

# PERSONA E MERCATO



Rivista periodica on-line

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

Anno 2023 – Numero 1

ISSN 2239-8570

Persona e Mercato è una rivista fondata da Giuseppe Vettori.

**Direzione:** Giuseppe Vettori

**Comitato di direzione:** Fabio Addis; Giuseppina Capaldo; Ernesto Capobianco; Massimo Confortini; Giovanni Di Rosa; Pasquale Femia; Massimo Franzoni; Carlo Granelli; Stefan Grundmann; Francesco Macario; Marisaria Maugeri; Hans W. Micklitz; Emanuela Navarretta; Salvatore Orlando; Fabio Padovini; Stefano Pagliantini; Giovanni Passagnoli; Antonio Rizzi; Pietro Sirena; Massimo Zaccheo.

**Comitato dei revisori:** Giorgio Afferni; Arianna Alpini; Franco Angeloni; José Luis Argudo Periz; Maria Annunziata Astone; Federico Azzarri; Angelo Barba; Vincenzo Barba; Luca Barchiesi; Andrea Barenghi; Ettore Battelli; Emanuele Bilotti; Lucia Bozzi; Valentina Calderai; Mario Pio Calogero; Simona Caporusso; Gabriele Carapezza Figlia; Valeria Caredda; Roberto Carleo; Sonia Carmignani; Achille Antonio Carrabba; Raffaele Caterina; Guillermo Cerdeira Bravo de Mansilla; Bianca Checchini; Maddalena Cinque; Maria Antonia Ciocia, Claudio Colombo; Nicola Corbo; Alessandra Cordiano; Camilla Crea; Fabrizio Criscuolo; Vincenzo Cuffaro; Alessandro D'Adda; Valeria De Lorenzi; Francesco Delfini; Matteo Della Casa; Stefano Deplano; Francesca Di Lella; Mirko Faccioli; Rocco Favale; Alessia Fachechi; Lourdes Fernandez Del Moral Dominguez; Edoardo Ferrante; Federico Ferro-Luzzi; Nicoletta Ferrucci; Arianna Finessi; Giancarlo Filanti; Massimo Foglia; Luigi Follieri; Giampaolo Frezza; Arianna Fusaro; Francesco Gambino; Rosaria Giampetraglia; Stefania Giova; Cecilia Gomez Salvago Sanchez; Mauro Grondona; Freddy Andrés Hung Gil; Paola Iamiceli; Claudia Irti; Angela La Spina; Eva Leccese; Raffaele Lenzi; Joelle Long; Francesco Longobucco; Emanuele Lucchini Guastalla; Nicola Lucifero; Daniele Maffei; Anna Malomo; Francesca Manolita; Manuela Mantovani; Pierluigi Mazzamuto; Marisa Meli; Raffaella Messinetti; Francesco Mezzanotte; Andrea Mora; Arnaldo Morace Pinelli; Paolo Morozzo della Rocca; Gaetano Edoardo Napoli; Luca Nivarra; Luigi Nonne; Riccardo Omodei Salé; Andrea Orestano; Mauro Orlandi; Mauro Paladini; Massimo Palazzo; Antonio Palmieri; Rosanna Pane; Paolo Papanti Pellettier; Teresa Pasquino; Francesco Paolo Patti; Enza Pellecchia; Mauro Pennasilico; Leonardo Pérez Gallardo; Valerio Pescatore; Mariassunta Piccinni; Carlo Pilia; Fabrizio Piraino; Dianora Poletti; Massimo Proto; Roberto Pucella; Vincenzo Putorti; Maddalena Rabitti; Andrea Renda; Francesco Rende; Giorgio Resta; Francesco Ricci; Vincenzo Ricciuto; Nicola Rizzo; Umberto Roma; Lucia Ruggeri; Antonio Saccoccio; Ugo Salanito; Gabriele Salvi; Giovanna Savorani; Martin Schmidt-Kessel; Anna Scotti; Tommaso Oberdan Scozzafava; Roberto Senigaglia; Anna Maria Siniscalchi; Umberto Stefani; Giovanni Stella; Chiara Tenella Sillani; Giulia Terlizzi; Mauro Tescaro; Stefano Troiano; Alberto Venturelli; Vincenzo Verdicchio; Pietro Virgadamo; Sandra Winkler.

**Segreteria di redazione:** Daniele Imbruglia e Mario Mauro

**Redazione:** Francesca Bertelli; Marco Francesco Campagna; Federico Della Negra; Marco Farina; Antonio Gorgoni; Daniele Imbruglia; Antonello Iuliani; Mario Mauro; Tommaso Pellegrini; Federico Pistelli; Chiara Sartoris; Shaira Thobani; Emanuele Tuccari..

**E-mail:** [info@personaemercato.it](mailto:info@personaemercato.it) **Web:** [www.personaemercato.it](http://www.personaemercato.it)

Persona e Mercato è testata registrata in data 9/10/2000 al n. 4995 dell'elenco della stampa periodica curato dal Tribunale di Firenze.

ISSN 2239-8570

Tutti i diritti di riproduzione sono riservati, comprese le rappresentazioni grafiche ed iconografiche. Ogni riproduzione, anche parziale e qualunque sia il formato e il supporto, è vietata, tranne per uso privato senza alcuno scopo commerciale. Sono consentite, inoltre, le citazioni a titolo di cronaca, studio, critica o recensione. In ogni caso, l'integrità dei documenti riprodotti dovrà essere rispettata e la riproduzione, anche parziale, dovrà essere accompagnata dall'indicazione della fonte.

Tutti i contributi sono stati oggetto di valutazione positiva e anonima da parte di un membro del Comitato dei revisori, ad eccezione dell'Osservatorio a cura dell'OGID, esonerato ai sensi dell'art. 9, V co., del Regolamento per la classificazione delle riviste nelle aree non bibliometriche, approvato con Delibera del Consiglio Direttivo n. 42 del 20.02.2019.

## Editoriale

I lividi dei minorenni <i>sparring partners</i> di ChatGPT e l'età minima per attivare il servizio in Italia, di Salvatore Orlando .....	p. 3
--	------

## Saggi

Prescrizione e riduzione, di Mauro Orlandi .....	p. 7
Appunti sull'art. 2645 <i>quater</i> . Considerazioni dal futuro e questioni dal passato, di Manolita Francesca .....	p. 20
L'uso delle "tecnologie mobili" applicate alla salute: riflessioni al confine tra la forza del progresso e la vulnerabilità del soggetto anziano, di Claudia Irti .....	p. 32
NFT and NFTed artworks between property and copyrightability, di Arianna Alpini .....	p. 50

## Commenti

Nota (a margine dell'attuazione della direttiva <i>omnibus</i> ) sul potere dell'AGCM di vietare l'utilizzo di clausole vessatorie come pratica commerciale ingannevole, di Salvatore Orlando .....	p. 61
Fideiussione omnibus ed intesa antitrust: la sentenza delle sezioni unite n. 41994 del 2021, di Enrico Minervini .....	p. 64
Algoritmo e giustizia alla ricerca di una mite predittività, di Mariano Sciacca .....	p. 69
<i>Distributed ledger technology</i> e <i>token</i> crittografici. Un "sistema" alternativo di circolazione della ricchezza (e dei diritti?), di Francesco La Fata .....	p. 85
«Certo, certissimo, anzi probabile»: le alterne e incerte vicende del negozio di accertamento, di Francesco Meglio .....	p. 99

## Osservatorio

Diritto e nuove tecnologie. Rubrica di aggiornamento dell'OGID* .....	p. 115
---	--------



## I LIVIDI DEI MINORENNI *SPARRING PARTNERS* DI CHATGPT E L'ETÀ MINIMA PER ATTIVARE IL SERVIZIO IN ITALIA

Di Salvatore Orlando

| 3

OpenAI ha riaperto il servizio ChatGPT in Italia ritenendo di aver assolto alle richieste del Garante italiano per la protezione dei dati personali, il quale, a sua volta, con comunicato del 28 aprile 2023 ha espresso soddisfazione per “*i passi in avanti*” compiuti da OpenAI, pur dichiarando che proseguirà nella sua istruttoria e nel lavoro con l'apposita task force costituita in seno allo *European Data Protection Board* con le altre Autorità privacy europee.

Le misure richieste dal nostro Garante riguardano, tra gli altri aspetti, l'addestramento degli algoritmi di ChatGPT e l'età degli utenti. Quanto al primo, OpenAI ha ora previsto una procedura per consentire agli utenti di disabilitare l'addestramento. Quanto al secondo, OpenAI dichiara che il servizio non è diretto ai bambini di età inferiore a 13 anni e che per i minori tra i 13 e i 17 anni esso è disponibile solo con il consenso da parte di (un ?) “*parent or guardian*”.

Le procedure di implementazione dovranno essere giudicate in concreto, stabilendo anche se le interfacce siano o meno fuorvianti. Al momento, a nostro avviso, lo sono. Mi riferisco in particolare: (i) alla difficoltà di reperimento della privacy policy per l'utente, in quanto essa non è accessibile dalla pagina in cui si chatta; (ii) non è immediatamente visibile la funzione per disattivare l'addestramento degli algoritmi, in quanto essa non è immediatamente visibile nella pagina in cui si chatta. Soltanto se si conosce già il percorso, bisogna cliccare sul nome dell'utente, poi cliccare sulla funzione *settings*, poi cliccare sulla funzione *show* vicino alla scritta *data controls*, e solo allora apparirà la funzione per disabilitare l'addestramento. In alternativa, bisogna compilare un apposito modulo, la cui presentazione contiene una serie di dichiarazioni chiaramente preordinate a scoraggiare questa operazione; (iii) nella pagina in cui si chatta, lo spazio dedicato all'utente per scrivere, consistente in una barra con l'invito “*send a message*” è di default di colore bianco, ma diventa di colore nero quando si è disabilitato

l'addestramento degli algoritmi. Si tratta in tutti e tre i casi di c.d. *deceptive design* (o *dark*) *patterns*, che, come noto, sono vietati. E, per inciso, non affrontiamo qui la questione della lingua.

Ma indipendentemente dal giudizio sulla conformità delle misure richieste e di quelle ottenute al regolamento generale UE sulla protezione dei dati personali (il GDPR), riteniamo che le misure in questione - anche laddove fossero tutte doverose ai sensi del GDPR e fossero anche adottate tutte in modo leale - non sarebbero in ogni caso idonee al rispetto del diritto italiano dei contratti, perché gli utenti del servizio ChatGPT sono contraenti, e devono dunque avere sempre almeno 18 anni.

Vediamo meglio. Al di là della formula a pagamento “*plus*” (per la quale gli utenti devono essere necessariamente maggiorenni), la formula base prevista da OpenAI contempla che l'utente non paga in denaro (ossia riceve “*gratis*” il servizio) ma al contempo Open AI riceve dall'utente senza pagarlo in denaro (“*gratis*”) un altro servizio prestatogli dall'utente, consistente nell'allenamento degli algoritmi di ChatGPT. L'allenamento è prestato dall'utente a OpenAI tutte le volte che egli utilizza il servizio, per il solo fatto di dialogare (“*chattare*”) con il sistema di IA.

Per OpenAI, l'addestramento degli algoritmi ha senz'altro un valore economico. Prima di lanciare ChatGPT sul mercato, OpenAI ha fatto allenare gli algoritmi di ChatGPT da persone pagate per questo.

Adesso OpenAI non paga più. Più precisamente, non paga in denaro gli utenti, ma li retribuisce “*in natura*”, attraverso il servizio (e si fa addirittura pagare, con la formula “*plus*” grazie ad algoritmi addestrati gratuitamente dagli utenti della formula base).

Anche il servizio ricevuto dall'utente è suscettibile di valutazione economica, a ciò non ostando che esso possa corrispondere ad un interesse anche non patrimoniale dell'utente.

Ne viene che quello tra l'utente e OpenAI è, per il diritto italiano, senz'altro un contratto atipico che



potremmo chiamare “*contratto di utenza-  
allenamento*”.

In inglese, con terminologia pugilistica – e anche realistica per certe platee di utenti incapaci di non procurarsi lividi nell’allenamento – lo potremmo chiamare “*User-Sparring Agreement*” o, più sobriamente, “*User-Training Agreement*”.

A negare la conclusione sulla necessaria maggiore età dell’utente, non potrebbe sostenersi che si tratta di un contratto di quelli di quotidiana esperienza e di scarsa rilevanza per la conclusione dei quali si ammette generalmente la capacità dei minori.

Ed infatti, deve ritenersi che si tratti, al contrario, di un contratto di rilevante importanza, il cui oggetto, per sua natura, comporta rischi rilevanti per i rapporti di educazione ed istruzione dei minori con i genitori, i tutori e gli insegnanti. Per questi ultimi, la diffusione di ChatGPT costituisce un ostacolo all’assolvimento dei loro obblighi preordinati alla formazione di un’autonoma capacità critica e costruttiva dei minori. I lividi di cui stiamo parlando sono di questo tipo: lacune e deficit di formazione di una capacità critica indispensabile per la crescita, lo sviluppo e l’impiego di facoltà intellettuali necessarie per operazioni come la redazione di riassunti e di composizioni creative in modo autonomo. Guardando alle generazioni future, si tratta di non ostacolare la formazione e lo sviluppo di capacità necessarie affinché i minori, una volta adulti, possano utilizzare proficuamente - senza farvi supino affidamento – gli *output* di sistemi di IA del tipo di ChatGPT.

Nemmeno varrebbe osservare che OpenAI ha da ultimo previsto che gli utenti possano chiedere la disabilitazione dell’addestramento degli algoritmi: il contratto rimane tale anche in questo caso (*User Agreement*) e i lividi per i minori sono identici.

Né infine potrebbe obiettarsi che OpenAI ha dichiarato che i minori tra 13 e i 17 anni possono utilizzare il servizio solo dietro consenso di (un?) *parent or guardian*: queste misure non possono comportare la disapplicazione del diritto italiano dei contratti. Ed infatti, indipendentemente dalla conformità della richiesta e dell’ottenimento di simili misure al GDPR (questione che non occupa approfondire in questa sede) la salvezza del diritto italiano dei contratti sul punto della validità, formazione ed efficacia dei contratti rispetto ai minori è espressamente sancita dallo stesso art. 8, par. 3 GDPR: “*Il paragrafo 1 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*”.

Al di là dell’ulteriore questione, che non possiamo qui approfondire nel dettaglio, sulla meritevolezza di tutela degli interessi perseguiti attraverso questo sistema dai contraenti - che non sembra potersi negare generalmente, se non (a cagione dei motivi detti) relativamente alla contrarietà di tale contratto agli interessi all’educazione e all’istruzione dei minori - ne consegue che l’utente debba avere per il diritto italiano almeno 18 anni di età.

Piuttosto, il Governo e il Parlamento italiano potrebbero intervenire per far chiaro che contratti di questo tipo non sono di scarsa rilevanza, che essi sono contrari all’interesse all’istruzione e all’educazione dei minori, e per approntare efficaci misure di contrasto alla diffusione dell’utenza minorile, ravvisandosi, effettivamente, motivi di urgenza.

È ben possibile rendere per tutti utile e profittevole l’uso di sistemi di IA del tipo di ChatGPT evitando lividi ai minorenni.



# Saggi





## PRESCRIZIONE E RIDUZIONE

Di Mauro Orlandi

| 7

**SOMMARIO:** 1. “Ogni diritto si estingue per prescrizione”. - 2. Estinzione e riduzione. - 3. Estinzione e debito naturale. - 4. “Far valere il diritto”. - 5. La sospensione logica. - 6. Segue. Gradi di prescrizione? - 7. La sospensione politica. Credito esigibile. - 8. Sospensione e interruzione. Continuo e discontinuo. - 9. “Disciplina legale della prescrizione”. - 10. Segue. Disciplina legale della responsabilità.

*ABSTRACT.* La prescrizione appare un fatto riduttivo della rilevanza. Post praescriptionem, sopravvive soltanto il titulus acquirendi. Si riduce il valore della fonte. Prima della prescrizione, la fonte valeva come titolo di responsabilità (personale, 1218; e patrimoniale, 2740); dopo, la fonte vale soltanto come titolo di acquisto. Potremmo concludere che la prescrizione è una vicenda dello statuto della responsabilità.

*The statute of limitations appears reductive of relevance. Post praescriptionem, only the titulus acquirendi survives. The value of the source is reduced. Before prescription, the source was valid as a title of liability (personal, 1218; and patrimonial, 2740); after, the source is only valid as a title of acquisition. We could conclude that prescription is an affair of the statute of liability.*



## 1. “Ogni diritto si estingue per prescrizione”.

Il predicato ‘estingue’ suscita il sottile problema del finire e del suo oggetto. Cosa finisce?

Tre possibilità. Il diritto come titolo o fonte del rapporto. Il diritto come azione. Il diritto come pretesa<sup>1</sup> e azione.

Non sembra postulabile la prima. L’art. 2940 prevede il pagamento del debito prescritto, il quale logicamente implica la permanenza del titolo e la rilevanza giuridica dell’adempimento spontaneo. Se il titolo venisse meno (non come fatto, ma come fonte), il pagamento sarebbe appunto privo di titolo; e così ripetibile. La irripetibilità dell’art. 2940 ci dice che il titolo sopravvive alla prescrizione.

In dubbio la seconda. Se finisce soltanto l’azione giudiziale, permarrebbero gli effetti delle pretese stragiudiziali. *In primis* della costituzione in mora, la quale continuerebbe a esibire effetto interruttivo della prescrizione. Ma la prescrizione è per definizione ormai compiuta, sicché non può più essere interrotta. L’atto di costituzione in mora del debito prescritto parrebbe irrilevante<sup>2</sup> per impossibilità dell’effetto interruttivo.

Il dubbio è in ciò: che potrebbero forse concepirsi gli altri effetti della mora. *Perpetuatio obligationis*; interessi.

Parrebbe da escludere la prima. La *perpetuatio* postula il permanere del vincolo *nolente debitore*, ossia le responsabilità personale (1218) e patrimoniale (2740). Le quali non ci sono più; ossia non sono più predicabili contro la volontà del debitore, che eccepisca la prescrizione.

Parrebbero da escludere anche gli interessi ulteriori. Per ammettere un debito di interessi moratori post *praescriptionem*, sarebbe da concepire una correlativa azione (anche qui) *nolente debitore*; ossia suscettibile di condanna a dispetto dell’*exceptio praescriptionis*. Ma non sembra plausibile ammettere una mutilazione dell’*exceptio*: il debitore oppo- nente è liberato da tutto il debito; anche degli interessi.

Sotto questa luce, gli interessi postulano la esigibilità. Ossia il vincolo di responsabilità. Senza il quale non ha senso pensare a una responsabilità limitata ai frutti. I frutti si spiegano perché Tizio è debitore responsabile; se diventa libero, può sce-

gliere di non pagare il capitale come pure gli interessi<sup>3</sup>.

Non rimane che la terza. La prescrizione riduce l’obbligazione, da esigibile a inesigibile. La prescrizione esibisce un effetto riduttivo<sup>4</sup>.

## 2. Estinzione e riduzione.

La prescrizione appare un fatto riduttivo della rilevanza. *Post praescriptionem*, sopravvive soltanto il *titulus adquirendi*.

<sup>3</sup> Così anche T. DALLA MASSARA, Il ‘pactum de non petendo’: modello o modelli di modulazione cronologica dell’obbligazione, in *Modelli teorici e metodologici nella storia del diritto privato*, 5, Napoli, 2021, p. 115 ss.; spec. 150-157, il quale giunge a dimostrare come – nel silenzio delle parti – il pactum implichi una purgatio morae, ossia elida gli interessi moratori non soltanto per futuro, fermandone la decorrenza dal tempo della inesigibilità; ma anche per il passato. La medesima logica della inesigibilità si applicherà a maggior forza per la prescrizione.

<sup>4</sup> Sia ancora permesso un rinvio al mio *Pactum de non petendo e inesigibilità*, Milano, 2000, spec. p. 117 ss.; Id. *La categoria dell’obbligazione ridotta*, in *Giust. civ.*, 2019, 3, p. 448 ss.; 463-465. Per spunti critici da ultimo M. D’ONOFRIO, Il *pactum de non petendo*: struttura e disciplina, Napoli, 2021, spec. p. 55 ss. Recentemente anche P. GALLO, *Pactum de non petendo e prescrizione*, in *Riv. dir. civ.*, 2020, 5, p. 984, spec. 990-992. Il quale reputa che la prescrizione (come pure il *pactum de non petendo*) lascerebbe inalterato il vincolo, semplicemente aggiungendo il diritto potestativo di eccepire. Il dubbio è sempre lo stesso: se può rifiutare (eccepire), allora il debitore non risponde. Ragionando con lo statuto della responsabilità, l’obbligazione è per definizione diversa: il rifiuto non vale inadempimento. Debito senza responsabilità? *Infra*, nt. 15, 16, 17, 30.

Da consultare le interessanti pagine di G. TRAVAGLINO, *Le stagioni della prescrizione*, in *Questione giustizia*, 2017, I, p. 54; il quale – sulla scia di un risalente dibattito – nota come non si possano assimilare prescrizione ed estinzione *tout court*. E come il debito prescritto sia solvibile, ma non coercibile. Sicché a venir meno parrebbe proprio la pretesa primaria, ossia il potere del creditore di pretendere l’attuazione del vincolo. Sulla scorta dell’ORIANI, *Processo di cognizione ed interruzione della prescrizione*, Napoli, 1977, pp. 31 ss.

Com’è noto, il FALZEA, *Efficacia giuridica*, in *Enc. del Dir.*, XIV, Milano, 1965, p. 432 ss., pp. 502 ss., include la prescrizione tra i fatti preclusivi (e non già estintivi). L’AURICCHIO, *Appunti sulla prescrizione*, Napoli, 1971, p. 33, nota come la formula dell’art. 2934 c.c. (“ogni diritto si estingue per prescrizione”) si rivelerebbe impropria; preferibile si dimostrerebbe l’enunciato dell’art. 2105 del Codice civile 1865 (“la prescrizione è un mezzo con cui [...] taluno è liberato [...]”). Il GRASSO, *Sulla distinzione tra prescrizione e decadenza*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1970, pp. 866 ss.; Id., *Prescrizione (dir. priv.)*, in *Enc. del Dir.*, vol. XXXV, Milano, 1986, p. 57, restringe l’effetto estintivo al solo lato passivo; permanendo il diritto di ricevere. Cfr. poi P. PERLINGIERI, *Il fenomeno dell’estinzione delle obbligazioni*, Napoli, 1972, p. 117, secondo il quale la prescrizione produrrebbe un mutamento dell’obbligazione da civile in naturale. Il discorso ci porterebbe lontano, oltre l’economia di queste pagine.

<sup>1</sup> Pretesa stragiudiziale: v. per un profilo del dibattito *infra*, ntt. 4 e 10.

<sup>2</sup> Uso qui la nozione di rilevanza dinamica o normativa (rilevanza interna, o rispetto all’effetto): per la quale rinvio al mio *Introduzione alla logica giuridica*, Bologna, 2021, p. 167-170.



Si riduce il valere della fonte. Prima della prescrizione, la fonte valeva come titolo di responsabilità (personale, 1218; e patrimoniale, 2740); dopo, la fonte vale soltanto come titolo di acquisto.

In questo modo, potremmo concludere che la prescrizione è una vicenda dello statuto obbligatorio. Ossia della struttura ipotetica Se/Allora, in cui può ridursi ogni fattispecie<sup>5</sup>.

<sup>5</sup> Sono costretto ancora a rinviare a me stesso, e me ne scuso. Sul concetto di statuto e di struttura ipotetica v. il mio *Introduzione alla logica giuridica*, cit., p. 45 ss.; 167 ss.; con gli approfondimenti ulteriori che troverai in *Essere o dover essere? L'interpretazione attraverso il pensiero di Giuseppe Messina*, introduzione a G. Messina, *L'interpretazione dei contratti*, rist. an., Napoli, 2022, spec. p. XXVIII-XXIV.

È da segnalare anche in questa sede come la rilevanza giuridica si dimostri non meramente classificatoria (sorta di tassonomia dei fatti e degli atti) e statica; ma funzionale e dinamica. Il fatto è rilevante nel circuito della causalità giuridica; appunto, quale causa di un determinato effetto. Il fatto giuridico è per propria natura «efficiente», ossia suscettibile di produrre conseguenze. Il caso non rileva siccome tassonomicamente sussumibile in una fattispecie; ma solo se sussumibile nella fattispecie *normativa*, ossia se esso valga come causa di effetti giuridici.

Lo statuto giuridico si svolge nella logica della rilevanza normativa: *If/Then*. Il diritto è *essenzialmente ipotetico*: ogni norma postula una ipotesi, al verificarsi della quale entra in vigore un effetto. Esso ultimo a sua volta si dimostra un'altra ipotesi. In un ciclo infinito, senza limiti logici. Non esistono nel diritto norme categoriche, ossia imperativi senza effetto; ma solo norme ipotetiche, le quali si svolgono nell'effetto. Per chi muove da questo assioma, l'obbligazione non può che dimostrarsi uno statuto normativo delle responsabilità personale e patrimoniale. Gli effetti; e segnatamente la responsabilità patrimoniale, non possono uscire dalla struttura ipotetica del vincolo.

*Contra*, da ultimo, C. CASTRONOVO, *Il diritto italiano delle obbligazioni da codice civile del 1942 ad oggi. Profili di una evoluzione*, in *Europa dir. priv.*, 3, 2021, spec. p. 602, il quale considera decisivo (se non ne tradisco il pensiero) il carattere soltanto eventuale della responsabilità patrimoniale. L'eventuale non può essere essenziale. Ed ora nettamente in *L'obbligazione nel prisma della (nuova) responsabilità patrimoniale*, in *Eur. dir. priv.*, 2022, 4, p. 715 ss., spec. 731, ove con suggestione letteraria: «*Si deve allora concludere che l'ordinamento ci presenta una doppia verità: l'obbligazione in sé e la stessa obbligazione nel prisma della responsabilità patrimoniale? Non c'è una doppia verità, perché la responsabilità patrimoniale, come già dicemmo, non è più l'obbligazione in sé, ma l'obbligazione per sé, l'obbligazione nella vicenda possibile ed eventuale innesca dall'inadempimento, vicenda nella quale l'obbligazione si è tramutata, come accade a un viaggiatore che, fuori dal suo luogo abituale, si ritrova in una dimensione che non è più quella di partenza, è alibi aliter, nell'altrove è altrimenti*».

Ne dubiterei. Ogni struttura ipotetica si fonda sulla categoria della possibilità: essa è logicamente costituita da un "se"; appunto, una eventualità. Altro è l'eventualità empirica, ossia la possibilità storica che non si giunga mai all'inadempimento e alla concreta imputazione di una responsabilità; altro, l'eventualità logico-giuridica, che ha riguardo alla ipotesi in sé (fattispecie), non al fatto storico ipotizzato (caso). L'ipotesi è indefettibile. Non ci sono norme senza ipotesi. Non ci sono norme che non siano combinazione condizionale (Sa/Allora) di ipotesi. Come ogni fattispecie, l'obbligazione si dimostra una struttura ipotetica. Che tiene come necessari gli effetti (i quali

Prima della prescrizione, lo statuto era pieno.

Dopo la prescrizione, lo statuto si riduce al solo effetto traslativo.

Non viene meno l'intera struttura ma solo lo spettro di effetti che possiamo ellitticamente riassumere nel lemma 'responsabilità'. Ossia gli effetti di vincolo, che prescindono dalla volontà del debitore.

Da ragionare due effetti processuali opposti: sentenza di accoglimento vs sentenza di rigetto.

*Quid se*, convenuto per l'adempimento, il debitore prescritto non eccepisca? Il giudice condannerà; e la sentenza sarà titolo esecutivo suscettibile di giudicato. E di nuova prescrizione per inerzia.

*Quid se* il debitore, successivamente convenuto *in executivis*, eccepisca tale nuova prescrizione? Altro è il giudicato sulla prescrizione, e più in generale sulle cause di riduzione; altro la successiva prescrizione dell'obbligazione, portata dalla sentenza *iudicata*. Pare di poter riconoscere la competenza del giudice della esecuzione, al quale spetta di stabilire se il titolo sia opponibile *invito domino*. E così di accertare l'ulteriore decorso del termine prescrizione. La preclusione del rilievo officioso (art. 2938) consegna al debitore l'onere di eccepire l'ineseguibilità per prescrizione. Opposta la prescrizione *in executivis*, il giudice rigetterà.

Da riflettere come il successivo giudicato su tale sentenza di rigetto non sembri rifluire tra le cause di estinzione del vincolo. Il processo non costituisce esso stesso fatto estintivo; bensì sguardo giuridico sulle vicende del rapporto. *Oculum iudicis*, chiamato a osservare e dichiarare la riduzione prescrizione dovuta all'ulteriore inerzia del creditore.

Il processualista potrebbe opporre la rilevanza officiosa del giudicato. Qui si apre un problema da ragionare. Il giudicato è, non un fatto produttivo di vicende sostanziali; ma una qualità dell'accertamento. Ossia di un enunciato che descrive la situazione giuridica sostanziale. L'accertamento della maturata prescrizione non aggiunge un effetto ulteriore, estinguendo totalmente il vincolo. Bensì registra la solerzia processuale del debitore che esprime il proprio rifiuto di adempiere. Dichiarando la prescrizione, il giudice non accerta una causa di estinzione, suscettibile di indebito; ma una causa di riduzione, tale che il *titulus* rimane *adquirendi*; e così irripetibile l'eventuale successivo pagamento spontaneo. La prescrizione non diventerà mai ciò che non è.

Il giudicato sul rigetto per prescrizione parrebbe – *in thesi* – suscettibile di eternità con riguardo al

sono altre fattispecie) della responsabilità. Giuridicamente inconcepibile appare l'obbligazione, senza (fattispecie di) responsabilità; anche patrimoniale.

suo effetto non sostanziale ma processuale: di consumare l'azione di adempimento e di esecuzione. Il *ne bis in idem* appare ristretto all'azione; ormai consumata per sempre dall'*exceptio* del convenuto.

Ancorché con serio dubbio, si direbbe come la successiva inopponibilità della prescrizione - e così di ogni altra causa di riduzione - dipenderà non da una sostanziale e definitiva estinzione del rapporto (come sarebbe per la remissione); ma dai c.d. effetti riflessi del giudicato, conseguenti al principio generale *ne bis in idem*: non potrebbe il creditore riproporre la medesima azione, respinta con sentenza passata in cosa giudicata in forza dell'*exceptio*<sup>6</sup>; la rilevabilità d'ufficio non attiene ad una vicenda del rapporto, ma al giudicato sul medesimo oggetto, ossia sul destino processuale dell'azione<sup>7</sup>.

<sup>6</sup> Così come non potrebbe il debitore sollevare l'*exceptio praescriptionis* dopo la sentenza condanna per inerzia processuale. Parrebbero da convocare due ragioni: la disciplina delle preclusioni processuali, che limita la deducibilità processuale delle eccezioni non rilevabili fino al termine, previsto dall'art. 180 cod. proc. civ.; la disciplina del giudicato, che - come suol dirsi - copre "dedotto e deducibile" (v. MENCHINI, S., *I limiti del giudicato civile*, Milano, 1987, p. 300 ss.; VERDE, G., *Domanda (principio della): 1) Diritto processuale civile*, cit., p. 8; ORIANI, R., voce 'Eccezione', in *Dig., sez. civ.*, VII, Torino, 1991, p. 306. V. pure, sull'omessa *exceptio praescriptionis* AZZARITI e SCARPELLO, *Della prescrizione e della decadenza*, cit., p. 240, nt. 5 ("la forza della cosa giudicata sulla sussistenza del diritto rende superflua ogni indagine per accertare la volontà di rinunzia alla prescrizione"); BOLAFFI, R., *Le eccezioni nel diritto sostanziale*, cit., p. 226; MINERVINI, E., *La prescrizione ed i «terzi»*, cit., p. 65.

<sup>7</sup> Secondo la linea che si reputi di accogliere tra fautori della rilevabilità d'ufficio e fautori dell'irrelevabilità del giudicato. Problema antico: per la seconda v. POLACCO, *Le obbligazioni nel diritto civile italiano*, I, cit., p. 136; PEROZZI, *Istituzioni di diritto romano*, II, cit., p. 27 (ove precisa che la sentenza di rigetto estingue pure le garanzie reali); PACCHIONI, *L'«obligatio naturalis» nel diritto romano classico e nel diritto attuale*, cit., pp. 39 ss.; BONFANTE, *Istituzioni di diritto romano*<sup>5</sup>, cit. p. 384 (ove si ipotizza un valore "meramente civile o formale la massima *res iudicata pro veritate habetur*"); GANGI, *Le obbligazioni, Concetto-Obbligazioni naturali- solidali-divisibili e indivisibili*, cit., p. 441 ss. *Contra* CARRESI, *L'obbligazione naturale nella più recente letteratura giuridica italiana*, in cit., pp. 586 ss.; ma già ID., *Irripetibilità del pagamento effettuato dal debitore dopo l'ingiusta sentenza di assoluzione*, cit., pp. 518 ss, ove si avverte che il *ne bis in idem*, conseguente al giudicato, costituisce un principio d'interesse pubblico, e che l'eventuale nuova sentenza contrastante dovrebbe considerarsi nulla (o revocabile: artt. 355 cod. proc. civ.), sicché non avrebbe senso restringere la rilevabilità del giudicato all'*exceptio* di parte. Parrebbe preferibile questa soluzione. Il giudicato sembra incidere sullo stesso potere di giudicare, precludendo al giudice una nuova valutazione dell'*idem obiectum*; diremo che esso estingue la giurisdizione sulla causa già dedotta, ed impone al giudice una valutazione riflessiva sulla propria *legitimitatio iudicandi*, come tale indipendente dall'eccezione di parte. La questione sembra toccare la nota dicotomia azione in astratto, come diritto a una decisione sul merito; e a. in concreto, come diritto a una decisione *favorevole* sul merito (per la quale v. ora la distesa ricostruzione di M. D'Onofrio, *Il pactum*, cit., pp. 108 ss.).

Il dubbio è in ciò: che il giudicato non è fonte sostanziale e non produce effetti modificativi dello statuto. Lo statuto dell'obbligazione *post praescriptionem* è la riduzione delle responsabilità. Il titolo rimette l'adempimento alla scelta del debitore; e al suo onere di eccepirla in giudizio (2938). La prescrizione implica la perenne riduzione del titolo civile.

Sicché delle due l'una: o si ammette una consumazione dell'azione, sancita dal giudicato, e allora tutte le altre successive azioni di adempimento saranno officiosamente dichiarate inammissibili *re iudicata*; o, quale *instrumentum iudicii*, l'azione è inconsumabile e sempre ammissibile<sup>8</sup>, e allora dinanzi a ogni successiva domanda di condanna il debitore sarà sempre chiamato a rinnovare la propria volontà mediante l'*exceptio* (2938).

### 3. Estinzione e debito naturale.

Si crede sotto altro riguardo che la *soluti retentio* dipenda dal porsi di una obbligazione naturale<sup>9</sup>.

Distingueri due momenti. Il momento politico; il momento tecnico.

Sul piano politico, potremmo anche pensare che la scelta della *soluti retentio* in luogo delle estinzio-

Non possiamo qui ripercorrere l'intero sentiero. È da segnalare come l'inammissibilità del nuovo giudizio sul medesimo oggetto possa predicarsi soltanto sul piano processuale: quale consumazione del potere di decidere sul medesimo oggetto. Se così non fosse, sul piano sostanziale la situazione si configura sempre quale obbligazione prescritta. Il cui statuto è (fino alla eventuale estinzione) quello della riduzione; e dunque dell'*onus exceptionis*, ossia del diritto di rifiuto del debitore.

<sup>8</sup> A meno di non concepire l'eccezione come causa di novazione del vincolo da civile a naturale. Sicché *post exceptionem*, tutte le eventuali nuove domanda dovranno essere respinte d'ufficio per carenza di azione. Risultato identico alla consumazione *re iudicata*. dell'azione.

<sup>9</sup> Si vedano con varietà d'accento P. PERLINGIERI, *Modi di estinzione delle obbligazioni diversi dall'adempimento*, in *Comm. Scialoja-Branca*, Libro Quarto, artt. 1230-1259, Bologna, 1975, p. 146, con riguardo ai casi della prescrizione e delle "obbligazioni concordate"; ID., *Il fenomeno dell'estinzione nelle obbligazioni*, Camerino-Napoli, 1972, 17; ID. *Le vicende dell'obbligazione naturale*, in *Riv. dir. civ.*, I, 1969, 382; S. ROMANO, *Note sulle obbligazioni naturali*<sup>2</sup>, Firenze, 1953, 68 ss., 125, con chiarezza: l'ordinamento accorda ai privati il potere «di riportare il rapporto nella sua cerchia con l'effetto di far risorgere l'obbligazione civile» (si riferisce alla rinunzia alla prescrizione); F. RUSCELLO, "Pactum de non petendo" e vicenda modificativa del rapporto obbligatorio, cit., 209 (che propende per un'efficacia modificativa del patto, vicina ad una novazione causale). V. pure P.F. CENSONI, *Adempimento "indiretto" del residuo debito concordatario mediante rilascio del titolo di credito*, in *Giur. comm.*, I, 1977, 453; F. CARRESI, *L'obbligazione naturale nella più recente letteratura giuridica italiana (spunti critici ricostruttivi)*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1948, 586 ss.; B. GRASSO, *Sulla distinzione tra prescrizione e decadenza*, *ivi*, 1970, 876 ss.

ne totale si spieghi in ambito morale, sicché l'essere debitori civili implicherebbe anche l'imperativo etico di adempiere spontaneamente, a prescindere dal tempo che corre e dalle vicende della responsabilità.

Sul pianto tecnico, potremmo concepire due vie: o la coesistenza originaria di due statuti: una obbligazione naturale e una civile. La prima per sempre; la seconda transeunte.

Oppure la novazione della civile in obbligazione naturale.

La prima teoria (della coesistenza) si lascerebbe preferire. Non solo (e non tanto) per gli ardui problemi suscitati dalla novazione civile/naturale<sup>10</sup>; quando piuttosto perché qui l'obbligarsi civilmente è un dare la parola; e così un mettere in gioco la propria credibilità morale.

Tutto questo discorso finisce tuttavia per svelarsi ozioso. Il movente politico-morale non sembra toccare il piano della disciplina. Qui non ci sarà mai un radicale difetto di azione (come per il titolo naturale, che nasce e muore privo di responsabilità), accertabile *ex officio*. Per la banale evidenza dell'art. 2938, il quale preclude al giudice di rilevare la prescrizione<sup>11</sup>. Ossia – diremo – il difetto di responsabilità<sup>12</sup>.

L'art. 2938 ci dice che il titolo era, è, e rimane civile.

#### 4. “Far valere il diritto”.

Perché la prescrizione comincia a decorrere dal giorno in cui il diritto può essere fatto valere (2935)?

Anche qui due strade.

‘Far valere’ come agire in giudizio; ‘far valere’ come ottenere la condanna<sup>13</sup>.

<sup>10</sup> Nt. prec.

<sup>11</sup> Questa è la principale obiezione contro l'equivalenza tra obbligazione prescritta ed obbligazione naturale: la prima non rileva *ex se*, ma soltanto *ope exceptionis* (art. 2938 c.c.). V. AURICCHIO, *Appunti sulla prescrizione*, Napoli, 1971 (già edito, in veste provvisoria, nel 1965), 65; B. TROISI, *La prescrizione come procedimento*, Pubblicazioni a cura della Scuola di perfezionamento (ora di specializzazione) dell'Università di Camerino, Napoli, 1980, 65 ss., 113 ss.; C.M. BIANCA, *Diritto civile*, IV, *L'obbligazione*, cit., 794; U. BRECCIA, *Le obbligazioni*, in *Tratt. dir. priv.*, a cura di G. Iudica-P. Zatti, Milano, 1991, 84 ss.; A. BELLELLI, *L'imputazione volontaria del pagamento*, Padova, 1989, 18 ss.

<sup>12</sup> Sul punto v. ora M. D'ONOFRIO: *Il pactum de non petendo: struttura e disciplina*, cit., p. 41-43. V. anche A. BELLELLI, *L'imputazione volontaria del pagamento*, Padova, 1989, p. 18 ss.

<sup>13</sup> Il problema affrontato nel testo appare diverso da quello che preoccupava il Ministro Guardasigilli. Nella relazione si legge che la norma «dà formulazione legislativa al principio che la prescrizione comincia a decorrere dal giorno in cui il diritto può essere fatto valere»; con la significativa precisazione che

La prima ipotesi mette capo alla possibilità giuridica di agire; che non è mai nulla. Né con riguardo al diritto potestativo di iniziare il giudizio; né nella variante della ammissibilità, poiché anche le domande inammissibili (siccome ad esempio coperte da giudicato) sono sempre formulabili. La inammissibilità non preclude un giudizio. Ed anzi lo postula: inammissibilità è appunto esito del giudizio.

Ora, se far valere significasse essere la domanda ammissibile o proponibile, si prescriverebbero tutti i debiti inesigibili (perché ad esempio sottoposti a termine o a condizione). Conseguenza irrazionale.

Se mal non ragiono, il far valere implica responsabilità; il *proprium* che rende il debito una *obligatio*<sup>14</sup>, ossia un legame contro la libertà del debitore. In tanto ha senso fare valere, in quanto si dia un vincolo giuridico tale da assicurare al titolare la condanna del debitore e del suo patrimonio. Il debitore è impotente dinanzi al ‘valere del diritto’; poiché la sua volontà di non adempiere non gli permette di farla franca, e di non essere condannato ed espropriato<sup>15</sup>.

*“L'espressione deve essere intesa con riferimento alla possibilità legale, non influendo sul decorso della prescrizione, salve le eccezioni stabilite dalla legge, l'impossibilità di fatto di agire in cui venga a trovarsi il titolare del diritto».*

<sup>14</sup> Nel senso suggerito dal BETTI, *La struttura dell'obbligazione romana e il problema della sua genesi*<sup>2</sup>, Milano, 1955, pp. 84-85. Per il B. «*obligatio*» implicherebbe un «*vincolo materiale*», una prigionia effettiva, una responsabilità con carattere di garanzia personale, e *obligari* non poté voler dire cosa molto diversa da quel *vincere nervo aut compedibus* di cui le XII tavole ci parlano» (ivi, 78, enfasi originaria). Al Perozzi, il quale escludeva potersi il senso di prigionia (*ob-ligari*) estendere alle cose oltre le persone, il Betti replica che «*la ragione della designazione comune va ricercata oltre quella diversità di atteggiamento, in una identità giuridica più profonda, che v'è tra la condizione della persona fisica tenuta in prigionia e la condizione della cosa tenuta in pegno. V'è di comune il concetto del tenere in proprio potere a fine di garanzia la persona o la cosa altrui: il concetto del vincolo reale che grava sulla persona o sulla cosa sottraendola all'altrui disponibilità*».

Qui si aprirebbe l'arduo capitolo della struttura del vincolo: struttura patrimoniale vs struttura personale. Se l'essenza dell'obbligazione sia la cooperazione; e dunque la relazione personale; o la responsabilità patrimoniale, e dunque lo statuto di garanzia. Problema più che mai aperto. Contro la struttura patrimoniale v. C. CASTRONOVO, *Il diritto italiano delle obbligazioni*, cit., p. 602; e da ultimo Id. *L'obbligazione nel prisma*, cit., p. 715 ss. Sulla rilevanza strutturale del «*valore patrimoniale condiviso*», v. l'approfondito studio di V. CONFORTINI, *Primato del credito*, cit., pp. 67 ss. e nt. 94, con riguardo al credito come «*diritto al valore patrimoniale*»; sulla scia di A. KÖPPEN, *Die Erbschaft*, Berlin, Weidmann, 1856, 14-15 e 16-17; e H. SCHOTT, *Der obligatorische Vertrag unter Abwesenheit*, Heidelberg, Mohr, 1873, 45 ss. Per uno spunto, v. *supra*, nt. 5.

<sup>15</sup> Dubiterei allora delle ricostruzioni che affermano l'insensibilità sostanziale dell'obbligazione ai *pacta* riduttivi, siccome costitutivi di una mera eccezione processuale. L'eccepire appare logicamente incompatibile con il rispondere.

In mancanza di questo potere creditorio, ossia in difetto di esigibilità ed eseguibilità, la prescrizione non opera perché lo statuto è già ridotto delle responsabilità<sup>16</sup>. Se agisse, il creditore vedrebbe opposta la inesequibilità e così respinta la propria domanda. La pretesa e l'azione si dimostrano oziose, perché il diritto non può essere fatto valere *volente debitore*.

La *ratio* dell'art. 2935 appare chiara: l'ineseguibilità rende inutili pretesa e azione; sicché la prescrizione postula uno statuto integro. Le obbligazioni inesigibili non si prescrivono in quanto e siccome inesequibili. La prescrizione troverebbe dinanzi a sé lo statuto già ridotto, e il creditore vedrebbe opposta *in executivis* la riduzione della responsabilità patrimoniale. Gli effetti propri della prescrizione si dimostrano logicamente impossibili: essi sono per definizione già prodotti dal titolo ri-

V. sul punto T. DALLA MASSARA, Il 'pactum de non petendo', cit., p. 127, ove: «nel contemporaneo, il pactum de non petendo è apparso come una figura di particolare interesse soprattutto perché – e qui torna a farsi sentire una certa impronta reicheliana – di esso colpisce il fatto che lasci intatta l'obbligazione originaria». Sulla medesima linea P. GALLO, Pactum de non petendo e prescrizione, cit., p. 990-992; da ultimo M. D'ONOFRIO, Il pactum de non petendo, cit., p. 55 ss. V. nt. succ.

