPD (p. 366 ss.).

[40] Cfr. BEUC, *"Dark patterns" and the Eu consumer law acquis*, cit., pp. 4-5.

[41] Sull'istruttoria del *Bundeskartellamt*, per un primo commento, precedente alla pubblicazione della decisione, v. A. Palmieri-R. Pardolesi, *Clausole «unfair» e abuso da sfruttamento*, in *Merc. conc. reg.*, 2018, p. 9 ss.; per un'analisi del provvedimento, v. C. Osti, R. Pardolesi, *L'antitrust ai tempi di Facebook*, in *Merc. conc. reg.*, 2019, p. 195 ss.

residenti in Germania, subordinato alla seguente condizione. Essa consiste nella possibilità riconosciuta a Facebook Ireland di raccogliere, senza il consenso degli utenti, dati relativi a questi ultimi e ai loro dispositivi generati dall'uso di altri servizi appartenenti a Facebook (Instagram, WhatsApp, Oculus, Masquerade) e dall'accesso a siti o app di terzi tramite interfacce di programmazione ("Strumenti di Facebook Business"), con la finalità di collegare tali dati a quelli dell'account Facebook.com e procedere in tal modo ad un trattamento congiunto. La giustificazione del provvedimento si è basata sull'art. 19, par. 1, del *Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen* (GWB), che vieta l'abuso di posizione dominante[42], e sull'art. 32, par. 1, del GWB, che consente al *Bundeskartellamt* di obbligare le imprese, che violano le disposizioni in tema di concorrenza, a porre fine all'infrazione.

Ai nostri fini, è significativo che, in un punto centrale della decisione, l'autorità tedesca abbia sostenuto la tesi in base alla quale il consenso al trattamento dei dati personali dell'utente di Facebook non sussiste se dalla sua manifestazione dipende la messa a disposizione del servizio offerto dalla piattaforma digitale[43]. La decisione in questione, inizialmente sospesa in via cautelare proprio dal Tribunale regionale superiore di Düsseldorf, ha riacquistato effetti a seguito di una pronuncia del *Bundesgerichtshof*, che ha accolto l'appello (sul piano cautelare) del *Bundeskartellamt*[44]. Adesso, è giunto il momento per l'*Oberlandesgericht* di esprimersi nel merito del ricorso di Facebook e, proprio in questa fase, è stato sollevato il rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia[45].

Le questioni poste dal Tribunale regionale tedesco, suddivise in ben sette distinti quesiti, lasciano ben sperare perché pongono la Corte lussemburghese dinanzi al grande tema finora trascurato nei rapporti tra la prestazione del consenso al trattamento dei dati personali e la conclusione

[42] Per un fitto ventaglio di critiche nei confronti del ricorso all'art. 19, par. 1, GWB, e più in generale al diritto *antitrust*, in simili fattispecie, v. Pardolesi, van den Bergh, Weber, *Facebook e i peccati da* Konditionenmissbrauch, cit., p. 515 ss.

[43] Cfr. C. Osti, R. Pardolesi, *L'antitrust ai tempi di Facebook*, cit., 202-203.

[44] Sulla decisione del *Bundesgerichtshof*, v. A. Giannaccari, *Facebook e l'abuso da sfruttamento al vaglio del* Bundesgerichtshof, in *Merc. conc. reg.*, 2020, p. 403 ss.; A. Davola, *"I vestiti nuovi dell'imperatore". Il contenzioso tra il bundeskartellamt tedesco e facebook in tema di abuso di posizione dominante alla luce del progressivo snaturarsi del diritto antitrust*, in *Dir. internet*, 2021, p. 61 ss.

[45] Per una recente ricostruzione della vicenda giurisprudenziale, v. F. Laviola, *Il diritto all'autodeterminazione informativa tra concorrenza e* data protection. *Riflessioni a margine della saga* Facebook c. Bundekartellamt *nella giurisprudenza delle corti tedesche e in attesa della Corte di Giustizia*, in E. Cremona, F. Laviola, V. Pagnanelli (a cura di), *Il valore economico dei dati personali*, Torino, 2022, p. 27 ss.

di un contratto.

In particolare, con la terza e la quarta domanda si chiede alla Corte di definire i confini di competenza tra le basi giuridiche di cui all'art. 6, par. 1, lett. a), b) e f), RGPD, laddove il trattamento dei dati personali (comuni) consista nella personalizzazione dei contenuti e della pubblicità su un *social network*, oltre che nella sicurezza della rete e nel miglioramento dei prodotti. Sempre sul piano dei rapporti tra le basi giuridiche del trattamento dei dati, assume una certa rilevanza anche la seconda domanda, in riposta alla quale la Corte europea dovrà chiarire se alcuni dati personali di natura particolare (*alias* sensibile) possano essere trattati in virtù dell'art. 9, par. 2, lett. e), RGPD, cioè in quanto dati resi manifestamente pubblici dall'interessato, potendosi così fare a meno del consenso di quest'ultimo. Qualora la Corte di giustizia dovesse rispondere che, rispetto ai trattamenti dei dati personali di cui si discute, per lo più aventi carattere commerciale, l'unica base giuridica ammissibile sia rappresentata, sia per dati comuni che per i dati sensibili, dal consenso dell'interessato, non resterebbe che verificare le condizioni di validità per la sua manifestazione. La sesta domanda, infatti, arriva alla questione centrale, chiedendo alla Corte di chiarire se il consenso al trattamento dei dati personali prestato nei confronti di un'impresa in posizione dominante sul mercato, com'è Facebook nell'ambito dei *social networks*, possa considerarsi valido, e in particolare libero ai sensi dell'art. 4, n. 11, RGPD, in conformità con gli artt. 6, par. 1, lett. a) e 9, par. 2, lett. a), RGPD.

A quest'ultimo riguardo, la Corte di giustizia non potrà esimersi dal valutare la fattispecie del consenso *condizionale* alla conclusione di un contratto, ricorrente – come evidenziato dalla motivazione del Tribunale tedesco – nel caso in questione. In particolare, la Corte dovrebbe almeno prendere posizione rispetto alle seguenti opzioni: a) la condizionalità del consenso al trattamento è *sempre* vietata; b) la condizionalità è vietata *solo* al ricorrere di circostanze specifiche (ad esempio, la mancanza sul mercato di modelli commerciali alternativi – quindi, che prescindano dallo sfruttamento economico dei dati personali – per l'utilizzo di un determinato bene o servizio); c) la condizionalità è vietata se il consenso al trattamento dei dati personali è richiesto da un'*impresa in posizione dominante*.

5. *Conclusioni: l'autonomia eurounitaria del consenso al trattamento dei dati personali e il ruolo "integrativo" della Corte di giustizia*

Nel vigore dell'art. 23 del d.lgs. n. 196/2003, e prima ancora dell'art. 11 della l. n. 675/1996, la dottrina civilistica era solita operare un confronto tra il consenso al trattamento dei dati personali e il consenso negoziale, così come tra il consenso al trattamento e le altre forme consensuali disciplinate a livello nazionale[46]. La ragione di tale operazione ermeneutica risiedeva per lo più nell'esigenza di ricostruire lo statuto del consenso al trattamento, integrando le lacune presenti nella disciplina di recepimento della direttiva comunitaria. D'altronde, risultava del tutto legittimo coordinare (le regole relative a) un istituto, pur sempre appartenente all'ordinamento interno, con (le regole relative a) gli altri istituti del medesimo ordinamento. Ebbene, l'introduzione del reg. Ue 2016/679 ha imposto un cambio di prospettiva[47].

È ormai vano, infatti, se non per fini meramente descrittivi, lo sforzo di cimentarsi nella comparazione del consenso al trattamento dei dati personali con le altre tipologie di consenso disciplinate a livello nazionale. Va preso atto che il consenso al trattamento non ha più nulla di domestico, posto che la sua disciplina non è più filtrata dal diritto derivato nazionale e, trovandosi all'interno di un regolamento europeo, ha l'ambizione di essere del tutto autonoma. Quest'ambizione, tuttavia, si scontra con una realtà di cui la giurisprudenza sopra esaminata costituisce piena prova: la disciplina del consenso al trattamento dei dati personali, contenuta nel RGPD, è ambigua e sfilacciata, oltre che lacunosa.

La sfilacciatura si deve soprattutto alla circostanza che il consenso al trattamento dei dati personali può essere espresso in contesti molto diversi. Invero, il consenso dell'interessato richiesto da un'azienda sanitaria, per un trattamento dei dati personali a fini di ricerca scientifica, non può essere certamente assimilato al consenso richiesto da una piattaforma digitale, per un trattamento dei medesimi dati a fini commerciali. Sebbene in entrambi i casi si avverta un'esigenza di tutela della persona interessata rispetto alla manifestazione di volontà sul trattamento dei propri dati personali, ciò non toglie che possono mutare le modalità attraverso le quali

[46] In luogo di tanti, v. P. Manes, *Il consenso al trattamento dei dati personali*, cit., p. 81 ss.; S. Thobani, *La libertà del consenso al trattamento dei dati personali e lo sfruttamento economico dei diritti della personalità*, in *Eur. dir. priv.*, 2016, p. 517 ss.

[47] A tal proposito, vengono preziose le riflessioni compiute, con riferimento all'art. 82, RGPD, da G. Navone, *Ieri, oggi e domani della responsabilità civile da illecito trattamento dei dati personali*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2022, p. 132 ss.

viene assicurata la libertà di scelta della persona. A titolo esemplificativo, è sufficiente evidenziare che non può nemmeno contemplarsi la possibilità di subordinare la prestazione di cure sanitarie al rilascio, da parte del paziente, del consenso al trattamento dei dati per fini di ricerca; di contro, una simile condizionalità viene prevista frequentemente ai fini della fruizione di un servizio digitale, per cui il fornitore non richiede agli utenti il pagamento di un prezzo. Orbene, la mancata differenziazione tra le svariate fattispecie di consenso al trattamento dei dati personali fa emergere una lacunosità assiologica della disciplina europea.

Quest'ultima è, inoltre, ambigua sotto vari aspetti. Ciò è dimostrato dal par. 2 dell'art. 7, RGPD, con riguardo alle modalità tramite cui distinguere una manifestazione di volontà contrattuale dalla manifestazione di volontà *specificamente* finalizzata al trattamento dei dati personali, ma soprattutto è dimostrato dal par. 4 del medesimo articolo, in merito alla libertà del consenso dell'interessato nell'ipotesi in cui quest'ultimo si affianchi ad un contratto.

A fronte di tali problemi interpretativi, la Corte di giustizia è chiamata a svolgere «l'oramai riconosciuta opera *creatrice* ed *integratrice*»[48]. Nell'ambito dei rapporti tra il contratto e il consenso al trattamento dei dati personali, le pronunce della Corte nei casi *Planet49* e *Orange România* hanno indubbiamente svolto tale opera con riferimento all'ipotesi di un consenso al trattamento che si è definito "opzionale" alla conclusione di un contratto. Ci si augura che con il caso *Facebook* possa giungere un chiarimento, ormai improcrastinabile, circa la legittimità di un consenso "condizionale" al contratto stesso. D'altronde, è anche tale incertezza che favorisce il deprecabile uso di *dark patterns* quali strumenti decettivi della libertà di volere.

[48] G. Navone, *Ieri, oggi e domani della responsabilità civile da illecito trattamento dei dati personali*, cit., p. 159.

Carmine Lazzaro

Le colonne d'Ercole dell'informazione: l'oblio come limite invalicabile tra storia e diritto

Sommario: 1. L'informazione come bene giuridico e i suoi limiti – 2. Oblio *versus* informazione: un bilanciamento di interessi non sempre facile – 3. L'oblio come diritto assoluto "tipico" all'indomani dell'entrata in vigore del Regolamento U.E. 2016/679.

1. *L'informazione come bene giuridico e i suoi limiti*

Autorevole dottrina sottolineava mirabilmente che "*attraverso la mediazione della coscienza, la conoscenza rileva come necessario sostegno della volontà, cioè come premessa della rilevanza giuridica di essa. Coscienza e volontà è uguale a volontà conscia o consapevole, cioè, anzitutto volontà illuminata dalla conoscenza*"[1].

La volontà per essere illuminata dalla conoscenza necessita di informazioni, più precisamente, di un flusso costante e magmatico di informazioni a tutti i livelli.

L'informazione in senso lato[2] - intesa sia come libertà di espressione di cui all'art. 21 Cost., che come libertà d'informarsi *ex* art. 10 C.E.D.U. - consente, infatti, una partecipazione più consapevole dei cittadini alla cosa pubblica, agli scambi e, più in generale, a tutte le scelte che ineriscono alla vita di relazione della persona[3].

La libera circolazione delle informazioni pone in essere un incremento del livellamento conoscitivo, necessario per rendere effettivo il principio di uguaglianza a tutto tondo, sia s*ub specie* uguaglianza formale, che *sub specie*

[1] In tal senso, S. Pugliatti, voce *Conoscenza*, in *Enc.dir.*, IX, Milano, 1961, 45 ss., 114.
[2] L'espressione è ripresa da V. A. Loiodice, voce *Informazione (diritto alla)*, in *Enc. dir.*, XXI, Milano, 1971, 472.
[3] V. A. Pace -F. Petrangeli, voce *Cronaca e critica (diritto di)*, in *Enc. dir.*, *agg.*, V, Milano, 2001, 303 ss.

uguaglianza sostanziale[4], grazie all'accesso alla conoscenza consentito a tutti.

L'informazione è *una libertà, di carattere ampio, ad operatività generale*, ma, ad accesso ridotto: non tutti i cittadini hanno eguale accesso alle notizie. È stato rilevato che *l'informazione è potere*[5]: l'informazione, sotto il profilo della sua elaborazione, diffusione, controllo e cessione, ha assunto un ruolo centrale; tant'è che non esiste regione, anche la più periferica, dell'ordinamento in cui gli interpreti non si siano affannati ad affrontare (e tentare di risolvere) le questioni connesse alla problematica in oggetto[6].

Attenta dottrina ha considerato l'informazione come un *bene patrimonialmente rilevante*, inquadrandolo tra i *beni immateriali, e comunque in senso lato non identificabili in una* res *corporale*[7].

Tale impostazione appare sicuramente condivisibile, anche in considerazione del progresso scientifico e tecnologico e del consequenziale avanzamento degli orizzonti del sapere, con l'inevitabile aggiornamento/ripensamento della categoria stessa dei beni giuridici, che, nell'evoluzione del sistema, va affrancata dalla tradizionale corporalità[8], frutto di antichi pregiudizi materialistici.

L'avvento dell'era digitale ha sicuramente accresciuto la rilevanza giuridica dell'informazione; dal diritto di famiglia[9], al diritto dei contratti[10],

[4] L'informazione «*è presupposto e garanzia per l'attuazione dell'effettiva eguaglianza e della partecipazione di tutti alla vita del paese*» (cfr. P. Perlingieri, *L'informazione come bene giuridico*, in *Rass. dir. civ.*, 1990, 2, 326 ss., 327).

[5] La frase è di A. Loiodice, voce *Informazione (diritto alla)*, *cit.*, 473.

[6] In senso analogo P. Gallo, *Asimmetrie informative e doveri di informazione*, in *Riv. dir. civ.*, 2007, 5, 641 ss.

[7] Cfr. P. Perlingieri, *L'informazione come bene giuridico*, cit., 332. In senso analogo V. Zeno-Zencovich, *Sull'informazione come "bene" (e sul metodo del dibattito giuridico)*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1999, 1, 485 ss. e Id., voce *Informazione (profili civilistici)*, in *Dig.*, IV, disc. priv., sez. civ., IX, Torino, 1993, 420 ss. *Contra* D. Messinetti, *Circolazione dei dati personali e dispositivi di regolazione dei poteri individuali*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1998, 3, 339 ss., 342.

[8] Concorde sul punto P. Piraino, *Sulla nozione di bene giuridico in diritto privato*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2012, 3, 459 ss., 482-483.

[9] Tra i tanti, cfr. L. D'Avack, *Il diritto alle proprie origini tra segreto, anonimato e verità nella PMA con donatori/trici di gameti*, in *Dir. fam. pers.*, 2012, 2, 815 ss. e L. La Battaglia, *Essere o non essere (padre): obblighi di informazione tra genitori e tutela risarcitoria*, in *Fam. dir.*, 2021, 3, 297 ss.

[10] Per un quadro generale, v. G. Visintini, *Il dibattito sulla natura della responsabilità precontrattuale rivisitato alla luce della casistica*, in *Contr. impr.*, 2017, 2, 335 ss.; G. Grisi, *Informazione (obblighi di)*, in *Enc. dir.*, *Annali*, IV, Milano, 2011, 595 ss.; F. Rende, *Informazione e consenso nella costruzione del regolamento contrattuale*, Milano, 2012 e M.C. Perchinunno, *Informazione e giusto prezzo: tutela del consumatore e tutela del mercato*, in *Contr. impr.*, 2012, 6, 1550 ss.

fino alla responsabilità civile[11], è andata aumentando in modo esponenziale la necessità di eliminare eventuali asimmetrie informative, tant'è che il legislatore, in alcuni settori, ha avvertito l'esigenza di garantire la tutela ad una corretta informazione non solo civilmente, ma anche penalmente[12].

Il giurista moderno deve abituarsi, suo malgrado, a convivere con le problematiche connesse alle caratteristiche intrinseche della rete, in particolare, si pensi alla potenziale perpetuità della circolazione dei dati immessi anche dai confini più remoti del sistema, nonché alla loro accessibilità da parte di qualsivoglia utente.

Come autorevolmente sostenuto «*Se un tempo era difficile ricordare* […] *oggi è arduo dimenticare*»[13].

«*Internet è* […] *un gigantesco deposito e non un archivio ordinato*»[14] di informazioni, anche le più personali e recondite, il che di per sé innesca evidentemente un problema di bilanciamento tra interessi contrapposti: informazione *versus privacy*[15]; da un lato, libertà di espressione e diritto di cronaca e, dall'altro, la pretesa (legittima) dei soggetti interessati di esercitare un controllo sulle notizie che li riguardano a protezione della propria identità personale, riservatezza, reputazione, onore ed immagine[16].

In un siffatto contesto sociale, profondamente mutato alla luce degli innovativi sistemi dell'informazione e delle comunicazioni, l'emergere dei *«nuovi» diritti dell'età tecnologica*[17] impone all'interprete di riconsiderare le

[11] Si pensi alle annose *querelles* in materia di consenso informato. Per maggiori approfondimenti sul tema si rinvia, tra i tanti, a M. Paradiso, *La responsabilità medica: dal torto al contratto*, in *Riv. dir. civ.*, 2001, 3, 325 ss.; A. Amidei, *Consenso informato e risarcimento del danno per omessa informazione*, in *Giur. it.*, febbraio 2021, 495 ss; F. Dell'Aversana, *Il diritto alla (corretta) informazione sanitaria oltre lo "Stato di emergenza"*, in *Corr. giur.*, 2020, 8-9, 1107 ss. e I. Rapisarda, C*onsenso informato e autodeterminazione terapeutica*, in *N.L.C.C.*, 2019, 1, 43 ss.

[12] Cfr. M.A. Manno, *Profili penali dell'*insider trading, Milano, 2012; E. Amati, *Abusi di mercato e sistema penale*, Torino, 2012 e F. Mucciarelli, *L'informazione penalmente presidiata nella rinnovata disciplina della crisi e dell'insolvenza dell'impresa*, in *Dir. pen. proc.*, 2020, 4, 539 ss.

[13] V. G. Resta, *La 'morte' digitale*, in *Dir. inf.*, 2014, 6, 891 ss., 892.

[14] L'espressione si deve a G. Finocchiaro, *Il diritto all'oblio nel quadro dei diritti della personalità*, in *Dir. inf.*, 2014, 4-5, 591 ss., 603.

[15] Per ulteriori approfondimenti sull'argomento, v. G.E. Vigevani, *Diritto all'informazione e* privacy *nell'ordinamento italiano: regole ed eccezioni*, in *Dir. inf.*, 2016, 3, 473 ss.

[16] V. G.M. Riccio, *Il difficile equilibrio tra diritto all'oblio e diritto di cronaca*, in *N.G.C.C.*, 2017, 4, 549 ss. Per un quadro generale della questione, v. L. Nivarra, V. Ricciuto, *Internet e il diritto dei privati. Persona e proprietà intellettuale nelle reti telematiche*, Torino, 2002.

[17] L'espressione si deve a S. Rodotà, *Tra diritti fondamentali ed elasticità della normativa: il nuovo codice sulla* privacy, in *Eur. dir. priv.*, 2004, 1, 1 ss., 3, il quale parla di «*diritto di*

tradizionali categorie del diritto.

Da qui nasce l'esigenza di garantire la giusta tutela ad interessi meritevoli di protezione che troppo a lungo sono stati considerati ancillari rispetto al diritto all'identità personale e/o alla riservatezza, tra questi sicuramente spicca il diritto all'oblio o il diritto a non essere ricordato oltre un determinato (ampio) lasso di tempo[18], da intendersi come nuovo ed autonomo diritto della personalità, che trova copertura costituzionale nel disposto dell'art. 2 Cost.[19].

Non può negarsi, infatti, come la rete tenda ad incamerare informazioni non sempre attuali o peggio non veritiere. Il rischio, quindi, è quello che la fisiologica dinamicità dell'identità personale possa essere in qualche modo frustrata dalla stratificazione magmatica dei dati sul w*eb*, che quotidianamente comporta una scissione tra la persona reale ed il suo *avatar* telematico, con conseguente grave nocumento per la propria vita sociale.

Più che mai attuali appaiono le osservazioni di attenta dottrina che evidenziava lucidamente il fatto che "*Divenute entità disincarnate, le persone hanno sempre di più bisogno di una tutela del loro «corpo elettronico»*"[20].

Ed allora, nonostante l'elevata rilevanza giuridica del diritto all'informazione, la rapida evoluzione delle tecnologie sollecita una seria riflessione sui limiti da prevedere a protezione di quelle vulnerabilità di nuovo conio alle quali la persona, intesa come valore apicale dell'ordinamento, è

mantenere il controllo delle proprie informazioni e di determinare le modalità della costruzione della propria sfera privata».

[18] Purché non vi sia, nella comunità di riferimento, un interesse diffuso attuale e rilevante a mantenere vivo "il ricordo" della notizia *de qua*, giacché in tal caso il diritto all'oblio sarebbe recessivo rispetto al diritto all'informazione. In senso analogo F. Di Ciommo, *Quello che il diritto non dice.* Internet *e oblio*, in *Danno resp.*, 2014, 12, 1101 ss., il quale fa notare (1102, nt. 4) che «*Vi sono fatti talmente gravi che l'interesse pubblico alla loro riproposizione da parte dei* mass media *non viene mai meno. È il caso, ovviamente, dei crimini contro l'umanità, per i quali riconoscere ai loro responsabili un diritto all'oblio sarebbe addirittura diseducativo; ma anche di alti accadimenti che vengono riproposti proprio perché non vengano dimenticati in quanto hanno inciso significativamente sul corso della storia o perché riguardano persone particolarmente esposte sul piano sociale (ad esempio politici o uomini delle istituzioni), rispetto alle quali dunque l'opinione pubblica mantiene un interesse attuale di piena conoscenza. Può, inoltre, accadere che, a distanza di tempo, sorga un interesse pubblico alla riproposizione di una data notizia ad esempio perché viene commesso un fatto simile, ovvero perché protagonista della vicenda è qualcuno che, essendo stato condannato per un certo reato anni prima, viene indagato per un altro reato analogo*».

[19] Per maggiori approfondimenti, cfr. M.R. Morelli, *Oblio (diritto all')*, in *Enc. dir.*, *agg.*, VI, Milano, 2002, 848 ss., 852. Di recente, v. M. Cocuccio, *Deindicizzare per non censurare: il «ragionevole compromesso» tra diritto all'oblio e diritto di cronaca*, in *Resp. civ. prev.*, 2021, 1, 175 ss.

[20] In tal senso S. Rodotà, *Il diritto di avere diritti*, Roma-Bari, 2018, 397.

esposta nell'attuale mondo globalizzato e digitale.

Nelle rinnovate logiche del sistema, a causa della immediata e capillare fruibilità dei dati, i tradizionali limiti della verità e dell'interesse sociale previsti per il diritto di cronaca[21] non possono più bastare. Essi sono elaborati in relazione a forme di diffusione lenta e limitata delle notizie.

Viceversa, lo scenario cambia a fronte della velocità e diffusività delle informazioni nell'era telematica proprio per le caratteristiche intrinseche della rete, che tende ad attualizzare anche le notizie più datate. Pertanto, come meglio di seguito esplicitato, il diritto all'oblio diviene ulteriore e più pregnante limite invalicabile del diritto d'informazione[22] per la sua intima connessione con i valori personalistici, come tali meritevoli di piena ed effettiva protezione.

2. *Oblio* versus *informazione: un bilanciamento di interessi non sempre facile*

La figura del diritto all'oblio è riuscita ad affrancarsi a pieno titolo dal diritto alla riservatezza e dal diritto all'identità personale soltanto di recente[23].

In considerazione dell'assenza assoluta di un sicuro addentellato normativo che riconoscesse cittadinanza nel nostro ordinamento al diritto *de quo*[24], si è a lungo dubitato sulla sua autonoma inquadrabilità come diritto della personalità[25].

In realtà, la dottrina non ha esitato a correggere il tiro, riconoscendo

[21] Cfr. P. Nuvolone, voce *Cronaca (libertà di)*, in *Enc. dir*., XI, Milano, 1962, 421 ss., 423 ss.

[22] Il diritto all'oblio è una figura di creazione giurisprudenziale che trova origine nella ormai datata pronuncia Cass. civ., 13 maggio 1958, n. 1563, in *Foro it.*, 1958, I, 1116-1117, in cui per la prima volta si parla di diritto all'oblio o di "*diritto al segreto del disonore*" e, più precisamente, si evidenzia che anche l'uomo più immorale può pretendere "*che altri non alteri l'entità dei reati da lui commessi e non accresca il grave fardello delle sue colpe con l'aggiunta di fatti non veri*".

[23] Per un quadro puntuale della problematica, cfr. AA.VV, *Il diritto all'oblio. Atti del convegno di studi del 17 maggio 1997*, a cura di E. Gabrielli, Napoli, 1999.

[24] Salvo, come detto in precedenza, l'art. 2 Cost. divenuto una sorta di "contenitore aperto", all'interno del quale trovano riparo tutta una serie di diritti di nuova emersione inerenti alla sfera personale.

[25] Tra i tanti, si ricordi l'autorevole insegnamento secondo il quale il diritto all'oblio appartiene "*alle ragioni e 'alle regioni' del diritto alla riservatezza*" (in tal senso G.B. Ferri, *Diritto all'informazione e diritto all'oblio*, in *Riv. dir. civ.*, 1990, I, 801 ss.). In giurisprudenza, *ex plurimis*, cfr. Cass. civ., sez. III, 9 aprile 1998, n. 3679, in *Foro it.*, 1998, I, 1834.

questo diritto di nuovo conio, anzi rilevandone l'estrema poliedricità[26].

Il diritto all'oblio si presenta, infatti, come un prisma con più facce, tutte ugualmente meritevoli di protezione.

In primis, nella sua accezione classica, si è parlato di un diritto ad essere dimenticato o a non essere ricordato, consistente nel diritto di opporsi alla pubblicazione di notizie, anche legittimamente divulgate in passato, relative ad accadimenti ormai datati[27].

Si tratterebbe, in tal caso, innanzi a vicende non più attuali, di una vera e propria carenza di interesse a ripubblicare.

Con l'avvento dell'era digitale la questione, però, diviene ancor più complessa.

Come già precisato, *internet* è un vero e proprio deposito di flussi incessanti di notizie, in cui vanno a stratificarsi ed appiattirsi tutta una serie di dati, attuali e non; pertanto, il diritto all'oblio, in questa nuova accezione, non pone più un problema di ripubblicazione, ma di staticità e permanenza *sine die* dell'informazione nel *web* con grave rischio di travisamento dei fatti in danno della reputazione, onorabilità ed immagine del malcapitato.

Al fine di evitare illegittime ingerenze nella sfera personale altrui, sarebbe necessario, quindi, contestualizzare o aggiornare la notizia[28].

Infine, il diritto all'oblio è stato configurato come un vero e proprio diritto alla cancellazione[29], al blocco, al congelamento dei dati o all'opposizione al trattamento dei dati di cui alla direttiva 95/46/CE[30].

---

[26] Per una puntuale ricostruzione del processo di riconoscimento del diritto all'oblio a livello giurisprudenziale, v. G. Spoto, *Note critiche sul diritto all'oblio e circolazione delle informazioni in rete*, in *Contr. impr.*, 2012, 4-5, 1048 ss., 1051. Per approfondire l'*excursus* giurisprudenziale nazionale e comunitario, v. anche A. Sirotti Gaudenzi, *Diritto all'oblio e diritto all'informazione: un difficile equilibrio*, in *Corr. giur.*, 2018, 8-9, 1107 ss., 1112-1113.

[27] In giurisprudenza, cfr., *ex multis*, Cass. civ., sez. III, 26 giugno 2013, n. 16111, in *Dir.&Giust.*, 26 giugno 2013. In dottrina, tra i tanti, v. M. Mezzanotte, *Il diritto all'oblio*, Napoli, 2009.

[28] È questa la soluzione suggerita dalla nota sentenza Cass. civ., sez. III, 5 aprile 2012, n. 5525, con nota di A. Di Majo, *Il tempo siamo noi …*, in *Corr. giur.*, 2012, 6, 764 ss.

[29] V. Cass. civ., sez. I, 24 giugno 2016, n. 13161, in *Foro it.*, 2016, 9, I, 2729.

[30] Su questa triplice accezione del diritto all'oblio si rinvia alle lucide osservazioni di G. Finocchiaro, *Il diritto all'oblio nel quadro dei diritti della personalità*, *cit.*, 592 ss., per quanto l'A. rilevi (600) che «*Non pare che il diritto all'oblio costituisca un diritto in sé e che si debba ampliare il catalogo dei diritti della personalità, dal momento che esso appare comunque strumentale, o al diritto all'identità personale o al diritto alla protezione dei dati personali. Da un punto di vista metodologico, non serve in questo caso procedere alla creazione e alla formulazione di un nuovo diritto, dal momento che i diritti già consolidati sono idonei ad accogliere le esigenze nuove*». In senso analogo anche F. Pizzetti, *Il prisma del diritto all'oblio*, in AA.VV., *Il caso del diritto all'oblio*, a cura di F. Pizzetti, Torino, 2013, 21 ss., 22. *Contra* M.R. Morelli, *Oblio (diritto all')*, *cit.*, 848, il quale parla di "*Nuovo diritto della persona*".

Una siffatta gemmazione di varianti del diritto all'oblio, divenuto ormai una figura multiforme e cangiante, è giustificata dall'avvento del *web*, spazio sconfinato e non efficacemente disciplinato dal diritto[31].

Internet, i *social network* e, più in generale, i nuovi sistemi di comunicazione e le innovazioni tecnologiche hanno ampliato l'area di incidenza della situazione giuridica soggettiva in questione, al punto da consentire a quest'ultima di emanciparsi dai diritti alla riservatezza ed all'identità personale, tanto da ritagliarsi uno spazio di autonomia non indifferente.

Qualora l'internauta decidesse di condividere una notizia, un pensiero, un'informazione, una fotografia o quant'altro sul *web*, mettendolo a disposizione degli utenti, il dato finirebbe col fuoriuscire dall'alveo della disponibilità non solo del soggetto che lo ha diffuso, ma anche dello stesso sito sorgente su cui è stato originariamente pubblicato, sgorgando nell'universo parallelo telematico alla mercè dei motori di ricerca che tramite la cd. indicizzazione potrebbero potenzialmente renderlo accessibile a tutti i soggetti interessati nelle regioni più remote dell'universo *on line*[32].

Il problema del ruolo decisivo dei gestori dei motori di ricerca nella circolazione senza controllo delle informazioni è stato affrontato anche dalla C.G.U.E., che, proprio con riferimento all'ammissibilità di quest'ultima "variante" di oblio, *sub specie* cancellazione/deindicizzazione, con la nota sentenza *Google Spain*[33], ha condannato il gestore del motore di ricerca, in

[31] Sul tema della crisi del diritto privato e sulla necessità di individuare nuovi schemi, nuovi paradigmi e nuove metodologie per il diritto di *internet* e, in generale, per il diritto del terzo millennio, v. F. Di Ciommo, Internet *e crisi del diritto privato: tra globalizzazione, dematerializzazione e anonimato virtuale*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2003, 1, 117 ss.

[32] L'informazione acquisita dal *web* in modo asettico e decontestualizzato viene cristallizzata in modo statico ed immutabile, indipendentemente dal verificarsi di eventi sopraggiunti (consequenziali all'inesorabile decorso del tempo), che possano mutare o, addirittura, stravolgere l'originaria narrazione dei fatti. In proposito, estremamente attuali appaiono le lucide osservazioni di S. Rodotà, *Il diritto di avere diritti*, *cit.*, 406, «*L'oblio come condanna o come risorsa? Se pure vi fosse un fiume Lete dove abbeverarsi, per cancellare ogni ricordo Internet rimarrebbe lì implacabile, con la «sua» memoria che si imporrebbe alla nostra. Infatti, mentre la velocità dei tempi e dei cambiamenti, il vivere in un eterno tempo presente sembrano trascinare tutto verso l'oblio, la memoria della rete è invece lì, sempre pronta a far riemergere qualsiasi cosa. Qui è la ragione di una discussione sul «diritto all'oblio» che si diffonde in ogni luogo. Liberarsi dall'oppressione dei ricordi, da un passato che continua a ipotecare pesantemente il presente diviene, un traguardo di libertà. Il diritto all'oblio si presenta come diritto a governare la propria memoria, per restituire a ciascuno la possibilità di reinventarsi, di costruire personalità e identità affrancandosi dalla tirannia di gabbie nelle quali una memoria onnipresente e totale vuole rinchiudere tutti. Il passato non può essere trasformato in una condanna che esclude ogni riscatto*».

[33] V. C.G.U.E., Grande Sez., 13 maggio 2014, n. 131, causa C-131/12, reperibile su *www.*

qualità di responsabile del trattamento, ordinandogli di cancellare il *link*, che rimanda al sito contenente originariamente i dati pubblicati, considerati inattuali, *inadeguati o non più pertinenti, ovvero eccessivi in relazione alle finalità del trattamento*[34].

Non sono mancate critiche alla sentenza in oggetto, poiché considerata contraddittoria sotto diversi profili, configurando, in particolare, «*un'illiceità a geometria variabile, dove la notizia ingrata per l'interessato campeggia a pieno titolo nel* database *sorgente (nell'archivio del giornale che l'ha pubblicata a suo tempo; nel registro delle imprese), ma si ammanta di negatività non appena venga catturata dal* crawler *del* Google *di turno e, per questa via, messa a disposizione degli utilizzatori del motore di ricerca*»[35].

Ciononostante, giova sottolineare che, all'indomani della sentenza *de qua*, i motori di ricerca si sono muniti di procedure di rimozione e di deindicizzazione che hanno innescato "*una sorta di concorrenza tra i vari strumenti di tutela*" (rimedi giudiziali tradizionali e stragiudiziali), con l'intento dichiarato di migliorare il servizio per l'utente nel rispetto delle linee guida indicate dalla C.G.U.E., ma tradendo probabilmente le aspettative[36], poiché la procedura è ben lungi dal raggiungere risultati

dejure.it o su *www.curia.eu*. Contraria alla deindicizzazione, invece, seppure in relazione al caso concreto, la sentenza del Trib. Roma, sez. I civ., 3 dicembre 2015, n. 23771, con nota di F. Russo, *Diritto all'oblio e motori di ricerca: la prima pronuncia dei Tribunali italiani dopo il caso* Google Spain, in *Danno resp.*, 2016, 3, 299 ss. Sul tema, di recente, cfr. anche C.G.U.E., Grande Sez., 5 giugno 2018, n. 210, in *Dir. inf.*, 2018, 2, 310 e C.G.U.E., sez. II, 29 luglio 2019, n. 40, in *Resp. civ. prev.*, 2019, 6, 1987.

[34] Sull'argomento, cfr. AA.VV., *Il diritto all'oblio su* internet *dopo la sentenza* Google Spain, a cura di G. Resta e V. Zeno-Zencovich, Roma, 2015; A. Palmieri, R. Pardolesi, *Diritto all'oblio: il futuro dietro le spalle (Nota a corte giust. 13 maggio 2014, causa C. 131/12)*, in *Foro it.*, 2014, 6, 317 ss.; O. Pollicino, *Interpretazione o manipolazione? La Corte di giustizia definisce un nuovo diritto alla* privacy *digitale*, in *www.federalismi.it*, 2014, 3, 24 novembre 2014, 2 ss. e A. Viglianisi Ferraro, *La sentenza* Google Spain *ed il diritto all'oblio nello spazio giuridico europeo*, in *Contr. impr. Eur.*, 2015, 1, 159 ss.

[35] In tal senso R. Pardolesi, *L'ombra del tempo e (il diritto al)l'oblio*, in *Quest. Giust.*, 2017, 1, 76 ss., 77-78, il quale aggiunge che «[…] *resta il disagio prodotto dal paradosso in virtù del quale la riedizione di rimbalzo della notizia incorre nella contrarietà al diritto, mentre vi si sottrae la sua versione originale: un po' come opinare che non incorra nei rigori della legge la pubblicazione di un articolo su un quotidiano, laddove vi incappa la sua riproposizione in una rassegna stampa. Viene così profilandosi un'ipocrisia discriminatoria, in ragione della quale l'immediata disponibilità del dato preoccupa molto di più della sua disponibilità* tout court*: poco importa, dunque, se l'informazione sia comunque accessibile, basta che non sia a portata di un* click *del vostro* computer».

[36] Per ulteriori approfondimenti, v. S. Martinelli, *Diritto all'oblio e motori di ricerca: il bilanciamento tra memoria e oblio in* internet *e le problematiche poste dalla de-indicizzazione*, in *Dir. inf.*, 2017, 3, 565 ss.

efficienti ed effettivi[37].

Questo continuo (e complicato) bilanciamento tra oblio ed informazione[38] è comunque destinato a subire ulteriori scosse di assestamento ermeneutico successivamente all'entrata in vigore del Regolamento (UE) 2016/679 del Parlamento europeo e del Consiglio del 27 aprile 2016[39].

3. *L'oblio come diritto assoluto "tipico" all'indomani dell'entrata in vigore del Regolamento U.E. 2016/679*

L'art. 17 Regolamento (UE) 2016/679, rubricato "*Diritto alla cancellazione («diritto all'oblio»)*", tipizza definitivamente il *diritto assoluto* all'oblio[40], *sub specie* "Diritto alla cancellazione", cristallizzando le risultanze dell'*excursus* giurisprudenziale sul tema[41].

L'intervento normativo comunitario non appare pienamente soddisfacente per tutta una serie di motivi[42].

In primis, sembra illuminarsi soltanto una "faccia del prisma" dell'oblio: la disciplina comunitaria, infatti, si incentra sul diritto alla cancellazione a protezione dell'identità digitale, garantendo una tutela soltanto parziale degli interessi sottesi alla fattispecie in commento, rinviando, quindi, all'opera ermeneutica dell'interprete per tutte quelle peculiari sfaccettature del caso concreto non contemplate.

In secondo luogo, è forte il rischio, innanzi alle istanze di parte, di

[37] Cfr. S. Sica, V. D'Antonio, *La procedura di de-indicizzazione*, in *Dir. inf.*, 2014, 4-5, 703 ss., 728.

[38] Sul tema, tra i tanti, v. G.M. Riccio, *Il difficile equilibrio tra diritto all'oblio e diritto di cronaca*, in *N.G.C.C.*, 2017, 4, 549 ss.

[39] Per un quadro generale, v. A. Lauro, *La libertà di informazione ai tempi del GDPR*, in *Forum di Quaderni Costituzionali*, 2, 2021, 142 ss., disponibile su *www.forumcostituzionale.it*.

[40] V. E. Lucchini Guastalla, *Il nuovo regolamento europeo sul trattamento dei dati personali: i principi ispiratori*, in *Contr. impr.*, 2018, 1, 107 ss., 118 e S. Bonavita – R. Pardolesi, *GDPR e diritto alla cancellazione (oblio)*, in *Danno resp.*, 2018, 3, 269 ss.

[41] Concorde sul punto M. Zanichelli, *Il diritto all'oblio tra* privacy *e identità digitale*, in *Inf. dir.*, 2016, 1, 9 ss., 12. Per maggiori approfondimenti, cfr. V. Cuffaro, *Cancellare i dati personali. Dalla* damnatio memoriae *al diritto all'oblio*, in N. Zorzi Galgano (a cura di), *Persona e mercato dei dati. Riflessioni sul GDPR*, Milano-Padova, 2019, 219 ss.

[42] In dottrina si è parlato di "*occasione mancata per una disciplina compiuta del diritto all'oblio*" (v. A. Iannotti Della Valle, *Il diritto all'oblio "preso meno sul serio" alla luce della sentenza GOOGLE/CNIL della Corte di Giustizia dell'Unione Europea*, in *www.rivistaaic.it*, 2020, 2, 8 giugno 2020, 495 ss., 510).

una cancellazione indiscriminata dei *link* da parte dei motori di ricerca, che produrrebbe a cascata un *vulnus* indotto di storia nel *web*, potendosi verificare l'eventualità, già ipotizzata in dottrina, che "*gli intermediari della rete divengano àrbitri delle informazioni accessibili, operando una selezione non solo della quantità delle informazioni, ma altresì della loro qualità*"[43].

A ciò si aggiunga, inoltre, che il legislatore europeo ha affrontato in modo non del tutto convincente la problematica dei rimedi esperibili a tutela degli interessi in gioco[44]. Non si dimentichi, infatti, che l'intera operazione ermeneutica si fonda su un difficile bilanciamento tra cronaca/informazione ed oblio/riservatezza[45].

Ebbene, il Regolamento, nonostante il testo dell'art. 17 e dei considerando 65 e 66, non solo non prevede parametri certi per l'operatore del diritto sulle modalità di bilanciamento, ma, vieppiù, non affronta in modo convincente l'aspetto degli strumenti di reazione in caso di lesione del diritto all'oblio, rinviando alla tradizionale tutela inibitoria e risarcitoria[46].

Il legislatore si limita a tipizzare fattispecie di oblio, peraltro già individuate dalla giurisprudenza, ed espresse deroghe al diritto *de quo*, effettuando *ex ante* un bilanciamento degli interessi a favore del diritto all'informazione; non preoccupandosi, però, di tutte quelle zone grigie che il caso concreto sottopone all'attenzione del giudice.

Il vero *punctum dolens* è, infatti, che il Regolamento ha la presunzione di disciplinare, almeno nelle intenzioni, in modo esaustivo l'esercizio di un diritto, che, in quanto inerente all'identità personale, si presenta liquido

[43] In tal senso, G.M. Riccio, *Diritto all'oblio e responsabilità dei motori di ricerca*, *cit.*, 219.

[44] Per un quadro esaustivo delle tutele apprestate dal GDPR, v. C. Irti, *Consenso "negoziato" e circolazione dei dati personali*, Torino, 2021, 119 ss.

[45] Si consenta sul tema del bilanciamento di interessi tra gli interessi in questione di richiamare le lucide osservazioni di V. Cuffaro, *Una decisione assennata sul diritto all'oblio*, in *Corr. giur.*, 2019,10, 1195 ss., 1196, il quale rileva che «*il diritto all'oblio non ha né può avere un significato univoco, non è dunque una sorta di formula magica da utilizzare indiscriminatamente, ma assume diverso rilievo a seconda che valga a definire la pretesa a che certe notizie, a suo tempo legittimamente diffuse nell'esercizio della cronaca giornalistica, non siano poi riproposte a distanza di tempo, in un contesto che non è più attuale o che non rende più attuale l'indicazione dei protagonisti; ovvero sia invocato per opporsi alla circolazione delle notizie,* rectius *ai dati personali, nella rete, là dove sono depositati negli innumerevoli archivi raggiungibili tramite i motori di ricerca*». L'A. aggiunge (1196-1197), inoltre che «*Il criterio di soluzione di un tale conflitto tra diritti non è, né può essere, nel senso della preminenza dell'uno sull'altro, bensì nel segno del bilanciamento. Bilanciamento che necessariamente implica un giudizio da compiere secondo il paradigma della ragionevolezza*».

[46] Per un inquadramento generale della questione, v. E. Errigo, *Il diritto all'oblio e gli strumenti di tutela tra tradizione e nuovi contesti digitali*, in *Dirittifondamentali.it*, 2021, 1, 30 aprile 2021, 642 ss.

e cangiante, proprio perché frutto del *continuo divenire mobile* della realtà umana[47], come tale non facilmente inquadrabile in rigidi schemi precostituiti.

La disciplina europea lascia aperte alcune problematiche alquanto rilevanti, a cui sarebbe stato opportuno dare soluzione: non è dato sapere, infatti, quale sia il lasso di tempo idoneo per considerare la notizia non pertinente o inattuale; quali siano i parametri da seguire per effettuare un corretto bilanciamento degli interessi in gioco[48]; se e come risarcire il danno cagionato nel caso in cui venga accertata l'effettiva lesione del diritto *de quo*, l'operazione di calcolo del *quantum debeatur* è tutt'altro che semplice alla luce dei risvolti personalistici di cui è intrisa la tematica in questione[49].