<sup>16</sup> *Contra* v. ora M. D'ONOFRIO, Il pactum, cit., p. 56, la quale (appoggiandosi alla dottrina dello REICHEL, *Der Einforderungsverzicht* ('pactum de non petendo'), in *Jherings-Jahrb.*, LXXXV, 1935, p. 1 ss.; spec. 7 ss.; ora nella traduzione critica a cura di T. dalla Massara e M. D'Onofrio, Pisa, 2018) usa l'argomento del 'debito senza responsabilità' per respingere la teoria della riduzione. Quello ridotto sarebbe appunto *Schuld ohne Haftung*; fenomeno (o categoria?) respinto ormai da tempo.

Per altro verso, «pur risultando – si legge, loc. cit. - coerente il rilievo in base a cui con l'interposizione dell'eccezione il debitore si sottrarrebbe (anche) alla responsabilità, si deve peraltro osservare che l'effetto primario consiste nell'insorgenza della facoltà del debitore di rifiutarsi di eseguire la prestazione. In altre parole, l'eccezione parrebbe rivolta immediatamente contro l'obbligo di eseguire la prestazione, agendo la medesima soltanto in un secondo momento sul piano della responsabilità a fronte dell'inadempimento».

Ne dubiterei. Parrebbe qui affacciarsi lo scambio tra cose e concetti. L'obbligo non è una *res*, contro la quale brandire l'arma dell'*exceptio*, secondo una sempre pericolosa metafora naturalistica. 'Obbligo' è una ellissi verbale; una parola che riassume uno statuto. Ossia la struttura ipotetica Se/Allora. A mio sapere, il primo a conseguire questa consapevolezza è da noi il CORDERO, *Le situazioni soggettive nel processo penale*, Torino, Giappichelli, 1955, 89 ss. In polemica con il RUBINO (*La fattispecie e gli effetti giuridici preliminari*, Milano, 1939, p. 47), C. nota con lucidità: « si afferma che un fatto è illecito perché il suo autore ha violato un obbligo, quando è vero il contrario: che cioè, violazione di un obbligo è espressione convenzionale con cui si designa la circostanza dell'essersi verificato un fatto conforme a quello che una norma prevede come fattispecie di certe conseguenze sanzionatorie » (*op. cit.*, 90-91; enfasi aggiunta). Nella logica normativa, ossia condizionale, « obbligo » è sintesi verbale di « se A allora B ». Senza l' 'allora' della responsabilità, l'obbligo finisce per torcersi nel proprio opposto: nella libertà di adempiere.

duivo. Fin quando il creditore è impotente contro la volontà del debitore per lui è giuridicamente impossibile "far valere": ossia imporre il suo titolo e aggredire i beni. La inerzia vale prescrizione perché essa si risolve in omesso esercizio di un potere: la inerzia rileva se e quando al creditore sia dato il potere di soddisfarsi contro il debitore. Nessuna inerzia è declinabile senza il potere di eseguire *contra nolentem*.

La prescrizione è una vicenda della responsabilità patrimoniale, potremmo dire al postutto. Se manca la responsabilità non ha senso la prescrizione.

## 5. La sospensione logica. Credito inesigibile o ridotto.

Potremmo a questo punto affermare che l'inesigibilità è una causa di sospensione (2935). Nel senso che il tempo della inesigibilità preclude la responsabilità e rende giuridicamente inutile far valere il diritto *volente debitore*. La sospensione è un concetto di durata: la prescrizione risulta preclusa lungo il tempo della riduzione, ossia per tutto l'arco in cui al debitore è dato di eccepire l'inesigibilità.

A prescindere – se non ragiono male – dall'ulteriore e sottile problema: se le cause di inesigibilità siano officiosamente rilevabili o non rilevabili<sup>17</sup>.

La prescrizione non opera perché e fin quando il debitore non risponda. Fin quando il debitore è libero di non adempiere, non ha senso chiedere al creditore di esercitare il diritto. Dinanzi al credito inesigibile l'inerzia appare razionale<sup>18</sup>.

<sup>17</sup> Per l'ultima letteratura da leggere il bel libro di M. D'ONOFRIO, *Pactum de non petendo*, cit., p. 46 ss; 131 ss. La quale distingue effetto del termine ed effetto del patto. Il primo oggettivo e rilevabile *ex officio*. Il secondo soggettivo e rimesso alla eccezione in senso stretto. Il dubbio permane in ciò: che non sembra spiegarsi sul piano logico – dogmatico l'interesse pubblico al rilievo d'ufficio del termine.

Altro è il debito naturale; altro, il debito civile. Il primo è radicalmente irrilevante come causa di responsabilità. Non potrebbero le parti associare responsabilità civile a un imperativo morale. La naturalità appare indisponibile (ma v. le interessanti notazioni di R. SENIGAGLIA, *Per un' «Ermeneutica del concetto di causa»: solidarietà "orizzontale" e contratto*, in *Jus civile*, 2016, 6, p. 507 ss.). Donde l'impossibilità oggettiva della condanna; e l'interesse pubblico al rilievo d'ufficio. Il debito civile è invece radicalmente vincolante; e il debitore (appunto) responsabile. Nulla sul piano generale impedisce la condanna, giacché il titolo nasce civile. Il termine o la condizione introducono una (eventuale) riduzione; rimessa - direi per la natura stessa della fonte - alla scelta del debitore. Si spiega così anche l'effetto riduttivo della prescrizione. E la pensabilità di una remissione del debito prescritto; e più in generale ridotto (v. il mio *La categoria dell'obbligazione ridotta*, cit., p. 485-486).

<sup>18</sup> V. Sul punto ora M. D'ONOFRIO, *Il pactum*, cit. pp. 182 ss., che dedica diffusa attenzione al problema della compatibilità tra

Sarebbe irrazionale il contrario: che il creditore agisse per esigere ciò che il debitore potrebbe rifiutare. L'inerzia prescizionale è quella che esibisce un senso, direi pragmatico: al creditore si rimprovera (si perdoni la caduta moraleggiante) di non aver coltivato entro un determinato tempo<sup>19</sup> ciò che poteva essere esatto *volente debitore*.

## 6. Segue. Gradi di prescrizione?

Si potrebbe ragionare per gradi?

Se la riduzione avesse riguardo – ad esempio – non già all'intero arco degli effetti ma solo alla responsabilità patrimoniale, potremmo concepire continuità nella prescrizione verso la responsabilità personale?

Tizio e Caio stipulano un *pactum de non exequendo*. Esso non tocca la responsabilità personale (1218). Se l'area della sospensione logica coincidesse con quella della riduzione parziale, il creditore dell'azione di adempimento o di inadempimento non subirebbe l'*exceptio* e potrebbe ottenere la sentenza di condanna (o di accertamento?), *volente debitore*. Soltanto nel successivo processo di esecuzione, il creditore procedente soccomberebbe all'eccezione *de non exequendo*.

Parrebbe qui residuare uno spazio logico dell'effetto prescrittivo; il quale renderebbe totalmente inesigibile (anche sul piano della condanna) un credito, solo parzialmente ridotto *in exequendo*.

Si potrebbe allora ipotizzare una inerzia rilevante quanto alla condanna; irrilevante quanto alla esecuzione. Il creditore che non eserciti il diritto con atti interruttivi stragiudiziali o di cognizione giudiziale esibirebbe una inerzia, rilevante sul piano della prescrizione 'sostanziale' (giudizio di accertamento/condanna). Irrilevante sul piano della esecuzione. Ai gradi di riduzione corrisponderebbero gradi inversi di prescrizione.

Al postutto questa ipotesi non sembra da accogliere.

Appare essenziale la categoria della responsabilità. Come idea opposta alla libertà.

L'essenza della responsabilità è nel vincolo che si impone; e che rende affatto irrilevante la volontà

del debitore. Essere debitori significa essenzialmente essere patrimonialmente responsabili. Ossia perdere la libera disponibilità dei propri beni (tutti o alcuni) presenti e futuri. Ogni patto che non tocchi la 'libertà patrimoniale' (chiamerei così questo fenomeno) parrebbe rendere oziosa l'azione cognitiva: che me ne faccio di una condanna sulla carta, rimessa alla libera volontà di adempiere e non garantita dal potere di espropriare *volente debitore*<sup>20</sup>? Uno statuto troppo debole; troppo simile a quello naturale. Senza coercizione, il diritto si lascia avvicinare alla morale.

Sono emerse due ipotesi.

La prima, che diremo dei 'gradi di prescrizione' o della 'prescrizione 'continua' o 'graduata'. Ogni statuto non totalmente ridotto si prescriverebbe per la porzione integra; ai gradi di riduzione corrisponderebbe una inversa prescittibilità degli effetti (pretese e azioni) non ridotti. Questa ipotesi postula una lettura restrittiva dell'art. 2935: il "far valere" non implicherebbe la necessaria responsabilità patrimoniale del debitore. Sarebbe concepibile un far valere solo cognitivo (azione di accertamento/condanna). Sicché l'inerzia del creditore di uno statuto ridotto *in executivis* risulterebbe comunque rilevante per la prescrizione della parte non ridotta (giudizio di cognizione). Anche senza garanzia patrimoniale sarebbe possibile 'far valere'.

La seconda che diremo 'senza gradi di prescrizione' o della prescrizione 'discontinua' o 'non graduata'. Ogni riduzione della responsabilità patrimoniale precluderebbe l'effetto prescrittivo giacché impedisce al creditore di soddisfarsi *volente debitore*. Questa ipotesi postula una lettura espansiva dell'art. 2935: il "far valere" implica la necessaria responsabilità patrimoniale del debitore. Senza garanzia patrimoniale è inutile far valere.

Inclineremmo (dubbiosamente) per la seconda.

Sul piano descrittivo ben potrebbe il creditore intanto agire per la condanna; per poi attendere la scadenza del *pactum de non exequendo*. Sul piano dogmatico però la condanna è funzionale all'esecuzione: ché, se il debito fosse inesequibile (nel senso di insuscettibile di esecuzione forzata), la condanna sarebbe vana, potendo il debitore rifiutare l'adempimento senza conseguenze forzose. Fin quando si rimane in questo tempo d'inesequibilità, al creditore non potrebbe rimproverarsi una inerzia significativa, poiché la condanna risulterebbe concretamente impotente. La prescrizione implica una vicenda della forza vincolante; fin quando il vincolo

patto e disciplina legale della prescrizione. Concludendo (se non sbaglio) per la rilevanza del patto come impedimento al decorso della prescrizione (p. 187). *Contra* P. GALLO, *Pactum de non petendo e prescrizione*, in *Riv. dir. civ.*, 2000, 5, p. 984, spec. 992, 993 1014, in ragione della natura costitutiva del patto; *supra*, nt. 4. Da ultimo M. CONFORTINI, *Pactum de non petendo e prescrizione*, in *Riv. it. sc. giur.*, 12, 2021, p. 367 ss., per il quale il patto interrompe ma non sospende. *Infra*, § 9.

<sup>19</sup> Emerge qui il fondamento politico della misura dell'inerzia, prevista dalla legge. Ossia della durata dei termini di prescrizione, diversi per tipo di vincolo.

<sup>20</sup> Condivido qui la riflessione di V. CONFORTINI, *Primato del credito*, cit., pp. 131 ss.

non riesca a imporsi esecutivamente *nolente debitor* essa appare illogica<sup>21</sup>.

Non urge e fugge il tempo della cognizione, perché essa si dimostra in sé inane; destinata com'è a costruire il titolo della violenza esecutiva. Senza questa mèta, la condanna si riduce a *flatus vocis*.

| 14 Solo l'esecuzione compie il diritto. Perciò mi appaiono due corollari: a. che il concetto (kelseniano) di sanzione<sup>22</sup> si volge in quello di esecuzione forzata<sup>23</sup>; b. che la prescrizione si risolva in maturazione dell'inerzia 'esecutiva', ossia del tempo in cui è dato al creditore di eseguire *contra nolentem*. Ossia a prescindere (nei limiti delle giuridiche ed empiriche possibilità) da ogni cooperazione altrui.

### 7. La sospensione politica. Credito esigibile.

Dalla sospensione logica deve distinguersi la sospensione legale, per i casi previsti dall'art. 2941. I quali sono (o sembrano) tassativi.

Qui la sospensione del tempo non appare *tout court* dipendere dalla inesigibilità; ossia dalla struttura ridotta del vincolo, che rende inutile l'esercizio del diritto. Ma da una scelta politica, di economia relazionale. I crediti dei coniugi o degli amministratori sarebbero a rigore esigibili. Ma ragioni congiunturali potrebbero sconsigliare l'azione o renderla inopportuna o financo pregiudizievole nella situazione sensibile in cui il creditore si trova. Donde la scelta di sospendere il decorso della prescrizione per conservare il diritto alla fine della congiuntura contraria.

Tassativi possono dimostrarsi i casi di sospensione politica o esterna (2941). La sospensione logi-

<sup>21</sup> Al fondo di questo argomento si svela un corollario di grande profondità: essere il giuridico essenzialmente esecutivo. Ossia destinato a imporsi a prescindere dalla volontà disobbediente. Corollario che richiederebbe uno studio dedicato, eccedente l'economia di queste pagine.

<sup>22</sup> «...un ordinamento giuridico prescrive un certo comportamento ricollegando al comportamento opposto, come sanzione, un atto coercitivo». Secondo la nota formulazione di H Kelsen, *La dottrina pura del diritto*, Torino<sup>2</sup>, rist., 2021, p. 161. Ma che significa tal "coercitivo"? V. nt succ.

<sup>23</sup> Vicina – com'è ai processualisti noto – la posizione di S. Satta, *Comm. cod. proc. civ.*, Milano, 1965, III, p. 7: «tutto l'ordinamento è volto verso l'esecuzione, perché esso sa benissimo che senza l'esecuzione la normativa si riduce ad un mero divertimento». V. su questa linea V. Tavormina, *Il processo come esecuzione forzata*, Napoli, 2003, spec. pp. 77-84, per il quale (p. 80) «funzione necessaria della coazione sul piano sostanziale è dunque quella di elevare la coincidenza dell'essere con il dover essere e perciò il grado di realizzazione dell'ordinamento sostanziale inteso come estinzione progressiva degli obblighi da questo posti». Per questa via, egli considera (p. 78) come il proprium della giurisdizione stia nell'esecuzione forzata. E come il giudizio di cognizione sia da subordinare a strumento di quello esecutivo.

ca (2935) appare invece immanente e universale. L'inerzia può dirsi prescizionalmente significativa, ossia rilevante, solo per i crediti pieni o esigibili. Il diritto rimane armato non per sempre; ma per il tempo in cui al creditore è dato di prendersi con la forza ciò che gli spetta. In difetto di questo potere, nessuna inerzia parrebbe tradursi in un disinteresse, tale da giustificare la prescrizione.

### 8. Sospensione e interruzione. Continuo e discontinuo.

Altro è la sospensione; altro, l'interruzione. La prima dura; la seconda accade all'istante. La prima postula un significato della durata inerte; la seconda regola un atto di esercizio o di riconoscimento, generando una fine e un nuovo inizio.

La sospensione postula il significato legale della inerzia, ossia di un atto negativo. La interruzione postula il significato legale della solerzia; ossia di un atto positivo.

La sospensione rende giuridicamente irrilevante (insignificante) la inerzia in ragione della struttura interna del vincolo (2935) o di situazioni esterne (2941).

La interruzione rende rilevanti gli atti di esercizio; e gli atti equivalenti. Gli atti di esercizio estinguono l'inerzia. Non può che darsi l'inizio di un nuovo 'periodo' di prescrizione.

Potremmo forse riassumere retoricamente in questo modo. La sospensione è il luogo della continuità; l'interruzione, il luogo della discontinuità.

Sotto questa luce, è opportuno coniugare gli articoli 2935 e 2943. Il secondo prevede che l'effetto interruttivo segue alla notificazione di un atto giudiziale, «*sia questo di cognizione ovvero conservativo o esecutivo*». Donde il dubbio. In caso di riduzione solo *in executivis* – si pensi a un *pactum de non exequendo* – la notifica di un atto, anche di cognizione, sempre interromperebbe la prescrizione. E dunque postulerebbe il termine prescrittivo come corrente; e non come sospeso.

Parrebbe così trovare un ostacolo testuale l'interpretazione larga dell'art. 2935, sopra enunciata: che si dia sospensione logica anche per il *pactum de non exequendo*, siccome riduttivo della sola responsabilità patrimoniale. Elidendo il potere di agire *in cognitivis*, soltanto i *pacta de non petendo* o il termine o la condizione o le altre cause di riduzione della responsabilità personale (1218) potrebbero rendere inutile l'effetto interruttivo, declinato dall'art. 2943. Al contrario, ove il creditore possa (ancorché non eseguire) comunque agire per la condanna senza temere l'*exceptio pacti (o reductionis)*, non troverebbe luogo sospensione logica, e la pre-



scrizione dovrebbe considerarsi corrente; e perciò stesso suscettibile di interruzione con la notifica dell'atto introduttivo del giudizio di accertamento o di condanna.

Sembra qui darsi una *falsa demonstratio per saltum*. Il salto è in ciò: di considerare incompatibili effetto sospensivo ed effetto interruttivo, sicché questo non possa darsi in presenza di quello. L'art. 2943 disciplina soltanto quelli interruttivi, senza toccare gli atti sospensivi.

Altro è l'effetto interruttivo; altro il tempo dell'effetto, ossia il momento in cui decorre l'interruzione. Interrompere implica discontinuità: si annulla il passato per iniziare un nuovo tempo di prescrizione, inteso come spazio logico dell'inerzia prescrizionale. Nulla osta alla interruzione durante la sospensione. L'effetto di rinnovazione consegue sempre. Combinandosi con l'effetto sospensivo, esso si applicherà non subito, ma in un momento successivo, al venir meno della causa di sospensione; e così alla scadenza del termine o del *pactum*. Ove le parti convengano una condizione sospensiva, e *medio tempore* una di esse compia un atto interruttivo (ad esempio, riconosca il debito: art. 2944), si ricostituirà l'intero segmento prescrittivo (10 anni per l'ordinario; o altro che sia); con decorrenza non immediata, ma dal momento della eseguibilità. Quando cioè l'obbligazione e le correlative responsabilità torneranno piene.

In altre parole, l'art. 2943 nulla dice circa la sospensione logica dell'art. 2935. Esso non sembra precluderne l'interpretazione larga, secondo cui quel '*può essere fatto valere*' vada inteso come potere di realizzare *in executivis* il credito *invito debitore*. La tesi non si dimostra falsificata e rimane dunque vera: gli atti riduttivi della sola responsabilità patrimoniale rendono irrilevante l'inerzia del creditore, sospendendo il maturare della prescrizione.

## 9. "Disciplina legale della prescrizione".

Secondo una recente riflessione, sarebbe precluso alle parti di modificare le cause di sospensione; e i termini di prescrizione.

Con riguardo al primo profilo, si dubita che il *pactum ad tempus*<sup>24</sup> sia causa di sospensione. Non

<sup>24</sup> Tralasciamo qui il *pactum in perpetuum*, il quale suscita dubbi radicali di validità; estranei alla nostra economia. Per la negativa parrebbe di recente L. FOLLIERI, *Esecuzione forzata e autonomia privata*, Torino, 2016, spec. 79 (ove utili indicazioni bibl.). Sulla scia di antica riflessione, egli concepisce la responsabilità patrimoniale come costitutiva della stessa giuridicità del vincolo. Sarebbe dunque o pre- o anti-giuridica una obbligazione (per così dire) libera, ossia affidata alla libertà del debitore e sottratta alla sua responsabilità patrimoniale. Sotto questa luce, vincolo civile e vincolo naturale si avvicinerebbero; fermo, in

potrebbe qui invocarsi l'art. 2941, poiché le cause di sospensione *ivi* previste sarebbero tassative. E tra queste non ci sarebbero i *pacta* riduttivi. Il patto verrebbe semmai in rilievo come causa di interruzione; implicando esso un riconoscimento di debito. E così integrando la fattispecie dell'art. 2944<sup>25</sup>.

Con riguardo al secondo, i *pacta*, come pure le altre cause convenzionali di riduzione, non potrebbero allungare i termini senza violare la disciplina imperativa. Non sarebbe dato alle parti di fissare un termine di adempimento o di *non petendo* a quindici anni, così differendo in misura eccessiva il termine finale di prescrizione, che interverrebbe venticinque anni dopo la costituzione del rapporto<sup>26</sup>.

Si tratta allora di interpretare l'art. 2936, secondo il quale "*è nullo ogni patto diretto a modificare la disciplina legale della prescrizione*".

Con riguardo al tempo, sembrano in astratto darsi due significati.

- a. Disciplina legale come termine finale di 'estinzione' prescrizionale;
- b. disciplina legale come durata dell'inerzia prescrizionale.

La prima soluzione potrebbe rendere insensibile il termine finale ad ogni differimento.

La proposta su cui riflettere sarebbe di commisurare il tempo della inesigibilità al tempo legale della prescrizione. Il patto non sospenderebbe la prescrizione ma la interromperebbe. Lasciando decorrere un nuovo termine senza incidere sulla scadenza finale, la quale rimarrebbe inalterata.

Tizio e Caio stipulano un contratto obbligatorio nel 2022 (T0). Il diritto si prescriverà in dieci anni, nel 2032. Dopo due anni (T1) essi stipulano un patto *de non petendo*, con durata di due anni.

Il patto avrebbe effetto interruttivo e non sospensivo. L'interruzione è istantanea. Quindi dal patto decorrerebbe un nuovo termine di prescrizione. Il termine di prescrizione muoverebbe *ex novo*, per via del riconoscimento del 2024.

Questa originale prospettiva sembra condurre a due varianti interpretative.

L'una più dura, secondo cui il nuovo termine sarebbe più breve, perché diminuito del tempo fino al riconoscimento (due anni). Rimarrebbe sempre inalterato l'imperativo e indisponibile termine finale, calcolato dalla costituzione del vincolo.

L'altra più soffice, secondo cui - per un 'adeguato bilanciamento'<sup>27</sup> delle *rationes* coinvolte - risulterebbe meritevole di tutela solo il patto tempora-

ogni caso (se mal non ragione) l'*onus exceptionis* per il debitore ridotto. Per uno spunto diverso v. *infra*, § succ.

<sup>25</sup> M. CONFORTINI, *Pactum de non petendo e prescrizione*, cit., p. 367 ss., spec. 374-375.

<sup>26</sup> M. CONFORTINI, *Pactum*, cit., p. 372.

<sup>27</sup> M. CONFORTINI, *Pactum*, cit., p. 376.

neo, di durata non eccedente la misura legale della prescrizione. L'interruzione pattizia non potrebbe collocarsi oltre la misura tipica della prescrizione applicabile. Dall'interruzione, il termine parrebbe nuovamente iniziare per intero (2943), senza mutilazioni.

16 Quando prenderebbe a decorrere il nuovo lasso di dieci anni? Dalla scadenza (T2: 2026); oppure dalla stipulazione del patto (T1: 2024)? Non sembra sfuggirsi. O da subito, e allora dobbiamo negare efficacia sospensiva al termine convenzionale di esigibilità; o dopo due anni, giacché il 'far valere' (art. 2935) è possibile solo alla scadenza del patto.

Non pare agevole rintracciare una norma che precluda alle parti di far decorrere il 'periodo' intero di prescrizione da un termine successivo alla costituzione del vincolo o al riconoscimento. Né una norma che riduca il nuovo termine *post interruptio-nem*. Né una norma che impedisca di ripetere l'interruzione e differire a più riprese il termine finale di prescrizione.

Due note.

La prima sull'effetto interruttivo. Si ha qui un fenomeno di doppia rilevanza: il patto rileverà come causa di sospensione logica, per via della riduzione delle responsabilità (2935); come causa di riconoscimento (1988; 2944), per la normale implicazione ermeneutica dell'accordarsi sul debito. Il riconoscimento parrebbe tuttavia disponibile, quale atto di consapevole volontà. Le parti potrebbero (ipotesi scolastica) negare il riconoscimento e semplicemente differire<sup>28</sup>. Non sembra che il riconoscimento sia una necessità giuridica: il silenzio implicherebbe sì riconoscimento; ma sempre che le parti non lo escludano. Nella prospettiva qui sindacata, l'interruzione non esibirebbe effetto 'permanente'<sup>29</sup>; ossia non sarebbe assimilabile all'interruzione giudiziale (2945<sup>2</sup>). Quindi non si porrebbe mai un problema di 'interruzione sospesa' (come per l'art. 2945<sup>2</sup>), ma di mero differimento del termine. Dovremmo forse immaginare una norma implicita che precluda successivi atti interruttivi, tali da differire 'eccessivamente' il termine finale? Un limite al numero delle interruzioni?

La seconda sull'effetto sospensivo. Si tratta qui di sospensione logica e non politica. La sospensione dell'art. 2935. Non dell'art. 2941.

Il problema è la compatibilità tra statuto ridotto e inerzia. Non si vede perché se il termine *sospende* (nel senso di precludere la decorrenza), il *pactum*

non abbia lo stesso effetto. Il *pactum ad tempus* è un termine di adempimento in favore del debitore<sup>30</sup>.

Sicché ancora l'alternativa.

O si dimostra un riconoscimento del debito, e allora comincerà a decorrere un *nuovo* termine dal tempo della esigibilità. Nel nostro caso, dalla scadenza del patto nel 2026 (T2). O non c'è riconoscimento ma solo riduzione, e allora si sospende soltanto, e non si interrompe. Nel nostro caso, la sospensione dura due anni, dal 2024 al 2026. E nel 2026 la prescrizione ricomincerà in continuità con il vecchio termine, per altri otto anni.

<sup>30</sup> V. G. RECINTO, *I patti di inesigibilità del credito*, Napoli, 2004, p. 69. Cfr. anche M. LEMBO, *Il 'pactum de non petendo' e la giurisprudenza del supremo Collegio*, in *Dir fall.*, 1993, II, p. 1085. Configurano i *pacta* come negozi modificativi «concernenti casi di dilazione del debito» anche L. SOLIDORO MARUOTTI, *La remissione del debito*, cit., p. 542; G. ROMANO, *Interessi del debitore e adempimento*, Napoli, 1995 p. 371, nt. 170. Limitatamente al *p.d.n.p. ad tempus*, v. C.M. BIANCA, *Diritto civile*, IV, *L'obbligazione*, Milano, 1990, p. 463. V anche A. TARTAGLIA POLCINI, *Termini e funzioni degli atti di autonomia negoziale*, in *Rass. dir. civ.*, 2019, p. 473 ss.

*Contra* M. D'ONOFRIO, *Il pactum*, cit., p. 47 ss., per la quale il patto non è titolo di inesigibilità; bensì di rinuncia all'azione in concreto, con facoltà del debitore di non adempiere. Il problema è appunto questo: la libertà del debitore non assorbe tutto il resto? e non rende logicamente assimilabili inesigibilità prescrizione e patto? e non rende unitario lo statuto della inesigibilità, ossia della riduzione?

Ragioniamo con la categoria dell'interesse ad agire. Esso mancherebbe radicalmente e per definizione nella obbligazione rimessa o naturale. Qui invece il titolo esiste. Fonte di una obbligazione civile, nascente come struttura di responsabilità. Il principio dispositivo, sostanziale e processuale, parrebbe precludere al giudice di sostituirsi al debitore nel decidere se esercitare la facoltà di rifiutare attraverso l'*exceptio*. Sembra trattarsi – anche processualmente – di un diritto potestativo della parte. Corrispondente a un interesse privato e disponibile; non già pubblico e indisponibile.

Non emerge *ratio distinguendi* tra irrevocabilità della prescrizione e (pseudo)rilevabilità del termine. Prescrizione e termine annunciano fatti, entrambi oggettivamente conoscibili *ab externo*. All'osservatore è per definizione dato di calcolare l'oggettivo decorso del tempo. Il giudice è qui chiamato, non alla conoscenza storiografica di un accaduto (scadenza dei termini convenzionale o prescrizione); ma all'accertamento di una scelta attuale. Non lo storico corso del tempo; bensì l'attuale decisione potestativa di non adempiere.

Sotto questa luce, non sembra cogliere nel segno il problema della condanna in futuro (per il quale v. ora M. ONOFRIO, *Il pactum*, cit., p. 49-50). In difetto di *exceptio*, ancorché inesigibile per prescrizione, per termine o per altre cause, ogni titolo civile appare per propria natura suscettibile di condanna e di esecuzione nel presente. Il titolo civile inesigibile non sembra esibire un radicale difetto di interesse, rilevabile *ex officio*. Ma piuttosto implicare una facoltà di rifiuto, razionalmente rimessa alla eccezione di parte. La stessa D'ONOFRIO (op. cit., p. 125-127) spiega coerentemente il fondamento logico dell'*exceptio pacti*; il debitore è chiamato a esercitare la propria insindacabile facoltà di non adempiere. Ma allora tutte le volte che il debitore risulti libero, e il credito civile (e non naturale), appare razionale unificare lo statuto: *onus exceptionis*.

<sup>28</sup> Si pensi a quegli accordi transattivi o pseudotransattivi, nei quali le parti esprimano formule di cautela con riguardo appunto al "nulla riconoscere".

<sup>29</sup> M. CONFORTINI, *Pactum*, p. 374



Il bisogno di certezza alla radice dell'interpretazione restrittiva dell'art. 2936 non sembra vulnerato dalle cause legali di sospensione logica (2935) e di interruzione (2943 ss.). La prescrizione è non un punto ma un segmento: l'inderogabilità dell'art. 2936 parrebbe da riferire alla durata in sé e non al punto di arrivo.

Si tratta di diritti radicalmente disponibili: non sembra alle parti precluso di interrompere n volte; e per n volte di differire per ulteriori dieci anni la esigibilità. Come pure di stipulare un termine *ad quem* o una decadenza convenzionale (nei limiti dell'art. 2965). Il termine finale, ossia l'istante in cui si compie la prescrizione, risulta esito aritmetico e variabile di vicende sospensive o interruttrive. Esso non appare di per sé indisponibile; e non sembrano sospettabili di nullità gli atti che a vario titolo ne provochino il differimento per sospensione o interruzione.

Al postutto, la certezza che rende inderogabile la disciplina normativa sembra avere riguardo alla *durata legale dell'inerzia*: le parti non possono né preventivamente rinunciare all'*exceptio praescriptionis*; né modificare il lasso di tempo (10 anni, 5 anni e così via) entro cui matura la prescrizione. Ferme le cause legali di interruzione e di sospensione logica. La ragione dell'incertezza si trova non nel differimento del termine ma nel silenzio dell'inerzia. È il nulla prolungato nel tempo a suscitare incertezza sul destino del vincolo: il silenzio del creditore è disinteresse? Il credito deve tenersi per implicitamente rinunciato? A questa domanda risponde la legge, prevedendo il significato estintivo (riduttivo) della prescrizione. Inderogabile parrebbe essere la disciplina dell'inerzia; non della solerzia.

Nessuna incertezza quando le parti siano solerti. E compiano atti sospensivi o interruttrivi. Esse non modificano la rilevanza legale del silenzio<sup>31</sup> ma svolgono la radicale disponibilità del vincolo.

## 10. Segue. Disciplina legale della responsabilità.

I dubbî permangono.

Sembrano in particolare suscitati dagli artt. 1183<sup>2</sup>, 1229 e 1965.

È possibile trarre da queste disposizioni una logica comune; un principio unificante, che spieghi in radice lo statuto eteronomo dell'obbligazione?

Potremmo spingerci (dubbiosamente) alla postulazione di un principio generale di responsabilità o coercibilità del vincolo. Nessuna obbligazione civile

potrebbe nascere priva di responsabilità; ossia di credito. Ossia del potere del creditore di esercitare ed eseguire il diritto *volente debitore*.

Nella fase genetica, il vincolo è una promessa. Il fatto<sup>32</sup> o la dichiarazione<sup>33</sup>, con cui il debitore o la legge mette innanzi - appunto: pro-mette - al creditore la prestazione utile<sup>34</sup>, garantita con tutti i beni presenti e futuri. La logica della promessa implica responsabilità<sup>35</sup>. Ossia una proiezione futura che si

<sup>32</sup> Altro è la fonte fatto (come il fatto illecito); altro la fonte atto (come il contratto). Il problema della semantica dichiarativa riguarda il secondo. Le fonti fatto sono suscettibili di interpretazione puramente pragmatica. Ma v. nt succ.

<sup>33</sup> Siamo sempre alla ricerca di una promessa, costitutiva della prestazione quale nuova ricchezza garantita. Promessa, per volontà del debitore o della legge.

Da riflettere sotto questa luce parrebbe nientemeno che l'art. 23 della Costituzione, che protegge il cittadino da prestazioni non sancite dalla legge; ossia non espresse in testi legali, primari o secondari che si voglia. L'espressione (in luogo della mera conclusione ermeneutica o pragmatica) appare qui tecnica della certezza; idonea a significare semanticamente il titolo e a costituire il vincolo patrimoniale; sorta di *ius in re aliena* formale, suscettibile di garanzia e di circolazione.

Il razionale di ricerca parrebbe così formulabile: nessuna prestazione può essere imposta dall'esterno se non in base al testo della legge che la esprime; parimenti, e perciò stesso, nessuna prestazione può essere presunta *silente debitore*. Essenziale appare lo 'esprimere la volontà' di prestare. Proficuo parrebbe su questa linea approfondire la teoria generale della promessa come atto linguistico. V. per tutti l'importante studio di P. DI LUCIA, *L'universale della promessa*, Milano, 1997, spec. pp. 90 ss.; 131,132. Introduco qui la suggestione del VON WRIGHT, secondo il quale «*il promettere comporta 'essenzialmente' l'uso del linguaggio*»: così nettamente G.H. V. WRIGHT, *On Promises*, in *Theoria*, 28, 1962, pp. 86-87. Sul promettere come fondamento dell'obbligazione v. su tutti A. REINACH, *I fondamenti a priori del diritto civile*, trad. it. di D. FALCIONI, Milano, 1990, p. 13 ss., spec. 23: «*se voglio persuadermi dell'esistenza del movimento devo solo aprire gli occhi. Nel caso di pretesa ed obbligazione, invece, è indispensabile ritornare sempre al loro 'fondamento'. Solo mediante la rinnovata constatazione dell'esistenza della promessa posso stabilire l'esistenza di ciò che ad essa consegue*». Per R. la promessa è *Ur-Akt* del giuridico; elemento primo, rilevante come *Sprachhandlung*: atto linguistico. Per note critiche v. A. CARCATERA, *Lezioni istituzionali di diritto romano*, Milano, 1972, pp. 196-198; R. SACCO, *Il diritto muto*, Bologna, 2015, pp. 35 ss.

Nel mondo perfetto della scienza l'obbligazione è un obbligarsi, ossia un pro-mettere ricchezza. Sicché forma e prova dello 'spettare' (in via fisiologica o patologica) sono forma e prova di tale promessa e del suo oggetto.

<sup>34</sup> O forse meglio la prestazione di un valore? Tenendo in conto il problema della 'valutazione economica', ossia della conversione in equivalente pecuniario. E del suo destino nel tempo: si tratta di un credito di valore o di valuta? Ha riguardo al solo profilo patrimoniale o anche al non patrimoniale?

<sup>35</sup> Di grande suggestione anche l'etimo profondo di «responsabilità». Inutile cercare nel latino classico il corrispondente del sostantivo astratto; la presenza di *responsabilitas*, che notiamo nel *Codex iuris canonici*, parrebbe d'uso recente, derivato probabilmente dagli impieghi del termine nelle lingue moderne (v. S. SCHIPANI, *Lex Aquilia, culpa, responsabilità*, in *Illecito e pena privata in età repubblicana*, Atti del Convegno interna-

<sup>31</sup> A rigore: la significazione legale del silenzio. Ossia il codice di senso, che la legge associa all'inerzia.

impone alla unilaterale volontà del debitore. L'interesse del creditore è stretto in un congegno coattivo, insensibile alle successive scelte dell'obligato. Il senso del *vinculum* è nella sua propria oggettiva forza, *contra nolentem*. Se le parti concepissero una fonte, tale da rimettere al debitore la scelta di adempiere, essa non si lascerebbe sussumere nel concetto legale di obbligazione. L'obbligazione geneticamente rimessa alla libertà di adempiere si dimostra un ossimoro.

Donde il dubbio. Vero sul piano genetico; *quid* nel tempo successivo? Non potrebbero forse le parti risolvere la fonte contrattuale? o il creditore rimettere il debito, estinguendo ogni responsabilità? Non potrebbero successivamente le parti liberamente disporre della responsabilità?

Parrebbe opportuno separare due momenti: genesi; svolgimento.

---

zionale di diritto romano, Copanello, 4-7 giugno 1990, a cura di F. MILAZZO, Napoli, Edizioni scientifiche italiane, 1992, 161).

Come suggerisce R. McKEON, *The Development and the Significance of the Concept of Responsibility*, in *Revue internationale de philosophie*, XI, 1957, n. 39, 3 ss., l'aggettivo *responsabilis* fa la sua comparsa nel latino medievale, alla fine del 1200, in coincidenza con l'uso di *responsable*: « *neither the noun nor the adjective occurs in classical Latin, and the adjective 'responsabilis' is not found in medieval Latin until the 14th century, after the formation of the French word* » (ivi, 8-9).

Pur non esibendone il vocabolo, il latino antico ne custodirebbe il seme nel verbo *respondere*: è qui che si trova lo strato di senso profondo. *Respondeo* deriva da *spondeo* (dove i sostantivi « *sponsor* » e « *responsor* »), che indica l'atto solenne del promettere e del garantire (v. M.A. FODDAI, *Responsabilità: origine e significati*, in *Diritto@Storia*, n. 10, 2011-2012, 1 ss.). E. BENVENISTE, *Il vocabolario delle istituzioni indoeuropee*, trad. it., Torino, Einaudi, 1976 (*Le vocabulaire des institutions indo-européennes*, Paris, Les Éditions de Minuit, 1969), I, 446 ss., rileva la chiara parentela del verbo latino *spondeo* col greco *σπένδω*, fra i cui significati spicca quello di « concludere un patto e prendersi reciprocamente a garanti ». Il *responsor* è colui che nella *stipulatio* interviene a favore del debitore a garanzia del suo debito; pronunciando la formula « *respondeo* », egli rafforza il vincolo assunto dallo *sponsor*. La parola che impegna viene spesa per altri; si risponde per qualcuno, garantendo per lui.

« Da allora — avverte M. VILLEY, *Esquisse historique sur le mot responsable*, in *Archives de Philosophie du droit*, XXII, 1977, 45-58, specificamente 46 — la parola rispondere implica l'idea di *essere garanti di un corso di eventi futuri* » (enfasi aggiunta). Non è questa la sede; e tuttavia non si può non segnalare la profondità culturale del concetto; il quale raggiunge niente meno che il fondamento linguistico del giuridico. Viene in rilievo la sacralità della *sponsio* e dei *verba*. Il rispetto degli accordi mette capo alla coerenza tra l'azione e la parola data: il *responsor* interviene per assicurare conformità tra *dicere* e *facere*; con la formula « *et ego tibi respondeo* » egli conferisce certezza al futuro, proclamato e promesso. Il significato di *respondere* si collega sin dall'origine alle azioni umane e alla loro coerenza rispetto alla parola, l'impegno, la promessa. Indispensabile sul punto G. AGAMBEN, *Horkos. Il sacramento del linguaggio. Archeologia del giuramento*, in Id., *Homo sacer*, Macerata, Quodlibet, 2018, 311 ss., 372-373.

La genesi risponde alla domanda: vogliono le parti costituire un vincolo? ossia un dispositivo di responsabilità? Lo svolgimento risponde alla domanda: vogliono le parti conservare il vincolo? o disporre di esso, estinguendo in tutto o in parte la responsabilità?

Il meta-senso delle tre disposizioni sembra comune. Non poter le parti volere e insieme disvolere; ossia obbligarsi e contestualmente rimettere al debitore la scelta di adempiere. Obbligarsi significa appunto stringersi in vincolo tale, da rendere irrilevante la successiva volontà dell'obligato. Il debitore non è libero di adempiere o non adempiere; se lo fosse, non sarebbe debitore.

Così non potrebbero le parti esonerare *preventivamente* il debitore dall'effetto della responsabilità per dolo e colpa grave (1229); come pure non potrebbero *prevedere* un termine rimesso alla volontà del debitore, così da renderlo libero di adempiere o non adempiere (1183<sup>2</sup>); come pure fissare un termine di decadenza tale da rendere troppo difficile l'esercizio del diritto, e restringere la coazione in troppo angusti limiti (2965). Sembra emergere la comune *ratio* della coercibilità: l'obbligazione nasce come luogo della violenza.

Dalla sistematica normativa della coercibilità sembra ricavarsi una significazione legale della fonte. Nessuna fonte potrebbe porsi senza responsabilità. La fonte è ciò che sta prima di ogni possibile danno: è ciò che *prevede* la fattispecie di danno e l'effetto essenziale della responsabilità. Quel 'preventivamente', che si legge nell'art. 1229, primo comma, starebbe allora per 'geneticamente'. La fonte dell'obbligazione si dimostra uno statuto geneticamente (e parzialmente) indisponibile delle responsabilità. Le tre disposizioni impongono all'autonomia un limite nella formazione della fonte.

Sul tavolo dogmatico rimangono così due ipotesi ricostruttive dello statuto obbligatorio.

Una prima, che potremmo denominare teoria del *vincolo forte*, secondo cui all'autonomia sarebbe sempre precluso - sia geneticamente che successivamente - di liberamente disporre. La responsabilità sarebbe sempre essenziale, entro i limiti delle tre disposizioni in esame. Non potrebbero le parti concepire, né all'origine né dopo, termini di adempimento troppo lunghi o termini di decadenza troppo corti. Al giudice parrebbe sempre rimessa la prudente valutazione del segmento di tempo entro cui la responsabilità risulti incomprimibile.

Una seconda, che potremmo denominare del *vincolo debole*, la quale restringe la indisponibilità al solo costituirsi dell'obbligazione. Le successive vicende rifluirebbero nella piena autonomia: dalla totale remissione, alle minori cause di riduzione.

L'indisponibilità sarebbe una disciplina della fonte e non delle vicende.

Inclinerei (dubbiosamente) per questa seconda.

Diversa appare la logica normativa delle vicende. Ossia degli svolgimenti successivi.

Posta la fonte, nei limiti e nei modi imperativi della legge, l'obbligazione sembra poi rifluire in uno spazio di piena disponibilità. Tale spazio è segnato dagli artt. 1372 e 1236; i quali prevedono la risoluzione consensuale del contratto e la remissione del debito.

Fermiamo l'attenzione su tale ultimo istituto. La remissione è causa di estinzione diversa dall'adempimento. Estinzione totale; che nulla lascia dopo di sé. Il pagamento *post remissionem* sarebbe privo di titolo; e perciò ripetibile. Al creditore è dato il diritto potestativo di rimettere: *ad libitum* e senza limiti<sup>36</sup>. La certezza del diritto parrebbe qui non più darsi quale certezza della responsabilità, intesa come nucleo genetico della fonte; in modo che essa non si dia senza prevedere un originario *spatium temporis* della forza. Ma come certezza della successiva vicenda, voluta dalle parti; e segnatamente dal creditore.

L'osservatore è chiamato a stabilire la volontà della vicenda. E così se le parti o il creditore intendano estinguere *tout court*; o invece soltanto ridurre, lasciando libero il debitore di efficacemente adempiere. Si potrebbe forse dubitare della riduzione *in perpetuum*: libero per sempre<sup>37</sup>? Al dubbio parrebbe da opporre l'illimitato potere remissivo. E la possibilità del nulla. La minore decisione del creditore, che – in luogo di rimettere - lasci al debitore la facoltà di adempiere quando vuole, sembra non violare regimi di ordine pubblico bensì svolgere la piena disponibilità del credito<sup>38</sup>. Se ogni debito è suscettibile di remissione, perché dovrebbe mostrarsi insuscettibile di un *minus* come la riduzione? Qui la certezza si declina con riguardo all'atto estintivo; non alla fonte estinta. Quello di estinguere il tutto parrebbe per corollario recare in sé il potere di estinguere una parte. Se posso rimettere, posso *a fortiori* anche ridurre. Nel più, il meno.

<sup>36</sup> Ferma la facoltà di rifiuto del debitore. Che tuttavia non tocca la logica dell'argomento: essere la responsabilità dalle parti disponibile; *ex post*.

<sup>37</sup> *Supra*, nt. 15.

<sup>38</sup> Si potrebbe parimente pensare per questa via anche a una omologa riduzione perpetua dell'eseguibilità. *Quid* se il creditore agisca *in cognitivis*? Potrebbe il debitore eccepire con successo il *pactum de non exequendo*? Sarei per la negativa. Il giudizio di cognizione parrebbe non risentire dell'ineseguibilità; che il debitore potrebbe non eccepire in sede esecutiva.

## APPUNTI SULL'ART. 2645 *QUATER*. CONSIDERAZIONI DAL FUTURO E QUESTIONI DAL PASSATO

| 20 **Di Manolita Francesca**

Appunti sull' art. 2645 *quater*. Considerazioni dal futuro  
e questioni dal passato (Francesca Manolita)

**SOMMARIO:** *1. Premesse metodologiche. – 2. Origine della norma e fattispecie incluse. – 3. Trascrizione e supposta funzione notiziale: il parallelo con la segnalazione ex art. 2647 c.c. – 4. Prime conclusioni prospettiche.*

*ABSTRACT.* Il presente lavoro ridisegna le prospettive applicative dell'art. 2645 *quater* c.c. alla luce del più generale contesto socio-economico e delle attuali evoluzioni dei rapporti pubblico-privato. Base necessaria dell'intero percorso è una rivalutazione della funzione assolta dalla trascrizione finora attratta nell'aria notiziale.

*This work looks at the applications of the art. 2645 *quater* of the civil code placed in the more general socio-economic context and in the current evolution of public-private relationships. The necessary basis of the path is a re-evaluation of the function performed by the transcription attracted so far in the news area.*



## 1. Premesse metodologiche

Certezza del diritto e sicurezza dei traffici costituiscono da sempre argomenti di sintesi delle misure di conoscenza e, tra queste in particolare, della trascrizione<sup>1</sup>. Il postulato della sicurezza nella circolazione immobiliare è alla base della costruzione di un sistema perfetto, matematico nella sua struttura, non esposto agli stati soggettivi individuali e dotato di un tempo proprio di funzionamento<sup>2</sup>. Eppure il noto presidio, non lambito dagli umori delle evenienze relazionali, sembra subire da qualche anno delle interferenze: esse si rinvergono nel passaggio dalla circolazione come moltiplicatore di utilità economiche a quello di utilità generali, assai spesso sociali.

Un primo flebile tremito al sistema erto a tutela della certezza delle contrattazioni si registra con l'inserimento dell'art. 2645 *ter* nel corpo del codice civile. La norma, non delle migliori sotto il profilo semantico, non ha grande fortuna. Era il 2006, un tempo decisamente lontano dallo scoppio della bolla economica che ha restituito centralità alle esigenze di *welfare post crisi* e alle grandi riflessioni sull'economia del benessere e dei beni comuni. Sebbene fosse già acclarato lo spazio di sussidiarietà dei privati *ex art.* 118 *cost.*, l'art. 2645 *ter* ha richiamato l'attenzione della dottrina sulle linee strutturali e funzionali dell'atto di destinazione e sull'effetto partitivo della responsabilità patrimoniale<sup>3</sup>.

<sup>1</sup> È sufficiente il richiamo a F. CARNELUTTI, *Teoria giuridica della circolazione*, (1933), Camerino-Napoli, ristampa inalterata 1981, 12 ss. e 145 ss.; da ultimo v. la lucida costruzione di M. TANZILLO, *Pubblicità immobiliare, sicurezza dei traffici ed eccesso informativo*, Napoli, 2022, *passim* che torna sul rapporto tra sicurezza e pubblicità accessoria di tipo integrativo. In senso più ampio, sia consentito il rinvio a M. FRANCESCA, *Sicurezza, fiducia e razionalità nei rapporti patrimoniali*, Napoli, 2022, *passim* e ivi ampia bibliografia.

<sup>2</sup> Sul punto sia ancora consentito il rinvio a M. FRANCESCA, *Tempo e pubblicità degli atti*, Napoli, 2019, *passim*.

<sup>3</sup> Tra gli altri v. MIR. BIANCA, *L'atto di destinazione: problemi applicativi*, in *Riv. not.*, 2006, 1175 ss.; F. GAZZONI, *Osservazioni sull'art. 2645 ter*, in *Giust. civ.*, 2006, 165 ss.; M. LUPOI, *Gli "atti di destinazione" nel nuovo art. 2645 ter c.c. quale frammento di trust*, in *Riv. not.*, 2006, 467 ss.; P. SPADA, *Il vincolo di destinazione e la struttura del fatto costitutivo*, Relazione al Convegno della Scuola di notariato della Lombardia, Milano, 19 giugno 2006, in [scuoladidotariadellalombardia.org](http://scuoladidotariadellalombardia.org); G. VETTORI, *Atto di destinazione e trust: prima lettura dell'art. 2645 ter*, in *Obbl. contr.*, 2006, 775 ss.; G. PETRELLI, *La trascrizione degli atti di destinazione*, in *Riv. dir. civ.*, I, 2006, 161 ss.; R. DI RAIMO, *Considerazioni sull'art. 2645 ter c.c.: destinazione di patrimoni e categorie dell'iniziativa privata*, in *Rass. dir. civ.*, 2007, 945 ss.; ID., *L'atto di destinazione dell'art. 2645 ter: considerazioni sulla fattispecie*, in *Atti di destinazione e trust. Art. 2645 ter cod. civ.*, a cura di G. Vettori, Padova, 2008, p. 47 ss.; A. MORACE PINELLI, *Atti di destinazione, trust e responsabilità del debitore*, Milano, 2007, *passim*; MIR. BIANCA

Minore attenzione ha registrato invece l'inquadramento del fenomeno nella c.d. autonomia della solidarietà<sup>4</sup>: la questione è rimasta comunque sullo sfondo delle argomentazioni svolte negli stretti termini dell'effetto segregativo e della ricostruzione della fattispecie.

Una sorte analoga sembra incontrare l'art. 2645 *quater* c.c.<sup>5</sup> La norma vanta una postura linguistica anche peggiore della precedente e ha in comune con questa l'assenza di fattispecie.

(a cura di), *La trascrizione dell'atto negoziale di destinazione. L'art. 2645 ter del codice civile*, Milano, 2007, *passim*; G. GABRIELLI, *Vincoli di destinazione importanti separazione patrimoniale e pubblicità nei registri immobiliari*, in *Riv. dir. civ.*, I, 2007, 321 ss.; A. GENTILI, *Le destinazioni patrimoniali atipiche. Esegesi dell'art. 2645 ter c.c.*, in *Rass. dir. civ.*, 2007, 1 ss.; ID., *La destinazione patrimoniale. Un contributo della categoria generale allo studio della fattispecie*, in *Riv. dir. priv.*, 2010, 49 ss.; M. FRANCESCA, *Sub art. 2645 ter*, in *Codice civile annotato con la dottrina e la giurisprudenza*, a cura di G. Perlingieri, VI, 3<sup>a</sup> ed., Napoli, 2010, 36 ss.; M. PORCELLI, *Profili evolutivi della responsabilità patrimoniale*, Napoli, 2011, 83 ss. In modo non esaustivo, fra gli scritti più recenti, v. M.F. MAGNELLI, *Gli atti di destinazione ex art. 2645-ter c.c. e la meritevolezza degli interessi*, Napoli, 2014, *passim*; G. PERLINGIERI, *Il controllo di «meritevolezza» degli atti di destinazione ex art. 2645 ter c.c.*, in *Foro nap.*, 2014, 54 ss.; F. GIGLIOTTI, *Atto di destinazione e interessi meritevoli di tutela*, in *Nuova giur. civ. comm.*, II, 2014, 362 ss.; A. GENTILI, *Gli atti di destinazione non derogano ai principi della responsabilità patrimoniale*, in *Giur. it.*, 2016, 224 ss.; A. MORACE PINELLI, *Trascrizione di atti di destinazione per la realizzazione di interessi meritevoli di tutela riferibili a persone con disabilità, a pubbliche amministrazioni, o ad altri enti o persone fisiche*, *Art. 2645 ter*, in *Comm. cod. civ.* Scialoja e Branca, Bologna-Roma, 2017, *passim*.

V. anche le considerazioni in materia di rapporti familiari di A. FEDERICO, *Atti di destinazione del patrimonio e rapporti familiari*, in *Rass. dir. civ.*, 2007, 614 ss.; A. FUSARO, *Dottrina e problemi del notariato argomenti e attualità*, in *Riv. not.*, 2014, 1 ss.; G. OBERTO, *Atto di destinazione e rapporti di famiglia*, in *Giur. it.*, 2016, 239 ss.

<sup>4</sup> In questo senso già P. SPADA, *op. cit.*, 4 ss.; ID., *Conclusioni*, in *La trascrizione dell'atto negoziale di destinazione*, a cura di Mir. Bianca, cit., 203 s. Altri ancora hanno suggerito di rimediare sul testo originario della norma – che faceva menzione dei soggetti portatori di handicap e delle finalità di istruzione, educazione e crescita – al fine di finalizzare l'operatività della disposizione a beneficiari individuati (M. NUZZO, *Atto di destinazione e interessi protetti*, in *La trascrizione dell'atto negoziale di destinazione*, a cura di Mir. Bianca, cit., 1 ss.); nel medesimo senso R. QUADRI, *L'art. 2645-ter e la nuova disciplina degli atti di destinazione*, in *Contr. impr.*, 2006, 1736 s.; v. anche G. GABRIELLI, *op. cit.*, 327 ss. Ancora, sia consentito il rinvio a M. FRANCESCA, *Le destinazioni all'interesse familiare: autonomia privata e fondamento solidaristico*, in *Riv. Not.*, 2012, 1035 ss.

<sup>5</sup> Tra i primi commenti si segnalano: R. SCUCCIMARRA, *L'art. 2645-quater codice civile: prime riflessioni*, in *Immobili & proprietà*, 2012, 583 ss.; B. MASTROPIETRO, *Il nuovo art. 2645 quater c.c. in materia di trascrizione di vincoli pubblici*, in *Riv. not.*, 2012, 709 ss. Un'analisi compiuta della disciplina e degli effetti della trascrizione è offerta da F. RINALDI, *Oltre l'opponibilità, verso una «funzione sociale» della pubblicità: riflessioni intorno all'art. 2645-quater c.c.*, in *Rass. dir. civ.*, 2021, 1481 ss.



Testualmente l'art. 2645 *quater* dispone che «Si devono trascrivere, se hanno per oggetto beni immobili, gli atti di diritto privato, i contratti e gli altri atti di diritto privato, anche unilaterali, nonché le convenzioni e i contratti con i quali vengono costituiti a favore dello Stato, della regione, degli altri enti pubblici territoriali ovvero di enti svolgenti un servizio di interesse pubblico, vincoli di uso pubblico o comunque ogni altro vincolo a qualsiasi fine richiesto dalle normative statali e regionali, dagli strumenti urbanistici comunali nonché dai conseguenti strumenti di pianificazione territoriale e dalle convenzioni urbanistiche a essi relative».

L'unico elemento di certezza, espresso in modo pressoché unanime, è la derivazione giurisprudenziale della norma<sup>6</sup>: la risposta di omologazione a un fenomeno diffuso di parcellizzazione di previsioni regionali o locali che impongono la segnalazione di vincoli di uso pubblico, come quelli a parcheggio.

Restano sul piatto le questioni relative alla:

- a) assenza di fattispecie e sua definizione;
- b) qualificazione della funzione assolta dall'adozione della misura pubblicitaria.

L'impressione è che i termini non siano scindibili e anzi appaiano fortemente interdipendenti.

## 2. Origine della norma e fattispecie incluse.

Come si diceva, la questione della assenza di fattispecie ripete per sommi capi l'analoga *querelle* che ha investito l'introduzione dell'art. 2645 *ter*.

Anche le conclusioni sono in generale ripercorribili, almeno nella considerazione di massima che il legislatore ha scelto di richiamare il genere anziché la struttura dell'atto, sí da rendere elastica e priva di tempo l'individuazione delle fattispecie<sup>7</sup>.

Queste ultime sono infatti già largamente riconosciute<sup>8</sup>, seppure non esaustivamente identificate in:

a) vincoli previsti nella legislazione statale, regionale e negli strumenti urbanistici comunali;

b) accordi di diritto privato da parte di pubbliche amministrazioni, nel perseguimento dei loro fini istituzionali;

c) concessione di contributi e finanziamenti per la ristrutturazione di immobili con destinazione d'uso<sup>9</sup>;

d) provvedimenti abilitativi edilizi per la costruzione, ad esempio, di parcheggi in deroga agli strumenti urbanistici o in zone sottoposte a vincolo ambientale.

Tuttavia, la ricostruzione delle fattispecie primarie aggrava la sensazione di impalpabilità delle ragioni sottese alla novella al Codice e poco spiega della funzione assolta da quella secondaria, soprattutto a fronte di provvedimenti amministrativi già dotati, in genere, di efficacia *erga omnes*<sup>10</sup>. La prospettiva dominante discorre infatti di misura ingombrante, inutilmente aggiuntiva, che assolve ad una funzione meramente notiziale. Il suo inadempimento sarebbe così fonte di una mera obbligazione risarcitoria, ma ininfluente sul piano circolatorio. Al più si tratterebbe di una mera espressione del prin-

<sup>9</sup> Sul punto v. le considerazioni di G. MUSOLINO, *Il condhotel o condominio albergo*, in *Riv. not.*, 2019, 1017 ss., a proposito delle destinazioni d'uso nelle ipotesi della costituzione di c.d. Condihotel. Sulla base del d.p.c.m. n. 13 del 2018, le Regioni sono competenti a disciplinare la peculiare figura e le modalità per l'avvio e l'esercizio dell'attività. La peculiare destinazione ad uso residenziale di quote dell'area immobiliare destinata all'hotel consente agli albergatori di acquisire liquidità, di ridurre l'effetto della concorrenza di forme ricettive più liquide e, infine, sopperire a esigenze abitative o di investimento dei clienti residenziali.

L'art. 3, lett. f, d.p.c.m. n. 13 del 2018 qualifica unità abitative a uso residenziale, quelle porzioni della struttura alberghiera per le quali sia intervenuto uno specifico mutamento di destinazione d'uso, che siano fornite di un servizio autonomo di cucina e che siano inserite nel contesto della struttura complessiva, e, infine, che siano destinate alla vendita. L'A. rileva che proprio il «vincolo di destinazione alla vendita può costituire oggetto di un atto di obbligo edilizio, che viene trascritto nei registri immobiliari in base all'art. 2645 *quater* c.c., ove si individuano in maniera precisa le porzioni destinate a divenire residenziali e, quindi, a essere trasferite a terzi».

<sup>10</sup> In merito si rinvia alle considerazioni di F. RINALDI, *op. loc. ult. cit.*, il quale osserva che «I vincoli d'uso pubblico hanno natura conformativa, si tratta di limitazioni al potere di disposizione rese possibili nell'interesse pubblico, in quanto espressione della funzione sociale della proprietà. Manca una definizione legislativa dei vincoli conformativi, derivanti, in particolare, dalla pianificazione; e l'art. 2645 *quater* c.c. utilizza una formulazione molto ampia, atipica e non tassativa: «ogni altro vincolo a qualsiasi fine richiesto», purché soddisfi un interesse pubblico e sia «richiesto» da leggi statali o regionali o da atti di pianificazione. La previsione normativa non svolge, anche perché non potrebbe svolgere, alcuna funzione di pubblicità in ordine né agli atti normativi generali (leggi, regolamenti), né in riferimento agli atti di pianificazione, dotati, in quanto equiparati ai primi, di propri meccanismi pubblicitari».

<sup>6</sup> La scelta normativa è fatta risalire a Corte cost., 4 dicembre 2009, n. 318, in *Giur. cost.*, 2009, 4793. Sul punto si rinvia a F. RINALDI, *op. loc. ult. cit.*, per il quale la novella al codice civile è funzionale a «colmare una lacuna nel sistema normativo della pubblicità immobiliare relativa a tutti quei vincoli pubblici di origine specialmente urbanistica e di provenienza dalla legislazione statale, regionale e dalla pianificazione comunale. Una disposizione che si è resa utile per fronteggiare una diffusa «ostilità» degli Uffici circa la trascrizione degli atti privati contenenti vincoli pubblici».

<sup>7</sup> R. DI RAIMO, *Considerazioni sull'art. 2645 ter c.c.*, cit., 946 s. In merito v. anche le considerazioni di A. GENTILI, *Le destinazioni patrimoniali atipiche*, cit., 8, per il quale l'art. 2645 *ter* si limita a regolare la trascrivibilità ai fini dell'opponibilità della separazione patrimoniale.

<sup>8</sup> In merito v. B. MASTROPIETRO, *Il nuovo art. 2645 quater c.c.*, cit., 709 ss.



cipio di completezza e autonomia del sistema della trascrizione<sup>11</sup>.

Il passo al richiamo di figure analoghe sembra chiudere la vicenda. La trascrizione *ex art. 2645 quater* c.c. parteciperebbe alla logica della funzione notiziale già propria dell'art. 2647 c.c. – nel rapporto con l'art. 162 c.c. – a proposito della segnalazione delle convenzioni matrimoniali<sup>12</sup>.

### 3. Trascrizione e supposta finzione notiziale: il parallelo con la segnalazione *ex art. 2647 c.c.*

È noto che la difficoltà di giustificare la doppia segnalazione, una a margine dell'atto di matrimonio (art. 162, comma 4, c.c.) e l'altra *ex art. 2647 c.c.*, ha condotto alla conclusione che la trascrizione è irrilevante ai fini dell'opponibilità<sup>13</sup>. La similitudine

con l'art. 2645 *quater* si coglie nelle linee della sovrabbondanza della formalità pubblicitaria ove applicata a un provvedimento amministrativo. Anche nel caso dell'art. 2647 c.c. la difficoltà è riscontrata nella giustificazione della coesistenza del duplice sistema pubblicitario (stato civile e registri immobiliari). Anche la soluzione è simmetrica: si rinuncia ad attribuire rilievo (se non notiziale) alla pubblicità prescritta dall'art. 2647 c.c., attesa l'inutilità di una duplicazione della funzione già propria dell'annotazione a margine dell'atto di matrimonio<sup>14</sup>.

Eppure la Relazione al Codice civile<sup>15</sup> traccia con chiarezza le ragioni del doppio binario pubblicitario. Sebbene sia storicamente datato il riferimento alla pubblicità della comunione tra i coniugi e del vincolo dotale, esso fornisce due dati di indiscutibile rilievo:

- a) la regolazione in funzione organica della trascrizione;
- b) la selezione delle classi di terzi che vantano una posizione di privilegio ora sul patrimonio familiare, ora sul vincolo dotale.

I due aspetti sembrano assumere una stretta correlazione in materia di disciplina del patrimonio familiare in senso ampio.

Con ordine, l'art. 2647 c.c., nella versione attuale, dispone la trascrizione di tutte le convenzioni che importano una deroga al regime ordinario di comunione tra i coniugi. Rientrano così indistintamente nel campo di applicazione la convenzione di separazione dei beni, quelle volte a ridurre l'ambito di operatività della comunione legale e il fondo patrimoniale. L'art. 2647 c.c. prescrive, ancora, la trascrizione degli atti e provvedimenti di scioglimento della comunione che risultano elencati nell'art. 191 c.c.

vità sarebbe così sempre funzionale all'applicazione della regola prevista dall'art. 2644 (T. AULETTA, *op. ult. cit.*, 153).

<sup>14</sup> La qualificazione della segnalazione *ex art. 2647 c.c.* quale pubblicità dichiarativa renderebbe la norma un mero doppione dell'art. 162, comma 4. Ne hanno parlato in questa prospettiva F. GAZZONI, *La trascrizione immobiliare*, in *Cod. civ. Commentario* Schlesinger, Milano, 1993, 43; A. ZACCARIA e S. TROIANO, *Gli effetti della trascrizione*, Torino, 2005, 179.

<sup>15</sup> Rel. Guardasigilli n. 1070 dove si legge che «l'art. 2647 detta [...] una disciplina completa anche in relazione al patrimonio familiare, per il quale già l'art. 169 dispone la trascrizione, ma che si è ritenuto opportuno regolare organicamente in questa sede anche per fare intendere la differenza tra gli effetti della trascrizione del vincolo dotale e quelli della trascrizione del patrimonio familiare. Gli effetti della trascrizione del vincolo dotale, della comunione di beni tra coniugi e del patrimonio familiare sono diversi da quelli stabiliti dall'art. 2644, perché qui non si tratta di dirimere conflitti tra più acquirenti dalla medesima persona, ma di determinare a quali categorie di terzi deve ritenersi inopponibile il vincolo dotale o quello derivante dalla comunione o dal patrimonio familiare, quando non venga trascritto».

<sup>11</sup> Per tutti v. B. MASTROPIETRO, *Il nuovo art. 2645 quater c.c.*, cit., 714.

<sup>12</sup> V. la persuasiva e sistematica analisi compiuta da F. RINALDI, *op. loc. ult. cit.* L'A. va oltre e amplia le fattispecie oggetto di osservazione, attraversa il vincolo di culturabilità alla stregua del Codice dei beni culturali e paesaggistici, per osservare che mentre il provvedimento che stabilisce il valore culturale di un immobile è certamente estraneo all'ambito di applicazione dell'art. 2645 *quater*, rientrano nella previsione accordi tra il privato e l'Amministrazione o tra Amministrazioni, «con i quali regolamentare la fruizione pubblica del bene culturale, secondo le previsioni degli artt. 38 e 104, commi 3 e 4, del *Codice dei beni culturali*, che nulla prevedono in materia di trascrizione. A fronte della fruizione pubblica sono concessi dall'Amministrazione contributi vari per la conservazione del bene». Tuttavia, anche in questa occasione conclude per la funzione notiziale della trascrizione.

<sup>13</sup> L'orientamento dominante attribuisce alla segnalazione *ex art. 2647 c.c.* la funzione di mera pubblicità notizia, in questo senso, tra la copiosa dottrina, si segnalano i contributi di G. CIAN, *Sulla pubblicità del regime patrimoniale della famiglia. Una revisione che si impone*, in *Riv. dir. civ.*, I, 1976, 36; A. ZACCARIA, *La pubblicità del regime patrimoniale della famiglia*, *ivi*, II, 1985, 365; G. GABRIELLI, *Pubblicità legale e circolazione dei diritti: evoluzione e stato attuale del sistema*, *ivi*, II, 1988, 425; F. FINOCCHIARO, *La pubblicità in materia di rapporti patrimoniali fra coniugi*, in *Giur. it.*, 1989, I, 1, 329; E.A. EMILIOZZI, *Dalla trascrizione nei pubblici registri immobiliari all'annotazione a margine dell'atto di matrimonio: analisi ricostruttiva e profili pratici della pubblicità dei rapporti patrimoniali tra coniugi*, in *Dir. fam. pers.*, 1997, 1130 ss.

Secondo un'altra prospettiva, la trascrizione prevista dalla disposizione in esame avrebbe un ambito di applicazione limitato alle sole convenzioni con cui si escludono taluni beni dalla comunione legale. In questo senso la sua funzione sarebbe di tipo dichiarativo, seppure nell'ambito degli stretti confini tracciati (G. DE RUBERTIS, *Il nuovo regime patrimoniale della famiglia e la trascrizione immobiliare*, in *Vita not.*, 1976, 6; L. FERRI, *Forme e regime patrimoniale della famiglia*, in *Riv. trim.*, 1988, 60; T. AULETTA, *Il fondo patrimoniale*, Milano, 1990, 156).

In senso ancora contrario, si segnala la posizione minoritaria di chi attribuisce funzione dichiarativa alla segnalazione, a prescindere dalla singola fattispecie di riferimento. La sua operati-



L'art. 2659 c.c. regolamenta, ad altro fine, le modalità tecnico operative di scritturazione delle vicende inerenti al patrimonio familiare; in particolare, richiede l'indicazione del regime patrimoniale delle parti quando queste siano coniugate<sup>16</sup>. Ciò che, in linea generale, soddisfa l'ipotesi sia di comunione legale sia di separazione.

Quanto alle convenzioni di mera limitazione del regime legale, dall'espressione «a carico», presente nell'art. 2647 c.c., si evince la necessità di procedere ad una duplice trascrizione per ogni acquisto che esuli dal regime ordinario: l'una a favore dell'acquirente e l'altra contro il coniuge escluso dalla contitolarità<sup>17</sup>.

La dottrina è da sempre divisa tra la tesi che lega all'assenza di una delle due segnalazioni l'inopponibilità del vincolo<sup>18</sup> e quella, accolta anche in giurisprudenza, che attribuisce comunque valore assorbente all'annotazione<sup>19</sup>. Sebbene, poi, larga

parte della dottrina propenda per una distinzione tra la pubblicità delle convenzioni matrimoniali e quella inerente al fondo patrimoniale<sup>20</sup>, è fortemente accreditato l'orientamento che accomuna tutto sotto il fronte della pubblicità notizia<sup>21</sup>.

Nel tentativo di coordinamento della disciplina, è viva la sensazione che annotazione e trascrizione appartengano a sistemi con finalità diverse che rintracciano<sup>22</sup> il loro punto di contatto sui singoli beni

GIUSTINIANI, *Fondo patrimoniale, convenzioni matrimoniali e pubblicità*.

<sup>20</sup> A. GIUSTI, *La pubblicità nei rapporti patrimoniali tra coniugi. Profili critici ed analisi ricostruttiva*, in *Riv. trim.*, 1986, 409; M. PALMA, *Fondo patrimoniale e azione revocatoria*, in *Vita not.*, 1988, 604; R. TRIOLA, *La trascrizione*, cit., 136 ss.

<sup>21</sup> Cass., 8 ottobre 2008, n. 24798, in *Mass. Giust. civ.*, 2008, 10; Cass., 5 aprile 2007, in *Dvd Foro it.*; Cass., 15 marzo 2006, n. 5684, *ivi*; Cass., 27 novembre 1987, n. 8824, in *Dir. fam. pers.*, 1987, 854, con nota di P. MOROZZO DELLA ROCCA, *Pubblicità ed opponibilità del fondo patrimoniale*; Trib. Milano, 5 novembre 1990, in *Banca borsa tit. cred.*, II, 1991, 681, con nota di T. Auletta; Trib. Latina, 17 marzo 1988, in *Dir. fam. pers.*, 1989, 130. In dottrina, tra i contributi, che accedono alla qualificazione della trascrizione ex art. 2647 c.c. quale pubblicità notizia, si segnalano: G. CIAN, *Sulla pubblicità del regime patrimoniale della famiglia. Una revisione che si impone*, in *Riv. dir. civ.*, I, 1976, 36; A. ZACCARIA, *La pubblicità del regime patrimoniale della famiglia*, *ivi*, II, 1985, 365; G. GABRIELLI, *Pubblicità legale e circolazione dei diritti: evoluzione e stato attuale del sistema*, *ivi*, 1988, 425; F. FINOCCHIARO, *La pubblicità in materia di rapporti patrimoniali fra coniugi*, in *Giur. it.*, I, 1989, 1, 329; E.A. EMILIOZZI, *Dalla trascrizione nei pubblici registri immobiliari all'annotazione a margine dell'atto di matrimonio: analisi ricostruttiva e profili pratici della pubblicità dei rapporti patrimoniali tra coniugi*, in *Dir. fam. pers.*, 1997, 1130 ss.; M.C. ANDRINI, *Forma e pubblicità delle convenzioni matrimoniali e degli accordi di separazione tra coniugi*, in *Famiglia*, 2001, 33 ss.; A. ZACCARIA e S. TROIANO, *Gli effetti della trascrizione*, cit., 217 ss.; in senso ancora contrario, si segnala la posizione minoritaria di chi attribuisce funzione dichiarativa alla segnalazione, a prescindere dalla singola fattispecie di riferimento. La sua operatività sarebbe così sempre funzionale all'applicazione della regola prevista dall'art. 2644 c.c. (T. AULETTA, *Il fondo patrimoniale*, Milano, 1990, 153).

<sup>22</sup> V. le notazioni di A. FUSARO, *sub artt. 167-176 c.c.*, in *Della Famiglia, Comm. cod. civ.* diretto da E. Gabrielli, Torino, 2018, 1263 s., il quale rileva come «l'iter presso lo Stato Civile è una sorta di girone dantesco dove la formalità vaga, secondo un percorso poco tracciato, privo di registri d'ordine atti a far constare il momento del deposito [...] mentre per la pubblicità immobiliare vale l'ordine cronologico di presentazione».

In questa prospettiva anche E. BARGELLI e F.D. BUSNELLI, *Convenzione matrimoniale*, in *Enc. dir.*, IV, Milano, 2000, 452 ss., secondo i quali l'annotazione e la trascrizione sono unitamente idonee a «contemperare nel modo migliore le esigenze di protezione sia dei coniugi sia dei terzi. Infatti l'annotazione è idonea di per sé, a fornire indicazioni in ordine allo specifico bene oggetto dell'atto negoziale. È quindi intuitivo che [...] l'annotazione [...] debba essere integrata dalla trascrizione».

Rileva criticità sul piano esecutivo della formalità pubblicitaria rimessa all'annotazione presso i registri dello stato civile anche L. FOLLIERI, *Disposizione di un bene del fondo patrimoniale: appunti sul rapporto fra principio consensualistico e trascrizione*, in *Liber amicorum per Giuseppe Vettori*, a cura di G.

<sup>16</sup> L. MENGONI, *La pubblicità immobiliare*, in *Jus*, 1986, 3.

<sup>17</sup> M.C. ANDRINI, *Convenzioni matrimoniali e pubblicità legale nel nuovo diritto di famiglia*, in *Riv. not.*, 1975, 1113; L. FERRI, *Forme e pubblicità del regime patrimoniale della famiglia*, in *Riv. trim.*, 1988, 60 ss.

<sup>18</sup> A. TRABUCCHI, *La pubblicità immobiliare. Un sistema in evoluzione*, in *Riv. dir. ipot.*, 1982, 114; critici quanto al nuovo sistema di annotazione/trascrizione: G. OPPO, *Il regime patrimoniale della famiglia*, in *La riforma del diritto di famiglia*, Atti del II Convegno di Venezia, Padova, 1972, 77 ss.; A. FUSARO, *Il regime patrimoniale della famiglia*, Padova, 1990, 386 ss.; G. OBERTO, *Pubblicità dei regimi patrimoniali della famiglia*, in *Riv. dir. civ.*, II, 1996, 232 ss.; v. anche le considerazioni sui concreti termini di rilevanza dell'art. 162 c.c. di F. BOCCHINI, *La pubblicità delle convenzioni matrimoniali*, *ivi*, I, 1999, 439 ss. Sul punto si è espressa la Corte costituzionale che ha dichiarato non fondata la questione di legittimità degli artt. 162, ult. comma, 2647 e 2915 c.c., «nella parte in cui non prevedono che, per i fondi patrimoniali costituiti sui beni immobili a mezzo di convenzione matrimoniale, l'opponibilità ai terzi sia determinata unicamente dalla trascrizione dell'atto sui registri immobiliari». La Consulta ha stabilito che «la necessità di effettuare ricerche sia presso i registri immobiliari, sia presso i registri dello stato civile (questi ultimi meno accessibili e sia pur meno affidabili) costituisce un onere che, sebbene fastidioso, non può dirsi eccessivamente gravoso, non soltanto rispetto al principio di tutela in giudizio, ma anche rispetto all'art. 29 cost., che semmai tutela gli aspetti etico-sociali della famiglia e non è, quindi, utilmente invocabile come parametro del contrasto, ed all'art. 3 cost., in quanto una duplice forma di pubblicità (cumulativa, ma a fini ed effetti diversi) per la costituzione dei fondi in parola trova giustificazione nel generale rigore necessario alle deroghe al regime legale e nell'esigenza di contemperare gli interessi» (Corte cost., 6 aprile 1995, n. 111, in *Giust. civ.*, 1995, 909).

<sup>19</sup> L'annotazione renderebbe il vincolo in sé opponibile e la trascrizione influirebbe sull'opponibilità dello stesso sui singoli beni G. DE RUBERTIS, *Il nuovo regime patrimoniale della famiglia e la trascrizione immobiliare*, in *Vita not.*, 1976, 6; G. PALERMO, *La disciplina della pubblicità nella riforma del diritto di famiglia*, in *Riv. not.*, 1976, 750; in giurisprudenza v. Cass., 1 ottobre 1999, n. 10859, in *Vita not.*, 1999, 1433; Cass., 19 novembre 1999, n. 12864, *ivi*, 1434; Cass., 27 novembre 1987, n. 8824, in *Giust. civ.*, I, 1988, 677, con nota di G.

e, segnatamente, sugli specifici sistemi di circolazione.

Più chiaramente, mentre alla annotazione presso il registro dello stato civile è ascrivibile la funzione di selezione dello statuto generale dei beni, alla trascrizione *ex art. 2647 c.c.* si deve la specificazione sul singolo cespite<sup>23</sup>. Questa prima considerazione trova conforto nella disciplina dettata dall'art. 2659 c.c., n. 1, che, là dove richiede l'indicazione del regime patrimoniale delle parti, equipara, nella regolamentazione dell'attuazione della trascrizione, il regime legale e quello separativo ai beni di nuova entrata nel patrimonio. Oggetto della annotazione è, a questo punto, la semplice regolamentazione prescelta. Dunque, se di opponibilità si tratta, essa è limitata alla funzione regolamentare di organizzazione del patrimonio dei coniugi, idonea ad influire sul futuro assetto dei cespiti, quando implichi la scelta di una disciplina diversa da quella normativamente disposta<sup>24</sup>.

---

Passagnoli, F. Addis, G. Capaldo, A. Rizzi e S. Orlando, Firenze, 2022, 1203 ss., spec. 1216 s., che osserva come «diversamente dai pubblici registri immobiliari, non esistono, presso lo Stato Civile, registri d'ordine atti a far constare il momento del deposito; così come non è chiaro il momento in cui si realizza l'opponibilità ai terzi (se dalla pubblicazione presso l'ufficio dello stato civile del luogo della celebrazione del matrimonio o presso quello della residenza dei coniugi)».

A proposito dell'operatività dell'art. 2647 c.c. nelle unioni civili v. G. OBERTO, *I regimi patrimoniali delle unioni civili*, in *Giur. it.*, 2016, 1797 ss.; M. CAVALLARO, *Ratio e 'tipo' nelle convenzioni matrimoniali e nelle altre fattispecie di recente introduzione*, in *Giust. civ.*, 2020, 49 ss. V. anche le considerazioni svolte da G. LO SARDO, *La costituzione per testamento di fondo patrimoniale*, in *Riv. not.*, 2021, 615 ss.

<sup>23</sup> Cfr. F. CORSI, *Il regime patrimoniale della famiglia*, I, Milano, 1979, 78 ss.

<sup>24</sup> In questa prospettiva Cass., 13 gennaio 2021, n. 376, in *Riv. not.*, 303 ss. con nota di R. SCOTTI, *La nuova lettura della giurisprudenza di legittimità sul sistema binario della pubblicità nel regime patrimoniale della famiglia*, secondo la quale «pure allo stato della disciplina positiva attuale, il rapporto tra le riportate previsioni novellate di cui all'art. 2659 c.c., comma 1 e art. 191 c.c., commi 1 e 2, deve spiegarsi nel senso che, tra i coniugi già in regime di comunione legale dei beni, non diviene di proprietà comune l'immobile acquistato da uno solo di essi dopo la loro separazione personale, quest'ultima costituendo causa di scioglimento della comunione medesima con la decorrenza prevista dall'art. 191 c.c., comma 2; invece, per l'opponibilità ai terzi dei descritti effetti dello scioglimento della comunione legale derivante dalla separazione personale dei coniugi, relativamente all'acquisto di beni immobili o mobili registrati, avvenuto con dichiarazione del coniuge acquirente dello stato di separazione, deve considerarsi necessaria e sufficiente la sola trascrizione nei registri immobiliari recante la corrispondente indicazione (cioè l'esistenza di un regime patrimoniale di separazione dei beni), indipendentemente dall'annotazione del provvedimento di separazione a margine dell'atto di matrimonio». In senso contrario, a distanza di pochi mesi, Cass., 16 giugno 2021, n. 17207, in *Fam. dir.*, 2022, 13 con nota di F. TOMMASEO, *Convenzioni matrimoniali e tutela dei terzi: note in margine al sistema della pubblicità del regime patrimoniale della famiglia*.

Il punto è, allora, la definizione della misura di influenza dell'annotazione sulle regole di circolazione della ricchezza mobiliare ed immobiliare.

L'operatività dell'art. 1153 c.c. non sembra, ad esempio, essere messa in discussione dalla vigenza della comunione legale. La vendita di un bene mobile, riferibile al patrimonio comune, da parte di uno dei coniugi, senza il consenso dell'altro, non esclude l'applicazione della regola posta a presidio della certezza dinamica. L'art. 184, comma 3, c.c. implicitamente riconosce la sua sopravvivenza allorché pone l'alternativa tra la ricostituzione della comunione e il pagamento dell'equivalente.

Altre soluzioni si prospettano quando oggetto di analoga vicenda sia un bene immobile. L'art. 184 c.c. dispone che il coniuge che non ha prestato il consenso può chiedere l'annullamento «entro un anno dalla data in cui ha avuto conoscenza dell'atto e in ogni caso entro un anno dalla trascrizione».

La disciplina si presenta disarmonica rispetto al sistema complessivo disegnato dalle regole della trascrizione. In via generale, infatti, l'art. 2652, n. 6, c.c. stabilisce che la trascrizione della domanda giudiziale di annullamento non pregiudica i diritti acquistati a titolo oneroso da terzi in buona fede che abbiano provveduto alla segnalazione del titolo anteriormente a quella della domanda.

La ragione è evidente e rintracciabile nella segnalazione relativa allo statuto dei beni individuato con l'atto matrimoniale, che tuttavia assegna un tempo di protezione oggettivo dall'anno dalla trascrizione dell'atto, per tornare poi alle regole ordinarie. Tanto che il medesimo articolo aggiunge: «Se l'atto non sia stato trascritto e quando il coniuge non ne abbia avuto conoscenza prima dello scioglimento della comunione l'azione non può essere proposta oltre l'anno dallo scioglimento stesso».

Sul punto la giurisprudenza riconosce che l'art. 184 c.c. «per l'esigenza di tutelare la rapidità e la certezza della circolazione dei beni in regime di comunione legale, disciplina il conflitto tra il terzo ed il coniuge pretermesso in modo più favorevole (rispetto alla comunione ordinaria) al primo, con il regime degli effetti tendente alla conservazione del negozio; di conseguenza il contratto, in assenza del consenso del coniuge pretermesso non è inefficace né nei confronti dei terzi né nei confronti della comunione, ma è solo soggetto alla disciplina dell'art. 184 c.c., comma 1, ed è solamente esposto all'azione di annullamento da parte del coniuge non consenziente, nel breve termine prescrizione entro cui è ristretto l'esercizio di tale azione, decorrente dalla conoscenza effettiva dell'atto, ovvero, in via sussidiaria, dalla trascrizione o dallo scioglimento



della comunione (Cass. 21/12/2001 n. 16177; Cass. 11/6/2010 n. 14093; Cass. 31/1/2012 n. 1385)<sup>25</sup>.

Dunque, in assenza di trascrizione il termine torna ad essere computato sulla base della conoscenza effettiva, con esclusione dell'operatività delle regole di circolazione scritturali. Di là allora dall'opponibilità immediata consentita all'atto segnalato presso lo stato civile e inerente al mutamento che investe lo statuto dei beni, la sua funzionalità dipende comunque dalla linea temporale-scritturale che fonda l'applicazione della disciplina protettiva fornita dalla trascrizione.

Così, la scelta di imprimere a taluni beni una destinazione prevalentemente familiare (fondo patrimoniale) o di applicare una disciplina diversa da quella legale è misurata dalle regole di circolazione. L'opponibilità investe il regolamento ma attende di essere specificata in sede di attuazione del medesimo sui singoli beni, che, di volta in volta, entrano nel patrimonio familiare.

La conoscenza prodotta dall'iscrizione presso il registro dello stato civile costituisce il fatto originario che fonda ciascuna segnalazione derogatoria della disciplina legale sui singoli cespiti.

La segnalazione della separazione o l'inalienabilità dei beni destinati attraverso il fondo patrimoniale all'interesse della famiglia restituiscono la regolazione del conflitto futuro, tra creditore familiare e particolare del singolo coniuge, al tempo della trascrizione e alle relative regole di prevalenza<sup>26</sup>.

Non convincente si mostra allora l'orientamento<sup>27</sup> che risolve il conflitto tra creditori personali e familiari su beni immobili alla stregua

<sup>25</sup> Cass., 24 luglio 2012, n. 12923, in *Dejure online*.

<sup>26</sup> V. le belle pagine di A. CIATTI CAIMI, *Della trascrizione degli atti relativi ai beni immobili*, in *Cod. civ. Commentario Schlesinger*, continuato da F.D. Busnelli, artt. 2643-2645 bis, 2646-2651, Milano, 2018, 198, che a proposito del meccanismo risolutivo del conflitto osserva che si è fornita «la circolazione dei diritti immobiliari di una regola talmente chiara che la gran parte delle possibili controversie tra aventi causa dallo stesso autore neppure insorgono nei tribunali [...] Il prezzo da pagare è il sacrificio subito dal primo acquirente che ha confidato nella regola consensualistica, sacrificio che [...] è accettabile sul piano costituzionale perché riduce le controversie in numero e in durata e rende sicura la circolazione dei diritti immobiliari».

<sup>27</sup> V. *retro* nota 19; in giurisprudenza per tutte Cass., Sez. Un., 13 ottobre 2009, n. 21658, in *Corr. giur.*, 2009, 1612 ss., con nota di G. RISELLA, *Il regime pubblicitario della "convenzione" del fondo patrimoniale*; nella stessa prospettiva già Cass., 19 novembre 1999, n. 12864, in *Vita not.*, 1433 ss. In merito si segnalano le considerazioni ricostruttive di R. FRANCO, *Le Sezioni unite decretano (definitivamente) la necessità (e sufficienza) dell'annotazione ai sensi dell'art. 162, comma 4, c.c. per l'opponibilità ai terzi del fondo patrimoniale*, in *Contr. impr.*, 2010, 552. Fa séguito alla riferita impostazione Cass., 23 maggio 2011, n.11319, in *D&G online*, 2011, 241 ss. con nota di P. PALEARI, *Non trascrive la convenzione di separazione: perde l'immobile*.

dell'esclusivo tempo dell'annotazione, sul presupposto dell'efficacia notiziale della trascrizione. Esso è infatti ininfluenza sul piano della circolazione immobiliare per due ordini di ragioni: l'una di carattere funzionale, l'altra di genere operativo delle strutture di conoscenza. Quanto alla prima, la perplessità muove dai caratteri del regime programmatico introdotto dalla scelta di una disciplina del patrimonio familiare diversa dalla legale. Una regolamentazione che muta le regole di imputazione, ma è carente di regole proprie di circolazione, conduce inevitabilmente alla reviviscenza della disciplina ordinaria di circolazione dei diritti.

Quanto alla seconda, il tempo di inserimento dell'annotazione non è immediatamente compatibile con quello della trascrizione; esso esprime il luogo temporale dell'accadimento regolamentare ma – come si è visto – attende la trascrizione al fine della specificazione sul singolo bene e della sua ingerenza nel sistema<sup>28</sup>.

Non convince, a questo punto, nemmeno la pleonastica simmetria tra necessità di annotazione della convenzione costitutiva del fondo patrimoniale ex art. 162 c.c. ai fini dell'opponibilità dell'intervenuto regime patrimoniale della famiglia, responsabilità del notaio rogante e conseguente degradazione della pubblicità ex art. 2647 c.c. a mera pubblicità notizia<sup>29</sup>. Parimenti discutibile è l'ulteriore elemento dimostrativo ritracciato, dalla giurisprudenza, nell'annotazione della convenzione presso il registro dello stato civile quale *dies a quo* dell'azione pauliana e che dimostrerebbe oltremodo la funzione esclusivamente notiziale della trascrizione ex art. 2647 c.c.<sup>30</sup>

Entrambe le soluzioni muovono da una premessa corretta cui si fa discendere una conseguenza disallineata. Se è certo che il fondo patrimoniale è convenzione matrimoniale<sup>31</sup> e che l'annotazione a margine dell'atto di matrimonio ex art. 167, comma 4,

<sup>28</sup> Circa i rapporti tra tempo e pubblicità, si rinvia M. FRANCESCA, *Tempo e legittimazione nella tutela pubblicitaria*, in *Domenico Rubino, I, Interesse e rapporti giuridici*, a cura di P. Perlingieri e S. Polidori, Napoli, 2009, 207; ID., *Il ruolo del tempo nella trascrizione (principio di continuità e criteri di prevalenza)*, in *Rass. dir. civ.*, 2010, 62 ss. spec. 111; attualmente in ID., *Tempo e pubblicità degli atti*, cit., 67 ss.

<sup>29</sup> Cass., 23 settembre 2013, n. 21725, in *D&G*, 2013, 1111 ss. con commento di A. GRECO, *Non richiede tempestivamente l'annotazione dell'atto di costituzione: notaio responsabile*; Cass., 24 marzo 2016, n.5889, in *Dejure online*; Cass., 10 maggio 2019, n. 12545, *ivi*.

<sup>30</sup> Cass., 24 marzo 2016, n. 5889, in *Danno resp.*, 2016, 1169 ss. con nota di F. PIAIA, *Il fondo patrimoniale: pubblicità, tutela dei creditori e ruolo del notaio*.

<sup>31</sup> V. le considerazioni di V. BARBA, *Costituzione e trascrizione del fondo patrimoniale (art. 167 c.c.)*, in *Codice delle Successioni e Donazioni*, a cura di G. Bonilini, M. Confortini e G. Mariconda, Milano, 2015, 55 e 62.

c.c. determina l'opponibilità del mutamento del regime patrimoniale della famiglia, non è senz'altro vero che la trascrizione presso il registro immobiliare subisca necessariamente una degradazione a funzione notiziale. Analoga considerazione può essere svolta rispetto alla scelta di far decorrere la prescrizione dell'azione revocatoria dalla pubblicità della convenzione presso il registro dello stato civile.

La confusione tra la premessa e la conclusione si annida nel rapporto tra classi di creditori, quelli generalisti (*rectius*: particolari dei singoli coniugi) e quelli familiari. La prevalenza di questi ultimi sui primi è scandita dal tempo di conoscibilità del mutamento del regime patrimoniale della famiglia, ciò con riferimento a qualsiasi bene coinvolga il fondo patrimoniale (immobili, beni mobili registrati e titoli di credito). Ciò nondimeno la conseguenza circa la finalità notiziale della trascrizione è un sovrappiù della premessa, che non coglie il ruolo di indice di circolazione assolto dalla trascrizione nella circolazione immobiliare.