Ed allora, nel silenzio del legislatore bisogna armarsi di buona volontà e scandagliare nuove soluzioni interpretative, attingendo dagli strumenti tradizionali del giurista nel rispetto del principio di legalità costituzionale[50].

Giova, quindi, comprendere quale sia realmente la caratura assiologica del diritto all'oblio, che è altro rispetto ai diritti all'identità personale ed alla riservatezza, a questi ultimi accostabile, ma non sovrapponibile.

L'interesse a "cancellare le tracce" di quel passato lontano non più

[47] Sull'argomento si rinvia a S. Pugliatti, *Continuo e discontinuo nel diritto*, in *Grammatica e diritto*, Milano, 1978, 86. Per maggiori approfondimenti sul pensiero del Maestro, v. A. Gorassini, *Postilla. L'eterna incompiuta: continuo e discontinuo del diritto nell'intuizione di S. Pugliatti*, in *Salvatore Pugliatti*, a cura di S. Ciccarello, A. Gorassini e R. Tommasini, Napoli, 2016, 613 ss.

[48] A maggior riprova della complessità intrinseca dell'operazione di bilanciamento in questione, con ordinanza n. 28084/2018 è stata rimessa alle Sezioni Unite la definizione della questione dei criteri di bilanciamento tra diritto di cronaca e diritto all'oblio; v. F. Di Ciommo, *Oblio e cronaca: rimessa alle Sezioni Unite la definizione dei criteri di bilanciamento*, in *Corr. giur.*, 2019, 1, 5 ss.

[49] In proposito, cfr. R. Senigaglia, *Reg. UE 2016/679 e diritto all'oblio nella comunicazione telematica. Identità, informazione e trasparenza nell'ordine della dignità personale*, in *N.L.C.C.*, 2017, 5, 1023 ss., il quale rileva (1060) che «*Trattandosi peraltro, di danni che incidono prevalentemente sulla sfera non patrimoniale del soggetto, la loro rilevanza è condizionata al superamento della c.d. "soglia di risarcibilità", escludendo quindi il risarcimento dei danni «bagatellari», come ampiamente argomentato dalla ormai assestata giurisprudenza in materia di danno non patrimoniale*».

[50] V. P. Perlingieri, *Stagioni del diritto civile. A colloquio con Rino Sica e Pasquale Stanzione*, Napoli, 2021, 41, il quale segnala che «*L'interpretazione giuridica assume, in un ordinamento complesso e aperto, la delicata funzione di individuare la normativa da applicare al caso concreto, combinando e collegando disposizioni, le più varie, anche di rango e provenienza diverse, sì da trarre dal caos legislativo la soluzione più congrua nel rispetto dei valori e degli interessi considerati normativamente prevalenti nonché dei canoni della proporzionalità e della ragionevolezza. L'ermeneutica odierna è anzitutto un'ermeneutica del controllo di conformità alla legalità costituzionale; è attività che ha fondamenti nuovi, che si avvale di categorie concettuali rinnovate*».

aderente al proprio essere deriva direttamente dalla inviolabilità della dignità umana di cui all'art. 1 Carta dei diritti fondamentali dell'U.E.[51].

Il principio di dignità, intimamente connesso al principio personalista, quindi, diviene valore apicale del nostro ordinamento, come tale irrinunciabile ed inderogabile. Tale principio evidentemente, all'esito del bilanciamento tra oblio e cronaca, deve trovare immediata applicazione[52].

La *dignità quale "metadiritto"*[53] costituisce, quindi, il fondamento irrinunciabile del diritto all'oblio e, al contempo, il limite ultimo del bilanciamento stesso[54].

Estremamente pertinenti con l'argomento che interessa appaiono le osservazioni di autorevole dottrina che sottolineava che «*il catalogo dei diritti dell'uomo è un catalogo mai compiuto, in quanto essenzialmente storico, bisognoso di sempre nuove implementazioni e arricchimenti, mano a mano che nuove esigenze e nuove necessità indotte da mutamenti nella economia, nella scienza, nella tecnica, nella società fanno sentire le loro ragioni e reclamano soddisfazione. Ma deve riporsi nel principio di dignità la* ratio *del loro riconoscimento, come pure il necessario filtro alla loro ammissione (c.d. visione dignitaria dei diritti), onde scongiurare il rischio di inflazione come pure la strumentalizzazione retorica degli stessi*»[55].

Pertanto, nella dialettica tra diritto all'oblio e diritto all'informazione, quest'ultimo, in linea di principio, dovrebbe essere recessivo rispetto al primo, inteso, in un'ottica assiologicamente orientata, come espressione del valore fondamentale della dignità umana[56], salvo i casi di uso non distorto

[51] In senso analogo T.E. Frosini, *Diritto all'oblio e internet*, in *www.federalismi.it*, n. 2014, 1, 10 giugno 2014, 1 ss., 4, ove si precisa (5) che «*La tutela della dignità dell'uomo passa (anche) attraverso il diritto all'oblio, ovvero il diritto a cancellare, ovvero a contestualizzare, i dati personali per vietare – come già detto – un travisamento dell'immagine sociale di un soggetto, per evitare che la vita passata possa costituire un ostacolo per la vita presente e possa ledere la propria dignità umana*».

[52] O, come lucidamente evidenziato, «*si tratta, dunque, di trovare il giusto mezzo tra il diritto-dovere d'informazione da parte dei* media *e il rispetto della dignità della persona, salvaguardandoli entrambi e, laddove ciò dovesse dimostrarsi impossibile, posponendo il primo al secondo*» [v. A. Ruggeri, *Dignità dell'uomo, diritto alla riservatezza, strumenti di tutela (prime notazioni)*, in *Consulta* on line, 2016, III, 21 ottobre 2016, consultabile su *www.giurcost.org*, 371 ss., 377].

[53] L'espressione è ripresa da A. Ruggeri, *La dignità dell'uomo e il diritto di avere diritti (profili problematici e ricostruttivi)*, in *Consulta* on line, 2018, II, 3 giugno 2018, consultabile su *www.giurcost.org*, 392 ss., 395.

[54] Cfr. E. Del Prato, *Ragionevolezza e bilanciamento*, in *Riv. dir. civ.*, 2010, 1, 23 ss., 39.

[55] In tal senso V. Scalisi, *L'ermeneutica della dignità*, Milano, 2018, 49.

[56] Da intendersi come "*autentico* Grundwert *dell'ordinamento costituzionale*". L'espressione si deve a A. Ruggeri, *Dignità dell'uomo, diritto alla riservatezza, strumenti di tutela (prime*

e/o indebito delle notizie o di loro evidente rilevanza sociale[57].

In quest'operazione di bilanciamento, il fattore "tempo", inteso come tempo della permanenza in rete dell'informazione, gioca un ruolo decisivo, divenendo coefficiente di rilevanza e meritevolezza del trattamento del dato oggetto di bilanciamento.

Come rilevato in dottrina, il tempo "*assolve alla funzione di misuratore del sacrificio esigibile dal privato rispetto al diritto di cronaca*"[58].

L'interesse sociale alla conoscenza dell'informazione tende ad affievolirsi gradualmente con l'inesorabile scorrere del tempo fino a varcare la soglia dell'irrilevanza giuridica e/o dell'estinzione[59], è qui che si sviluppa la pienezza del diritto all'oblio, come interesse meritevole di tutela, che sfrutta *la progressiva minorazione dell'efficienza* dell'opposto diritto di cronaca[60].

In conclusione, seppure apprezzabile l'intervento normativo di cui si tratta per l'evidente tentativo di garantire protezione ad interessi sicuramente meritevoli di tutela, ciononostante sarebbe auspicabile un'attenta rivisitazione della novella al fine di "*ridurre il grado di irrazionalità e incalcolabilità dell'ordinamento. E qui si coglie che determinatezza del diritto è anche determinatezza dei diritti, e che al vincolo legale del giudice sempre corrisponde la certezza delle situazioni giuridiche soggettive*"[61].

---

notazioni), *cit.* 371.

[57] Sul tema della compressione del diritto all'oblio, cfr., di recente, Cass. civ., sez. I, 20 marzo 2018, n. 6919, con nota di S. Martinelli, *Il diritto all'oblio nel bilanciamento tra riservatezza e libertà di espressione: quali limiti per i personaggi dello spettacolo?*, in *Giur. it.*, 2019, 5, 1047 ss. V. anche C.G.U.E., Grande Sez., 24 settembre 2019, causa C-507/17, con nota di C. Scarpellino, *Un oblio tutto europeo*, in *Danno resp.*, 2020, 2, 209 ss.; Cass. Civ., SS.UU., 22 luglio 2019, n. 19681, in *Dir. fam. pers.*, 2020, 4, 1242 ss. e Cass. Civ., sez. I, 27 marzo 2020, n. 7559, con nota di V. Sciarrino, *Il* web *e la tutela della memoria collettiva storica: un tentativo, poco riuscito, di protezione dell'oblio digitale*, in *Corr. giur.*, 2021, 3, 345 ss.

[58] V. A. Vesto, *Interessi legittimi, normativa* antitrust *e disciplina sulla* privacy, in C. Mazzù, *La logica inclusiva dell'interesse legittimo nel rapporto tra autonomia e sussidiarietà*, Torino, 2014, 278 ss., 280.

[59] Sulla rilevanza del tempo, v. A. Falzea, *Fatto naturale*, in *Studi in onore di Gioacchino Scaduto*, Padova, 1970, I, 399 ss., ora in *Ricerche di teoria generale del diritto e di dogmatica giuridica. II. Dogmatica giuridica*, Milano, 1997, 357 ss., 375, in cui il Maestro afferma: «*Tempo senza eventi e senza comportamenti – tempo astratto, tempo vuoto,* tempus absolutum verum et mathematicum *- è tempo senza interessi umani: un tempo, dunque, che non riveste alcun valore per il diritto, come non lo riveste uno spazio vuoto, assoluto e immutabile e perciò avulso dalla vita*».

[60] In tema di efficacia affievolitiva, imprescindibili appaiono le osservazioni di A. Falzea, voce *Efficacia giuridica*, in *Enc. dir.*, 1965, XIV, Milano, 432 ss., 497.

[61] In tal senso N. Irti, *I 'cancelli delle parole' intorno a regole, principî, norme*, Napoli, 2015, 34.

Fabio Balducci Romano

Il diritto di proporre reclamo: aspetti sostanziali e procedurali di uno strumento di tutela multilivello

Sommario: 1. Premessa – 2. Cenni storici – 3. L'avvento del GDPR – 4. Il nuovo Codice della *privacy*: l'alternatività tra reclamo al Garante e ricorso giurisdizionale – 5. La natura giuridica del reclamo – 6. Considerazioni conclusive.

1. *Premessa*

Il rafforzamento del diritto alla protezione dei dati personali rappresenta una delle innovazioni apportate dal Trattato di Lisbona del 2007[1]. Al riguardo, l'art. 8 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, a cui la riforma di Lisbona ha inteso attribuire lo stesso valore giuridico dei trattati[2], stabilisce che il rispetto delle regole in materia di protezione delle persone fisiche con riguardo al trattamento dei dati personali è soggetto al controllo di un'autorità indipendente[3].

Inoltre, l'art. 16 del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea[4] prevede che la funzione di supervisione sull'applicazione delle norme adottate dalle Istituzioni europee in materia di protezione dei dati personali

[1] V. *Trattato di Lisbona che modifica il trattato sull'Unione europea e il trattato che istituisce la Comunità europea, firmato a Lisbona 13 dicembre 2007*, in GUUE C 306 del 17.12.2007, p. 1 ss.

[2] V. art. 6 del Trattato sull'Unione Europea, in seguito "TUE", in GUUE C 202 del 7.6.2016, p. 19.

[3] V. art. 8, par. 3 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, in seguito "CDFUE", in GUUE C 202 del 7.6.2016, p. 391 ss., che recita: «*Il rispetto di tali regole è soggetto al controllo di un'autorità indipendente*».

[4] V. art. 16, par. 2, del Trattato sul Funzionamento dell'Unione Europea, in seguito "TFUE", in GUUE C 202 del 7.6.2016, p. 47 ss., il cui testo è pressoché identico a quello dell'art. 8 CDFUE, cit.: «*Il rispetto di tali norme è soggetto al controllo di autorità indipendenti*»

sia attribuita ad autorità indipendenti[5].

Tali norme primarie indicano il chiaro obiettivo di *costituzionalizzare* la funzione di supervisione, affidandola ad autorità amministrative indipendenti, dotate di elevate competenze tecniche, che assumano il ruolo di "*custodi del diritto alla vita privata*"[6].

Mentre le citate norme garantiscono, al livello più alto, il diritto del cittadino o, meglio, di qualsiasi persona fisica di rivolgersi a tali autorità, nell'ordinamento europeo mancava una dettagliata previsione degli strumenti che consentissero di accedere a tale forma di tutela[7].

Questa può, a buon titolo, considerarsi una delle novità introdotte dal Regolamento Generale sulla Protezione dei Dati. Va rammentato, in proposito, che, da un lato, il contenuto dell'art. 16 del TFUE e, dall'altro, l'adozione di un regolamento dell'Unione, in luogo di una direttiva, hanno pressoché escluso il potere degli Stati di legiferare in materia, a meno che l'intervento normativo nazionale non sia autorizzato dall'Unione, ovvero tenda semplicemente a dare esecuzione alla norma europea[8]. Gli Stati membri hanno il compito di stabilire regole procedurali adeguate per i reclami, senza alterare la sostanza del diritto, ad esempio attraverso la previsione di condizioni o limiti che ne restringano la proponibilità.

Si può, quindi, affermare che la principale novità del GDPR consista proprio nell'*occupazione* diretta della materia da parte del legislatore europeo: gli aspetti sostanziali del reclamo sono ora ampiamente disciplinati dal diritto dell'Unione, mentre gli Stati membri, nel dare esecuzione al Regolamento, godono di un'autonomia procedurale notevolmente limitata, per effetto di un'ampia serie di regole di principio, funzionali ad assicurare l'effettività del mezzo di rimedio.

[5] V. S. Di Minco, *Commento all'art. 16 TFUE*, in C. Curti Gialdino (cur.), *Codice dell'Unione Europea Operativo*, Napoli, 2012, p. 539.

[6] V. Corte giust., sent. 9 marzo 2010, C-518/07, *Comm. c. Germania*, par. 23 e 36; per un commento, V. L. Fabiano, *Chi controlla il controllore? Sulla (illegittimità, secondo la Corte di giustizia, della) vigilanza (statale) delle autorità di controllo*, in *DPCE*, 2010, 3, p. 944 ss.; in senso conf., V. Corte giust., parere 26 luglio 2017, n. 1/15, par. 229; per un commento, V. E.A. Rossi, *Gli accordi PNR (Passenger Name Record) nella lotta al terrorismo internazionale. Conseguenze del parere n. 1/15 della Corte di giustizia del 26 luglio 2017 per la legittimità della direttiva n. 2016/681/UE*, in *DCSI*, 2018, 3, p. 395 ss.; in dottrina, v. P. De Pasquale, *Diritto dell'Unione europea e procedimenti davanti alle autorità indipendenti: i principi*, in *DUE*, 2013, 1, p. 76 e nota n. 55.

[7] V. *supra*, Cap. prec., par. I.

[8] Sul tema, sia consentito rinviare al mio articolo *La protezione dei dati personali tra libertà di circolazione e diritti fondamentali dell'uomo*, in *RIDPC*, 2015, 6, p. 1626 e ss.

2. *Cenni storici*

Pur non prevedendo formalmente un vero e proprio diritto di reclamo, la dir. 95/46[9], ha di fatto introdotto l'obbligo, a carico degli Stati membri, di istituire autorità a livello nazionale, provviste di specifiche funzioni di controllo in materia, attivabili anche a seguito di richiesta individuale.

In proposito, l'art. 28 della Direttiva attribuiva espressamente a qualsiasi persona il diritto di «presentare ad un'autorità di controllo una domanda relativa alla tutela dei suoi diritti e libertà con riguardo alla protezione di dati personali», con conseguente obbligo di tale autorità di informare l'interessato dell'esito della domanda e delle eventuali verifiche effettuate.

Il richiamo testuale al diritto di reclamo era tuttavia contenuto solo nel considerando n. 63, che prevedeva che le autorità nazionali di controllo dovessero disporre dei mezzi necessari all'adempimento dei loro compiti, segnatamente in caso di reclami di singoli individui. In tal modo, gli Stati membri erano obbligati a prevedere mezzi di tutela amministrativa che permettessero l'attivazione di poteri di controllo effettivi da parte delle autorità preposte alla protezione dei dati personali.

Già nel quadro della Direttiva, la funzione decisoria dell'autorità nazionale esigeva adeguate garanzie, sia con riferimento all'indipendenza delle suddette autorità, sia quanto alla previsione, nella legislazione nazionale, del diritto ad un ricorso effettivo. Ciò sull'assunto che, da un lato, un'autorità non imparziale non fosse in grado di produrre decisioni affidabili[10] e che, dall'altro lato, la previsione di strumenti effettivi di tutela giurisdizionale fosse essenziale non solo per le domande risarcitorie, ma anche per l'impugnazione dei provvedimenti delle autorità[11]. Infatti, la previsione di un ricorso dinanzi alle giurisdizioni nazionali appariva indispensabile al fine di assicurare l'esperibilità del rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia che, come ben noto, costituisce un indefettibile strumento di garanzia del primato e dell'uniforme applicazione del diritto europeo[12].

[9] Direttiva 95/46/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 24 ottobre 1995, *relativa alla tutela delle persone fisiche con riguardo al trattamento dei dati personali, nonché alla libera circolazione di tali dati*, in GUCE L 281 del 23.11.1995, p. 31 ss.; in seguito "la Direttiva" o "dir. 95/46".

[10] Sul punto, V. Corte giust., sent. 9 marzo 2010, *Commissione c. Germania*, cit. p. 25.

[11] V. dir. 95/46, cit. cons. n. 55.

[12] Sul rinvio pregiudiziale, resta sorprendentemente attuale P. Pescatore, *Il rinvio pregiudiziale di cui all'articolo 177 del trattato CEE nella cooperazione tra la Corte ed i giudici nazionali*, in *Foro it.*, 1986, V, col. 26 ss., segnatamente v. col. 31. Sulla giurisprudenza della Corte di giustizia in merito alle leggi nazionali limitative del rinvio pregiudiziale ex art. 267 TFUE, V. Corte giust., sent. 22 giugno 2010, C-188 e 189/10, *Melki e Abdeli*, p. 57; per

La Direttiva, tuttavia, si limitava a stabilire norme di principio, lasciando agli Stati membri ampia discrezionalità quanto agli strumenti e procedure da implementare per assicurare la tutela, amministrativa e giurisdizionale, del diritto alla protezione dei dati personali.

Come ben noto, la dir. 95/46 è stata attuata in Italia, in prima battuta, con L. n. 675/1996, istitutiva del Garante per la protezione dei dati personali[13]. Tale legge, pur non prevedendo uno strumento denominato reclamo, introduceva il ricorso al Garante quale mezzo di tutela amministrativa, alternativo alla giurisdizione, esperibile essenzialmente dall'interessato al fine di ottenere una decisione relativa ai principali diritti connessi al trattamento dei propri dati. L'art. 29 della L. 675/1996 assegnava al Garante poteri decisori, consistenti nell'ordine di cessare il comportamento illegittimo, indicando al titolare e/o al responsabile eventuali prescrizioni a cui attenersi nel trattamento dei dati.

In seguito, il Codice in materia di protezione dei dati personali[14], sostituendo la legge 675/1996, ha ampliato gli strumenti a disposizione dell'interessato, distinguendo tra tutela amministrativa, basata su reclami e segnalazioni, e tutela alternativa alla giurisdizione, basata sul ricorso al Garante. Quest'ultimo si differenziava notevolmente dai primi due, concepiti come mezzi di denuncia quasi del tutto informali. Il ricorso, infatti, era connotato da un preciso obiettivo di tutela del diritto alla protezione dei dati, e presentava una procedura regolamentata, connotata peraltro dalla necessaria fase precontenziosa di interpello preventivo del titolare o del responsabile, sicché si prevedeva che esso potesse essere esperito in via alternativa al ricorso al tribunale[15].

Rispetto al ricorso, il reclamo richiedeva minori formalità, con oneri introduttivi attenuati anche sotto il profilo economico, non essendo richiesto il versamento di tasse o diritti di segreteria.

un commento, V. D.U. Galetta, *Autonomia procedurale e dialogo costruttivo fra giudici alla luce della sentenza Melki*, in *DUE*, 2011, 1, p.223-244.

[13] V. art. 30 della L. 31 dicembre 1996 n. 675, *Tutela delle persone e di altri soggetti rispetto al trattamento dei dati personali*, in GURI 8 gennaio 1997, n. 5.

[14] V. D.lgs. 30 giugno 2003 n. 196, *Codice in materia di protezione dei dati personali*, in GURI 29 luglio 2003, n. 174, in seguito anche "Codice" o "Codice della privacy".

[15] V. Codice previgente, art. 145. Tale disposizione, abrogata dal D.lgs. 101/2018, cit., prevedeva quanto segue:
«*1. I diritti di cui all'articolo 7 possono essere fatti valere dinanzi all'autorità giudiziaria o con ricorso al Garante.*
2. Il ricorso al Garante non può essere proposto se, per il medesimo oggetto e tra le stesse parti, è stata già adita l'autorità giudiziaria.
3. La presentazione del ricorso al Garante rende improponibile un'ulteriore domanda dinanzi all'autorità giudiziaria tra le stesse parti e per il medesimo oggetto».

3. *L'avvento del GDPR*

Il Regolamento Generale sulla Protezione dei Dati[16] disciplina analiticamente i contenuti sostanziali del diritto di proporre reclamo, con una notevole carica innovativa. A differenza della dir. 95/46, che lasciava agli Stati membri la disciplina dei mezzi di rimedio attribuiti ai singoli, il Regolamento non si limita a prevedere genericamente la facoltà dell'interessato di rivolgersi all'autorità di controllo, ma stabilisce uno specifico strumento di tutela, corredato di una gamma alquanto vasta di diritti connessi, con previsioni dettagliate, certamente dotate di diretta applicabilità negli ordinamenti nazionali.

L'obiettivo del Regolamento è quello di fornire uno strumento di tutela effettivo e sottoposto ad una disciplina uniforme. Appare perciò evidente la connessione con l'art. 8 della CDFUE: la disciplina stabilita dal GDPR ha lo scopo di apprestare una tutela adeguata al diritto fondamentale alla protezione dei dati personali.

L'art. 77 del Regolamento configura il reclamo come mezzo aggiuntivo, e non alternativo alla tutela giurisdizionale[17]. La disposizione citata, infatti, stabilisce che, fatto salvo ogni altro ricorso amministrativo o giurisdizionale, l'interessato ha diritto di rivolgersi a un'autorità di controllo, per far constatare una violazione delle norme relative al trattamento dei propri dati.

A tal fine, la disposizione stabilisce altresì le regole di competenza: il reclamo va, infatti, presentato all'autorità nazionale che ha sede nello Stato membro in cui l'interessato risiede abitualmente o lavora, oppure in quello in cui si è verificata la presunta violazione.

Detta autorità è tenuta, in base alla norma, a comunicare all'interessato lo stato oppure l'esito del reclamo, informandolo del diritto di rivolgersi al giudice competente.

[16] V. Regolamento (UE) 2016/679 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 27 aprile 2016, relativo alla protezione delle persone fisiche con riguardo al trattamento dei dati personali, nonché alla libera circolazione di tali dati e che abroga la direttiva 95/46/CE (regolamento generale sulla protezione dei dati), in GUUE L119 del 4.5.2016, p. 1 ss., in seguito "RGPD" o "GDPR".

[17] Ivi, art. 77, par. 1, cons. n. 141 e art. 82, par. 6. La regola dell'alternatività è una scelta nazionale, prevista dal Codice. Il testo dell'art. 77, rubricato "*Diritto di proporre reclamo all'autorità di controllo*" è il seguente:
«*1. Fatto salvo ogni altro ricorso amministrativo o giurisdizionale, l'interessato che ritenga che il trattamento che lo riguarda violi il presente regolamento ha il diritto di proporre reclamo a un'autorità di controllo, segnatamente nello Stato membro in cui risiede abitualmente, lavora oppure del luogo ove si è verificata la presunta violazione.*
2. L'autorità di controllo a cui è stato proposto il reclamo informa il reclamante dello stato o dell'esito del reclamo, compresa la possibilità di un ricorso giurisdizionale ai sensi dell'articolo 78».

In sostanza, l'Autorità è obbligata ad esaminare la richiesta dell'interessato e a svolgere un'indagine, adottando in tempi ragionevoli una decisione espressa e motivata, da comunicarsi all'interessato.

L'effettività dello strumento è evidentemente connessa alla possibilità di rivolgersi al giudice: per tale ragione, il GDPR precisa che va garantito il diritto ad un ricorso giurisdizionale effettivo non solo per impugnare i provvedimenti dell'autorità, ma anche per poterne contestare l'inerzia, qualora cioè un'autorità di controllo non abbia trattato la richiesta o non abbia inviato all'interessato una comunicazione relativa allo stato o all'esito del reclamo, entro tre mesi dalla presentazione[18].

Al riguardo, sembra eloquente il considerando n. 129 del Regolamento, secondo cui:

«ogni misura giuridicamente vincolante dell'autorità di controllo dovrebbe avere forma scritta, essere chiara e univoca, riportare l'autorità di controllo che ha adottato la misura e la relativa data di adozione, recare la firma del responsabile o di un membro dell'autorità di controllo da lui autorizzata, precisare i motivi della misura e fare riferimento al diritto a un ricorso effettivo».

Tali garanzie, generalmente riferite ai provvedimenti delle autorità nazionali di controllo, debbono certamente applicarsi anche al reclamo, anche per il chiaro tenore dell'art. 78 del GDPR.

Sembra, quindi, evidente che il testo dell'art. 77 del GDPR vada corretto, per precisare che l'interessato ha diritto di essere informato tanto dello stato quanto, soprattutto, dell'esito del reclamo. Al riguardo, il confronto con le altre versioni linguistiche sembra evidenziare un errore lessicale: la versione inglese e quella francese, ad esempio, indicano chiaramente che le comunicazioni dello stato e dell'esito del reclamo non sono alternative, ma sono entrambe obbligatorie[19]. Peraltro, oltre all'argomento letterale, ed al confronto con altre disposizioni relative al reclamo[20], si è visto sopra che vi è una regola di principio che impone che tutti i provvedimenti delle

[18] Ivi, art. 78, par. 1 e s.

[19] Ivi, art. 77, par. 2. La versione in lingua francese è la seguente: «*2. L'autorité de contrôle auprès de laquelle la réclamation a été introduite informe l'auteur de la réclamation de l'état d'avancement et de l'issue de la réclamation, y compris de la possibilité d'un recours juridictionnel en vertu de l'article 78*». Questa, invece, è la versione in lingua inglese: «*2. The supervisory authority with which the complaint has been lodged shall inform the complainant on the progress and the outcome of the complaint including the possibility of a judicial remedy pursuant to Article 78*».

[20] V. GDPR, cons. n. 141.

autorità di controllo siano scritti e motivati[21]. Il GDPR, quindi, non sembra ammettere provvedimenti impliciti, né di archiviazione o rigetto, né di accoglimento del reclamo.

4. *Il nuovo Codice della* privacy*: l'alternatività tra reclamo al Garante e ricorso giurisdizionale*

Come noto, la Repubblica italiana ha provveduto all'adeguamento dell'ordinamento nazionale al GDPR con il decreto legislativo n. 101 del 10 agosto 2018[22].

La riforma del 2018 ha configurato il reclamo quale unico strumento di tutela amministrativa dell'interessato, esperibile in via alternativa al ricorso in sede giurisdizionale[23].

La regola dell'alternatività è stata mutuata dall'art. 145 del Codice previgente che, come già osservato, la prevedeva con riferimento al ricorso al Garante, collegandola al criterio della priorità di presentazione (*electa una via non datur recursus ad alteram*). Va, peraltro, notato che la norma precedente stabiliva l'improponibilità in senso unilaterale, ossia soltanto per il ricorso al Garante in caso di preventiva adizione dell'autorità giudiziaria[24].

Al contrario, la nuova disposizione, inserita nell'art. 140-*bis* del Codice, stabilisce l'improponibilità in senso bilaterale: il reclamo è improponibile nel caso in cui l'interessato abbia già proposto ricorso all'autorità giudiziaria, ed il ricorso giurisdizionale è parimenti improponibile ove sia stato preventivamente proposto un reclamo con il medesimo oggetto. L'improponibilità, tuttavia, è temperata laddove, depositato il reclamo, l'Autorità non abbia deciso entro il termine di nove mesi, ovvero non abbia informato l'interessato sullo stato del procedimento entro tre mesi

[21] Ivi, cons. n. 129.

[22] V. D.lgs. 10 agosto 2018 n. 101, *Disposizioni per l'adeguamento della normativa nazionale alle disposizioni del Regolamento (UE) 2016/679 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 27 aprile 2016, relativo alla protezione delle persone fisiche con riguardo al trattamento dei dati personali, nonché alla libera circolazione di tali dati e che abroga la direttiva 95/46/CE (regolamento generale sulla protezione dei dati)*, in GURI 4 settembre 2018, n. 205.

[23] Ivi, art. 140-*bis*; sul punto, V. A. Barletta, *Commento all'art. 140-bis del D.lgs. 196/2003*, in R. Sciaudone, E. Caravà (cur.), *Il Codice della privacy. Commento al D.lgs. 30 giugno 2003, n. 196 e al D.lgs. 10 agosto 2018, n. 101 alla luce del Regolamento (UE) 2016/679 (GDPR)*, Pisa, 2019, p. 773 ss.

[24] V. L. 675/1996, art. 29.

dalla presentazione del reclamo[25]. In tal modo, la nuova norma consente all'interessato di rivolgersi al giudice solo in caso di rigetto del reclamo o di inerzia del Garante, protratta per un lungo periodo di tempo: il ricorso al tribunale ordinario, depositato prima del decorso dei termini indicati, andrebbe infatti dichiarato inammissile, senza possibilità di sospensione del giudizio, in attesa della decisione del reclamo (o della scadenza dei termini).

Peraltro, una volta scaduto il termine per la decisione del reclamo, l'interessato ha l'onere di avviare il giudizio entro trenta giorni, a pena di decadenza.

Tale previsione desta non poche perplessità. Infatti, da un lato, i termini di decisione dei reclami sono elastici, prorogabili al ricorrere di determinate circostanze, quali le esigenze istruttorie o lo svolgimento di una procedura di cooperazione con altre autorità europee, ai sensi dell'art. 60 del GDPR[26]. Dall'altro, non è previsto che la proroga (o sospensione) dei termini venga comunicata all'interessato, sicché quest'ultimo potrebbe non essere in grado di conoscere effettivamente il dies a quo per rivolgersi al giudice o, cosa più importante, la scadenza entro la quale avviare il giudizio.

Occorre, comunque, osservare che il Codice non prevede che i termini per la decisione del reclamo siano perentori, sicché non vi è alcun "silenzio rigetto" che si possa perfezionare in seguito alla proposizione del reclamo,

[25] V. art. 10, co. 4, del D.lgs. 1° settembre 2011, n. 150, *Disposizioni complementari al codice di procedura civile in materia di riduzione e semplificazione dei procedimenti civili di cognizione, ai sensi dell'articolo 54 della legge 18 giugno 2009, n. 69*, in GURI 21 settembre 2011, n. 220. Si riporta di seguito il testo dell'art. 10, rubricato "*Delle controversie in materia di applicazione delle disposizioni in materia di protezione dei dati personali*":
«*1. Le controversie previste dall'articolo 152 del decreto legislativo 30 giugno 2003, n. 196, sono regolate dal rito del lavoro, ove non diversamente disposto dal presente articolo.*
2. Sono competenti, in via alternativa, il tribunale del luogo in cui il titolare del trattamento risiede o ha sede ovvero il tribunale del luogo di residenza dell'interessato.
3. Il ricorso avverso i provvedimenti del Garante per la protezione dei dati personali, ivi compresi quelli emessi a seguito di un reclamo dell'interessato, è proposto, a pena di inammissibilità, entro trenta giorni dalla data di comunicazione del provvedimento ovvero entro sessanta giorni se il ricorrente risiede all'estero.
4. Decorso il termine previsto per la decisione del reclamo dall'articolo 143, comma 3, del decreto legislativo n. 196 del 2003, chi vi ha interesse può, entro trenta giorni dalla scadenza del predetto termine, ricorrere al Tribunale competente ai sensi del presente articolo. La disposizione di cui al primo periodo si applica anche qualora sia scaduto il termine trimestrale di cui all'articolo 143, comma 3, del decreto legislativo n. 196 del 2003 senza che l'interessato sia stato informato dello stato del procedimento.[…]».

[26] V. Codice, art. 143, co. 3. Si osserva che, in presenza di motivate esigenze istruttorie, il termine di decisione del reclamo può essere prorogato, sino a dodici mesi dalla presentazione. Il termine resta sospeso nelle more del procedimento di cooperazione previsto dall'art. 60 GDPR.

e ciò anche perché – come osservato sopra – il GDPR impone a tutte le autorità di controllo di comunicare l'esito del reclamo all'interessato[27].

Sembra, in sostanza, che il ricorso al tribunale in caso di inerzia del Garante sia eccessivamente difficile, perché esso è inammissibile prima che siano scaduti i termini, tutt'altro che agevoli da individuare, ed è nuovamente inammissibile dopo, ove siano già decorsi trenta giorni dalla scadenza per la decisione del reclamo. In ogni caso, il reclamante potrebbe dover attendere un tempo eccessivo prima di potersi rivolgere al giudice.

La complessiva lettura dell'intervento del 2018 lascia intendere che l'obiettivo del legislatore fosse di semplificare e forse velocizzare la tutela, attraverso un unico rimedio amministrativo a disposizione dell'interessato[28].

Tale semplificazione, per la verità ancora lontana, finisce tuttavia per confliggere con il diritto fondamentale ad un ricorso giurisdizionale effettivo[29]. Si rammenta, infatti, che il diritto ad un ricorso effettivo richiede che i termini stabiliti dall'ordinamento nazionale non rendano impossibile o eccessivamente difficile l'accesso al giudice per la tutela di un diritto stabilito dall'ordinamento dell'Unione.

Inoltre, si ribadisce che lo strumento del rinvio pregiudiziale, autentica pietra angolare della costruzione del diritto europeo, obbliga gli Stati membri a stabilire, nei rispettivi ordinamenti giuridici, regole sostanziali e processuali che garantiscano ai giudici di potersi rivolgere alla Corte di giustizia in un settore disciplinato dal diritto dell'Unione[30]. È quindi evidente che la previsione di provvedimenti amministrativi alternativi alla giurisdizione, non soggetti ad un controllo giurisdizionale pieno, finirebbe

[27] *Contra*, nel senso della configurabilità del silenzio-rigetto, V. A. Barletta, *Commento all'art. 17 del D.lgs. 101/2018*, in R. Sciaudone, E. Caravà (cur.), *Il Codice della privacy*, cit., p. 957.

[28] V. Presidenza del Consiglio dei Ministri, Dipartimento Affari Giuridici e Legislativi, *Relazione illustrativa relativa allo schema di decreto legislativo recante disposizioni per l'adeguamento della normativa nazionale alle disposizioni del Regolamento (UE) 2016/679 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 27 aprile 2016, relativo alla protezione delle persone fisiche con riguardo al trattamento dei dati personali, nonché alla libera circolazione di tali dati e che abroga la direttiva 95/46/CE (regolamento generale sulla protezione dei dati)*, DAGL/109/Pres/2018 del 10.5.2018, p. 23-24.

[29] Tale diritto è richiamato dall'art. 78 del GDPR, che attribuisce ad ogni persona fisica o giuridica, quindi non solo all'interessato ma anche al titolare, il diritto di impugnare dinanzi ad un giudice ogni decisione dell'autorità di controllo. Nella giurisprudenza recente della Corte sul diritto ad un ricorso giurisdizionale effettivo, V. Corte giust., sent. 19 novembre 2019, C-585, 624 e 625/18, *A.K. e a. (Indipendenza della Sezione disciplinare della Corte suprema)*; v. altresì: sent. 16 maggio 2017, C-682/15, *Berlioz Investment Fund*.

[30] V. Corte giust., sent. 24 marzo 2021, C-771/19, *NAMA e a.*, in cui si è confermato che le decisioni delle autorità amministrative non formano giudicato.

per escludere il funzionamento del rinvio pregiudiziale, pregiudicando l'uniforme applicazione del diritto dell'Unione[31].

5. *La natura giuridica del reclamo*

La già ricordata funzione di "custodi del diritto alla vita privata" implica non soltanto imparzialità, nel senso riferito dall'art. 97 Cost. all'amministrazione pubblica, ma addirittura neutralità e terzietà rispetto a tutti gli interessi in gioco. Nella trattazione e decisione dei reclami, il Garante non ha il compito di tutelare l'interesse pubblico o, meglio, un interesse pubblico, riferibile a questa o quella amministrazione. Al contrario, l'Autorità ha il dovere di assicurare il giusto equilibrio tra i numerosi diritti ed interessi, individuali e collettivi, pubblici e privati, in tensione tra loro.

Nonostante tale funzione appaia quasi giurisdizionale, il reclamo va senza dubbio inteso quale rimedio amministrativo. Esso, infatti, è esperibile solo dall'interessato, ed è volto ad ottenere un provvedimento di competenza dell'Autorità, con cui quest'ultima eserciti i poteri attribuiti dal GDPR[32]. Attraverso la trattazione dei reclami, il Garante controlla la liceità del trattamento dei dati: si tratta di un potere pieno, che investe tutti gli aspetti del trattamento.

A questo punto, occorre dare conto dell'evoluzione segnata dal reclamo nel passaggio dalla dir. 95/46 al GDPR. Infatti, mentre la Direttiva sembrava definire lo strumento come una *domanda relativa alla tutela dei diritti e delle libertà dell'interessato* con riguardo al trattamento dei dati personali, il GDPR sembra enfatizzare l'obiettivo di sollecitazione dei poteri di controllo dell'Autorità, indicando che il reclamo consiste, in sostanza, nella *denuncia di una violazione del regolamento*.

C'è da chiedersi se alla diversa impostazione testuale debba corrispondere una diversa qualificazione giuridica sostanziale dello strumento. Come si vede, almeno sotto il profilo letterale, si può cogliere un certo sviluppo, per cui il reclamo sembra mutare da rimedio quasi giurisdizionale, con funzione

[31] Si rinvia a quanto già osservato sulla incomprimibilità del rinvio pregiudiziale; Sul rapporto tra i principi del primato del diritto dell'Unione, dell'effetto diretto e dell'autonomia procedurale nazionale, V. K. Lenaerts, *National remedies for private parties in the light of the EU Law principles of Equivalence and Effectiveness*, in *Irish Jurist*, 2011, 1, p. 14; v. altresì: C. Peraro, *L'autonomia procedurale degli Stati membri alla prova della Carta dei diritti fondamentali*, in *Annali AISDUE*, 2020, II, p. 31 ss..

[32] I principali poteri delle autorità nazionali di controllo sono elencati all'art. 58 GDPR.

di aggiudicazione riferita al trattamento dei dati, a strumento di delazione o, meglio, di esposizione di una violazione del GDPR, al fine di stimolare i poteri dell'autorità di controllo, non necessariamente protettivi dei diritti del reclamante.

Sul versante nazionale, il Codice della privacy, in seguito alla riforma del 2018, sembra accordare preferenza alla funzione para-giurisdizionale del reclamo. Al riguardo, infatti, il testo vigente dell'art. 142 richiede che il reclamante fornisca un'indicazione, possibilmente dettagliata, delle *misure richieste*; la disposizione, peraltro in continuità con il testo previgente, lascia intendere che il reclamo non possa limitarsi alla pura denuncia di violazione, dovendosi piuttosto considerare alla stregua di una *domanda relativa alla tutela dei diritti e delle libertà dell'interessato*. Tuttavia, un elemento di segno opposto potrebbe desumersi dalla previsione, contenuta nella stessa norma, di modalità semplificate e termini abbreviati per i reclami che abbiano ad oggetto specifici diritti dell'interessato. Si potrebbe infatti sostenere che la disposizione confermi la funzione puramente denunciatoria, dato che i reclami contenenti la richiesta di adozione di provvedimenti specifici, relativi ai dati personali, costituiscono soltanto una specifica categoria, ben definita e, tutto sommato, limitata.

Sembra quindi necessario interrogarsi sull'eventuale prevalenza dell'obiettivo di protezione dei diritti dell'interessato, attraverso una funzione *aggiudicatoria* dell'autorità di controllo, riferita al trattamento dei dati. L'opzione ermeneutica alternativa, all'opposto, attribuirebbe rilievo unicamente alla *denuncia* di violazione, a prescindere dalla possibilità che il Garante, in concreto, abbia il potere di adottare un *provvedimento favorevole per l'interessato*.

La questione, apparentemente teorica, riveste in realtà una certa rilevanza pratica.

Infatti, nel primo caso, l'Autorità – analogamente al giudice – dovrebbe verificare la sussistenza di un interesse concreto ed attuale del reclamante ad ottenere un provvedimento di competenza del Garante: l'atto andrebbe dichiarato inammissibile qualora l'interessato, in conseguenza dell'ipotetico accoglimento del reclamo, non potesse ottenere un risultato utile, giuridicamente apprezzabile e non conseguibile senza l'intervento dell'Autorità.

Viceversa, nel secondo caso, una simile valutazione non sarebbe necessaria, dovendosi ammettere qualsiasi reclamo, purché rientrante nella competenza del Garante, a prescindere dalla concreta possibilità che il relativo accoglimento possa produrre un effetto favorevole nella

prospettiva del reclamante. Questa seconda impostazione implica un filtro di ammissibilità *a maglie larghe*: non potrebbero essere sistematicamente archiviati gli atti relativi a violazioni, per dir così, *de minimis* oppure già completamente esaurite. Per fare un esempio estremo, l'Autorità non potrebbe archiviare automaticamente il reclamo di un interessato, il quale lamenti di non avere ottenuto dal titolare alcuna informazione sul diritto di proporre reclamo. Nonostante la presentazione dell'atto costituisca evidente dimostrazione che l'interessato dispone già di tale informazione, il Garante sarebbe ugualmente tenuto a decidere.

Al riguardo, la giurisprudenza della Corte di giustizia sembra fornire alcune interessanti indicazioni di principio, di sicura rilevanza proprio in considerazione dell'uniformità di disciplina del reclamo da parte dell'ordinamento dell'Unione.

Chiamata a pronunciarsi, per la terza volta, su un caso sollevato dal sig. Maximillian Schrems, la Corte ha affermato che qualsiasi persona fisica ha diritto di proporre reclamo, ai sensi dell'art. 77 del GDPR, quando considera che un trattamento di dati personali che la riguardano costituisca una violazione del Regolamento[33]. In tal caso, ogni autorità di controllo è tenuta a trattare il reclamo e ad esaminarne l'oggetto nella misura necessaria e con tutta la diligenza richiesta. Qualora, al termine della propria indagine, l'Autorità abbia constatato una violazione, essa, in base al diritto dell'Unione, è tenuta a reagire in modo appropriato al fine di porvi rimedio, adottando eventualmente le misure correttive di competenza. La scelta del mezzo appropriato, secondo la Corte, appartiene alla discrezionalità dell'autorità di controllo, e va effettuata prendendo in considerazione tutte le circostanze del caso[34]. Tuttavia, il potere dell'Autorità non può sfuggire al sindacato giurisdizionale; anzi, la sentenza sottolinea che il reclamante ha diritto di proporre un ricorso effettivo, dinanzi al giudice nazionale competente, ove ritenga che l'Autorità non abbia agito, pur essendo tenuta ad intervenire[35].

Se ne potrebbe dedurre che la Corte consideri il reclamo non come strumento di denuncia, ma come mezzo di tutela dei diritti dell'interessato. Nella prospettiva del reclamante, ciò dovrebbe significare che il diritto di proporre reclamo sussiste nella misura in cui l'Autorità possa (o debba) adottare un provvedimento che permetta di tutelare i diritti dell'interessato.

[33] V. Corte giust., sent. 16 luglio 2020, C-311/18, *Data Protection Commissioner c. Facebook Ireland e Maximillian Schrems*, p. 109; per un commento, V. P. Nebbia, *The Schrems judgments: a silent revolution for Member States' procedural autonomy?*, in *ERA-Forum: scripta iuris europaei*, 2021, 2, p. 327 ss.
[34] Ivi, p. 111.
[35] Ivi, p. 110.

L'opzione ermeneutica che valorizza la funzione aggiudicatoria, o paragiurisdizionale, del reclamo appare complessivamente preferibile, anche perché consente all'Autorità di disporre di un margine appropriato di discrezionalità, che permetta di limitare l'attivazione dei propri poteri ai soli casi in cui ciò risulti necessario per l'adozione di un provvedimento favorevole per l'interessato.

La funzione paragiurisdizionale del reclamo, comunque, non può mutarne la natura giuridica, che resta amministrativa.

Pertanto, l'Autorità non può disporre di poteri risarcitori e non può applicare misure compensative in sede di decisione: tali misure, infatti, restano di esclusiva competenza dell'autorità giudiziaria ordinaria[36].

La natura amministrativa del reclamo, inoltre, implica l'applicazione dell'art. 41 della CDFUE, relativo al diritto ad una buona amministrazione. Tale disposizione, come ben noto, garantisce ad ogni persona di ottenere la trattazione equa ed imparziale delle questioni che la riguardano, per di più entro un termine ragionevole. Essa, inoltre, include il diritto delle parti di essere ascoltate, di accedere al fascicolo, di presentare documenti e memorie, e di ottenere una decisione motivata[37].

Nonostante il testo dell'art. 41 della Carta faccia riferimento alle istituzioni, organi ed organismi dell'Unione, sembra chiaro che tale diritto debba riferirsi anche alle autorità di controllo nazionali che, come il Garante, siano chiamate ad applicare il diritto dell'Unione. Peraltro, lo stesso GDPR, all'art. 58, par. 4, stabilisce che l'esercizio dei poteri delle autorità di controllo debba essere soggetto a garanzie adeguate, compresi il ricorso giurisdizionale effettivo e il giusto processo.

Al riguardo, occorre rammentare che le "garanzie adeguate", previste in linea di principio dal diritto dell'Unione, devono essere fornite, in concreto, dagli ordinamenti degli Stati membri. Nel nostro ordinamento nazionale, le garanzie procedurali previste dal Codice della privacy appaiono talora insufficienti per assicurare – ad un livello adeguato – il diritto ad una buona amministrazione dei reclami. A tale proposito, va sottolineato come, in seguito alla riforma del 2018, il Codice non contiene, in sostanza, alcuna disciplina procedurale del reclamo, che risulta pressoché interamente demandata ad un regolamento del Garante; quest'ultimo rinvia ai principi previsti dalla L. 241/1990, ma tale richiamo non appare sempre sufficiente[38].

[36] V. art. 152 del Codice e art. 10 del D.lgs. 150/2011, cit.

[37] V. art. 41, par. 1, CDFUE, che recita: «*Ogni persona ha diritto a che le questioni che la riguardano siano trattate in modo imparziale ed equo entro un termine ragionevole dalle istituzioni, organi e organismi dell'Unione*».

[38] V. Codice, art. 142, co. 5; v. artt. 2 e 3 del reg. del Garante n. 1/2019, in GURI 8 maggio

Anzi, tra le carenze più evidenti si segnala quella del diritto di ottenere la decisione del reclamo *entro un termine ragionevole*[39].

A tale proposito, come accennato sopra, l'art. 143 del Codice prevede che il Garante debba informare il reclamante sullo stato del procedimento entro tre mesi, e che la decisione debba essere adottata entro nove mesi, decorrenti dalla data di presentazione. Quest'ultimo termine può essere prorogato sino a dodici mesi, restando peraltro sospeso nel caso di attivazione della procedura di cooperazione di cui all'art. 60 del GDPR, sino alla conclusione della cooperazione medesima.

L'ampiezza dei termini normativi suscita qualche perplessità rispetto alla ragionevolezza della durata dei procedimenti.

Il termine di nove mesi, peraltro prorogabile, non sembra né ragionevole né tantomeno acceleratorio. In proposito, si potrebbe osservare che, nel contesto della complessa procedura di cooperazione, applicabile ai reclami transfrontalieri, l'art. 60 del GDPR stabilisce il termine di quattro settimane per l'invio di eventuali obiezioni da parte delle autorità interessate rispetto al progetto di decisione dell'autorità capofila, ed il successivo termine di due settimane per l'invio di progetto di decisione riveduto da parte di quest'ultima. Viene, quindi, spontaneo chiedersi perché il GDPR, per casi così complessi, preveda termini in settimane, mentre invece il nostro Codice, per la generalità dei procedimenti, stabilisca il termine di nove mesi.

Va, peraltro, osservato come, a valle della disposizione legislativa nazionale, lo stesso regolamento del Garante preveda complesse ed articolate scansioni di atti, che non facilitano sicuramente la rapidità della decisione, ed appaiono talora eccessive, soprattutto per la gestione dei reclami più "semplici", come quelli evidentemente destinati all'archiviazione o, al contrario, quelli che sembrano *ictu oculi* fondati.

Per fare un esempio, nel caso di reclamo relativo ad una specifica richiesta dell'interessato, è previsto che, in mancanza dell'interpello preventivo del titolare, l'Ufficio, entro quarantacinque giorni, debba invitare l'interessato ad interpellare il titolare del trattamento [40]. Il termine di quarantacinque giorni sembra davvero eccessivo, considerato che la mancanza dell'interpello

2019, n. 106.

[39] V. art. 143, co. 3, del Codice, che recita: «*Il Garante decide il reclamo entro nove mesi dalla data di presentazione e, in ogni caso, entro tre mesi dalla predetta data informa l'interessato sullo stato del procedimento. In presenza di motivate esigenze istruttorie, che il Garante comunica all'interessato, il reclamo è deciso entro dodici mesi. in caso di attivazione del procedimento di cooperazione di cui all'articolo 60 del Regolamento, il termine rimane sospeso per la durata del predetto procedimento*».

[40] V. art. 15, co. 3, reg. Garante n. 1/2019.

preventivo può essere constatata immediatamente e non richiede alcun tipo di attività istruttoria, se non la verifica dell'allegazione della copia di un documento.

Si rammenta, inoltre, che l'art. 150 del Codice, oggi non più in vigore, prevedeva il termine di sessanta giorni per la decisione del ricorso al Garante.

6. *Considerazioni conclusive*

I recenti interventi normativi dell'Unione hanno accresciuto l'effettività del reclamo, con l'obiettivo di fornire uno strumento di tutela sostanzialmente uniforme negli Stati membri, ed adeguato al rango fondamentale del diritto alla protezione dei dati personali.

L'interessato ha diritto di rivolgersi all'autorità di controllo competente per presentare un reclamo, che abbia ad oggetto i propri diritti e libertà relativi al trattamento dei dati personali. Detta autorità, per converso, ha l'obbligo di attivarsi e, ove constati una violazione delle norme, di adottare i provvedimenti appropriati a tutela del reclamante, informandolo in modo adeguato.

Come argomentato sopra, appare necessario un intervento emendativo della norma, nella versione linguistica italiana, che precisi che l'interessato ha diritto di ottenere comunicazione sia dello stato che dell'esito della procedura.

In ambito nazionale, invece, sembrano necessari interventi correttivi più ampi, soprattutto con riferimento alla disciplina dei termini del reclamo. Sotto questo profilo, infatti, il nuovo testo del Codice ha introdotto regole non soddisfacenti né per l'effettività né per la celerità della tutela.

Informazione e minori

Tiziana Montecchiari

Dimensione civilistica del diritto all'informazione nell'era contemporanea e tutela dei minori

Sommario: 1. Informazione, comunicazione e conoscenza nell'era contemporanea. Il ruolo del diritto civile – 2. Il contesto delle informazioni che coinvolgono i soggetti minori. Le fonti legislative di tutela – 2.1. I soggetti minori e i "nuovi" mezzi di informazione nel mondo contemporaneo – 3. L' informazione digitale e la comunità narrativa. Minori e *social network* – 4. Minori, informazione e *cyberbullismo* – 5. Responsabilità genitoriale, ruolo educativo e diritto all'informazione – 5.1. Le comunicazioni relative ai rapporti familiari dei minori e tutele previste – 6. La comunicazione commerciale e i minori.

1. *Informazione, comunicazione e conoscenza nell'era contemporanea. Il ruolo del diritto civile*

Nell'era contemporanea il concetto di "informazione" assume un significato poliedrico e può essere definito sotto molteplici profili.

Informare è un termine di origine latina che letteralmente corrisponde al significato di dare forma, formare, foggiare, ovvero *informatio-onis* quale "disegno, nozione, idea, rappresentazione",[1] trasformato successivamente nel concetto di comunicare, spiegare, fornire notizie, portare a conoscenza, mettere al corrente, formarsi un'idea, ma anche il correlativo diritto di essere informati e di informarsi, di acquisire dati e notizie, di apprendere autonomamente, di manifestare il proprio pensiero ottenendo e fornendo informazioni.

E', dunque, un termine che si coniuga agevolmente sia con il mondo del diritto, sia con quello della scienza, della medicina, della letteratura e della storia, con quello del giornalismo e della comunicazione, declinato oggi anche attraverso gli strumenti del *web*, del digitale e dei *net work.*

Il diritto all'informazione, come sopra esposto, se va inteso come diritto a

[1] G. Campanini, G. Carbone, *Il dizionario della lingua e della civiltà latina*, Paravia-Mondadori, Milano, 2007, p. 832 e ss.

informare e ad essere informati, rappresenta senza dubbio un corollario della libertà di manifestazione del pensiero (art. 21 Cost.), così come la libertà di opinione, la libertà di ricerca, di insegnamento e il diritto allo studio, la libertà di creazione artistica, il diritto-dovere di partecipare alla vita politica e sociale, ovvero si specifica come uno dei diritti propri dell'umanità i quali appartengono a tutti senza discriminazioni, affermati in varie dichiarazioni di organismi internazionali e condivisi da tutti gli ordinamenti democratici, che li hanno recepiti nelle loro Costituzioni[2].

Il diritto all'informazione si afferma dunque come un diritto fondamentale, cioè compreso fra i diritti che costituiscono il fondamento di una società civile, i quali "precedono" l'ordinamento statale, quasi in veste di "diritti naturali", implicano un dovere di protezione attiva da parte dei poteri pubblici, e le limitazioni previste sono a difesa di altri diritti di pari rilevanza, in quanto l'accesso all'informazione è il principio, mentre la sua restrizione è l'eccezione.

Appare di estrema evidenza come l'informazione, se è fenomeno che può operare su più piani, assuma tuttavia un carattere peculiare nel settore del diritto, ove i giuristi sovente la identificano - tendendo a limitarne il valore - con il risultato dell'attività dei mezzi di comunicazione di massa tradizionali, ad esempio, quotidiani, periodici, radio, televisione, cinema, teatro e oggi il mondo di *internet*, anche se la polisemia del concetto non sempre è stata colta dalla costante esigenza, tipica del lavoro del giurista, di organizzare e ricondurre a sistema.[3]

Sulla base di tal premesse, risulta possibile affermare, in generale, come il diritto di informazione e il corrispondente diritto all'informazione consiste in una formula con cui si designa astrattamente un fenomeno idoneo a raccogliere le norme, di vario livello, che disciplinano tali strumenti di comunicazione, anche se questa prospettiva, in realtà, racchiude soltanto una parte di un mondo che risulta assai più ampio, variegato e complesso, il quale passa attraverso molteplici settori: dalla tutela dei minori e delle relazioni familiari, alla correttezza nella formazione del contratto e i correlativi obblighi di informazione, alla libertà di esprimere le proprie opinioni e manifestare il proprio pensiero, alla libertà di comunicare, di informare e

[2] Fra le altre, cfr., la Dichiarazione Universale dei Diritti Umani, proclamata dall'Assemblea Generale delle Nazioni Unite il 10 dicembre 1948 a Parigi con la risoluzione 219077A; la Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo (CEDU) del 1950; il Patto Internazionale sui Diritti civili e politici del 1966; la Carta Europea dei diritti fondamentali firmata a Nizza nel 2000.

[3] V. Zeno-Zencovich, *Diritto di informazione e all'informazione*, *XXI Secolo*, in *www.Enc. Giur. Treccani.it.*, 2009.

di informarsi, dalla questione della circolazione dei dati e il rapporto con la *privacy* e le *fake news*, alla responsabilità civile per informazioni ingannevoli o inesatte, per la violazione dell'identità personale, ecc.[4]

Peraltro, provando a declinare tale contesto, è possibile osservare che, mentre per il diritto la certezza e la stabilità costituiscono un valore immanente, poiché un diritto che cambia costantemente è non comprensibile e presenta maggiori difficoltà di attuare garanzie, la tecnologia conosce principalmente il fine dell'utilità immediata, pratica e mutevole.

Di conseguenza, il diritto manifesta spesso dei limiti quando si collega ad entità fluide, come le informazioni, in quanto la sua principale funzione è classificare, distinguere, stabilizzare, ordinare, soprattutto attraverso il principio di eguaglianza che lo porta ad applicare regole uguali a realtà simili, ma questo è possibile solamente dopo che siano state verificate, condizione non sempre attuabile nell'ambito dell'informazione.

Se il diritto, e i giuristi che lo costruiscono, da più di duemila anni operano seguendo percorsi evolutivi, applicando schemi del passato a realtà del presente, nel caso dell'informazione il cambiamento è avvenuto in modo assai più rapido: si è passati dall'irrilevanza giuridica di numerosi aspetti dell'informazione a considerarne - repentinamente - una loro estrema importanza, determinando, sia incertezze, sia perplessità.

Ciò che ancor più appare mutato nell'era contemporanea è la disponibilità di tali informazioni, la loro circolazione, l'utilizzo che ne viene fatto, le modalità attraverso le quali accedervi, spesso senza i filtri necessari, la velocità con la quale sono comunicate, ovvero in una parola, la "digitalizzazione" che ne rende possibile la diffusione e il trasferimento attraverso reti di comunicazione elettronica, in un processo di tipo

[4] Senza pretese di completezza, si segnalano alcuni contributi che hanno analizzato le normative succedutesi nel tempo, in particolare, in materia di diritto alla *privacy*: *La disciplina del trattamento dei dati personali*, a cura di V. Cuffaro e V. Ricciuto, Torino, 1997; B. Uttarelli, *Banche dati e tutela della riservatezza* Milano, 1997; *Trattamento dei dati e tutela della persona*, a cura di V. Cuffaro, V. Ricciuto e V. Zeno-Zencovich, Milano, 1998; *La tutela dei dati personali. Commentario alla legge n. 675/96*, a cura di E. Giannantonio, M.G. Losano e V. Zeno-Zencovich, Padova, 1999; *Il trattamento dei dati personali. Profili applicativi*, a cura di V. Cuffaro e V. Ricciuto, Torino,1999; *Diritto alla riservatezza e circolazione dei dati personali*, a cura di R. Pardolesi, Milano, 2003; *Il codice dei dati personali.* Temi e problemi, a cura di F. Cardarelli, S. Sica e V. Zeno-Zencovich, Milano, 2004; *Libera circolazione e protezione dei dati personali*, a cura di R. Panetta, Milano, 2006; *La protezione dei dati personali.* Commentario al D.lgs. 30 giugno 2003 n. 196 (codice della privacy), a cura di C.M. Bianca e F.D. Busnelli, Padova 2007; *Il codice del trattamento dei dati personali,* a cura di V. Cuffaro, R. D'Orazio e V. Ricciuto, Torino, 2007; *Il nuovo regolamento europeo sulla privacy e sulla protezione dei dati personali*, a cura di G. Finocchiaro, Bologna, 2017.

"circolare", ove ogni elemento risulta al tempo stesso causa ed effetto, e nel quale si intrecciano molto rapidamente dati, notizie, immagini, tecnologie digitali, reti di telecomunicazioni e anche diritti - patrimoniali e non patrimoniali - delle persone.

Nell'era contemporanea, inoltre, si configura un ulteriore profilo problematico rappresentato dall'aumentato rischio di manipolazioni di dati, notizie e immagini da parte di coloro che ne dispongono che, con semplici tecniche, possono alterarle, non solo sopprimendone alcune parti, ma soprattutto inserendovi nuovi elementi, ovvero estraendone parti da inserire altrove, offuscando o eliminando la realtà e l'autenticità del dato, con maggior danno per alcune categorie di soggetti, come i minori.

La tematica è, senza dubbio, affascinante e coinvolgente, può essere analizzata da diverse prospettive di rilevante interesse, ma tutte dovrebbero mantenere costante un comune denominatore, rivolto alla garanzia e alla tutela dei soggetti deboli o non in grado di valutare in modo equilibrato le informazioni di cui si possono trovare in possesso, e rimanere illegittimamente pregiudicati sia sul piano dei diritti personali, sia su quello dei diritti patrimoniali.

2. *Il contesto delle informazioni che coinvolgono i soggetti minori. Le fonti legislative di tutela*

La dimensione civilistica del diritto all'informazione nell'era contemporanea può essere individuata proponendo una breve disamina con riferimento, in particolare, alla tutela dei minorenni nel mondo della comunicazione.[5]

Il rapporto fra minori e diritto all'informazione presenta senza dubbio una poliedricità di aspetti che possono formare oggetto di interessanti riflessioni, come il diritto di cronaca e il contestuale diritto alla riservatezza, la tutela del minore nei riguardi della stampa, la tutela nei confronti del cinema, del teatro, dei videogiochi, delle trasmissioni televisive, in cui i minori sono impiegati o nei confronti delle quali sono utenti, la tutela nei riguardi della pubblicità, della rete *internet* e della pedopornografia, del *cyberbullismo*, e della riservatezza familiare per le relazioni adottive,

[5] A. C. Moro, *Manuale di diritto minorile*, V ed., a cura di M. Dossetti, C. Moretti, M. Moretti, S. Vittorini Giuliano, Bologna, 2014, p. 425 e ss.; G. Magno, *Elementi di diritto minorile. La tutela dell'infanzia e dell'adolescenza nel diritto interno e internazionale*, Milano, 2019, p. 471 e ss.

affidatarie o per altre formazioni sociali di tipo familiare di cui i minori sono partecipi.

Attraverso la presente ricerca si potranno presentare solo alcuni fra i molti profili in cui il fenomeno si manifesta, coordinando la problematica molto complessa - e per la quale non appare possibile in questa sede rendere una indagine esaustiva - con la dimensione e la normativa civilistica recentemente aggiornate.

Garantire l'accesso ad una informazione chiara, sicura, che promuova l'educazione e lo sviluppo sociale e culturale dei bambini e degli adolescenti è un diritto fondamentale per ciascuno di loro ed è una rilevante responsabilità dello Stato quella di assicurare al soggetto minore la possibilità di ricercare informazioni rivolte all'autonomo formarsi delle proprie opinioni, senza che siano manipolate, confuse, limitate, se non in funzione della tutela della salute psico-fisica del minore, delle sue inevitabili fragilità e della sua condizione di non completa autonomia.

Si tratta, in effetti, di due aspetti della stessa medaglia: senza l'accesso a un'informazione completa e accurata non vi può nemmeno essere una effettiva libertà di espressione.

La prospettiva di indagine deve, tuttavia, valutare come tali strumenti siano anche di formazione, con possibilità di apporti positivi, che possono contribuire alla costruzione della personalità individuale del soggetto in età evolutiva, ma per questo maggiormente da monitorare e controllare.

La tutela dei minorenni nel mondo dell'informazione è realizzata attraverso diversi livelli di protezione, ad esempio, la nostra Costituzione all'art. 31, afferma che la Repubblica italiana "*protegge… l'infanzia e la gioventù favorendo gli istituti necessari a tale scopo*", inoltre, tale salvaguardia è già espressa in senso più ampio anche nell'art. 2 Cost., in cui vengono riconosciuti e garantiti "*i diritti inviolabili dell'uomo*".

Tali principi hanno trovato una loro attuazione anche nella legislazione ordinaria nel settore civile, penale e amministrativo, come ad esempio, la legge n.176/91 che ha ratificato la Convenzione internazionale sui diritti dell'infanzia e dell'adolescenza, approvata dall'Assemblea Generale delle Nazioni Unite il 20 novembre del 1989 in cui all'art. 3 viene sancito che "*In tutte le decisioni relative ai fanciulli, di competenza delle istituzioni pubbliche o private di assistenza sociale, dei tribunali, delle autorità amministrative o degli organi legislativi, l'interesse del fanciullo deve essere una considerazione preminente*".

Si tratta, come evidente, di un assunto cardine per tutte le normative esistenti sui fatti che coinvolgono soggetti minorenni, rafforzato dal successivo art.16 in cui viene stabilito che "*Nessun fanciullo sarà oggetto di*

interferenze arbitrarie o illegali nella vita privata, nella sua famiglia, nel suo domicilio o nella sua corrispondenza e neppure di affronti illegali al suo onore e alla sua reputazione. Il fanciullo ha diritto alla protezione della legge contro tali interferenze o tali affronti".

Ciascun minore, dunque, deve avere l'opportunità di accedere ad un'informazione adatta alla propria età e al proprio sviluppo. Per tale ragione, allo Stato è consentito intervenire - tanto sui *mass media* quanto sull'editoria - per favorire la divulgazione di informazioni e materiali di utilità sociale e culturale per il minore, nonché la produzione di libri per l'infanzia appropriati e tenere in debito conto profili linguistici, culturali, religiosi e di genere, al fine di assicurare un'offerta informativa inclusiva e non discriminatoria.

Di tale impostazione risente anche l'art. 17 della Convenzione Onu del 1989, che tende a sollecitare una produzione letteraria e mass-mediale conforme alle finalità educative richiamate nel successivo art. 29, sollecitando nel contempo, l'approvazione degli Stati membri codici di condotta rivolti a proteggere il minore dalle informazioni e dai prodotti che possono pregiudicare il suo interesse.

In questo contesto si inserisce anche il Codice della Privacy (D. Lgs. n.196/2003) secondo il quale chiunque, e quindi anche il minorenne, ha diritto alla protezione dei dati personali che lo riguardano e il loro trattamento deve svolgersi nel rispetto dei diritti, delle libertà personali e della dignità, con particolare riferimento alla riservatezza e all'identità personale.

In merito, l'art 50 Codice Privacy sancisce espressamente "*Il divieto… di pubblicazione e divulgazione con qualsiasi mezzo di notizie e immagini idonee a consentire l'identificazione di un minore*", disposto da osservare anche in caso di coinvolgimento a qualunque titolo del minorenne in procedimenti giudiziari.

Ma la tutela dei soggetti minorenni non è più, oggi, solo limitata al piano della comunicazione, ma viene declinata su quello del diritto all'informazione, poiché di fronte ad una vera e propria rivoluzione tecnologica, soprattutto con i *new media*, è aumentata l'esigenza di proteggere i più deboli, tra cui i soggetti minori di età, dalle conseguenze di una non corretta informazione, rafforzandone la tutela contro atti di violenza, aggressione, bullismo, pedopornografia, ma anche contro notizie e dati alterati o manipolati, da contatti equivoci, ecc.

L'ordinamento deve dunque rivolgersi alla protezione del minore contro l' esposizione a contenuti informativi potenzialmente nocivi del suo benessere e sviluppo, elaborando strumenti normativi efficaci e in funzione

preventiva, legittimando lo Stato a porre dei limiti alla libertà di espressione e di informazione.

Tali limiti possono concretizzarsi in restrizioni alla libertà di impresa (editori, giornalisti, *internet provider*, etc.), in limitazioni alla diffusione incontrollata di materiali e contenuti ritenuti inappropriati (mantenendoli liberi solo per il pubblico adulto), oppure attraverso l'applicazione di una disciplina di tutela dei dati personali finalizzata a proteggere i diritti dei più piccoli contro la cessione di dati sensibili, in prevenzione e contrasto nei riguardi di reati di pedopornografia e di sfruttamento minorile.

In tale contesto, un'ulteriore e recente fonte normativa può essere rappresentata dalla legge 20 agosto 2019, n. 92, *Introduzione dell'insegnamento scolastico dell'educazione civica*, la quale, nell'art. 5 in tema di educazione alla cittadinanza digitale, evidenzia la necessità di formare gli/le studenti/studentesse ad essere in grado di evitare, usando tecnologie digitali, rischi per la salute e minacce al proprio benessere fisico e psicologico; essere in grado di proteggere sé e gli altri da eventuali pericoli in ambienti digitali; essere consapevoli di come le tecnologie digitali possono influire sul benessere psicofisico e sull'inclusione sociale, con particolare attenzione ai comportamenti riconducibili alla disinformazione, al *cyberbullismo*, all'adescamento *online*, alla diffusione di immagini inappropriate e di dati personali sensibili e così via.

2.1. *I soggetti minori e i "nuovi" mezzi di informazione nel mondo contemporaneo*

Peraltro, sotto altro profilo, il minore come tutti i soggetti di diritto, secondo l'art. 21 Cost. ha diritto di manifestare liberamente il proprio pensiero con parole, scritti, e ogni altro mezzo di diffusione, quindi, emerge un ulteriore aspetto del diritto all'informazione, ovvero quello di divulgare, informare, diffondere a sua volta notizie, dati e fatti di cui si è a conoscenza, secondo regole che verifichino la fondatezza e la regolarità dei contenuti, a maggior ragione se a disposizione di soggetti minori.

Di tal guisa, ogni minorenne deve essere protetto quando esistono situazioni che possono turbarlo o danneggiare lo sviluppo della sua personalità, sia quando è destinatario di notizie e informazioni, sia quando risulti egli stesso divulgatore, ad esempio, quando è coinvolto in fatti di cronaca, anche non aventi rilevanza penale, ma, tuttavia, lesivi della sua personalità.

Analogamente deve essere tutelato quando può essere compromessa la

sua dignità e nei casi in cui egli stesso può essere strumentalizzato o la sua figura spettacolarizzata per altri fini.

Fermo restando il diritto di cronaca e di critica circa le decisioni dell'autorità giudiziaria e l'utilità di articoli o inchieste, appare necessario comunque, anche in questi casi, garantire l'anonimato del minorenne per non incidere sull'armonico sviluppo della sua personalità e della sua dignità.

All'interno di tale complesso di regole, la protezione dell'infanzia e dell'adolescenza ha una posizione di rilevanza primaria, in quanto il minore, ad esempio, telespettatore o radioascoltatore, non è ancora pienamente munito di strumenti per proteggersi autonomamente da contenuti - o programmi - potenzialmente pericolosi. Il legislatore, dunque, nel disciplinare anche l'attività di diffusione radiotelevisiva ha posto come bene di primario interesse lo sviluppo fisico, psichico e morale dei minorenni, ponendo precise regole di comportamento.[6]

L'esigenza di prevedere norme di comportamento per i soggetti che esercitano l'attività di programmazione radiofonica e televisiva, prima che dal legislatore italiano, era stata evidenziata in sede di Unione Europea, inizialmente mediante documenti informativi come il "*Libro verde sulla tutela dei minori e della dignità umana nei servizi audiovisivi e di informazione*" [7] e, soprattutto, con le Direttive europee sulla televisione senza frontiere, poi divenute direttiva sui servizi media audiovisivi, che hanno imposto ai legislatori nazionali degli stati dell'Unione Europea di adottare norme minime di comportamento a tutela dei minorenni nella programmazione audiovisiva.[8]

Senza dubbio, l'uso delle nuovissime tecnologie nell'era contemporanea da parte dei giovanissimi, i quali utilizzano maggiormente il *web* e *internet*, rispetto ai "normali" mezzi di comunicazione, quali stampa, televisione,

[6] Le norme a protezione dell'infanzia e dell'adolescenza, in particolare, sono contenute in primo luogo nel "Testo Unico della Radiotelevisione" di cui al decreto legislativo n. 177 del 31 luglio 2005, che è stato successivamente modificato e integrato dai decreti legislativi n. 44 del 15 marzo 2010 e n. 120 del 28 giugno 2012.

[7] Commissione Europea, Bruxelles, 16 ottobre 1996, COM(96) 487, Comunicazione al Parlamento Europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale ed al Comitato delle Regioni: *Libro verde sulla tutela dei minori e della dignità umana nei servizi audiovisivi e di informazione.*

[8] Nel sistema italiano, tuttavia, le regole di comportamento a tutela dei minorenni sono contenute anche in altri testi, non soltanto di legge. Infatti, esiste il citato "*Codice di autoregolamentazione Media e Minori*", di origine autodisciplinare, che impone alle emittenti televisive che l'hanno firmato una serie di prescrizioni. Altre regole sono contenute nel "*Codice Media e Sport*", sottoscritto dai principali operatori radiotelevisivi e contenuto nel Decreto del Ministro delle Comunicazioni del 21 gennaio 2008.

cinema, ecc., sta comportando un rapido declino dei sistemi normativi ed amministrativi ideati, come sopra indicato, per limitare gli eventuali contenuti nocivi dei mezzi di informazione tradizionali, e per regolarne la loro fruizione nei confronti dei minori.

Nonostante tali cambiamenti, l'ordinamento ha continuato a promuovere azioni di prevenzione e di tutela attraverso una politica di monitoraggio sui mezzi di informazione per finalità educative, proponendo da un lato il sostegno pubblico ad attività con valore pedagogico e formativo, e dall'altro eventuali restrizioni di quelle per le quali ne venga accertato il valore diseducativo, non necessariamente con atteggiamento censorio, bensì rivolto a responsabilizzare gli operatori, la famiglia, la scuola, con un maggior controllo sui nuovi mezzi di comunicazione digitale.[9]

3. *L'informazione digitale e la comunità narrativa. Minori e* social network

Un rilevante profilo del fenomeno dell'informazione nel quale il soggetto minore può essere coinvolto soprattutto in questa epoca contemporanea è rappresentato proprio dall'ambiente digitale, ove la trasformazione in atto, infatti, non riguarda più solo il rapporto del singolo minorenne con i *social media*, ma anche le stesse relazioni sociali in cui è inserito. I *social*, infatti, hanno creato uno spazio sociale ibrido, chiamato della "interrealtà"[10], che permette di far entrare il digitale nel mondo fisico e viceversa, con un impatto diretto sui processi di "costruzione" della realtà sociale e della stessa identità.

Un'effettiva protezione dei minorenni sul *web* passa anche dalla creazione di una vera e propria "cultura della sicurezza" che, attraverso gli adulti, deve essere trasferita ai più piccoli. L'attuale espressione "generazione digitale" illumina sul fatto che la familiarizzazione con le nuove tecnologie avviene spesso molto precocemente, sin dai primi anni di età del bambino.

Proprio per questo è necessario assicurare al minorenne un uso adeguato della rete, che sostenga il pieno e armonioso sviluppo della sua personalità senza costituire un pericolo.

Gli interventi di promozione e di partecipazione diventano anche un

[9] L. 14 novembre 2016, n. 220, "*Disciplina del cinema e dell'audiovisivo*"; D. Lgs 7 dicembre 2017, n. 203, "*Riforma delle disposizioni legislative in materia di tutela dei minori nel settore cinematografico e audiovisivo*".

[10] G. Riva, *Nativi digitali. Crescere e apprendere nel mondo dei nuovi media*, Il Mulino, Bologna, 2014; Id., *Selfie. Narcisismo e identità*, Il Mulino, Bologna, 2016; D. Tapscott, *Net generation. Come la generazione digitale sta cambiando il mondo*, F. Angeli, Milano, 2011.

elemento di prevenzione per le possibili vittime: queste ultime, infatti, talvolta si espongono inconsapevolmente a situazioni pericolose in quanto non sufficientemente informate sui rischi presenti in rete, dove si possono commettere reati proprio come nella realtà.

In altri termini, il ruolo dell'educazione è il punto dal quale partire per una piena tutela del minorenne nell'ambiente digitale, verso un utilizzo più critico, riflessivo e creativo di tali strumenti che sostenga la crescita di bambini e ragazzi. Oggi più che mai la famiglia, le istituzioni, le varie agenzie educative e le organizzazioni che si occupano dell'infanzia e dell'adolescenza, hanno la responsabilità di far sperimentare alle nuove generazioni una dimensione di cittadinanza, anche attraverso l'uso dei nuovi *media*, in cui esercitare "consapevolmente" libertà, responsabilità e democrazia.

Sicuramente, il *web* offre la possibilità - così attraente per gli adolescenti intenti ad esplorare se stessi e il mondo - di celare la propria identità attraverso la creazione di profili *fake* o di manipolare l'immagine pubblica secondo una prospettiva ideale che tranquillizzi le inquietudini proprie dell'età e le fragilità insite nello sviluppo in divenire dell'identità personale: *nickname* e profili *social* offrono ai giovani la possibilità di essere presenti, partecipare, socializzare e comunicare nell'illusione di anonimato posta sotto il loro controllo, accettando il rischio di non conoscere da chi proviene una certa qualità di comunicazione, non necessariamente positiva.

4. *Minori, informazione e* cyberbullismo

Fra le tematiche riguardo l'uso dell'informazione in rete si inserisce anche quella del *cybercrime* e, di conseguenza, della esigenza di protezione dei minorenni contro l'uso "criminale" della rete da parte degli stessi, come in parte sopra evidenziato.

L'aumento dei casi relativi al *cybercrime* da parte di minorenni nei confronti di altri minorenni è preliminarmente riconducibile alla percezione "non reale" di tali reati, investendo la sfera quotidiana degli stessi protagonisti, con ripercussioni preoccupanti sulla loro formazione e sul loro sviluppo. [11]

In particolare, appare opportuno evidenziare come spesso la distanza tra vittima ed agente, e il "filtro" dello schermo possano agevolare la commissione

[11] D. Fedeli, C. Munaro, *Bullismo e cyberbullismo. Dall'analisi di casi alla progettazione di interventi di contrasto secondo la legge 71/2017*, Giuntiedu, Firenze, 2019.

dei reati per mezzo della rete *internet* in quanto subentra un meccanismo di apparente deresponsabilizzazione o ingannevole ridimensionamento nella consapevolezza delle condotte lesive, ed ecco spiegato il significato di percezione del reato come "non reale".

Il fenomeno è noto e risulta essere particolarmente insidioso poiché poggia le sue basi sull'uso sempre più diffuso della rete da parte degli adolescenti, ma non solo, ovviamente, anche per mezzo di *smartphone*, di tal che le occasioni per divenire vittime e/o *offender* si presentano ai giovani in maniera esponenziale.

In questo difficile contesto è intervenuta di recente la legge n. 71/2017[12] recante "Disposizioni a tutela dei minorenni per la prevenzione ed il contrasto del fenomeno del *cyberbullismo*", la cui finalità essenzialmente educativa e preventiva, è esplicitata nell'art. 1, com. 1, nel quale si legge che essa: "… si pone l'obiettivo di contrastare il fenomeno del *cyberbullismo* in tutte le sue manifestazioni, con azioni a carattere preventivo e con una strategia di attenzione, tutela ed educazione nei confronti dei minorenni coinvolti, sia nella posizione di vittime sia in quella di responsabili di illeciti, assicurando l'attuazione degli interventi senza distinzione di età nell'ambito delle istituzioni scolastiche".

Il legislatore ha anche fornito una definizione del fenomeno qualificandolo (art.1, com. 2) come: "qualunque forma di pressione, aggressione, molestia, ricatto, ingiuria, denigrazione, diffamazione, furto d'identità, alterazione, acquisizione illecita, manipolazione, trattamento illecito di dati personali in danno di minorenni, realizzata per via telematica, nonché la diffusione di contenuti *on line* aventi ad oggetto anche uno o più componenti della famiglia del minorenne il cui scopo intenzionale e predominante sia quello di isolare un minorenne o un gruppo di minorenni ponendo in atto un serio abuso, un attacco dannoso, o la loro messa in ridicolo".

Sul piano del contrasto al fenomeno, di assoluto interesse è la previsione (art. 2, *Tutela della dignità del minore*) di una procedura attraverso la quale il minorenne ultraquattordicenne o la famiglia dello stesso possono inoltrare al titolare del trattamento dei dati personali o al gestore del sito *internet* o del *social media* un'istanza per l'oscuramento, la rimozione o il blocco di qualsiasi dato personale del minorenne, diffuso nella rete *internet*, previa conservazione dei dati originali.

Nel caso di inadempimento, entro le 24 ore, è possibile formulare la medesima istanza direttamente al Garante per la protezione dei dati

[12] Legge 29 maggio 2017, n. 71, *Disposizioni a tutela dei minori per la prevenzione ed il contrasto del fenomeno del cyberbullismo*, entrata in vigore in data 18 giugno 2017.

personali affinché agisca, entro i termini previsti dal decreto legislativo 30 giugno 2003, n. 196 (quarantotto ore dal ricevimento dell'istanza).

Il tema del *cyberbullismo* costituisce un fenomeno tra devianza giovanile e psicologia dei gruppi, che rappresenta ed esprime il carattere di complessità e problematicità assunto dal rapporto attuale tra bambini, ragazzi e tecnologia.

È un fenomeno recente che si manifesta ogni qualvolta soggetti minorenni utilizzano i nuovi media per veicolare o mettere in atto azioni vessatorie, persecutorie, lesive della dignità di coetanei. L'esperienza ha evidenziato diverse tipologie di condotte che integrano atti di "cyberbullismo": il "furto di identità" su *social network*, ovvero l'uso di profili di altri, il furto di immagini e di dati personali utilizzati per fingersi qualcun altro, messaggi istigatori per condotte illecite su di sé o su altri, la diffusione di immagini sessuali di coetanei tra minorenni.

Tale ultimo aspetto, in particolare, ha visto la diffusione della pratica del c.d. "selfie" che mal si coniuga - purtroppo - con la curiosità tipica degli adolescenti e con un costume d'uso dei nuovi media, che li vede sempre più spesso quale via elettiva per lo scambio di immagini e video anche molto "privati".

Si tratta di comportamenti che possono arrivare a configurare il reato di cessione di materiale pedopornografico, gravemente pregiudizievole per la vittima, la cui reputazione viene spesso denigrata irreparabilmente ed in tempi brevissimi, provocandone l'isolamento e producendo forti vissuti di sofferenza e di vergogna, con conseguenti danni psicologici incalcolabili.

Il tema del rapporto tra minorenni e *web* non può non includere l'approfondimento di concetti come il consenso digitale e l'individuazione dell'età in cui i minorenni vengono considerati in grado di esprimerlo in modo compiuto e definitivo. Il bilanciamento tra diritto dei minorenni ad una partecipazione attiva e libera alle opportunità offerte dalla rete e tutela degli stessi dai rischi connessi è uno dei *focus* prioritari del dibattito attualmente in corso e relativo a tale tema, che coinvolge inevitabilmente anche la responsabilità genitoriale.

5. *Responsabilità genitoriale, ruolo educativo e diritto all'informazione*

Appare, quindi, utile richiamare brevemente in questo contesto, il ruolo della responsabilità genitoriale sotto il profilo della funzione educativa, spesso contaminata dalla mole di notizie, pubblicità, informazioni di

contenuti i più diversi, che provengono dall'esterno, da coordinare con il graduale sviluppo psicofisico del figlio, con la sua capacità di discernimento e la consapevolezza del proprio agire come soggetto e del suo essere in divenire.[13]

Anche il concetto di "genitorialità" deve essere adeguato all'epoca contemporanea, dovendo fare riferimento ad un costrutto ampio e di non facile definizione, perché oggi sono molte le tipologie di genitorialità che mutano con il cambiare della società: genitorialità c.d. biologiche, adottive, affidatarie, monoparentali, con genitori dello stesso sesso, genitorialità che si realizza attraverso la fecondazione medicalmente assistita, ecc.

Ovviamente, un diverso modello di genitorialità non implica modifica della funzione, che rimane sempre ancorata alla tutela del soggetto minore, ma è necessario tener conto di tale nuovo contesto familiare e sociologico, per meglio modulare il dovere di rispetto e di educazione nei riguardi del figlio, in una società dell'informazione sempre più ampia, poliedrica, e potenzialmente rischiosa.

In questo ambito, il ruolo della responsabilità genitoriale sembra aver acquisito un ulteriore profilo, ovvero la necessità di coordinare l'esigenza di crescita e di formazione del minore con ciò che proviene dall' "esterno", da cui si devono filtrare contenuti e modelli adeguati ad uno sviluppo formativo del soggetto in età evolutiva, tenendo conto sia della sua libertà, ma anche di un dovere di controllo e di verifica richiesto dalla funzione educativa del genitore.

Il dovere di formazione e di intervento del genitore sarà ovviamente differenziato sulla base della condizione di maturità del figlio al quale, se non ancora capace di intendere e di volere, gli sarà precluso l'accesso a determinate notizie o immagini che non potrebbe decodificare, mentre modalità diverse saranno adottate per un minore in grado di discernimento, pur sempre valutando il caso concreto, coerentemente al disposto dei nuovi artt. 147 e 315 *bis* c.c.

Pertanto, se l'insieme dei vari strumenti di comunicazione delle informazioni assicura all'utente, in particolare, al minore, una ricca opportunità di fare conoscenze, di creare rapporti, di acquisire nozioni, di sviluppare la propria personalità in varie direzioni e ottenere informazioni e formazione, non si può negare come tale sistema nasconda pericoli che l'utente potrebbe ignorare o sottovalutare, per debolezza o per mancanza di esperienza o adeguata educazione, anche riguardo il diritto alla riservatezza

[13] F. Ruscello, *Potestà genitoria, informazione e tutela del minore*, in AA VV., *Informazione e tutela dei minori*, Napoli, 2002, p. 36.

del minore[14].

Il ruolo della genitorialità è dunque, anche quello di usare strategie o proposte per consentire al minore di accedere alla comunicazione e alla informazione con relativa sicurezza e proteggerlo da rischi e abusi al fine di prevenire, da un lato, che i minori siano vittime da parte di terzi e, dall'altro, a evitare che i minori cagionino danni a terzi o a sé stessi mediante gli strumenti di comunicazione telematica.

Il dovere di vigilanza dei genitori è, quindi, strettamente connesso alla pericolosità di questo sistema e della potenziale esondazione incontrollabile dei contenuti e si lega al contenuto della responsabilità civile dei genitori, poiché ricadranno su questi ultimi le conseguenze di eventuali illeciti compiuti da parte dei loro figli minori.

Più precisamente, la responsabilità dei genitori si modula a seconda che si tratti di illecito civile o penale. In ambito civile, al pari di qualsiasi altra tipologia di illecito, anche quello commesso sulla rete *internet* implica una responsabilità dei genitori *ex* art. 2048 c.c. connessa ai doveri educativi inderogabili *ex* art. 147 c.c., "attenuata" solo nel caso in cui i genitori diano prova di aver impartito una buona educazione e di aver predisposto ogni ragionevole misura di sicurezza al fine di evitare la commissione dell'illecito, nonché di non essere riusciti a impedire il fatto nonostante l'adeguata vigilanza espletata[15].

Recente giurisprudenza di merito[16] ha peraltro affermato al riguardo che gli obblighi inerenti alla responsabilità genitoriale impongono non solo il dovere di impartire al minore un'adeguata educazione all'utilizzo dei mezzi

[14] V. Corriero, *Privacy del minore e potestà dei genitori*, in *Rass. dir. civ.*, 2004, p. 998, p. 1026. M. Massimi, G. Scorza, *La privacy spiegata semplice ai più giovani (e ai loro genitori)*, Mondadori Università, Milano, 2021.

[15] Cass, 14 febbraio 2014, n. 2413, in *www.personaedanno.it*, 14 febbraio 2014; Cass., 19 febbraio 2014, n. 3964, in *www.altalex.com*, 10 aprile, 2014.

[16] Trib. Caltanissetta, 8 ottobre 2019, in *www.quotidianogiuridico.it*, 15 gennaio 2020; Trib. Teramo, 6 gennaio 2012, in *La responsabilità genitoriale per mancato controllo dei figli su Facebook*, commento di I. Famularo, in *Libertà di manifestazione del pensiero e diritti fondamentali. Profili applicativi nei social networks*, a cura di M. Bianca, A. Gambino, R. Messinetti, Milano, 2016, p. 207: la sentenza ha affrontato la questione relativa alla responsabilità civile dei genitori ai sensi dell'art. 2048 c.c. nell'ipotesi di danno cagionato dal minore attraverso *Facebook*; Trib. Parma, 5 agosto 2020, in *www.quotidianogiuridico.it*, 29 settembre 2020, ha ribadito che il diritto-dovere dei genitori di educare i propri figli comprende anche l'educazione digitale dei minori, precisando nel caso di specie che "*I contenuti presenti sui telefoni cellulari dei minori andranno costantemente supervisionati da entrambi i genitori, evitando la comparsa di materiali non adatti all'età ed alla formazione educativa dei minori. La stessa regola vale per l'utilizzo eventuale del computer, al quale andranno applicati i necessari dispositivi di filtro*".

di comunicazione, ma anche di compiere un'attività di vigilanza sul minore per quanto concerne il suddetto utilizzo".

A ciò ha aggiunto che "l'educazione deve essere, inoltre, finalizzata a evitare che i minori cagionino danni a terzi o a sé stessi mediante gli strumenti di comunicazione telematica; sotto tale profilo si deve osservare che l'anomalo utilizzo da parte dei minori dei *social network* e, in generale, dei mezzi offerti dalla moderna tecnologia tale da lederne la dignità cagionando un serio pericolo per il sano sviluppo psicofisico degli stessi, può essere sintomatico di una scarsa educazione e vigilanza da parte dei genitori"[17].

Vi è da precisare che per utilizzare i *social network*, secondo la normativa vigente, è necessario aver compiuto almeno 14 anni, fra i 13 e i 14 anni è possibile farlo, ma con la supervisione dei genitori, sotto i 13 anni è vietato usare *Facebook*, *Instagram, Twitter*, *Snapchat* o *WhatsApp,* anche se non è davvero così nella realtà.[18]

Infatti, purtroppo secondo dati statistici, l'85% dei ragazzi tra i 10 e i 14 anni possiede un profilo *social.* Nessuno al momento dell'iscrizione tende ad indicare la sua reale età, neppure quel 22% che lo ha comunicato con un genitore presente, mentre il 91% non riferisce ai genitori di ciò che vede, di cui si informa e che comunica egli stesso su internet.