La sensazione è che ancora una volta si sovrapponga il profilo statico a quello dinamico (*rectius*: circolatorio). Ne è dimostrazione l'art. 2929 *bis*<sup>32</sup>, come introdotto dalla l. n. 83 del 2015. La norma stabilisce che «Il creditore che sia pregiudicato da un atto del debitore, di costituzione di vincolo di indisponibilità o di alienazione, che ha per oggetto beni immobili o mobili iscritti in pubblici registri, compiuto a titolo gratuito successivamente al sorgere del credito, può procedere, munito di titolo esecutivo, a esecuzione forzata, ancorché non abbia preventivamente ottenuto sentenza dichiarativa di inefficacia, se trascrive il pignoramento nel termine di un anno dalla data in cui l'atto è stato trascritto».

Di là dalla esaltata funzione notiziale della segnalazione *ex art.* 2647 c.c., il legislatore ha agganziato proprio alla trascrizione il computo del termine entro il quale procedere alla trascrizione del pignoramento a tutela della posizione creditoria lesa dalla costituzione del vincolo di indisponibilità su beni immobili. È noto che la riforma abbia operato

una inversione dell'onere probatorio attraverso la presunzione di intenzione elusiva della garanzia patrimoniale a carico del debitore (vincibile dalla prova contraria rimessa al debitore) ed è altrettanto noto che l'intervento sia stato necessario per aumentare la tutela creditoria, considerato l'altissimo numero di azioni revocatorie instaurate avverso negozi a titolo gratuito, quali appunto quelli costitutivi di fondi patrimoniali<sup>33</sup>. Fermo ciò, la scelta è caduta sull'allineamento del tempo della misura di conoscenza deputata al governo della circolazione immobiliare.

Tutte le soluzioni meritano una verifica e la conclusione asseverata dalla giurisprudenza più recente non è da meno. Che il termine di prescrizione dell'azione revocatoria venga fatto risalire al momento dell'annotazione della convenzione matrimoniale presso l'ufficio dello stato civile è la naturale conseguenza dell'effetto di conoscenza pubblica determinata dalla pubblicazione dell'atto, cui consegue la separazione delle classi creditorie, con prevalenza della linea familiare su quella generalista (*rectius*: personale dei singoli coniugi). Al fondo si tratta di un effetto tipico del rapporto tra pubblicazione e pubblicità, l'una funzionale alla notorietà legale rilevante in senso statico in punto di individuazione delle titolarità, l'altra produttiva della conoscibilità rilevante ai fini dell'opponibilità del diritto in sede circolatoria<sup>34</sup>. Parimenti riconoscibile è la responsabilità notarile nell'ipotesi di carenza di una delle due segnalazioni, tenuto conto che entrambe le misure di conoscenza non sono facoltative ma rispondono alla logica dell'onere e dell'obbligo propria della disciplina pubblicitaria<sup>35</sup>:

<sup>32</sup> V. in proposito le considerazioni di S. PAGLIANTINI, *A proposito dell'art. 2929 bis c.c.: la tutela del credito tra esecuzione forzata speciale e deterrenza*, in *Eur. dir. priv.*, 2017, 167 ss.; con riferimento specifico al diritto di famiglia v. G. GAROFALO, *L'articolo 2929-bis c.c. nel diritto di famiglia*, *Dir. fam. pers.*, 2018, 284 ss.

Sul punto si rinvia alle interessanti considerazioni di G. PETRELLI, *Vincoli di destinazione ex art. 2645-ter c.c. e trust, quindici anni dopo*, in *Riv. not.*, 2020, 1091 ss., spec., 1097 ss., il quale guarda alla norma nella sua attitudine a consentire forme di destinazioni, in ragione della generale facilitazione alla «azione esecutiva dei creditori sui beni oggetto di trasferimenti gratuiti o di vincoli di indisponibilità (di destinazione): consentendo di anticipare tale azione rispetto all'accertamento della frode, e in genere dell'esistenza dei presupposti dell'azione revocatoria».

<sup>33</sup> Cfr. G. GAROFALO, *op. cit.*, 286 ricorda che «le ragioni che hanno indotto il legislatore ad introdurre uno strumento così incisivo, qual è l'art. 2929 *bis* c.c., viene qui in soccorso la Relazione al disegno di legge di conversione del d.l. n. 83 del 2015. Si legge che "ogni anno vi è una sopravvenienza di circa 6.500 nuovi fascicoli" relativi ad azioni revocatorie degli atti pregiudizievoli; la relazione continua rilevando che: "se si considera che in media un'azione revocatoria richiede, per la sua definizione, 1.372 giorni per il primo grado e 1.546 giorni per il grado di appello, se ne deduce che il creditore è oggi costretto ad attendere circa otto anni, prima di sottoporre a esecuzione forzata il bene che il debitore ha alienato o su cui ha costituito un vincolo di indisponibilità"».

<sup>34</sup> In merito alla diversità funzionale tra pubblicazione e trascrizione si rinvia a M. FRANCESCA, *Pubblicità e nuovi strumenti di conoscenza*, Napoli, 2003, 99 ss. e *ivi* ampia bibliografia.

<sup>35</sup> In merito v. la compiuta analisi di M. TANZILLO, *Pubblicità immobiliare*, cit., 75 ss., il quale ai fini dell'applicazione analogica della pubblicità a formalità non previste guarda al limite dell'esigenza di certezza della circolazione necessariamente integrata dal «segmento di disciplina relativo all'imposizione dell'obbligo di curare la formalità» e sempre sul punto continua: «l'applicazione analogica di una disposizione che contempla la pubblicità di una determinata vicenda a fini notiziali non può che determinare anche l'applicazione della disposizione



- la prima (pubblicazione presso lo stato civile) è funzionale alla nuova regolamentazione del patrimonio dei coniugi e, dunque, di individuazione e imputazione sugli assetti delle compagini creditricie<sup>36</sup>;

- la seconda (trascrizione *ex art. 2647 c.c.*) è funzionale a ricostituire l'elemento temporale di riferimento dell'indice di circolazione, cui – come nell'ipotesi dell'art. 2929 *bis c.c.* – è misurato il criterio delle prevalenze<sup>37</sup>.

che prescrive l'obbligo, in capo a uno specifico soggetto, di espletare la formalità» (p. 84).

<sup>36</sup> In merito è interessante osservare quanto emerso in Cass., 30 agosto 2018, n. 21385, in *Giur. it.*, 2019, 2381 ss. con nota di C. VERDE, *Alienazione dei beni del fondo patrimoniale: consenso traslativo, opponibilità ed effetti favorevoli al creditore esecutante*. Qui, in un caso di alienazione a terzi di un immobile incluso nel fondo patrimoniale e sul quale è stata iscritta ipoteca dalla banca in data anteriore alla trascrizione della compravendita, si stabilisce che «il problema dell'opponibilità alla banca dei vincoli nascenti dal fondo patrimoniale, pur dopo l'alienazione dell'immobile, non deve essere risolta – come invece ha fatto la corte d'appello – in base al criterio della anteriorità o posteriorità della trascrizione dell'atto di compravendita, in quanto tale criterio vale nei rapporti fra terzo creditore (Banca Monte dei Paschi di Siena) e acquirente del bene ipotecato (L.C.): l'omessa trascrizione rende l'atto inopponibile al creditore, cioè “contro” di lui. Qui si tratta, invece, di un atto dispositivo favorevole al creditore, in quanto determina l'immediata fuoriuscita dell'immobile dal fondo patrimoniale costituito dai coniugi F. e P.». In merito v., tra i numerosi commenti, le osservazioni di G. FREZZA, *Publicità dell'atto dispositivo di un immobile appartenente al fondo patrimoniale*, in *Rass. dir. civ.*, 2020, 220 ss. e di L. FOLLIERI, *op. loc. ult. cit.* A proposito invece dei rapporti tra modifica della consistenza del fondo patrimoniale e interessi della famiglia, cfr., tra gli altri, M. PORCELLI, E. CAPOBIANCO, *Fondo patrimoniale e tutela dei minori d'età*, in *Riv. dir. succ. fam.*, 2016, 653 ss.

<sup>37</sup> A proposito della partizione degli effetti sopra indicata, v. le considerazioni sul piano squisitamente effettuale di L. FOLLIERI, *op. cit.*, p. 1228, il quale lucidamente osserva che l'alienazione «di un bene del fondo patrimoniale può generare due ipotesi di carattere astrattamente conflittuale: una tra il creditore ipotecario dei coniugi alienanti ed il terzo acquirente del bene; l'altra fra il creditore e i coniugi debitori che hanno alienato il bene. Il primo genere di conflitto non può che risolversi nella prospettiva dell'efficacia dichiarativa della pubblicità immobiliare; e, dunque, secondo la regola della priorità nella trascrizione, sicché prevarrà chi, tra l'alienatario e il creditore ipotecario, avrà, rispettivamente, trascritto o iscritto per primo l'atto di trasferimento o l'ipoteca nei pubblici registri. La seconda «anomala» tipologia di conflitto – che ricorre nella misura in cui i coniugi che hanno costituito il fondo patrimoniale sono portatori dell'interesse, contrapposto a quello del creditore ipotecario, a che il bene (trasferito con atto trascritto successivamente all'iscrizione ipotecaria) non sia fuoriuscito dal fondo e non risulti quindi assoggettabile a pignoramento». In questa sede, secondo la giurisprudenza si avrebbe un ritorno al principio consensualistico e alla priorità scandita sul tempo degli atti anziché delle segnalazioni.

Sul rapporto tra consenso e opponibilità si rimanda alle intense pagine di G. VETTORI, *Consenso traslativo e circolazione dei beni*, Milano, 1995, 154 ss., il quale osserva come «il solo consenso è sufficiente per l'acquisto del diritto reale, mentre indici formali sono necessari per l'opponibilità del titolo, senza che

#### 4. Prime conclusioni prospettiche.

La verità è che la trascrizione continua a svolgere pur sempre la sua funzione di conoscibilità e attraverso questa la sua funzione di opponibilità ai terzi, mentre resta ininfluyente, sullo sfondo, la natura della fattispecie primaria.

La funzione pubblicitaria è sintetizzabile nel meccanismo di opponibilità, al quale si giunge attraverso un sistema operativo compiuto, costruito sulla conoscibilità e sul tempo della scritturazione; la sua funzione si potrebbe meglio descrivere come protettiva di un fatto che trova altrove la sua origine genetica e temporale. Essa si ingerisce negli effetti cristallizzandoli nel tempo, rendendoli, appunto, permanenti.

Nel caso dell'art. 2645 *quater c.c.*, la fattispecie primaria è individuabile soltanto indirettamente, attraverso lo specchio della costituzione del vincolo pubblico. Manca, a chiaro scopo inclusivo, la descrizione dell'atto e della sua struttura: si parla di vincolo e uso prodotti da «atti di diritto privato, contratti e altri atti di diritto privato, anche unilaterali, nonché convenzioni e contratti». Rispetto all'art. 2645 *ter* manca la descrizione dell'effetto separativo prodotto dalla valutazione di meritevolezza cui segue la trascrizione del vincolo<sup>38</sup>. La ragione è evidente e si rintraccia nei soggetti coinvolti e già riconosciuti come portatori di un interesse pubblico cui il vincolo risulta assorbito. Nella specie, la norma fa riferimento a Stato, Regione, altri enti pubblici territoriali, con una clausola di apertura ad altri «enti svolgenti un servizio di interesse pubblico».

Proprio con riferimento a quest'ultimo aspetto è possibile aprire a qualche considerazione di sistema

ciò sia frutto di contrasti insanabili; anzi, l'antica consapevolezza giusnaturalistica sul valore dell'accordo si completa con una attenta valutazione del diverso giudizio che la norma opera sul titolo per risolvere il problema della circolazione. La successione nel diritto reale riproduce il potere e il dovere in capo all'acquirente, mentre l'opponibilità è un carattere esterno alla situazione soggettiva, attributo del fatto costitutivo e non del diritto»; v. anche ID., *Opponibilità*, in *Enc. giur.*, 1999, 1 ss.

<sup>38</sup> Molto interessante e realistica la mappatura delle applicazioni dell'art. 2645 *ter*, come ricostruita da G. PETRELLI, *op. ult. cit.*, 1098 s., allorché rileva che nelle linee dell'introduzione dell'art. 2929 *bis* nel corpo del codice civile vi è altresì «l'emanazione della legge 22 giugno 2016, n. 112 (c.d. sul «dopo di noi»), la quale — nell'intento di apprestare strumenti a tutela di persone con disabilità — ha dettato (in particolare, all'art. 6) speciali misure per incentivare «la costituzione di trust, di vincoli di destinazione di cui all'articolo 2645-*ter* del codice civile e di fondi speciali, composti di beni sottoposti a vincolo di destinazione e disciplinati con contratto di affidamento fiduciario». Fattispecie tra loro equiparate dalla disciplina agevolativa, in quanto evidentemente ritenute funzionalmente equivalenti e ugualmente meritevoli di incentivazione».

e guardare oltre le fattispecie già descritte e che, in fin dei conti, mettono a terra soltanto la quota della disposizione relativa a «ogni altro vincolo a qualsiasi fine richiesto dalle normative statali e regionali, dagli strumenti urbanistici comunali nonché dai conseguenti strumenti di pianificazione territoriale e dalle convenzioni urbanistiche a essi relative». Se questa è la quota di disposizione retrospettiva, molto più interessante è il generico richiamo al vincolo di uso pubblico, nelle maglie del quale si coglie una conformazione futuribile. La funzione sembra trovare inquadramento nelle nuove leve del *welfare*, indotte dalla schermatura del vincolo di bilancio (*rectius*: di spesa) delle amministrazioni pubbliche e dalla crescita esponenziale dei servizi di rilevanza economica e sociale. Le esigenze della macchina amministrativa di allargare lo spettro d'azione passano necessariamente attraverso l'intervento sussidiario dei privati. Sul punto è chiaro il Codice del Terzo settore, che in apertura stabilisce: «È riconosciuto il valore e la funzione sociale degli enti del Terzo settore, dell'associazionismo, dell'attività di volontariato e della cultura e pratica del dono quali espressione di partecipazione, solidarietà e pluralismo, ne è promosso lo sviluppo salvaguardandone la spontaneità ed autonomia, e ne è favorito l'apporto originale per il perseguimento di finalità civiche, solidaristiche e di utilità sociale, anche mediante forme di collaborazione con lo Stato, le Regioni, le Province autonome e gli enti locali».

In proposito, è sufficiente pensare all'impennata nell'economia post-crisi di rapporti di partenariato pubblico-privato, rapporti di co-programmazione e co-gestione avviati con l'art. 55 del Codice del Terzo settore<sup>39</sup>. Attraverso questi è possibile dare avvio ad una azione organizzata dei privati in funzione

dell'interesse generale<sup>40</sup>. In questi casi, è ben possibile che un bene privato sia destinato a una funzione pubblica in ragione di una convenzione e che, ancora in ragione di questa, vi sia una compartecipazione alle spese necessarie per rendere adeguato il bene alla nuova funzione, un circolo culturale per anziani, una biblioteca di uso pubblico ecc.<sup>41</sup>.

Qualche dato dal futuro:

a) gli immobili costituiscono ormai una spesa eccessiva anche per la P.A. che spesso procede alla relativa dismissione<sup>42</sup>;

b) l'edificazione, a causa del costo delle materie prime, diventerà a breve insostenibile<sup>43</sup>;

c) la forte riduzione delle nascite ha contribuito all'incremento del lascito solidale, sempre più consistente, a favore di organizzazioni *non profit*<sup>44</sup>.

<sup>40</sup> In merito v. le lucide conclusioni di C. MIGNONE, *Gli accordi di co-progettazione ex art. 55 c.t.s. Ambito operativo, causa, parametri di realizzazione degli interessi*, in *Corti salernitane*, 2022, in corso di pubblicazione il quale rileva, a proposito del fondamento causale della co-progettazione, che «la causa del negozio è chiaramente espressiva della etero-destinazione dei risultati dell'attività programmata. Essa esprime la funzionalizzazione della fattispecie negoziale a un risultato ulteriore rispetto a quello partecipativo puro. Un risultato che guarda "alla realizzazione di specifici progetti di servizio o di intervento finalizzati a soddisfare bisogni definiti" (art. 55, comma 3, c.t.s.)». Il punto d'arrivo ha alle spalle una osservazione critica alla posizione dominante che equipara funzionalmente la co-progettazione al contratto con comunione di scopo, per tutti v. A. FICI, *I "presupposti negoziali" dell'"amministrazione condivisa": profili di diritto privato*, in *I rapporti tra pubbliche amministrazioni ed enti del terzo settore. Dopo la sentenza della Corte Costituzionale n. 131 del 2020*, a cura di A. Fici, L. Gallo e F. Giglioli, Napoli, 2020, 55 ss.

<sup>41</sup> In merito v. C. MIGNONE, *Gli accordi*, cit., in corso di pubblicazione che ci ricorda che «utili conferme provengono dalla prassi amministrativa (gli avvisi pubblici di co-progettazione a livello locale), che da tempo esibisce un tratto qualificante nella "messa in comune di risorse per l'attuazione di progetti e obiettivi condivisi", e quindi nella «compartecipazione» del privato sociale alla realizzazione del progetto in termini di "beni immobili, attrezzature, strumentazioni, automezzi, risorse umane e capacità di reperire contributi e/o finanziamenti da parte di enti non pubblici"».

<sup>42</sup> I costi di gestione e cura degli immobili sono alla base dell'interessante prospettiva di L. FOLLIERI, *La proprietà insostenibile. Rinuncia alla proprietà immobiliare tra interesse privato e ragioni della collettività*, Napoli, 2022, *passim*, il quale ammette il potere di rifiuto in capo allo Stato degli effetti acquisitivi prodotto dalla rinuncia alla proprietà immobiliare (art. 827 c.c.) in ragione dell'interesse «generale di evitare che l'esercizio del fascio di poteri ricompresi nel diritto di proprietà possa pregiudicare la collettività» (p. 27).

<sup>43</sup> L'incremento del costo delle materie prime è ormai un fatto noto. Dai dati ISTAT (<https://www.istat.it/it/archivio/costidicostruzione?page=3>) dei costi di costruzione di fabbricati residenziali emerge che l'incremento di costo su base annua si aggirava nel 2017 intorno allo + 0,3 %, con una crescita lineare rispetto agli anni precedenti, per arrivare nel 2022 a una crescita esponenziale dell'8,4 % su base annua.

<sup>44</sup> Già nel 2005 si discorreva di un incremento consistente dei lasciti ereditari a favore di enti non profit, R. BERTA, *La pira-*

<sup>39</sup> Cfr. M. D'AMBROSIO, *Lucratività e scopo ideale alla luce della riforma del terzo settore*, in *Riv. dir. impr.*, 2017, 381, che inquadra perfettamente la premessa della riforma nell'arretramento dell'intervento pubblico, in ragione del vincolo di bilancio imposto alle Pubbliche amministrazioni.

Quanto alla copiosa letteratura più generale si rinvia, seppure in termini non esaustivi, a S. AMOROSINO, *Il terzo settore tra pubblici poteri ed autonomia sociale*, in *Rass. dir. civ.*, 2019, 304 ss.; D. DI SABATO e O. NOCERINO (a cura di), *Il Terzo settore. Profili critici della riforma*, Napoli, 2019, *passim*; M. GORGONI (a cura di), *Il Codice del Terzo settore. Commento al Decreto legislativo 3 luglio 2017, n. 117*, Pisa, 2018, *passim*; M.V. DE GIORGI, *Terzo settore. Il tempo della riforma*, in *Studium iuris*, 2018, 139 ss.; M. D'AMBROSIO, *Reform of non-profit organisations in Italy: strengths and weaknesses*, in *Italian Law Journal*, 2018, 547 ss.

È interessante notare come alcuni regolamenti comunali abbiano previsto forme ulteriori di condivisione pubblico-privata in materia di beni comuni, sul punto v. M. FRANCESCA, *Acqua bene comune: la difficile convivenza di teorie e fatti*, in *Rass. dir. civ.*, 2022, 555.



Con riferimento a quest'ultimo punto, una rilevazione statistica del Comitato testamentario solidale ha stimato<sup>45</sup> che, in Italia, nel *post* pandemia il lascito ha assunto una consistenza pari al 22%, tenuto conto di quanti hanno già predisposto un lascito testamentario o sono orientati a farlo.

La riferita crescita consente di tratteggiare il futuro.

Insomma: presto gli enti deputati dall'art. 55 del Codice del Terzo settore a mappare i nuovi bisogni sociali di aree territoriali, alla co-programmazione e alla co-progettazione disporranno di beni da condividere con gli attori pubblici<sup>46</sup> nelle aree più varie, dall'istruzione all'inclusione sociale e con questo bisognerà fare i conti. In una simile dinamica, l'apposizione di un vincolo pubblico su un bene privato e la sua opponibilità in sede circolatoria consentono la stabilità della funzione apposta e del

*mide dei diversi tipi di donazione*, in *Enti non profit*, 2005, 769 ss., spec. 773, allorché si osserva che « Per quanto riguarda invece i secondi (lasciti testamentari), che stanno acquistando sempre più peso, possono non rappresentare un modo di acquisizione immediato di beni o denaro per l'ente non profit, ma possono contribuire a incrementarne il patrimonio consentendo di operare con maggiore tranquillità una volta acquisito il bene. È un tipo di azione molto utilizzato da enti culturali che, a volte, in questo modo possono entrare in possesso di immobili lasciandone magari in parte l'utilizzo ai vecchi proprietari».

<sup>45</sup> Il Comitato Testamentario Solidale, di cui fanno parte 25 organizzazioni non profit e patrocinato dal Consiglio Nazionale del Notariato, ha rilevato la forte crescita del lascito solidale in Italia. In merito si osserva che «Con l'emergenza sanitaria scende l'aspettativa di una società migliore, ma salgono le donazioni verso le organizzazioni del terzo settore e la pro-pensione al testamento solidale. In occasione della Giornata Internazionale del Lascito Solidale, il Comitato Testamentario Solidale ha presentato la seconda edizione della survey "Gli italiani e la solidarietà ai tempi del coronavirus", condotta da Walden Lab dal 17 al 21 giugno 2021, su un campione di 1015 persone di età compresa tra i 25 e i 75 anni (campione statisticamente rappresentativo di circa 40 milioni di italiani). [...] Cresce il numero di quanti hanno già predisposto un lascito testamentario o sono orientati a farlo: tra gli ultracinquantenni sono il 22%, con una crescita di ben 10 punti in 3 anni (erano il 12% nel 2018)» (<https://www.legadelfilodoro.it/it/pandemia-crescono-lasciti-solidali-fiducia>). Già nel 2014, nel quotidiano della Pubblica amministrazione ([http://www.ilquotidianodellapa.it/\\_contents/news/2015/giugno/1433852054516.html](http://www.ilquotidianodellapa.it/_contents/news/2015/giugno/1433852054516.html)), si dava atto dei dati statistici rilevati dal Consiglio Nazionale del Notariato e nei quali si affermava che il numero dei testamenti solidari aperti, depositati e registrati in media presso i notai italiani si attestavano intorno ai centomila, con una crescita, negli ultimi 10 anni, del 10% tra gli italiani.

<sup>46</sup> Sul punto v. il Decreto del Ministro del Lavoro e delle Politiche Sociali n. 72 del 31 marzo 2021, che ha introdotto le linee guida sul rapporto tra pubbliche amministrazioni ed enti del Terzo settore, disciplinato negli articoli 55-57 del decreto legislativo n. 117 del 2017 (Codice del Terzo settore). Nella prospettiva sopra enunciata v. C. MIGNONE, *op. cit.* che rammenta come le indicazioni presenti nelle richiamate linee guida centrino nella reciprocità dei rapporti economici (risorse materiali e immateriali) tra le parti l'effettiva idoneità della collaborazione a produrre un impatto concretamente positivo.

relativo servizio, a fronte di vicende dismissive del bene o di azioni creditorie. Infatti, le linee ministeriali di attuazione degli articoli 55-57 del decreto legislativo n. 117 del 2017 (Codice del Terzo settore) individuano nel fine ultimo della cogestione proprio la «continuità del rapporto di collaborazione sussidiaria, come tale produttiva di integrazione di attività, risorse, anche immateriali, qualificazione della spesa e, da ultimo, costruzione di politiche pubbliche condivise e potenzialmente effettive, oltre alla produzione di clima di fiducia reciproco»<sup>47</sup>.

Qualche immagine può essere di supporto. Si diceva di un centro per anziani o di un centro bibliotecario, ma il medesimo discorso può seguire l'ipotesi di un lascito a favore di un ente del terzo settore di intervento sul randagismo e sugli abbandoni di animali domestici. Spesso i volontari di questi enti hanno bisogno di spazi enormi per ospitare i numeri, sempre crescenti, di animali abbandonati e così sottrarli dalle dinamiche certamente poco felici di canili o quanto altro. Il loro supporto alla tenuta civile e sicura dei luoghi spesso determina anche un abbattimento dei costi comunali per la gestione del randagismo e favorisce pratiche di adozione e di controllo più efficaci nella gestione degli affidi. Proprio questi enti fruiscono spesso di donazioni dei tanti animalisti e amanti degli animali. È dunque ben possibile che fruiscono di una donazione o di un lascito ereditario di un immobile con annesso parco verde, utile alla migliore sistemazione degli animali, ed è altrettanto probabile che partecipino a forme di cogestione, considerato proprio l'interesse dell'amministrazione a sgravare i propri bilanci a favore di azioni più efficienti condotte da questi enti. Nell'arco di un paio d'anni il risultato può produrre un benessere complessivo tale da guidare l'amministrazione a spostare le poste di bilancio destinate ai canili su altre esigenze sociali. A questo punto è facile immaginare come la fuoriuscita del bene dalla titolarità dell'ente che lo abbia apportato nel quadro economico della cogestione non sia affatto neutro, anzi possa causare delle gravi ripercussioni, fino a problemi di gestione economica delle sopravvenienze. Nel caso di bene acquisito per donazione o per lascito ereditario nella titolarità pubblica, è noto che l'interesse della P.A. annulla ogni ragione di potenziali conflitti con i terzi, mentre nell'ipotesi di bene appartenente a un ente privato, il medesimo potrebbe essere oggetto di azioni creditorie o semplicemente di atti dispositivi che lo distraggano dalla funzione negozialmente impressa. In queste ipotesi l'apposizione di un vincolo d'uso pubblico *ex art. 2645 quater*, in ragione della coge-

<sup>47</sup> Decreto del Ministro del Lavoro e delle Politiche Sociali n. 72 del 31 marzo 2021, cit.



stione, sarebbe funzionale a quella continuità, tracciata come essenziale nelle richiamate linee ministeriali. Il risultato che si ottiene è al fondo analogo a quanto stabilito dalle Sezioni unite a proposito di acquisto di beni ereditari da parte della P.A., là dove si stabilisce la superiorità del diritto amministrativo (anche come competenza giurisdizionale) rispetto a rapporti di natura privatistica inerenti al bene acquisito nel patrimonio dello Stato<sup>48</sup>.

«Date mille lingue a una notizia gradita, e le disgrazie si annuncino da sé nel momento in cui colpiscono» e molti sono gli strumenti che concorrono alla costituzione del canale della solidarietà alternativo a quello di mercato<sup>49</sup>.

La trascrizione allora non sembra affatto estranea al mutamento dei rapporti sociali<sup>50</sup>; anzi, apre la propria funzione stabilizzante alla declinazione della azione pubblica, senza con ciò necessariamente tradire il suo ruolo di regola di circolazione della ricchezza immobiliare.

<sup>48</sup> Il riferimento è alla nota sentenza Cass., civ., Sez. Un., 12 giugno 1992, n. 7229, in *One Legale*.

<sup>49</sup> Corte cost., 20 maggio 2020, n. 131, in *Giur. cost.*, 2020, 1439 ss. con commento di G. ARENA, *L'amministrazione condivisa ed i suoi sviluppi nel rapporto con cittadini ed enti del Terzo settore*; E. CASTORINA, *Le formazioni sociali del terzo settore: la dimensione partecipativa della sussidiarietà*, in *Rivista AIC*, 2020, 355 ss.; M. GALDI, *Riflessioni in tema di terzo settore e interesse generale. Osservazioni a Corte cost. 26 giugno, n. 131*, in *federalismi.it*, 2020, 88 ss.; E. ROSSI, *Il fondamento del Terzo settore è nella Costituzione. Prime osservazioni sulla sentenza n. 131 del 2020 della Corte costituzionale*, in *Forum di Quaderni Costituzionali*, 2020, 49 ss.

<sup>50</sup> La trascrizione, in quanto presidio giuridico della sicurezza, non potrebbe fare altrimenti e anzi come ci ricordano le pagine suggestive di M. GRONDONA, *Il diritto tra forza e fiducia, e la fiducia quale forza del diritto*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2022, 285, l'affermazione crociana «il mero Diritto è nient'altro che la Forza [...] può essere letta non nel senso che il diritto è come tale una forza schiacciante ogni altra dimensione che ad esso faccia resistenza; ma nel senso che la forza del diritto è il mezzo indispensabile per far sì che la massa di interessi reclamanti giuridicità trovino, intanto, un ordine, e, poi, per far sì che quell'ordine venga fatto rispettare, nella chiave della tutela (che è peraltro una forma di relazione)».

## L'USO DELLE “TECNOLOGIE MOBILI” APPLICATE ALLA SALUTE: RIFLESSIONI AL CONFINE TRA LA FORZA DEL PROGRESSO E LA VULNERABILITÀ DEL SOGGETTO ANZIANO\*

| 32

L'uso delle “tecnologie mobili” applicate alla salute: riflessioni al confine tra la forza del progresso e la vulnerabilità del soggetto anziano (Claudia Irti)

Di Claudia Irti

**SOMMARIO:** *1. Politiche europee sulla salute e nuove tecnologie: dallo e-Health Action Plan allo European Health Data Space. - 2. La Mobile-health. - 2.1 La base giuridica per il lecito trattamento dei dati relativi alla salute nelle Medical MobileApp. - 2.2. ...e nelle Health MobileApp. - 3. Il lecito trattamento dei dati relativi alla salute del soggetto interessato anziano-vulnerabile. - 3.1 L'altra faccia della vulnerabilità: i rischi connessi all'uso dell'intelligenza artificiale e del machine learning nell'ambito sanitario. - 3.1.1 Dalla vulnerabilità strutturale alla vulnerabilità complessa. L'anziano come soggetto vulnerabile.*

*ABSTRACT.* Il contributo indaga il regime giuridico applicabile alla massa di dati relativi alla salute dei cittadini reperibili grazie al sempre più diffuso utilizzo di servizi e applicazioni digitali mobili di uso quotidiano rivolte al “mondo della salute”. La questione assume particolare rilievo quando il trattamento di questi dati riguarda la fascia di popolazione più avanzata di età, stante la quasi totale assenza di considerazione nelle tematiche connesse alla circolazione dei dati personali della condizione di individuo vulnerabile in ragione dell'avanzare dell'età.

*The contribution investigates the legal regime applicable to the massive amount of data related to citizens' health that can be retrieved thanks to the increasingly widespread use of everyday digital mobile services and applications aimed at the “world of health”. The issue becomes particularly relevant when the data processing concerns the most advanced age group of the population, given the almost total absence of consideration in the issues related to the circulation of personal data regarding the condition of vulnerable individuals due to advancing age.*



## 1. Politiche europee sulla salute e nuove tecnologie: dallo e-Health Action Plan allo European Health Data Space.

Il progressivo e inarrestabile invecchiamento della popolazione mondiale<sup>1</sup> rappresenta uno dei cambiamenti demografici più significativi della storia recente, fattore che sta incidendo – e di più lo farà nei prossimi decenni – su molti equilibri sociali ed economici. La situazione emergenziale dovuta ai recenti eventi pandemici ha ben messo in luce come il settore sanitario-assistenziale è tra quelli che più risente di tale cambiamento, ponendo all’attenzione dell’Unione Europea e dei singoli Stati membri il problema immediato di sostenere ed efficientare un sistema che nel corso degli anni è stato gravemente ‘depotenziato’ (per le note esigenze di sostenibilità del quadro macroeconomico), finendo così con il riportare la sanità, dopo molte decadi, al centro dell’agenda politica.

Non sorprende, dunque, come una delle missioni del Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza (la sesta) sia interamente dedicata alla “Salute”, con uno stanziamento di 18,5 miliardi per finanziamenti destinati in larga parte a modernizzare e digitalizzare il sistema sanitario<sup>2</sup>. Molti dei problemi presenti e futuri di questo complesso settore si ritiene, infatti, possano e debbano essere risolti attraverso l’implementazione dell’uso delle nuove tecnologie e, più in particolare, dell’intelligenza artificiale a servizio della salute, accelerando quel processo già in atto da alcune decadi che va sotto il nome di *e-Health*<sup>3</sup>.

\* Il presente contributo è destinato agli Studi in onore di Rosalba Alessi.

<sup>1</sup> “La rivoluzione silenziosa” fu la suggestiva definizione utilizzata Kofi Annan, Premio Nobel per la Pace e già Segretario Generale delle Nazioni Unite (ONU) nel 2002.

<sup>2</sup> Tra gli obiettivi del PNRR si segnala quello di “potenziare e innovare la struttura tecnologica e digitale del servizio sanitario nazionale a livello centrale e regionale al fine di garantire un’evoluzione significativa delle modalità di assistenza sanitaria, migliorando la qualità e la tempestività delle cure; valorizzando il ruolo del paziente come parte attiva del processo clinico assistenziale; e garantendo una maggiore capacità di governance e programmazione sanitaria guidata dalla analisi dei dati, nel pieno rispetto della sicurezza e della tutela dei dati e delle informazioni”.

<sup>3</sup> Secondo lo studio *Artificial Intelligence and life in 2030 – One Hundred Year Study on Artificial Intelligence*, pubblicato dall’Università di Stanford nel 2016, il settore sanitario è uno degli otto settori in cui l’impatto dell’intelligenza artificiale sarà maggiormente rilevante. Il mercato dell’intelligenza artificiale è inoltre uno dei più fiorenti; secondo un report della *Coherent Market Insights* il mercato dell’AI, dal valore attuale di 3285 milioni di dollari, crescerà di oltre ventidue volte nei prossimi sei anni, arrivando al valore complessivo di 74650 milioni di dollari nel 2027 (<https://www.coherentmarketinsights.com/market-insight/artificial-intelligence-in-healthcare-market-436>)

Con il termine *e-Health* si è soliti far riferimento a quell’ambito sanitario che emerge nell’intersezione tra informatica medica, sanità pubblica e attività economica, ricomprendente tutti quei servizi e quelle informazioni sanitarie forniti o condivisi attraverso l’uso di tecnologie informatiche e di telecomunicazione<sup>4</sup>, anche se, in senso ampio, lo stesso esprime piuttosto un modo di pensare, un’attitudine e un impegno per migliorare l’assistenza sanitaria utilizzando le tecnologie dell’informazione e della comunicazione.

È un ambito in costante crescita nei Paesi europei ed è stato oggetto di attenzione da parte della Commissione europea fin dal 2004, quando fu pubblicato il primo piano d’azione per implementare la cosiddetta “sanità digitale”: l’*e-Health Action Plan*<sup>5</sup>.

Più di recente - con la Comunicazione *A European Health Data Space: harnessing the power of health data for people, patients and innovation*<sup>6</sup>, che accompagna la Proposta di Regolamento sullo spazio europeo dei dati sanitari<sup>7</sup> per la costituzione di uno *European Health Data Space* - la Commissione è tornata a ribadire come la digitalizzazione

<sup>4</sup> G. EYSENBACH, “What is e-health?”, in *Journal of Medical Internet Research*, III, 2, 20, 2001 (traduzione della scrivente).

<sup>5</sup> Adottato nel 2004 attraverso la Comunicazione 2004/356 e poi rinnovato per mezzo della Comunicazione 2012/736. Successivamente con la Comunicazione 2018/233, «relativa alla trasformazione digitale della sanità e dell’assistenza nel mercato unico digitale, alla responsabilizzazione dei cittadini e alla creazione di una società più sana», la Commissione è tornata ad enfatizzare i benefici ottenibili grazie alla digitalizzazione dei sistemi sanitari, fra cui la possibilità di «accrescere il benessere di milioni di cittadini e cambiare radicalmente il modo in cui i servizi sanitari e assistenziali vengono forniti ai pazienti», sottolineando come lo sviluppo dei servizi sanitari digitali consentirebbe di «sostenere la riforma dei sistemi sanitari e la loro transizione verso nuovi modelli di assistenza, basati sui bisogni delle persone, e (di) consentire un passaggio da sistemi incentrati sugli ospedali a strutture assistenziali integrate e maggiormente basate sulle comunità». La Commissione europea ha altresì chiarito come il raggiungimento di tali obiettivi sia stato sinora frenato dall’assenza di un’effettiva interoperabilità dei dati sanitari e dalla frammentazione del mercato, fattori che «rappresentano un ostacolo ad un approccio integrato alla prevenzione delle malattie e ad una cura e assistenza meglio adattate alle esigenze dei cittadini». Nel contesto attuale, infatti, le attività di condivisione e scambio dei dati sanitari a livello europeo sono limitate alla cooperazione volontaria fra paesi membri, i quali si avvalgono a tal fine di una *eHealth Digital Service Infrastructure*: la cooperazione è tuttavia rimasta circoscritta allo scambio dei fascicoli sanitari dei pazienti e delle prescrizioni in formato telematico. È per questo motivo che la Commissione europea ha assunto un impegno concreto volto all’adozione di standard europei per la qualità, affidabilità e sicurezza dei dati sanitari e per l’adozione di un formato europeo che renda possibile la standardizzazione delle cartelle cliniche elettroniche e quindi lo scambio (Raccomandazione (UE) 2019/243 della Commissione, del 6.2.2019, relativa a un formato europeo di scambio delle cartelle cliniche elettroniche).

<sup>6</sup> COM(2022) 196 del 3.5.2022.

<sup>7</sup> COM(2022) 197 del 3.5.2022.



sia assolutamente essenziale per il futuro dell'assistenza sanitaria e la trasformazione digitale sia fondamentale per fornire un'assistenza sanitaria migliore ai cittadini, per costruire sistemi sanitari economicamente e qualitativamente stabili e affidabili, per sostenere la competitività e l'innovazione a lungo termine nel settore medico dell'UE. In tale documento la Commissione ha altresì riaffermato come i dati siano una risorsa indispensabile che, se utilizzata in modo responsabile e nel pieno rispetto dei diritti fondamentali, possa apportare immensi benefici a ogni aspetto della nostra vita quotidiana, compresa la salute. Sebbene ogni secondo venga generata un'enorme quantità di dati sulla salute, che fornisce ai servizi sanitari e ai ricercatori potenziali informazioni preziose<sup>8</sup>, la complessità e la divergenza di norme, strutture e processi all'interno e tra gli Stati membri rende difficile accedere e condividere facilmente i dati sanitari; ciò crea ostacoli all'erogazione dell'assistenza sanitaria e all'innovazione, impedendo ai pazienti di beneficiare dei conseguenti vantaggi. Per permettere all'UE di sfruttare appieno il potenziale offerto da uno scambio, un uso e un riutilizzo sicuri e protetti dei dati sanitari, la Commissione ha dunque presentato una proposta legislativa volta a creare uno spazio europeo dei dati sanitari, per consentire alle persone di assumere il controllo dei propri dati e di utilizzarli per una migliore erogazione dell'assistenza sanitaria, ampliando anche in questo settore la Strategia europea dei dati<sup>9</sup> il cui obiettivo finale è quello di «incrementare l'utilizzo e la domanda di dati e di prodotti e servizi basati sui dati in tutto il mercato unico».

## 2. La Mobile-health.

Indubbiamente il funzionamento e l'efficientamento delle strutture tecnologiche impiegate in ambito sanitario dipendono e dipenderanno sempre più dal costante monitoraggio dei dati sanitari e comportamentali in grado di rivelare lo stile di vita dei singoli individui, oggi potenzialmente possibile in via capillare grazie all'utilizzo di sistemi di intelligenza artificiale che permettono l'immagazzinamento e la stratificazione di un enorme quantità di dati di singoli e di gruppi di individui.

In forma più tradizionale il monitoraggio dei parametri vitali e sanitari dei pazienti - attività necessaria per la diagnosi e il controllo di molte patologie

- è perlopiù stato attuato mediante l'utilizzo di dispositivi medici portatili sotto la direzione e il controllo di un'istituzione sanitaria (si pensi ai dispositivi di monitoraggio cardiaco come l'holter).

Oggi, tuttavia, si assiste all'ampia diffusione di applicazioni *software* destinate al controllo e raccolta di dati sanitari, parametri vitali e dati comportamentali degli individui, progettate per funzionare su dispositivi portatili di uso comune come *tablet*, *smartphone* e *smartwatch*, capaci di monitorare attraverso biosensori e analizzare attraverso l'intelligenza artificiale la condizione fisica dell'utente: i valori biologici degli utilizzatori vengono monitorati costantemente e in tempo reale, raccolti, analizzati e restituiti attraverso statistiche mediante l'uso di apposite app - le c.d. *Health app* - in grado di fornire *output* relativi al miglioramento del proprio stile di vita e stato di salute, anche senza che un tale processo sia assoggettato ad uno specifico controllo medico<sup>10</sup>.

L'assenza di controllo da parte di un sanitario, esercitato anche solo a distanza, esclude che l'attività di monitoraggio possa essere fatta rientrare nel più definito ambito della c.d. telemedicina<sup>11</sup> - intendendosi con tale espressione fare riferimento a quella modalità di erogazione di assistenza sanitaria effettuata "tramite il ricorso a tecnologie innovative, in particolare alla *Information and Communication Technologies* (ICT), in situazioni in cui il professionista della salute e il paziente non si trovano nella stessa località" - ma non esclude che la stessa possa essere assoggettata a quella apposita normativa comunitaria<sup>12</sup> diretta a regolamentare l'utilizzo dei

<sup>10</sup> Un fenomeno, quest'ultimo, che viene nomenclativamente ricondotto nella c.d. "mobile-health" (*mHealth*), espressione con la quale si fa riferimento all'insieme di "tecnologie mobili" a comunicazione *wireless* applicate in ambito medico sanitario o in ambiti correlati alla salute, definizione contenuta al punto 1 del documento "Mobile-health" e applicazioni per la salute: aspetti bioetici, approvato dal Comitato Nazionale per la Bioetica il 28.5.2015.

<sup>11</sup> La cui definizione è fornita dal documento di *soft law* "Telemedicina - Linee di indirizzo nazionale" approvato d'intesa tra Governo, Regioni e Province autonome di Trento e Bolzano nel 2014. In proposito si vedano i rilievi di C. BOTRUGNO, *Un diritto per la telemedicina: analisi di un complesso normativo in formazione*, in *Pol. dir.*, 4, 2014, 639 ss., che rileva come "Rispetto alla più ampia sfera dell'*e-health*, (...) il tratto distintivo della telemedicina risiede nel presupporre comunque una forma di interazione, in tempo reale o differito, tra il paziente e il professionista sanitario. Conformemente all'orientamento adottato in sede comunitaria, infatti, la telemedicina presuppone l'erogazione di una prestazione medica, ovvero di una *performance* di natura intellettuale, resa da un professionista abilitato all'esercizio della professione".

<sup>12</sup> Il Reg. (UE) 2017/745 e il Reg. (UE) 2017/746 (succeduti alle Direttive Comunitarie 93/42/CEE sui dispositivi medici, 98/79/CE sui dispositivi medici diagnostici in vitro e 90/385/CEE sui dispositivi medici impiantabili attivi) che regolamentano in modo uniforme in tutti i Paesi della Unione Euro-

<sup>8</sup> Si stima che il riutilizzo dei dati sanitari abbia un valore di circa 25-30 miliardi di euro all'anno. Si prevede che questa cifra raggiunga circa 50 miliardi di euro entro 10 anni.

<sup>9</sup> *A European data strategy*, 2020.



“dispositivi medici”. In base alla definizione fornita dal Reg. (UE) 2017/745, infatti, anche il *software* progettato per funzionare su apparecchiature portatili di uso comune può essere considerato “dispositivo medico”<sup>13</sup>, purché sia esplicitamente destinato dal fabbricante a essere impiegato per una o più destinazioni d’uso medico (quali ad esempio diagnosi, prevenzione, monitoraggio, previsione, prognosi, trattamento o attenuazione di malattie)<sup>14</sup>.

La distinzione tra *Medical MobileApp* - qualificate quali dispositivi medici<sup>15</sup> e sottoposte a specifi-

---

pea il settore dei dispositivi medici, demandano all’Autorità Competente di ciascun Stato membro la designazione degli Organismi Notificati, che valutano, controllano e verificano i dispositivi medici. Per maggiori approfondimenti sulla disciplina si veda G. CAPILLI, *Diritto Privato sanitario*, Pisa, 2022, 54 ss.

<sup>13</sup> A norma dell’art. 2 Reg. (UE) 2017/745 è considerato dispositivo medico “qualunque strumento, apparecchio, apparecchiatura, software, impianto, reagente, materiale o altro articolo, destinato dal fabbricante a essere impiegato sull’uomo, da solo o in combinazione, per una o più delle seguenti destinazioni d’uso mediche specifiche: - diagnosi, prevenzione, monitoraggio, previsione, prognosi, trattamento o attenuazione di malattie, - diagnosi, monitoraggio, trattamento, attenuazione o compensazione di una lesione o di una disabilità, - studio, sostituzione o modifica dell’anatomia oppure di un processo o stato fisiologico o patologico, - fornire informazioni attraverso l’esame in vitro di campioni provenienti dal corpo umano, inclusi sangue e tessuti donati, e che non esercita nel o sul corpo umano l’azione principale cui è destinato mediante mezzi farmacologici, immunologici o metabolici, ma la cui funzione può essere qua giovata da tali mezzi”.