5.1. *Le comunicazioni relative ai rapporti familiari dei minori e tutele previste.*

La protezione della personalità del minorenne nell'ambito del complesso sistema di informazione si estende anche a fatti che rivestono una qualifica più personale, quali, ad esempio, questioni relative ad adozioni e affidamento, al diritto di conoscere le proprie origini[19], l'appartenenza a

[17] Trib. Caltanissetta, 8 ottobre 2019, cit.

[18] Art. 2-*quinquies* del d. Lgs 10 agosto 2018, n. 101, "*Disposizioni per l'adeguamento della normativa nazionale alle disposizioni del regolamento (UE) 2016/679 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 27 aprile 2016, relativo alla protezione delle persone fisiche con riguardo al trattamento dei dati personali, nonche' alla libera circolazione di tali dati e che abroga la direttiva 95/46/CE",* che ha recepito nel nostro Paese il Regolamento Ue sulla tutela dei dati personali, il cosiddetto Gdpr, al quale fanno riferimento le condizioni di utilizzo dei principali social network. Per chi ha meno di 14 anni è consentita comunque l'iscrizione, ma a condizione che ci sia il consenso dei genitori. Il regolamento europeo prevedeva che la soglia minima fosse di 16 anni, con la possibilità per gli Stati membri di stabilire per legge un'età diversa, purché non inferiore ai 13 anni. Per questo motivo l'età minima può variare, ma non deve scendere mai sotto i 13 anni.

[19] Cfr. recente, Cass., 9 agosto 2021, n. 22497, in *www.altalex.com*, 9 settembre 2021, in

nuclei familiari criminali, a famiglie disagiate o problematiche, con genitori separati o in conflitto, con la conseguente necessità che venga tutelata la condizione del minorenne come persona in divenire, riconoscendo il valore prevalente del suo interesse ad un regolare processo di maturazione che potrebbe essere profondamente alterato dalla divulgazione o manipolazione di notizie e informazioni che riguardano il suo *status* familiare e personale.

Particolare attenzione va posta nei casi di conflitti familiari connessi all'affidamento o all'adozione, o in vicende di genitori separati o divorziati, al fine di evitare possibili strumentalizzazioni da parte degli adulti portati a rappresentare e a fare prevalere esclusivamente il proprio interesse, come nell'ambito della comunicazione a mezzo giornalismo, in cui si deve valutare l'opportunità di pubblicare notizie che riguardano i bambini soprattutto se tali informazioni o anche le foto del minore siano fornite da uno dei soggetti adulti coinvolti nel conflitto familiare[20].

Peraltro, la prassi dei processi delle relazioni familiari, es. separazioni, divorzi, scioglimento dell'unione civile o delle convivenze, modifiche delle sentenze di separazione o divorzio, procedimenti regolativi, ablativi o limitativi della responsabilità genitoriale, registra spesso un conflitto fra il diritto alla riservatezza delle parti, in particolare dei figli minori, e il diritto di difesa[21].

6. *La comunicazione commerciale e i minori*

Un altro aspetto interessante da richiamare nell'ambito del diritto all'informazione nell'epoca attuale è rappresentato dal diritto pubblicitario, ovvero l'insieme delle norme pubbliche o private rivolte a disciplinare i messaggi pubblicitari, anche perché la pubblicità può diventare ingannevole quando è in grado di indurre in errore il consumatore alla quale è rivolta, pregiudicandone il comportamento economico, o quando è idonea a ledere un concorrente.[22]

cui si è stabilito che il figlio adottato ha diritto di accedere ai dati sanitari della madre per tutelare la propria salute.

[20] Trib. Rieti, 7 marzo 2019, in *www.osservatoriofamiglia.it*, 22 luglio 2019; Trib. Pistoia, 7 luglio 2018, in *www.avvocatocivilista.net*, 11 novembre 2019; Trib. Roma, 23 dicembre 2017, in *www.altalex.com*, 8 gennaio 2018.

[21] G. Iorio, *L'efficacia probatoria dei messaggi WhatsApp nei processi familiari*, in *ilfamiliarista.it*, Giuffrè, 16 ottobre 2020.

[22] La pubblicità ingannevole può riguardare le caratteristiche dei beni o dei servizi, come la loro disponibilità o la data di fabbricazione, il prezzo e le condizioni di fornitura: D. Lgs 2 agosto 2007, n. 145. *Pubblicità ingannevole. Attuazione dell'articolo 14 della direttiva*

Anche la pubblicità può costituire un pericolo per i minori: essi sono destinatari dei prodotti pubblicizzati, spettatori involontari dei messaggi pubblicitari e spesso protagonisti degli *spot*.

I minori sono nella maggior parte privi di un'autonomia cognitiva consapevole che permetta di filtrare i contenuti dei messaggi, non hanno ancora sviluppato le abilità critiche degli adulti, e pertanto appare necessario tutelarli anche sotto questo particolare profilo in cui si può articolare l'informazione, regolamentando la pubblicità.

I principali rischi che la pubblicità nasconde per un minore sono la sua invasività, in quanto la pubblicità è rappresentata spesso da brevi messaggi, studiati per essere efficaci, che producono una influenza psicologica, a volte si presentano attraverso contenuti bruschi, che comportano il pericolo che i minori diventino indifferenti alla violenza e non acquisiscano il discrimine fra bene e male, oppure gli espliciti richiami di genere, che possono rappresentare alterazione nella formazione dei bambini, o la percezione di una scorretta educazione alimentare, tutto ciò potrebbe avvenire o avviene se non è presente il filtro specifico dell'educazione familiare e genitoriale che, come sopra richiamato, deve essere comunque in grado di spiegare, veicolare, proteggere, in altre parole, interrompere il circuito di comunicazioni a rischio.

Per far fronte a quanto sopra indicato, nel tempo si sono susseguiti numerosi strumenti normativi[23], ad esempio fra gli altri, non si può non ricordare il Codice del Consumo[24] che prevede come una scorretta la pratica

2005/29/CE che modifica la direttiva 84/450/CEE sulla pubblicità ingannevole, artt. 6 e 7.

[23] Fra i numerosi provvedimenti legislativi che si sono susseguiti nel tempo, senza pretesa di completezza, cfr. ad esempio, art. 14, l. 8 febbraio 1948, n. 47, *Disposizioni sulla stampa*; art. 1, l. 12 dicembre 1960, n. 1591, *Disposizioni concernenti l' affissione e l' esposizione al pubblico di manifesti, immagini, oggetti contrari al pudore o alla decenza;* l. 6 agosto 1990, n. 223, *Disciplina del sistema radiotelevisivo pubblico e privato*; D.M. 30 novembre 1991, n. 425, *Regolamento concernente attuazione degli articoli 13, 15 e 16 della direttiva del Consiglio delle Comunità europee del 3 ottobre 1989 (89/552/CEE), relativi alla pubblicità televisiva dei prodotti del tabacco e delle bevande alcooliche ed alla tutela dei minorenni*; *Codice di autoregolamentazione Tv e minori*, approvato il 29 novembre 2002; l. 3 maggio 2004, n. 112, *Norme di principio in materia di assetto del sistema radiotelevisivo e della RAI-Radiotelevisione italiana S.p.a., nonché delega al Governo per l'emanazione del testo unico della radiotelevisione*; D. Lgs. 31 luglio 2005, n. 177, *Testo unico della radiotelevisione*; D. Lgs. 6 settembre 2005, n. 206, *Codice del consumo*; D.M. 27 aprile 2006, n. 218, *Regolamento recante disciplina dell'impiego di minori di anni quattordici in programmi televisivi*; D. Lgs. 2 agosto 2007, n. 145, *Attuazione dell'articolo 14 della direttiva 2005/29/CE che modifica la direttiva 84/450/CEE sulla pubblicità ingannevole - Codice di Autodisciplina della Comunicazione Commerciale*.

[24] Decreto legge, 30 dicembre 2005, n. 273, *Codice del consumo*, convertito con

commerciale, in quanto suscettibile di raggiungere bambini ed adolescenti, può anche indirettamente, minacciare la loro sicurezza, fino ad arrivare alla edizione n. 68 del Codice di Autodisciplina della Comunicazione Commerciale, in vigore dal 9 febbraio 2021[25].

In un mondo pieno di pubblicità in ogni dove, che influenza e condiziona anche i soggetti adulti, la correttezza dei contenuti, sia da un punto di vista normativo, ma anche e soprattutto etico, quando, come nel caso dei minori, la pubblicità incontra temi sensibili e accattivanti, premia gli operatori che si impegnano in tal senso: a partire dalle agenzie creative per arrivare a tutti i canali di diffusione e a tutti gli strumenti per la diffusione

modificazioni dalla legge 23 febbraio 2006, n. 51 (ultima modifica con D. Lgs, 4 novembre 2021, n. 173). Il predetto Codice precisa che la televendita non deve esortare i minorenni a stipulare contratti di compravendita o di locazione di prodotti e di servizi e non deve loro arrecare pregiudizio morale o fisico e contiene alcuni criteri da rispettare nella creazione dei contenuti; i minorenni non devono essere esortati ad acquistare prodotti o servizi sfruttando la loro inesperienza o la loro credulità, a voler persuadere genitori o altri ad acquistare tali prodotti o servizi. Non si deve inoltre sfruttare la particolare fiducia che i minorenni ripongono nei genitori, negli insegnanti o in altri, e non si pongano minorenni in situazioni pericolose

[25] *Codice di Autodisciplina della Comunicazione Commerciale*, 68° ed. (La 1° ed. del Codice risale al 12 maggio 1966).

In particolare, all'art. 11, dal titolo "*Bambini e adolescenti*", si dispone che: "Una cura particolare deve essere posta nei messaggi che si rivolgono ai bambini, intesi come minori fino a 12 anni, e agli adolescenti o che possono essere da loro ricevuti. Questi messaggi non devono contenere nulla che possa danneggiarli psichicamente, moralmente o fisicamente e non devono inoltre abusare della loro naturale credulità o mancanza di esperienza, o del loro senso di lealtà. In particolare questa comunicazione commerciale non deve indurre a: violare norme di comportamento sociale generalmente accettate; compiere azioni o esporsi a situazioni pericolose; ritenere che il mancato possesso del prodotto oggetto della comunicazione significhi inferiorità, oppure mancato assolvimento dei loro compiti da parte dei genitori; sminuire il ruolo dei genitori e di altri educatori nel fornire valide indicazioni dietetiche; adottare l'abitudine a comportamenti alimentari non equilibrati, o trascurare l'esigenza di seguire uno stile di vita sano. La comunicazione commerciale non deve contenere un'esortazione diretta ai bambini affinché acquistino o sollecitino altre persone ad acquistare il prodotto pubblicizzato. L'impiego di bambini e adolescenti nella comunicazione deve evitare ogni abuso dei naturali sentimenti degli adulti per i più giovani. Sono vietate rappresentazioni di comportamenti o di atteggiamenti improntati alla sessualizzazione dei bambini, o dei soggetti che appaiano tali".

Inoltre, è di rilievo il riferimento ai minori e adolescenti nell'art. 22- "*Bevande alcoliche*", ove si stabilisce che: "La comunicazione commerciale relativa alle bevande alcoliche non deve contrastare con l'esigenza di favorire l'affermazione di modelli di consumo ispirati a misura, correttezza e responsabilità. Ciò a tutela dell'interesse primario delle persone, ed in particolare dei bambini e degli adolescenti, ad una vita familiare, sociale e lavorativa protetta dalle conseguenze connesse all'abuso di bevande alcoliche".

delle informazioni oggi disponibili, in una dimensione "globalizzata" del diritto all'informazione che, tuttavia, non può superare il limite del rispetto della libertà, della dignità e della sicurezza della persona umana.

Giuseppe Citarella, Angelo Venchiarutti*

Diritti della personalità dei minori e tutele nella rete internet

Sommario: 1. Note introduttive: il minore e le situazioni giuridiche esistenziali – 2. Il minore e la rete – 3. La disciplina dell'accesso ai sistemi digitali da parte dei minori – 4. Il diritto all'oblio – 5. Google e le immagini dei minori – 6. Conclusioni.

1. *Note introduttive: il minore e le situazioni giuridiche esistenziali*

Il tema che si intende trattare all'interno delle pagine che seguono riguarda il ruolo giocato dai minori, e soprattutto la latitudine della loro autodeterminazione informativa, per quanto concerne i diritti della personalità, nell'ambito della rete internet.

Al riguardo, pare opportuno formulare alcune osservazioni a carattere generale. Iniziamo dalla constatazione circa il fatto che, riferita alla figura del minore, la questione dei diritti della personalità si prospetta in modo tutt'altro che semplice da affrontare. Le ragioni di tale difficoltà appaiono complesse e molteplici, pur se nel corso del tempo almeno alcuni dei profili controversi della materia hanno conosciuto una progressiva evoluzione[1].

Consideriamo anzitutto l'aspetto del riconoscimento della titolarità di diritti e delle libertà fondamentali in capo anche alla persona in formazione. Esso si presenta non particolarmente problematico anche in ragione del fatto che – si osserva - la nostra Costituzione riconosce la titolarità delle diverse situazioni soggettive di vantaggio alla persona in quanto tale, e dunque al minore non diversamente che all'adulto[2].

* Giuseppe Citarella è autore dei §§ 4 e 5. Angelo Venchiarutti è autore dei §§ 1, 2,3; il § 6 è di entrambi.

[1] Per una specifica indagine del tema, v. M. Orofino, *Minori e diritto alla protezione dei dati personali*, in M. Orofino e F. G. Pizzetti, a cura di, *Privacy, minori e cyberbullismo,* Torino, 2018, p. 1 ss.

[2] Di recente, v. E. Bilotti, *Diritti e interessi del minore* in R. Senigaglia, a cura di, *Autodeterminazione e minore età. Itinerari di diritto minorile*, Pisa, 2019, p. 13 ss; nonché,

Affermazioni del genere si avverte però rischiano di rimanere mere declamazioni di principio se gli stampi generali dei singoli diritti della personalità storicamente plasmati, dagli studiosi, dal legislatore, dai giudici, sul modello di una persona fisica grande d'età, di un individuo adulto e perfettamente capace venissero automaticamente applicati alle persone in via di sviluppo[3]. Nel caso dei minori d'età il problema dei diritti della personalità si presenta, difatti, in modo diversamente articolato rispetto al caso degli adulti. Permangono, ad esempio, notevoli margini di labilità in ordine alla rilevanza da attribuire al minore quale protagonista della sua vicenda esistenziale. Certo l'interprete può senz'altro riscontrare sia nel dibattito dottrinale che giurisprudenziale - che ha valorizzato vari spunti normativi, a partire da quelli contenuti nelle trame che governano le relazioni familiari, e gli interventi terapeutici e riabilitativi[4] - il superamento della prospettiva ermeneutica secondo la quale l'autodeterminazione del minore sarebbe priva di qualsiasi rilievo[5]. Da tempo le riflessioni nel mondo del diritto civile sono

più ampiamente, G. Ballarani, *La capacità di autodeterminazione del minore nelle situazioni esistenziali*, Milano, 2008, 56 ss.

[3] Tra gli altri, P. Stanzione, *Personalità, capacità e situazioni giuridiche del minore*, in *Dir. fam. Pers.,* 1999, 268 ss; G. Palmieri, *Diritti senza poteri. La condizione giuridica dei minori*, Napoli, 1984, 67 ss, che evidenzia il problema della contrapposizione fra capacità giuridica e capacità di agire, in ordine alle situazioni afferenti il soggetto minore d'età.

[4] Tra quest'ultimi si ricorda, per rimanere nell'ambito della normativa interna, che: il minore d'età, il quale intenda sottoporsi ad accertamenti diagnostici e/o voglia iniziare programma terapeutici e socio-abilitativisi nel caso di uso di sostanze stupefacenti o psicotrope, possa effettuare personalmente la relativa richiesta (art. 116, co. 2°, d.P.R. 9 ottobre 1990, n. 309); al minore d'età sia permesso di chiedere, presso i consultori, la somministrazione dei mezzi contraccettivi, per conseguire finalità liberamente scelte in ordine alla procreazione (art. 2, 3° co., l. 27 maggio 1978, n. 194; art. 1, l .29 luglio 1975, n. 405); le minori d'età possono, in presenza di determinate circostanze autodeterminarsi in ordine all'interruzione della gravidanza pur senza l'assenso dei genitori, e, talvolta, anche senza l'autorizzazione sostitutiva del giudice tutelare (art. 12, commi 2 °, 3° e 4°, l. 194/78): sul quest'ultimo tema, v. P. Zatti e U. Nannini, *Gravidanza (interruzione della)*, in *Dig. disc. priv. sez. civ*., IX, Torino 1993, 272 ss. Una disciplina del consenso informato ai trattamenti sanitari dei minori una regolamentazione è ora contenuta nell'art. 3, co. 2°, l. 22 dicembre 2017, n. 219: sul tema, R. Senigaglia, "*Consenso libero e informato" del minorenne tra capacità e identità*, in *Rass. dir. civ*., 2018, 1327 ss; C. Irti, *Persona minore d'età e libertà di autodeterminazione*, in *Giust. civ*., 2019, 619 ss.

[5] G. Ballarani, *La capacità di autodeterminazione del minore nelle situazioni esistenziali*, cit. 64 ss., che riferisce del contributo di M. Bussani, P. Cendon, L. Ghidini, A. Venchiarutti, *I diritti della personalità*, in P. Cendon, a cura di, *I bambini e i loro diritti*, Bologna 1991, 51 ss; nonché per altre riflessioni, in dimensione monografica, meno recenti, F. Giardina, *La condizione giuridica del minore*, Napoli, 1984; P. Stanzione, *Capacità e minore età nella problematica della persona umana*, Napoli, 1975.

giunte a riconoscere che l'esercizio dei diritti fondamentali della persona sia svincolato dall'età del soggetto, e dunque dall'acquisizione della capacità legale di agire[6]. Come è stato messo in luce da più di un interprete, la *ratio* giustificativa del dogma della completa incapacità di agire del minore d'età - la necessità di tutelarlo nei confronti di atti potenzialmente pregiudizievoli per il suo patrimonio - mal si concilia con situazioni di carattere esistenziale. E ciò in ragione, principalmente, di due ordini di fattori. Anzitutto per il fatto che l'esercizio delle prerogative di carattere personale rappresentano una diretta espressione del modo di essere di una persona: esso costituisce dunque un tassello indispensabile per la realizzazione del pieno sviluppo della personalità dello stesso minore. Di conseguenza, in vista dell'esercizio delle situazioni relative alla propria sfera personale, è opportuno valorizzare le capacità di discernimento di cui i fanciulli, in molte circostanze, sono dotati anche prima del raggiungimento della maggiore età. Con riferimento a quanto appena scritto, non va dimenticato però che si tratta di persone in via di formazione, ove quindi lo sviluppo della capacità di discernimento avviene gradualmente in relazione alla progressiva maturazione psicologica.

Vi è poi la necessità di combinare l'"attitudine" del minore di esercitare i propri diritti in piena autonomia con i poteri che i titolari della responsabilità genitoriale vantano nei confronti dei propri figli nell'espletamento dei doveri/diritti di cura (cfr. art. 30, co. 1, Cost.)[7]. Combinazione che nella formula, ora significativamente collocata all'interno della norma codicistica intitolata ai "*diritti e doveri del figlio*" - sorta di statuto ordinario del rapporto "genitori-figlio (art. 315 *bis*, comma 1, c.c., inserito ad opera della l. 10 dicembre 2021, n. 219, *Disposizioni in materia di riconoscimento dei figli naturali*) [8] - trova tuttavia precisi criteri di orientamento: oltre alla capacità –

[6] Per una disamina delle scelte di natura personale nelle quali la capacità di discernimento del minore assume un ruolo decisivo, v., di recente, R. Senigaglia, "*Consenso libero e informato" del minorenne tra capacità e identità*, cit., 1318 ss.; A. Thiene, *Riservatezza e autodeterminazione del minore nelle scelte esistenziali*, in *Fam dir*., 2017, 172 ss.

[7] Sui caratteri della formulazione "responsabilità genitoriale" introdotta nel nostro ordinamento con il secondo tronco della riforma sulla filiazione (d.lgs 28 dicembre 2013, n. 154) i giudizi sono divisi: per alcuni interpreti, l'istituto ha perso la funzione di rimedio all'incapacità del figlio: F. Giardina, *Morte della potestà e capacità del figlio*, in *Riv. dir. civ*., 2018, 1609; in tutt'altra prospettiva si muove invece F. Ruscello, *Autonomia dei genitori, responsabilità genitoriale e intervento "pubblico"*, in *Nuova giur. civ. comm*., 2015, 717, per il quale il mutamento della "potestà" in "responsabilità" genitoriale è puramente formale; con accenni critici sia sulla terminologia adoperata sia sul contenuto del termine "responsabilità", v. anche G. De Cristofaro, *Dalla potestà alla responsabilità genitoriale. Profili problematici di un'innovazione discutibile*, in *Nuova giur. civ. comm*., 2014, 782 ss.

[8] In precedenza, la formula, di cui ora all'art. 315-*bis* c.c., era contenuta soltanto con

che va intensa nella declinazione di capacità di discernimento - il riferimento va alle inclinazioni naturali e alle aspirazioni del minore.

Il legislatore ha formalizzato pertanto uno strumento per la valorizzazione degli interessi del minore – ossia del *best interest of the child,* per utilizzare l'espressione in lingua inglese: del principio cioè espressamente declamato nella Convenzione di New York sui diritti del fanciullo[9]. Si tratta di una formula che, pur se connotata da un certo grado di ambiguità e indeterminatezza, è diventata un riferimento paradigmatico del diritto dei minori e dunque anche nei rapporti del minore con i social network, che orami caratterizzano così marcatamente l'attività quotidiana di bambini e adolescenti.

Non significa pertanto che vada assecondato ogni desiderio o capriccio del minore. In ragione della necessità di valutare, vista la conformazione dei quadri normativi, una pluralità di posizioni e aspetti, connotati per di più da un certo grado di incertezza, i processi decisionali che coinvolgono la tutela degli interessi del minore potranno presentarsi in modo alquanto complesso. E l'esisto della decisione sarà destinato a mutare, in relazione ai concreti contesti problematici – di modo che talvolta risulterà più ampia l'autonomia del minore, talaltra figureranno più incisivi i poteri dei genitori[10].

Sempre nell'elenco delle peculiarità, va aggiunto che quando consideriamo gli infradiciottenni pure per i profili oggettivi della fattispecie – ossia con riferimento a quali ingerenze poter respingere, da parte della vittima – occorrerà valutare la situazione in modo particolare. Può accadere difatti

riferimento al dovere educativo dei genitori, coniugati, nei confronti dei figli (art. 147 c.c. "*Doveri verso i figli*", come modificato dall'art. 29, co. 1°, l. 19 maggio 1975, n. 151: sul tema, v. F. Giardina, *I rapporti personali tra genitori e figli alla luce del nuovo diritto di famiglia*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1977, 1388 ss; nonché P. Perlingieri, *Il diritto civile nella legalità costituzionale*, Napoli, 1991, 2a ed., 497 ss, il quale evidenzia come il rapporto educativo sia stato ridefinito, alla luce dei princípi di eguaglianza e di unità della famiglia, come «correlazione di persone», superando quindi lo schema della potestà intesa come potere-soggezione.

[9] Sul concetto di *best interest of the child*, v., tra gli altri, V. Scalisi, *Il superiore interesse del minore, Ovvero il fatto come diritto*, in *Riv. dir. civ*., 2018, 405, il quale mette in luce l'ambiguità della formula; nonché C. Camardi, *Relazione di filiazione e privacy, Brevi note sull'autodeterminazione del minore*, in *Jus civile*, 2028, 831 ss; L. Lenti, *Note critiche in tema di interesse del minore*, in *Riv. dir. civ*., 2016, 86 ss, e più di recente M. Bianca, a cura di, *The best interest of the child*, Roma, 2021, nel quale sono raccolti gli Atti del Convegno internazionale "*The best interest of the child*", Università La Sapienza, Roma 20-22 settembre 2018.

[10] Sul tema, C. Camardi, *Minore e privacy nel contesto delle relazioni familiari*, in R. Senigaglia, a cura di, *Autodeterminazione e minore età. Itinerari di diritto minorile*, cit., 118.

che sul bambino, o sul ragazzo, incombano minacce che per lui risultano effettivamente tali, e che un soggetto adulto invece potrebbe rintuzzare con relativa facilità. Si pensi, ad esempio, al senso della riservatezza, del tutto speciale, che è proprio del bimbo, e in generale al mondo degli affetti, o più ampiamente alla diversa estensione (rispetto ad un maggiorenne) che sono destinate ad occupare, per un individuo ancora nel verde degli anni, le nozioni di segretezza e di privacy nei riguardi di tutte le comunità grandi e piccole che lo circondano[11]. Il diritto all'identità personale e il diritto alla riservatezza e al rispetto della vita privata del minore sono del resto solennemente proclamati dalla Convenzione di New York sui diritti del fanciullo del 1989 (artt 8-16) - che è stata ratificata dal nostro Paese con l. 27 maggio 1991, n. 179[12]. Un tema quello a cui ora si sta facendo riferimento che è destinato ad assumere una connotazione ancora più accentuata nei rapporti con i mezzi di comunicazione non tradizionali ossia quelli prodotti dall'innovazione tecnologica[13].

[11] A testimonianza di come il tema al quale si fa riferimento nel testo non sia affatto nuovo, si segnala la pronuncia, tutt'altro che recente, della Pret. Roma, decr. 29 dicembre 1988 e ord. 11 gennaio 1989 (in *Temi rom.*, 1989, 380), riguardante il caso nel quale il genitore affidatario aveva prestato il proprio assenso ad un'iniziativa televisiva di largo interesse sociale, per poter dare maggior risalto alla sua pretesa di esigere il rispetto del provvedimento giudiziario relativo all'affidamento, dato che il minore era presso la madre non affidataria: mediante un intervento di tutela preventiva (ex art. 700 c.p.c.), il giudice, al fine di garantire la tutela della riservatezza del minore, impose alla R.A.I. che «*nell'ideazione e nella realizzazione dell'inchiesta-dibattito su detta vicenda fossero adottate le opportune tecniche giornalistiche (testuali, scenografiche, foniche ecc.), che avrebbero consentito di preservare l'anonimato dei soggetti e l'oggettiva non riconoscibilità della vicenda personale della ricorrente e del figlio minore*».

[12] M. Dogliotti, *I diritti del minore e la convenzione dell'ONU*, in *Dir. fam. e pers.*, 1992, p. 301 ss.

[13] Quanto evidenziato nel testo è confermato, per certi versi, dall'attenzione dimostrata dall'Autorità per le comunicazioni (AGCOM) al tema "*Minori e media*" con la pubblicazione di uno specifico libro bianco dedicato ai nuovi media, dopo la pubblicazione di un libro dedicato ai media tradizionali: G. Votano, *Il libro bianco Minori e media. L'età del consenso digitale tra consapevolezza e responsabilità*, in M. Bianca, a cura di, *The best interest of the child*, cit., 245 ss. E proprio le considerazioni tratteggiate nel testo hanno indotto, tra l'altro, il nostro legislatore ad adottare la normativa volta alla prevenzione e al contrasto del fenomeno del *cyberbullismo* - l. 29 maggio 2017, n. 71 - di cui *infra.*

2. *Il minore e la rete*

Con riferimento al rapporto dei minori d'età con la rete va evidenziato un connotato che è destinato a distinguere, anche in questa dimensione, la loro situazione rispetto a quella degli adulti.

Ebbene l'evoluzione tecnologica, penetrata oramai profondamente nella realtà sociale, presenta certamente indiscutibili e significativi vantaggi, agevolando l'inclusione anche di soggetti che in ragione delle loro condizioni personali sono destinati ad imbattersi in più di una difficoltà anche quando intendono compiere i più elementari gesti della vita quotidiana[14]. Essa è destinata tuttavia a suscitare una serie di problematiche concernenti non solo delicati aspetti di carattere sociale, culturale e psicologico[15], ma anche significativi profili di tipo giuridico. Si pensi al funzionamento dei social network che consentono una circolazione dei dati estremamente rapida e favoriscono la condivisione di ogni genere di informazioni e dati, con numeri elevatisi di utenti e senza limiti geografici. Ciò fa sì che risultino coinvolti, e passibili di essere compromessi, gli stessi diritti fondamentali della persona[16].

Quando ad essere coinvolti sono i minori il fenomeno è suscettibile di assumere una dimensione più ampia. La diffusione di social networks tra gli adolescenti (e anche tra i bambini di otto/dieci anni) è in effetti sempre più elevata. Per molti minori la rete è parte integrante della loro quotidianità, e come è stato messo in luce dagli analisti del settore per i soggetti minori d'età molto spesso il rapporto con l'*web* costituisce un mezzo per costruire una propria specifica identità, che spesso prevale od assorbe quella della vita reale[17]. In ragione di scarsa cautela nell'utilizzo delle nuove forme di comunicazione in rete, dell'inesperienza a reagire

[14] In due giudizi collegati - *Re A* [2019] EWCOP 2 e *Re B* [2019] EWCOP 3 – la *Cour of Protection* inglese ha delineato le informazioni pertinenti e irrilevanti allo scopo di decidere se una persona ha la capacità di prendere decisioni sull'uso di Internet e dei social media: in entrambi i giudizi il giudice Cobb ha sottolineando l'importanza centrale dell'accesso alla rete e dell'utilizzo dei social media per le persone con disabilità, anche con riferimento alla Convenzione Onu sui diritti delle persone disabili.

[15] Dei diversi problemi ne dà conto, tra gli altri, A. Thiene, *I diritti della personalità dei minori nello spazio virtuale*, in *Annali online della Didattica e della Formazione Docente*, Vol. 9, 2017, n. 13. p. 28 ss.

[16] Indaga sul tema della tutela dei diritti della personalità in rete v. già F. Di Ciommo, *Diritti della personalità tra media tradizionali e avvento di internet*, in G. Comandè, a cura di, *Persona e tutele giuridiche*, Torino, 2003, p. 15 ss.

[17] Il riferimento è anzitutto agli di L. Floridi, *Infosfera. Etica e filosofia nell'età dell'informazione*, Torino 2009; v. anche

alle minacce incombenti, della tendenziale maggiore esposizione, rispetto agi adulti, a rischi di manipolazione psicologica, la possibilità che si verifichino abusi ai danni dei più giovani è dunque, tendenzialmente, maggiore[18], rispetto a quanto può accadere per gli adulti[19].

3. *La disciplina dell'accesso ai sistemi digitali da parte dei minori*

Si tratta ora di verificare quale sia l'approccio seguito dal nostro legislatore sui temi messi in luce in questa sintetica premessa con riferimento all'attività di navigazione dei minori nella rete.

Anche per le ragioni appena descritte l'ordinamento internazionale, europeo e interno ha dedicato, in anni recenti, una crescente attenzione agli interessi dei minori[20]. In particolare il GDPR, diversamente dalla precedente disciplina in materia di privacy, contiene una pluralità specifiche disposizioni dedicate al minore d'età[21]. Anzitutto, in una serie di *considerando* il Regolamento, puntualizza la necessità di una "*specifica protezione*" per i minori relativamente ai loro dati personali, ipotizzando la loro minor consapevolezza "*dei rischi, delle conseguenze e delle misure di salvaguardia interessate nonché dei loro diritti in relazione al trattamento dei dati personali*" in relazione, in particolare, ad attività di marketing o di profilazione (considerando n. 38), rafforza poi l'obbligo di trasparenza a carico dei titolari del trattamento dei dati, imponendo a costoro di

[18] Il problema - è stato opportunamente evidenziato - riguarda sia il minore "vittima" di eventuali minacce via web sia il minore "artefice" delle stesse: così F. Scia, *Riservatezza e oblio: diritti dei minori e servizi della società dell'informazione*, in *Eur. Journ. Privacy Law & Tech.*, 2019, p. 21 nt. 12.

[19] Non va escluso peraltro che pure tra le persone adulte si verifichino situazioni di "fragilità" nel cotesto digitale: v. Trib. Ravenna, 30 gennaio 2021, in *Dir. internet*, 2021, p. 703, con nota di A.A. Mollo, che rigetta il ricorso (per inabilitazione disponendo la trasmissione degli atti al giudice tutelare per l'eventuale nomina di un amministratore di sostegno) presentato dai familiari nei confronti di una donna la quale, attraverso l'utilizzo di *facebook* e *whatsapp*, interloquiva con persone di sesso maschile, inviandogli anche ingenti somme di denaro, nella convinzione di intrattenere con costoro una relazione sentimentale.

[20] Tra l'altro v. la *Risoluzione del Parlamento europeo del 20 novembre 2012 sulla tutela dei minori nel mondo digitale*, in https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-7-2012-0428_IT.html?redirect.

[21] Per un'illustrazione e un commento delle disposizioni del GDPR dedicate al minore d'età, in via più generale, v. G. Finocchiaro, *Il quadro d'insieme sul Regolamento europeo sulla protezione dei dati personali*, in G. Finocchiaro, a cura di, *Il nuovo Regolamento europeo sulla privacy e sulla protezione die dati personali,* Bologna, 2017, 1 ss.

"*utilizzare un linguaggio semplice e chiaro che un minore possa capire facilmente*" (considerando 58); evidenzia la rilevanza del diritto all'oblio nell'ipotesi in cui il consenso sia stato prestato da un minore (considerando n. 65); esclude che la profilazione, quale trattamento automatizzato dei dati, possa riguardare un minore (considerando n. 71); contempla, ancora, la produzione di rischi "*per i diritti e le libertà*" in caso di trattamento di dati di persone vulnerabili, tra le quali sono incluse espressamente i minori (considerando 75).

Alle "*Condizioni applicabili al consenso dei minori in relazione ai servizi della società dell'informazione*" è dedicato poi, espressamente, l'art. 8 del Regolamento[22]. La norma – com'è noto – introduce un doppio regime per l'espressione del consenso del minore, in relazione all'età: a partire dai 16 anni, il minore è autorizzato ad esprimere personalmente il consenso[23]; al di sotto di quella soglia, si prevede che il consenso sia espresso dai genitori. In ogni caso, il titolare del trattamento dovrà adoperarsi, in ogni modo ragionevole, per verificare che il consenso sia prestato o autorizzato dal titolare della responsabilità genitoriale sul minore.

Dal nuovo quadro normativo emerge dunque una disciplina volta a proteggere un soggetto che, in ragione della sua minore età, viene ritenuto particolarmente "vulnerabile"[24]. Anche per questo il Regolamento limita il potere di autodeterminazione degli infradiciotenni: per prestare il consenso al trattamento dei dati personali viene prevista però un'età inferiore rispetto a quella fissata dall'art. 2 del nostro codice civile per l'acquistò, in via generale, della capacità di agire. Lo stesso art. 8 peraltro fa espressamente salve le disposizioni generali del diritto dei paesi membri concernenti la validità, la formazione o l'efficacia di un contratto rispetto a un minore.

Ineludibili esigenze di continenza non consentono di sviluppare

[22] Sul tema specificatamente, v. A. Astone, *L'accesso dei minori d'età ai servizi della c.d. Società dell'informazione: l'art. 8 del Reg. (UE) 2016/679 e i suoi riflessi sul codice per la protezione dei dati personali*, in *Contr. e impr.,* 2019, 614 ss; A. Astone, *I dati personali dei minori in rete*, Milano, 2019.

[23] Si ricorda che il Regolamento consente agli Stati di fissare per la manifestazione del consenso un'età inferiore, ma non oltre i 13 anni, e che nella versione aggiornata del Codice della privacy domestico l'età minima per l'autodeterminazione del minore è fissata a 14 anni: v. art. 2 *quinquies*, Codice della privacy, come adeguato dal d.lgs 10 agosto 2018, n. 10, "*Disposizioni per l'adeguamento della normativa nazionale alle disposizioni del regolamento (UE) 2016/679 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 27 aprile 2016, relativo alla protezione delle persone fisiche con riguardo al trattamento dei dati personali, nonché' alla libera circolazione di tali dati e che abroga la direttiva 95/46/CE (regolamento generale sulla protezione dei dati)*".

[24] E. Andreola, *Minori e incapaci in internet*, cit., 46 ss.

ulteriormente l'indagine. Di dati messi in luce si possono trarre alcune considerazioni. Anche a proposito delle varie posizioni soggettive più immediatamente legate alla tutela della privacy – intesa come diritto a contenuto positivo al corretto trattamento dei dati personali[25] - la situazione ricalca la traccia delineata nel paragrafo introduttivo.

Per un primo aspetto, va osservato che, se pur è vero che il diritto del minore e dell'adulto riveste, teoricamente, uguale ampiezza – potendo essere descritto pressoché allo stesso modo, e apparendo sulla carta con la medesima intensità – nei termini da salvaguardare le posizioni del minore d'età e dell'adulto finiscano per distanziarsi notevolmente tra di loro. Pur se solo dal testo dei considerando, emerge l'attenzione verso i rischi di eventi pregiudizievoli ai quali si trovano esposti nella navigazione in rete gli l'infradiciottenne.

Le cronache riportano episodi di insulti e diffamazioni che testimoniano la condizione di particolare ingerenza a cui si trovano esposti i ragazzi[26]. Tant'è che per prevenire e contrastare la diffusione in rete di determinate espressioni, sono state adottate nel nostro Paese specifiche normative di contrasto, volte a tutelare i minori d'età. Ci si riferisce in particolare alla legge sul *cyberbullismo* - fenomeno che viene descritto come "*qualunque forma di pressione, aggressione, molestia, ricatto, ingiuria, denigrazione, diffamazione, furto d'identità, alterazione, acquisizione illecita, manipolazione, trattamento illecito di dati personali in danno di minorenni, realizzata per via telematica*" (art. 1, co. 2°, l. 71/2017)[27]. Ma al di là delle vicende di abuso è agevole constatare che per il bambino o l'adolescente sia meno semplice fare scelte incaute complice una certa impreparazione dinanzi alle insidie del mondo, la credulità e la leggerezza personali, i

[25] Con riguardo alla precisazione formulata nel testo, v. già, S. Rodotà, *Elaboratori elettronici e controllo sociale*, Bologna, 1973; nonché dopo l'emanazione del Regolamento UE n. 2016/679, V. Cuffaro, *Il diritto europeo sul trattamento dei dati personali e la sua applicazione in Italia, elementi per un bilancio ventennale*, in V. Cuffaro, R. D'Orazio e V. Ricciuto, a cura di, *I dati personali nel diritto europeo*, Torino, 2019, 3 ss; G. Finocchiaro, *Il quadro d'insieme sul Regolamento europeo sulla protezione dei dati personali*, cit., 1 ss.

[26] Si ricorda, in particolare, il caso *Google-Vivi Down* - sfociato nella pronuncia Cass. pen. 17 dicembre 2013, n. 5107 - per la profonda indignazione ha suscitato nell'opinione pubblica, e per il dibattito che ha alimentato, tra gli studiosi, in tema di governo della rete. L'episodio è ricostruito, anche nei suoi sviluppi processuali, da G. Camera e O. Pollicino, *La legge è uguale anche sul Web. Dietro le quinte del caso Google – Vivi Down*, Milano, Egea, 2010; nonché sul caso di diffusione di foto di una minore, senza il suo consenso da pare di coetanei: Trib. Sulmona, 9 aprile 2018, in Nuova giur. Civ. comm., 1618, con nota di A. Thiene,

[27] Sul tema, v., tra gli altri, i vari contributi contenuti nel volume di M. Orofino e F. G. Pizzetti, *Privacy, minori e cyberbullismo,* cit.

comportamenti avventati e temerari, gli eccessi di curiosità, le incaute ostentazioni di coraggio[28].

Per altro verso va segnalato che (pure) il Regolamento UE sulla privacy smentisce il formale ossequio al dogma della completa incapacità di agire dell'infradiciottenne. L'art. 8 del GDPR distingue, in particolare, il trattamento del bambino in tenera e giovane età rispetto a quello del giovane prossimo all'età maggiore. Circa i momenti di passaggio tra un ciclo e l'altro il GDPR sono distinte, come si è visto, due fasi: da 0 a 16 (14 anni) mentre l'altro ha come protagonista il soggetto avviato al raggiungimento della maggiore età: dai sedici (quattordici) ai diciotto. L'anticipazione a sedici (quattordici secondo la normativa domestica) riguarda l'ambito rispetto dei servizi direttamente offerti ai minori, facendo salve il Regolamento le disposizioni generali del diritto dei contratti degli Stati membri sulla validità, formazione ed efficacia del contratto concluso dal minore. Pur con i limiti appena descritti, la normativa sulla tutela dei dati personali dunque riconosce, via generale, la centralità del consenso e del potere decisionale dell'interessato in materia di esercizio dei diritti fondamentali. Principio della "autodeterminazione informativa" che troverebbe conferma nel nuovo istituto della revoca del consenso, il cui esercizio non richiede alcuna giustificazione (art. 7, co. 3°)[29].

Permane comunque il dubbio circa la finalità di questa sorta di deroga alla regola indicata nell'art. 2 del codice civile: ossia se essa, più che funzionale alle esigenze di affrancamento del minore d'età, finisca per agevolare la realizzazione degli interessi dei fornitori dei servizi della società di informazione[30]. I dubbi sono alimentati, in particolare, data la sussistenza, nell'ambito di cui si sta scrivendo, di posizioni contrapposte: da un lato gli interessi personali dei titolari dei dati, dall'altro l'interesse patrimoniale del mercato alla circolazione - caratteristica che è stata tradotta nell'efficacia formula della convivenza delle ragioni della persona e con quelle del mercato[31]. Circostanza che induce a condividere

[28] Nel suo recente saggio G. Vulpiani, *L'utente minore on line: tutela della privacy e attività negoziale*, in *Tecn. e dir.,* 2021, 110 ss mette in luce, tra l'altro, i rischi ai quali i minori espongono la propria immagine e privacy svolgendo attività di *kid* o *baby influencer*.

[29] A. Thiene, *Riservatezza e autodeterminazione del minore nelle scelte esistenziali*, cit., 172 ss.

[30] F. Bravo, *Il consenso e le altre condizioni di liceità del trattamento di dati personali*, in G. Finocchiaro, a cura di, *Il nuovo Regolamento europeo sulla privacy e sulla protezione die dati personali,* Bologna, 2017, 169 ss; C. Irti, *Persona minore d'età e libertà di autodeterminazione*, cit., 619 ss.

[31] La formula campeggia nel titolo del volume a cura di N. Zorzi, *Persona e mercato dei dati: riflessioni sul GDPR*, Padova, 2019.

l'opinione avanzata da più di un interprete circa l'inadeguatezza di una tutela, nell'ambito del diritto al trattamento dei dati personali, che si affidi al mero consenso del soggetto minore d'età[32] e all'utilizzo, per reagire alle eventuali lezioni, degli strumenti rimediali.

4. *Il diritto all'oblio e alla deindicizzazione*

Volgendo ora l'attenzione al c.d. diritto all'oblio, tema verso il quale l'attenzione non soltanto nel mondo del diritto ha conosciuto una crescita via via crescente nell'ultimo decennio, è possibile registrare un recente sviluppo "tecnologico" di grande rilevanza per la nostra indagine, della quale riferiremo nel paragrafo che segue.

Prima, però, di volgere la nostra attenzione agli aspetti globali relativi al controllo sulle immagini, appare opportuno sintetizzare, per necessità di spazio, le regole contenute nel Reg. UE 2016/679 e gli sviluppi del "*droit à l'oubli*".

Per quanto riguarda gli sviluppi spiccano, quantomeno, due differenti direttrici[33]. La prima traiettoria, certamente la più facile da rilevare, ha seguito uno sviluppo prevalentemente giurisprudenziale. Si tratta di una strada che si presta ad essere percorsa in due direzioni diverse: una totalmente interna alla giurisdizione domestica[34] e l'altra suscettibile di coinvolgere il sistema giudiziario dell'Unione europea, potendo il tema suscitare questioni concernenti l'applicazione e l'interpretazione del diritto dell'UE[35].

[32] Cosi M. Bianca, *Il minore e i nuovi media*, in R. Senigaglia, *Autodeterminazione e minore età*, cit., in part. p.165 ss; F. Naddeo, *Il consenso al trattamento dei dati personali del minore*, in *Dir. inf.*, 2018, p. 27 ss; sul tema del ruolo del consenso prestato per l'iscrizione ai social networks, v. già l'indagine di C. Perlingieri, *Profili civilistici dei social networks*, Napoli, 2014, p. 66 ss.

[33] A riguardo, fra i moltissimi contributi, spiccano per chiarezza e sintesi quelli di R. Pardolesi, *Oblio a regime*, 6 luglio 2020, in https://www.foroitaliano.it/ news/155/ oblio-a-regime/. Si veda anche, dello stesso autore, *The right to be forgotten comes of age, in Law and Economics Lab Working Papers*, paper n. 57, in http://www.law-economics.net/ workingpapers/L&E-LABLAW-57-2020.pdf.

[34] Cass. civ., sez. un., 22 luglio 2019, n.19681, in *Corr. giur.*, 2019, p. 1189, con nota di V. Cuffaro, *Una decisione assennata sul diritto all'oblio*, il quale apprezza la decisione sia per la qualità della soluzione adottata, sia per il "metodo"; in *Resp. civ. prev.*, 2019, p. 1556 ss, con nota di G. Citarella, *Diritto all'oblio: un passo avanti, tre di lato*, *Ib*.,.