<sup>14</sup> “È necessario precisare che il software specificamente destinato dal fabbricante a essere impiegato per una o più delle destinazioni d’uso mediche indicate nella definizione di dispositivo medico si considera un dispositivo medico, mentre il software destinato a finalità generali, anche se utilizzato in un contesto sanitario, o il software per fini associati allo stile di vita e al benessere non è un dispositivo medico. La qualifica di software, sia come dispositivo sia come accessorio, è indipendente dall’ubicazione del software o dal tipo di interconnessione tra il software e un dispositivo” (considerando 19 Reg. (UE) 2017/745). Rilievo essenziale viene attribuito alla *destinazione d’uso* impressa dal fabbricante, e ciò a prescindere dal contesto nel quale l’applicazione è utilizzata e dalle modalità di utilizzo. In tal senso si era già espressa la Corte di Giustizia dell’Unione Europea nella sentenza relativa alla Causa C-329/16, *Snitem e Philips France*, la quale - nel vigore della dir. 93/42/CEE - aveva affermato che per ricadere nell’ambito di applicazione della direttiva, non è sufficiente che un software sia utilizzato in un contesto medico, ma occorre anche che la sua finalità, definita dal fabbricante, debba essere specificamente medica. Contestualmente ha ritenuto irrilevante, ai fini della qualificazione come dispositivo medico, il fatto che il software agisca o non agisca direttamente sul corpo umano, rinvenendo quale unica condizione fondamentale quella legata alla sua finalità: pertanto un software che tra le sue funzionalità, consenta l’utilizzo dei dati personali di un paziente, allo scopo di rilevare le controindicazioni, le interazioni tra medicinali e le posologie eccessive, costituisce, quanto a tale funzionalità, un dispositivo medico, indipendentemente dal suo agire o meno direttamente nel o sul corpo umano.

<sup>15</sup> La *Food and Drug Administration* (FDA) statunitense ha pubblicato nel settembre del 2019 una proposta (*Proposed regulatory framework for modifications to artificial intelligen-*

che forme di validazione scientifica, autorizzazione e controllo da parte di appositi organismi - e generiche *Health MobileApp* - di libera commercializzazione - risiede dunque in una espressa destinazione d’uso del fabbricante.

Una distinzione che, evidentemente, non può non suscitare alcune perplessità.

Ai produttori di software “per la salute” che intendono sfuggire alla regolamentazione destinata ai soli dispositivi medici è infatti sufficiente presentare i loro servizi digitali come semplici strumenti di controllo del benessere e dello stile di vita, per rimanere “vicini” al mercato della salute, tenendosi a debita distanza da quel complesso di regole e controlli cui sono assoggettati i soli software qualificati quali dispositivi medici. Una scelta economicamente premiante se solo si considera - come opportunamente evidenziato dal Comitato di Bioetica nel documento “*Mobile-health e applicazioni per la salute: aspetti bioetici*” - che “*ciò che tende a prevalere nel mercato delle app sulla salute è, in luogo della valutazione di esperti, il parere delle persone che lo hanno scaricato e provato. È questo il criterio di valutazione in questo campo, in cui tutto cambia molto velocemente: ciò che ha un impatto reale è ciò che gli utenti giudicano come affidabile, ricavabile dal numero dei download e dalle valutazioni espresse in rete. In questo senso ciò che guida gli utenti ad installare una app non è tanto la validazione scientifica quanto piuttosto il tasso di gradimento in rete espresso dai consumatori*”<sup>16</sup>.

Tenuto conto che le informazioni generali riferite alla salute e al benessere devono essere comunque accurate e affidabili, perché su di esse si basano scelte e decisioni che possono incidere negativamente sulla salute degli individui, resta aperto il problema di come sopperire alla mancanza e carenza di un’adeguata validazione scientifica delle citate applicazioni rispetto a parametri di sicurezza e di efficacia, potendosi al momento - in assenza di previsioni normative che subordinino la commercializ-

---

ce/machine learning-based software as a medical device) su come intende applicare la sua regolamentazione al software destinato alle piattaforme mobili, utilizzate in ambito medico, le Applicazioni Mobili Mediche (*Mobile Medical App*). Anche per la FDA la destinazione d’uso di una Applicazione Mobile determina se il relativo software soddisfa la definizione di “dispositivo medico” e, come indicato nel 21 CFR 801.4, la destinazione d’uso può essere dichiarata attraverso l’etichettatura, materiale pubblicitario, o attraverso dichiarazioni orali o scritte da parte dei fabbricanti o dei loro rappresentanti. L’Applicazione Mobile è un dispositivo medico quando la sua destinazione d’uso è rivolta alla: diagnosi, cura, attenuazione, trattamento o prevenzione di una malattia, oppure incide sulla struttura o su una funzione del corpo dell’uomo.

<sup>16</sup> In “*Mobile-health e applicazioni per la salute: aspetti bioetici*”, documento risalente al maggio del 2015, 8-9, *cit.*; per riferimenti bibliografici si veda la nota 5.

zazione di *app* non classificabili come dispositivi medici ad apposita sperimentazione<sup>17</sup> - fare appello al solo senso di auto-responsabilità dei produttori.

Sebbene sia opinione comune che i numerosi software legati al mondo della salute rappresentino un utile strumento di controllo e promozione per una vita più attiva e più sana, l'ampia diffusione degli stessi comporta un concreto rischio che gli utenti inizino a confidare eccessivamente nell'auto-monitoraggio e nelle diagnosi "fai da te" indotte dalle elaborazioni di algoritmi non validati da specialisti del settore medico.

La questione è degna di particolare attenzione soprattutto allorquando vengano presi in considerazione utilizzatori più vulnerabili quali gli anziani, presumibilmente meno capaci di valutare il grado di funzionalità e affidabilità del singolo servizio. Ne discendono in ambito giuridico riflessioni che spaziano dal versante etico-programmatico - destinate a sollevare dubbi circa l'opportunità di implementare l'uso della tecnologia nell'ambito della salute, se non supportata da adeguati programmi di accrescimento delle abilità e competenze digitali degli utenti meno avvezzi all'uso di tali strumenti e da una rete di relazioni umane che comunque assicuri loro il necessario supporto<sup>18</sup> - a quello della responsabilità<sup>19</sup> - ove si discute di chi e a che titolo debba rispondere dei possibili pregiudizi dannosi che

<sup>17</sup> La *Food and Drug Administration* (FDA) ha dichiarato che intende comunque monitorare le prestazioni di quelle Applicazioni Mobili che non sembrano rientrare nella definizione di dispositivi medici secondo le indicazioni date, per determinare se dovessero essere necessarie azioni diverse o aggiuntive al fine di proteggere la salute pubblica, ricordando ai produttori Applicazioni Mobili di essere comunque messi nella condizione di scegliere se avviare spontaneamente il processo di autorizzazione seguendo il *Quality System Regulation* (che comprende le buone pratiche di fabbricazione) nella progettazione e nello sviluppo delle loro applicazioni mobili.

<sup>18</sup> "Un (...) problema etico, con particolare riferimento agli anziani, riguarda il divario digitale o alla disuguaglianza di accesso alle nuove tecnologie dell'informazione e della comunicazione; bisognerebbe infatti fornire strumenti di accesso alle nuove tecnologie e implementare capacità e motivazione all'uso delle nuove tecnologie informatiche, affinché tutti possano partecipare pienamente alla società e non essere emarginati dalla rete. Al tempo stesso va garantito un accesso alternativo ai servizi, specie quelli sanitari, per chi preferisce non entrare nella sfera digitale, senza per questo dover subire discriminazioni. La promozione dell'accesso per tutti deve essere accompagnata da un'adeguata educazione alle abilità digitali e alle competenze digitali, anche con una motivazione per chi non vuole le nuove tecnologie informatiche", L. PALANZANI, *Etica nella gestione dei dati digitali e persone anziane, in Ipotesi per il futuro degli anziani*, a cura di C. SANGALLI e M. TRABUCCHI, Bologna, 2021, 67 ss., 74. Per altre riflessioni di natura etico-giuridica G. DI ROSA, *I robot medici*, in *Mercato e persona*, 1, 2022, 12 ss.

<sup>19</sup> C. PERLINGIERI, *Responsabilità civile e robotica medica*, in *Tecnologia e dir.*, 2020, 173 ss.

l'utente possa subire a causa di indicazioni e "suggerimenti" impartiti dall'intelligenza artificiale<sup>20</sup>.

Questo complesso scenario pone, tuttavia, un'altra questione di rilievo che si intende affrontare: quella relativa al regime giuridico applicabile alla enorme massa di dati relativi alla salute dei cittadini reperibili proprio grazie al diffuso utilizzo di servizi e applicazioni digitali mobili di uso quotidiano rivolte al "mondo della salute", e agli strumenti e alle modalità con le quali accrescere la consapevolezza degli utenti, specie se anziani, come partecipanti sia attivi che passivi di questo "fiorente mercato".

### 2.1. La base giuridica per il lecito trattamento dei dati relativi alla salute nelle *Medical MobileApp*.

Nell'indagare dal punto di visuale prescelto quale sia il regime giuridico di trattamento applicabile all'uso massivo dei dati nella *mobile health* è opportuno partire da due ordini di considerazioni: l'assenza all'interno del Reg. (UE) 2016/679 di uno statuto giuridico specifico per i dati sanitari (nel senso che si verrà a precisare); l'assenza di attenzione nelle tematiche connesse alla circolazione dei dati personali della condizione di individuo anziano e/o vulnerabile.

La prima considerazione muove dal fatto che nonostante il Regolamento fornisca una definizione di «dati relativi alla salute» come quei dati di una persona fisica in grado di rilevare «informazioni relative al suo stato di salute» (all'art. 4, § 1, n.15), specificandone ulteriormente il contenuto al considerando 35<sup>21</sup>, gli stessi vengono fatti rientrare nella

<sup>20</sup> In argomento G. DI ROSA, *Quali regole per i sistemi automatizzati "intelligenti"?*, in *Riv. dir. civ.*, 2021, 823 ss.; A. FUSARO, *Quale modello di responsabilità per la robotica avanzata? Riflessioni a margine del percorso europeo*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2020, 1344 ss.; G. COMANDÈ, *Multilayered (Accountable) Liability for Artificial Intelligence*, in *Liability for Artificial Intelligence and the Internet of Things*, a cura di S. LOHSSE, R. SCHULZE, D. STAUDENMAYER, Baden-Baden, 2019, 168 ss.

<sup>21</sup> Considerando 35 Reg. (UE) 2016/679 «Nei dati personali relativi alla salute dovrebbero rientrare tutti i dati riguardanti lo stato di salute dell'interessato che rivelino informazioni connesse allo stato di salute fisica o mentale passata, presente o futura dello stesso. Questi comprendono informazioni sulla persona fisica raccolte nel corso della sua registrazione al fine di ricevere servizi di assistenza sanitaria o della relativa prestazione di cui alla dir. 2011/24/UE del Parlamento europeo e del Consiglio; un numero, un simbolo o un elemento specifico attribuito a una persona fisica per identificarla in modo univoco a fini sanitari; le informazioni risultanti da esami e controlli effettuati su una parte del corpo o una sostanza organica, compresi i dati genetici e i campioni biologici; e qualsiasi informazione riguardante, ad esempio, una malattia, una disabilità, il rischio



macro categoria dei dati “particolari” (insieme a ogni altra informazione da cui sia possibile evincere l’orientamento sessuale, l’origine razziale o etnica, le convinzioni religiose e filosofiche, le opinioni politiche, l’appartenenza sindacale degli individui) la cui disciplina è dettata dall’art. 9 dello stesso Regolamento<sup>22</sup>.

In quanto genericamente rientrante nella categoria dei dati personali, il trattamento dei dati sanitari è dunque da considerarsi vietato, salvo non si ricada in una delle deroghe appositamente previste dalla citata norma, che ruotano attorno ai due poli (a) della autorizzazione per casi eccezionali e (b) del consenso dell’avente diritto.

Il primo ordine di eccezioni comprende una serie di ipotesi in cui entrano in gioco interessi superindividuali (quali ricerca scientifica, salute collettiva etc.) o una finalità di ordine terapeutico<sup>23</sup>, previsione quest’ultima che rende superfluo l’espresso consenso alla raccolta e gestione dei dati personali ai fini di diagnosi e cura ogni qual volta il “paziente” abbia deciso di assoggettarsi alle terapie<sup>24</sup>, esprimendo il consenso informato alla luce della l. 22.12.2017, n. 219<sup>25</sup>, dal momento che i dati vengono trattati sotto la responsabilità del medico, dei suoi ausiliari o comunque di altri soggetti investiti del rapporto di cura in essere, nel rispetto di specifici obblighi di riservatezza.

Una base di trattamento che può considerarsi operante, in linea di massima, anche in quelle ipote-

si in cui l’attività terapeutica avvenga utilizzando servizi di telemedicina<sup>26</sup>, in quanto trattasi comunque di prestazioni sanitarie fruibili a distanza sotto la direzione e il controllo di un’istituzione medica per le quali è richiesto all’utente/paziente il rilascio di uno specifico consenso informato al trattamento di cura, perlomeno in forma digitalizzata<sup>27</sup>.

La questione assume, tuttavia, un più elevato grado di complessità allorché si prendano in considerazione applicazioni con funzioni di intelligenza artificiale e apprendimento automatico in grado di indicare al paziente una terapia o un protocollo *in sostituzione del medico* o *in sua assenza*, ipotesi nelle quali i dati dei pazienti/utenti sono evidentemente trattati per fornire decisioni automatizzate destinate ad impattare in maniera diretta sulla loro stessa salute e sul loro benessere<sup>28</sup>. Ai sensi del § 4 dell’art. 22 del Regolamento, infatti, le decisioni automatizzate che si servano di «dati particolari» sono vietate «a meno che non sia d’applicazione l’art. 9, § 2, lettera a o g e non siano in vigore misure adeguate a tutela dei diritti, delle libertà e dei legittimi interessi dell’interessato». Ne consegue che l’utilizzo automatizzato di questi dati risulta lecito solo nel caso in cui vi sia il consenso dell’interessato (art. 9, § 2, lett. a, o quando rilevino motivi d’interesse pubblico (art. 9, § 2, lett. g).

<sup>26</sup> Anche in tali ipotesi è tuttavia necessario il consenso espresso del paziente quando ai dati dell’interessato possono aver accesso soggetti diversi dai professionisti sanitari o da altri soggetti tenuti al segreto professionale.

<sup>27</sup> Moduli firmati per via telematica, scambi di messaggi, registrazioni video, etc., forme che raccolgono (o dovrebbero raccogliere) l’espressione della volontà del paziente quale frutto, tuttavia, di un processo informativo e anamnastico basato sull’interazione personale di tipo relazionale: l’art. 1, 4° co., l. 22.12.17, n. 219 prevede che «il consenso informato, acquisito nei modi e con gli strumenti più consoni alle condizioni del paziente, è documentato in forma scritta o attraverso videoregistrazioni o, per la persona con disabilità, attraverso dispositivi che le consentano di comunicare». Un livello di digitalizzazione della sanità, quello da ultimo descritto, che comunque già solleva molti quesiti circa le possibili ricadute su persone fragili e vulnerabili “quali l’accessibilità delle tecnologie (la loro disponibilità e comprensibilità), l’usabilità e l’accettabilità familiare e sociale delle tecnologie, la definizione e sperimentazione di modelli decisionali non consueti che fanno riferimento a pratiche di decisione condivisa del paziente con la famiglia – si pensi alla situazione di anziani che non possono essere definiti incapaci ma le cui capacità cognitive si sono indebolite e devono essere supportati all’interno del contesto familiare e sociale in modo tale che siano aiutati a affrontare tutte le fasi della cura digitale, fra cui il consenso informato non fornito *de visu*”, così C. DI COSTANZO, *Consenso informato e impiego delle tecnologie. Implicazioni per il diritto pubblico e (auspicabile) ibridazione delle pratiche di cura*, in *Media Laws*, 2, 2022, 180 ss., spec. 192.

<sup>28</sup> C. BOTRUGNO, *Tecnologie dell’informazione e della comunicazione e tutela della salute le sfide aperte tra protezione, circolazione e riutilizzo dei dati*, in *Diritto e questioni pubbliche*, 2020, 137 ss., 150; M. CIANCIMINO, *op. cit.*, 95.

di malattie, l’anamnesi medica, i trattamenti clinici o lo stato fisiologico o biomedico dell’interessato, indipendentemente dalla fonte, quale, ad esempio, un medico o altro operatore sanitario, un ospedale, un dispositivo medico o un test diagnostico *in vitro*».

<sup>22</sup> Il quadro normativo delineato dal Reg. (UE) 269/2016 non muterebbe con l’approvazione della Proposta di Regolamento sullo spazio europeo dei dati sanitari (*cit.*), la quale persegue l’obiettivo primario di migliorare l’accesso e lo scambio in ambito europeo di diversi tipi di dati sanitari elettronici (quali cartelle cliniche elettroniche, dati genomici, registri di pazienti ecc.) nel pieno rispetto di quanto stabilito dal Regolamento rispetto ai dati sanitari personali e alle garanzie supplementari per il loro trattamento da quest’ultimo sancite (art. 1, § 4).

<sup>23</sup> Cfr. M. CIANCIMINO, *Protezione e controllo dei dati in ambito sanitario e intelligenza artificiale*, Napoli, 2020, 36 ss.

<sup>24</sup> Il d. lgs. 10.8.18, n.101 ha adeguato il nostro ordinamento al Reg. (UE) 269/2016, facendo venire meno l’obbligo di consenso quando i dati sono tratti per finalità di diagnosi e cura (art. 2-septies, Codice Privacy). Fornendo chiarimenti sull’applicazione della disciplina per il trattamento dei dati relativi alla salute in ambito sanitario – Provvedimento 7.3.2019, n. 5 - il Garante della privacy ha però precisato che le finalità di cura devono essere solo quelle essenziali, mentre quelle non strettamente necessarie richiedono il consenso espresso.

<sup>25</sup> Dal che si suggerisce oggi di distinguere tra consenso informato e consenso informatico posto che dal punto di vista puramente semantico la differenza tra consenso informato e consenso al trattamento dei dati personali è fuorviante. Ed essendo i due termini molto simili si ha il rischio di trarre in inganno i pazienti sebbene i due consensi coprano ambiti molto differenti

La base giuridica per il trattamento dei dati di pazienti da parte di sistemi di intelligenza artificiale integrati in *Medical mobile-app* è dunque, nella maggior parte dei casi<sup>29</sup>, il consenso esplicito; un consenso che, a ben guardare, diventa veicolo per una elaborazione degli stessi funzionale all'*output* decisionale, una "prescrizione di cura" - una terapia o un protocollo, ad esempio - ma anche una diagnosi predittiva originata dall'applicazione, peraltro non necessariamente prevedibile o controllabile *ex ante*, sulla base dei rischi connessi alle peculiarità del singolo sistema<sup>30</sup>. Esprimendo il consenso richiesto dall'articolo 22, § 4 del Regolamento l'interessato/utente/paziente è così chiamato a manifestare la sua (forse consapevole) approvazione sia al trattamento automatizzato dei dati sanitari che alla connessa decisione terapeutica automatizzata, di modo che il consenso del paziente rilasciato quale manifestazione della sua autodeterminazione informativa finisce per intersecarsi - se non addirittura sovrapporsi - con quello rilasciato quale espressione della sua autodeterminazione terapeutica<sup>31</sup>.

<sup>29</sup> Base giuridica per la liceità del trattamento di dati relativi alla salute nei sistemi di intelligenza artificiale può essere altresì identificata in quella indicata all'art. 9, §, lett. j del Regolamento che richiama l'art. 89, § 1 dello stesso Regolamento, ove si fa espresso riferimento alla necessità di predisporre garanzie adeguate per i diritti e le libertà dell'interessato, ossia l'anonimizzazione, quale tecnica di protezione dei dati generalmente utilizzata per evitare di dover richiedere il consenso del paziente. La questione è molto delicata soprattutto nel campo della biomedicina: in molti ambiti di questa branca della medicina/ricerca è stato dimostrato che l'anonimizzazione non è mai definitiva, nel senso che è spesso possibile la reidentificazione, e dunque l'unico strumento che garantisce il più alto standard di legittimità al trattamento è proprio il consenso; tuttavia le modalità di richiesta del consenso devono evolvere verso una forma di "consenso dinamico" e partecipativo, ove l'interessato sia messo in grado di prendere coscienza della importanza delle partecipazioni alla ricerca e anche della restituzione dei dati interpretati e gli sia comunque garantita la possibilità di mutare opinione (il diritto di revoca). In argomento, sui vari aspetti, A. SPINA, *La medicina degli algoritmi*, in *Intelligenza artificiale, protezione dei dati personali e regolazione*, a cura di F. PIZZETTI, Torino, 2018, 319 ss.; F.K. DANKAR, M. GERGELY, S.K. DANKAR, *Informed Consent in Biomedical Research*, in *Comput Struct Biotechnol J.*, 2019, 463 ss.; C. IRTI, *Personal data, non-personal data, anonymised data, pseudonymised data, de-identified data*, a cura di R. SENIGALLA, C. IRTI, A. BERNES, *Privacy and Data Protection in Software Service*, Singapore, Springer, 2021, 49 ss.; A. BERNES, *La protezione dei dati personali nell'attività di ricerca scientifica*, in *Nuov. Giur. Civ. Comm.*, 2020, 175 ss.

<sup>30</sup> L'uso della intelligenza artificiale per monitorare lo stato di salute di un paziente potrebbe rilasciare come output una diagnosi predittiva su rischio di malattie non richiesta e/o non voluta dal paziente al momento del rilascio del consenso, violando il suo diritto a non essere informato circa le reali condizioni del suo stato di salute.

<sup>31</sup> M. CIANCIMINO, *op. cit.*, 98. Sia consentito rinviare anche a C. IRTI, *Consenso negoziato e circolazione dei dati personali*, Torino, 2021, *passim*, dove ci siamo occupati della parallela

L'applicazione della normativa posta a tutela dei dati personali dell'interessato si traduce per i titolari di trattamento/produttori dei *software* applicati in ambito medico nell'obbligo di tutelare il paziente che acconsente a che i suoi dati siano assoggettati ad un processo automatizzato, garantendo chiarezza di informazioni circa la logica algoritmica applicata al trattamento (art. 5, § 1, lett. a, Reg. (UE) 269/2016) e assicurando un intervento umano di sorveglianza, controllo e verifica del sistema. Tali previsioni si scontrano tuttavia con l'effettiva possibilità che i sistemi di intelligenza artificiale applicati siano sufficientemente "trasparenti" all'esterno - in modo da consentire agli utenti di interpretare correttamente il processo decisionale che conduce al risultato rivolto al medico e/o al paziente - così come internamente - tanto da rendere evidenti eventuali anomalie e distorsioni applicative all'occhio umano (per quanto esperto) preposto al controllo.

Rispetto all'uso di queste tecnologie in ambito medico si pone, altresì, in modo pregnante la difficile questione di che valore attribuite e come regolare forme di espressione del consenso racchiuse in "strutture digitali" quali "gesti telematici proceduralizzati" (tasti virtuali, spunta di caselle, etc.<sup>32</sup>), dal momento che questi gesti sono preposti ad esprimere un consenso di natura incontestabilmente ibrida, a cavallo tra consenso informativo e consenso terapeutico.

Nel parere "*Mobile-health*" e *applicazioni per la salute: aspetti bioetici*, il Comitato italiano di bioetica ha espresso consapevolezza circa le difficoltà di "realizzare un consenso informato e di tutelare la privacy degli utenti in questo nuovo campo applicativo" dal momento che "ottenere un consenso informato nel campo medico presuppone una comuni-

problematica della interazione tra autodeterminazione informativa e autodeterminazione economica nelle *non monetary transaction*.

<sup>32</sup> Si segnala in proposito il provvedimento 7.7.2022, n. 242 con il quale il Garante della Privacy ha sanzionato la Società *Senseonics Inc.*, produttrice di un sistema di monitoraggio continuo del glucosio per persone affette da diabete che si avvale di una applicazione mobile (app medica), in quanto «in occasione del download della applicazione con un unico "clic" sul tasto "accetto" gli utenti erano chiamati ad accettare sia "i termini del contratto di licenza con l'utente finale" che "l'informativa privacy e le condizioni di utilizzo di *Senseonics*, autorizzando contestualmente la conservazione, la trasmissione e l'uso dei dati, comprese, senza limitazioni la conservazione nel Regno Unito, la trasmissione negli USA per finalità limitate (ad esempio ingegneristiche e di assistenza clienti) secondo i termini dell'EULA e dell'informativa privacy". Pertanto, la circostanza che sia stato richiesto un unico atto dispositivo da parte dell'interessato determina il mancato rispetto del requisito della specificità del consenso per le diverse finalità perseguite dal titolare del trattamento, ciò a maggior ragione in relazione al trattamento dei dati sulla salute, rispetto ai quali, il consenso deve altresì essere esplicito (art. 9, § 2, lett. a, Regolamento)».





cazione simmetrica e reciproca” - intendendo come simmetrica una comunicazione in cui i due interlocutori sono parimenti forti nell’interazione e reciproca quando le posizioni fra chi dà l’informazione e chi la riceve si realizzano nel riconoscimento delle rispettive autonomie -, una condizione che appare poco realizzabile da assicurare nell’utilizzo di app mediche, dove manca il contesto relazionale.

Essenziale è e resta la fase propedeutica al rilascio del medesimo, la fase “comunicativa”<sup>33</sup> – non meramente informativa – funzionalizzata a una fase curativa (almeno in parte<sup>34</sup>) delegata all’intelligenza artificiale: “È ... un obbligo etico e giuridico che coloro che si sottopongono a trattamenti sanitari innovativi, attraverso l’IA, siano informati nelle modalità più consone e comprensibili al paziente di ciò che sta accadendo, di essere (se è il caso) oggetto di sperimentazione e validazione; di essere a conoscenza che ciò che è loro applicato (sul piano diagnostico e terapeutico) implica dei vantaggi, ma anche dei rischi. Va specificato in modo esplicito nel consenso informato se i trattamenti applicati (diagnostici o terapeutici) provengano solo da una macchina (IA, robot) o se e quali sono gli ambiti e i limiti del controllo umano o supervisione sulla macchina”.

Stante la ontologica opacità degli algoritmi<sup>35</sup> - opacità sugli elementi essenziali e sul processo con cui un sistema di IA arrivi ad una conclusione decisionale - resta la difficoltà di comprendere come il medico possa fornire una comprensibile ed esauriente informativa nel momento in cui ci si avvale di trattamenti che ne fanno uso<sup>36</sup>: “questo solleva un

problema per il medico nel confronto con la macchina (decidere se affidarsi o meno agli algoritmi) e nei confronti del paziente, al quale non può fornire una spiegazione e una informazione trasparente”<sup>37</sup>.

## 2.2. ... e nelle Health MobileApp.

Il consenso espresso rappresenta la base giuridica per il trattamento dei dati dell’utente (relativi allo stato di salute e allo stile di vita degli utenti, eventualmente anche dati sanitari<sup>38</sup>) in tutte le ulteriori ipotesi di utilizzo di *Health app* che li raccolgono e trattano per fornire indicazioni relative alle condizioni di salute dell’utilizzatore prive di dichiarate finalità terapeutiche (monitoraggio dell’attività sportiva e di fitness, dieta e nutrizione, coaching per la perdita di peso, ciclo del sonno, monitoraggio del ciclo mestruale etc.)

Si tratta nella maggior parte dei casi di app scaricabili “gratuitamente”, ove tuttavia, se il consenso al trattamento dei dati inseriti dall’utilizzatore e/o da questo appresi durante l’impiego del *device* non è rilasciato al solo fine dell’espletamento del servizio richiesto ma per finalità proprie del fornitore, il “ritorno economico” risiede proprio nell’autorizzazione ricevuta a profilare l’utente, potenziale fruitore di un settore di mercato - quello legato al mondo della salute - ove il confine tra ricerca scientifica e ricerca per finalità commerciali diviene sfumato ed indistinguibile, a discapito di un utente digitale spesso inconsapevole.

La gratuità del servizio è, evidentemente, solo apparente, con il che diventa essenziale, ai fini della corretta autodeterminazione informativa dell’utente, specie se anziano, imporre ai fornitori delle app il rispetto della normativa privacy mediante la predisposizione di una interfaccia che garantisca trasparenza e intellegibilità - una protezione *by default* e *by design* che realizzi l’effettività delle regole giuridiche pensate per una legittima circolazione dei dati degli utenti<sup>39</sup> - ma anche il rispetto dei limiti “etici”,

tarsi secondo ragionevolezza”, ossia - (...) - nella prospettiva di un adeguamento del contenuto informativo alla condizione morale e alle capacità intellettive del singolo paziente, si da evitare che un’eccessiva forzatura di queste ultime pregiudichi, in uno, salute e autodeterminazione” (193).

<sup>37</sup> Comitato di bioetica nel Parere *Intelligenza artificiale e medicina: aspetti etici*, cit., 11.

<sup>38</sup> Si tenga conto che la Proposta di regolamento sullo spazio europeo dei dati sanitari (cit.) prevede che le applicazioni per il benessere possano essere in futuro collegate ai sistemi di cartelle cliniche elettroniche (considerando 35) stabilendo per esser alcuni requisiti di etichettatura volontaria circa l’interoperatività dei sistemi (artt. 31 e 32).

<sup>39</sup> In altro studio (*Consenso negoziato e circolazione dei dati personali*, cit., 135 ss.) abbiamo avuto modo di sostenere come il servizio o prodotto digitale offerto attraverso un’applicazione

<sup>33</sup> Si sofferma sulla importanza della comunicazione e sulla “impossibilità di limitare la comunicazione a mera informazione”, G. DI ROSA, *I robot medici*, cit., 18.

<sup>34</sup> “L’IA va considerata esclusivamente come un aiuto nelle decisioni del medico, che rimangono controllate e supervisionate dall’uomo. Resta compito del medico, in ogni caso prendere la decisione finale, in quanto la macchina fornisce solo ed esclusivamente un supporto di raccolta e analisi dei dati, di natura consultiva. Un sistema di “assistenza cognitiva automatizzata” nella attività diagnostica e terapeutica non è un “sistema decisionale autonomo”. Esso effettua la raccolta di dati clinici e documentali, li confronta con statistiche relative a pazienti simili, accelerando il processo di analisi del medico”, così il Comitato di bioetica nel Parere *Intelligenza artificiale e medicina: aspetti etici*, 29.5.2020, 10.

<sup>35</sup> Sulla estrinseca così come intrinseca opacità dell’algoritmo F. PASQUALE, *The Black Box Society, The secret Algorithms that Control Money and Information*, Londra, Harvard Univ Pr., 2015, *passim*; J. BURRELL, *How the machine ‘think’: Understanding opacity in machine algorithms*, in *Big data & Society*, 2016, *passim*.

<sup>36</sup> In argomento C. DE MENECH, *Intelligenza artificiale e autodeterminazione in materia sanitaria*, in *Rivista di Biodiritto*, 2022, 181 ss., spec. 184 ss., che sottolinea, peraltro, come “la scelta di includere dettagli tecnici nell’oggetto dell’informazione diagnostico-terapeutica dovrebbe essere lasciata alla discrezionalità del medico; discrezionalità da eserci-

oltre che giuridici, nell'uso di applicazioni di intelligenza artificiale<sup>40</sup> che si dimostrano essere in grado, grazie al sistema di profilatura mediante l'utilizzo di *cookies* e altri strumenti, sia di determinare fenomeni di emarginazione e discriminazione<sup>41</sup>, che di generare e trasmettere impulsi subliminali destinati ad indirizzare le scelte degli utenti rispetto alle decisioni che li riguardano (il c.d. "nudging"<sup>42</sup>), fenomeno particolarmente grave allorché il condizionamento finisce per avere ricadute sulle salute<sup>43</sup> (si veda dopo paragrafo 4). Un importante passo avanti nella tutela degli utilizzatori di queste app è oggi, tuttavia, rappresentata dal *Digital Services Act* (DSA), che vieta ai fornitori di piattaforme online di presentare pubblicità ai destinatari dei servizi basate sulla profilazione utilizzando le

mobile possa considerarsi non conforme ai sensi della dir. (UE) 2019/770, relativa alla fornitura di contenuti digitali e di servizi digitali, allorché non sia garantita da chi ha predisposto l'interfaccia di accesso al servizio una protezione dei dati personali dell'utente *by the default* o *by design* ai sensi dell'art. 3, § 8, della direttiva stessa. A ben vedere, in base a quanto affermato dal considerando 29 della citata direttiva, la stessa non dovrebbe applicarsi all'assistenza sanitaria né ai contenuti digitali o servizi digitali che costituiscono un dispositivo medico; tuttavia lo stesso considerando prevede una eccezione per i contenuti digitali o servizi digitali di un dispositivo medico - come le applicazioni sanitarie - che possa essere ottenuto dal consumatore senza che lo stesso sia prescritto o fornito da un professionista sanitario. La dir. (UE) 2019/770 è pertanto destinata a trovare applicazione per le app mediche che possano essere ottenute dal consumatore senza prescrizione medica e per tutte le app relative al benessere ed al lifestyle. In argomento G. CAPILLI, *op. cit.*, 63-64.

<sup>40</sup> Si segnalano in proposito le *Linee guida in materia di intelligenza artificiale e protezione dei dati* redatte dal Comitato consultivo della Convenzione sulla protezione delle persone rispetto al trattamento automatizzato di dati a carattere personale (Convenzione 108/1981), approvate a Strasburgo nel 2019 ove all'art. 1 si riafferma come la tutela della dignità umana e delle libertà fondamentali, in particolare il diritto alla protezione dei dati personali, assumono un ruolo imprescindibile nello sviluppo e nell'adozione di applicazioni IA, e si sollecita un dialogo diretto sia con i legislatori e i diversi decisori politici, sia con gli sviluppatori, i produttori e i fornitori di servizi, al fine di favorire «un approccio volto a tutelare i diritti umani fin dalla progettazione di tali servizi ("*human rights by design*") ed evitare qualsiasi potenziale pregiudizio (bias), anche involontario o occulto, il rischio di discriminazione o altri effetti negativi sui diritti umani e le libertà fondamentali degli interessati»

<sup>41</sup> Non è escluso, ad esempio, che basti frequentare siti o acquistare applicazioni relative a problemi cardiaci per essere classificati come soggetti cardiopatici. I dati così ottenuti possono poi essere venduti a terzi per ricerche ulteriori non previste al momento della raccolta o per ricerche non correlate alle ricerche originarie: venduti, ad esempio, a compagnie assicurative che poi li utilizzano per valutare il rischio o addirittura per automatizzare la fornitura di assicurazioni.

<sup>42</sup> R.H. THALER, C. R. SUSTEIN, *Nudge: Improving Decisions About Health, Wealth and Happiness*, New Haven, Penguin Books, 2008; C.R. SUSTEIN, *Human Agency and Behavioral Economics. Nudging Fast and Slow*, Londra, Palgrave Macmillan, 2017.

<sup>43</sup> C. DE MENECH, *op. cit.*, 201.

categorie speciali di dati particolari di cui all'art. 9, § 1, Reg. (UE) 2016/679.

### 3. Il lecito trattamento dei dati relativi alla salute del soggetto interessato anziano-vulnerabile.

Tali ultime riflessioni ci riportano alla seconda delle due considerazioni dalle quali siamo partiti nell'analizzare il regime giuridico di trattamento applicabile all'uso massivo dei dati nella *mobile health* dal nostro punto di visuale: la quasi totale assenza di considerazione nelle tematiche connesse alla circolazione dei dati personali della condizione di individuo anziano, vulnerabile.

A dire il vero, fatta eccezione per l'attenzione rivolta ai soggetti minori di età<sup>44</sup>, è il tema della vulnerabilità<sup>45</sup> in quanto tale che non sembra aver ricevuto grande attenzione dal legislatore che si è occupato a livello europeo di privacy, pur trattandosi di una nozione che può giocare un ruolo fondamentale nell'inquadrare la posizione dell'individuo rispetto al trattamento dei suoi dati. Quello assunto dalla legislazione europea sulla privacy è stato infatti definito un "approccio universalistico"<sup>46</sup>, nel senso che le regole sulla protezione dei dati personali sono dirette a tutelare tutti gli individui in egual misura perché nell'ecosistema digitale siamo tutti ugualmente esposti a potenziali violazioni. La nozione di "soggetto interessato" è, di conseguenza, unica e diversamente dal versante consumeristico, ove si è concettualizzata la nozione di "consumatore medio", non è dato comprendere se il legislatore intenda far riferimento in tale ambito ad un "soggetto interessato medio" (un individuo normalmente infor-

<sup>44</sup> Tra i primi contributi F. NADDEO, *Il consenso al trattamento dei dati personali del minore*, in *Diritto dell'informazione e dell'informatica*, 2018, 27 ss.; per un ampio approfondimento R. SENIGAGLIA, *Minore di età e contratto*, Torino, 2020, spec. p. 75 ss.

<sup>45</sup> Vulnerabilità è in realtà un termine che può assumere diversi significati, è una condizione universale degli esseri umani, ma è anche vero che tale condizione di debolezza può variare da un individuo all'altro, può avere diversi gradi di gravità e dipendere da molti fattori diversi. Da alcuni anni gli studiosi della materia tendono a proporre un approccio "stratificato" della vulnerabilità, che ne individua diversi livelli, ai quali i singoli individui o gruppi di individui non afferiscono in ragione di una "eticchetta" che li contraddistingue, ma di condizioni determinate da plurimi fattori spaziali, temporali, sociali, economici etc.; così F. LUNA, "Elucidating the Concept of Vulnerability: Layers Not Labels" in *International Journal of Feminist Approaches to Bioethics*, 1, 2009, 121 ss.

<sup>46</sup> R. CALO, *Privacy, Vulnerability and affordance*, in *DePaul L. Rew*, 66, 2017, 592 ss.

mato e ragionevolmente attento ed avveduto, tenuto conto di fattori sociali, culturali e linguistici)<sup>47</sup>.

Nella realtà dei fatti, tuttavia, i soggetti interessati possono presentare caratteristiche molto diverse: essi hanno diverse capacità di comprensione, diversi livelli di consapevolezza e capacità decisionale, presentano diverse gradazioni e tipologie di debolezza. L'affermare che tutti i soggetti interessati cui si riferiscono i dati personali oggetto di trattamento sono universalmente vulnerabili, può portare ad ignorare differenze significative tra di essi, negando protezione proprio a coloro che ne avrebbero più bisogno<sup>48</sup>.

L'aggettivo *vulnerabile* è utilizzato in tutto il Reg. (UE) 2016/679 un'unica volta, al considerando 75, lì dove trattando dei rischi rilevanti da considerare quando si esegue una valutazione d'impatto sulla protezione dei dati, si suggerisce di porre particolare attenzione quando sono trattati «dati personali di persone fisiche *vulnerabili*, in particolare i minori». Scorrendo il resto del testo si può osservare come, in effetti, la situazione dei minori di età sia l'unica affrontata in modo specifico, con un atteggiamento che, a prima lettura, può apparire ambiva-

lente: se da un lato, infatti, viene fissato un limite di età minimo per l'autonomo rilascio del consenso al trattamento dei dati per i servizi della società dell'informazione al di sotto della soglia della maggiore età (16 anni, che gli Stati membri possono ridurre fino a 13) (articolo 8)<sup>49</sup> – così presumendo l'acquisizione della necessaria consapevolezza propeudica all'atto da parte di soggetti non ancora maggiorenni – dall'altro si impongono obblighi di trasparenza particolari da rispettare nei confronti dei soggetti minorenni (articolo 12, § 1)<sup>50</sup>, motivando tale scelta proprio sulla base del fatto che questi ultimi «meritano una protezione specifica per quanto riguarda i loro dati personali, in quanto possono essere meno consapevoli dei rischi, delle conseguenze e delle tutele previste e dei loro diritti in relazione al trattamento dei dati personali» (considerando 38, ma si vedano anche i considerando 58, 65 e 71). A tal proposito è, però, opportuno ricordare come l'atto mediante il quale il soggetto autorizza il trattamento dei propri dati personali – il consenso informato – è la manifestazione di un diritto fondamentale della persona – il “diritto all'autodeterminazione informativa” – che, come tale, dovrebbe essere esercitato direttamente dalla persona interessata, anche se minore di età; la delega al rappresentante, specie in questo ambito, svolge una funzione di protezione del soggetto minore, destinata ad operare fin tanto che lo stesso non abbia assunto una sufficiente capacità di intendere e di volere (che il legislatore presume essere acquisita in questo ambito ben prima del compimento del diciottesimo anno di età) trasformandosi, altrimenti, in una inopportuna e lesiva limitazione del diritto del minore ad accedere ed utilizzare liberamente i servizi della società dell'informazione<sup>51</sup>.

Anche il parere *“Mobile-health” e applicazioni per la salute: aspetti bioetici* si sofferma in via prevalente sulle problematiche inerenti all'uso di que-

<sup>47</sup> Il tema della vulnerabilità non è in verità estraneo al panorama normativo consumeristico, ove le istituzioni europee hanno da tempo riconosciuto anche la figura del *consumatore vulnerabile*, con il che quella di “consumatore” (medio) ha cessato di essere considerata una categoria omogenea (già di per sé beneficiaria di protezione) per palesarsi quale gruppo eterogeneo di soggetti all'interno del quale taluni necessitano di maggior tutela rispetto ad altri. Della condizione di vulnerabilità dell'individuo/consumatore si occupano oggi diverse disposizioni del Codice del consumo (il consumatore vulnerabile, non a ragione di fattori esterni o economici, bensì personali, era già presente nel considerando 34 della dir. 2011/83/UE sui diritti dei consumatori nell'ambito delle informazioni precontrattuali): in particolare, l'art. 20, co. 3, cod. cons. in tema di pratiche commerciali sleali che prende in considerazione la figura dei consumatori particolarmente vulnerabili «alla pratica o al prodotto cui essa si riferisce a motivo della loro infermità mentale o fisica, della loro età o ingenuità», individuando dunque quali specifiche cause di vulnerabilità solo quelle che fanno riferimento a caratteristiche personali quali l'infermità mentale o fisica, l'età o l'ingenuità. Una figura di consumatore vulnerabile da più parti criticata in quanto troppo concentrata sulla vulnerabilità personale e non aperta a prendere in considerazione altri fattori che possono contribuire a rendere gli individui vulnerabili, in particolare quelli di natura socio-economica. Per un approfondimento sul tema cfr. A. SACCOMANI, *Le nozioni di consumatore e di consumatore medio nella direttiva 2005/29/CE*, in *Le pratiche commerciali sleali, Direttiva comunitaria e ordinamento italiano*, a cura di A. MINERVINI, L. ROSSI CARLEO, Milano, 2007, 141 ss.; N. ZORZI GALGANO, *Il consumatore medio ed il consumatore vulnerabile nel diritto comunitario*, in *Contratto e impresa/Europa*, 2010, 2, 549 ss.; C. RIEFA, S. SAINTIER (a cura di), *Vulnerable consumers and the law*, Londra-New York, Routledge, 2021, *passim.*; si veda anche S. PAGLIANTINI, in *Il consumatore frastagliato*, Pisa, 2021, spec. p. 87.

<sup>48</sup> G. MALGIERI, J. NIKLAS, *Vulnerable data subject*, in *Computer Law & security Review*, 37, 2020, 1 ss.

<sup>49</sup> Ove il minore abbia un'età inferiore, il trattamento dei dati è lecito soltanto se e nella misura in cui tale consenso è prestato o autorizzato dal titolare della responsabilità genitoriale.

<sup>50</sup> I documenti di trasparenza e qualsiasi comunicazione nell'ambito dell'esercizio dei diritti di protezione dei dati devono essere “in forma concisa, trasparente, intelligibile e facilmente accessibile, utilizzando un linguaggio chiaro e semplice, in particolare per le informazioni rivolte specificamente a un minore”.

<sup>51</sup> Sul tema specifico ci sia permesso rinviare a C. IRTI, *Persona minore di età e libertà di autodeterminazione*, in *Giust. civ.*, 3, 2019, 617 ss., e alla bibliografia ivi citata. L'interesse degli utilizzatori del web (anche minori di età) alla condivisione dei propri dati (compreso il c.d. *tying*) è stato recentemente definito come “un interesse alla *comunicazione personalizzata* e ai *contenuti digitali*, ossia (...) un interesse a trovare, a rimanere dentro, o a non essere esclusi da, *il proprio posto nell'ecosistema digitale*” così S. ORLANDO, *Per un sindacato di liceità del consenso*, in *Pers. Merc.*, 2, 2022, 527 ss.



ste app da parte di soggetti minori di età, rispetto ai quali - si sottolinea - possono risultare carenti elementi di competenza necessari a comprendere le decisioni da assumersi, rendendosi palese l'esigenza di offrire loro "informazioni semplici, concise, che includono anche riferimenti educativi che sollecitino la presa di coscienza dei problemi, con un linguaggio adatto". Per il Comitato di Bioetica appare, comunque, giuridicamente discutibile che il consenso al trattamento dei dati richiesto per l'utilizzo di queste app possa essere dato soltanto dal minore, trattandosi di vicende che, riguardando la sua salute, debbono necessariamente ricadere nell'ambito della responsabilità dei genitori o del rappresentante legale: "se i rischi connessi a questi dispositivi medici sono consapevolmente assunti da un adulto, non altrettanto può essere nei confronti di un minore, dove il suo miglior interesse nell'ambito della cura è ancora quello di un utilizzo tradizionale del rapporto paziente-medico. Tanto più che le app più scaricate dagli utenti, come già detto, chiedono l'accesso a una gran quantità di dati, senza ancora spiegare adeguatamente per quali scopi queste informazioni sarebbero usate e sugli eventuali dati personali che verranno raccolti e sul loro uso"<sup>52</sup>.