[35] Corte giust., Grande sez., 13 maggio 2014, C-131/12 *Google Spain* v, *Costeja*: inutile

Se appare indiscutibile che l'evoluzione il diritto all'oblio, in ambito nazionale, ha preceduto cronologicamente lo sviluppo eurounitario[36], altrettanto vero appare che, dopo la pronuncia *Google Spain* della Grande sezione della Corte di Lussemburgo, si è prodotta un vero e proprio cambio di segno, non solo quantitativo (puntualmente documentato dai transparency reports di Google[37]), ma soprattutto qualitativo, nell'approccio al tema di cui si sta scrivendo. Il diritto all'oblio, *rectius* il diritto alla deindicizzazione, si pone all'attenzione degli interpreti per le proprie caratteristiche di effettività ed efficacia, essendo sganciato - per lo meno in prima battuta - dalla decisione di un giudice nazionale, e trovando attuazione, da parte dei gestori dei motori di ricerca, in termini estremamente rapidi e, in una vasta maggioranza di casi, per lo più automatizzati, senza che intervenga la necessità di un trattamento "manuale" dei dati personali coinvolti[38].

Venendo ora, in secondo luogo, a tracciare il formante legislativo, possiamo invece qui rilevare un doppio binario di regolazione (interna/europea), che tende - in virtù della spinta "uniformatrice" del Reg. UE 679/2016 - a far convergere le regole nazionali con quelle europee, a far data dalla data di entrata in vigore del Regolamento UE (maggio 2018).

Le regole italiane - riscritte a partire dall'estate del 2018 - hanno portato ad una profonda modifica del c.d. Codice in materia di dati personali (D.Lgs 196 del 2003), il quale ha cambiato il proprio "baricentro" dalle Direttive 95/46/CE e 2002/58/CE al sopracitato Regolamento - che contiene, al proprio interno, l'articolo 17 dedicato espressamente al "Diritto alla cancellazione («diritto all'oblio»)"[39].

evidenziare quanto "alluvionale" sia la letteratura a riguardo. Un indispensabile punto di partenza è rappresentato da G. Resta e V. Zeno Zencovich, a cura di, *Il diritto all'oblio su internet dopo la sentenza Google Spain,* 2016, in https://romatrepress.uniroma3.it/libro/il-diritto-alloblio-su-internet-dopo-la-sentenza-google-spain/

[36] Un'ampia panoramica al proposito, prima della rivoluzione innescata dal web, in E. Gabrielli (a cura di) *Il diritto all'oblio*, ESI, Napoli, 1999.

[37] Qui consultabili: https://transparencyreport.google.com/eu-privacy/overview?hl=it.

[38] Nell'impossibilità di un catalogo esaustivo di citazioni, ci limitiamo, a rimandare a due recenti monografie Martinelli, *Diritto all'oblio e motori di ricerca*, Milano, 2017, M. Bianca (a cura di), *Oblio e memoria*, Torino, 2019.

[39] V. Cuffaro, *Cancellare i dati personali dalla* damnatio memoriae *al diritto all'oblio*, in N. Zorzi, a cura di, *Persona e mercato dei dati: riflessioni sul GDPR*, cit., 219 ss.; R. Pardolesi, S. Bonavita, *GDPR e diritto alla cancellazione (oblio)*, in *Danno e responsabilità*, 2018, 269 ss.; D. Barbierato, *Osservazioni sul diritto all'oblio e sulla (mancata) novità del Regolamento UE 2016/679 sulla protezione dei dati personali*, in *Resp. civ. prev.*, 2017, 2100 ss.; M. Tampieri, *Il diritto all'oblio e la tutela dei dati personali*, in *Resp. civ. prev.*, 2017, 1010 ss.: mentre, tra i contributi di dimensione monografica, v. V. Bellomia, *Diritto all'oblio e*

In esso è contemplata la cancellazione dei dati riservati, su richiesta dell'interessato, soltanto nelle circostanze delineate nell'art. 17: richiesta, formulata sulla base dei presupposti indicati nella disposizione ora citata, che genera in capo al titolare del trattamento un obbligo alla cancellazione dei dati senza ingiustificato ritardo. Un più elevato grado di tutela è riconosciuto a colui che abbia prestato il proprio consenso quando era minore: nel considerando 65 si legge che il diritto all'oblio è "*in particolare rilevante se l'interessato ha prestato il proprio consenso quando era minore, e quindi non pienamente consapevole dei rischi derivanti dal trattamento, e vuole successivamente eliminare tale tipo di dati personali, in particolare da internet. L'interessato dovrebbe poter esercitare tale diritto indipendentemente dal fatto che non sia più un minore*".

5. *Google e le immagini dei minori*

Il quadro appena abbozzato concerne, in termini molto generici, la possibilità - per l'interessato - di chiedere la rimozione di dati personali, nei confronti di un titolare del trattamento.

Più in particolare, seguendo la strada aperta dal caso Google Spain, che trova applicazione nei confronti di tutti i motori di ricerca operanti nell'Unione Europea, tale tutela trova la possibilità di esplicarsi attraverso la rimozione dai motori di ricerca di informazioni relative al proprio nome ritenute "inadeguate, irrilevanti o non più rilevanti o eccessive", sempre che non sussistano "fattori di interesse pubblico", in grado di giustificare la permanenza del nome dell'interessato nella lista dei risultati della ricerca.

Merita, a questo punto, segnalare che questa forma di protezione della propria autodeterminazione informativa, relativamente ai risultati forniti dai motori di ricerca, ha ricevuto - in tempi recentissimi - un'ulteriore declinazione, particolarmente interessante ai fini che ai noi interessano, ossia al riconoscimento, in capo al minore, della possibilità di controllare parte del proprio flusso informativo che si proietta, per così dire, sulla rete internet.

A partire dalla fine dell'ottobre 2021[40] , infatti, il colosso di Mountain View ha messo disposizione dei propri utenti minori di età, uno "strumento"

società dell'informazione, Padova, 2020.

[40] Dal 27 ottobre 2021, per la precisione, come riportato dal Blog di Google https://blog.google/products/search/giving-kids-and-teens-more-control-over-their-images-search/.

significativamente denominato "*Rimuovere immagini di minorenni dai risultati di ricerca di Google*" - al quale lo stesso del minorenne interessato (e/o i genitore o il suo tutore) può accedere direttamente per chiedere appunto la rimozione delle immagini dalle "anteprime di ricerca"[41].

Questo non vuol dire, quasi vano sottolinearlo a otto anni di distanza dal caso Costeja, che si otterrà la rimozione delle immagini dal sito "sorgente". Il motore di ricerca "indicizza" infatti contenuti gestiti da altri soggetti. Cionondimeno suggerisce alcune strade per ottenere la rimozione dei contenuti dai siti ospitanti, strade che - necessariamente - implicano la collaborazione del sito che ospita le immagini.

Si tratta, in ogni caso, di uno strumento che rendendo il reperimento delle immagini dei minori più macchinoso, si pone come un primo strumento volto a restringere (almeno parzialmente) il reperimento e la circolazione delle immagini che ritraggono soggetti minori di età.

Appare pressoché inutile sottolineare quanto complesse siano, per portata e qualità, le questioni applicative aperte dalla soluzione predisposta da Google. Appare sufficiente, a riguardo, immaginare l'ipotesi di una fotografia che ritragga due o più minori (ipotesi tutt'altro che teorica ed infrequente) per rendersi conto dei limiti intrinseci ad un approccio così "individualistico", quale quello approntato da Google Images.

Per l'interprete è senza dubbio possibile immaginare altre ipotesi, la cui complessità eccede il limite di queste pagine. Sarà compito della dottrina e della giurisprudenza, in questi casi, dipanare l'intreccio delle questioni relative alla capacità del minore, al suo interesse, quello dei genitori e dei tutori, ma anche il concreto significato della formula "grande interesse pubblico o rilevanza pubblica"[42], che permette la permanenza delle immagini nei risultati di ricerca.

Quello che invece preme sottolineare, in questa sede, è che con la recente "innovazione", Google ha messo a disposizione, rispetto alla traiettoria nel caso *Google Spain*, uno strumento che si caratterizza – in primo luogo – quale mezzo di tutela prettamente preventiva, non sussistendo in capo alla società californiana alcun obbligo di uniformarsi ad un provvedimento giurisdizionale come nella nostra recente esperienza continentale.

In secondo luogo, siamo in presenza di un "rimedio" realmente globale, la cui portata non è circoscritta all'Unione europea[43], ma che risulta

[41] L' *URL* è il seguente: https://support.google.com/websearch/answer/10949130?hl=it

[42] "*Compelling public interest or newsworthiness*" nella versione (presumibilmente) inglese dell'originale.

[43] Circostanza ribadita anche da Corte giust., Grande sez, 24 settembre 2019, C-507/17, *Google LLC* v. *Commission nationale de l'informatique et des libertés (CNIL)*, sulla quale, si veda, M. Astone, *Il diritto all'oblio on line alla prova dei limiti territoriali*, in *Eur. e dir.*

attivabile in tutte le "giurisdizioni" nelle quali il gigante della tecnologia estende la sua operatività.

6. *Conclusioni*

Volendo trarre le fila di quanto sinora tratteggiato, possiamo senza dubbio affermare di essere di fronte ad uno strumento di tutela dell'interesse del minore che per un verso appare focalizzato su uno - per quanto probabilmente il più rilevante, nella nostra società dell'immagine - degli aspetti della personalità, l'immagine appunto, ma che dall'altro, vista la sua implementazione su scala planetaria, e non eurocomunitaria come nel caso *Google Spain* conferma il cammino del c.d. diritto dell'era digitale lungo un percorso scandito da destatalizzazione e deterritorializzazione delle regole, che molto spesso gli stessi Big player della rete si autoimpongono (autoregolazione) [44].

priv., 2020, 223 ss.

[44] Lo rileva acutamente, sin dalla prima edizione, G. Pascuzzi, a cura di, *Il diritto dell'era digitale*, V ed., Il Mulino, Bologna, 2020.

Ettore Battelli

Privacy e minori: l'inadeguatezza del c.d. consenso digitale

Sommario: 1. La cornice normativa europea del trattamento dei dati personali nella prospettiva della tutela della persona minore di età – 2. L'inadeguatezza di tutela dei minori offerta dai tradizionali modelli "informativi" – 3. Critiche al c.d. consenso digitale – 4. Spunti di riflessione sulla limitata consapevolezza che contraddistingue l'agire dei minori su *Internet.*

1. *La cornice normativa europea del trattamento dei dati personali nella prospettiva della tutela della persona minore di età*

Il Regolamento (UE) 2016/679, meglio noto con l'acronimo GDPR (*General Data Protection Regulation*)[1], attuato in Italia con il d.lgs. 10 agosto

[1] Il GDPR ha ereditato molto dell'impostazione che, a seguito della dir. n.95/46/CE, ha caratterizzato il Codice privacy di cui al d.lgs. n.196/2003. Tra i primi significativi contributi sulla nuova normativa europea, si vedano: F. Pizzetti, Privacy *e il diritto europeo alla protezione dei dati personali. Dalla Direttiva 95/46 al nuovo Regolamento europeo*, Torino, 2016, *passim*; M.G. Stanzione, *Il regolamento europeo sulla* privacy*: origini e ambito di applicazione*, in *Eur. dir. priv.,* 2016, p. 1249 ss.; G. Finocchiaro, *Introduzione al regolamento europeo sulla protezione dei dati*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2017, p. 1 ss.; F. Piraino, *Il regolamento generale sulla protezione dei dati personali e i diritti dell'interessato*, *ivi*, 2017, p. 369 ss.; E. Lucchini Guastalla, *Il nuovo regolamento europeo sul trattamento dei dati personali: i principi ispiratori*, in *Contr. e impr.*, 2018, p. 106 ss.; V. Cuffaro, *Il regolamento generale sulla protezione dei dati*, in *Trattamento dei dati personali e Regolamento UE n. 2016/679,* in *Speciali digitali* del *Corriere giur.*, 2018, p. 2 ss.; A. Mantelero, D. Poletti (a cura di), *Regolare la tecnologia: il Reg. UE 2016/679 e la protezione dei dati personali. Un dialogo tra Italia e Spagna*, Pisa, 2018; V. Cuffaro, D'Orazio, V. Ricciuto (a cura di), *I dati personali nel diritto europeo*, Torino, 2020. In generale si vedano: G. Finocchiaro (a cura di), *Il nuovo Regolamento europeo sulla* privacy *e sulla protezione dei dati personali*, Bologna, 2017; E. Pelino, *Il Regolamento* Privacy *europeo. Commentario alla nuova disciplina sulla protezione dei dati personali,* Milano, 2016; e più di recente R. D'Orazio, G. Finocchiaro, O. Pollicino, G. Resta (a cura di), Codice della *Privacy* e *Data Protection*, Milano, 2021. Sulla dir. 95/46/CE si veda: F. Macario, *La protezione dei dati personali nel diritto privato europeo,* in V. Cuffaro, V. Ricciuto (a cura di), *La disciplina del trattamento dei dati personali*, Torino, 1997, p. 12 ss., che mette in evidenza "l'ambiguità" che traspariva

2018, n. 101, rappresenta la cornice normativa nella quale si gioca una delle sfide più importanti del tempo presente e degli anni che verranno: l'effettività della tutela della persona rispetto all'evoluzione delle nuove tecnologie. Si tratta di delineare un quadro di regole che sappia coniugare la libertà dell'individuo nella società digitale con l'invasività nella sfera della persona che vieppiù caratterizza il mondo di *Internet*[2].

La diffusione dei più diversi *social network*, ciascuno contraddistinto da specifiche funzionalità e rivolto a particolari categorie di utenti[3], come anche il sempre più abituale ricorso da parte dei consumatori alle piattaforme digitali di acquisto e di valutazione di beni e servizi, hanno trasferito nella dimensione virtuale aspetti e momenti tipici delle relazioni interpersonali.

La crescente *datafication*, frutto dell'utilizzo disinvolto di *software* e *app* (attive o "dormienti" sui vari *device* perennemente connessi), oltre ai più ingenui (ma subdoli) strumenti di *dataveillance* quali i dispositivi *Iot* (*Internet of things*), ha determinato un innegabile incremento dei rischi connessi all'uso "improprio"[4] dei dati personali *online*, tramite le più

dalla direttiva, dovuta alla commistione fra gli obiettivi di natura prettamente mercantile, quale quello della libera prestazione dei servizi, e quelli di carattere non patrimoniale della salvaguardia dei diritti fondamentali della persona; R. Pardolesi, *Dalla riservatezza alla protezione dei dati personali: una storia di evoluzione e discontinuità*, in R. Pardolesi (a cura di), *Diritto alla riservatezza e circolazione dei dati personali*, I, Milano, 2003, p. 1 ss. Sulla precedente legge n. 675/1996 si rinvia a C. Castronovo, *Situazioni soggettive e tutela nella legge sul trattamento dei dati personali,* in *Eur. dir. priv*., 1998, p. 653 ss., che sottolinea come, sebbene la legge n. 675/1996 non potesse formalmente essere considerata strumento di attuazione della direttiva, lo era nella sostanza. Cfr.: C.M. Bianca, F.D. Busnelli (a cura di), *Tutela della* Privacy, *Commentario alla L. 31 dicembre 1996, n. 675*, in *Nuove leggi civ. com.,* Padova, 1999; E. Giannantonio, M.G. Losano, V. Zeno Zencovich (a cura di), *La tutela dei dati personali. Commentario alla l. 675/1996*, Padova, 1997; V. Cuffaro, V. Ricciuto, V. Zeno Zencovich (a cura di), *Trattamento dei dati e tutela della persona*, Milano, 1998; D. Messinetti, *Circolazione dei dati personali e dispositivi di regolazione dei poteri privati*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1998, p. 339 ss. Sul d.lgs. n. 196/2003, in generale v. S. Sica, P. Stanzione (a cura di), *La nuova disciplina della* privacy*: commento al D.lgs. 30.6.2003, n. 196*, Bologna, 2005; R. Panetta (a cura di), *Libera circolazione e protezione dei dati personali*, in *Trattati,* a cura di Cendon, Milano, 2006; C.M. Bianca, F.D. Busnelli (a cura di), *La protezione dei dati personali*. *Commentario al D.lgs. 30.6.2003, n. 196,* Padova, 2007.

[2] Per tutti, S. Rodotà, *La democrazia e le nuove tecnologie della comunicazione*, Roma-Bari, 1997.

[3] A.R. Popoli, Social Network *e concreta protezione dei dati sensibili: luci ed ombre di una difficile convivenza*, in *Dir. inf*., 2014, p. 982 ss.

[4] Basterebbe ricordare che, nel marzo 2018 l'Agenzia *Cambridge analytica,* società inglese di *Big Data*, secondo un'inchiesta partita dal *New York Times*, aveva messo a punto una *app* per Facebook in grado di tracciare la personalità degli utenti del noto *social network*.

moderne tecniche di profilazione (e nelle ipotesi più gravi i furti di identità), sia al fine di un loro sfruttamento commerciale (si pensi agli annunci creati su misura degli interessi individuali degli utenti, fondati sui loro modelli comportamentali)[5], sia per la potenziale lesione della reputazione o per l'esercizio di attività discriminatorie[6].

Risultando, peraltro, ampiamente acquisito che per *privacy* non si intende più il diritto alla riservatezza e "ad essere lasciati soli"[7] ma quello

I risultati sono stati pubblicati in Aa. Vv., *What your Facebook profile picture reveals about your personality, Proceedings of the 2017 ACM on Multimedia Conference*, 2017, p. 460 ss.; S.C. Matz, M. Kosinski, G. Nave, D.J. Stillwell, *Psychological targeting as an effective approach to digital mass persuasion, Proceedings of the National Academy of Sciences* (PNAS), 2017.

[5] Per tutti, di recente: G. d'Ippolito, *Profilazione e pubblicità targettizzata online. Real-Time Bidding e behavioural advertising*, Napoli, 2021; ivi ampi richiami bibliografici.

[6] S. Rodotà, *Intervista su* Privacy *e Libertà,* a cura di P. Conti, Roma-Bari, 2005, p. 149, chiarisce come: «il concetto di *privacy* è sempre più legato alla tutela della libertà personale, esistenziale: il diritto di compiere le proprie scelte, di mantenere le proprie caratteristiche, non solo senza subire alcun tipo di discriminazione ma anche senza perdere interi pezzi di identità nei mille meccanismi delle nuove tecnologie». Per tutti si vedano gli studi di: V. Mayer-ShÖnberger, K. Cukier, *Big data. Una rivoluzione che trasformerà il nostro modo di vivere e già minaccia la nostra libertà*, Milano, 2013; T.E. Frosini, *Liberté, Egalité, Internet*, Napoli, 2015, pp. 101-115; F. Pizzetti, *Privacy e il diritto europeo della protezione dei dati personali. Dalla Direttiva 95/46 al nuovo Regolamento europeo*, Torino, 2016.

[7] Sulla definizione del diritto alla riservatezza fondamentali tuttora gli studi di: G. Giacobbe, *Riservatezza (diritto alla)*, in *Enc. dir.*, XL, Milano, 1989, p. 1243 ss.; A. Cataudella, *Riservatezza (diritto alla*), I, *Diritto civile*, in *Enc. giur.*, XXVII, Roma, 1991; S. Rodotà, *Riservatezza*, in *Enc. giur.*, VII, *App.,* Roma, 2007. Mentre per un *excursus* sul diritto alla riservatezza all'interno dell'ordinamento giuridico italiano cfr. A. De Cupis, *Le persone celebri e il diritto alla riservatezza*, in *Foro it.*, 1953, I, p. 1341 ss.; E. Giannantonio, *Dati personali (tutela dei),* in *Enc. dir.*, Agg., Milano, 1999, p. 483 ss.; S. Rodotà, *Il mondo nella rete. Quali diritti, quali vincoli*, Roma-Bari, 2014, p. 27 ss.

di "disporre dei propri dati personali"[8] e di tutelare l'identità personale[9], l'esercizio legittimo del trattamento dei dati, come noto, ha richiesto un bilanciamento con l'effettivo diritto al controllo di questa attività[10].

Ogni accesso alla rete *Internet* d'altronde implica una tanto inevitabile quanto consistente circolazione di dati riferiti a ciascuna persona, cui è solitamente richiesto di indicare le proprie generalità, di condividere la propria posizione o di acconsentire anche all'accesso ai contatti inseriti in rubrica, alla fotocamera, al microfono, alle immagini o a qualsiasi altra informazione disponibile sul *device* adoperato per fruire di determinati servizi *online*[11].

Le preoccupazioni, all'attenzione degli studiosi e degli operatori, riguardano, in particolare: la raccolta, l'archiviazione e l'utilizzo di

[8] Di autonoma rilevanza rispetto al diritto alla riservatezza, sebbene siano entrambi storicamente riconducibili all'elaborazione, di derivazione statunitense, del diritto ad essere lasciati soli, c.d. *right to be let alone*, generalmente ascritto al celebre saggio di S.D. Warren, L.D. Brandeis, *The Right to Privacy*, in *Harvard Law Review*, 4:5, 1890, p. 193 ss. Tale diritto si qualificava per un contenuto negativo, di esclusione dei terzi dalla conoscenza dei fatti privati e di opposizione a qualsiasi indesiderata altrui ingerenza nella propria sfera fisica e morale. Questa particolare connotazione caratterizza oggi quello che si definisce diritto alla riservatezza. Diversamente, il diritto alla *privacy* costituisce un diritto autonomo, dal contenuto opposto, positivo, in quanto diritto alla autodeterminazione informativa, di libera scelta e di pieno controllo rispetto alla circolazione dei propri dati personali. In ciò il diritto alla *privacy* presenta dunque una portata nettamente più ampia rispetto all'affine diritto alla riservatezza, proiettando la tutela di questo aspetto della personalità anche nei confronti degli attori del mercato, che del patrimonio informativo riferito a una persona possono fare un utilizzo mirato all'influenza delle scelte di consumo. In questo senso, si dice che tale diritto presenta una natura al contempo privatistica e pubblicistica. Peraltro, già dal 2000, la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, opportunamente distingue, all'art. 7, il diritto al rispetto della vita privata e familiare e, all'art. 8, il diritto alla *privacy* quale diritto al corretto trattamento dei propri dati personali; in tema si veda M. Bianca, *Il minore e i nuovi media*, in R. Senigaglia (a cura di), *Autodeterminazione e minore età. Itinerari di diritto minorile*, Pisa, 2020, p. 151 ss.

[9] Sulla stretta correlazione tra riservatezza ed identità si veda D. Messinetti, *Recenti orientamenti sulla tutela della persona. La moltiplicazione dei diritti e dei danni*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1992, p. 185 ss. Più di recente si vedano gli studi di A. Thiene, *Riservatezza e autodeterminazione del minore nelle scelte esistenziali*, in *Fam. dir.*, 2017, p. 172 ss.

[10] Su tale aspetto si concorda con V. Cuffaro, *Il regolamento generale sulla protezione dei dati*, in *Trattamento dei dati personali e regolamento UE n. 2016/679,* cit., p. 2, il quale afferma che «il rispetto delle regole ora dettate nel regolamento, e non solo in esso, rappresenta l'aggiornata espressione della libertà del soggetto a mantenere il controllo sulle informazioni che lo riguardano».

[11] F. Ruggeri, *Minori e privacy*, in E. Battelli, *Diritto Privato delle Persone Minori di età*, Torino, 2021, p. 140.

informazioni personali che escono dal(la volontà di) controllo del titolare[12].

Sono molteplici gli aspetti delicati che scaturiscono da queste semplici considerazioni. Tuttavia, una questione che non può più rimanere inevasa è quella se ed «eventualmente in quale misura, la protezione dei dati del minore (e la loro circolazione) si presenti, nell'attuale assetto economico/sociale (prima e più ancora, forse, ch)e giuridico, in termini diversi rispetto a quella dei maggiori di età ed esiga quindi una risposta normativa differenziata»[13].

I punti di partenza di questa riflessione potrebbero essere tanti, ma uno di questi non può che essere quello della scelta compiuta dal legislatore europeo di intervenire per dettare una disciplina del consenso del minore in relazione ai "servizi della società dell'informazione". Tuttavia, la disciplina europea pone l'accento sul momento "circolatorio" a scapito di quello "rappresentativo della persona", senza incidere come avrebbe potuto[14].

Infatti, se è vero che la disciplina del dato personale nel suo profilo "circolatorio" rientra certamente nell'ambito di competenza del legislatore europeo, il profilo "identitario" resta rimesso all'intervento dei singoli Stati.

La norma cui riferirsi è l'art. 8 GDPR che si occupa delle «Condizioni applicabili al consenso dei minori in relazione ai servizi della società dell'informazione», secondo cui il trattamento dei dati è lecito qualora il soggetto abbia almeno sedici anni, a meno che non si applichi una soglia nazionale minima di età, compresa tra tredici e sedici anni. Con la precisazione che, pure quando il minore non abbia ancora raggiunto tale età, il trattamento dei dati è da ritenersi lecito se il «consenso è prestato o autorizzato dal titolare della responsabilità genitoriale»[15].

[12] A. Annoni, A. Thiene, *Minori e* privacy. *La tutela dei dati personali dei bambini e degli adolescenti alla luce del regolamento (UE) 2016/679*. Atti del Convegno di Rovigo del 22 novembre 2018, Napoli, 2019, spec. p. 26.

[13] L. Bozzi, *I dati del minore tra protezione e circolazione: per una lettura non retorica del fenomeno*, in *Eur. dir. priv.*, 2020, p. 252 ss., spec. p. 254.

[14] A. Thiene, *Segretezza e riappropriazione di informazioni di carattere personale: riserbo e oblio nel nuovo regolamento europeo*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2017, p. 410, per la quale «La formulazione non avrebbe potuto, per i ben noti limiti di competenza, essere più ambiziosa e prevedere una regola generale in materia di trattamento dei dati personali di minori, anche se in tal modo si sarebbe colmata una lacuna presente in molti ordinamenti» (p. 418).

[15] Tale previsione del Regolamento rappresenta evidentemente una rinuncia da parte del legislatore europeo ad un maggior grado di uniformità della disciplina. Gli Stati membri, infatti, in sede di coordinamento della legge nazionale con la disciplina derivata, hanno utilizzato tutte le diverse opzioni di età compresa tra i tredici e i sedici anni, realizzandosi un'evitabile frammentazione che non giova al processo di integrazione europeo, né tantomeno agli stessi minori, trattati diversamente in base alla loro nazionalità, o ai titolari del trattamento dei dati personali. Per alcuni riferimenti sulle scelte compiute dai

L'art 8 del Regolamento UE 2016/679 detta così una disciplina specifica sul trattamento dei dati personali dei minori d'età, colmando un "vuoto di tutela" per coloro i quali sono tra i maggiori fruitori dei servizi della c.d. società dell'informazione ma, anche, i soggetti più esposti e vulnerabili[16].

Punto di riferimento è stato, essenzialmente, il *Children's Online Privacy Protection Act* (COPPA), che ha individuato il limite dei tredici anni per esprimere il consenso al trattamento dei dati.

Sebbene a livello internazionale il diritto alla riservatezza e alla protezione dei propri dati personali sia stato riconosciuto ai minori, già a partire dall'art. 16 della Convenzione ONU sui diritti dell'infanzia, l'accesso ai servizi della rete e la conseguente immissione dei dati da parte degli stessi era rimasto privo di garanzie adeguate[17]. Si spiega anche così la *ratio* dell'art. 8 GDPR, tenuto conto ovviamente della significativa incidenza che l'utilizzo di tali servizi può generalmente avere nel processo di formazione dell'identità della persona minore di età[18].

A maggior ragione, con riferimento a soggetti che si trovano nel pieno di una fase di crescita e di primo sviluppo di idee e convincimenti propriamente personali, e la cui identità digitale[19] appare difficilmente distinguibile da quella della vita di relazione *offline*[20]; il diradamento dei contatti fisici con le persone rischia di non far riconoscere i pericoli della condivisione *online* di informazioni di carattere personale[21].

principali Paesi europei, cfr. G. Capilli, *La capacità negoziale dei minori, Analisi comparata e prospettive di riforma*, Torino, 2012, p. 258 s.

[16] Di recente per tutti D. Poletti, *Soggetti deboli*, in *Enc. dir.*, Annali, VII, Milano, 2014, p. 963 ss. Per un inquadramento complessivo delle situazioni giuridiche c.d. di vulnerabilità, sia consentito il rinvio a E. Battelli, *I soggetti vulnerabili: prospettive di tutela della persona*, in *Dir. fam. pers.*, 2020, p. 283 ss.

[17] A. Astone, *L'accesso dei minori d'età ai servizi della c.d. società dell'informazione: l'art. 8 del reg. (UE) 2016/679 e i suoi riflessi sul codice per la protezione dei dati personali*, in *Contr. e impr.*, 2019, p. 617.

[18] Sull'evoluzione del diritto all'identità personale: G. Pino, *Il diritto all'identità personale. Interpretazione costituzionale e creatività giurisprudenziale*, Bologna, 2003; G. Finocchiaro, *Identità personale (diritto alla)*, in *Dig. disc. priv., sez. civ.*, Agg., Torino, 2010, p. 721 ss.

[19] Si rammenti che l'art. 8 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea conferisce alla tutela del diritto alla protezione dei dati un'impronta di tipo promozionale, che si traduce nel fatto che «il trattamento deve porsi al servizio dell'uomo», così come ora, ribadito nel Regolamento (*considerando* 4). In argomento si veda G. Resta, *Identità personale e identità digitale*, in *Dir. inf.*, 2007, p. 511 ss. Più recentemente, G. Alpa, *L'identità digitale e la tutela della persona. Spunti di riflessione*, in *Contr. e impr.*, 2017, p. 723 ss.

[20] Sul punto, già il Libro Bianco "Media e minori" 2.0, pubblicato dall'AGCOM nel 2016.

[21] G. Pedrazzi, *Minori e* social media*: tutela dei dati personali, autoregolamentazione e* privacy, in *Inf. e dir.*, 2017, p. 437 ss.

In questo senso, l'eventuale circolazione incontrollata dei dati personali che li riguardano potrebbe persino esporli a particolari situazioni di pericolo[22] idonee ad incidere negativamente sulla loro personalità *in fieri*[23].

Il contenuto dell'intervento europeo risulta ancora più delicato laddove si consideri che ad essere coinvolti sono aspetti complessi come quelli della capacità della persona minore di età e la connessa responsabilità genitoriale, in merito ai quali si dubita fortemente che il legislatore europeo potesse avere la competenza per prevedere *tout court* una regola generale in materia di consenso al trattamento dei dati personali dei minori[24].

2. *L'inadeguatezza di tutela dei minori offerta dai tradizionali modelli "informativi"*

Data per presupposta l'utilità sociale del fenomeno, il problema risulta non tanto quello del "valore economico"[25] da riconoscersi ai dati personali in quanto "merce di scambio"[26], quanto quello di sottolineare che i dati personali rappresentano "patrimonio identitario" della persona[27], "situazioni esistenziali diverse da quelle patrimoniali", di cui si deve evitare, specie nel caso dei minori, un'indiscriminata e incontrollata circolazione ed una indebita utilizzazione da parte di terzi[28].

[22] G. Capilli, *La tutela dei dati personali dei minori*, in R. Panetta, *Circolazione e protezione dei dati personali, tra libertà e regole di mercato. Commentario al Regolamento UE n. 2016/679 (GDPR) e al novellato d.lgs. n. 196/2003 (Codice* Privacy*)*, Milano, 2019, p. 249.

[23] V. Corriero, Privacy *del minore e potestà dei genitori*, in *Rass. dir. civ.*, 2004, p. 1006, ripercorrendo le tappe del processo di valorizzazione dei diritti della personalità del minore a livello sovranazionale, sottolinea espressamente che «la violazione della sfera intima della persona aumenta con il progresso tecnologico degli strumenti di informazione».

[24] A. Annoni, A. Thiene, *Minori e* privacy, cit., p. 48.

[25] Sul punto si veda V. Ricciuto, *La patrimonializzazione dei dati personali. Contratto e mercato nella ricostruzione del fenomeno*, in *Dir. inf.*, 2018, p. 689 ss. Da ultimo altresì E. Battelli, *Il contratto di accesso a Internet*, in *Medialaws – Rivista di diritto dei media*, 2021, par. 7 e 8, p. 147 ss.; ivi ampia bibliografia.

[26] Si rinvia a C. Camardi, *Mercato delle informazioni e privacy, riflessioni generali sulla L. n. 675/1996*, in *Eur. dir. priv.*, 1998, p. 1057.

[27] Per L. Floridi, *La quarta rivoluzione*, Milano, 2017, p. 135: «la nostra sfera informazionale e la nostra identità personale [hanno] il medesimo contenuto, ovvero [sono] due lati della stessa medaglia»; se consideriamo «ogni persona come costituita dalle proprie informazioni» ogni violazione della *privacy* informazionale è «come una forma di aggressione rivolta alla propria identità personale».

[28] Cfr. A. Mantelero, *Il costo della* privacy *tra valore della persona e ragioni d'impresa*,

Se è vero che quello dei dati è un "mercato" allora, alla stregua di altri settori, deve ragionarsi in termini di trasparenza dello stesso e di tutela dei soggetti coinvolti, chiedendosi se i tradizionali modelli "informativi", che pervadono la vigente disciplina della protezione e del trattamento dei dati personali, sono adeguati e, ancor più, se lo siano allorché ad essere coinvolti siano soggetti come i minori il cui consenso espresso potrebbe fondarsi su un deficit di effettiva comprensione del valore dei dati "ceduti"[29].

Si ritiene, pertanto, nel caso di soggetti minorenni, che non può affatto sostenersi che la prestazione di un consenso sia sinonimo di una reale consapevolezza dei rischi legati ad una circolazione, spesso incontrollabile, dei dati[30]. A causa della fragilità emotiva e della genuina istintività che caratterizza i minori (adolescenti e bambini) soggetti sicuramente più vulnerabili degli adulti[31], deve prendersi atto che essi non sono in grado di «valutare correttamente situazioni pericolose, non essendo pienamente consapevoli delle conseguenze che (…) potrebbero scaturire dalle loro azioni virtuali»[32]. Purtroppo, il fisiologico sviluppo e la graduale maturazione dei minori espongono questi ultimi maggiormente rispetto agli adulti, rendendoli più facilmente oggetto delle più subdole e invasive tecniche di *targeting*[33] e di *marketing*.

Quando l'art. 1 GDPR individua lo scopo della nuova disciplina in materia di *privacy* nella protezione «[de]i diritti e [del]le libertà fondamentali delle persone fisiche», naturalmente con specifico riferimento al diritto alla protezione dei dati personali, sembra volersi ragionevolmente rivolgere a ciascun soggetto di diritto, indipendentemente dalla sussistenza dei requisiti della capacità di agire[34]. E come riconosciuto dal *considerando* 38 del GDPR

Milano, 2007, p. 318 ss.; R. De Meo, *Autodeterminazione e consenso nella profilazione dei dati*, in *Dir. inf.*, 2013, p. 587 ss.

[29] G. Resta, V. Zeno Zencovich, *Volontà e consenso nella fruizione dei servizi in rete*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2018, p. 411 s.

[30] *Ex multis* sull'interesse del minore si vedano: V. Scalisi, *Il superiore interesse del minore ovvero il fatto come diritto,* in *Riv. dir civ.*, 2018, p. 405 ss.; F.D. Busnelli, *Il diritto di famiglia di fronte al problema della difficile integrazione delle fonti,* in *Riv. dir. civ.*, 2016, I, p. 1463 ss.; L. Lenti, *Note critiche in tema di interesse del minore*, in *Riv. dir. civ.*, 2016, I, p. 93.

[31] J. Bessant, *Hard Wired for Risk: Neurological Science, "the Adolescent Brain" and Developmental Theory*, in *Journal of Youth Studies*, 2008, pp. 347-358.

[32] A. Annoni, A. Thiene, *Minori e* privacy, cit., p. 28.

[33] Cfr. A. Moretti, *Algoritmi e diritti fondamentali della persona. Il contributo del Regolamento (UE) 2016/679*, in *Dir. inf.*, 2018, p. 799 s.

[34] C. Camardi, *Minore e* privacy *nel contesto delle relazioni familiari*, in R. Senigaglia (a cura di), *Autodeterminazione e minore età. Itinerari di diritto minorile*, cit., p. 122.

i minori necessitano di una maggiore e specifica protezione, relativamente ai loro dati personali, rispetto agli adulti, essendo meno coscienti dei rischi, delle conseguenze e dello stesso valore dei loro diritti[35].

Parimenti rilevante è il *considerando* 65 del GDPR, dedicato al diritto all'oblio[36], nel quale si afferma che «l'interessato dovrebbe avere il diritto di chiedere che siano cancellati e non più sottoposti a trattamento i propri dati personali che non siano più necessari per le finalità per le quali sono stati raccolti o altrimenti trattati, quando abbia ritirato il proprio consenso o si sia opposto al trattamento dei dati personali che lo riguardano» o quando, più in generale, questo avvenga con modalità non conformi al GDPR. Tale diritto, si aggiunge, risulterebbe ulteriormente rilevante in particolar modo qualora l'interessato «abbia prestato il proprio consenso quando era minore, e quindi non pienamente consapevole dei rischi derivanti dal trattamento, e vuole successivamente eliminare tale tipo di dati personali, in particolare da internet».

Il processo che conduce il minore di età (ma lo stesso potrebbe dirsi per il maggiorenne) ad autodeterminarsi è, difatti, sicuramente, complesso

[35] M. Orofino, *Minori e diritto alla protezione dei dati personali*, in M. Orofino, F. Pizzetti (a cura di), Privacy*, minori, cyberbullismo,* Torino, 2018, p. 1 ss.; I. Caggiano, Privacy *e minori nell'era digitale*. *Il consenso al trattamento dei dati dei minori all'indomani del Regolamento UE 2016/679, tra diritto e tecno-regolazione*, in *Familia*, 2018, p. 4 ss.; F. Scia, *Riservatezza e oblio: i diritti dei minori nell'era di* internet *e dei* social networks, in *Innov. e dir.*, 2018, 4, p. 21 ss.; F. Naddeo, *Il consenso al trattamento dei dati personali del minore*, in *Dir. inf.*, 2018, p. 27 ss.; F. Bravo, *Il consenso e le altre condizioni di liceità del trattamento di dati personali,* in G. Finocchiaro (a cura di), *Il nuovo Regolamento europeo sulla* privacy *e sulla protezione dei dati personali,* Bologna, 2017, p. 167ss.; G. Spoto, *Disciplina del consenso e tutela del minore*, in S. Sica, V. D'Antonio, G.M. Riccio (a cura di),, *La nuova disciplina europea della* privacy*,* Padova, 2016, p. 111 ss. In precedenza si segnala lo studio di: A. Spangaro*, Tutela dei minori e delle fasce deboli,* in G. Finocchiaro, F. Delfini (a cura di), *Diritto privato dell'informatica,* Torino, 2014, p. 219 ss.

[36] Si veda in particolare, R. Senigaglia, *Reg. UE 2016/679 e diritto all'oblio nella comunicazione telematica. Identità, informazione e trasparenza nell'ordine della dignità personale*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2017, p. 1023 ss.; nonché già G. Resta, V. Zeno-Zencovich (a cura di), *Il diritto all'oblio su Internet dopo la sentenza Google Spain*, Roma, 2015, *passim*. In generale, *ex multis*: G.B. Ferri, *Diritto all'informazione e diritto all'oblio,* in *Riv. dir. civ.,* 1990, p. 801 ss.; S. Morelli, *Oblio (diritto all')*, in *Enc. dir.,* Agg. VI, Milano, 2002, p. 848 ss. Tra i saggi più recenti, G.M. Riccio, *Diritto all'oblio e responsabilità dei motori di ricerca,* in *Dir. Inf.*, 2014, p. 753 ss.; O. Pollicino, *Tutela del pluralismo nell'era digitale: ruolo e responsabilità degli* Internet service provider, in *Percorsi costituzionali*, 2014, p. 45 ss.; E. Tosi, *Contrasti giurisprudenziali in materia di responsabilità civile degli* hosting provider *– passivi e attivi – tra tipizzazione normativa e interpretazione evolutiva applicata alle nuove figure soggettive dei motori di ricerca,* social network *e aggregatori di contenuti*, in *Riv. dir. ind.,* 2017, p. 75 ss.

e si manifesta in termini variabili, talora senza la piena consapevolezza soprattutto delle conseguenze derivante dalle sue scelte prese[37].

Tenendo presente che con l'avanzare del processo evolutivo la persona minore di età capace di intendere e di volere sarà chiamata a esercitare in autonomia i propri diritti (patrimoniali e non)[38]; ebbene, anche in questo campo, delicato risulta il parallelo mutamento del ruolo del soggetto investito della responsabilità genitoriale da una posizione di protezione a una posizione di confronto e di natura relazionale[39], prevalentemente, mediante il trasferimento alla persona minore di età capace di intendere e di volere di indicazioni comportamentali idonee a favorire "scelte autodeterminative consapevoli"[40].

Gli stessi doveri di protezione che derivano dalla responsabilità genitoriale, d'altronde, proprio nel settore delle relazioni in *Internet* richiedono una maggiore attenzione per la tutela (ben oltre i tradizionali confini della *privacy*) dai rischi di "lesione" cui gli stessi risultano esposti, senza che abbiano sviluppato adeguate capacità cognitive di "difesa", a causa di una subdola diffusione di dati personali, spesso sensibili, in ragione dell'utilizzo prematuro e incontrollato delle moderne tecnologie di socializzazione, oltre che di comunicazione[41]; potendo ciò incidere molto negativamente su una personalità in formazione[42].

[37] C. Irti, *Persona minore di età e libertà di autodeterminazione*, in *Giust. civ.*, 2019, p. 617 ss.

[38] P. Stanzione, *Capacità e minore età nella problematica della persona umana*, (con la prefazione di R. Pane), Napoli, 2018 (rist. dell'edizione del 1975), p. 360 ss.; F. Ruscello, *Potestà genitoria e capacità dei figli minori: dalla soggezione all'autonomia*, in *Vita not.*, 2000, p. 57 ss.

[39] R. Senigaglia, *Status filiationis e dimensione relazionale dei rapporti di famiglia*, Napoli, 2013. Per tutti di recente: C. Camardi, *Relazione di filiazione e privacy. Brevi note sull'autodeterminazione del minore*, in *Jus civile*, 2018, p. 831 ss., e la più risalente riflessione di P. Zatti, *Rapporto educativo e intervento del giudice*, in A. Belvedere, M. De Cristofaro, *L'autonomia dei minori tra famiglia e società*, Milano, 1980, p. 189 ss.

[40] C. Irti, *Persona minore di età e libertà di autodeterminazione*, cit., p. 647. D'altronde, il «rapporto tra discrezionalità educativa dei genitori e le posizioni di autonomia e libertà riconosciute ai minori non si esaurisce sul piano pedagogico con un incoraggiamento ad una genitorialità attiva e consapevole, ma ha delle implicazioni importanti sul piano giuridico» (così A. Annoni, A. Thiene, *Minori e* privacy, cit., p. 47).

[41] G. Ramaccioni, *La protezione dei dati personali e il danno non patrimoniale*, Napoli, 2017.

[42] Lo strumento digitale può essere utilizzato con valore pedagogico, ma allo stesso tempo può essere un veicolo di disinformazione sino anche a tramutarsi in un mezzo di diffusione di odio, razzismo, bullismo e quant'altro. Cfr. M. Orofino, F.G. Pizzetti (a cura di), *Privacy, minori e cyberbullismo*, cit. Si veda altresì P. Stanzione, *I contratti del minore*, in *Eur. dir. priv.*, 2014, p. 1237, con specifico riferimento alle iniziative allo studio a livello europeo al fine di proteggere la dignità del minore e porlo al riparo da condotte illegittime o potenzialmente dannose.

Come detto, se è richiesto che i responsabili del trattamento dei dati ottengano il consenso dei genitori prima di trattare i dati personali dei minori, tuttavia, deve rilevarsi che non vi è alcun "previo" obbligo di verificare la reale età del minore o l'effettivo coinvolgimento di chi esercita la responsabilità genitoriale.

Prova ne è che, nonostante alcuni tentativi di sviluppo di standard di riconoscimento, non risultano in uso adeguate procedure per verificare *online* l'età di un minore, tanto più se si tiene conto della possibilità propria specialmente (ma non esclusivamente) dei bambini di mentire, fingendo di essere più grandi, come quando fingono di essere i loro genitori (anche utilizzando i documenti di identità o i dati identificativi di questi ultimi)[43]. Proprio perché nativi digitali[44], i più giovani sono in grado di eludere, con estrema facilità, le norme poste a tutela dei loro dati ed è nella consapevolezza di tale fatto che, andando oltre la più tradizionale responsabilizzazione genitoriale[45], il GDPR tenta di affrontare il problema responsabilizzando il titolare del trattamento[46].

Strumenti di controllo, come richiedere la data di nascita o gli estremi dei documenti, per l'accesso a una piattaforma social o di *e-commerce*, a un servizio oppure a un semplice sito web, sono talmente facili da aggirare che della loro utilità si dubita fortemente, quanto meno ai fini che qui rilevano. Certamente, più affidabili appaiono i sistemi di verifica dell'età basati su analisi automatiche dei profili. Sebbene neanche tali meccanismi siano completamente attendibili e scevri da errori. Lo stesso, peraltro, è da dirsi per quelli basati su dati biometrici, in grado cioè di sfruttare caratteristiche uniche degli utenti quali sono da ritenersi la scansione dell'iride o le impronte digitali, soggetti a mutamenti durante la crescita, per non dire delle connesse preoccupazioni etiche[47].