Occupandoci qui di soggetti anziani ci si può in primo luogo chiedere se le garanzie poste a tutela dei minori possano essere applicate per analogia anche a costoro, la cui vulnerabilità può emergere, così come per i soggetti minori, quale espressione di una limitata capacità di fornire un consenso libero per la raccolta di dati personali, di comprendere le informazioni sul trattamento dei dati e sui rischi connessi al trattamento, di esercitare adeguatamente i diritti di protezione che gli sono attribuiti dalla legge. Con particolare riguardo alla possibilità che il

<sup>52</sup> «Tuttavia, è difficile sapere se l'utilizzo dell'app medica è svolto da un adulto o da un minore. È questo un problema che, anche nell'ambito delle ICT, va evidenziato: bisogna pensare a specifiche garanzie aggiuntive per i minori, identificando, ad esempio, requisiti e meccanismi informatici per verificare online l'età dell'acquirente di una applicazione per la salute. Ne consegue anche l'esigenza di offrire, proprio nei confronti dei minori, informazioni semplici, concise, che includono anche riferimenti educativi che sollecitino la presa di coscienza dei problemi, con un linguaggio adatto. L'educazione dei minori, utenti attivi di tali nuove tecnologie, risulta particolarmente urgente e rilevante sul piano bioetico: una educazione che rafforzi strumenti di autodifesa dei giovani nell'ambito dell'uso delle tecnologie. Dovrebbe anche essere compito dei genitori, acquirenti per i propri figli delle tecnologie mobili, far uso di sistemi di controllo (parental control) per l'accesso che il produttore dell'app dovrebbe prevedere nel sistema. Si potrebbe inoltre auspicare che l'app medica, che contiene dati e cure finalizzate per i minori, sia progettata, supportata e avallata da società scientifiche o istituzioni sanitarie specializzate nelle diagnosi e cure pediatriche. La stessa proposta sul mercato dovrebbe essere distinta rispetto ai destinatari (adulti o minori)», p. 13 del documento del 28.5.2015.

rilascio del consenso di un anziano vulnerabile sia normativamente delegato ad un soggetto terzo – sulla falsariga di quanto previsto per i minori di 16/13 anni – l'unica possibile similitudine è quella che riguarda le persone legalmente incapaci, rispetto alle quali si può sostenere che il consenso o l'autorizzazione al consenso debba essere rilasciata da parte dei loro rappresentanti legali, sulla scorta di quanto espressamente previsto dalla l. 2.12.2017, n. 219 in materia di consenso informato in ambito sanitario ove all'art. 3 è prevista la delega al rappresentante legale per il rilascio del consenso al trattamento sanitario non solo dei soggetti minori di età ma anche dei soggetti interdetti e sottoposti ad amministrazione di sostegno (nel caso in cui la nomina dell'amministratore preveda l'assistenza necessaria o la rappresentanza esclusiva in ambito sanitario), sebbene sia precisato come l'incapace debba essere coinvolto il più possibile nella decisione che si va ad assumere. Al di là di questi casi limite, in tutte le ipotesi di utilizzo di *medical app* resta essenziale l'interazione con chi svolge attività di accudimento e sostegno del soggetto anziano vulnerabile (familiari, *care giver* etc.) per agevolare quel necessario processo di acquisizione e comprensione delle informazioni propedeutico al rilascio del medesimo.

In termini più generali si deve ritenere che la condizione di vulnerabilità del soggetto adulto interessato implichi che i responsabili del trattamento debbano adottare garanzie speciali quando raccolgono i di loro dati: ai sensi dell'art. 24 del Regolamento, il titolare del trattamento deve analizzare il livello di rischio (per i diritti e le libertà fondamentali degli interessati) e quindi il livello di vulnerabilità dell'interessato prima di procedere al trattamento dei dati. Di conseguenza, quando si sceglie la base giuridica per il trattamento (consenso, interesse legittimo, etc.), è necessario effettuare una valutazione dei possibili livelli di vulnerabilità degli interessati per predisporre le più opportune garanzie, anche in ragione delle finalità di utilizzo dei dati.

Se la base giuridica del trattamento è il consenso i rischi maggiori riguardano – come evidenziato – la "vulnerabilità decisionale" del soggetto interessato anziano, in ragione di una sua presumibile ridotta capacità di comprensione; di conseguenza particolare attenzione dovrà essere posta dal titolare del trattamento alle politiche informative e di comunicazione, al fine di rispettare gli obblighi di trasparenza (art. 12 del Regolamento). In base a quanto definito dalle Linee guida sulla trasparenza elaborate dal Gruppo art. 29, "se un titolare del trattamento è consapevole che i suoi beni o servizi sono utilizzati da (o destinati a) (...) membri vulnerabili della società, tra cui persone con disabilità o persone che possono avere difficoltà a comprendere le informa-

zioni, le vulnerabilità di tali soggetti dovrebbero essere prese in considerazione dal titolare del trattamento nella valutazione sul come garantire il rispetto dei suoi obblighi di trasparenza in relazione a tali soggetti”.

La base giuridica che legittima il trattamento potrebbe, però, non essere il consenso dell’interessato. L’insieme dei dati raccolti dagli utenti di applicazioni destinate all’ambito sanitario può essere, infatti, adoperato con finalità pubblicistiche, per la determinazione - grazie all’utilizzo combinato di sistemi di intelligenza artificiale - delle politiche sanitarie per la salute pubblica, specie di tipo preventivo. Le informazioni così raccolte possono essere altresì preziose per la ricerca scientifica e lo sviluppo di diverse branche della medicina, come quella di precisione o personalizzata che le utilizza per proporre strategie di intervento *uti singoli*, in base alle caratteristiche specifiche dell’individuo, con riferimento alla sua biografia e al suo stile di vita<sup>53</sup>.

Anche quando operata per finalità di pubblico interesse la raccolta di questi dati comporta, tuttavia, l’assunzione di una pluralità di rischi quali, in primo luogo, quelli connessi al reperimento dei cosiddetti “*big bad data*”, dovuto ad errori commessi nei processi di trasmissione delle informazioni raccolte, magari proprio a causa della attività compiuta dall’utente nell’uso delle applicazioni, che potrebbe ingannare o frettolosamente e distrattamente fornire dati non congruenti. Un fenomeno, quello appena descritto, che può falsare la conoscenza scientifica, con pericolose conseguenze per la salute individuale e collettiva.

Strettamente connesso a questo problema è, poi, quello delle possibili discriminazioni algoritmiche, legate per lo più al processo di profilazione degli individui: il comportamento standard sulla base del quale vengono assunte decisioni algoritmiche è generalmente identificato come quello statisticamente più frequente; restano di conseguenza esclusi dalla stessa profilazione tutti coloro che, ad esempio, per ragioni di età o di emarginazione sociale-digitale, non sono generatori di dati. “Ciò può dare luogo a forme di discriminazione algoritmica, con un impatto sull’uguaglianza e l’inclusione. Se un algoritmo sanitario, ad esempio, apprende da un database informazioni in cui alcuni gruppi di pazienti sono sottorappresentati o esclusi, può portare questi gruppi a correre un rischio maggiore di diagnosi errata o prognosi errata. Rispetto a tali situazioni si è parlato anche di “*ageism*”, ossia discriminazioni in base all’età nelle piattaforme digitali che introducono

forme di emarginazione dei gruppi vulnerabili, quali quelli della popolazione anziana”<sup>54</sup>.

### 3.1. L’altra faccia della vulnerabilità: i rischi connessi all’uso dell’intelligenza artificiale e del *machine learning* nell’ambito sanitario.

Le problematiche da ultimo evidenziate rappresentano l’“altra faccia” della vulnerabilità, quella legata ai possibili, spesso imprevedibili, risultati dell’uso della intelligenza artificiale e del *machine learning* basato sui dati, tecnologie che hanno il potenziale di trasformare (anche) l’assistenza sanitaria ricavando nuove e importanti conoscenze dalla grande quantità di dati sanitari generati ogni giorno, ma l’utilizzo delle quali non è esente da un certo rischio di discriminazione nei confronti di determinati gruppi di persone (bias), dovuto alla qualità e quantità dei campioni di dati valutati (soprattutto ove appartenenti a gruppi sottorappresentati in ragione di età, sesso, razza etc.)<sup>55</sup> o all’uso di sistemi di IA progettati, ad esempio, per efficientare le risorse, che potrebbero tuttavia compromettere la dignità umana e l’accesso equo alle cure<sup>56</sup>.

Negli Stati Uniti la *Food and Drug Administration* – dopo aver approvato l’uso di 39 algoritmi basati sull’IA (soprattutto in ambiti radiologici, cardiologici ed endocrinologici) e nel 2018 la prima diagnosi totalmente basata su IA - ha pubblicato nel 2019 (in collaborazione con l’agenzia regolatoria canadese, la *Health Canada*, e la *Medicines and Healthcare Products Regulatory Agency* del Regno Unito) un documento contenente dieci principi guida per lo sviluppo di una *Good Machine Learning Practice*<sup>57</sup>, destinato agli sviluppatori di software con funzioni di intelligenza artificiale e apprendimento automatico qualificabili come dispositivi me-

<sup>54</sup> L. PALANZANI, *op. ult. cit.*, 73.

<sup>55</sup> Si sofferma con attenzione sui rischi per i diritti e le libertà delle persone connessi all’uso della intelligenza artificiale il *Parere congiunto 5/2021* rilasciato dal Comitato europeo per la protezione dei dati e il Garante europeo della protezione dei dati (EDPB- GEDP) sulla *Proposta di Regolamento europeo in materia di Intelligenza artificiale del 18 giugno 2021*.

<sup>56</sup> Sistemi che potrebbero far sì che le decisioni sull’opportunità di fornire determinate terapie o operazioni costose si basino sulla previsione della durata della vita e sulle stime delle aspettative di vita, basati sull’uso di dati magari errati o parziali. Anche quando l’IA non viene utilizzata, i pazienti vengono già suddivisi in gruppi per ottimizzare il flusso di pazienti e tali decisioni spesso riguardano coloro che sono più vulnerabili quali anziani, persone di colore e quelle con difetti genetici o disabilità. Tutti aspetti rilevati nel documento dell’Oms, *Ethics and governance of artificial intelligence for health*, 28.6.2021.

<sup>57</sup> <https://www.fda.gov/medical-devices/software-medical-device-samd/good-machine-learning-practice-medical-device-development-guiding-principles>

<sup>53</sup> M. CIANCIMINO, *op. cit.*, 69 ss.; L. PALANZANI, *op. cit.*, 67 ss.

dici. Tra i principi ivi elencati, proprio al fine di limitare rischi di *bias* e discriminazioni, si segnala quello secondo il quale i set di dati utilizzati per il processo di *machine learning* debbano essere i più rappresentativi possibili della popolazione di pazienti interessata. I protocolli di raccolta dei dati devono garantire che le caratteristiche rilevanti della popolazione di pazienti prevista (ad esempio, in termini di età, sesso, razza ed etnia), l'uso e gli input di misurazione siano sufficientemente rappresentati in un campione di dimensioni adeguate nello studio clinico e negli insiemi di dati di addestramento e di prova, in modo che i risultati possano essere ragionevolmente generalizzati alla popolazione di interesse prevista. Viene inoltre sancito il principio *Human in the loop* che colloca la conoscenza e l'esperienza delle persone al centro dei processi di apprendimento automatico: gli esseri umani devono partecipare all'impostazione dei sistemi, alla messa a punto e alla verifica del modello in modo da migliorare il processo decisionale e la conseguente attuazione delle decisioni suggerite<sup>58</sup>. Da ultimo si sottolinea l'importanza di fornire agli utenti informazioni chiare e pertinenti, tra cui informazioni complete sulla destinazione d'uso del prodotto e le indicazioni per il suo utilizzo, le caratteristiche dei dati utilizzati per addestrare e testare il modello, oltre che eventuali modifiche e aggiornamenti dei dispositivi.

Per quanto concerne il versante europeo<sup>59</sup>, in attesa di conoscere se e come evolverà la *Proposta di Regolamento che stabilisce norme armonizzate in materia di intelligenza artificiale* (IA) presentata dalla Commissione nell'aprile del 2021 (di seguito *Proposta di regolamento IA*)<sup>60</sup>, l'unica normativa di

<sup>58</sup> L'intervento umano nel loop può individuare i problemi della tecnologia prima che vengano implementati su vasta scala, come nel caso di *bias*: un esempio si è presentato nel 2019 quando l'azienda Apple è stata tacciata di sessismo dopo che i modelli di apprendimento automatico della sua carta di credito avevano deciso di assegnare alle donne limiti di credito molto più bassi rispetto agli uomini, anche quando le donne guadagnavano di più.

<sup>59</sup> Per un'ampia panoramica C. CAMARDI (a cura di) *La via europea per l'intelligenza artificiale*, Cedam, 2021, *passim*.

<sup>60</sup> Per una prima attenta disamina della *Proposta di regolamento IA*, G. CONTISSA, F. GALLI, F. GODANO, G. SARTOR, *Il regolamento europeo sull'intelligenza artificiale (analisi informatico-giuridica)*, in [www.i-lex.it](http://www.i-lex.it), 2021; S. ORLANDO, *Regole di immissione sul mercato e "pratiche di intelligenza artificiale" vietate nella proposta di Artificial Intelligence Act*, in *Persona e Mercato*, 2022, 346 ss.; ID., in *La via europea per l'intelligenza artificiale*, cit., 267 ss. Si segnala che nel mese di novembre 2022 il Consiglio europeo ha adottato una posizione comune (*General approach*) che apporta alcune modifiche al testo proposto dalla Commissione (il documento è consultabile al seguente link <https://www.consilium.europa.eu/en/press/press-releases/2022/12/06/artificial-intelligence-act-council-calls-for-promoting-safe-ai-that-respects-fundamental-rights/>).

riferimento al momento vigente – oltre a quella contenuta nei regolamenti (UE) 2017/745 e (UE) 2017/746 relativi ai dispositivi medici – è proprio la disciplina dettata in materia di protezione dei dati personali<sup>61</sup> che, tuttavia, a detta di molti<sup>62</sup>, non si dimostra adeguata per regolare le applicazioni delle tecnologie di IA e *machine learning*, soprattutto in un'ottica di tutela *result-oriented*, che prenda atto della necessità di allargare – più che restringere<sup>63</sup> – la quantità e varietà di dati utilizzati per addestrare e convalidare i software al fine di garantire la creazione di algoritmi il più possibili precisi e *fair*<sup>64</sup>.

Le "discriminazioni algoritmiche" e l'utilizzo di tecniche di *nudging*, evidentemente più che verosimili anche in ambito medico<sup>65</sup>, devono essere con-

<sup>61</sup> Come sottolineato dal Garante per la protezione dei dati personali nella *Memoria sulla Proposta di regolamento (UE) sull'intelligenza artificiale* presentata alla Camera dei deputati il 9.3.2022, esiste in verità una stretta relazione fra le due "materie", posto che ad alimentare i sistemi di IA in vista del loro apprendimento sono, per lo più, i dati personali che a tali fini possono essere assoggettati a trattamento. Analoghe riflessioni sono state svolte dal Comitato europeo per la protezione dei dati e il Garante europeo della protezione dei dati (EDPB-GEDP) sulla *Proposta di Regolamento europeo in materia di Intelligenza artificiale*, 18.6.2021.

<sup>62</sup> Secondo molti autori la disciplina di protezione dei dati personali contenuta nel Regolamento non si dimostra adeguata, in quanto non è stata pensata, per regolare le applicazioni delle tecnologie di IA e *machine learning*; così G. FINOCCHIARO, *Intelligenza artificiale e protezione dei dati personali*, in *Giur. it.*, 2019, 1657 ss.; G. OLIVI, *Big data, metadati e intelligenza artificiale*, in *Dir. ind.*, 2020, 181 ss.; A. CINQUE, *Privacy, Big-Data e contact tracing: il delicato equilibrio fra diritto alla riservatezza ed esigenze di tutela della salute*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2021, 957 ss. Del resto, come correttamente rilevato (A. LA SPINA, *Complessità e identità personale*, Napoli, 2022, 458), obiettivo primario della proposta di Regolamento IA è proprio quello di superare i limiti che il sistema introdotto dal Regolamento Privacy ha già manifestato, ovvero di «affrontare l'opacità, la complessità, la faziosità, un certo grado di imprevedibilità e un comportamento parzialmente autonomo di taluni sistemi di intelligenza artificiale, onde garantirne la compatibilità con i diritti fondamentali» (relazione di accompagnamento alla proposta).

<sup>63</sup> In virtù di una protezione rafforzata come quella garantita nel combinato disposto degli artt. 9 e 22 del Regolamento ai dati particolari, categoria comprensiva dei dati sanitari.

<sup>64</sup> G. RESTA, *Cosa c'è di europeo nella proposta di regolamento Ue sull'intelligenza artificiale*, in CAMARDI (a cura di), *op. cit.*, 53 ss., spec. 69.

<sup>65</sup> «Non si deve dimenticare che l'assistenza medica comporta anche grandi interessi economici, pertanto l'IA può essere orientata, attraverso la costruzione degli algoritmi, ad influenzare in vari modi le decisioni del medico, ad esempio, facilitando le prescrizioni attraverso un aumento o una diminuzione dei valori di normalità per una serie di parametri funzionali o biochimici. Pertanto, l'IA può indurre a privilegiare una classe di farmaci rispetto ad una altra classe che abbia le stesse indicazioni per un determinato sintomo o patologia. Può privilegiare un percorso diagnostico che favorisca l'utilizzo di determinati reattivi piuttosto di altri. Può suggerire l'impiego di determinate apparecchiature e tecnologie più costose in alternativa ad altre più economiche. Può influenzare il medico a prescrivere tratta-



trastate, da un lato con una corretta gestione dei dati, garantendo per lo sviluppo dei software medicali un apporto significativo e largamente rappresentativo di dati, qualitativamente controllati e costantemente aggiornati; dall'altro perseguendo obiettivi di eticità delle funzionalità dei software applicati nell'ambito della salute<sup>66</sup>, ovvero facendo in modo che le finalità di trattamento ingegnerizzate in detti software mirino a realizzare solo scopi legittimi<sup>67</sup>.

Entrambi gli obiettivi sembrano essere perseguiti dalla già citata proposta di Regolamento IA che, nell'ottica di salvaguardare i valori e i diritti fondamentali dell'Unione europea e la sicurezza degli utenti, pone al centro della sua valutazione i rischi connessi all'uso dell'intelligenza artificiale e del *machine learning* e introduce misure volte a contenerli. Il Regolamento è costruito in modo da definire varie classi di rischio per i sistemi basati sull'utilizzo dell'intelligenza artificiale, distinguendo applicazioni proibite, perché causa di rischi inaccettabili per i diritti e le libertà fondamentali, applicazioni ad alto rischio - non proibite ma sottoposte a specifiche condizioni per gestire i rischi (art. da 9 a 13) - e applicazioni a rischio medio o basso, comunque governabile.

menti piuttosto che a stimolare il paziente a migliorare buoni stili di vita. Queste fra le altre ragioni di rischio spingono il Comitato a ritenere che debbono essere fatti controlli accurati, anche attraverso la validazione degli algoritmi, in modo da ottenere la più probabile certezza che l'introduzione delle varie forme di IA siano vantaggiose per migliorare la qualità delle prestazioni del Servizio Sanitario Nazionale» Comitato di bioetica, Parere *Intelligenza artificiale e medicina: aspetti etici*, cit. p.12.

<sup>66</sup> Si segnalano in proposito gli *Orientamenti etici per un'intelligenza artificiale affidabile* del 2019 redatti dall'*High-Level Expert Group on AI* costituito dalla Commissione Europea del 2018 e il documento dell'Oms, *Ethics and governance of artificial intelligence for health*, 28.6.2021. Si vedano anche le indicazioni rinvenibili nel Parere *Intelligenza artificiale e medicina: aspetti etici* (cit.), ove il Comitato raccomanda «di predisporre *ex ante* accurati controlli per l'«addestramento» delle macchine sulla base di dati di qualità, aggiornati e interoperabili e di condurre sperimentazioni adeguate nell'ambito della IA per garantire sicurezza ed efficacia nell'uso di queste nuove tecnologie e sollecitare la ricerca di strumenti di validazione e certificazione delle tecnologie e di sorveglianza e monitoraggio, come elementi indispensabili per creare un «patto sociale di fiducia e affidabilità» delle tecnologie in ambito medico; sarebbe auspicabile integrare nell'ambito dei comitati etici per la sperimentazione la figura di un *computer scientist* o un esperto di IA, e aggiornare anche la normativa sulla sperimentazione con riferimento a software in ambito medico» e «di introdurre la rilevanza dei principi etici di autonomia, responsabilità, trasparenza, giustizia nei codici di condotta e nei corsi di formazione degli ingegneri, informatici, sviluppatori, con particolare riferimento all'etica nel disegno delle tecnologie (*ethics by design/in design/for designers*), assicurando una tecnologia che sia orientata ad incorporare i valori e assicurare la centralità del paziente».

<sup>67</sup> Interessanti, in proposito, le riflessioni di S. ORLANDO, *Per un sindacato di liceità del consenso*, cit., spec. p. 536 ss.

Con riferimento ai sistemi ad alto rischio che prevedono l'uso di dati per l'addestramento di modelli - categoria nella quale possono certamente essere fatti rientrare i software medicali - l'art. 10 in particolare, rubricato *Dati e governance dei dati*, si preoccupa di delineare requisiti atti ad assicurare la completezza del dataset di addestramento dei software<sup>68</sup>, unitamente ad altre caratteristiche di conformità<sup>69</sup>; il rispetto di tali requisiti sarà verificato nell'ambito delle procedure di valutazione della conformità ai sensi della normativa di settore, che per i dispositivi medici prevede il vaglio di organismi notificati prima dell'immissione in commercio dei prodotti; se, dunque, la proposta entrerà in vigore i meccanismi di valutazione dovranno garantire la conformità dei software medicali non solo a quanto stabilito dalla normativa sui dispositivi medici, ma anche a quanto previsto nel Regolamento sull'IA<sup>70</sup>.

Per quanto concerne un eventuale vaglio di «eticità» in termini funzionali<sup>71</sup> delle applicazioni software utilizzate in ambito medico, o comunque destinate ad avere ampie ricadute sulla salute degli utenti, potrebbero risultare invece utili le previsioni

<sup>68</sup> Commi da 1 a 4 dell'art. 10 intitolato «*Dati e governance dei dati*»; al comma 5 si stabilisce peraltro che «[n]ella misura in cui ciò sia strettamente necessario al fine di garantire il monitoraggio, il rilevamento e la correzione delle distorsioni in relazione ai sistemi di IA ad alto rischio, i fornitori di tali sistemi possono trattare categorie particolari di dati personali [...], fatte salve le tutele adeguate per i diritti e le libertà fondamentali delle persone fisiche, comprese le limitazioni tecniche all'utilizzo e al riutilizzo delle misure più avanzate di sicurezza e di tutela della vita privata, quali la pseudonimizzazione o la cifratura, qualora l'anonimizzazione possa incidere significativamente sulla finalità perseguita».

<sup>69</sup> Si precisa come «Le soluzioni tecniche precise atte a conseguire la conformità a tali requisiti possono essere previste mediante norme o altre specifiche tecniche o altrimenti essere sviluppate in conformità alle conoscenze ingegneristiche o scientifiche generali, a discrezione del fornitore del sistema di IA. Tale flessibilità è particolarmente importante in quanto consente ai fornitori di sistemi di IA di scegliere il modo in cui soddisfare i requisiti che li riguardano, tenendo conto dello stato dell'arte e del progresso tecnologico e scientifico nel settore».

<sup>70</sup> Quella proposta dal regolamento IA è infatti una disciplina definita «orizzontale», destinata a combinarsi con le diverse normative di settore che già regolano i prodotti che possono incorporare o essere costituiti da sistemi di IA.

<sup>71</sup> Un approccio alternativo è quello proposto dal c.d. «*Design for values*», una proposta di metodo per basare la progettazione dei software sui valori della dignità umana, della libertà, dell'uguaglianza e della solidarietà e per interpretarli come requisiti non funzionali, in merito J. VAN DEN HOVEN, P.E. VERMAAS, I. VAN DE POEL, (a cura di) *Handbook of ethics, values, and technology design: Sources, theories, values, and application domains*, Dordrecht, Springer, 2015, *passim.*, una evoluzione delle c.d. *Privacy Enhancing Technologies* sulle quali si rinvia a A. BERNES, *Privacy Enhancing Technologies, trasparenza e tutela della persona nell'ambiente digitale*, in *Annuario OGID, 2022, Yearbook JODI 2022*, a cura di S. ORLANDO E G. CAPALDO, Roma, 2022, 23 ss.

contenute alle lettere *a* e *b* del comma 1 dell'art. 5 della Proposta IA, ove si dispone il divieto di immissione sul mercato, la messa in servizio e l'uso di prodotti software (a) che utilizzano "tecniche subliminali che agiscono senza che una persona ne sia consapevole al fine di distorcerne materialmente il comportamento in un modo che provochi o possa provocare a tale persona o a un'altra persona un danno fisico o psicologico" o (b) che sfruttano "le vulnerabilità di uno specifico gruppo di persone, dovute all'età o alla disabilità fisica o mentale, al fine di distorcere materialmente il comportamento di una persona che appartiene a tale gruppo in un modo che provochi o possa provocare a tale persona o a un'altra persona un danno fisico o psicologico"<sup>72</sup>; divieti che operano a prescindere dalla base giuridica che giustifica il trattamento dei dati funzionale all'operatività del software, quindi a prescindere dal fatto che gli utenti abbiano rilasciato il consenso al trattamento dei loro dati o che lo stesso trattamento sia giustificato da ragioni di interesse pubblico.

Rispetto alla prima previsione – quella sub a) – è stato rilevato come, sebbene appaia manifesto che si tratti di una disposizione diretta a vietare che le persone possano essere "manipolate"<sup>73</sup> grazie all'uso di sistemi di intelligenza artificiale, non risulta ben chiaro cosa si intenda per "tecniche subliminali"<sup>74</sup> e in cosa debba o possa consistere la consapevolezza rispetto a queste pratiche che si vorrebbero vietate<sup>75</sup>: l'assenza di indicazioni specifiche fa temere, difatti,

<sup>72</sup> In ragione delle modifiche apportate al testo della proposta dal documento del Consiglio europeo del novembre 2022 (General approach) la disposizione che vieta l'uso di sistemi di IA che sfruttano le vulnerabilità di un gruppo specifico di persone dovrebbe coprire anche le persone vulnerabili a causa della loro situazione sociale o economica: « (b) *the placing on the market, putting into service or use of an AI system that exploits any of the vulnerabilities of a specific group of persons due to their age, disability or a specific social or economic situation, with the objective to or the effect of materially distorting the behaviour of a person pertaining to that group in a manner that causes or is reasonably likely to cause that person or another person physical or psychological harm*».

<sup>73</sup> P. HACKER, *Manipulation by Algorithms. Exploring the Triangle of Unfair Commercial Practice, Data Protection and Privacy Law*, in *European Law Journal*, September 2021, 1 ss.

<sup>74</sup> A titolo esemplificativo si possono segnalare architetture software contenenti i cd. *dark pattern* o uso di tecniche adattive e personalizzate di analisi di dati che generano nell'individuo comportamenti irrazionali ed impulsivi, cd. *hyper-nudging*. Per una analisi approfondita delle possibili tipologie di interazioni di natura "persuasiva" fra un software di IA e l'utente umano si veda C. BURR, N. CRISTIANINI, J. LADYMAN, *An Analysis of the Interaction Between Intelligent Software Agents and Human Users*, in *Minds and Machines*, 2018, 28, 735 ss.

<sup>75</sup> G. CONTISSA, F. GALLI, F. GODANO, G. SARTOR, *op. cit.*, 11 ss.; in termini analoghi S. ORLANDO, *Regole di immissione sul mercato e "pratiche di intelligenza artificiale" vietate nella proposta di Artificial Intelligence Act*, cit., 356.

che un tale divieto "rimanga una dichiarazione di intenti senza alcuna applicazione concreta"<sup>76</sup>. A nostro modo di vedere, tuttavia, ove questa previsione dovesse essere sfruttata per sottoporre le funzionalità dei software ad una vaglio di "eticità"<sup>77</sup>, l'attenzione dovrebbe essere spostata dalla 'pratica' utilizzata al 'risultato' perseguito, di modo che ogni qual volta sia possibile dare la prova<sup>78</sup> che il comportamento di una persona risulti "materialmente distorto"<sup>79</sup> in ragione dell'utilizzo di un software tanto da poter provocare un danno fisico o psicologico<sup>80</sup>, l'immissione sul mercato, la messa in servizio e l'uso di tale software debbano considerarsi vietate. Semmai, come pure è stato sottolineato<sup>81</sup>, quel che lascia perplessi è il fatto che restino esclusi

<sup>76</sup> G. CONTISSA, F. GALLI, F. GODANO, G. SARTOR, *op. ult. cit.*, 13.

<sup>77</sup> Alcuni autori sostengono da tempo che gli "agenti artificiali" (software di IA) sono moralmente responsabili delle loro azioni, il che significa che possono essere sottoposti a varie forme di censura (ad esempio, 'manutenzione', rimozione, ecc.), ma non presentano le caratteristiche rilevanti che ci permetterebbero di etichettarli come moralmente responsabili (ad esempio, meritevoli di ricompensa o punizione), così L. FLORIDI, J. W. SANDERS, *On the morality of artificial agents*, in *Minds and Machines*, 14, 3, 2004, 349 ss.

<sup>78</sup> L'applicazione del principio di precauzione dovrebbe, peraltro, far propendere per una prova di natura presuntiva. Sul ragionamento presuntivo da ultimo si veda S. PATTI, R. POLI (a cura di), *Il ragionamento presuntivo*, Torino, 2022, *passim*.

<sup>79</sup> "L'espressione che nella versione in lingua inglese dell'AIA è resa con le parole "*to materially distort*" – presente in entrambe le previsioni di cui alle lettere a e b) dell'art. 5, § 1, AIA – è stata resa nel testo italiano con le parole "distorcere materialmente". Reputiamo che si tratti di una traduzione errata. Inanzitutto, l'avverbio così reso in lingua italiana è, in questo contesto, privo di senso. In secondo luogo, è pertinente osservare che la stessa espressione ("*to materially distort*") la troviamo nell'art. 5, dir. 2005/29/CE delle pratiche commerciali scorrette, che, nella versione italiana della medesima direttiva, è tradotta con "falsare in misura rilevante", così S. ORLANDO, *Regole di immissione sul mercato e "pratiche di intelligenza artificiale" vietate nella proposta di Artificial Intelligence Act*, cit., 357.

<sup>80</sup> Sarebbe poi da comprendere se nella definizione di "danno psicologico" si possano far rientrare tutte quelle forme di ingerenza indesiderata nella propria sfera decisionale che le attività di *nudging* sono destinate ad esercitare sfruttando i bias cognitivi "automatici", così operando al di sotto della consapevolezza, in quanto mirano a bypassare i processi deliberativi attraverso i quali un individuo può riflettere se il suo comportamento sia effettivamente coerente con i suoi desideri di ordine superiore. Sul funzionamento dei nudges C. BURR, N. CRISTIANINI, J. LADYMAN, *op. cit.*, 762 ss.

<sup>81</sup> Nel Parere congiunto del 18.6.2021 rilasciato da EDPB-GEPD, cit., al Punto 28 si legge infatti "[...] L'articolo 5 della proposta rischia di sostenere solo a parole i «valori» e il divieto di sistemi di IA che siano in conflitto con tali valori. Infatti, i criteri citati all'articolo 5 per classificare i sistemi di IA come vietati limitano l'ambito di applicazione del divieto in misura tale che il divieto stesso rischia di diventare irrilevante nella pratica [ad esempio: «in un modo che provochi o possa provocare [...] un danno fisico o psicologico» nell'articolo 5, paragrafo 1, lettere a) e b) ...]."



dalla previsione di divieto (almeno nella versione attuale della Proposta) tutte quelle applicazioni software atte a manipolare gli utenti, ma che siano in grado di determinare ‘solo’ pregiudizi di carattere economico o sociale, e dunque sia ammesso l’utilizzo di sistemi di IA volti a condizionare non solo scelte economiche<sup>82</sup>, ma anche scelte che possono avere un significativo impatto sociale (come ad esempio le preferenze politiche<sup>83</sup>). Una esclusione che, peraltro, riguarda anche la previsione sub b), ove il rinforzo di tutela contro possibili attività di manipolazione del comportamento che sfruttino la condizione di particolare vulnerabilità di uno specifico gruppo di persone dovute all’età o alla disabilità fisica o mentale (bambini, anziani, etc.), vede perdere gran parte della sua rilevanza.

Almeno per quanto riguarda il settore di nostro interesse un importante innalzamento nel livello di tutela degli utenti di servizi digitali destinati all’ambito della salute (come peraltro già rilevato) è stato comunque introdotto del *Digital Service Act*<sup>84</sup> che vieta di utilizzare la profilazione ottenuta grazie al trattamento di dati personali di cui all’articolo 9, § 1, del Reg. (UE) 2016/679 (categoria comprensiva dei dati relativi alla salute) per fornire pubblicità targhettizzata sulle piattaforme<sup>85</sup>, all’uso della quale vengono riconnessi capacità manipolative con effetti negativi gravi, in alcuni casi con impatti su interi gruppi e significative ricadute sociali.

### 3.1.1. Dalla vulnerabilità strutturale alla vulnerabilità complessa. L’anziano come soggetto vulnerabile.

L’interazione tra uomo e sistemi di intelligenza artificiale rivela quella che può essere definita una “vulnerabilità strutturale” degli individui<sup>86</sup>, che non ha origine nelle caratteristiche personali o circostanziali che possono interessare il singolo, ma si radica nel carattere intrinsecamente asimmetrico della relazione soggetto umano - agente artificiale. La dimensione congenita della vulnerabilità umana nel mondo digitale è alla base del c.d. “approccio universalistico” adottato dal regolamento europeo sulla protezione dei dati personali che considera tutti gli individui ugualmente esposti a potenziali violazioni della propria sfera personale digitale (si veda sopra paragrafo 3) e così facendo, nell’ignorare la stessa parola vulnerabilità (abbiamo visto come l’aggettivo vulnerabile è utilizzato una sola volta, in un considerando del pur lungo testo normativo), finisce per non rilevare l’esigenza di specifiche tutele<sup>87</sup>.

L’idea che rispetto all’intelligenza artificiale sussista una condizione di vulnerabilità comune a tutti gli individui, intesa perlopiù come dipendenza<sup>88</sup> e fiducia<sup>89</sup>, non può offuscare il fatto – del qua-

<sup>82</sup> Rispetto alle quali trova comunque applicazione la dir. 2005/29/CE sulle pratiche commerciali scorrette; cos P. HACKER, *op. cit.*, *passim*.

<sup>83</sup> Si pensi all’uso di *deepfake* che riprendono immagini o video di personaggi pubblici, politici, completamente fasulli al fine di condizionare le nostre valutazioni. Il problema è più compiutamente affrontato dalla proposta di regolamento sulla trasparenza e *targeting* della pubblicità politica del 25.11.2021, che prevede espressamente il divieto di tecniche di *targeting* o amplificazione in ambito di pubblicità politica che comportano il trattamento dei dati personali di cui all’art. 9, § 1 del Regolamento.

<sup>84</sup> Approvato dal Parlamento Europeo il 5.7.2022 unitamente al *Digital Markets Act*. I due provvedimenti compongono il *Digital Services Package*, che diventerà esecutivo dal 2023.

<sup>85</sup> Correttamente si rileva come, in termini di coordinamento con la disciplina contenuta nel *Digital Service Act*, l’art.5 della proposta di Regolamento IA dovrebbe includere tra i sistemi di IA assoggettati ai divieti di cui al medesimo articolo i sistemi di IA di profilazione a fini di marketing che trattano dati personali sensibili ai sensi dell’art. 9, § 1, Reg. (UE) 269/2016, S. ORLANDO, *Regole di immissione sul mercato e “pratiche di intelligenza artificiale” vietate nella proposta di Artificial Intelligence Act*, *cit.*, 365.

<sup>86</sup> Nel nostro dire da tenersi distinta dalla vulnerabilità ontologica dell’individuo come tratto distintivo della sua “finitezza umana”. Per una attenta ricostruzione della “epistemologia” della vulnerabilità S. ZULLO, *Lo spazio sociale della vulnerabilità tra pretese di giustizia e pretese di diritto. Alcune considerazioni critiche*, in *Politica del diritto*, 2016, 475 ss.

<sup>87</sup> “La parola «vulnerabilità» tende ad assumere, nell’odierno dibattito etico e giuridico, un significato valutativo. Tendenzialmente, l’affermazione che un certo individuo è «vulnerabile» non informa cioè del semplice fatto che egli si trova in una certa situazione (da chiarire, data la genericità di «vulnerabile»), ma suggerisce anche che sarebbe bene porre rimedio a questa situazione, garantendo a quell’individuo una particolare protezione, o eliminando una discriminazione cui è soggetto, o riducendo uno svantaggio di cui soffre, ecc. Sotto questo aspetto, la parola «vulnerabile» è simile alla parola «discriminazione» (che peraltro indica una particolare specie di vulnerabilità), poiché una discriminazione non è una mera disuguaglianza di trattamento, ma è una disuguaglianza irragionevole o ingiusta. Pertanto, non riconoscere una vulnerabilità non significa solo non rendersi conto del fatto che si è verificata o si sta verificando una certa situazione, ma significa anche non rilevare, forse colpevolmente, che in quella situazione vi è qualcosa di (almeno *prima facie*) ingiusto”, così E. DICIOTTI, *La percezione e i problemi della vulnerabilità*, in *Etica & Politica*, XXII, 2020, 1, 239 ss., 245.

<sup>88</sup> A. CARNEVALE, *Tecno-vulnerabili. Per un’etica della sostenibilità tecnologica*, Napoli-Salerno 2017, 35-39. In termini più generali A. MACINTYRE, *Animali razionali dipendenti*, 2001, Milano, *passim*.

<sup>89</sup> Parla per la prima volta della fiducia come una condizione di “vulnerabilità accettata” (l’accettazione della impossibilità di

le si reclama una presa di coscienza, soprattutto a livello politico istituzionale – che ulteriori condizioni di vulnerabilità, dipendenti da caratteristiche proprie dei singoli, come età e disabilità, ma anche da fattori esterni mutevoli ed eventualmente transitori, possano sovrapporsi alla prima, anche in forma plurima, determinando l'insorgere in capo al singolo individuo o a gruppi di individui di una situazione che potremmo definire di "vulnerabilità complessa".

La proposta di regolamento sulla IA prende atto di tale complessità soffermando la sua attenzione sulla vulnerabilità di alcune categorie (gruppi) di individui in relazione all'età o alla disabilità fisica o mentale - nella versione varata dalla Commissione - nonché in relazione alla situazione sociale o economica - in quella emendata dal Consiglio - con un passaggio che testimonia un atteggiamento di progressiva attenzione al tema della vulnerabilità e alle sue molteplici implicazioni<sup>90</sup>, ma allo stesso tempo rischia, nel far riferimento a criteri potenzialmente più flessibili per individuare classi di individui vulnerabili, di rendere molto discrezionale l'ambito di applicazione del divieto<sup>91</sup>. Il fatto è che discettando di vulnerabilità, quando si passa dal piano filosofico-concettuale al piano giuridico-fattuale, la questione di quali criteri utilizzare per selezionare coloro ai quali garantire una protezione particolare diventa centrale.

Nella dicotomia tra fattori interni, intesi quali caratteristiche intrinseche al soggetto cui si intende riconoscere una condizione di vulnerabilità rilevante per il diritto (età, incapacità, stato di salute), e fattori esterni, quali elementi contestuali ed eventualmente transitori che possono rilevare allo stesso fine (fattori sociali ed economici), i primi sembrano garantire un più elevato grado di certezza nel processo di selezione.

Senonché proprio con riferimento all'oggetto della nostra indagine - gli individui anziani - a fronte di una opinione comune che non esita a qualificarli come "soggetti vulnerabili" (e i recenti eventi pandemici hanno certamente contribuito a rafforzare una tale idea), si palesa in ambito giuridico un fronte molto meno unitario<sup>92</sup>, per la difficoltà di in-

dividuare caratteristiche comuni e costanti dipendenti dall'età (avanzata) che possano qualificarli tali<sup>93</sup> e, come tali, vulnerabili e bisognosi di tutela. Nella visione di molti il considerare gli anziani come soggetti vulnerabili solo in ragione dell'avanzare del tempo, senza peraltro che sia davvero possibile individuare una soglia di età al di sopra della quale un soggetto possa essere definito come tale<sup>94</sup>, potrebbe infatti palesarsi quale una forma di "discriminazione soggettiva" basata su di un ragionamento di natura presuntiva<sup>95</sup>.

Al fine di evitare derive paternalistiche<sup>96</sup>, con probabili ricadute in termini di emarginazione<sup>97</sup>,

---

televendita; art. 67 *quater* cod. cons., in materia di informazione nei contratti di commercializzazione a distanza di servizi finanziari ai consumatori) ma in alcune disposizioni si fa espressa menzione anche degli anziani (il riferimento è alla disciplina generale sulla sicurezza dei prodotti, ove la nozione di «prodotto sicuro» impone di tenere in considerazione le «categorie di consumatori che si trovano in condizione di rischio nell'utilizzazione del prodotto, in particolare dei minori e degli anziani» (art. 103, co. 1, lett. a, n. 4, cod. cons.) e all'art. 11, d. lgs. 8.11.2021, n. 210, attuativo della dir. (UE) 2019/944 relativa a norme comuni per il mercato interno dell'energia elettrica, che nella definizione di cliente vulnerabile annovera, tra gli altri, alla lettera f quelli «di età superiore ai 75 anni».

<sup>93</sup> Anche "il dibattito relativo al riconoscimento della soggettività delle persone anziane appare maggiormente "polarizzato", tanto che anche il confronto relativo all'opportunità che le Nazioni Unite adottino una specifica convenzione a tutela dei loro diritti sembra essersi arenato, principalmente a causa della difficoltà di individuare i "confini" del gruppo in questione e di ravvisare al suo interno una qualche omogeneità", così M.G. BERNARDINI, *(In)visibili? La vulnerabilità alla violenza di chi non ha l'età*, in *GenIUS*, 2, 2020, 1 ss., 10.

A livello di Carta costituzionale l'età viene più volte in rilievo con riferimento alle persone minori, ma non a quelle anziane; nella Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea sussiste uno specifico divieto di discriminazione in ragione dell'età (art. 21), e sono prese in considerazione sia la soggettività delle persone minori (art. 24), sia quella delle persone anziane (art. 25).

<sup>94</sup> Dal punto di vista degli studi antropologici la soglia di ingresso nella c.d. terza età tende progressivamente a spostarsi verso avanti. In occasione del 63° Congresso Nazionale della Società Italiana di Gerontologia e Geriatria (SIGG) del novembre 2018, è stata data una nuova definizione dinamica di anzianità (soglia da 65 a 75 anni), più confacente alle attuali *performance* fisiche e mentali, alla situazione demografica della popolazione italiana e, in generale, alle condizioni psicofisiche dei soggetti appartenenti a Paesi ad alto reddito. Per l'allungamento medio della speranza di vita alla nascita (in Italia 85 anni per le donne e 82 per gli uomini) è stata creata una nuova categoria di anzianità, dividendo le persone con più di 65 anni tra chi appartiene alla terza età (condizionata da buone condizioni di salute, inserimento sociale e disponibilità di risorse) e alla quarta età (caratterizzata da dipendenza da altri e decadimento fisico).

<sup>95</sup> N. ZORZI GALGANO, *op. cit.*, 587 ss. In termini più generali DOGLIOTTI, *I diritti degli anziani*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1987, 714 ss.

<sup>96</sup> B. CARDELLA TEDESCHI, *Diritto degli anziani/diritto per gli anziani*, in *Anziani, diritti, bisogni, prospettive*, a cura di V. CAPPELLATO, B. GARDELLA TEDESCHI, E. MERCURI, Torino, 2021, 191 ss.

---

esercitare una forma di controllo) A. BAIER, *Trust and Anti-Trust*, «Ethics», 96, 1986, 231 ss.

<sup>90</sup> C. MACKENZIE, W. ROGERS, S. DODDS (a cura di), *Vulnerability. New Essays in Ethics and Feminist Philosophy*, Oxford, Oxford University Press, 2014, passim.

<sup>91</sup> Sul tema le puntuali osservazioni di E. DICIOTTI, *op. cit.*, 243 ss.

<sup>92</sup> In ambito consumeristico è possibile rilevare come la maggior parte delle norme contenute nel codice del consumo che si occupano di tutelare i consumatori vulnerabili individuano come tali i minori e gli incapaci (art. 4 cod. cons. dedicato all'educazione del consumatore; art. 31 cod. cons. in materia di



l'idea suggerita dai più è che la condizione di vulnerabilità del soggetto anziano debba essere valutata di volta in volta, in ragione delle reali condizioni psico-fisiche della persona<sup>98</sup>, che tuttavia risultano concretamente rilevabili solo in ragione di un'indagine *ad hoc*, perlopiù effettuata *ex post*.

Il tipo di protezione che qui si intende garantire è tuttavia di ordine preventivo: si vogliono vietate quelle pratiche di intelligenza artificiale che sfruttano le vulnerabilità di uno specifico gruppo di persone, dovute all'età o alla disabilità fisica o mentale, al fine di influenzare il loro comportamento fino al punto di provocare o poter provocare loro un danno fisico o psicologico. In relazione a tale tipo di politiche di protezione l'individuare un limite di età superato il quale si possa ritenere che il progressivo decadimento delle forze fisiche e mentali che accompagna l'invecchiamento determini in via generalizzata una condizione di maggiore vulnerabilità dell'individuo<sup>99</sup>, potrebbe invero apparire opportuno, anche e soprattutto in termini di effettività della previsione normativa<sup>100</sup>. Si tratta di elaborare una "nozione sociale di anziano", che possa giovare di criteri di identificazione della categoria ricavabili dalle scienze sociali e mediche, soggetti come tali a possibili mutamenti nel tempo, ma pur sempre necessari per non cadere vittime di un relativismo foriero di costante indeterminatezza.