[43] Cfr. A. Astone, *L'accesso dei minori d'età ai servizi della c.d. società dell'informazione*, cit., pp. 633-634). Da ultimo sia consentito il rinvio a E. Battelli, *Minori e nuove tecnologie*, in *Diritto privato delle persone minori di età*, cit., p. 111 ss., e in particolare a p. 114 ss.

[44] M. Prensky, *Digital Natives, Digital Digital Immigrants,* in *On the Horizon,* MCB University Press, 2001, p. 1 ss.

[45] In dottrina per tutti C. Camardi, *Relazione di filiazione e* privacy, cit., p. 831 ss. Sul diritto alla riservatezza dei figli rispetto ai genitori: Trib. Roma, 23 dicembre 2017, in *Fam. dir*., 2018, p. 380 ss. e Trib. Rieti, 7 marzo 2019, ivi, 2019, p. 594 ss., che hanno disposto un *astreinte, ex* art 614 *bis* c.p.c.; Trib. Mantova, 19 settembre 2017, ivi, 2018, p. 380 ss.

[46] Per dirla con S. Sica, V. Zeno-Zencovich, *Legislazione, giurisprudenza e dottrina nel diritto dell'Internet*, in *Dir. inf*., 2010, p. 384, si tratta delle «generazioni che sono nate digitando una tastiera prima che tenendo in mano una penna». Cfr. M. Bianca, *Il minore e i nuovi media*, cit., p. 158.

[47] Così in sintesi A. Annoni, A. Thiene, *Minori e* privacy, cit., pp. 29-31.

3. *Critiche al c.d. consenso digitale*

Richiamando quanto sopra esposto, deve evidenziarsi che non può parlarsi di consapevolezza del consenso espresso, considerato che esso non è quasi mai il risultato (illusorio, sia consentito dirlo) di una attenta lettura dell' "informativa sulla *privacy*"[48].

Sul punto, però, deve comunque rilevarsi che, in base a quanto statuito dall'art. 12, n. 1, del GDPR, e come recepito dall'art. 2 *quinquies,* comma 2, del d.lgs. n. 101/2018, a proposito di soggetti fragili, come i minori, l'informazione (quale elemento conformativo del consenso)[49] deve essere resa accessibile.

Risulta particolarmente significativo il *considerando* 58 del GDPR in cui si afferma quanto segue: «[d]ato che i minori meritano una protezione specifica, quando il trattamento dati li riguarda, qualsiasi informazione e comunicazione dovrebbe utilizzare un linguaggio semplice e chiaro che un minore possa capire facilmente». Si manifesta così una certa attenzione verso la figura del minore nell'ambito delle dinamiche di circolazione dei dati personali, proprio in considerazione di quelle peculiarità e fragilità che lo caratterizzano e che lo rendono destinatario di una tutela più appropriata[50]. Sussiste, pertanto, un obbligo da parte del titolare del trattamento, di redigere un prospetto informativo «conciso ed esaustivo, facilmente accessibile e comprensibile dal minore».

Va pure aggiunto che, anche in presenza di una rapida "presa visione" dell'informativa, quantunque resa comprensibile e redatta con un linguaggio semplice, quest'ultima risulta spesso (inevitabilmente) generica quanto alle finalità del trattamento[51].

Non è solo questione di riconoscere alla persona minore la libertà di decidere della sua sfera privata, semmai di metterla oggettivamente e

[48] Cfr. L. Gatt, R. Montanari, I.A. Caggiano, *Consenso al trattamento dei dati personali e analisi giuridico-comportamentale. Spunti di riflessione sull'effettività della tutela dei dati personali*, in *Pol. dir.*, 2017, p. 363 ss., i quali mettono in evidenza come, alla luce di indagini sperimentali effettuate, è emerso chiaramente come il consenso al trattamento dei dati personali venga prestato dagli utenti in modo generalmente inconsapevole.

[49] Cfr. S. Sica, *Il consenso al trattamento dei dati personali: metodi e modelli di qualificazione giuridica*, in *Riv. dir. civ.,* 2001, p. 627; e lo studio di F. Macario, *La protezione dei dati personali nel diritto privato europeo*, cit., p. 29. Da ultimo si veda l'analisi di S. Thobani, *I requisiti del consenso al trattamento dei dati personali*, Santarcangelo di Romagna, 2016.

[50] F. Ruggeri, *Minori e privacy*, cit., p. 147.

[51] I.A. Caggiano, *Il consenso al trattamento dei dati personali tra Nuovo Regolamento Europeo (GDPR) e analisi comportamentale. Iniziali spunti di riflessione*, in *Diritto Mercato Tecnologia*, 25 gennaio 2017.

soggettivamente nelle condizioni di compiere consapevolmente le proprie valutazioni[52].

Ad esempio, per cominciare, un consenso realmente "informato" dovrebbe essere prestato dopo avere ricevuto notizia anche circa il valore dei dati ed i possibili rischi connessi agli ulteriori trattamenti, nonché essere resi edotti dei termini dello "scambio". Accade, invece, che il consenso risulta prestato non solo senza la necessaria consapevolezza del valore di "scambio" dei dati ma neanche della stessa operazione negoziale. D'altronde, i dati personali sono divenuti, ormai, quasi un "prezzo necessario" da pagare per accedere ai servizi della c.d. società dell'informazione. Si pone così la questione dei cosiddetti modelli negoziali di *business* degli operatori digitali asseritamente gratuiti o detti anche a "prezzo zero"[53].

Si potrebbe reputare persino non sufficiente a rendere il "mercato" (o il contratto) trasparente la previsione di uno specifico obbligo informativo concernente la natura della controprestazione pagata dal consumatore, o il suo effettivo valore economico o la predisposizione di opzioni di prezzo alternative, comprendenti sia lo schema servizio contro dati sia quello servizio contro corrispettivo monetario. Ciò vale ancor più per il minore che è difficile immaginare come possa scegliere di versare in alternativa ai dati una somma di denaro[54].

Si aggiunga, poi, che non può discorrersi neanche di "libertà nell'espressione del consenso"[55] quando il suo eventuale rifiuto determina il non utilizzo di un servizio *online* e nel caso del minore, talora, l'esclusione da una realtà virtuale strumento di relazione sociale con i propri coetanei.

Peraltro, si dubita seriamente che il consenso possa effettivamente dirsi libero se le modalità con le quali viene richiesto integrano gli estremi di una sollecitazione aggressiva, urgente o ingannevole ovvero se, in ragione della tecnologia adottata e delle procedure richieste, la scelta di manifestarlo risulti molto più agevole rispetto a quella di negarlo[56].

Lo stesso legislatore europeo, all'art. 7 GDPR sulle «*Condizioni per il consenso*», al punto n. 4, si mostra avvertito dell'illusorietà di ritenere che

[52] C. Irti, *Persona minore di età e libertà di autodeterminazione*, cit., p. 617 ss.

[53] Si rinvia in argomento a E. Battelli, *La negozialità del dati come strumento di regolazione del mercato e di protezione della persona utente di servizi digitali*, in *Riv. dir. impr.*, 2022, pp. 21-52.

[54] L. Bozzi, *I dati del minore tra protezione e circolazione*, cit., p. 266.

[55] F. Caggia, *Libertà ed espressione del consenso*, in V. Cuffaro, D'Orazio, V. Ricciuto (a cura di), *I dati personali nel diritto europeo* cit., p. 249 ss.

[56] S. Thobani, *Diritti della personalità e contratto: dalle fattispecie più tradizionali al trattamento in massa dei dati personali*, Milano, 2018, p. 168 s.

"consenso informato" davvero significhi "consenso libero" e, quindi, che il consenso rappresenti effettiva espressione di autodeterminazione[57].

Difatti, nella contrattazione online e nell'accesso ai servizi digitali nel web e più in generale nell'accesso ad *Internet*, il consenso al trattamento dei dati viene in un certo senso "imposto", per il semplice fatto che l'ipotesi di rifiutarlo risulta sostanzialmente astratta se non totalmente impraticabile, allorché si consideri che tale scelta è per lo più sinonimo di rinuncia all'accesso al servizio o all'acquisto, cui il consenso è connesso, configurandosi quest'ultimo alla stregua di "condizione" di accesso al servizio o di acquisto del bene oggetto dell'operazione negoziale (nel cui ambito il consenso al trattamento dei dati viene richiesto).

Anche assumendo che i gestori dei servizi della società dell'informazione adottino procedure in grado di attuare le garanzie poste in materia dalla normativa sulla *privacy*, resta il problema di come accertare che l'utente, pur se quattordicenne, sia effettivamente informato delle modalità di raccolta e di utilizzazione dei dati che egli va ad autorizzare rilasciando il consenso esplicito e sia consapevole del valore, non solo economico[58], dei suoi dati personali[59].

Sotto questo punto di vista, occorre pure ammettere, che non solo i minori ma anche gli adulti (salvo sparute eccezioni) sono i migliori ausiliari di chi "sfrutta" il valore dei propri dati, tutte le volte che, navigando nella rete *Internet*, omettono di negare il consenso al trattamento di informazioni non dovute per l'erogazione del servizio o accettando tutti i *coockies* (pure quelli non necessari)[60].

Si condivide, quindi, l'affermazione secondo la quale «il consenso si rivela mero simulacro di autodeterminazione e quindi inadeguato strumento di protezione», mostrando la «propria ontologica debolezza quale espressione

[57] Sul consenso informato, per tutti la voce di V. Calderai, *Consenso informato*, in *Enc. dir.*, Annali, VIII, Milano, 2015, p. 225 ss.

[58] L. Floridi, *La quarta rivoluzione*, cit., p. 113, ricorda come nel 2013 per «il *Financial Times*, le informazioni relative al profilo della maggior parte delle persone (un aggregato di età, genere, storia lavorativa, malattie, attitudini al credito, reddito, tendenze di acquisto, indirizzi e così via) siano state vendute per meno di un dollaro a persona»; e quando l'Autore ha provato a svolgere la simulazione online offerta dal giornale ha ottenuto come risultato «che i professionisti del marketing pagherebbero all'incirca 0,3723 dollari per i (suoi) dati ... più o meno un terzo di una canzone su *iTunes*».

[59] C. Irti, *Persona minore di età e libertà di autodeterminazione*, cit., p. 629.

[60] In tema: S. El Sabi, *La Corte di giustizia vieta le caselle di spunta preselezionate per il consenso all'uso dei "cookie"*, in *Giustiziacivile.com*, 2020, p. 9 ss.; R. Cabazzi, *Utilizzo dei "cookie" e (nuova) tutela dell'utente interessato: la presa di posizione della Corte di giustizia nel caso "Planet49"*, in *Medialaws – Rivista di diritto dei media*, 2020, p. 316 ss.

di autodeterminazione e strumento di tutela del "mercato del dato"». Ciò anche a voler tenere conto della possibilità per colui che conferisce il consenso di poter procedere ad eventuale revoca del consenso espresso, poiché trattasi di un diritto che, per quanto riconosciuto nel GDPR, appare probabilmente destinato a rimanere sostanzialmente astratto ("virtuale")[61], non ravvisandosi in concreto un reale interesse (o incentivo) ad esercitarlo, considerato che il trattamento riguarda, nella stragrande maggioranza dei casi, dati del cui valore l'individuo non ha adeguata consapevolezza (anche sotto il profilo dei rischi potenzialmente connessi alla loro cessione)[62].

Se, sino ad oggi, l'attenzione si è soffermata sulla natura giuridica da attribuirsi al "consenso informato"[63], sostanzialmente ritenuto l'atto di massima espressione del potere dell'individuo di autodeterminarsi rispetto alla divulgazione e all'utilizzo da parte di terzi d'informazioni relative alla sua sfera più personale, in conformità all'art. 2 Cost.[64] Occorre adesso prendere atto delle perplessità sopra sollevate anche al fine di stabilire se la *ratio* seguita dal legislatore nel fissare i requisiti minimi (e tra essi primariamente il raggiungimento di una determinata soglia di età) di capacità per l'espletamento del relativo atto siano tuttora da ritenersi sufficienti.

E si badi la questione non è se, come puntualmente ricostruito[65], tale consenso al trattamento dei dati vada o meno inquadrato, prevalendo la

[61] L. Bozzi, *I dati del minore tra protezione e circolazione*, cit., p. 267. Cfr. A. Mantelero, *Responsabilità e rischio nel Reg. UE 679/2016*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2017, p. 144 ss. spec. p. 148.

[62] A. Thiene, *L'inconsistente tutela dei minori nel mondo digitale*, in *Studium iuris*, 2012, p. 535 ss.

[63] G. Marini, *Il Consenso dell'avente diritto*, in *Nss. D.I.*, *Appendice*, II, Torino, 1981, p. 402 ss.

[64] Non a caso il Garante alla privacy discorre di «diritto all'autodeterminazione informativa»; cfr. pronuncia 28 maggio 1997, in *Foro it.*, 1997, III, c. 317.

[65] Il riferimento è alla compiuta analisi di C. Irti, *Persona minore di età e libertà di autodeterminazione*, cit., p. 617 ss. Si rinvia parimenti a F. Naddeo, *Il consenso al trattamento dei dati personali del minore*, cit., p. 27 ss., la quale ricostruisce l'ampio dibattito sull'astratta riconducibilità del consenso alla categoria dell'atto o del negozio giuridico.

finalità autorizzatoria[66], tra gli atti c.d. "personalissimi"[67] attinenti l'esercizio di diritti fondamentali della persona, che come tali devono essere posti in essere direttamente dalla persona minore di età (non delegabili), in relazione alla propria capacità di intendere e di volere[68]; oppure se (muovendo da un'analisi più generale, non limitata ai minori) debba essergli riconosciuto, sul presupposto della configurazione del dato come corrispettivo, natura negoziale con finalità dispositiva[69], ai sensi dell'art. 2, comma 1, cod. civ., ammettendone l'esercizio per rappresentanza[70].

[66] Sulla natura autorizzativa del consenso al trattamento dei dati personali si veda F. Bravo, *Il consenso e le altre condizioni di liceità*, cit., p. 142 ss.; Id., *Lo scambio di dati personali nei contratti di fornitura di servizi digitali e il consenso dell'interessato tra autorizzazione e contratto*, in *Contr. e impr.*, 2019, p. 34 ss. Già, in precedenza, peraltro, D. Messinetti, *Circolazione dei dati personali e dispositivi di regolazione dei poteri individuali*, cit., p. 350, aveva ricondotto il consenso agli atti di natura autorizzatoria. Analogamente G.M. Riccio, *Sub artt. 23-27*, in S. Sica, P. Stanzione (a cura di), *La nuova disciplina della* privacy, cit., p. 98 ss., secondo cui il consenso al trattamento dei dati personali costituirebbe un'autorizzazione privata, che ha la funzione di rimuovere un limite posto dal legislatore, nell'interesse del titolare dei dati, all'esercizio di un'attività lecita. A sostegno della natura autorizzatoria si esprime anche A. Astone, *L'accesso dei minori d'età ai servizi della c.d. società dell'informazione*, cit., p. 627 s. Si segnala, poi, la tesi di E. La Rosa, *Tutela dei minori e contesti familiari*, *Contributo allo studio per uno statuto dei diritti dei minori*, Milano, 2005, p. 166, la quale configura il consenso prestato dal minore al trattamento come dichiarazione di volontà di natura non negoziale.

[67] S. Patti, *Commento all'art. 23*, in C.M. Bianca, F.D. Busnelli (a cura di), *La protezione dei dati personali*, cit., p. 543 ss., definisce il consenso al trattamento dei dati personali come un elemento della fattispecie legale cui la legge attribuisce «l'effetto di far venire meno il carattere dell'antigiuridicità che altrimenti presenterebbe l'attività relativa ai dati personali».

[68] Cfr. R. Senigaglia, *The best interest of the child tra persona e contratto*, in *Dir. succ. e fam.*, 2019, p. 803 ss. e in M. Bianca (a cura di), *The best interest of the child*, Roma, 2021, p. 491 ss. Tra gli studi precedenti si vedano: P. Stanzione, *Capacità e minore età nella problematica della persona umana*, cit., *passim*; F.D. Busnelli, *Capacità ed incapacità del minore*, in *Dir. fam. pers.*, 1982, p. 54 ss. e spec. 61; F. Giardina, *La condizione giuridica del minore*, Napoli, 1984, *passim*; G. Palmeri, *Diritti senza poteri. La condizione giuridica dei minori*, Napoli, 1994, p. 15 ss.; E. La Rosa, *Tutela dei minori e contesti familiari*, cit., p. 20 ss.; M. Piccinni, *I minori di età*, in C.M. Mazzoni, M. Piccinni, *La persona fisica*, in *Tratt. dir. priv.* a cura di Iudica e Zatti, Milano, 2016, p. 404 ss.; A.C. Moro, *Manuale di diritto minorile*, VI ed., Bologna, 2019, p. 380 ss.

[69] Tra i primi V. Zeno-Zencovich, *Una lettura comparatistica della L.675/96 sul trattamento dei dati personali*, in V. Cuffaro, V. Ricciuto, V. Zeno-Zencovich (a cura di), *Trattamento dei dati e tutela della persona*, Milano, 1998, p. 168 ss. In questo senso anche V. Cuffaro, *A proposito del ruolo del consenso*, ivi, p. 121; e S. Sica, *Il consenso al trattamento dei dati personali*, cit., p. 641 ss.

[70] Sul punto G. Resta, *Autonomia privata e diritti della personalità*, Napoli, 2005, p. 307 ss., propende per «un regime intermedio tra quello della rappresentanza e quello dell'autonomia, più flessibile del primo e al contempo più rigido del secondo», un modello in cui «l'assenso dei genitori debba *affiancarsi* e non sostituirsi alla manifestazione di

Ebbene, per quanto detto, si condivide la difficoltà di sostenere che il minorenne esprimendo il proprio consenso al trattamento dei dati personali non possa contestualmente "disporre" di quegli stessi dati. In questo senso, la tutela dei dati personali non si discosterebbe da quella tutela codicistica dedicata ai diritti della persona[71].

D'altronde, il riferimento all'«offerta diretta di servizi della società dell'informazione» è da intendersi relativo proprio a «quei servizi prestati normalmente dietro retribuzione, a distanza, per via elettronica e a richiesta individuale di un destinatario di servizi»[72], come quelli oggetto di consenso al trattamento dei dati personali compiuto all'atto dell'iscrizione a un *social network*[73].

4. *Spunti di riflessione: la limitata consapevolezza che contraddistingue l'agire dei minori su* Internet

Se è vero che i minori hanno certamente una grandissima dimestichezza nell'uso di *device* e *software* digitali, deve pure valutarsi quanto essi siano vulnerabili, inclini alla cessione dei propri dati qualora richiesti come "controprestazione" al posto del pagamento in denaro per l'ottenimento di un servizio[74], senza alcuna (o scarsa) consapevolezza delle conseguenze del proprio agire. Anzi, non sono rari i casi nei quali proprio i minori potrebbero facilmente convincersi di realizzare un "buon affare" tramite la

volontà del minore capace di discernimento». Cfr. in tal senso ancora R. Senigaglia, *The best interest of the child tra persona e contratto*, cit., p. 805.

[71] C. Mirabelli, *Le posizioni soggettive nell'elaborazione elettronica dei dati personali*, in *Dir. inf.*, 1993, p. 323; A. Di Majo, *Il trattamento dei dati personali tra diritto sostanziale e modelli di tutela*, in V. Cuffaro, V. Ricciuto, V. Zeno Zencovich (a cura di), *Trattamento dei dati e tutela della persona*, cit., p. 230 s.; A. Fici, E. Pellecchia, *Il consenso al trattamento*, in R. Pardolesi (a cura di), *Diritto alla riservatezza e circolazione dei dati personali*, cit., p. 502; in senso diverso V. Cuffaro, *Il consenso dell'interessato,* cit., p. 216, secondo cui il consenso determina il passaggio dalla dimensione «dell'essere a quella dell'avere» dovendo la manifestazione di volontà necessariamente concorrere a trasformare i dati personali in beni suscettibili di autonoma considerazione economica.

[72] Art. 1, par. 1, lett. b, Dir. UE 2015/1535, richiamato dall'art. 4, n. 25, Reg. 2016/679.

[73] Così R. Senigaglia, *The best interest of the child tra persona e contratto*, cit., p. 823.

[74] Come evidenzia A. Astone, *Il trattamento dei dati personali dei minori nell'Unione europea*: dai codici di condotta al regolamento 2016/679, Pisa, 2018, p. 441 ss. e spec. 453, la maggiore vulnerabilità del minore è ascrivibile soprattutto alla sua (presunta) maggiore "disinvoltura" nella cedibilità dei dati.

"semplice" cessione dei dati[75].

Proprio per questo, tenuto conto della limitata consapevolezza che contraddistingue l'agire dei minori su *Internet*, lo strumento giuridico del consenso appare in tutta evidenza inadeguato oltre che inidoneo strumento di tutela del minore.

Deve, quindi, chiedersi se il rimedio e le tutele debbano essere ricercate ben oltre lo stesso consenso, della cui efficacia (di protezione degli interessi qui in considerazione) si dubita anche quando è prestato da soggetti maggiori di età, non ritenendolo neanche quando espresso da parte di questi ultimi frutto di autodeterminazione realmente consapevole[76].

Dall'analisi svolta emerge la necessità di una regolamentazione del trattamento dei dati della persona minore di età che tenga conto dell'ineludibile presa d'atto dell'esistenza di un «mercato dedicato al minore»[77], i cui interessi ed esigenze appaiono meritevoli di tutela[78].

Rispetto alla realizzazione degli interessi patrimoniali, a fronte di una fenomenologia che conosce oggi un vero e proprio mercato del consumo in cui attori nel ruolo di consumatori sono i minori (quantunque capaci di discernimento)[79], si richiede quindi una disciplina che sappia andare guardare oltre le rigidità delle tradizionali categorie del passato[80].

Il rischio per il minore è non solo quello di perdere il "controllo sui propri dati"[81], ma anche di risultare più vulnerabile, sia sotto il profilo della lesione della propria reputazione con il possibile rarefarsi dei contatti anche reali, sia più in generale perché nel contesto virtuale risulta effettivamente maggiormente esposto a comportamenti aggressivi e deplorevoli[82].

Non può in alcun modo trascurarsi che, specialmente per i minori, l'accesso alle piattaforme d'informazione e comunicazione rappresenta un

[75] Sul punto I. Caggiano, *Il consenso al trattamento* cit., p. 11 s.
[76] L. Bozzi, *I dati del minore tra protezione e circolazione*, cit., p. 270.
[77] R. Senigaglia, *The best interest of the child tra persona e contratto*, cit., p. 809.
[78] G. Alpa, *Appunti di diritto comparato*, cit., p. 518.
[79] D. Di Sabato, *Il contratto del minore tra incapacità di contrarre e capacità di consumare*, in *Riv. dir. impr.*, 2011, p. 76 ss. In tema si vedano: G. Capilli, *La capacità negoziale dei minori. Analisi comparata e prospettive di riforma*, cit., p. 43 ss.; A. Venchiarutti, *L'attività contrattuale dell'incapace nel diritto inglese. I* "contracts for necessaries" *e i* "beneficial contracts of service", in P. Cendon (a cura di), *Scritti in onore di R. Sacco. La comparazione giuridica alle soglie del 3° millennio*, I, Milano, 1994, p. 1143 ss.
[80] Per tutti: N. Lipari, *Le categorie del diritto civile*, Milano, 2013
[81] Su cui già V. Cuffaro, *Il regolamento generale sulla protezione dei dati*, in *Trattamento dei dati personali e regolamento UE n. 2016/679,* cit., p. 2.
[82] Cfr. P. Falletta, *La diffamazione online*, in M. Mensi, P. Falletta (a cura di), *Il diritto nel web*, 2ª ed., Milano, 2018, p. 157 ss.

diritto strumentale alle più comuni forme di socializzazione della nostra epoca, se non addirittura un mezzo di realizzazione della loro identità personale[83]. Se ci concorda su ciò, deve convenirsi che escluderli (come pure talora si potrebbe ritenere secondo il *best interest of child*) dall'utilizzo di tali strumenti finirebbe per infliggere «un evidente *vulnus* ai diritti fondamentali di questi ultimi»[84].

Da qui la necessità, nell'ottica del bilanciamento tra esigenze di tutela della persona e libertà di autodeterminazione, di prevedere adeguate misure di protezione in ragione della indubbia vulnerabilità del minore nel contesto digitale[85].

[83] C. Irti, *Persona minore di età e libertà di autodeterminazione*, cit., p. 648.
[84] F. Naddeo, *Il consenso al trattamento dei dati personali del minore*, cit., p. 35.
[85] Cfr. A. Gusmai, *Il diritto all'autodeterminazione: una libertà "perimetrata" dal sapere scientifico?*, in *Dirittifondamentali.it*, 2019, p. 1; si vedano anche le osservazioni di F. Azzarri, *Diritti della persona e interventi delle corti: dalla fonte costituzionale alle regole civilistiche*, in E. Navarretta (a cura di), *Effettività e* drittwirkung *nelle discipline di settore*, Torino, 2017, p. 3 ss., 8 e 18.

Benedetta Agostinelli

Informazione e minori: una lettura integrata per una tutela uniforme

Sommario: 1. Lo sviluppo fisico, psichico e morale del minore, fondamento della sua tutela – 2. Il minore destinatario dell'informazione: la pubblicità commerciale – 3. Il minore oggetto dell'informazione, tra privacy e cronaca – 4. Il minore soggetto dell'informazione: lo speciale "consenso digitale" al trattamento dei dati personali – 5. Aporie e frammentazioni nella tutela del minore: la necessità di una lettura integrata delle misure di protezione del "baby-consumatore" e del "baby-internauta".

1. *Lo sviluppo fisico, psichico e morale del minore, fondamento della sua tutela*

Plurime le declinazioni possibili del rapporto tra informazione e minore età, dove si coglie, sul piano positivo, l'istanza di dare rilievo, oltre e più che alla situazione giuridica protetta in sé, al suo titolare, in quanto persona in formazione, ancora non pienamente matura, meritevole perciò di uno speciale trattamento.

A seconda del tipo di informazione e del suo campo di incidenza, rispetto ad essa il minore può esserne destinatario, oggetto, soggetto. In ciascuno di questi casi è presa variamente in considerazione la sua strutturale vulnerabilità.

Se l'attenzione riservata dall'ordinamento si presenta a prima vista frastagliata quanto alle modalità di tutela, occorre domandarsi se possa, in ragione del peculiare soggetto coinvolto, ricavarsi dalle distinte discipline, esaminandone alcune esemplificative, una *ratio* comune nell'intervento, un obiettivo ultimo, che possa essere tenuto presente per armonizzarle al meglio tra loro, per la massima utilità possibile; se poi, a fronte del riconoscimento univoco della necessaria protezione della categoria -nelle fonti più diverse,

dalle convenzioni internazionali[1] ai codici di condotta[2]- questa non resti una vuota declamazione ma sia adeguatamente tradotta in regole attuative che non lascino spazi privi di copertura.

Quale, infatti, il vero interesse presidiato? E come, nei distinti ambiti?

Quando si parla di minori, l'enfasi talvolta posta su tale interesse rischia di ostacolare, invece che agevolare, la messa a fuoco del suo reale contenuto[3].

In via di prima analisi -ma anche di massima sintesi- potrebbe individuarsene il nocciolo nell'equilibrio psico-fisico di una persona priva di esperienza e di strumenti critici affinati, qual è il minore, pure nei suoi diversi stadi evolutivi.

Del resto lo "sviluppo fisico, psichico e morale" del minore è precisamente obiettivo dichiarato e stilema largamente ricorrente in tutte (o quasi, come si vedrà) le norme a lui dedicate, anche quelle in vario modo riconducibili al concetto di informazione, nel suo senso più lato[4].

Detto sviluppo sarebbe potenzialmente compromesso dall'abuso della manipolabilità propria di una mente suscettibile di subire l'induzione al

[1] V., a titolo emblematico, l'art. 17, Convenzione ONU sui diritti dell'infanzia e dell'adolescenza del 20 novembre 1989 (ratificata in Italia con l. 27 maggio 1991, n. 176) -dove per *child* si intende il minore di età da 0 a 18 anni- a mente del quale "Gli Stati parti riconoscono l'importanza della funzione esercitata dai mass-media e vigilano affinché il fanciullo possa accedere ad una informazione ed a materiali provenienti da fonti nazionali ed internazionali varie, soprattutto se finalizzati a promuovere il suo benessere sociale, spirituale e morale nonché la sua salute fisica e mentale".

[2] Cfr. I.A. Caggiano, *Privacy e minori nell'era digitale. Il consenso al trattamento dei dati dei minori all'indomani del regolamento UE 2016/679, tra diritto e tecno-regolazione*, in *Familia*, 2018, 3 ss.

[3] Sulla nozione di interesse del minore e sulle sue possibili funzioni, v., nella vasta letteratura, V. Scalisi, *Il superiore interesse del minore ovvero il fatto come diritto*, in *Riv. dir. civ*., 2018, 413, che, onde evitare "ogni possibile arbitrio o ideologismo", ritiene di "ancorare rigorosamente il concetto in questione al «dato positivo», che (…) non può che essere quello solidaristico-personalistico del pieno e integrale sviluppo della persona umana", di cui all'art. 3 Cost., ma anche più volte richiamato dalla Convenzione ONU del 1989 (artt. 18, 27, 29, 32). Per un'ampia indagine ricostruttiva, mirante a svelare le "ambiguità concettuali di un principio polivalente", si rinvia altresì a E. Lamarque, *Prima i bambini. Il principio dei* best interests of the child *nella prospettiva costituzionale*, Milano, 2016, 64 ss.; G. Matucci, *Lo statuto costituzionale del minore di età*, Padova, 2015, p. 3 ss.; E. Bilotti, *Diritti e interesse del minore*, in *Autodeterminazione e minore età. Itinerari di diritto minorile*, a cura di R. Senigaglia, Pisa, 2019, 13 ss. Da ultimo, ad un'analisi della nozione esaminata sotto la lente di diverse discipline e rispetto ai molteplici profili che possono coinvolgere il minore è dedicato *The best interest of the child*, a cura di M. Bianca, Roma, 2021.

[4] Sui molteplici significati del termine, V. Cuffaro, *Profili civilistici del diritto all'informazione*, Napoli, 1984, 4 ss.

consumo precoce (specie di sostanze inappropriate all'età) ovvero la nociva esposizione a contenuti inadatti (quali quelli, ad esempio, che evocano o esaltano la violenza), ma anche di veder violata la propria immagine e riservatezza, attraverso la circolazione dei propri dati personali o di notizie che lo riguardano.

2. *Il minore destinatario dell'informazione: la pubblicità commerciale*

Muovendo dal minore inteso quale *destinatario* dell'informazione commerciale, il suo presidio espresso è rappresentato, a titolo emblematico, dall'art. 31, d.lgs. 6 settembre 2005, n. 206 (cod. consumo)[5], sostanzialmente riprodotto negli artt. 43, lett. g) e 47, c. 2, del recente d.lgs. 8 novembre 2021, n. 208 (Testo unico servizi media audiovisivi, cd. Tusma)[6]: quest'ultimo, infatti, all'art. 4 contempla, tra i principi, la "promozione e tutela del benessere, della salute e dell'armonico sviluppo fisico, psichico e morale del minore, garantiti dalla Costituzione, dal diritto dell'Unione europea, dalle norme internazionali vigenti nell'ordinamento italiano e dalle leggi statali e regionali"[7].

L'art. 31 cod. consumo vieta nelle televendite, da un lato, di "esortare" i minorenni "a stipulare contratti di compravendita o di locazione di prodotti e di servizi" e, dall'altro, di "arrecare pregiudizio morale o fisico ai minorenni", elencando una serie di specifici caratteri che, dati per

[5] Rubricato "Tutela del minori", a norma del quale: "La televendita non deve esortare i minorenni a stipulare contratti di compravendita o di locazione di prodotti e di servizi. La televendita non deve arrecare pregiudizio morale o fisico ai minorenni e deve rispettare i seguenti criteri a loro tutela: a) non esortare i minorenni ad acquistare un prodotto o un servizio, sfruttandone l'inesperienza o la credulità; b) non esortare i minorenni a persuadere genitori o altri ad acquistare tali prodotti o servizi; c) non sfruttare la particolare fiducia che i minorenni ripongono nei genitori, negli insegnanti o in altri; d) non mostrare minorenni in situazioni pericolose". Per un commento e richiami alla casistica sanzionatoria da parte di Agcom per la violazione della norma, v. A. Gentili, *Sub art. 31*, in *Codice del consumo*, a cura di V. Cuffaro, con il coordinamento di A. Barba, A. Barenghi, 5^ ed., Milano, 2019, 322.

[6] Entrato in vigore il 25 dicembre 2021, che, a sua volta, modifica il precedente Tusmar del 2005, in attuazione della direttiva (UE) 2018/1808 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 14 novembre 2018, "recante modifica della direttiva 2010/13/UE, relativa al coordinamento di determinate disposizioni legislative, regolamentari e amministrative degli Stati membri, concernente il testo unico per la fornitura di servizi di media audiovisivi in considerazione dell'evoluzione delle realtà del mercato".

[7] E all'art. 37 ("Disposizioni a tutela dei minori nella programmazione audiovisiva") vieta espressamente le "trasmissioni televisive gravemente nocive allo sviluppo fisico, psichico o morale dei minori, e, in particolare, i programmi che presentano scene di violenza gratuita o insistita o efferata ovvero scene pornografiche, nonché i film la cui proiezione o rappresentazione in pubblico ai minori di anni diciotto sia stata vietata dalle Autorità a ciò competenti".

strutturali (come l'inesperienza, la credulità, la fiducia riposta negli adulti di riferimento, la tendenza ad emulare), non devono essere usati come leva per stimolare in loro -e, attraverso loro, nei genitori- la domanda di consumo.

La tutela sembra qui evocare allora due ambiti: quello strettamente negoziale ("stipulare contratti", plausibilmente quelli ascrivibili alla vita quotidiana e da ritenersi quindi validi)[8] e quello del pregiudizio alla persona in sé e per sé; fisico, nel caso di minore esposto a situazioni pericolose che potrebbero suggerire atti imitativi; morale, nel caso di impressione o assuefazione rispetto a modelli comportamentali deviati che fossero proposti come accettabili o, addirittura, normali.

A ciò si aggiunge ora il nuovo Tusma che, tenendo opportunamente conto del "processo di convergenza fra le diverse forme di comunicazioni, quali le comunicazioni elettroniche, l'editoria, anche elettronica, e internet in tutte le sue applicazioni e dell'evoluzione tecnologica e di mercato", contiene disposizioni in materia di servizi di media audiovisivi, quali la trasmissione di programmi televisivi, radiofonici e la fornitura di servizi interattivi associati e di servizi di accesso condizionato, comprese le comunicazioni commerciali audiovisive ed i servizi di piattaforma per la condivisione di video.

In tale ampliato contesto, i programmi per bambini non possono contenere né il logo di uno sponsor, né l'inserimento di prodotti (cd. "*product placement*"); i cartoni animati non possono essere interrotti da comunicazioni commerciali che devono essere chiaramente distinguibili e caratterizzate da evidenti elementi di discontinuità rispetto al resto della programmazione; è poi vietata in assoluto, ad esempio, la pubblicità di alcolici all'interno di programmi destinati ai minorenni e quella relativa ai prodotti alimentari idonei ad alterare l'equilibrio nutrizionale[9].

A tali indicazioni devono uniformarsi i codici di autoregolamentazione degli operatori del settore, che integrano così le norme citate, in particolare il Tusma che ad essi fa riferimento. Il "Codice di autoregolamentazione Media e Minori"[10], infatti, nella c.d. fascia oraria protetta prescrive, ad esempio, che

[8] Secondo una soluzione volta a "plasmare le dimensioni della capacità sulla maturità di giudizio": v. E. del Prato, *Le basi del diritto civile*, 4^ ed., rist. agg., Torino, 2021, 154.

[9] V., ad es., artt. 42, 43, 44 del d.lgs. 8 novembre 2021, n. 208 (nuovo Tusma).

[10] Reperibile all'indirizzo *https://www.mise.gov.it/index.php/it/ministero/organismi/area-tutela-minori*. Per un quadro della tutela della personalità del minore rispetto ai mezzi di comunicazione di massa si rinvia a A.C. Moro, *Manuale di diritto minorile*, VI ed., Bologna, 2019, 451 ss. e, in particolare rispetto alla pubblicità, dalla c.d. legge Mammì al "codice di autoregolamentazione TV e minori" nell'ultima versione del 2018, p. 472 s.; v. anche *La tutela dei minorenni nel mondo della comunicazione*, a cura dell'Autorità garante per l'Infanzia e l'Adolescenza (*www.garanteinfanzia.org/sites/default/files/la_tutela_dei_minorenni_nel_mondo_della_comunicazione.pdf*).

la comunicazione commerciale debba essere chiaramente distinguibile dal resto della programmazione.

La discontinuità tra l'intrattenimento e la pubblicità, presupponendo un diverso atteggiamento nel fruire l'uno e l'altra, varrebbe infatti a scongiurare un'assimilazione confusiva che favorirebbe l'innescarsi di un (precoce) meccanismo dei bisogni indotti.

Secondo un giudizio prognostico, dunque, legato alla prospettiva di un pregiudizio (futuro) allo sviluppo psicofisico del minore (che, va da sé, resterebbe di fatto del tutto privo di copertura risarcitoria), simili prescrizioni sulla condotta degli operatori dei media audiovisivi manifestano l'intento non tanto di preservare la sua capacità di autodeterminarsi - come vale per gli adulti, che invece vengono con quelle modalità proprio "esortati" a stipulare contratti- ma di arginare una serie di pericoli anteposti, legati alla costruzione stessa dell'identità del "baby-consumatore" e, in ultima analisi, alla sua salute[11].

3. *Il minore oggetto dell'informazione, tra privacy e cronaca*

Quando, invece, i minori sono *oggetto* dell'informazione si appresta un altro tipo di tutela incentrata sul loro riserbo, che impone stringenti limiti nella divulgazione di dati o immagini ad essi relativi.

La regolamentazione, anche qui di fonte e rango diversi, prevede uno speciale riguardo, ad esempio, quando il minore sia sottoposto a procedimento penale[12].

Lo prevedeva già il d.p.r. n. 448/1988 in tema di processo penale a carico di imputati minorenni, vietando espressamente "la pubblicazione e la divulgazione, con qualsiasi mezzo, di notizie o immagini idonee a consentire l'identificazione del minorenne comunque coinvolto nel procedimento" (art. 13), a meno che dopo l'inizio del dibattimento il tribunale proceda in udienza pubblica.

L'ampliamento della previsione è avvenuta con il d.lgs. n. 196/2003

[11] Si pensi al gioco d'azzardo di cui alla Raccomandazione della Commissione europea del 14 luglio 2014, che ricorda come: "I minori sono frequentemente esposti al gioco d'azzardo attraverso Internet, attraverso applicazioni per telefoni cellulari e mezzi d'informazione che riportano messaggi pubblicitari sul gioco d'azzardo e attraverso forme di pubblicità esterna. Inoltre, i minori assistono a gare sportive sponsorizzate da società legate al gioco d'azzardo o che propongono pubblicità che rimandano ad attività di gioco d'azzardo". L'art. 49 h) del Tusma vieta, infatti, le comunicazioni commerciali audiovisive relative al gioco d'azzardo.

[12] Per la ricostruzione del quadro regolatorio in questo specifico ambito si rinvia a V. Montaruli, *La protezione dei dati personali e il minore*, in *I dati personali nel diritto europeo*, a cura di V. Cuffaro, R. D'Orazio, V. Ricciuto, Torino, 2019, 305 ss.

(cod. privacy) che estende il divieto ad ogni caso di coinvolgimento di minori in procedimenti giudiziari anche non penali, aggiungendo quello di pubblicare i nomi nonché la proclamazione ufficiale del principio di prevalenza del diritto alla riservatezza del minore rispetto a quello di cronaca. In ciò si è uniformato alla "Carta di Treviso" [13], un protocollo firmato da Ordine dei Giornalisti, Federazione nazionale della stampa italiana e Telefono azzurro nel 1990, volto a disciplinare il rapporto tra informazione e infanzia e sostanzialmente a proteggere il minore coinvolto in un fatto oggetto di notizia di cronaca da un'esposizione mediatica per lui potenzialmente pregiudizievole.

La salvaguardia del minore impatta qui, e va bilanciata, con l'esercizio del diritto di cronaca che viene così in tanto compresso in quanto impedita la conoscenza da parte dell'opinione pubblica di dati e immagini connesse che comporterebbero un discredito per il minore, segnando la sua identità *in itinere*.

Lo speciale rilievo all'età, che tale speciale compressione comporta, è chiaramente attribuito, infatti, in chiave precauzionale, anticipando (*ex ante*) la tutela garantita (*ex post*) dal diritto all'oblio: impedire in radice l'associazione tra notizia e minore, infatti, dovrebbe rappresentare la migliore misura di protezione, come sempre accade del resto per quelle di natura preventiva.

Anche qui, dunque, non è la privacy in sé e per sé o, meglio, solo quella -come varrebbe per l'adulto- a venire preservata ma, ancora in un'ottica prognostica, il processo evolutivo del minore coinvolto, influenzabile sia, nel tempo attuale, dal disagio di venire riconosciuto come collegato a fatti di cronaca, sia, nel tempo futuro, dal nefasto riverbero di notizie anche risalenti, specialmente in una società dell'informazione che, grazie agli attuali mezzi, è tendenzialmente in grado di conservare tutto senza più limiti di spazio né di tempo[14].

[13] Ora integrata nel cod. privacy, che vi rinvia. Si veda l'Allegato A, art. 7 (Tutela del minore): "1. Al fine di tutelarne la personalità, il giornalista non pubblica i nomi dei minori coinvolti in fatti di cronaca, né fornisce particolari in grado di condurre alla loro identificazione. 2. La tutela della personalità del minore si estende, tenuto conto della qualità della notizia e delle sue componenti, ai fatti che non siano specificamente reati. 3. Il diritto del minore alla riservatezza deve essere sempre considerato come primario rispetto al diritto di critica e di cronaca; qualora, tuttavia, per motivi di rilevante interesse pubblico e fermo restando i limiti di legge, il giornalista decida di diffondere notizie o immagini riguardanti minori, dovrà farsi carico della responsabilità di valutare se la pubblicazione sia davvero nell'interesse oggettivo del minore, secondo i principi e i limiti stabiliti dalla 'Carta di Treviso'". In particolare sulla diversa gerarchia tra diritto di cronaca e di privacy v. V. Montaruli, *La protezione dei dati personali e il minore*, cit., 312.

[14] Cfr. S. Rodotà, *Il mondo nella rete. Quali i diritti, quali i vincoli*, Bologna, 2014, 41 ss.;

4. *Il minore soggetto dell'informazione: lo speciale "consenso digitale" al trattamento dei dati personali*

Quando, infine, il minore è coinvolto nella circolazione dei suoi dati personali, prestando direttamente il relativo consenso, diviene *soggetto* attivo dell'informazione.

È quanto prevede, come noto, il recente Regolamento europeo per la protezione dei dati (Reg. EU 2016/679, o GDPR), fissando all'art. 8 una disciplina specifica, che però non tocca (espressamente) la generale capacità di agire del minore, come regolata da ciascun ordinamento nazionale[15].

La norma dispone che ove il trattamento preveda il consenso dell'interessato, se vi è "un'offerta diretta di servizi della società dell'informazione" ai minori, tale trattamento "è lecito ove il minore abbia almeno 16 anni", in caso di età inferiore va prestato o autorizzato da chi esercita la responsabilità genitoriale. Il limite di questa sorta di "maggiore età digitale" può venire ulteriormente abbassato dagli Stati nazionali (ma non al di sotto dei 13 anni)[16] e il legislatore italiano, col decreto di adeguamento del codice privacy[17], ha ritenuto di fissarlo nei 14 anni, stilando una norma (art. 2 *quinquies*, d.lgs. n. 193/1996)[18] ancora più chiara: "il minore che ha

da ultimo, R. Clarizia, Internet*: gli interrogativi del civilista*, in *Dir. di internet*, 2022, 5, osserva come "Su internet non c'è tempo, o meglio passato e presente si fondono in una perenne memoria e attualità. Su internet non c'è spazio, né confini e ogni "barriera" può essere tecnicamente superata ed aggirata".

[15] Per un commento puntuale della norma si rinvia a V. Montaruli, *La protezione dei dati personali e il minore*, cit., 275 ss.; G. Spoto, *Disciplina del consenso e tutela del minore,* in *La nuova disciplina europea della privacy*, a cura di S. Sica, V. D'Antonio, G.M. Riccio, Milano-Padova, 2016, 111 ss.; E. Luchini Guastalla, *Privacy e data protection: principi generali*, in *Privacy digitale. Riservatezza e protezione dei dati personali tra GDPR e nuovo Codice Privacy*, a cura di E. Tosi, Milano, 2019, 76 s.