<sup>97</sup> DOGLIOTTI, *I diritti degli anziani*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1987, 714. In tal senso si vedano anche le riflessioni di P. PERLINGIERI, *Diritti della persona anziana, diritto civile e stato sociale*, in *Anziani e tutele giuridiche*, a cura di P. STANZIONE, Napoli, 1991, 96.

<sup>98</sup> C.M. BIANCA, *Senectus ipsa morbus?*, in Aa.Vv., *Studi in onore di Pietro Rescigno*, II, Milano, 1998, 98.

<sup>99</sup> S. PATTI, *Senilità e autonomia negoziale della persona*, in *Fam. pers. succ.*, 2009, 259 ss.

<sup>100</sup> G. VETTORI, *Effettività fra legge e diritto*, Milano, 2020, *passim*.

## NFT AND NFTED ARTWORKS BETWEEN PROPERTY AND COPYRIGHTABILITY\*

| 50 Di Arianna Alpini

**TABLE OF CONTENTS:** *1. Introduction. – 2. Tokenisation. - 3. The trading of artworks. – 4. NFT and the underlying artwork. – 5. A comparative overview: the key question in common law. – 6. European approaches. - 6.1. Italy between the certificate and the content. - 6.2 “The act of minting” as an exclusive right of the author: the Commercial Law Court of Barcelona. - 7. Virtual assets in China’s first Civil Code and the first NFT Court decision. 8. Concluding remarks.*

*ABSTRACT. Gli NFTs consentono agli autori di avere il controllo esclusivo sulle loro opere memorizzate in blocchi unici con una chiave privata, ri-creando così ‘scarsità digitale’. Al fine di cogliere a pieno i benefici degli NFTs occorre metterne a fuoco i rischi: il possesso di un NFT non include necessariamente un diritto sull’opera fisica o digitale collegata.*

*NFTs enable authors to have exclusive control of their works stored in unique blocks with a private key, thus re-creating ‘digital scarcity’ of the works. However, legal risks must be addressed in order to capture the benefits of NFTs fully: possessing an NFT does not necessarily confer any legal right over the digital or physical object the NFT refers to.*



## 1. Introduction

An NFT is a piece of digital artefact that represents the ownership of real-world assets. The influential NFT marketplaces, such as OpenSea, Rarible, NBA Top Shot, Binance and Nifty Gateway, use cryptocurrencies as their payment method<sup>1</sup>. Whilst NFTs operate as a type of cryptocurrency<sup>2</sup>, it is vital to distinguish Bitcoin's and NFT's different natures. Bitcoins are interchangeable and indistinguishable, making them fungible tokens<sup>3</sup>, while NFT is non-fungible because the associated data has a unique "hash value", a "unique and reproducible alphanumeric value from a specific data set" derived from the artwork<sup>4</sup>.

There are three ways to create and issue tokens. The first method is through an Initial Coin Offering (ICO). This is a method of raising capital for new ventures<sup>5</sup>. The tokens can be exchanged for future products and services or confer a right to a share in future profits on holders<sup>6</sup>. The tokens are then launched, and the business can use the proceeds to launch new products and services<sup>7</sup>. The second method is mining, where groups or individuals compete to solve complex mathematical problems<sup>8</sup>. The first one who solves the equation and validates the accuracy of a transaction in a block wins a reward. Upon mining, tokens can be minted, that is, published on the blockchain and made available for purchase<sup>9</sup>. This can be done on platforms such as OpenSea, which allows one to mint tokens on the Ethereum blockchain by setting up a crypto wallet,

creating a collection and uploading work<sup>10</sup>. The third method to create tokens is through tokenisation by linking or embedding the economic value and the rights derived from the asset to digital tokens created on the blockchain<sup>11</sup>. The tokenised asset can then be listed and sold on NFT marketplaces.

## 2. Tokenisation.

Tokenisation in blockchain opens up multiple new possibilities for businesses and individuals. Non-fungible tokens (NFTs) are widely adopted by the token owner in the form of a record and hash codes that show ownership of the unique token associated with a particular digital asset. Transactions are executed on smart contracts, sequences of computer codes that automatically execute pre-established instructions. Each block has a set amount of storage capacity, and once it is filled, it is 'chained' to the previously filled block<sup>12</sup>. Most NFTs exist on the Ethereum blockchain, with permanent digital records of all cryptocurrency transactions.

Blockchain technologies and platforms inspired the creation of 'crypto art', that is, to tokenise artwork digitally and trade the tokens on the platform. Crypto art is disruptive to the traditional market of artwork in many ways. First, it solves the chronic problem of the piracy of artworks. NFTs enable authors to have exclusive control of their works stored in unique blocks with a private key, thus re-creating 'digital scarcity' of the works. The transaction of NFTed artwork occurs within a more decentralised power structure<sup>13</sup>. Second, NFTs make fine art investment more accessible and democratic. On the one hand, it enables a smaller investment of a fraction of an artwork. On the other hand, artwork can also be directly accessible from mobile phones and laptops without requiring storage space or the use of special equipment, which thus allows trade to be conducted more seamlessly<sup>14</sup>. Third, it enables di-

\* The author thanks Dr Jia Wang for a most inspiring discussion.

<sup>1</sup> D. RODECK & J. SCHMIDT, "What is Blockchain?", 10 February 2022, in [forbes.com/advisor/investing/cryptocurrency/what-is-blockchain](https://forbes.com/advisor/investing/cryptocurrency/what-is-blockchain).

<sup>2</sup> J. FAIRFIELD, *Tokenized: The Law of Non-Fungible Tokens and Unique Digital Property*, in *Indiana Law Journal*, 2021, Vol. 97: Iss. 4, Article 4, available at [repository.law.indiana.edu/ilj/vol97/iss4/4](https://repository.law.indiana.edu/ilj/vol97/iss4/4).

<sup>3</sup> S. NAKAMOTO, *Bitcoin: A Peer-to-Peer Electronic Cash System*, in [bitcoin.org/bitcoin.pdf](https://bitcoin.org/bitcoin.pdf).

<sup>4</sup> A. TIPOTSCH, *Formulating a Smart Contract and Minting an NFT*, 21 May 2021, in [schoenherr.eu/content/formulating-a-smart-contract-and-minting-an-nft](https://schoenherr.eu/content/formulating-a-smart-contract-and-minting-an-nft).

<sup>5</sup> A. DELIVORIAS, *Understanding Initial Coin Offerings*. *European Parliamentary Research Services*, 2021, in [euro-parl.europa.eu/RegData/etudes/BRIE/2021/696167/EPRS\\_BRI\(2021\)696169\\_EN.pdf](https://euro-parl.europa.eu/RegData/etudes/BRIE/2021/696167/EPRS_BRI(2021)696169_EN.pdf)

<sup>6</sup> How to Design an Effective Initial Coin Offering, 2019, in [Knowledge.wharton.upenn.edu/article/design-effective-initial-coin-offering](https://knowledge.wharton.upenn.edu/article/design-effective-initial-coin-offering).

<sup>7</sup> Initial Coin Offering (ICO), 2022, in [corporatfinanceinstitute.com/resources/cryptocurrency/initial-coin-offering-ico](https://corporatfinanceinstitute.com/resources/cryptocurrency/initial-coin-offering-ico).

<sup>8</sup> Trading Education, *Cryptocurrency Mining Explained*, 2021, in [trading-education.com/cryptocurrency-mining-explained](https://trading-education.com/cryptocurrency-mining-explained).

<sup>9</sup> Crypto Minting vs Mining: What's the Difference?, 2021, in [phemex.com/blogs/crypto-minting-vs-crypto-mining](https://phemex.com/blogs/crypto-minting-vs-crypto-mining).

<sup>10</sup> See at <https://opensea.io/learn/what-is-minting-nft>.

<sup>11</sup> The Tokenisation of Assets and Potential Implications for Financial Markets, OECD, 17 January 2020, in [oecd.org/finance/The-Tokenisation-of-Assets-and-Potential-Implications-for-Financial-Markets.pdf](https://oecd.org/finance/The-Tokenisation-of-Assets-and-Potential-Implications-for-Financial-Markets.pdf).

<sup>12</sup> R. DE CARIA, *Blockchain and Smart Contracts*, in *Italian Law Journal*, 6(1), 2020, 363-380; ID., *The Legal Meaning of Smart Contracts*, in *European Review of Private Law*, 2018, 26(6), 731-752.

<sup>13</sup> A. STOREY, *Surprising Benefits of NFTs for Artists*, 12 May 2022, in [postergrind.com/11-surprising-benefits-of-nfts-for-artists](https://postergrind.com/11-surprising-benefits-of-nfts-for-artists).

<sup>14</sup> Top 6 Benefits of NFT's for Artists and Reasons to use them, 10 March 2022, in [hashtaginvesting.com/blog/top-benefits-of-nfts-for-artists](https://hashtaginvesting.com/blog/top-benefits-of-nfts-for-artists).

rect transactions between the rightsholder and consumer without involving middlemen such as curators, galleries and art dealers<sup>15</sup>. Lastly, transactions of NFTed artwork increase liquidity and allow for higher transparency of data. Blockchain transactions are often completed in milliseconds, reducing the waiting time when selling NFTed artwork and allowing artists to be paid more quickly, thus increasing liquidity. Not only are NFTs generally sold and traded in full public view, but each transaction can also be traced and followed, as each NFT and its blockchain entries contain proof of current and past ownership, and all transactions involved<sup>16</sup>.

While NFTs look promising in many respects in trading artworks on digital platforms, legal risks must be addressed in order to capture the benefits of NFTs fully. When buying an art piece, one does not purchase its copyright, which would have to be transferred separately. In order to own a piece of artwork does not necessarily entail the subsequent right to display the work in a public place and collect copyright royalties paid for the use of the work. The right to display and receive royalties remains with the author or the rightsholder<sup>17</sup>.

### 3. The trading of artworks.

In the past, artworks were traded by transferring the physical object or licensing the use of the work without the transfer of ownership. Collective copyright licensing is managed by collective societies in Europe and China while in common law jurisdictions, by corporations specialising in collective copyright management. A common problem of collective copyright management is the high agency cost. Moreover, tracing and tracking the author of orphan works is less efficient due to the need for more technology. The intermediary, that is, the collective society, is confined by its structural and technological limits and cannot assist the rightsholder in fully capturing the value of artworks.

In the digital era, various data management tools help improve the efficiency of collective management. However, the agency cost and source-tracing problems still exist, although to a lesser extent. With the onslaught of blockchain and NFTs, it is

<sup>15</sup> A. DROBITKO, *Can Artists Still Benefit From NFTs?*, 29 June 2022, in [forbes.com/sites/forbesbusinesscouncil/2022/06/29/can-artists-still-benefit-from-nfts/?sh=57efba0a648d](https://forbes.com/sites/forbesbusinesscouncil/2022/06/29/can-artists-still-benefit-from-nfts/?sh=57efba0a648d).

<sup>16</sup> A. STOREY, *Surprising Benefits of NFTs for Artists*, n 13 above.

<sup>17</sup> J.M. MORINGIELLO & C.K. ODINET, *The Property Law of Tokens*, in *Florida Law Review*, 2022, 74, 607-671, available at [ssrn.com/abstract=3928901](https://ssrn.com/abstract=3928901) or [dx.doi.org/10.2139/ssrn.3928901](https://dx.doi.org/10.2139/ssrn.3928901)

time to revisit the agent-based transaction model. Do artists need an intermediary to manage their copyright if they can manage their own copyrighted works with secured NFTs and supporting platforms?

Although blockchain technologies seem to offer an ideally distributed and democratic digital world without intermediaries involving transaction costs<sup>18</sup>, in the new reality of business, NFTed artwork trading platforms emerge as new intermediaries.

The increasingly involved artificial intelligence in creating artwork brings another dimension to the legal compliance for the trading of artworks. Unlike traditional artworks like painting, photography and music, which are protected by copyright, AI-created art is less concerned with copyright. AI-created art is also called generative art. Many NFT projects, such as CryptoPunks, Bored Ape Yacht Club, World of Women, Azuki, Chromie Squiggles, Clone X, and Moonbirds, involve generative art in the creation process. Generative art is generated wholly or in part by the algorithm and not in direct control of the programmer, who is an artist or commissioned by a customer. The programmer creates a programme consisting of one or more algorithms that randomly generate an artwork based on randomised parameter selections or by one or more inputs that are driven or operated to suggest a direction for the artwork. In more complex projects, artificial intelligence is programmed to make decisions during the entire process of creating an artwork<sup>19</sup>. Different from the purchase of traditional artworks, the purchase of generative artwork is obtained upon the creation of the art, which coincides with the act of minting. The purchase of the NFTed AI-created artwork takes place by creating and minting the artwork.

### 4. NFT and the underlying artwork.

NFTs are not the artwork, nor does it become the artwork. The NFT records the existence and ownership of the artwork onto the blockchain, and because no two NFTs are the same, and no two blockchain registrations can be the same, the tokenised asset linked to the NFT also can be considered unique and non-fungible<sup>20</sup>. Each NFT contains

<sup>18</sup> A. DROBITKO, *Can Artists Still Benefit From NFTs?*, n 15 above.

<sup>19</sup> T.W. DORNIS, *Of 'Authorless Works' and 'Inventions without Inventor' – The Muddy Waters of 'AI Autonomy' in Intellectual Property Doctrine*, in *European Intellectual Property Review*, 2021, 1-28.

<sup>20</sup> M.D. MURRAY, *Generative and AI Authored Artworks and Copyright Law*, in *Hastings Communications and Entertainment Law Journal*, 2022, 45(1), 28-43, in

metadata that describes the corresponding assets in order to prove the physical object's authenticity or rarity. The NFT represents the physical object in code that is written into the blockchain that contains various information. This information frequently contains the name of the creator of the NFT, a URL linking to a representation of the underlying work of the NFT, the date it was minted, and any contractual terms that follow the NFT after it is sold. While the separate URL embedded in the NFT contains a link to a copy of the underlying work, it is not itself a copy of that work. Thus, an NFT is not a reproduction of content; it is merely a token that authenticates the source of the content. For this reason, NFTs themselves are not "copies" and thus not subject to copyright infringement.

The metadata does not contain any recognisable content of the underlying work, nor does it describe its contents. Similarly, the metadata does not add, transform, or recast any underlying work. Nevertheless, NFT establishes an exclusive ownership relationship with the underlying artwork. The hash is stored on a blockchain with an associated time stamp. Consequently, NFT keeps track of hash sales, so it is possible to trace the hand steps of the hash to the creator. This mechanism provides proof of authenticity and, simultaneously, ownership of the work. The transfer of an NFT connected to a work of art transfers the digital ownership of the authentic copy of the work; however, the purposes that can be pursued with this tool are different, so it is necessary to identify the crypto activity, the specific utility that the NFT is intended to create from time to time.

Authors can create and sell NFTs representing their works. In practice, the NFT digital art market recognises the owner of a "legitimate" NFTed work as the "owner" of the work, even though NFTs do not convey copyright ownership of the work<sup>21</sup>. NFT owners encourage others to use their work because popularity increases the value of the work. Increasing the author's impact creates more value than controlling the use of the work. If the profit from selling NFTs alone is large enough to motivate authors, copyright is no longer necessary as a legal monopoly to reward authors. The value of art has always come from the reputation of the author and the scarcity of the work through "authenticity".

## 5. A comparative overview: the key question in common law.

The Courts in England and Wales, Singapore and New Zealand (*Ruscoe v Cryptopia Ltd*, 2020) have acknowledged bitcoins and other crypto assets as property within the common law. Property in the case law to date refers more to assets than things<sup>22</sup>. This was also the advice of the LawTech Delivery Panel's UK Jurisdiction Taskforce in its Legal Statement on Cryptoassets and Smart Contracts. The key question is how crypto assets as property would fit within the common law's classificatory scheme for property. Unlike the civilian classification between movables and immovables, the common law classifies property into real and personal, with the former comprising mostly land. Personality is, in turn, classified into either choses in possession or choses in action.

The point on whether cryptocurrency could be a form of property was developed in *AA v Persons Unknown* ("AA", 2019)<sup>23</sup>. Bryan J considered that it was "fallacious to proceed on the basis that the English law of property recognises no forms of property other than choses in possession and choses in action". In doing so, he cited extensively from the legal statement on crypto assets and smart contracts published by the UK Jurisdiction Task Force (the "Legal Statement"). The Task Force thus took the view that Colonial Bank was not to be treated as limiting the scope of what kinds of things could be property in law. Rather, it showed the ability of the common law to stretch "traditional definitions and concepts to adapt to new business practices" (Legal Statement at [77]). The Legal Statement, therefore, formed the basis for Bryan J's conclusion that while a crypto asset might not be a thing in action based on a narrow definition of that term, it could still be considered property (AA at [59]). He made a finding that crypto assets such as Bitcoin were property, given that they met the four criteria set out in *National Provincial Bank Ltd v Ainsworth* [1965] ("Ainsworth") at 1248 – namely that it must be "de-

<sup>22</sup>K.F.K. LOW & M. HARA, *Cryptoassets and Property*, in SJEFF VAN ERP & KATJA ZIMMERMANN (eds), *Edward Elgar Research Handbook on EU Property Law* (forthcoming).

<sup>23</sup> The immediate difficulty was that "English law traditionally views property as being of only two kinds, choses in possession and choses in action" (citing *Colonial Bank v Whinney* [1885]). Bitcoins, and other cryptocurrencies, did not fall neatly into either category and thus could not be classified as a form of property (AA at [56] and [58]). See KELVIN F.K. LOW, *Cryptoassets and the Renaissance of the Tertium Quid?*, 9 March 2023, CHRIS BEVAN (ed), *Edward Elgar Handbook on Property Law and Theory* (Forthcoming), available at <https://ssrn.com/abstract=4382599> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.4382599>

[ssrn.com/abstract=4152484](https://ssrn.com/abstract=4152484) or [dx.doi.org/10.2139/ssrn.4152484](https://dx.doi.org/10.2139/ssrn.4152484); ID., *NFT Ownership and Copyrights*, 2 July 2022, in [ssrn.com/abstract=4152468](https://ssrn.com/abstract=4152468) or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.4152468>.

<sup>21</sup> B.L. FRYE, *After Copyright: Pwning NFTs in a Clout Economy*, in *The Colombia Journal of Law and Arts*, 45(3), 341-353.



finable, identifiable by third parties, capable in its nature of assumption by third parties, and have some degree of permanence or stability”.

The UK’s High Court recently ruled that NFTs are property, and thus victims of NFT theft can now have their stolen assets frozen through Court injunctions. In an earlier case involving NFTs (*Osbourne v Persons Unknown*, 2022), the Court also found a claimant has a good arguable case that misappropriated crypto assets are held on a constructive trust is therefore clear that the courts are open to constructive trust claims as regards crypto assets. However, Ms Osbourne did not go so far as to seek, as Mr D’Aloia has, to ask the courts to consider a claim in which – in addition to the alleged fraudsters – the exchanges are also said to hold the crypto assets on constructive trust. In D’Aloia case, therefore, appears to be the first in which the Court has found that there is a good arguable case for this claim against the exchanges themselves. D’Aloia case allows victims to obtain court injunctions against individuals whose crypto wallet has been identified as carrying a stolen NFT and to the NFT platform on which the stolen asset is being sold.

This ruling demonstrates that the English courts are open to entertaining constructive trust claims concerning crypto assets, not only against the fraudsters themselves but also against third-party exchanges. The possibility of such a claim has been lent further support by the Law Commission’s analysis in their Consultation Paper on Digital Assets, published on 28 July 2022 (see paragraph 19.51). This would give victims of crypto-asset fraud a means of direct action against exchanges for breach of trust should they fail to comply with their duties as constructive trustees, having been notified that they are in the possession of fraudulently misappropriated crypto assets.

In an earlier case of *CLM v CLN* (2022) SGHC (General Division of the High Court of Singapore) 46 (“CLM”), Lee Seiu Kin J dealt with the question of whether stolen cryptocurrency assets, specifically Bitcoin and Ethereum, could be the subject of a proprietary injunction. Having considered the cases and the analysis in *Ruscoe v Cryptopia Ltd* (2020) (“Ruscoe”), the judge was of the view (at [46]) that the claimant, in that case, was able to prove an arguable case that the stolen cryptocurrency assets were capable of giving rise to proprietary rights, which could be protected via a proprietary injunction.

In *Janesh s/o Rajkumar v Unknown Person* (2022), the Court noted that although NFTs have been characterised as certificates of ownership “powered by smart contracts and protected by

blockchain technology”<sup>24</sup>, NFTs represent an “ownership of a digital certificate of authenticity of commonly available digital art”<sup>25</sup>. Nevertheless, the Court disagrees with the ‘NFT is certificate’ approach. The Court points out that NFTs are not just mere information but rather data encoded in a certain manner and securely stored on the blockchain ledger (*Janesh s/o Rajkumar v Unknown Person*, 2022, paragraph 58). Rather, NFTs provide instructions to the computer under a system whereby the “owner” of the NFT has exclusive control over its transfer from his wallet to any other wallet.

Lee Seiu Kin J adopted the Ainsworth test and upheld the following findings. First, an NFT with its unique metadata is definable (*Janesh s/o Rajkumar*, [44]). NFTs are not just mere information, but rather, data encoded in a certain manner and securely stored on the blockchain ledger (*Janesh s/o Rajkumar*, [58]) ‘It provides instructions to the computer under a system whereby the “owner” of the NFT has exclusive control over its transfer from his wallet to any other wallet.’ (*Janesh s/o Rajkumar*, [58]) Second, per the second requirement that the “asset must have an owner being capable of being recognised as such by third parties” (CLM, [45(b)], citing *Ruscoe* at [109]) the presumptive NFT owner would be whoever controls the wallet which is linked to the NFT an NFT with its private keys would be an asset, with an owner being capable of being recognised as such by third parties. The third requirement is that “that the right must be capable of assumption by third parties, which in turn involves two aspects: that third parties must respect the rights of the owner in that asset, and that the asset must be potentially desirable” The ‘nature of the blockchain technology gives the owner the exclusive ability to transfer the NFT to another party, which underscores the “right” of the owner.’ Lastly, an NFT has a relevant degree of permanence and stability as money in bank accounts which, nowadays, exist mainly in the form of ledger entries and not cold hard cash.

## 6. European approaches.

Scholars pointed out that digital tokens may be considered “digital assets”<sup>26</sup>. The Gesetz über Token und VT-Dienstleister of Liechtenstein regulates

<sup>24</sup> P.C. AKSOY & Z. ÜNER, *NFTs and Copyright: Challenges and Opportunities*, in *Journal of Intellectual Property Law & Practice*, 2021, 16(10), 1115-1126.

<sup>25</sup> K.F.K. LOW & M. HARA, *Cryptoassets and Property*, n 22 above.

<sup>26</sup> G.M.R. TERUEL & H. SIMON-MORENO, *The digital tokenization of property rights: a comparative perspective*, in *Computer Law and Security Review*, 2021, 41, 4-5.



tokens as assets (Vermögen, art. 4). In fact, it has been stated that “all-European-legal systems of the member states regard not only corporeal thing as the objects of real rights but also incorporeal assets, such as patrimonial rights”<sup>27</sup>. However, some legal systems take a narrower approach concerning the scope of the property, which is limited to “corporeal things”, as is the case under both German and Swiss law (e.g. §§90 Bürgerliches Gesetzbuch<sup>30</sup> -BGB- or §641 Swiss Civil Code 31). This means that tokens could not be regarded as the object of property in these legal systems, e.g. in Germany, tokens have been defined as “eine faktische Vermögensposition”, meaning ‘a factual situation’. Other EU legal systems have either incorporated a broader definition of the concept of a “thing” to include “patrimonial or valuable rights” (e.g. arts. 334.10 CC; §§292, 298 and 299 Allgemeines bürgerliches Gesetzbuch, ABGB<sup>35</sup>) or a broader definition of the concept of an “asset” (art. 3.1 Burgerlijk Wetboek -BW-), which makes regulating tokens as an object of ownership more accessible. For example, in Spain, the judgment of the Supreme Court 20/06/2019 denied the recognition of bitcoin as a legal tender (money) but considered it an “incorporeal asset”. In Italy, tokens have been regarded as “digital assets” under the provisions of art. 810 Italian Civil Code; and art. 65 French Loi n. 486 categorises tokens as “incorporeal assets” (bien incorporel).

From an EU perspective, the Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council on Markets in Crypto-assets (MiCA) 24 September 2020 aims to enhance legal certainty to crypto-assets while encouraging innovation and protecting consumers. However, this proposal does not cover the legal nature, the legal effects and the admissibility of using asset-backed tokens to transfer property rights. Tokens issued in blocks of fewer than 150 tokens are excluded from the Regulation. So, the Regulation does not cover small issuances, which are typically the case in the tokenisation of real-world assets<sup>28</sup>.

### 6.1. Italy between the certificate and the content.

Italian Supreme Court indicated a functional approach. It held that the legal qualities of bitcoins depend on the purpose of the usage of the currency and the utility they produce. If a virtual currency is used for speculative purposes, it will be considered a financial product (security token). The Court identifies the requirements to qualify the securities offered (in the specific case LWF Coin) as financial instruments. The test includes the purpose of the use of capital, the expectation of return, and the risk directly linked to the use of capital<sup>29</sup>.

The Court of Rome<sup>30</sup> enjoined Blockeras s.r.l. from any production, marketing, promotion and offering for sale, directly and/or indirectly, in any way and form, of the NFTs and digital contents and ordered the defendant to withdraw from the market and remove from every website the NFTs and the digital contents associated or products in general covered by the injunction. The dispute concerned trademark infringement and unfair competition practice, consisting of the unauthorised use of words or figurative marks through the production, marketing and online promotion of digital playing cards with images that reproduced footballers' NFTs. The distinctive signs in question show the image of former player Christian (Bobo) Vieri wearing the Juventus shirt and the team's name. The Court did not express an opinion about the legal nature of NFT but stated that the circumstance that Bobo Vieri played for Juventus and that he granted permission to the use of his image, through the creation of cards reproducing the player with the different shirts of the teams in which he played, does not exclude the need to request authorisation for using the registered trademarks owned by the teams whose shirts and names are reproduced. The decision indicated that the court viewed the infringement of IP by NFTs as equivalent to an infringement made through physical reproduction.

At the European level, the Court of Rome is the first to order an injunction to the creation and marketing of NFTs infringing registered trademarks. The decision represents an implicit accreditation of the interpretation - already adopted by the main national and international offices, including EUIPO -

<sup>27</sup> C. VON BAR and U. DROBNIG, *The Interaction of Contract Law and Tort and Property Law in Europe. A Comparative Study*, Sellier, European Law Publishers GmbH, München, 2009, 31 ss.

<sup>28</sup> The European Union Court of Justice has ruled that crypto-currencies fall into legal goods exempt from VAT (EUCG, sez. V, 22 October 2015, case -214/2016).

<sup>29</sup> Court of Cassation, Penal Section, 30 November 2021, No 44337 and 22 November 2022, No 44378.

<sup>30</sup> Court of First Instance, Rome, ordinance, 20 July 2022, No. 32072, Juventus Football Club S.p.A. v Blockeras s.r.l., in *al-talex.com/documents/2022/11/07/juventus*.

for which ‘virtual goods’ are proper to Class 9 because they are treated as digital content or images<sup>31</sup>.

The Italian Court confirms the fact that the creation of NFTs requires specific authorisation from the proprietor of the trade mark, of which it, therefore, constitutes a separate infringement and distinct from the infringement constituted by the use of the trademark in the digital images associated with the NFT.

This points out the preference for a legal definition of NFT that undertakes a dichotomy between the certificate and the content (*Janesh s/o Rajkumar v Unknown Person*, 2022, SGHC 264). Above all, it explains the ratio of the precautionary order, which distinguished between NFTs and the corresponding digital content, inhibited the “production, marketing, promotion and offer for sale, direct and/or indirect, in any way and form on the one hand, of the NFT and, on the other hand, of any other digital content or product generally bearing the photograph, even modified, and/or the Juventus trademarks, as well as the use of said trademarks in any form and manner”. This judgement echoes the US court decision involving Maison Hermes against the artist Mason Rothschild and Nike in relevant goods traded in StockX, a second-hand market.

In the latter case, in particular, the judge will have to decide whether the creation of an NFT generates an intrinsic value rather than a mere digital certificate of ownership of the associated property, which, hypothetically, the person who mints and uploads the NFTed work is the legitimate owner of the work.

## 6.2. “The act of minting” as an exclusive right of the author: the Commercial Law Court of Barcelona.

The Commercial Law Court of Barcelona<sup>32</sup> delivered one of the first judgments dealing with the relationship between intellectual property and NFT.

<sup>31</sup> However, the term virtual goods on its own lacks clarity and precision so must be further specified by stating the content to which the virtual goods relate (e.g. downloadable virtual goods, namely, virtual clothing). The 12th Edition of the Nice Classification will incorporate the term downloadable digital files authenticated by non-fungible tokens in Class 9. NFTs are treated as unique digital certificates registered in a blockchain, which authenticate digital items but are distinct from those digital items. For the Office, the term non fungible tokens on its own is not acceptable. The type of digital item authenticated by the NFT must be specified (euipo.europa.eu).

<sup>32</sup> Juzgado de lo Mercantil, Barcelona, No 1900/2022, Visual Entidad De Gestion De Artistas Plasticos/ Punto Fa, in *poderjudicial.es/search/AN/openDocument/fb7c927281ec693aa0a8778d75e36f0d/20221121*.

The decision involves the fast fashion brand Mango and the Spanish collective society for artists VEGAP (Visual Entidad de Gestión de Artistas Plásticos). In March 2022, Mango exhibited a series of artworks created by Farkas in a virtual museum on the Decentraland, a Web 3.0 site. Mango legitimately owns the original copy of the works. The collection was designed to reinterpret rather than directly reproduce the artworks, which are under copyright protection. VEGAP sued Mango for copyright infringement, arguing that the minting and displaying of the artworks infringed copyright. Mango argued that the NFTs were just a list on OpenSea and did not represent any proprietary rights per se. The Court ordered tokens to be delisted and further pointed out that the withdrawal of a work does not amount to destroying tokens since tokens can be used during the process. For this reason, the Court orders the claimant to provide a cryptocurrency wallet, with a deposit of EUR 1,000 that will be used to maintain legal custody of the NFTs and orders OpenSea to transfer custody of those tokens to be deposited to the applicant’s portfolio.

The first aspect of the dispute is the extent of Mango’s rights as owner of the physical artwork. The ruling states that VEGAP transferred the right to display physical works publicly, but nothing else. The Court assumes that the right to display does not give the right to digitise the work, display and sell it as NFT.

The second question that the Court will have to examine is whether adapting a work in this way infringes copyright. If the Court decides that these designs are indeed in violation of relevant IP rights, the question is whether the minting NFT of a work without authorisation is unlawful in itself and whether the display and sale of such an NFT is a communication to the public. However, it can be argued that an NFT includes a link to a copy of the work but not the work itself. The connection could not even be permanent and may be interrupted. In addition, the actual connection to work is not always easy to reach. If the link is to an IPFS file, it is not accessible unless a specialised browser like Brave, which can read IPFS links, is used. From this perspective, it is difficult to admit that “the act of minting” is protected as an exclusive right of the author.

## 7. Virtual assets in China’s first Civil Code and the first NFT Court decision.

China’s first Civil Code, which became effective in 2021, includes provisions peripherally relevant to virtual assets. In Book I General Provisions, Article

114 provides that civil subjects enjoy property rights (rights in rem), which are the exclusive rights to directly dominate a particular thing, including ownership, usufructuary rights, and security interests. Article 116 is a Numerus Clausus that limits the types and contents of property rights exclusively by law. Article 127 provides that the Civil Code shall recognise the existing legal provisions for virtual property.

In the first NFT court decision in China (Qice Technology Ltd v A Technology Ltd)<sup>33</sup>, the Hangzhou Internet Court, an intermediate-level court, holds an NFT-trading platform liable for copyright infringement for an NFTed unauthorised reproduction of an artwork uploaded by its user. The Court discussed similar issues regarding the nature of NFTs. It holds that the metadata exclusively and uniquely represents a copy of an artwork. It is identifiable by third parties and maintains the scarcity of the work in a digital form. Therefore, an NFTed work is a ‘digital commodity’, and NFTed copies of the work are digital assets. The trade of an NFTed work is essentially a transfer of ownership of the copy being tokenised and uploaded. Acquiring such an NFTed work entails obtaining the property rights and interests in that copy. It entails no license to use such digital assets nor a license or a transfer of the intellectual property rights of the underlying artwork (unless the sales agreement provides otherwise). In the further analysis of copyright infringement, the Court distinguishes NFTed work from a physical object. It holds that the distribution right does not apply in this case because it only concerns the distribution of physical objects. The legitimate creator of an NFT should not be the person who possesses a copy of the underlying work but the person who owns the copyright or obtains a due license for the underlying work. Hence, it holds that the uploading of the NFTed work infringed on the right to disseminate work by information networks.

However, as the Court is only a district-level court, it remains to be seen whether its ruling will be widely followed or is likely to be challenged in subsequent cases by other courts in China. In any case, as the authorities have not yet enacted any formal NFT laws or regulations, the court’s insights in the judgment are meaningful, and NFT players in China should carefully consider the implications of the ruling.

<sup>33</sup> Hangzhou Internet Court, 20 April 2022, Shenzhen Qice Diechu Cultural Creation Co., Ltd. v Hangzhou Yuanyuzhou Technology Co., Ltd., Zhe 0192 Civil First Instance No 1008, (see: [mv-nl\\_04-2022\\_first-nft-decision-in-china\\_urteil-internet-court-hangzhou\\_final\\_neu\\_pdfa.pdf](#)).

## 8. Concluding remarks.

The value of art has always come from the reputation of the author and the scarcity of the work through ‘authenticity’. NFTs offer artists the opportunity to secure incomes with tracing and tracking functions and embedded smart contracts while encouraging the dissemination of artwork that cannot be reproduced without authorisation. If the profit from selling NFTs is large enough to motivate authors, copyright as a legal monopoly is no longer necessary to generate rewards. Recognising NFTs as property encourages artists to be open to the market, which helps create cultural prosperity and increase social welfare.

The NFT is more than a recording of digital work. Minting an NFTed work is to record the work on the blockchain through an identification code. The creation of the digital tokenised work (i.e. registered blockchain with hash code) involves the acquisition of ownership by the registration holder. NFTed artwork might evoke the question of exclusive possession and control of the work, including property and intellectual property such as copyright. The right to tokenise a work protected by copyright belongs to the owner of the copyright or those who have the authorisation of the owner; beyond this hypothesis, this right belongs to the owner of NFTed work. Consequently, it is necessary to distinguish NFTs from NFTed artwork. The NFT is a mechanism for forming the ownership of a right of use and disposition of digital work in the hands of the person who registers the NFTs.

Although the judiciary from different jurisdictions has been willing to extend the protection for brick-and-mortar property to NFTed artworks, NFTs are at the risk of misrepresenting or even infringing IP rights in a work minted into NFTs. Possessing an NFT does not necessarily confer any legal right over the digital or physical object the NFT refers to. Several proposals have been advanced to overcome this limitation to the concept of NFT. Some try to strike a balance between the legal and the technical dimension, incorporating aspects of copyright law into the metadata of the NFT or in accompanying documentation; others propose to incorporate the actual work into the underlying smart contract. While many commentators are critical at this point, others, see the potential of NFTs as forms of ‘unique digital property’, re-establishing personal property rights that have been lost to user agreements and other instruments of uneven bargaining power<sup>34</sup>.

<sup>34</sup> J. FAIRFIELD, *Tokenized: The Law of Non-Fungible Tokens and Unique Digital Property*, n 2 above.



In the UK, the Task Force took the view that *Colonial Bank* was not to be treated as limiting the scope of what kinds of things could be property in law. Instead, it showed the ability of the common law to stretch “traditional definitions and concepts to adapt to new business practices”. *National Provincial Bank Ltd v Ainsworth* [1965] has established a four-factored test for the property as something “definable, identifiable by third parties, capable in its nature of assumption by third parties, and have some degree of permanence or stability”. In Singapore, the Court rejected the analogy between a title deed for real property and NFTs as a certificate for digital assets. Rather, it adopted the *Ainsworth* criteria and upheld NFTs as property.

In Europe, although some jurisdictions traditionally take a narrow approach concerning the scope of the property, which is limited to “corporeal things”, many others are more open to including incorporeal assets, such as patrimonial rights, into real rights. The court decisions discussed demonstrate that cryptocurrency and NFTs are considered digital assets<sup>35</sup>. The Italian and Spanish Courts noted that NFTs, on the one hand, bear a certifying function and, on the other hand, link to specific content. China’s first *Civil Code* explicitly recognises virtual property as an object protectable by law. In the first NFT-concerned case, the Court distinguishes the NFTed work from a physical object and holds that an NFTed work is a ‘digital commodity’, and NFTed copies of the work are digital assets. It adopts a test similar to the *Ainsworth* test that evaluates whether the data is unique and securely linked to a work and is identifiable by third parties. It is consensus that while the right of the owner to mint and tokenise a work is to be fully protected, it cannot be overlooked that this right must be exercised in compliance with the principle of economic solidarity and fair competition.

The comparison between the legal systems implies an increasing level of convergence of law towards a harmonised concept of digital assets in a world built on blockchain and tokens. In comparing the common law and civil law systems, convergence of law is emerging in the digital world. Property is moving from a static concept to a concept of act and activity. At the same time, ownership is the link between the owner and the worthy interest to be realised and guaranteed.

NFTed artworks are considered incorporeal assets that confer quasi-property rights and interests. The legal principle of *numerus clausus* is an instru-

ment for legal certainty. However, reality goes beyond the dogmas of the legal tradition<sup>36</sup>. The jurist must take an evolutionary leap forward to adapt the mechanisms and techniques of law to emerging digital technologies that change the societal ecosystem. The concept of property *per se* and the rights deriving from the property need a recalibration that shifts from focusing on exclusive control to the use of the thing.

Attention must be paid to the consideration that the “thing” becomes a juridical good as a reference point and content of legal situations if it has a socially appreciable utility and finds in the orderly system an evaluation in terms of merit<sup>37</sup>. The artificial exclusivity - created by the relationship between the account/portfolio and the hash via NFT - that represents the copy of the underlying value - evokes the proprietary logic even if its dynamics undermine any theoretical definition for the benefit of the valuation of the interests involved.

<sup>35</sup> E. CALZOLAIO, *Il bitcoin come oggetto di property. Note a margine di una recente sentenza della High Court*, in *Foro Italiano*, 2020, 494-500.

<sup>36</sup> G. RESTA (a cura di), *Diritti esclusivi e nuovi beni immateriali*, Torino, 2010.

<sup>37</sup> P. PERLINGIERI, *L’informazione come bene giuridico*, in *Rass. dir. civ.*, 1990, 326-338.



# Commenti



## NOTA (A MARGINE DELL'ATTUAZIONE DELLA DIRETTIVA *OMNIBUS*) SUL POTERE DELL'AGCM DI VIETARE L'UTILIZZO DI CLAUSOLE VESSATORIE COME PRATICA COMMERCIALE INGANNEVOLE

| 61

Di Salvatore Orlando

La c.d. direttiva *Omnibus*<sup>1</sup> è stata infine attuata nel nostro ordinamento con il D.lgs. 26 del 2023, entrato in vigore il 2 aprile 2023<sup>2</sup>. Tale attuazione ha comportato diverse modifiche al testo del codice del consumo e, tra queste, anche un'integrazione dell'articolo 37-*bis*<sup>3</sup>, che era stato introdotto nel 2012<sup>4</sup>.

<sup>1</sup> 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.

<sup>2</sup> D.lgs. 7 marzo 2023 n. 26 di attuazione della direttiva (UE) 2019/2161.

<sup>3</sup> L'art. 1, co. 8 del D.lgs 26/2023, ha introdotto i seguenti nuovi commi da 2-*bis* a 2-*quater* dell'art. 37-*bis* c. cons.: «2-*bis*. Qualora l'Autorità accerti, in alcuno dei contratti di cui al co. 1, l'utilizzo di clausole vessatorie come definite all'art. 33, co.1, applica una sanzione amministrativa pecuniaria nella misura prevista dall'art. 27, co. 9, primo periodo. In caso di sanzioni inflitte a norma dell'art. 21 del regolamento (UE) 2017/2394 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 12 dicembre 2017, l'importo massimo della sanzione irrogata dall'Autorità è pari al 4 per cento del fatturato annuo del professionista realizzato in Italia ovvero negli Stati membri dell'Unione europea interessati dalla relativa violazione. 2-*ter*. Ai fini dell'irrogazione delle sanzioni di cui al co. 2-*bis*, l'Autorità tiene conto, ove appropriato, dei seguenti criteri non esaustivi: a) la natura, gravità, entità e durata della violazione; b) le eventuali azioni intraprese dal professionista per attenuare il danno subito dai consumatori o per porvi rimedio; c) eventuali violazioni commesse in precedenza dal professionista; d) i benefici finanziari conseguiti o le perdite evitate dal professionista in conseguenza della violazione, se i relativi dati sono disponibili; e) le sanzioni inflitte al professionista per la medesima violazione in altri Stati membri in casi transfrontalieri, in cui informazioni relative a tali sanzioni sono disponibili attraverso il meccanismo istituito dal citato regolamento (UE) 2017/2394; f) eventuali altri fattori aggravanti o attenuanti applicabili alle circostanze del caso. 2-*quater*. Per le sanzioni amministrative pecuniarie inflitte ai sensi del presente articolo si osservano, in quanto applicabili, le disposizioni contenute nel capo I, sezione I e negli artt. 26, 27, 28 e 29 della legge 24 novembre 1981, n. 689. Il pagamento delle sanzioni amministrative di cui al pre-

L'art. 37-*bis* c. cons. attribuiva già espressamente all'AGCM il potere di accertamento della vessatorietà delle clausole contenute in contratti *standard* predisposti dal professionista. Tuttavia, per opera della previsione di cui al comma 1 del medesimo articolo, nella quale si legge che l'autorità dichiara la vessatorietà “*ai soli fini di cui ai commi successivi*” (i.e. i commi successivi al primo comma dell'art. 37-*bis* c. cons.), letteralmente si escludeva che l'AGCM potesse emettere provvedimenti inibitori e sanzionatori *ex art. 27 c. cons.* Ciò in quanto, in quella riforma del 2012, i “commi successivi” al primo comma dell'art. 37-*bis* c. cons. prevedevano soltanto un potere dell'AGCM di dichiarare la vessatorietà delle clausole utilizzate dal professionista in contratti *standard* (e di ordinare certe misure per rendere pubblico il relativo provvedimento di accertamento) ed una forma di interpello.

Per effetto della novella realizzata dal D.lgs. 26/2023, si attribuisce adesso all'AGCM il potere sanzionatorio ma non anche quello inibitorio, che, per lo stesso motivo, appare ancora letteralmente escluso. Ed infatti, quanto al potere sanzionatorio, il nuovo co. 2-*bis* dell'art. 37-*bis*, c. cons. prevede che, quando l'AGCM accerta l'utilizzo di clausole vessatorie di cui all'art. 33, co. 1 c. cons. in contratti *standard* predisposti dal professionista, la medesima autorità “*applica una sanzione amministrativa pecuniaria nella misura prevista dall'articolo 27, comma 9, primo periodo [c. cons.]*”, ossia la stessa sanzione amministrativa pecuniaria che l'AGCM applica allorché “*vieta [una] pratica commerciale scorretta*”<sup>5</sup>. Mentre, quanto al potere di vietare

sente articolo è effettuato entro trenta giorni dalla notifica del provvedimento dell'Autorità».

<sup>4</sup> L'articolo 37-*bis* c. cons. era stato inserito dall'art. 5, comma 1, D.L. 24 gennaio 2012, n. 1, convertito, con modificazioni, dalla L. 24 marzo 2012, n. 27.

<sup>5</sup> Anche l'art. 27 c. cons. è stato modificato dall'ultima riforma, in attuazione dell'art. 3, punto 6) direttiva (UE) 2019/2161. In



l'utilizzo delle clausole vessatorie, esso non è stato contemplato dalla novella del D.lgs. 26/2023 (nel senso che non è stata prevista un'integrazione dell'art. 37-bis che lo contempra) e *pertanto* appare letteralmente escluso in conseguenza del mantenimento della precitata previsione del comma 1 dell'art. 37-bis c. cons., che, come ricordato, limita il potere di accertamento dell'AGCM “*ai soli fini di cui ai commi successivi*”, i.e. i commi successivi al primo comma dell'art. 37-bis c. cons. (che ora contemplano il potere di sanzionare ma non anche quello di vietare).