[16] In ciò il GDPR riproduce in sostanza la previsione del *Children's Online Privacy Protection Act 1998* (Coppa), che negli USA limita il necessario *parental consent* al raggiungimento dei 13 anni.

[17] Sull'adeguamento del "vecchio" codice privacy (d.lgs. n. 196/2003) avvenuto con il d.lgs. n. 101/2018 secondo una tecnica di novellazione assai discutibile, V. Cuffaro, *Quel che resta di un codice: il D.Lgs. 10 agosto 2018, n. 101 detta le disposizioni di adeguamento del codice della privacy al regolamento sulla protezione dei dati*, in *Corriere giur*., 2018, 1181 ss.; l'evoluzione della materia, ben evidente dalla nuova accezione della stessa nozione di privacy, è ripercorsa da Id., *Il diritto europeo sul trattamento dei dati personali e la sua applicazione in Italia*, in *La protezione dei dati personali e il minore*, in *I dati personali nel diritto europeo*, a cura di V. Cuffaro, R. D'Orazio, V. Ricciuto, cit., 3 ss.

[18] Contro il parere, peraltro, del Garante per l'Infanzia e l'Adolescenza (23 maggio 2018, n. 1008, in *www.garanteinfanzia.it*) che suggeriva di confermare l'opzione europea

compiuto i quattordici anni può esprimere il consenso al trattamento dei propri dati personali in relazione all'offerta diretta di servizi della società dell'informazione".

Il GDPR, sulla scorta di una costante attenzione eurounitaria verso i minori particolarmente esposti durante la navigazione in rete[19], proclama uno speciale riguardo nei loro confronti al *considerando* 38[20], che li riconosce apertamente "meno consapevoli dei rischi, delle conseguenze e delle misure di salvaguardia interessate nonché dei loro diritti in relazione al trattamento dei dati personali" e al *considerando* 58, dove si prescrive un linguaggio "semplice e chiaro che un minore possa capire facilmente" per qualsiasi informazione e comunicazione "quando il trattamento dati li riguarda".

Peraltro resta salva anche per i minori la possibilità sia di revocare il consenso dato sia di invocare il diritto all'oblio, inteso qui ed evolutosi in diritto alla cancellazione dei dati, successivamente al raggiungimento della maggiore età rispetto all'epoca in cui il consenso fu espresso (art. 17)[21].

L'introduzione di un "consenso digitale" anticipato rispetto alla soglia

dei 16 anni, quale età più idonea a garantire un più avanzato stadio di maturazione dell'adolescente, e già stabilita, ad es., per il riconoscimento del figlio e per la cessazione dell'obbligo scolastico. Favorevole invece il Garante privacy (parere 22 maggio 2018, n. 312, in *www.garanteprivacy.it*) per analogia con altre previsioni positive, quali l'assenso all'adozione e la promozione autonoma della tutela nei casi di cyberbullismo. Anche altri paesi hanno utilizzato la deroga: se, ad es., Germania, Lussemburgo, Paesi Bassi, Romania, Slovacchia, Ungheria hanno lasciato il limite dei 16 anni, Grecia, Repubblica Ceca, Slovenia, Francia l'anno abbassato a 15, mentre Austria, Bulgaria, Cipro, Lituania, come l'Italia, a 14 anni e Belgio, Regno Unito, Spagna, Svezia, Inghilterra, Danimarca, Finlandia, Polonia, Portogallo addirittura a quello minimo di 13 anni.

[19] Per i programmi di protezione impostati a livello europeo si rinvia a C. Perlingieri, *La tutela dei minori di età nei* social networks, in *Rass. dir. civ.*, 2016, 1327 ss.

[20] "(…) Tale specifica protezione dovrebbe, in particolare, riguardare l'utilizzo dei dati personali dei minori a fini di marketing o di creazione di profili di personalità o di utente e la raccolta di dati personali relativi ai minori all'atto dell'utilizzo di servizi forniti direttamente a un minore (…)".

[21] "Tale diritto è in particolare rilevante se l'interessato ha prestato il proprio consenso quando era minore, e quindi non pienamente consapevole dei rischi derivanti dal trattamento, e vuole successivamente eliminare tale tipo di dati personali, in particolare da internet. L'interessato dovrebbe poter esercitare tale diritto indipendentemente dal fatto che non sia più un minore". Per un commento, F. Di Ciommo, *Diritto alla cancellazione, diritto di limitazione del trattamento e diritto all'oblio*, in *I dati personali nel diritto europeo*, a cura di V. Cuffaro, R. D'Orazio, V. Ricciuto, cit., 353 ss. In argomento, di recente tornato in auge anche grazie all'avvento del GDPR, v. M.A. Livi, *Quale diritto all'oblio?,* Napoli, 2020; V. Bellomia, *Diritto all'oblio e società dell'informazione*, Milano, 2019; in particolare sull'efficacia dell'ordine di rimozione, v. M. Astone, *Il diritto all'oblio* on line *alla prova dei limiti territoriali*, in *Europa Dir. priv.*, 2020, 223 ss.

legale della maggiore età -una novità rispetto all'originaria dir. 96/46/CE in materia[22]- sollevando complesse questioni di sistema non indagabili in questa sede[23], ha incontrato un favore generalizzato, venendo prevalentemente letta come un passo ulteriore nella direzione di una maggiore autonomia dei giovani che (non è un caso) sono assidui (quando non compulsivi) fruitori dei "servizi della società dell'informazione" in questione, quali, ad es., i servizi di messaggistica istantanea, le piattaforme per la condivisione di fotografie o video o lo scambio di beni.

Premesso che "dati personali" sono elementi identificativi del soggetto (quali quelli anagrafici, l'indirizzo IP, la localizzazione, le preferenze rispetto ai siti visitati) e che possederli consente di orientare i gusti, indirizzando pubblicità mirata e alimentando così il mercato "finale", non v'è ormai dubbio che essi rappresentino una merce preziosa e che quindi rispetto ad essa sia configurabile un (seppure peculiare e prodromico) "mercato dei dati"[24] dove diventano merce -e mezzo- di scambio. Soprattutto, aldilà di ogni possibile lettura giuridica del fenomeno, per il fatto che la loro cessione, che il consenso al "trattamento" implica, si presenta nella maggior parte dei casi come la *condicio sine qua non* per l'accesso al servizio stesso.

Ora, al netto della facile aggirabilità "tecnica" dell'ostacolo dell'età minima, che solleva un ulteriore ordine di problemi applicativi e legittime perplessità sulla reale efficacia della norma, c'è da dubitare, invece, che il sedicenne e *a fortiori* il quattordicenne possano essere *in toto* equiparati in questo contesto, in ragione di tale "emancipazione digitale", a qualsiasi altro "interessato".

Se, poi, è lecito ancora dubitare (è tema assai noto e discusso) di un

[22] E così rispetto al d.lgs. n. 196/2003 di recepimento che, limitandosi a richiedere il consenso dell'interessato, sollevò un dibattito circa la necessaria piena capacità d'agire dello stesso: in tema, V. Cuffaro, *La disciplina del trattamento dei dati personali*, in *La disciplina dei dati personali*, a cura di V. Cuffaro e V. Ricciuto, Torino,1997, 222 ss.

[23] All'impatto sistematico interno della norma dedica un'ampia riflessione, tra gli altri, R. Senigaglia, *Minore età e contratto. Contributo alla teoria della capacità*, Torino, 2021, 75 ss.

[24] Come intende V. Cuffaro, *Il diritto europeo sulla protezione dei dati e la sua applicazione in Italia: spunti per un bilancio*, in *Regolare la tecnologia. Il Reg. Ue 2016-679 e la protezione dei dati personali. Un dialogo tra Italia e Spagna*, a cura di A. Mantelero e D. Poletti, Pisa, 2018, 35 s. per "rimarcare che la circolazione dei dati ha ormai da tempo assunto un rilievo sul piano economico che sarebbe ingenuo se non ipocrita ignorare". La "lettura patrimonialistica" del fenomeno, largamente diffusa, è ampiamente argomentata, ad es., da V. Ricciuto, *La patrimonializzazione dei dati personali. Contratto e mercato nella ricostruzione del fenomeno*, in *I dati personali nel diritto europeo*, a cura di V. Cuffaro, R. D'Orazio, V. Ricciuto, cit., 23 ss.; R. Senigaglia, *Minore età e contratto. Contributo alla teoria della capacità*, cit., 65 ss. E in giurisprudenza, v. di recente, Cons. Stato, 29 marzo 2021, n. 2630 e n. 2631, in *Giornale dir. amm.*, 2021, 609, con nota di F. Midiri.

consenso autenticamente libero ed informato da parte degli stessi adulti, rispetto ai giovani(ssimi) ancor più facilmente questo elemento può esser percepito come "imposto"[25] invece che libero e più come ostacolo da rimuovere per soddisfare un desiderio che strumento di consapevolezza per entrare nel mondo digitale.

Soprassedendo qui sulla dibattuta questione della configurabilità e validità di un simile contratto che abbia nella cessione dei dati la controprestazione dei minori per il servizio, le implicazioni negoziali di detta cessione, che appaiono già intricate e oscure rispetto all'interessato adulto, rispetto al minore rischiano di far perdere di vista l'obiettivo ultimo della sua tutela, in questo specifico scenario; scenario che rappresenta, invece -paradossalmente- proprio uno di quelli in cui massimamente si svolge la personalità del minore e si articola quindi il suo sviluppo psico-fisico. È infatti evidente come l'uso dei *social network* in particolare, tra i servizi offerti, sia uno dei principali mezzi di socializzazione e di manifestazione del pensiero, concorrente quindi nella costruzione stessa dell'identità personale del giovane utente e responsabile della sua "esistenza digitale"[26].

In ciò l'aporia che si rileva: in un uno degli ambiti (lo spazio digitale) in cui il minore è più attivo ed esposto[27], rischia di essere meno tutelato.

Senz'altro occorrerebbe che fosse spiegato soprattutto ai minori e in modo per loro comprensibile a che cosa esattamente acconsentono, immettendo i dati e autorizzandone il trattamento, nonché la ragione di scambio sottesa alla richiesta, che può arguirsi (solo), quando opera, dal meccanismo escludente, per cui senza autorizzazione l'accesso è negato. A tal proposito, la raccomandazione circa la semplicità e la chiarezza del linguaggio[28] appare, tuttavia, a ben vedere, un presidio più apparente che reale, più di forma che di sostanza, inadeguato ad un'efficace e completa tutela.

[25] Cfr. L. Bozzi, *I dati del minore tra protezione e circolazione: per una lettura non retorica del fenomeno*, in *Eur. Dir. priv.*, 2020, 266 ss. che sottolinea la prevalenza nel GDPR del momento circolatorio rispetto a quello identitario.

[26] "che talvolta assorbe o prevarica la loro esistenza fisica non virtuale": così M. Bianca, *Il minore e i nuovi media*, in *Autodeterminazione e minore età. Itinerari di diritto minorile*, a cura di R. Senigaglia, cit., 150.

[27] Una dettagliata e aggiornata analisi del tema è contenuta nel Libro bianco "Media e minori" (2018) dell'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni (reperibile sul sito *www.agcom.it*).

[28] Tradotta così nel nuovo art. 2, *quinquies*, c. 2, cod. privacy: "In relazione all'offerta diretta ai minori dei servizi di cui al comma 1, il titolare del trattamento redige con linguaggio particolarmente chiaro e semplice, conciso ed esaustivo, facilmente accessibile e comprensibile dal minore, al fine di rendere significativo il consenso prestato da quest'ultimo, le informazioni e le comunicazioni relative al trattamento che lo riguardi".

Una certa qual disinvoltura nel cedere i dati, infatti, già facilmente registrabile negli adulti -cui si può, tuttavia, rimproverare una scarsa ponderazione- tanto più la si riscontra mediamente nei minori, anche compiuti i 14 anni, proprio per l'inesperienza e la curiosità che li caratterizza e che giustificherebbe -per loro- un'analoga scarsa ponderazione.

Il minore, inoltre, quand'anche arrivasse a comprendere (grazie al linguaggio chiaro e sempre che ci si soffermi) le finalità per cui saranno trattati i suoi dati ben potrebbe non comprendere appieno o affatto la natura negoziale del gesto né i rischi della cessione propagabili nel tempo e nello spazio: coordinate, s'è detto, entrambe potenzialmente infinite nel *web*. E non si può omettere di considerare come sovente il linguaggio pur chiaro resti del tutto generico nell'indicare le finalità della raccolta, senza rappresentare né le possibili ulteriori finalità, né i possibili rischi connessi alla profilazione[29], né tanto meno la possibilità di incorrere o subire illeciti durante l'uso, profili che sicuramente non sono ricompresi nelle "informazioni e comunicazioni relative al trattamento che lo riguardi"[30].

Se, come è stato osservato[31], con l'avvento della rivoluzione digitale siamo di fronte ad una nuova forma di identità, scaturente dalla circolazione di simili dati, un'identità anch'essa digitale, esprimere il consenso in tale ambito significa più complessivamente gestire tale identità, ammettendo che i suoi estremi circolino.

La consapevolezza del duplice effetto della cessione -"divulgativo" e al contempo "costitutivo" della stessa identità digitale- spesso manca negli interessati maggiorenni: presumerla nei ragazzi, senza adeguate contromisure,

[29] Ovvero il trattamento automatizzato dei dati che rielabora particolari aspetti e abitudini della persona: v. *considerando* 71, ove peraltro si prevede che non dovrebbe "riguardare i minori". La raccomandazione non è stata poi riprodotta nell'articolato, per cui si discute se sia cogente; per un approfondimento si rinvia a A. Pierucci, *Elaborazione dei dati e profilazione delle persone*, in *I dati personali nel diritto europeo*, a cura di V. Cuffaro, R. D'Orazio, V. Ricciuto, cit., 448 s.

[30] Lo rileva anche L. Bozzi, *I dati del minore tra protezione e circolazione: per una lettura non retorica del fenomeno*, cit., 265 ss.

[31] G. Alpa, *L'identità digitale e la tutela della persona. Spunti di riflessione*, in *Contratto e impresa*, 2017, 723 ss., per il quale "l'identità è diventata un concetto liquido. E il diritto alla identità un diritto connesso con una realtà fattuale fluttuante, dinamica, fluida, quasi inafferrabile. Di questa identità si è impossessata l'informatica, e l'ha piegata strumentalmente ai suoi usi patrimoniali, nella ricerca del profitto per connettere ciascun aspetto dell'identità ai beni, ai servizi, ai contatti che possono essere utili alla persona o, con la forza della pubblicità, divenire bisogni indotti che debbono essere soddisfatti". Sulla neonata "identità digitale" nelle sue varie, possibili accezioni v. anche T. Pasquino, *Identità digitale della persona, diritto all'immagine e reputazione,* in *Privacy digitale. Riservatezza e protezione dei dati personali tra GDPR e nuovo Codice Privacy*, a cura di E. Tosi, cit., 93 ss.

rende ancora più illusoria l'autodeterminazione che il consenso dovrebbe rivelare e rende altresì illusoria l'attesa (o pretesa) da parte dell'art. 2 *quinquies*, cod. privacy di un consenso realmente "significativo".

Quel grado di ponderazione in più allora sarebbe stato prudente, invece che estrometterli da ogni controllo, lasciarlo affidato e pretenderlo -per lo meno sotto forma di autorizzazione se non di sostituzione- ai genitori, posto che tale attività di assistenza -che infatti "resiste" fino al quattordicesimo anno- si inscrive pienamente nella responsabilità e nel dovere di cura cui sono tenuti *ex* artt. 315 *bis* e 316 c.c.

Così come ricade nel raggio del dovere educativo dei genitori il compito di impartire ai figli le regole del rispetto di se stessi e degli altri, specialmente ove più vulnerabili e, in generale, quelle per un uso responsabile dei mezzi di comunicazione[32]; la potenzialità lesiva di questi dovrebbe essere adeguatamente illustrata, rappresentando, ad esempio, come la diffusione non autorizzata di informazioni, dati, immagini relative a minori da parte di altri minori possa integrare la violazione del diritto alla riservatezza, all'immagine, alla reputazione o all'identità personale[33], quando non addirittura, per i suoi connotati specifici, le fattispecie di *cyberbullismo* (l. n. 71/2017)[34].

5. *Aporie e frammentazioni nella tutela del minore: la necessità di una lettura integrata delle misure di protezione del "baby-consumatore" e del "baby-internauta"*

I 14 anni rappresentano, dunque, una "maturità digitale" che è stata

[32] I genitori, peraltro, possono dotarsi anche di alcuni strumenti di controllo e filtri di prevenzione, su cui v., ad es., F. D'Ambrogio, Parental control*: accorgimenti tecnici per escludere la fruizione da parte dei minori di contenuti classificati a visione non libera*, in *Familia*, 2018, 25 ss.

[33] Per quanto meno agevole possa essere immaginare, per un minore, una proiezione sociale della persona, idonea a reclamare una specifica tutela. Sull'indefettibile riferimento alla proiezione sociale, quindi esterna, della persona nel delineare l'identità personale, A. Cataudella, *L'identità personale*, in *Studi in onore di Ugo Majello*, a cura di M. Comporti e S. Monticelli, I, Napoli, 2005, 319.

[34] Sulla necessità di una specifica "dimensione digitale" nell'educazione, da non confondere con l'educazione digitale come "complesso di regole di competenza sull'uso della rete", v. M. Bianca, *Minori e nuovi media*, cit. 161; in argomento sia consentito rinviare anche a B. Agostinelli, *L'educazione della prole tra antiche prerogative genitoriali e nuovo interesse del minore*, in *Riv. dir. civ.*, 2021, 155 ss.

salutata, sull'onda di un certo "protagonismo minorile", come una conquista evolutiva del minore, sempre più e prima slegato dall'autorizzazione genitoriale, e direttamente ammesso a gestire in modo autonomo i suoi diritti personali nonché per tale via, secondo alcuni, anche quelli patrimoniali immediatamente connessi[35].

Ma, a ben vedere, anche questa maturità digitale, non diversamente da quella ordinaria di cui all'art. 2 c.c., sconta, con i limiti propri di ogni criterio standard, l'automatismo di una data: il compimento del quattordicesimo anno, a prescindere dalla valutazione circa la cruciale "capacità di discernimento"[36], di cui non si fa menzione alcuna e che, invece, è di recente assurta a criterio-guida negli spazi di autonomia esistenziale previsti (art. 336 *bis* c.c., ad es.) e che sola giustifica una simile anticipazione.

Diversamente dal passaggio alla maggiore età, tuttavia, che presume il raggiungimento di un sufficiente grado di maturità idoneo alla generale cura dei propri interessi, la maturità digitale non è chiaro a quale tipo, o sottotipo, di maturità alluda.

Peraltro se è noto che lo sviluppo personale è il risultato dell'interazione di alcuni processi -biologici, cognitivi e socio-emotivi- e che nel *continuum* del processo di crescita possono distinguersi vari stadi evolutivi, è altrettanto noto che la maturità cognitiva non coincide necessariamente con quella emotiva, che consente di gestire le emozioni e prendere consapevolezza delle possibili conseguenze delle prozie azioni[37].

Ora, se è vero che oggi quella con cui ci si deve misurare, circa i mezzi di comunicazione, è una vera e propria "costellazione" [38] di fonti, anche di *soft*

[35] Cfr. C. Camardi, *Minore e privacy nel contesto delle relazioni familiari*, in *Autodeterminazione e minore età. Itinerari di diritto minorile*, a cura di R. Senigaglia, cit., 125 ss.; Senigaglia, *Minore età e contratto. Contributo alla teoria della capacità*, cit., *passim*. La questione, nei suoi termini essenziali, è annosa: v., ad es., F. Giardina, *La condizione giuridica del minore*, Napoli, 1984; P. Stanzione, *Capacità e minore età nella problematica della persona umana*, Napoli, 1976.

[36] Sul punto, L. Bozzi, *I dati del minore tra protezione e circolazione: per una lettura non retorica del fenomeno*, cit., 265 ss., che considera come presunto il discernimento del quattordicenne alla base del suo consenso. In tema, F. Ruscello, *Minore età e capacità di discernimento: quando i concetti assurgono a "supernorme"*, in *Fam. e dir.*, 2011, 404 ss.

[37] Sono, infatti, previste attualmente valutazioni specifiche di questi diversi aspetti del funzionamento mentale dell'individuo in età evolutiva: v. *Manuale diagnostico psicodinamico PDM-2 0/18. Infanzia e adolescenza*, ed. italiana a cura di V. Lingiardi, N. McWilliams, A.M. Speranza, Milano, 2020, p. 5 ss.

[38] Così I.A. Caggiano, *Privacy e minori nell'era digitale. Il consenso al trattamento dei dati dei minori all'indomani del regolamento UE 2016/679, tra diritto e tecno-regolazione*, cit., 7. Per un'approfondita analisi del tema con puntuale ricostruzione della relativa congerie normativa, specialmente europea, si rinvia a E. Andreola, *Minori e incapaci in* Internet,

law, che sotto diversi profili, come s'è visto, si (pre)occupano di considerarlo isolatamente, si può osservare che solo di fronte allo specchio frammentato delle norme il minore appare in tante diverse figure quante le discipline di riferimento, ma di fronte alla società si presenta nella sua unicità e inscindibilità come persona in evoluzione; e il fatto che lo stesso compaia come un "capitolo" nel quadro di singole normative di settore (il consumo, i mezzi di comunicazione, la circolazione dei dati personali) non garantisce di per sé il raggiungimento dell'obiettivo finale di cui si diceva all'inizio.

Proprio l'armonico sviluppo fisico, psichico e morale del minore, peraltro, risulta il grande assente del GDPR, ove, così designato, non compare affatto.

L'unico "sviluppo" di cui il regolamento si occupa è apertamente quello "dell'economia digitale in tutto il mercato interno" (*considerando* n. 7).

L'ottica del regolamento, del resto, che esplicita come suo scopo quello di incentivare l'economia digitale, "che vive e si nutre della circolazione dei dati, garantendo il diritto fondamentale alla protezione di questi, all'insegna della creazione di un clima di fiducia e di collaborazione"[39], sembra orientata più a *promuovere* che a *proteggere*, svelando così la natura "bifronte"[40] del diritto alla privacy, nella rinnovata accezione di diritto sulla circolazione dei propri dati.

In questo contesto, dunque, al giovane di 16 o 14 anni viene aperta una strada che può percorrere in autonomia ma non la si rende per lui più adatta e sicura, sicché risulta essere la medesima che percorreranno i maggiorenni e con i medesimi mezzi[41].

Quindi lo stesso "baby-consumatore", protetto dal cod. consumo come soggetto vulnerabile, risulta esposto poi come "baby-internauta" agli stessi potenziali pregiudizi cui lo si era sottratto sotto l'altra veste, con l'aggiunta peraltro del pericolo, non sufficientemente valutato, di venire qui, per la innovativa interazione resa possibile dal mezzo, in contatto con utenti

Napoli, 2019, *passim*.

[39] Su punto v. D. Poletti, *Comprendere il Reg. UE 2016/679: un'introduzione*, in *Regolare la tecnologia. Il Reg. Ue 2016-679 e la protezione dei dati personali. Un dialogo tra Italia e Spagna*, cit., 11 ss.

[40] Derivante dal carattere sia personale, per le implicazioni identitarie, che patrimoniale, correlato alla circolazione dei dati: M. Bianca, *Minori e nuovi media*, cit., 151 ss. che per via di tale natura valuta come inadeguato l'attuale apparato di rimedi.

[41] Per C. Perlingieri, *La tutela dei minori di età nei* social networks, cit., 1329, è necessario che "le concrete facoltà di utilizzo derivanti dall'iscrizione al *social site* siano differenziate tra minori di età e maggiori di età, sì che i minori non possano relazionarsi sui *social* con le medesime modalità dei maggiori di età", non essendo sufficiente in tal senso il ricorso di molti operatori a sistemi di filtraggio e di codifica dei contenuti.

sconosciuti e di incorrere (attivamente o passivamente) in illeciti *on line*[42].

E così, per esempio, il minore "in situazioni pericolose" che non avrebbe potuto vedere in pubblicità può trovarlo rappresentato in un video caricato da un coetaneo su una piattaforma di condivisione e cedere alla temuta tentazione emulativa, come purtroppo la cronaca talvolta tragicamente racconta; lo stesso dicasi per l'esposizione a scene di abusi e violenza gratuita.

Si pensi poi a come i minori vengono sollecitati dai media, spesso in modo subliminale, a prestare il loro consenso digitale per accaparrarsi il servizio che viene offerto come gratuito[43] e come si ingeneri un meccanismo a catena di inviti pubblicitari sapientemente inseriti durante la navigazione, anche solo nel corso di un videogioco, consentendo al gestore di realizzare e sfruttare forme di pubblicità targettizzata e comportamentale, basata appunto sull'uso fatto dall'utente inconsapevole[44].

Per colmare la lacuna e correggere la contraddizione che ne deriva, all'offerta di servizi della società dell'informazione dovrebbero estendersi allora le precauzioni di cui all'art. 31 cod. consumo, specialmente quando la tecnica di inserimento di banner pubblicitari si configuri come "pratica commerciale" ai sensi dell'art. 18, lett. d) cod. consumo[45]. Una pratica

[42] Sui rischi per i minori in rete sono ormai numerose le analisi e le riflessioni: v., tra le più recenti, E. Andreola, *Minori e incapaci in* Internet, cit.; Ead., *Misure cautelari a tutela dei minori nei social network*, in *Fam. dir*., 2021, 849 ss. Sostiene la necessità, per la loro difesa, di una "strategia pluridimensionale" che combini la collaborazione di genitori, scuola e operatori dei *social network*, C. Perlingieri, *La tutela dei minori di età nei* social networks, cit., 1327.

[43] Il Consiglio di Stato (29 marzo 2021, nn. 2630 e 2631, cit. nota 24) ha ravvisato gli estremi della pratica ingannevole nella modalità di iscrizione a Facebook, non venendo adeguatamente rappresentato che il servizio fornito dalla piattaforma come gratuito era legato alla messa a disposizione dei dati per finalità commerciali non meglio definite.

[44] È noto il caso di TikTok (piattaforma impiegata per divulgare video), responsabile di diverse violazioni delle norme sulla privacy e di quelle a tutela dei consumatori: per una rassegna delle vicende dei *social network* più in voga tra i giovanissimi, in vario modo coinvolte nell'acquisizione e sfruttamento illegittimo dei dati dei minori, v., di recente, G. Vulpiani, *L'utente minore online: tutela della privacy e attività negoziale*, in *Tecnologie e diritto*, 2021, 104 ss.; sugli stimoli al consumo suscitati in rete v. le riflessioni di F. Criscuolo, *Minore-consumatore e diritto all'identità*, in *The best interest of the child*, a cura di M. Bianca, cit., 986 ss.

[45] Anche quando non si tratti di informazioni vere e proprie ma meri "messaggi evocativi, suggestivi, volti ad attirare l'attenzione del consumatore", v. sul punto G. Alpa, in *Diritto dei consumatori*, a cura di G. Alpa e A. Catricalà, Bologna, 2016, 183. L'art. 18 cod. consumo definisce, infatti, pratica commerciale "qualsiasi azione, omissione, condotta o dichiarazione, comunicazione commerciale ivi compresa la pubblicità e la commercializzazione del prodotto, posta in essere da un professionista, in relazione alla promozione, vendita o fornitura di un prodotto ai consumatori". In argomento, v. A.

commerciale, si direbbe, doppiamente scorretta proprio perché si rivolge ai destinatari più vulnerabili, per i quali andrebbe sempre ricordato che l'abilità tecnica nell'uso del dispositivo, propria dei "nativi digitali", non postula affatto una pari capacità critica.

In definitiva, il minore vulnerabile davanti allo schermo della TV resta tale anche davanti a quello di un cellulare o di un tablet e, a differenza dell'adulto, che viene considerato "debole" (solo se e) quando veste i panni del consumatore, lo è a prescindere dal ruolo rivestito: di qui muove il senso della sua stessa protezione che per essere effettiva deve risultare uniforme, senza spazi che, asseritamente guadagnati alla sua autonomia, finiscono per restare vuoti di tutela.

Una simile aporia, parzialmente coperta ora dal nuovo Tusma[46], rivela una certa sottovalutazione dei plurimi riflessi che, ad esempio, la semplice iscrizione ad un *social network*, per nulla neutra, produce, e pone un problema di effettività e pienezza della protezione. Protezione che, in questa prospettiva, la spinta all'autonomia indotta dal consenso anticipato -pur in astratto condivisibile obiettivo di legislatore e interprete- rischia di compromettere o, in qualche misura, depotenziare. Non si può non riconoscere, infatti, che il minore si trova spesso più *solo* che *autonomo* nel venire in contatto con una realtà virtuale della cui incidenza sulla sua sfera personale può non percepire la reale portata e che il guadagnato consenso, finalmente scevro da condizionamenti genitoriali, può però aprire ad una serie indefinita di altri condizionamenti da parte di terzi, sottratti questi ad ogni controllo.

Per un armonico sviluppo fisico, psichico e morale del minore, allora, occorre che ad essere armonizzati siano prima di tutto gli strumenti messi in campo per perseguirlo, tanto più negli spazi ove svolge prevalentemente la sua personalità.

La protezione del minore *on line* non si esaurisce certo con la regolazione del consenso al trattamento dei dati, qualunque natura gli si attribuisca[47];

Barenghi, *Diritto dei consumatori*, 2^ ed., Milano, 2020, 195 ss.; R. Angelini, *Sub art. 18*, in *Codice del consumo*, a cura di V. Cuffaro, cit., 114 ss.

[46] Che all'art. 42 prevede che "i fornitori di piattaforme per la condivisione di video soggetti alla giurisdizione italiana devono adottare misure adeguate a tutelare: a) i minori da programmi, video generati dagli utenti e comunicazioni commerciali audiovisive che possano nuocere al loro sviluppo fisico, mentale o morale a norma dell'articolo 38, comma 3".

[47] Il GDPR non assoggetta la persona fisica che tratti i dati nell'ambito di un'attività a carattere squisitamente personale o domestico, come la corrispondenza, l'uso dei *social network* e l'attività *on line*. Così come esula la violazione che sia posta in essere dai medesimi genitori (si pensi al caso della pubblicazione sui *social network* delle fotografie dei propri figli o addirittura di atti giudiziari che li riguardano, su cui v. E. Andreola, *Misure cautelari a tutela dei minori nei social network*, cit., 857).

coinvolge, piuttosto, il momento della fruizione dei vari servizi in rete (peraltro molti accessibili senza filtri preventivi) che, a prescindere dal primo accesso, poi avviene normalmente in totale indipendenza; lì si apre allora il più complesso scenario della responsabilità legata ai contenuti immessi (anche da minori), auspicabilmente da estendersi al *provider* fornitore del servizio di *hosting*, prevedendo forme di più stringente controllo e prevenzione[48].

Non si può tuttavia disconoscere che una vigilanza scrupolosa nel momento dell'ingresso (più consapevole) nella rete -una nuova "casa di vetro"[49]- resta ancora un primo, importante baluardo a difesa del giovane navigante cui vengano affidate idealmente le chiavi.

E quel che resta è comunque anche il sospetto che, di fronte ad un mondo digitale che progredisce incessantemente nelle tecniche di attrazione dei neo-utenti, da un lato si renda il minore sempre prima autonomo perché, dall'altro, quanto prima possa -quale che sia il grado di sviluppo fisico, psichico e morale raggiunto- divenire un nuovo, autonomo consumatore[50].

Un interesse può allora dirsi così realizzato, ma non pare essere prioritariamente quello decantato, e superiore, del minore.

[48] Cruciale l'inquadramento dei soggetti coinvolti a vario titolo nella diffusione dei contenuti illeciti, su cui la giurisprudenza fonda il giudizio di responsabilità: emblematica in tal senso, Cass. pen., 17 dicembre 2013, n. 5107, in *Giur. it*., 2014, 2016, con nota di A. Macrillò che, nella nota vicenda Google-Vividown, per l'immissione in rete di un video con soprusi ad un ragazzo con sindrome di Down da parte di coetanei, ha escluso la responsabilità del *provider* in quanto non considerabile come titolare del trattamento; in proposito, V. Montaruli, *La protezione dei dati personali e il minore*, cit., 313. Sulle figure soggettive implicate dal GDPR (il titolare del trattamento *-data controller-* il responsabile *-data processor-* e il soggetto interessato, portatore dell'informazione *-data subject*), v., per tutti, N. Brutti, *Le figure soggettive delineate dal GDPR: la novità del Data Protection Officer*, in *Privacy digitale. Riservatezza e protezione dei dati personali tra GDPR e nuovo Codice Privacy*, a cura di E. Tosi, cit., 117 ss.

[49] R. Clarizia, Internet*: gli interrogativi del civilista*, cit., 5, avverte che "La tecnica sopravanza il diritto e rende impossibile una concreta tutela della riservatezza. La persona è accerchiata e si scopre oggetto di continua attenzione, sotto riflettori che è impossibile oscurare o spegnere".

[50] Sui giovani, "consumatori perfetti", v. le riflessioni, in chiave sociologica, di D. Secondulfo, *Born to buy. La socializzazione del giovane consumatore*, in *The best interest of the child*, a cura di M. Bianca, cit., 1049 ss.

Marco Rizzuti

Informazione genetica e diritto delle relazioni familiari: vicissitudini del favor veritatis

Sommario: 1. Premesse – 2. *Favor veritatis* e diritto a conoscere le proprie origini – 3. Il nuovo assetto delle azioni di stato nella filiazione "unificata": problemi e prospettive.

1. *Premesse*

Il governo della fondamentale informazione concernente l'origine genetica di una persona, e la regolamentazione delle sue conseguenze, rappresentano un profilo costitutivo del diritto di famiglia[1]. Storicamente le modalità di gestione di tali dati possono oscillare in variegate configurazioni, da quelle più favorevoli all'emersione della verità biologica a quelle che più difendono presunzioni e finzioni o altre forme di oblio giuridico di tale informazione. Beninteso, la complessiva evoluzione dell'ordinamento incide in modo significativo anche su queste scelte giuridiche, ma ci sembra opportuno rilevare come vi abbia inciso in maniera forse ancor più determinante lo sviluppo delle conoscenze scientifiche e tecnologiche disponibili. Si tratta del resto di un aspetto che accomuna l'ipotesi ad altri profili del diritto dell'informazione, solo che in questo caso le scienze e le tecnologie rilevanti non saranno tanto quelle della comunicazione ma piuttosto quelle attinenti all'ambito biologico.

Quanto osservato vale, invero, già con riferimento ai primordi stessi del diritto di famiglia. La ricerca antropologica, e prima di questa il pensiero

[1] Ricorriamo in questa sede ad una particolare accezione del lemma "informazione", termine intrinsecamente polivalente ed anfibologico per dirla con l'Onorato (V. Cuffaro, *Profili civilistici del diritto all'informazione*, Napoli, 1986, p. 4 ss.), in quanto ci occuperemo di quanto attiene alla conoscenza della derivazione biologica, naturale o artificiale, di una persona da un'altra. Non ci riferiremo invece ad altri numerosi e problematici profili che riguardano oggi il dato genetico, recentemente approfonditi in dottrina (cfr. S. Aceto di Capriglia, *Protezione del patrimonio genetico tra garantismo ed esigenze securitarie*, Bari, 2021).

mitico, ci hanno infatti consentito di intravedere i contorni di un'epoca protostorica in cui i nostri antenati acquisirono una conoscenza più esatta dei meccanismi della riproduzione, ed in particolare del fatto che il figlio non deriva solo dalla capacità generativa della madre[2], in quanto nel procedimento in questione giocano un ruolo fondamentale l'atto sessuale e dunque l'apporto del padre, per cui diveniva possibile non solo prendere atto del dato evidente del parto ma anche costruire un ulteriore rapporto di genitorialità rilevante, a condizione di riuscire a regolamentare le condotte sessuali secondo un nuovo modello monogamico, o almeno monoandrico, che consentisse appunto la tracciabilità della discendenza anche, e quindi soprattutto, in linea maschile[3]. Ad una siffatta svolta remotissima, che beninteso non riguardò necessariamente ogni società umana né soprattutto determinò ovunque le medesime conseguenze, ma dovette probabilmente atteggiarsi come una graduale e complessa vicenda[4], possiamo dunque

[2] Gli antropologi hanno documentato che ancora all'inizio del Novecento gli originari abitanti dell'Australia e delle Isole Trobriand ignoravano il ruolo del maschio nella procreazione, ma credevano che le donne generassero da sole o grazie a spiriti ed energie naturali, il sesso servisse solo al piacere e contribuire ad allevare i nati fosse un dovere collettivo, per cui configuravano i rapporti di parentela solo in linea femminile (B. Malinowski, *The Family among the Australian Aborigines*, London, 1913; Id., *The Sexual Life of Savages in North-Western Melanesia*, London, 1932). Si è quindi ipotizzato che anche i nostri antenati avessero accolto credenze similari, di cui sarebbero rimaste tracce in quelle figure di deità classiche, come la Giunone *sine coniuge mater* di Ovidio, *Fasti*, V, 241, cui era attribuita una riproduzione partenogenetica (cfr. E.S. Hartland, *Primitive P*aternity, London, 1909; R. Graves, *I miti greci*, London, 1955, trad. it., Milano, 1963, I, pp. 5-16).

[3] Secondo il pensiero mitico, sarebbe stato Cecrope, primordiale sovrano dell'Attica, a scoprire che i figli vengono procreati non soltanto dalla madre ma con il contributo essenziale anche del padre, il che lo avrebbe quindi indotto ad introdurre il matrimonio tra un solo uomo ed una sola donna, in luogo della previgente κοινογάμια, e correlativamente a privare le donne dei diritti politici (cfr. Aristofane, *Plutus*, scolio al v. 773; Ateneo, *Deipnosophistae*, 13, 555c-555d; Sant'Agostino, *De civitate Dei*, 18, 9; Giovanni di Antiochia, in K.O. Müller, *Fragmenta Historicorum Graecorum*, Paris, 1841, IV, p. 547, *fragm*. 13; K. Kerényi, *Gli eroi della Grecia*, Zürich, 1958, trad. it., Milano, 1997, p. 209). Tradizioni leggendarie analoghe riguardano ulteriori figure che vari popoli hanno collocato alle origini delle rispettive civiltà, quali Menes per gli Egizi, Swetaketu per gli Indiani, Fou Hi per i Cinesi, Njavvis e Attjis per i Lapponi (cfr. E. Westermarck, *The History of Human Marriage*, London, 1891, pp. 8-9).

[4] Sono note le teorizzazioni (J.J. Bachofen, I*l matriarcato. Ricerca sulla ginecocrazia del mondo antico nei suoi aspetti religiosi e giuridici*, Stuttgart, 1861, trad. it., Torino, 1988; M. Gimbutas, *Il linguaggio della Dea. Mito e culto della Dea Madre nell'Europa neolitica*, London 1989, trad. it., Milano, 1990) che postulano una remotissima transizione da un ordinamento incentrato sul *maternum ius* (per dirla con Virgilio, *Eneide*, VII, 402) al patriarcato. Secondo una ricostruzione che risale a L.H. Morgan, *Ancient Society or Researches in the Lines of Human Progress from Savagery through Barbarism to Civilization*,

far rimontare le strutture di fondo di quella che, per la nostra tradizione giuridica romanistica, è stata la famiglia tradizionale.

Istituto cardine della stessa era infatti la presunzione di paternità, ovvero il meccanismo giuridico che riconnetteva alla nascita in costanza di matrimonio, sul presupposto del suo carattere per l'appunto monogamico o almeno monoandrico con la severa repressione dell'adulterio femminile[5], uno *status* di filiazione legalmente certo a tutti gli effetti, anzitutto sul piano successorio. Al di fuori della struttura matrimoniale una siffatta certezza era perciò tecnicamente impossibile, di talché la costituzione di rapporti giuridici di filiazione o era anch'essa impossibile o, laddove ammessa, produceva effetti significativamente più limitati. Correlativamente anche la prova di una verità biologica contrastante con quella risultante dalla presunzione di paternità era assai incerta sul piano tecnico, e veniva circondata da forti cautele ordinamentali, riassumibili nella formula del *favor legitimitatis*, che la rendevano giuridicamente ancora più ardua, in quanto miravano a prevenire le gravissime conseguenze della perdita dello *status* legittimo e comunque ad evitare la destabilizzazione del fondamentale istituto matrimoniale.

Lo schema in discorso, benché ovviamente con numerose variabili storiche, nei suoi elementi di fondo ha retto per secoli, e la stessa vicenda delle rivoluzioni e delle codificazioni moderne non vi poté incidere più di tanto, in ragione anzitutto dei menzionati limiti tecnici. Da una parte, le istanze egualitarie condussero ad un miglioramento della posizione giuridica dei figli naturali riconosciuti, sia pure ben lungi da una parificazione con i

Chicago, 1877, e poi F. Engels, *Der Ursprung der Familie, des Privateigenthums und des Staats*, Zürich, 1884, si sarebbe infatti passati soltanto in una fase relativamente recente, successiva all'incremento della ricchezza appropriabile, e quindi trasmissibile in via ereditaria, determinato dall'invenzione dell'agricoltura e dell'allevamento, dall'originaria promiscuità allo sviluppo di strutture familiari suscettibili di attribuire a ciascun soggetto uno *ius excludendi omnes alios* su di una o più donne, in modo tale da garantirgli per l'appunto la tracciabilità della discendenza (cfr. G. Franciosi, *Clan gentilizio e strutture monogamiche. Contributo alla storia della famiglia romana*, Napoli, 1978).

[5] Nel mondo romano antico l'adulterio della moglie era, assieme al veneficio ed alla contraffazione delle chiavi, una delle tre ipotesi che legittimavano il marito a procedere direttamente all'uxoricidio (cfr., anche per ulteriori riferimenti, P. Giunti, *Consors vitae. Matrimonio e ripudio in Roma antica*, Milano, 2004), mentre nei confronti dell'adulterio maschile l'accettazione sociale era massima, come possono testimoniare gli eloquenti passi dello Pseudo-Demostene, *Contro Neera*, 59,122: "*Τὰς μὲν γὰρ ἑταίρας ἡδονῆς ἕνεκ' ἔχομεν, τὰς δὲ παλλακὰς τῆς καθ' ἡμέραν θεραπείας τοῦ σώματος, τὰς δὲ γυναῖκας τοῦ παιδοποιεῖσθαι γνησίως καὶ τῶν ἔνδον φύλακα πιστὴν ἔχειν*" e di Seneca, *De matrimonio, fragm. 85 Haase*: "*Sapiens vir iudicio debet amare coniugem, non affectu. Reget impetus voluptatis nec praeceps feretur in coitum: nihil est foedius quam uxorem amare quasi adulteram*".

legittimi specie dopo che l'intervento napoleonico ebbe contenuto quelli che venivano considerati gli "eccessi" del periodo giacobino[6]. Dall'altra, però, l'approccio liberale rimise la decisione in ordine al riconoscimento alla mera volontà del padre, in quanto, stante appunto l'insuperabilità delle incertezze biologiche, apparivano intollerabili gli abusi cui avevano in precedenza dato luogo forme di responsabilizzazione basate su pretese di labilissima prova[7].

[6] Il periodo giacobino, nel clima segnato dal "parricidio nazionale" del Re e da un conflitto che fu anche intergenerazionale, aveva in effetti conosciuto fermenti protofemministi e la proclamazione dell'eguaglianza fra tutti i figli, legittimi e naturali, rafforzata dalla sostanziale eliminazione della libertà di testare: cfr. M. Garaud, La Révolution française et la famille, Paris, 1978; J. Mulliez, *Révolutionnaires, nouveaux pères? Forcément nouveaux pères! Le droit révolutionnaire de la paternité*, in Aa. Vv., *La Révolution et l'ordre juridique privé: rationalité ou scandale. Actes du colloque d'Orléans, 11-13 septembre 1986*, Orléans, 1988, I, pp. 373-398; S. Desan, *Qu'est-ce qui fait un père? Illégitimité et paternité de l'an II au Code civil*, in *Annales. Histoire, Sciences Sociales*, 2002, pp. 935-964; Ead., *Family on Trial in Revolutionary France*, Berkeley, 2004; A. Verjus, *Il buon marito. Politica e famiglia negli anni della Rivoluzione francese*, trad. it., Bari, 2012.

[7] In un contesto in cui l'incertezza sulle origini genetiche ed il connesso rischio di abusi erano tecnicamente ineliminabili, mentre si riteneva che non sussistesse alcun interesse pubblico al riconoscimento dei figli naturali, la cui esistenza rappresentava anzi una minaccia alla stabilità della famiglia (J. Bloquet, *«La société n'a pas intérêt à ce que des bâtards soient reconnus» (Napoléon)*, in *Napoleonica*, 2012, 2, pp. 50-73), l'art. 340 del *Code Civil* pervenne alla scelta di massimizzare la libertà del padre di riconoscerli o meno, proibendo, con l'unica eccezione della violenza carnale a fini evidentemente sanzionatori, la ricerca della paternità naturale: giacché altrimenti, osservava A.C. Thibaudeau nei lavori preparatori: "*si esporrebbe la gente dabbene al essere vittima delle pretensioni della prima prostituta. L'uso di questa azione era per lo addietro scandaloso: le leggi che vi hanno posto fine, han renduto servigio ai costumi*" (in A. Renda, *L'accertamento della maternità. Profili sistematici e prospettive evolutive*, Torino, 2008, p. 192, nt. 40). Anche il Codice Pisanelli, seguendo il modello napoleonico, vietava in maniera pressoché assoluta la ricerca della paternità mentre secondo l'*ABGB*, rimasto vicino al più moralistico modello dell'*Ancien Régime*, dalla filiazione naturale derivava solo il diritto agli alimenti ma si continuava ad ammetterne con maggior larghezza la dichiarazione giudiziale, in modo da responsabilizzare il "seduttore". A fronte di siffatta, per certi aspetti paradossale, discrasia, le norme italiane di diritto transitorio per il Lombardo-Veneto, e poi anche quelle per le Province Redente, sancirono che il divieto non si applicasse ai figli nati o concepiti sotto l'imperio della legge previgente, ma, soprattutto nel primo caso, tale normativa suscitò annosi contrasti giurisprudenziali circa la spettanza ai figli naturali così dichiarati anche dei maggiori diritti, soprattutto successori, introdotti dalla nuova codificazione (cfr. M.A. Salom, *Sui diritti dei figli illegittimi nati e concepiti sotto l'impero del codice austriaco in relazione colle disposizioni transitorie per l'attuazione del codice civile italiano*, in *Arch. giur.*, 1875, pp. 586-597; M. Antokolskaia, *Harmonisation of Family Law in Europe: A Historical Perspective. A Tale of Two Millennia*, Antwerp-Oxford, 2006, pp. 207- 208; C. Valsecchi, *La ricerca della paternità deve essere ammessa. La civilistica postunitaria e le riforme del diritto di famiglia. Questioni di diritto transitorio*, in *Italian Review of Legal History*, 2015, 1, pp. 1-17).

Ben più significativo è stato invece l'impatto che hanno avuto le rivoluzioni tecnologiche del secolo successivo. Anzitutto, il combinato disposto delle profilassi anticoncezionali e della procreazione assistita ha consentito un nuovo disallineamento fra la riproduzione e l'atto sessuale, emancipando la donna da quella posizione in cui l'avevano collocata gli assetti consolidatisi negli ultimi millenni, sino a proiettarla verso una genitorialità solo genetica, sganciata dalla gravidanza e dal parto[8]. Frattanto, erano per l'appunto i test genetici a rendere l'accertamento della filiazione biologica, paterna quanto materna, incomparabilmente più agevole. A fronte dei nuovi metodi diagnostici, infatti, la verifica o la contestazione di un rapporto di filiazione è, con ogni evidenza, altrettanto facilmente attuabile a prescindere dalla circostanza della nascita in costanza di matrimonio, per cui le distinzioni giuridiche che su tale circostanza facevano perno hanno fondamentalmente smarrito la loro ragion d'essere, di talché finiscono per risultare meri cascami del passato, privi di giustificazione a fronte dei principi costituzionali ed in definitiva destinati al superamento[9].

2. *Favor veritatis e diritto a conoscere le proprie origini*

Nel nostro ordinamento furono quindi sovvertiti nel giro di pochi anni i caratteri fondamentali del modello tradizionale, con la fine della diseguale

[8] Sia consentito rinviare, anche per ulteriori riferimenti a M. Rizzuti, *Pater semper certus, mater numquam? Dalla crisi delle certezze 'naturali' allo scenario della 'agenitorialità'*, in S. Niccolai, E. Olivito (a cura di), *Maternità filiazione genitorialità. I nodi della maternità surrogata in una prospettiva costituzionale*, Napoli, 2017, pp. 161-172.

[9] Nel suo approccio tipicamente realistico, la dottrina scandinava non ha mancato di notare che l'affermazione dei diritti dei figli naturali non sarebbe mai stata possibile senza le nuove certezze delle indagini genetiche: cfr. A. Singer, *Sweden*, in A. Büchler, H. Keller (a cura di), *Family Forms and Parenthood*, Cambridge-Antwerp, 2016, p. 432. Viviamo, infatti, oggi in un'epoca in cui la genetica ha un ruolo nella determinazione dei rapporti di filiazione che con ogni probabilità non ha paragoni storici: cfr. J. Hendricks, *Genetic Essentialism in Family Law*, in *Health Matrix*, 2016, 1, pp. 109-122; T. Douglas, K. Devolder, 2018, *A conception of genetic parenthood*, in *Bioethics*, 23 luglio 2018; M. Rizzuti, *Parenthood and genetic manipulation*, in *Católica Law Review*, 2019, 2, p. 65 ss.; Id., *Editing genetico e diritto di famiglia*, in B. Agostinelli, V. Cuffaro (a cura di), *Relazioni, Famiglie, Società*, Torino, 2020, pp. 221-244. Per farla breve, nel passato la derivazione genetica era qualcosa di nettamente diverso dalla genitorialità, che alla stessa si poteva sovrapporre o meno ed in differenti graduazioni, a seconda del gioco delle più complesse variabili di *status*, mentre oggi è la conquistata eguaglianza di tutti i figli ad implicare che possa essere anche solo il mero dato genetico ad imporre a tutti i padri le medesime responsabilità.

repressione penale per l'adulterio femminile[10], l'introduzione di una pari libertà di divorzio, nonché l'abolizione dell'autorità maritale e la sostanziale parificazione tra figli legittimi e naturali[11]. Di conseguenza, anche le azioni di stato hanno conosciuto un processo di riconfigurazione determinato soprattutto da una serie di interventi della giurisprudenza costituzionale intesi a rimuovere vari vincoli e cautele che apparivano ormai come irragionevoli limitazioni al diritto di agire in giudizio. Nel nuovo contesto, infatti, non sussistevano più incertezze tecniche incombenti sulla prova, mentre la perdita dello *status* non determinava più conseguenze intollerabili e la dichiarazione di una filiazione extramatrimoniale non appariva più come uno scandalo da evitare[12]. Correlativamente il riconoscimento ha tendenzialmente perso ogni tratto di libertà, per divenire un atto dovuto, esecutivo di un dovere costituzionale nascente dal mero atto della procreazione, e come tale in caso di inadempimento surrogabile dal giudice e sanzionabile con il risarcimento dei danni[13]. In una formula riassuntiva si è

[10] In un clima sociale radicalmente mutato, sono stati gli interventi di Corte cost., 19 dicembre 1968, n. 126, in *Giur. cost.*, 1968, p. 2192, e di Corte cost., 3 dicembre 1969, n. 147, in *Foro it.*, 1970, I, c. 17, a dichiarare senza esitazione illegittimi per contrasto con gli artt. 3 e 29 Cost. quegli artt. 559 e 560 c.p. che punivano l'adulterio della moglie in ogni caso e quello del marito solo nell'ipotesi del concubinato, discriminazione che solo pochi anni prima la stessa Corte cost., 28 novembre 1961, n. 64, in *Foro it.*, 1961, I, c. 1781, aveva ritenuto giustificata dalla diversità fra le due situazioni e per l'appunto del rischio della *turbatio sanguinis* che caratterizza soltanto la prima.

[11] Alludiamo naturalmente alla l. 1° dicembre 1970, n. 898, introduttiva del divorzio, ed alla l. 19 maggio 1975, n. 151, di riforma del diritto di famiglia.

[12] Sono così risultati sempre meno giustificabili, dal punto di vista degli artt. 3 e 24 Cost., i limiti normativi congegnati per rendere assai difficile l'utile esperimento delle azioni volte a rimuovere una paternità giuridica contrastante con la biologia: Corte cost., 6 maggio 1985, n. 134, in *Giur. it.*, 1985, I, 1, c. 1153, ha dichiarato illegittimo l'art. 244 c.c., *in parte qua* non prevedeva che il termine imposto al padre per agire in disconoscimento decorresse dalla conoscenza dell'adulterio della madre anziché dalla nascita; Corte cost., 14 maggio 1999, n. 170, in *Giust. civ.*, 1999, I, p. 1919, lo ha nuovamente dichiarato incostituzionale, *in parte qua* non prevedeva che detto termine decorresse dalla conoscenza dell'*impotentia generandi* anziché dalla nascita; Corte cost., 6 luglio 2006, n. 266, in *Giur. it.*, 2007, 6, p. 1381, ha dichiarato incostituzionale l'art. 235 c.c., *in parte qua* subordinava la prova dell'incompatibilità genetica all'avvenuta dimostrazione dell'adulterio; Corte cost., 10 febbraio 2006, n. 50, in *Foro it.*, 2006, I, c. 966, ha dichiarato incostituzionale l'art. 274 c.c., che subordinava al previo esperimento di una procedura di ammissibilità l'esercizio dell'azione per la dichiarazione giudiziale della paternità naturale; Corte cost., 25 novembre 2011, n. 322, in *Giur. it.*, 2012, 10, p. 2016, con nota di M. Rizzuti, ha ampliato le ipotesi di sospensione del termine decadenziale per il disconoscimento.

[13] Si può vedere, *ex multis*, Cass., 16 febbraio 2015, n. 3079, in *Ilfamiliarista.it*, 3 giugno 2015.

così parlato di un passaggio dal tradizionale *favor legitimitatis* al nuovo *favor veritatis*, ovvero ad un approccio ordinamentale tendenzialmente favorevole all'emersione, con piena rilevanza giuridica, dell'informazione relativa all'effettiva discendenza genetica del figlio[14].

Di un diritto della persona a conoscere le proprie origini genetiche si è quindi parlato anche a prescindere dalle questioni di *status*, anzi con riferimento ad ambiti in cui le stesse non potrebbero porsi perché è l'ordinamento ad aver stabilito *a priori* la cancellazione della rilevanza di quelli che in astratto potrebbero essere i presupposti di un determinato *status*. Alludiamo anzitutto alle adozioni piene che, recidendo ogni rapporto giuridico con la famiglia d'origine, precludono anche ogni problema di accertamento del relativo *status*, ma lasciano sussistere il problema di un diverso diritto, per l'appunto meramente informativo, con riguardo alle origini della persona. In un primo tempo l'affermazione del paradigma moderno dell'adozione, non più come negozio romanistico di programmazione successoria ma come intervento dello Stato sociale volto a fornire al minore una famiglia del tutto sostitutiva in luogo di quella ritenuta inadeguata, aveva indotto a ritenere che per rendere possibile questa vera e propria nuova nascita fosse opportuno anche imporre l'oblio giuridico di queste informazioni[15]. Successivamente però, accompagnando e quasi precorrendo la crisi di tale paradigma, che oggi vediamo cedere il passo ad un modello adozionale aperto ai rapporti anche giuridici con la famiglia d'origine[16], un diritto ad accedere a tali informazioni si è progressivamente affermato.

[14] Secondo la nettissima formulazione di Corte cost., 22 aprile 1997, n. 112, in *Giust. civ.*, 1997, I, p. 2071, ripresa poi più o meno tralatiziamente anche da altre decisioni, non potrebbe esservi contrasto tra *favor veritatis* e *favor minoris*.

[15] Nel sistema originario della l. 4 maggio 184 n. 1983, l'art. 28 si interessava delle informazioni concernenti l'origine dell'adottato solo per dettare un divieto generale di renderle note, salvo autorizzazione espressa dell'autorità giudiziaria, per cui in sostanza l'ufficiale di stato civile avrebbe dovuto conservarle al mero scopo di far eventualmente valere i divieti matrimoniali con i membri della famiglia d'origine ai sensi dell'art. 27 della stessa legge, e non già a tutela di una posizione giuridica soggettiva del figlio di cui nella sostanza si negava l'esistenza: cfr. Trib. Min. Torino, 4 febbraio 1986, in *Prospettive assistenziali*, 1988, p. 50; Trib. Min. Roma, 30 maggio 1994, in *Dir. fam. pers.*, 1994, p. 1315; Trib. Min. Torino, 5 febbraio 1997, in *Minorigiustizia*, 1997, 2, p. 127; nonché A.C. Moro, *Il desiderio di conoscere le proprie origini: un nuovo diritto?*, in *Prospettive assistenziali*, 1993, p. 16 ss.

[16] L'adozione mite rappresentava sino a poco tempo fa un'opzione eterodossa praticata da pochi giudici minorili (cfr., per tutti, F.P. Occhiogrosso, *Manifesto per una giustizia minorile mite*, Milano, 2009), ma in seguito a tutta una serie di condanne riportate dal nostro Paese in sede sovranazionale a partire da Corte EDU, 21 gennaio 2014, *Zhou c. Italie*, n. 33773/11, in *Minorigiustizia*, 2014, p. 268, anche la nostra giurisprudenza di legittimità si è dovuta riorientare. La svolta si è avuta, infatti, con Cass., 13 febbraio 2020, n. 3643, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2020, 4, p. 830, che ha cassato la decisione di merito che

Dapprima si è trattato di un riconoscimento legislativo di principio, che risultava però necessariamente inoperante nelle numerose ipotesi in cui doveva confrontarsi con il diritto all'oblio della partoriente in anonimato, configurato come sempre prevalente[17]. Proprio in ragione di tale sbilanciamento, che rappresentava oltretutto una soluzione manifestamente isolata a livello europeo, si sono poste le condizioni per un riconoscimento della natura fondamentale del diritto alla conoscenza delle origini da parte della giurisprudenza sovranazionale e poi costituzionale, in forza del quale il legislatore avrebbe dovuto procedere ad un intervento riformatore di riequilibrio[18], che però non ha mai avuto luogo. È stata invece la

aveva dichiarato adottabili le figlie minorenni di una donna immigrata senza prendere nella dovuta considerazione l'opzione di conservare i rapporti con la famiglia d'origine tramite il ricorso all'adozione mite. Il medesimo orientamento si ritrova poi, più ampiamente argomentato sempre con riferimento alla giurisprudenza europea, nella decisione di Cass., 25 gennaio 2021, n. 1476, in *Corr. giur.*, 2021, 8-9, p. 1066, con nota di U. Salanitro, che analogamente è pervenuta alla cassazione di una dichiarazione di adottabilità che non aveva adeguatamente considerato la possibilità dell'adozione mite ed il carattere di necessaria eccezionalità di quella piena. Si è parlato al riguardo di una «*inversione del rapporto tra regola ed eccezione*» (J. Long, *Il triangolo dell'adozione*, in B. Agostinelli, V. Cuffaro (a cura di), *Relazioni, Famiglie, Società, cit.,* p. 215). Sia consentito rinviare in proposito a M. Rizzuti, *Adozione aperta e rapporti successori*, Napoli, 2021.

[17] Il riferimento è alla riscrittura del predetto art. 28 operata dall'art. 24 della legge 149 del 2001: si possono vedere al riguardo G. Lisella, *Ragioni dei genitori adottivi, esigenze di anonimato dei procreatori e accesso alle informazioni sulle origini biologiche dell'adottato nell'esegesi del nuovo testo dell'art. 28, l. 4 maggio 1983, n. 184*, in *Rass. dir. civ.*, 2004, p. 413 ss.; V. Sciarrino, *Il diritto di conoscere le origini biologiche e la tutela dell'anonimato della madre naturale*, in *Vita not.*, 2005, p. 155 ss.; S. Stefanelli, *Parto anonimo e conoscenza delle proprie origini*, in *Studi in onore di A. Palazzo*, Torino 2009, II, pp. 833-864.

[18] Dapprima, Corte EDU, 25 settembre 2012, *Godelli c. Italie*, n. 33783/09 (sulla quale cfr. V. Carbone, *Corte edu: conflitto tra diritto della madre all'anonimato e il diritto del figlio a conoscere le proprie origini*, in *Corr. giur.*, 2013, 7, p. 940 ss.), che ha condannato l'Italia per violazione dell'art. 8 Conv., mentre Corte EDU, 13 febbraio 2003, *Odièvre c. France*, n. 42326/1998, aveva ritenuto accettabile la regolazione francese dell'anonimato materno (il cosiddetto "*accouchement sous X*") in quanto configurato come reversibile. Di lì a poco, Corte Cost., 22 novembre 2013, n. 278, in *Corr. giur.*, 2014, 4, p. 471 con nota di T. Auletta, a fronte dell'impulso europeo, ha dovuto ribaltare radicalmente il precedente rappresentato da Corte Cost., 25 novembre 2005, n. 425, in *Familia*, 2005, 161, con nota di L. Balestra, imponendo al legislatore di istituire un procedimento che consenta al figlio di richiedere che la partoriente sia interpellata, in maniera riservata, in ordine all'eventuale sua volontà di revocare l'anonimato (cfr. S. Taccini, *Verità e segreto nella vicenda dell'adozione: il contributo della Corte costituzionale*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2014, 2, pp. 405-439). Quanto al rapporto fra oblio e riservatezza, abbiamo già avuto occasione di proporre un paragone con l'altra ben nota vicenda che ha visto la ricca elaborazione dottrinale e giurisprudenziale interna relativa ad un diverso "diritto all'oblio", quello relativo alle notizie pubblicate *online*, andare incontro, in seguito all'intervento dei giudici

giurisprudenza ordinaria a realizzare in via pretoria un siffatto bilanciamento, elaborando sulla falsariga delle appena menzionate indicazioni di rango sovraordinato sia un procedimento di interpello della donna in ordine alla sua eventuale volontà di revoca dell'anonimato[19] sia una regola per cui in caso di decesso della stessa il diritto alla conoscenza delle origini comunque prevalga[20]. Una volta ottenuto l'accesso a tali informazioni non si producono di norma conseguenze sul piano dello *status*, che rimarrà quello determinato dalla vicenda adozionale[21], con l'eccezione della peculiare ipotesi in cui a tale vicenda non si sia per qualche ragione pervenuti, di talché, una volta caduto l'anonimato, un'ordinaria azione per la dichiarazione della genitorialità, con tutti i suoi effetti anche successori, potrà anche risultare percorribile[22].

---

eurounitari ad un ridimensionamento ed all'affermazione di un'impostazione più attenta alla necessità di un ragionevole bilanciamento assiologico con ulteriori principi di fondo (M. Rizzuti, *Il diritto e l'oblio*, in Corr. giur., 2016, pp. 1077-1082).

[19] Il nuovo procedimento ha iniziato a prendere forma grazie ad una serie di interventi della giurisprudenza di merito (cfr. Trib. Min. Firenze, 6 maggio 2014, in *www.personaedanno.it*; Trib. Min. Trieste, 24 settembre 2014, in *www.personaedanno.it*; App. Catania, 5 dicembre 2014, in *dirittocivilecontemporaneo.com)*. La problematica è quindi arrivata all'attenzione del supremo organo nomofilattico, e Cass. sez. un., 25 gennaio 2017, n. 1946, in *Foro it.*, I, 2017, c. 477, ha riconosciuto e legittimato il procedimento pretorio di interpello riservato della madre biologica anonima, da attuare per l'appunto secondo i protocolli elaborati dai tribunali minorili, ritenendo che il *dictum* di Corte Cost., 22 novembre 2013, n. 278, *cit.*, debba essere considerato di immediata applicazione nonostante il mancato intervento di una nuova norma sul punto.

[20] Varie pronunzie sia di merito (cfr. App. Catania, 13 gennaio 2016, in *www.ilcaso.it*) sia di legittimità (cfr. Cass., 21 luglio 2016, n. 15024, in *Fam. e dir.*, 2017, 1, p. 15, con nota di E. Andreola; Cass., 9 novembre 2016, n. 22838, in *Foro it.*, 2016, I, c. 3784) hanno ritenuto di poter accogliere direttamente la richiesta del figlio di conoscere le proprie origini biologiche qualora la madre anonima sia già deceduta, ritenendo che tale circostanza abbia fatto venir meno ogni necessità di bilanciamento con il di lei interesse alla riservatezza. Al riguardo si veda ora, per una prospettiva critica, anche M. Renna, *L'anonimato materno tra autodeterminazione soggettiva e disvelamento identitario indotto*, in *Biolaw Journal*, 2022, 1, p. 167 ss.

[21] Nella maggior parte dei casi vale infatti un principio di distinzione, per cui rimane ferma l'impossibilita di costituire in capo a colei che si fosse avvalsa della facoltà di restare anonima uno *status* genitoriale, con i conseguenti effetti personali, patrimoniali ed ereditari, mentre si apre alla possibilità di un riconoscimento in capo al figlio di un diritto personalissimo di natura diversa, limitato all'attivazione di un procedimento inteso a raggiungere la conoscenza del dato genetico, con le sue connotazioni identitarie ed anche sanitarie, ma senza comunque ulteriori implicazioni (cfr. Trib. Milano, 14 ottobre 2015, in *www.ilcaso.it*).

[22] Infatti, in un peculiare caso in cui una vicenda adozionale non si era verificata, in quanto la madre, pur essendosi avvalsa della facoltà di non essere nominata, si era poi *de facto* risolta a prendersi cura del nato, Cass., 22 settembre 2020, n. 19824, in *www.ilcaso.it* (su cui cfr. F. Tescione, *La dichiarazione della madre di non voler essere nominata. Varianti e invarianti di*

Quanto elaborato con riferimento all'adozione piena getta luce su una diversa ipotesi di oblio giuridico, quello che attiene all'anonimato del datore di gameti nell'ambito di una procedura di fecondazione eterologa. Invero, proprio il fondamentale intervento della giurisprudenza costituzionale che ha reso tale pratica nuovamente lecita nel nostro ordinamento, ha anche avuto modo di esplicitare come a tale soluzione non risultasse d'ostacolo il rischio di determinare una lacuna in ordine al problema dell'anonimato, dal momento che, come per altre questioni prese in considerazione nella medesima ottica, sarebbero intervenute altre normative, ed in particolare, per quanto in questa sede più interessa, quelle che al legislatore era stato appena ingiunto di dettare con riferimento all'anonimato della partoriente[23]. Abbiamo già ricordato come tali norme non abbiano mai visto la luce, ma il nesso evidenziato dalla sentenza costituzionale non dovrebbe rimanere senza conseguenze, quanto piuttosto legittimare un futuro adattamento, giocoforza ancora una volta pretorio, delle regole procedimentali elaborate con riguardo ai nati da madre anonima anche alle esigenze di quelli nati da fecondazione eterologa, ad oggi con ogni probabilità ancora troppo giovani per proporre le azioni in discorso. Un ipotizzabile sviluppo in questo senso finirebbe dunque per allineare anche il nostro ordinamento a quelli con cui siamo soliti confrontarci e che sembrano ormai largamente favorevoli, per lo più in conseguenza di esplicite riforme legislative, a riconoscere ai nati da procreazione assistita il diritto all'informazione sulle proprie origini

un diritto soggettivo in crisi sistemica, in *Jus Civile*, 2020, 6, pp. 1509-1531), ha ritenuto che una volta venuta meno, sulla base delle regole operazionali elaborate dalla appena ricordata giurisprudenza, la tutela dell'anonimato in ragione del decesso della donna, com'era accaduto nella specie, ovvero per una sua decisione di revoca in seguito all'interpello, come ipotizzato in via di *obiter dictum* dalla medesima pronunzia, allora non vi sono ragioni, anche alla luce di un'interpretazione costituzionalmente orientata della disciplina, per ritenere preclusa l'azione per la dichiarazione giudiziale della maternità.

[23] Infatti, la motivazione di Corte Cost., 10 giugno 2014, n. 162, in *Foro it.*, 2014, c. 2324, nell'esaminare le argomentazioni invano addotte a favore del mantenimento del divieto della fecondazione eterologa, ha preso in considerazione anche il profilo dell'ipotizzabile lesione al diritto alla conoscenza delle origini genetiche che tale pratica implicherebbe, e lo ha escluso proprio ricordando i principi pocanzi sanciti con riguardo all'anonimato materno (con un esplicito richiamo a Corte Cost., 22 novembre 2013, n. 278, *cit.*, decisione allora recentissima e di cui si poteva ancora sperare una rapida attuazione in sede legislativa), in coerenza con un approccio motivazionale teso ad evidenziare come la liberalizzazione della pratica non avrebbe determinato un vuoto normativo, per l'appunto in ragione dell'operare di altri plessi di regole.

genetiche[24], anche se di regola senza conseguenze di sorta in punto di *status*[25].

3. *Il nuovo assetto delle azioni di stato nella filiazione "unificata": problemi e prospettive*

Sullo sfondo di questa crescente affermazione, da un lato, del *favor veritatis* nell'ambito delle azioni di stato e, dall'altro, del diritto alla conoscenza delle origini laddove queste non siano esperibili, occorre valutare le conseguenze della più recente riforma della filiazione. Lo scopo primario del legislatore è stato, com'è ben noto, quello di unificare gli *status filiationis* con l'eliminazione delle residue differenze tra figli matrimoniali ed extramatrimoniali, il che ha implicato anche una revisione della disciplina delle azioni di stato[26]. Proprio con riguardo a tale aspetto si potrebbe invero dubitare del pieno raggiungimento dell'obbiettivo dell'azione riformatrice,

[24] In molti degli ordinamenti giuridici stranieri con cui sovente ci confrontiamo esiste ormai un riconoscimento esplicito del diritto alla conoscenza delle origini genetiche da parte del nato da procreazione eterologa: si vedano per l'Inghilterra le *HFEA Disclosure of Donor Information Regulations 2004* e le *HFEA Mitochondrial Donations Regulations 2015*; per la Svezia la *Lag 351:2006 om genetisk integritet* (cfr. J. Stoll, *Swedish donor offspring and their legal right to information*, Uppsala, 2008); per la Germania la *Gesetz zur Regelung des Rechts auf Kenntnis der Abstammung bei heterologer Verwendung von Samen*, 17 luglio 2017 (cfr. D. Rosani, *La nuova legge tedesca sulla conoscenza delle origini nella fecondazione eterologa*, in *Diritto e salute*, 2019, 1, pp. 62-88); per la Svizzera il nuovo testo dell'art. 119, paragrafo 2, lettera *g* della Costituzione; per il Portogallo la sentenza del Tribunal Constitucional del 28 aprile 2018; per la Francia la recentissima *Loi n° 2021-1017 du 2 août 2021 relative à la bioéthique*.

[25] Risultano infatti nettamente isolate a livello comparatistico le ipotesi in cui i giudici non si sono limitati al riconoscimento di un mero diritto del figlio alla conoscenza della propria identità genetica, ma hanno addirittura imposto al datore di gameti obblighi genitoriali veri e propri, specie con riguardo al mantenimento: si possono comunque menzionare nella giurisprudenza americana District Court of Shawnee, *State of Kansas vs. W. M.*, 22 gennaio 2014, ed in quella inglese *Re G (A Minor); Re Z (A Minor) [2013] EWHC 134 (Fam)*.

[26] Si allude naturalmente alla riforma di cui alla l. 10 dicembre 2012, n. 219, ed al relativo d.lgs. 28 dicembre 2013, n. 154. Al riguardo si possono vedere, senza alcuna pretesa di completezza: C.M. Bianca, *La legge italiana conosce solo i figli*, in *Riv. dir. civ.*, 2013, I, p. 1 ss.; E. Al Mureden, *Dalla potestà alla responsabilità genitoriale*, in *Giur. it.*, 2013, p. 1267 ss.; L. Lenti, *La sedicente riforma della filiazione*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2013, II, p. 201 ss.; G. Ferrando, *La nuova legge sulla filiazione. Profili sostanziali*, in *Corr. giur.*, 2013, p. 525 ss.; R. Pane (a cura di), *Nuove frontiere della famiglia: la riforma della filiazione*, Napoli, 2014; G. Chiappetta (a cura di), *Lo stato unico di figlio*, Napoli, 2014; C.M. Bianca (a cura di), *La riforma della filiazione*, Padova, 2015.

in quanto le modalità di costituzione e di contestazione dello *status* sono rimaste abbastanza nettamente differenziate, nonostante la modifica terminologica che ha eliminato ovunque i termini legittimo e naturale. Quello che a noi maggiormente interessa in questa sede attiene però ad un'altra scelta di fondo del legislatore, che ha configurato le azioni di stato come imprescrittibili per il figlio ma soggette per gli altri legittimati ad un sistema di termini di cui uno breve, decorrente dall'effettiva conoscenza del fatto che rende esperibile l'azione, ed un altro più lungo e tombale, decorrente in ogni caso dal momento della nascita[27]. Di conseguenza, per quanto riguarda il figlio risulta esaltata la ricordata tendenza di affermazione del *favor veritatis*, mentre per quanto riguarda gli altri legittimati la stessa risulta notevolmente compressa dal momento che il termine tombale può precludere l'azione prima ancora che sia divenuto concretamente possibile esperirla. La *ratio* consisterebbe in una rafforzata tutela dell'interesse del minore, che dovrebbe poter contare sul supporto delle figure genitoriali comunque consolidatesi nel tempo come tali, mentre laddove in concreto tale interesse non sussista resterebbe sempre la via dell'azione, come si diceva imprescrittibile, promossa dal figlio. Resta il fatto che gli esiti potrebbero risultare assimilabili a quelli che le vecchie norme sul *favor legimitatis* erano suscettibili di determinare prima di quegli interventi della giurisprudenza costituzionale cui abbiamo fatto precedentemente riferimento. Può dunque porsi un non irragionevole interrogativo in ordine alla complessiva tenuta del nuovo sistema. A tal fine sarà importante considerare come lo stesso sia già stato interessato da qualche recente intervento della giurisprudenza costituzionale e come ulteriori questioni potrebbero venire affrontate.

Vanno anzitutto considerate quelle sentenze costituzionali che si pronunziate con riferimento ad orientamenti intesi a massimizzare l'esito di questo principio, che potremmo riassumere nei termini di una prevalenza dell'interesse del minore sul *favor veritatis*, in una misura ancor più generalizzata ed assoluta di come abbia fatto il legislatore della riforma. In tal senso, e richiamando anche l'ulteriore ipotesi normativa che impedisce a chi abbia fatto ricorso alla fecondazione eterologa di far valere l'evidente assenza di derivazione genetica del nato per denegargli lo *status*, si sono sollevate questioni che miravano a manipolare la disciplina dell'impugnativa del riconoscimento non veridico, in maniera tale da precluderla ove contrastante con l'interesse del minore nell'ipotesi della falsa dichiarazione da parte della committente in caso di maternità surrogata, ovvero da

[27] Ritroviamo, infatti, il medesimo schema di fondo, nonostante le residue differenze fra le due ipotesi, nell'art. 244 c.c. per il disconoscimento della paternità e nell'art. 263 c.c. per l'impugnazione del riconoscimento.

precluderla comunque qualora abusivamente promossa dallo stesso autore del riconoscimento "di compiacenza" pure a suo tempo ben consapevole della falsità. In entrambi i casi l'esito è stato in termini di infondatezza della questione di legittimità costituzionale: la Consulta ha ritenuto che il *favor veritatis* non possa essere obliterato ma vada semmai bilanciato, come è già possibile fare interpretando adeguatamente le norme attuali, con altri interessi, che peraltro non si riducono a quello del minore al mantenimento della stabilità familiare, ma comprendono altresì il necessario contrasto a pratiche gravemente violative della dignità della donna come la maternità surrogata, ovvero la valutazione dell'effettiva idoneità genitoriale dell'autore del riconoscimento di compiacenza poi impugnato[28]. D'altronde, non è affatto detto che l'elaborazione del diritto vivente in materia di procreazione assistita vada in una direzione opposta: è bensì vero che con la legalizzazione della fecondazione eterologa si riconosce una filiazione deliberatamente non genetica[29], anche se, come già ricordavamo, ciò non dovrebbe indurci a trascurare il profilo del diritto dei nati alla conoscenza delle proprie origini genetiche pure in tale ipotesi, ma occorre peraltro considerare che, per quanto riguarda i problemi di riconoscibilità di *status filiationis* costituitisi all'estero in seguito all'applicazione di tecniche non ammesse nel nostro ordinamento, le soluzioni che sono venute, sia pure provvisoriamente ed imperfettamente, assestandosi nella nostra giurisprudenza distinguono nettamente tra la posizione del genitore genetico e quella dell'altro soggetto coinvolto nella vicenda[30].

[28] I riferimenti sono rispettivamente a Corte Cost., 18 dicembre 2017, n. 272, in *Foro it.*, 2018, 1, I, c. 5, per il riconoscimento falso in ipotesi di maternità surrogata, ed a Corte Cost., 25 giugno 2020, n. 127, in *Giur. cost.*, 2020, 3, p. 1414, per il riconoscimento di compiacenza impugnato dal suo stesso autore.

[29] Sullo statuto della genitorialità sociale nel diritto italiano odierno si veda, per tutti, A. Gorgoni, *La rilevanza della filiazione non genetica*, in *Persona e mercato*, 2017, 3, p. 153 ss., nonché Id., *Filiazione e responsabilità genitoriale*, Padova, 2017.

[30] Così la nostra giurisprudenza ammette il riconoscimento della filiazione *post mortem* in ragione anche di un'innegabile certezza genetica (Cass., 15 maggio 2019, n. 13000, in www.biodiritto.org; cfr. anche M. Rizzuti, *Posthumous assisted reproduction and transnational successions*, in S. Landini, (a cura di), *Insights and proposals related to the application of the European Succession Regulation 650/2012*, in *Biblioteca della Fondazione italiana del Notariato*, 2019, 1, p. 65 ss.), e lo limita per l'omogenitorialità maschile conseguita tramite surrogazione di maternità al solo padre genetico, pur senza denegare all'altro soggetto la possibilità di ricorrere poi a meccanismi adottivi, posti evidentemente su un diverso piano (Cass., sez. un., 8 maggio 2019, n. 12193, in *Corr. giur.*, 2019, 10, p. 1198 ss.; cfr. anche G. Perlingieri, *Ordine pubblico e identità culturale. Le Sezioni unite in tema di c.d. maternità surrogata*, in *Dir. succ. fam.*, 2019, 2, p. 337 ss.), per tacere qui del meno noto caso estremo, ma coerente con tale impostazione, in cui a ciascun padre genetico è stata riconosciuta la

Da un diverso punto di vista, vanno considerati quegli orientamenti che hanno invece messo in discussione l'assetto originato dalla riforma proprio per aver compresso in maniera eccessiva la possibile emersione della verità biologica. Argomentazioni che nella ricordata vicenda della demolizione giurisprudenziale del tradizionale *favor legitimitatis* erano state proposte in termini di lesione del diritto costituzione di agire in giudizio, riemergono ora sotto l'angolatura offerta da quelle più recenti pronunzie della Corte EDU che hanno ravvisato una violazione del diritto al rispetto della propria vita privata e familiare in normative che precludano la possibilità di contestare la stato di filiazione prima che il soggetto interessato abbia acquisito la consapevolezza della sua possibile non paternità[31]. In particolare, siamo già arrivati ad un giudizio di costituzionalità in ordine alla disciplina dell'impugnazione del riconoscimento, contestata da un'ordinanza che mirava a far decorrere dalla conoscenza della non paternità sia il termine annuale, che il legislatore aveva configurato come mobile solo con riferimento alla conoscenza di una condizione di *impotentia generandi*, sia anche quello quinquennale. I giudici costituzionali hanno ritenuto fondato il primo dei menzionati profili, valutando irragionevole che solo la conoscenza dell'impotenza possa mobilizzare il termine annuale e non anche quella di altre vicende, specie nel raffronto con l'omologa disciplina del disconoscimento in cui pure la conoscenza dell'adulterio assume tale rilievo. Hanno invece rigettato la questione relativa al termine quinquennale, ritenendo che i precedenti della giustizia sovranazionale richiamati dal rimettente non potessero considerarsi pienamente conferenti, essendo riferiti a termini molto più brevi, mentre la scelta del legislatore interno di prevedere una preclusione che stabilizzi il rapporto familiare dopo un più ampio lasso di tempo potrebbe essere considerata come una legittima modalità di esercizio della sua discrezionalità[32]. Beninteso, non si può certo dare per scontato che i giudici europei condividerebbero tale lettura in un, al

paternità su uno solo dei gemelli partoriti da una novella Leda surrogata (App. Milano, 28 dicembre 2016, in www.articolo29.it). Un siffatto assetto del diritto vivente che limita la rilevanza del "genitore non genetico" nei termini dell'eventuale adozione in casi particolari è stato, com'è noto, di recente preso in considerazione da due sentenze costituzionali che, pur esortando il legislatore ad elaborare nella sua discrezionalità soluzioni più adeguate, specie per il caso in cui la vicenda adozionale non possa seguire in quanto interviene una rottura del rapporto di coppia, non hanno comunque ritenuto di poterlo giudicare illegittimo (Corte Cost., 9 marzo 2021, n. 32 e n. 33, in *Foro it*. 2021, 6, I, c. 1923).

[31] Si possono menzionare: Corte EDU, 24 novembre 2005, *Shofman vs. Russian Federation*; Corte EDU, 10 ottobre 2006, *Paulik vs. Slovakia*, n. 10699/05; Corte EDU, 5 aprile 2018, *Doktorov vs. Bulgaria*, n. 15074/08.

[32] Il riferimento è a Corte Cost., 26 giugno 2021, n. 133, in *Foro it*., 2021, 10, I, c. 3020.

momento del tutto ipotetico, giudizio che coinvolga direttamente il nostro ordinamento.

Peraltro, la giurisprudenza di Strasburgo sembra manifestare un atteggiamento di maggiore valorizzazione del *favor veritatis* anche in un'ulteriore prospettiva. Di recente infatti è stata ritenuta in contrasto con il diritto al rispetto della propria vita privata e familiare la disciplina bulgara che impedisce al padre biologico di riconoscere il figlio se questi è già titolare di un diverso *status* e non gli consente di agire per rimuoverlo[33]. Le somiglianze con la normativa italiana sono evidenti ed in effetti una questione di legittimità costituzionale è stata subito sollevata, non già però con riguardo al riconoscimento bensì con riferimento alla conseguenziale impossibilità per il figlio di promuovere direttamente l'azione per la dichiarazione giudiziale della paternità senza prima rimuovere quella preesistente, con il rischio di trovarsi privo di *status* in caso di esito positivo della prima azione ma negativo della seconda[34].

A prescindere dai diversi possibili esiti delle singole vicende processuali in discorso, ci sembra necessario segnalare come un'ipotesi di soluzione di questo genere di problemi, e degli altri analoghi che potranno prossimamente presentarsi, debba passare da un diverso ribilanciamento tra *favor veritatis* e tutela del rapporto familiare non biologico ma ormai consolidato. Alla luce degli indirizzi della giurisprudenza sovranazionale, non parrebbero infatti adeguatamente difendibili tutte le scelte del legislatore interno che sacrifichino eccessivamente il primo profilo, ma è altrettanto vero che pure un radicale sacrificio del secondo sarebbe assiologicamente problematico. Ne deriva che per tenere insieme i due profili potrebbe essere opportuno aprirsi alla possibilità di una pluralizzazione dei rapporti genitoriali, in maniera tale da non porre l'ordinamento nell'alternativa insostenibile fra la necessaria cancellazione dell'uno o dell'altro. In questa prospettiva un'emersione della verità biologica tardiva, o non preceduta dalla rimozione dello *status* preesistente, non andrebbe preclusa ma configurata in maniera tale da lasciar comunque sussistere una posizione giuridica genitoriale in capo al soggetto con cui si è instaurato il rapporto sociale di lunga durata o rispetto al quale non si può, o non si vuole, procedere con la previa demolizione

[33] Si allude a Corte EDU, 13 ottobre 2020, *Koychev v. Bulgaria*, n. 32495/15.

[34] La questione è stata sollevata da App. Salerno, 11 marzo 2021, in *G.U.* del 29 dicembre 2021 n. 52. Quando il presente contributo era già in bozze è stata depositata la decisione di Corte Cost., 14 luglio 2022, n. 177, che pur rilevando come si tratti di un'ipotesi "non priva di criticità sotto il profilo costituzionale" ha ritenuto comunque necessaria una "riforma di sistema idonea a farsi carico di molteplici profili", rimessa alla competenza del legislatore, ed ha quindi dichiarato inammissibili tutte le sollevate questioni di legittimità costituzionale.

dello *status*. Si tratta di un'ipotesi che da noi è stata affacciata invano con riferimento al noto e peculiarissimo caso di genitorialità eticamente indecidibile cui aveva dato luogo uno scambio colposo di embrioni[35], ma che in altri ordinamenti sta guadagnando spazio da diversi punti di vista[36]. Del resto, anche con riguardo al diritto alla conoscenza delle origini si è già visto come la tutela di un diritto all'informazione possa coesistere con la persistenza di un diverso *status filiationis*, ponendosi la questione su un piano diverso. Si tratterebbe ora di fare un passo avanti per consentire in ulteriori ipotesi anche una convivenza fra rapporti entrambi, diversamente, genitoriali. E che questa pluralità non debba essere vista come aliena né come necessariamente eccezionale lo dimostrano anche quelle vicende del diritto delle adozioni cui abbiamo già accennato, con l'affermazione per l'appunto del modello aperto, in cui cioè la genitorialità dell'adottante si aggiunge ma non sostituisce quella del genitore d'origine bisognoso di supporto, come paradigma assiologicamente prevalente.

[35] Si allude alla celebre vicenda di *surrogacy* colposa per scambio di embrioni all'Ospedale Pertini di Roma, rispetto alla quale il Comitato Nazionale di Bioetica, pur senza esprimersi sull'attribuzione della genitorialità legale contesa, aveva invano auspicato una salvaguardia per l'interesse del figlio ad una relazione con tutti e quattro i soggetti coinvolti (*Considerazioni bioetiche sullo scambio involontario di embrioni*, 11 luglio 2014), posizione discutibilmente disattesa da Trib. Roma, 8 agosto 2014, in *Dir. succ. fam.*, 2015, 1, p. 197, con nota di A. Renda, che ha finito per denegare ogni rilievo, anche ai fini del mero contatto con il nato, alla posizione dei genitori genetici, di talché una "*poligenitorialità di fatto viene ridotta a bigenitorialità legale mediante appunto un atto di imperio*" (così A. Nicolussi, *Famiglia e biodiritto civile*, in *Eur. dir. priv.*, 2019, p. 719, ma cfr. anche A. Vesto, *La maternità tra regole, divieti e plurigenitorialità. Fecondazione assistita, maternità surrogata, parto anonimo*, Torino, 2018).

[36] In alcuni ordinamenti, come quelli di Louisiana e Brasile, si è parlato di multigenitorialità proprio per configurare il riconoscimento di una simultanea rilevanza giuridica sia per il rapporto con il padre biologico, tardivamente scoperto, sia per quello con il padre socioaffettivo, cioè con il marito della madre che abbia di fatto cresciuto il figlio come proprio: cfr. F.M. de Souza Garcia, *Multi-parenthood from a Legal, Doctrinal and Jurisprudential Perspective in Brazil: The Recent Decision of the Brazilian Supreme Court on Socio-affective and Biological Paternity*, in *Journal of the Oxford Centre for Socio-Legal Studies*, 2017, 1, p. 48 ss. In altri ordinamenti americani sono state peraltro configurate ulteriori ipotesi di poligenitorialità in maniera tale da riconoscere rapporti genitoriali che di tutti i soggetti coinvolti in determinate vicende procreative tengano conto, senza relegarne alcuni in una posizione di disumanizzante estraniamento: si potranno avere, ad esempio, una coppia omosessuale femminile ed un genitore genetico, qualificato come vero padre e non mero datore di gameti, ovvero una coppia omosessuale maschile ed una gestante, qualificata come vera madre e non mera surrogata (per l'Ontario si veda il *Children's Law Reform Act*, 5 dicembre 2016), ma in prospettiva anche ipotesi in cui tutti i partecipanti ad un rapporto poliamoroso possano essere riconosciuti come genitori (cfr., per ulteriori riferimenti, M. Rizzuti, *Adozioni e poligenitorialità*, in *Actualidad Jurìdica Iberoamericana*, 2020, 13, pp. 646-681).

Il volume, muovendo dalle relazioni svolte nel Convegno dedicato al tema, raccoglie riflessioni sull'evoluzione di senso del lemma 'informazione' il cui significato, dalla seconda metà degli anni '80 ad oggi, ha assunto accezioni ulteriori rispetto a quelle riconducibili al tradizionale ambito della libertà di manifestazione del pensiero e delle libertà di informare ed essere informati. L'analisi a più voci segue le moderne forme dell'agire economico-sociale, forme che anche attraverso la pervasiva tutela del trattamento dei dati personali e la riarticolazione del contenuto regolamentare del diritto a ricevere informazioni in ambito contrattuale, hanno stimolato la considerazione una vasta gamma di rapporti giuridici privati, rispetto a ciascuno dei quali si declina il termine informazione, con esiti che toccano la ricostruzione dogmatica e l'attuazione pratica dei diversi istituti.

Alla realizzazione del volume hanno partecipato:

Benedetta Agostinelli
Angelo Barba
Fabio Bravo
Giuseppe Citarella
Massimo Foglia
Francesco A. Genovese
Carmine Lazzaro
Enrico Minervini
Andrea Nervi
Francesco Sangermano
Daniela Valentino
Andrea Zoppini

Guido Alpa
Ettore Battelli
Fausto Caggia
Carlo Colapietro
Paolo Gallo
Aurelio Gentili
Francesco Longobucco
Tiziana Montecchiari
Vincenzo Ricciuto
Claudio Scognamiglio
Angelo Venchiarutti

Fabio Balducci Romano
Roberto Bocchini
Stefano Cherti
Gaetano Di Martino
Maria Luisa Gambini
Claudia Giustolisi
Francesco Macario
Emanuela Morotti
Marco Rizzuti
Emilio Tosi
Giovanni Versaci

ROMA TRE
UNIVERSITÀ DEGLI STUDI