La contestuale attribuzione e limitazione di poteri all'AGCM appariva già difficile da giustificare nel regime della riforma del 2012. Oggi appare addirittura paradossale: l'autorità sanziona ma non vieta quello che sanziona. L'esclusione non si giustifica nemmeno alla stregua di una lettura sostanziale del fenomeno. Come già altrove argomentato più di dieci anni fa<sup>6</sup>, si deve ritenere che l'utilizzo di clausole vessatorie da parte del professionista costi-

---

particolare, l'art. 1, co. 7 del D.lgs 26/2023 ha sostituito i commi 9 e 12 e ha introdotto i nuovi commi 9-bis, 9-ter e 15-bis dell'art. 27 c. cons. Di seguito si riportano le nuove disposizioni dei commi da 9 a 9-ter dell'art. 27 c. cons.: «9. Con il provvedimento che vieta la pratica commerciale scorretta, l'Autorità dispone inoltre l'applicazione di una sanzione amministrativa pecuniaria da 5.000 euro a 10.000.000 euro, tenuto conto della gravità e della durata della violazione ed anche delle condizioni economiche e patrimoniali del professionista. Nel caso di pratiche commerciali scorrette ai sensi dell'art. 21, co. 3 e 4, la sanzione non può essere inferiore a 50.000 euro. 9-bis. In caso di sanzioni inflitte a norma dell'art. 21 del regolamento (UE) 2017/2394 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 12 dicembre 2017, l'importo massimo della sanzione irrogata dall'Autorità è pari al 4 per cento del fatturato annuo del professionista realizzato in Italia ovvero negli Stati membri dell'Unione europea interessati dalla relativa violazione. Qualora le informazioni sul fatturato annuo non siano disponibili, l'importo massimo della sanzione irrogata dall'Autorità è pari a 2.000.000 di euro. 9-ter. Ai fini dell'irrogazione delle sanzioni di cui ai commi 9 e 9-bis, l'Autorità tiene conto, ove appropriato, dei seguenti criteri non esaustivi: a) la natura, gravità, entità e durata della violazione; b) le eventuali azioni intraprese dal professionista per attenuare il danno subito dai consumatori o per porvi rimedio; c) eventuali violazioni commesse in precedenza dal professionista; d) i benefici finanziari conseguiti o le perdite evitate dal professionista in conseguenza della violazione, se i relativi dati sono disponibili; e) le sanzioni inflitte al professionista per la medesima violazione in altri Stati membri in casi transfrontalieri, in cui informazioni relative a tali sanzioni sono disponibili attraverso il meccanismo istituito dal regolamento (UE) 2017/2394 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 12 dicembre 2017; f) eventuali altri fattori aggravanti o attenuanti applicabili alle circostanze del caso.».

<sup>6</sup> Sul piano del rapporto tra la direttiva 93/13/CEE e la direttiva 2005/29/CE: S. ORLANDO, *The use of unfair contractual terms as an unfair commercial practice*, in *European Review of Contract Law*, 2011, p. 25 ss.; sul piano del diritto italiano, S. ORLANDO, *L'utilizzo di clausole abusive come pratica commerciale scorretta*, in *Obbligazioni e contratti*, 2009, p. 345 ss.

tuisca di per sé una pratica commerciale scorretta, in particolare una pratica idonea a falsare (distorcere) il comportamento economico del consumatore medio sotto il profilo dell'ingannevolezza. Ciò in quanto il consumatore medio che legge clausole vessatorie, le quali sono per l'ordinamento italiano (e devono essere per il diritto euro-unitario) giuridicamente prive di efficacia per il consumatore, sarà nondimeno indotto a ritenere di essere vincolato da quelle clausole, per il solo fatto di trovarle scritte sul testo predisposto dal professionista. L'utilizzo di clausole vessatorie si manifesta come una pratica commerciale ingannevole, precisamente in quanto è idoneo a fornire al consumatore informazioni false o fuorvianti sull'assetto dei diritti e degli obblighi derivanti dal contratto<sup>7</sup>.

Con la direttiva *Omnibus*, il legislatore europeo ha previsto che sul piano sanzionatorio l'utilizzo di clausole vessatorie possa ricevere una sanzione amministrativa pecuniaria identica a quella prevista per le pratiche commerciali scorrette<sup>8</sup>. Nel fare ciò, il legislatore europeo non ha fissato un *automatismo* tra accertamento della vessatorietà (in astratto o in concreto) delle clausole e applicazione della sanzione amministrativa pecuniaria. La scelta del legislatore europeo sembra mossa dall'avvertita necessità di lasciare liberi gli Stati membri a cospetto della varietà delle scelte che essi possono adottare sul piano della distribuzione tra competenze giurisdizionali ed amministrative in merito all'accertamento del carattere vessatorio (in astratto e in concreto) delle clausole contrattuali<sup>9</sup>.

---

<sup>7</sup> Art. 21, co. 1, lettere c) e g) c. cons.: costituisce una pratica commerciale ingannevole (azione ingannevole) fornire al consumatore informazioni false o fuorvianti sulla “portata degli impegni del professionista” e su “i diritti del consumatore”.

<sup>8</sup> Art. 1 della direttiva (UE) 2019/2161 che ha inserito il nuovo art. 8-ter alla direttiva 93/13/CEE.

<sup>9</sup> V. in particolare il co. 2 del nuovo art. 8-ter della direttiva 93/13/CEE (introdotto dall'art. 1 della direttiva *Omnibus*): «Gli Stati membri possono limitare tali sanzioni alle situazioni in cui le clausole contrattuali sono espressamente definite abusive in qualsiasi circostanza nel diritto nazionale o ai casi in cui un venditore o fornitore continui a utilizzare clausole contrattuali dichiarate abusive con una decisione definitiva adottata conformemente all'articolo 7, paragrafo 2»; e il Considerando n. 14 della direttiva *Omnibus*: «Norme in materia di sanzioni dovrebbero essere introdotte nella direttiva 93/13/CEE al fine di rafforzare l'effetto deterrente. Gli Stati membri hanno piena facoltà di decisione in merito al procedimento amministrativo o giudiziario per l'applicazione di sanzioni in caso di violazioni delle disposizioni di tale direttiva. In particolare, le autorità amministrative o gli organi giurisdizionali nazionali potrebbero irrogare sanzioni in sede di accertamento del carattere abusivo delle clausole contrattuali, anche in esito a procedimenti giudiziari avviati da un'autorità amministrativa. Le sanzioni potrebbero essere irrogate anche dalle autorità amministrative o dagli organi giurisdizionali nazionali nei casi in cui il venditore o il fornitore ricorra a clausole contrattuali espressamente definite abusive in qualsiasi circostanza ai sensi del diritto nazionale,





Si potrebbe discutere di questa motivazione. Ad ogni modo, quanto al nostro ordinamento, una volta che il legislatore italiano ha scelto la strada dell'automatismo, ed ha attribuito il più ampio potere all'AGCM in merito all'accertamento e alla sanzione dell'utilizzo delle clausole vessatorie, il mantenimento letterale dell'esclusione del potere di divieto non ha più alcuna base.

Più generalmente, tanto la direttiva *Omnibus* che il decreto legislativo italiano di attuazione sembrano proporre un interrogativo che trascende quest'ultima riforma. Essi sembrano voler chiederci se vogliamo abituarci - e la nostra idea è che non dobbiamo farlo - ad un diritto 'editale', che prevede sanzioni mute rispetto alla loro ragione giustificativa, o, al massimo, pubblicamente giustificate attraverso la formula della "deterrenza"<sup>10</sup>, la quale, al suo fondo, nulla spiega e tutto rimanda<sup>11</sup>; oppure se vogliamo continuare ad interrogarci (come la nostra tradizione ci muove a fare) sulle ragioni delle sanzioni, e, così, prima ancora, sulle *rationes* degli istituti, in una visione organica che li concepisce come complessi di diritti e doveri che include (e spiega) i rimedi. Seguendo questo secondo metodo, oltre dieci anni fa si anticiparono, in via interpretativa, i risultati che sarebbero stati resi espliciti molti anni dopo - quanto alla pari sanzione - dalla direttiva *Omnibus*.

A ben vedere, il ricorso al medesimo metodo consente, oggi, di risolvere un ulteriore problema relativo alla distribuzione, nel nostro ordinamento, di competenze tra giudice e autorità in materia di inibizione dell'utilizzo di clausole abusive. Quanto alla competenza giurisdizionale abbiamo la "vecchia" azione inibitoria di cui all'art. 37 c. cons., che andava già coordinata con l'azione collettiva di cui agli artt. 139-140 c. cons. (ora abrogati), e che va ora coordinata con l'azione inibitoria collettiva dell'art. 840-*sexidecies*, c.p.c. Quanto alla compe-

tenza amministrativa, abbiamo i poteri dell'AGCM di interpello e di accertamento (già dal 2012) e ora anche quello sanzionatorio (in conseguenza dell'attuazione della direttiva *Omnibus*), mentre - come detto - letteralmente sembrano preclusi all'autorità i poteri di inibizione e di sospensione provvisoria previsti dall'art. 27 c. cons. per opera della frase incidentale del primo comma dell'art. 37-*bis* ("ai soli fini di cui ai commi successivi").

Una volta assunto l'angolo visuale qui suggerito, il risultato prodotto dall'interpretazione letterale di quella frase incidentale appare superabile.

Se si condivide la tesi per la quale l'utilizzo di clausole vessatorie in contratti *standard* predisposti dal professionista costituisce di per sé una pratica idonea ad ingannare il consumatore medio sulla portata degli impegni del professionista e sui diritti del consumatore, dovrà a nostro avviso anche riconoscersi che, in conseguenza della scelta di fondo del legislatore italiano di attribuire in materia un'ampia competenza all'AGCM, il modo più lineare - ed efficace - di attuare i richiamati articoli della direttiva *Omnibus* nel nostro ordinamento sarebbe consistito nell'includere tra le pratiche commerciali tipicamente ingannevoli ai sensi dell'art. 23 c. cons. l'utilizzo di clausole vessatorie da parte dei professionisti in contratti *standard*, con ciò che ne sarebbe derivato in termini dei conseguenti poteri (tutti) previsti dall'art. 27 c. cons. in capo all'AGCM. Una simile opzione avrebbe reso superfluo l'art. 37-*bis*, salvo soltanto per la procedura di interpello, che ha una sua autonomia.

In assenza o in attesa di una simile previsione del legislatore nazionale, un'interpretazione sistematicamente coerente e razionale (nel senso della ragionevolezza ritenuta costituzionalmente rilevante) dei due plessi normativi costituiti dalla disciplina sulle clausole vessatorie (art. 33 ss. c. cons.) e dalla disciplina sulle pratiche commerciali scorrette (art. 18 ss. c. cons.) può probabilmente portare al medesimo risultato.

Non è questa la sede per svolgere fino in fondo questo percorso ermeneutico, che muove da insegnamenti risalenti ancorché sempre attuali. Qui preme soltanto segnalare che un'interpretazione 'non editale' della disciplina è oggi tanto più necessaria a cospetto dell'articolata distribuzione di competenze presentata dal dato positivo dell'ordinamento italiano; e al contempo ribadire che, a nostro avviso, un'interpretazione 'non editale' debba procedere dal riconoscimento che l'utilizzo di clausole vessatorie costituisce di per sé una pratica commerciale ingannevole ai sensi dell'art. 21, co. 1, lettere c) e g) c. cons.

nonché nei casi in cui il venditore o il fornitore ricorra a clausole contrattuali che sono state giudicate abusive in esito a una decisione definitiva. Gli Stati membri potrebbero decidere che anche le autorità amministrative abbiano titolo per stabilire il carattere abusivo di clausole contrattuali. Anche le autorità amministrative o gli organi giurisdizionali nazionali potrebbero irrogare una sanzione mediante la stessa decisione che ha sancito il carattere abusivo di clausole contrattuali. Gli Stati membri potrebbero definire gli opportuni meccanismi di coordinamento per eventuali azioni a livello nazionale riguardanti i rimedi individuali e le sanzioni».

<sup>10</sup> Alla deterrenza si appella, come visto, il Considerando n. 14 della direttiva *Omnibus*.

<sup>11</sup> La formula della deterrenza 'senza altri indizi', ricorda tanto quella del 'processo informativo' delle grida rese romanzesca- mente celebri dal grande Manzoni: "[...] senza altri indizj, possa dai detti giudici e da ognuno di loro esser posto alla corda et al tormento, per processo informativo [...]" (*I promessi sposi*, edizione del 1840, Capitolo I, p. 14).



## FIDEIUSSIONE OMNIBUS ED INTESA ANTITRUST: LA SENTENZA DELLE SEZIONI UNITE N. 41994 DEL 2021\*

| 64 Di Enrico Minervini

**SOMMARIO:** *1. La soluzione e le argomentazioni elaborate dalle Sezioni Unite. - 2. Una possibile strada alternativa: l'immeritevolezza delle clausole. - 3. I problemi ancora aperti*

*ABSTRACT. Lo scritto analizza la soluzione e le argomentazioni elaborate dalla sentenza a Sezioni Unite n. 41994 del 2021 in tema di fideiussione omnibus a valle di una intesa antitrust, e propone una possibile strada alternativa incentrata sulla immeritevolezza delle clausole contrattuali.*

*This work analyses the different solutions and arguments developed by the Italian Court of Cassation in its judgment n. 41994 of 2021 with regard to omnibus surety agreements implementing an antitrust deal, and offers a possible alternative path based on the «worthiness» of the relevant contractual clauses.*



## 1. La soluzione e le argomentazioni elaborate dalle Sezioni Unite.

Se si imposta un problema in maniera scorretta difficilmente si rinviene una soluzione appagante del problema stesso: questo è quanto accaduto nella vicenda oggetto di questa mia relazione. Come è stato acutamente osservato, non si intende infatti perché mai il provvedimento n. 55 del 2 maggio 2005 della Banca d'Italia abbia ritenuto lesivi della concorrenza gli articoli 2 (recante la clausola di reviviscenza), 6 (recante la clausola di deroga all'art. 1957 c.c.) e 8 (recante la clausola di sopravvivenza) delle condizioni generali di contratto per la fideiussione *omnibus* elaborate dall'A.B.I., e non altre disposizioni delle medesime condizioni generali, quale ad es. quella recante la clausola di pagamento a prima richiesta. Sfugge così all'interprete la *ratio* del trattamento differenziato delle prime tre clausole rispetto all'ultima, con conseguente «ambiguità» dello scrutinio operato dalla Banca d'Italia sulla base di criteri «abbastanza evanescenti», scrutinio che finisce per rivestire con i panni della concorrenza un controllo di vessatorietà<sup>1</sup>: le tre clausole in parola comportano insomma un significativo squilibrio normativo in danno del fideiussore<sup>2</sup>. L'assunto, recentemente formulato, secondo cui la clausola di pagamento a prima richiesta appartarrebbe al contenuto necessario della fideiussione *omnibus*, laddove le altre tre clausole non identificherebbero la stessa, sicché la loro standardizzazione impedendo la possibilità di diversificazione escluderebbe la libertà di scelta economica<sup>3</sup>, non appare convincente.

Ne consegue che le Sezioni Unite, nella oramai celebre<sup>4</sup> e storica<sup>5</sup> sentenza n. 41994 del 30 dicem-

bre 2021, si sono trovate ad affrontare un problema sicuramente non semplice<sup>6</sup>, proprio perché impostato in maniera non soddisfacente. Se a ciò si aggiunge che si tratta di un problema collocato a ridosso della linea di confine tra diritto civile e diritto *antitrust*<sup>7</sup> (ed è noto che quest'ultimo prevede molti divieti, ma non altrettanti rimedi)<sup>8</sup>, non può destare meraviglia che la sentenza abbia attirato tante critiche. Così, si è affermato che «l'auspicata quadratura del cerchio sulla sorte delle fideiussioni *omnibus* conformi allo schema ABI ad opera della pronuncia delle Sezioni Unite 41994/2021 a detta dei primi commentatori non sembra essere stata pienamente realizzata»<sup>9</sup> (anche se, per vero, non sono mancati taluni apprezzamenti: si è formulato addirittura un «plauso incondizionato» per il modo in cui la sentenza inquadra l'argomento)<sup>10</sup>.

In realtà, le Sezioni Unite giungono ad una soluzione del problema – nullità parziale – magari piena di buon senso, alla luce di evidenti esigenze di opportunità<sup>11</sup>, e cioè al fine di non stravolgere il sistema contrattualistico bancario creando un vero e proprio terremoto giudiziario<sup>12</sup>: si tratta di una soluzione di compromesso, volta a tutelare da un lato il benessere del mercato, e dall'altro il sistema bancario, che verrebbe leso ove tutti i crediti garantiti da

\* Lo scritto riproduce, con qualche modifica ed aggiornamento, e con l'aggiunta delle note, la relazione svolta il 10 giugno 2022 a Siena nell'ambito del convegno su «Fideiussioni *omnibus* e intesa *antitrust*. Interferenze e rimedi», ed è destinato agli *Studi in memoria di Ubaldo La Porta*.

<sup>1</sup> Così, G. D'AMICO, *Modelli contrattuali dell'Abi e nullità dei contratti c.d. a valle*, in *Foro it.*, 2022, I, cc. 1314 nt. 15, 1315 nt. 22.

<sup>2</sup> S. PAGLIANTINI, *Fideiussioni «omnibus» attuative di un'intesa anticoncorrenziale: le sezioni unite, la nullità parziale ed il «filo» di Musil*, in *Foro it.*, 2022, I, c. 524.

<sup>3</sup> A. BARBA, *Organizzazione dell'attività di impresa e nullità parziale del contratto a valle di intese vietate*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2022, p. 664. Diversamente, G. STELLA, *La nullità parziale delle fideiussioni conformi allo schema ABI alla luce della sentenza della Cassazione a Sezioni Unite*, in *Pactum*, 2022, p. 456 s.; ID., *Le Sezioni Unite e le fideiussioni conformi allo schema ABI dichiarato parzialmente illecito dall'Autorità Garante della concorrenza*, in C. GRANELLI (a cura di), *I nuovi orientamenti della Cassazione Civile*, Milano, 2022, p. 530.

<sup>4</sup> C. CACCAVALE e R. LENZI, *Ancora alcune considerazioni sulla nullità parziale delle fideiussioni bancarie secondo le Sezioni Unite*, in *CNN Notizie*, n. 35 del 21 febbraio 2022, p. 1.

<sup>5</sup> G. CASTELLANO e N. STIAFFINI, *Gli oneri istruttori in tema di fideiussioni abi alla luce delle sezioni unite n. 41994/2021. Prime applicazioni e diverse visioni*, in *Riv. dir. risp.*, n. 1 del 2022, p. 75.

<sup>6</sup> F. DENOZZA, *Principle vs. Policy: spunti sui contratti a valle e sulla nullità virtuale «regolatoria»*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2022, p. 670.

<sup>7</sup> A. PALMIERI e R. PARDOLESI, *Le sezioni unite e la sorte dei contratti attuativi di intesa restrittiva della concorrenza: schegge di diritto disorientato*, in *Foro it.*, 2022, I, c. 515; G. STELLA, *Fideiussioni omnibus e intesa antitrust: schemi uniformi e prassi del garantire*, relazione svolta il 10 giugno 2022 a Siena nell'ambito del convegno su «Fideiussioni *omnibus* e intesa *antitrust*. Interferenze e rimedi», p. 5 del dattiloscritto; ID., *Le Sezioni Unite e le fideiussioni*, cit., p. 532.

<sup>8</sup> S. FAILLACE, *L'incerto vaglio delle Sezioni Unite sulla sorte della fideiussione omnibus frutto di intese vietate dalla normativa antitrust*, in *Contr. impr.*, 2022, p. 481.

<sup>9</sup> S. BASTIANON, *Fideiussioni Abi e sezioni unite 41994/21: «the dark side of the moon»*, in *Foro it.*, 2022, I, c. 1318. Vedi anche G. D'AMICO, *Modelli contrattuali dell'Abi*, cit., c. 1318.

<sup>10</sup> Così, F. DENOZZA, *Principle vs. Policy*, cit., p. 670. Cfr. anche C. SCOGNAMIGLIO, *I contratti di fideiussione a valle di intese in violazione della disciplina antitrust: il problema dei rimedi*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2022, p. 694.

<sup>11</sup> G. STELLA, *La nullità parziale*, cit., p. 465; IDEM, *Le Sezioni Unite e le fideiussioni*, cit., p. 542; A. AMATO, *Fideiussioni omnibus e intesa antitrust*, in *Persona e mercato*, n. 2 del 2022, p. 288.

<sup>12</sup> G. VOTANO, *Gli effetti delle intese restrittive della concorrenza sulle fideiussioni «a valle»: la pronuncia delle Sezioni Unite*, in *Contr.*, 2022, p. 160.



fideiussioni *omnibus* rimanessero scoperti<sup>13</sup>. Non si può negare, peraltro, che le argomentazioni addotte per pervenire a siffatta soluzione non sono convincenti, tant'è che si è parlato di un ragionamento logico giuridico di dubbia solidità<sup>14</sup>, di scelta poco ortodossa sul piano giuridico formale<sup>15</sup>, che opera un delicato bilanciamento a scapito del rigore delle categorie civilistiche<sup>16</sup>, giungendo a soluzioni difficilmente compatibili con il dato legislativo<sup>17</sup>. Insomma, se l'impegno ricostruttivo è palpabile, gli esiti ricostruttivi si rivelano meno che convincenti<sup>18</sup>: il superamento del primato della fattispecie, da taluno salutato con favore<sup>19</sup>, non sembra accompagnato dall'impiego di altre migliori categorie civilistiche.

Indubbiamente, la sentenza presenta una trama argomentativa assai complessa<sup>20</sup>, ed è ricca di riflessioni<sup>21</sup>: a mio avviso, questo è proprio il punto dolente della sentenza stessa, che affastella una serie di argomentazioni, laddove è noto che se una tesi è fondata non occorre addurre troppi argomenti a supporto. Per usare un'espressione dialettale, il troppo stroppia.

E così, il richiamo ad una nullità speciale segnala la debolezza della sentenza sul versante tecnico giuridico<sup>22</sup>; rappresenta un espediente linguistico<sup>23</sup>, una scappatoia argomentativa per giustificare la so-

luzione che si ritiene più giusta<sup>24</sup>; orienta la nullità verso la atipicità<sup>25</sup>. Del pari, dubbio è il ricorso all'ordine pubblico economico, e cioè ad un istituto non caratterizzato né da univocità concettuale né da semplicità di applicazione<sup>26</sup>, e che non trova riconoscimento nel dato positivo, sicché il ragionamento delle Sezioni Unite appare di ardua intelleggibilità<sup>27</sup>. Ancora, l'impiego del «nebuloso» concetto di collegamento funzionale<sup>28</sup> è un po' disinvolto, e dilata a dismisura le maglie del collegamento negoziale<sup>29</sup>. Infine, l'opzione per la nullità parziale si scontra con la costatazione che la banca, senza le clausole di reviviscenza, di deroga all'art. 1957 c.c., e di sopravvivenza, avrebbe probabilmente preferito negare il finanziamento<sup>30</sup>: la logica del meglio poco che niente, o se si preferisce del prendere o lasciare, che ispira il ragionamento della sentenza sul punto, ha senso soltanto *ex post*, e non *ex ante*<sup>31</sup>. Si finisce così per trapiantare una nullità necessariamente parziale nel diritto della concorrenza, ricalcando la disciplina delle clausole vessatorie, e per trasformare l'art. 1419 co. 1 c.c. in un «orpello»<sup>32</sup>, in quanto la dimostrazione dell'essenzialità delle clausole nulle

<sup>13</sup> M.S. MAISANO, *La sofferta dialettica tra contratto e diritto antitrust nella prospettiva del c.d. private enforcement*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2022, p. 321.

<sup>14</sup> A. AMATO, *Fideiussioni omnibus e intesa antitrust*, cit., p. 288. Cfr. anche L. MORISI, *Le fideiussioni omnibus conformi allo schema ABI al vaglio delle Sezioni Unite: nullità «speciale» come nullità «atipica»? (Cass., Sez. Un., 30 dicembre 2021, n. 41994)*, in *Banca borsa tit. cred.*, 2022, II, p. 630.

<sup>15</sup> S. FAILLACE, *L'incerto vaglio delle Sezioni Unite*, cit., p. 514. Vedi anche M. SCOTTO DI CARLO, *Sulla sorte della fideiussione conforme alle norme bancarie uniformi*, in *Rass. dir. civ.*, 2022, p. 1601.

<sup>16</sup> M.S. MAISANO, *La sofferta dialettica tra contratto e diritto antitrust*, cit., p. 318.

<sup>17</sup> L. MORISI, *Le fideiussioni omnibus conformi allo schema ABI*, cit., p. 643.

<sup>18</sup> A. PALMIERI e R. PARDOLESI, *Le sezioni unite e la sorte dei contratti*, cit., c. 518.

<sup>19</sup> A. BARBA, *Organizzazione dell'attività di impresa*, cit., p. 657.

<sup>20</sup> A. PALMIERI e R. PARDOLESI, *Le sezioni unite e la sorte dei contratti*, cit., c. 518.

<sup>21</sup> M.S. MAISANO, *La sofferta dialettica tra contratto e diritto antitrust*, cit., p. 318.

<sup>22</sup> G.P. LA SALA, *Fideiussioni bancarie omnibus e disciplina antimonopolistica dopo l'ultimo intervento delle Sezioni Unite*, in *Banca borsa tit. cred.*, 2022, II, p. 619. Vedi anche C. SARTORIS, *Antitrust e rimedi contrattuali effettivi. Il banco di prova delle fideiussioni omnibus*, in *Liber amicorum per Giuseppe Vettori*, Firenze, 2022, p. 3980 s.; S. FAILLACE, *L'incerto vaglio delle Sezioni Unite*, cit., p. 514.

<sup>23</sup> L. MORISI, *Le fideiussioni omnibus conformi allo schema ABI*, cit., p. 632.

<sup>24</sup> A. MONTANARI, *Nullità dei contratti attuativi dell'intesa illecita e «prova privilegiata»: qualche appunto alle sezioni unite 41994/21*, in *Foro it.*, 2022, I, c. 530. Cfr. anche ID., *Sulla tutela privata antitrust dopo le Sezioni Unite n. 41994/2021*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2022, p. 685 s.

<sup>25</sup> E. DEL PRATO, *Illecito e rifiuto di esecuzione di clausole contrattuali: un altro rimedio in forma specifica contro l'abuso di autonomia?*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2022, p. 668.

<sup>26</sup> F. DENOZZA, *Principle vs. Policy*, cit., p. 677.

<sup>27</sup> A. MONTANARI, *Sulla tutela privata antitrust*, cit., p. 686. *Contra*, A. BARBA, *Organizzazione dell'attività di impresa*, cit., p. 663 s., che ritiene assai significativo il riferimento alla categoria dell'ordine pubblico economico.

<sup>28</sup> M. SANTUCCI, *Fideiussioni bancarie anticoncorrenziali: lo statuto della nullità antitrust tracciato dalle Sezioni Unite*, in *Giur. it.*, 2022, p. 1836. Vedi anche S. FAILLACE, *L'incerto vaglio delle Sezioni Unite*, cit., pp. 510, 514.

<sup>29</sup> E. DEL PRATO, *Illecito e rifiuto di esecuzione*, cit., p. 667. Cfr. anche A. AMATO, *Fideiussioni omnibus e intesa antitrust*, cit., p. 286.

<sup>30</sup> G. D'AMICO, *Modelli contrattuali dell'Abi*, cit., c. 1316 nt. 24; S. PAGLIANTINI, *Fideiussioni «omnibus» attuative di un'intesa anticoncorrenziale*, cit., c. 527; G. VOTANO, *Gli effetti delle intese*, cit., p. 160. *Contra*, G. STELLA, *La nullità parziale*, cit., p. 469 s.; ID., *Le Sezioni Unite e le fideiussioni*, cit., p. 535 s.; ID., *Fideiussioni omnibus e intesa antitrust*, cit., p. 3 s. del dattiloscritto; S. MONTICELLI, *La nullità della fideiussione a valle dell'intesa antitrust nell'interpretazione dell'ABF*, relazione svolta il 10 giugno 2022 a Siena nell'ambito del convegno su «Fideiussioni omnibus e intesa antitrust. Interferenze e rimedi», p. 5 del dattiloscritto.

<sup>31</sup> A. PALMIERI e R. PARDOLESI, *Le sezioni unite e la sorte dei contratti*, cit., c. 521 s.; C. ROMANO, *Quale destino per le fideiussioni «omnibus» a valle di intese anticoncorrenziali?*, in *Foro it.*, 2022, I, c. 537 s.; A. AMATO, *Fideiussioni omnibus e intesa antitrust*, cit., p. 286 s. Vedi anche S. BASTIANON, *Fideiussioni Abi e sezioni unite 41994/21*, cit., c. 1320 s.

<sup>32</sup> Così, S. PAGLIANTINI, *Fideiussioni «omnibus» attuative di un'intesa anticoncorrenziale*, cit., c. 524 ss.

è formalmente ammessa, ma sostanzialmente negata<sup>33</sup>, ed è destinata a rimanere lettera morta<sup>34</sup>: si tratta di un periodo ipotetico dell'irrealtà<sup>35</sup>, di un vicolo cieco<sup>36</sup>.

## 2. Una possibile strada alternativa: l'immeritevolezza delle clausole.

La debolezza delle argomentazioni utilizzate dalle Sezioni Unite spinge l'interprete a verificare se sussista una via alternativa per dare una risposta soddisfacente al quesito della sorte delle fideiussioni *omnibus* a valle di una intesa vietata.

Conviene prendere le mosse da un dato assolutamente pacifico, evidenziato anche dalla sentenza in parola: gli articoli 1939, 1941 e 1957 c.c., ai quali derogano le clausole in parola, sono norme dispositive<sup>37</sup>. Secondo la giurisprudenza, lo strumento per controllare la legittimità delle deroghe pattizie alle norme dispositive è il giudizio di meritevolezza ex art. 1322 co. 2 c.c.<sup>38</sup>.

Orbene, le Corti hanno più volte statuito l'immeritevolezza della clausola atipica di un contratto tipico che attribuisca ad una parte un vantaggio ingiusto e sproporzionato senza contropartita per l'altra, ed hanno inteso la clausola atipica come quella che deroga alla disciplina del tipo, senza comportare la fuoriuscita del contratto dal tipo stesso. In ipotesi di clausola atipica immeritevole di un contratto tipico, il contratto sopravvive mutilato della clausola stessa, e viene integrato dal giudice per garantire l'equo temperamento degli interessi delle parti. La norma derogabile rappresenta per definizione il punto di equilibrio, il regime ottimale, di un certo rapporto contrattuale. Così operando, la giurisprudenza opta per una sorta di nullità parziale necessaria, con un'integrazione dispositiva del contratto, ricorrendo all'*analogia legis* (art. 1419 co. 2 c.c.) o addirittura all'*analogia iuris*, astraendo un principio da singole fattispecie previste dalla legge (cfr. ad es. art. 1284 co. 3 c.c.). Questo, in estrema sintesi, e con le dovute semplificazioni, è l'insegnamento della Suprema Corte, ed in genere

della giurisprudenza<sup>39</sup>, piaccia o non piaccia, convinca o non convinca.

Non si comprende, allora, perché mai la sentenza in parola, anziché parlare di collegamento funzionale, di ordine pubblico economico, di nullità speciale, ecc., non abbia seguito l'insegnamento della stessa Corte di Cassazione<sup>40</sup>. Infatti, le clausole in parola sono clausole atipiche, che derogano a norme dispositive quali gli articoli 1939, 1941 e 1957 c.c., di un contratto tipico di fideiussione (la sentenza non sembra cedere alla tentazione di qualificare la fideiussione *omnibus* come strutturata dall'A.B.I. in termini di contratto atipico, e cioè di contratto autonomo di garanzia<sup>41</sup>), che secondo il provvedimento della Banca d'Italia n. 55 del 2005 prevedono degli oneri aggiuntivi a carico del fideiussore senza un'adeguata giustificazione, ossia senza che vi sia un corrispondente interesse delle banche meritevole di tutela, e senza che vi sia un temperamento equilibrato degli interessi delle parti<sup>42</sup>. In altre parole, si tratta di clausole normativamente squilibrate, come tali immeritevoli: il contratto, all'esito della dichiarazione di immeritevolezza, viene integrato dal giudice ricorrendo alle norme dispositive derogate<sup>43</sup>. Del resto, uno spunto in tal senso è operato dalla stessa sentenza in parola, che menziona l'art. 1322 c.c., senza specificare peraltro se intende riferirsi al comma 1 ovvero al comma 2 dello stesso<sup>44</sup>.

Qualora si dovesse ritenere, invece, che la fideiussione *omnibus* sia un contratto atipico, e cioè un contratto autonomo di garanzia<sup>45</sup>, il discorso non muterebbe in maniera significativa<sup>46</sup>, in quanto la Suprema Corte è ferma nel ritenere applicabile l'art. 1322 co. 2 c.c. tanto al contratto atipico quanto alla clausola atipica del contratto tipico, con la sola

<sup>39</sup> Per tutte le indicazioni cfr. E. MINERVINI, *La «meritevolezza» del contratto*, cit., pp. 11 ss., 29 ss., 33 ss., 38 ss.

<sup>40</sup> Cfr. G.P. LA SALA, *Fideiussioni bancarie omnibus e disciplina antimonopolistica*, cit., p. 620 ss.; M. SCOTTO DI CARLO, *Sulla sorte della fideiussione*, cit., p. 1597 ss. *Contra*, M. MANELLI, *Le Sezioni Unite n. 41994/2021 sulla nullità parziale delle fideiussioni omnibus e la conversione del contratto ex art. 1424 c.c.*, in *Contr.*, 2022, p. 461.

<sup>41</sup> Sul tema cfr. G. STELLA, *La nullità parziale*, cit., p. 472 s.; IDEM, *Le Sezioni Unite e le fideiussioni*, cit., p. 540 ss.; S. MONTICELLI, *La nullità della fideiussione a valle dell'intesa antitrust*, cit., p. 11 del dattiloscritto.

<sup>42</sup> G. STELLA, *Fideiussioni omnibus e intesa antitrust*, cit., p. 6 del dattiloscritto; ID., *La nullità parziale*, cit., p. 456; ID., *Le Sezioni Unite e le fideiussioni*, cit., p. 530.

<sup>43</sup> M. SCOTTO DI CARLO, *Sulla sorte della fideiussione*, cit., p. 1598 s. Diversamente, G.P. LA SALA, *Fideiussioni bancarie omnibus e disciplina antimonopolistica*, cit., p. 625 ss.

<sup>44</sup> M. SCOTTO DI CARLO, *Sulla sorte della fideiussione*, cit., p. 1597.

<sup>45</sup> G.P. LA SALA, *Fideiussioni bancarie omnibus e disciplina antimonopolistica*, cit., p. 620 ss.

<sup>46</sup> Cfr. G.P. LA SALA, *Fideiussioni bancarie omnibus e disciplina antimonopolistica*, cit., p. 625.

<sup>33</sup> M. SCOTTO DI CARLO, *Sulla sorte della fideiussione*, cit., p. 1592.

<sup>34</sup> G. STELLA, *Le Sezioni Unite e le fideiussioni*, cit., p. 537.

<sup>35</sup> S. PAGLIANTINI, *Fideiussioni «omnibus» attuative di un'intesa anticoncorrenziale*, cit., c. 525.

<sup>36</sup> S. BASTIANON, *Fideiussioni Abi e sezioni unite 41994/21*, cit., c. 1326 s.

<sup>37</sup> E. DEL PRATO, *Illecito e rifiuto di esecuzione*, cit., p. 670; S. MONTICELLI, *La nullità della fideiussione a valle dell'intesa antitrust*, cit, p. 9 s. del dattiloscritto.

<sup>38</sup> Sia consentito rinviare a E. MINERVINI, *La «meritevolezza» del contratto, Una lettura dell'art. 1322, comma 2, c.c.*, Torino, 2018, p. 41 s.

esclusione del contratto tipico, cui troverebbe applicazione l'art. 1322 co. 1 c.c., che peraltro ha, sempre secondo la Suprema Corte, la stessa tensione ispiratrice dello scrutinio di meritevolezza<sup>47</sup>.

Non molto distante dalle considerazioni sin qui esposte appare il pensiero di quello scrittore che ritiene che lo strumento per controllare la legittimità delle deroghe pattizie alle norme dispositive sia rappresentato non dal comma 2 ma dal comma 1 dell'art. 1322 c.c., che sanzionerebbe l'esercizio abusivo dell'autonomia negoziale<sup>48</sup>. L'autore conclude infatti sostenendo l'integrazione del contratto, all'esito della declaratoria della nullità parziale, con le norme dispositive degli articoli 1939, 1941 e 1957 c.c.<sup>49</sup>.

### 3. I problemi ancora aperti.

La sentenza delle Sezioni Unite apre molti più problemi di quanti ne risolva. Siffatta constatazione percorre tutta la dottrina: la sentenza non è destinata a chiudere il dibattito<sup>50</sup>, sicché quello che doveva rappresentare un punto d'arrivo potrebbe addirittura contribuire a complicare un quadro già sufficientemente intricato<sup>51</sup>. Insomma, molto resta ancora da chiarire, e molto lavoro da fare<sup>52</sup>.

Tra i problemi che la sentenza lascia ancora aperti – problemi che alimentano peraltro in modo routinario il contenzioso in atto presso i tribunali<sup>53</sup> – si possono ricordare, senza pretese di completezza, la sorte delle fideiussioni specifiche, e cioè non *omnibus*<sup>54</sup>, che è un tema caro per intuibili ragioni al ceto notarile<sup>55</sup>, e la sorte delle fideiussioni *omnibus*

stipulate prima e soprattutto dopo il provvedimento n. 55 del 2005 della Banca d'Italia (con la precisazione che l'istruttoria di tale provvedimento copre l'arco di tempo che va dal 2003 al 2005)<sup>56</sup>, essendo evidente che queste ultime sono oramai la stragrande maggioranza dei casi oggetto di contenzioso<sup>57</sup>.

La sentenza dà poi per scontato che sia sufficiente una coincidenza anche parziale tra le clausole delle condizioni generali elaborate dall'ABI e quelle contenute nel singolo contratto<sup>58</sup>, senza addurre alcuna argomentazione: e l'interprete si chiede se non occorra invece la compresenza della clausola di reviviscenza, della clausola di deroga all'art. 1957 c.c. e della clausola di sopravvivenza<sup>59</sup> (ed è noto che i giudizi in cui siano invocate la clausola di reviviscenza e/o la clausola di sopravvivenza sono statisticamente marginali)<sup>60</sup>.

Sia consentita infine un'ultima notazione. La sentenza in parola limita le sue conclusioni al campo specifico della fideiussione *omnibus*, senza svolgere alcuna riflessione sull'impatto della soluzione della nullità parziale sul tema, più generale, dei contratti a valle diversi dalla stessa fideiussione *omnibus*<sup>61</sup>. In altre parole, la soluzione della nullità parziale è condizionata dalle particolarità dell'ipotesi in esame: e ciò priva la sentenza di quel carattere generale che a prima impressione si sarebbe indotti a riconoscerle<sup>62</sup>. Occorre allora prendere realisticamente atto della circostanza che la soluzione della nullità parziale non è una formula da applicare all'intero spettro dei contratti a valle<sup>63</sup>, che non può essere costretto dentro uno schema unitario, che preveda soluzioni univoche<sup>64</sup>.

<sup>47</sup> Sia consentito rinviare a E. MINERVINI, *La «meritevolezza» del contratto*, cit., p. 33 ss.

<sup>48</sup> S. MONTICELLI, *La nullità della fideiussione a valle dell'intesa antitrust*, cit., p. 8 ss. Vedi anche S. PAGLIANTINI, *Fideiussioni «omnibus» attuative di un'intesa anticoncorrenziale*, cit., c. 526 ss.

<sup>49</sup> S. MONTICELLI, *La nullità della fideiussione a valle dell'intesa antitrust*, cit., p. 10 del dattiloscritto

<sup>50</sup> G. D'AMICO, *Modelli contrattuali dell'Abi*, cit., c. 1318. Cfr. anche S. BASTIANON, *Fideiussioni Abi e sezioni unite 41994/21*, cit., c. 1326.

<sup>51</sup> A. AMATO, *Fideiussioni omnibus e intesa antitrust*, cit., p. 289.

<sup>52</sup> F. DENOZZA, *Principle vs. Policy*, cit., p. 670 nt. 4.

<sup>53</sup> S. BASTIANON, *Fideiussioni Abi e sezioni unite 41994/21*, cit., c. 1327.

<sup>54</sup> S. BASTIANON, *Fideiussioni Abi e sezioni unite 41994/21*, cit., c. 1327; A. AMATO, *Fideiussioni omnibus e intesa antitrust*, cit., p. 288; V. AMENDOLAGINE, *Fideiussione e clausole contrastanti con le norme antitrust*, in *Giur. it.*, 2022, p. 1980 s.; G. STELLA, *La nullità parziale*, cit., p. 474.

<sup>55</sup> Vedi infatti C. CACCAVALE e R. LENZI, *Ancora alcune considerazioni sulla nullità parziale*, cit., p. 1 ss.; M. TATARANO e M. LEO, *Valide le fideiussioni bancarie diverse da quelle omnibus*, in *CNN Notizie*, n. 31 del 15 febbraio 2022, p. 1 s.

<sup>56</sup> S. BASTIANON, *Fideiussioni Abi e sezioni unite 41994/21*, cit., cc. 1319, 1321 ss.; G.P. LA SALA, *Fid eiussioni bancarie omnibus e disciplina antimonopolistica*, cit., p. 611; A. MONTANARI, *Nullità dei contratti attuativi dell'intesa illecita*, cit., c. 533 s.; A. AMATO, *Fideiussioni omnibus e intesa antitrust*, cit., p. 285 ss.; G. CASTELLANO e N. STIAFFINI, *Gli oneri istruttori in tema di fideiussioni Abi*, cit., p. 72 s.

<sup>57</sup> G. CASTELLANO e N. STIAFFINI, *Gli oneri istruttori in tema di fideiussioni Abi*, cit., p. 72.

<sup>58</sup> G.P. LA SALA, *Fideiussioni bancarie omnibus e disciplina antimonopolistica*, cit., p. 616. Vedi anche M. MANELLI, *Le Sezioni Unite n. 41994/2021*, cit., p. 462; G. CASTELLANO e N. STIAFFINI, *Gli oneri istruttori in tema di fideiussioni Abi*, cit., p. 72.

<sup>59</sup> M. MANELLI, *Le Sezioni Unite n. 41994/2021*, cit., p. 462.

<sup>60</sup> G. STELLA, *Le Sezioni Unite e le fideiussioni*, cit., p. 539; ID., *La nullità parziale*, cit., p. 471 s.

<sup>61</sup> G. STELLA, *Le Sezioni Unite e le fideiussioni*, cit., p. 532.

<sup>62</sup> G. D'AMICO, *Modelli contrattuali dell'Abi*, cit., c. 1310. Vedi anche S. PAGLIANTINI, *Fideiussioni «omnibus» attuative di un'intesa anticoncorrenziale*, cit., c. 528.

<sup>63</sup> A. PALMIERI e R. PARDOLESI, *Le sezioni unite e la sorte dei contratti*, cit., c. 522.

<sup>64</sup> G. D'AMICO, *Modelli contrattuali dell'Abi*, cit., c. 1315.



# ALGORITMO E GIUSTIZIA ALLA RICERCA DI UNA MITE PREDITTIVITÀ

Di Mariano Sciacca

| 69

**SOMMARIO:** 1. *Giustizia predittiva ad alto rischio.* – 2. *Formante giurisprudenziale: i cases studies pilota.* – 3. *A.I. e legal sistem.* – 4. *Iurisdiction e predittività: nel labirinto degli imprevisti e delle probabilità.* – 5. *Esperienze nazionali e progetti di prevedibilità della giurisprudenza: l'intelligenza artificiale del prossimo venturo.* – 6. *Le iniziative del Ministero di Giustizia: Pnrr - Pon Governance.* – 7. *Conclusioni a dimensione umana.*

*ABSTRACT.* Il saggio, tenendo conto dei diversi approcci proposti a livello internazionale rispetto all'impiego di strumenti di giustizia predittiva, illustra le principali esperienze nazionali riguardanti progetti orientati a sviluppare sistemi di intelligenza artificiale che possano fornire un importante ausilio ai giudici. In tale contesto, l'autore riconosce le opportunità offerte dall'IA ed accoglie positivamente che se ne faccia ricorso nel settore esaminato; al contempo, però, ne evidenzia i rischi e segnala i limiti da porre all'utilizzo degli algoritmi anche alla luce del dettato costituzionale.

*Taking into account the different approaches proposed at the international level about the use of predictive justice tools, the paper shows the main national experiences concerning projects aimed at providing artificial intelligence systems that can be useful to judges. In this framework, the author acknowledges the opportunities offered by AI and welcomes its use in the examined field; however, he highlights its risks and points out the limits to be placed on the use of algorithms also in the light of constitutional rules.*



## 1. Giustizia predittiva ad alto rischio.

Con il regolamento della Commissione Europea per la disciplina delle applicazioni di Intelligenza Artificiale COM(2021) 206 final, approvato il 21 aprile 2022, l'intero settore Giustizia dovrà confrontarsi con i diversi adempimenti previsti dal primo quadro normativo di settore. Figurano, infatti, tra le applicazioni di AI qualificate ad alto rischio anche quelle relative all'amministrazione della giustizia, così individuate dall'Annesso III del Regolamento: *“Amministrazione della giustizia e processi democratici: a) sistemi di IA destinati ad assistere un'autorità giudiziaria nella ricerca e interpretare i fatti e la legge e applicare la legge a un insieme concreto di fatti”*<sup>1</sup>.

La Proposta manifesta la piena consapevolezza della elevata *rischiosità* del ricorso ai sistemi di AI nel settore della giustizia, espressamente osservandosi in un *Considerando* che *«Alcuni sistemi di IA destinati all'amministrazione della giustizia e dei processi democratici devono essere classificati come ad alto rischio, considerando il loro impatto potenzialmente significativo su democrazia, Stato di diritto, libertà individuali e diritto a un ricorso effettivo e ad un giusto processo. In particolare, per affrontare i rischi di potenziali pregiudizi, errori e opacità, è opportuno qualificare come sistemi di IA ad alto rischio quelli destinati all'assistenza nella autorità giudiziaria nella ricerca e interpretazione dei fatti e della legge e nell'applicazione della legge ad un insieme concreto di fatti»*, sebbene con l'eccezione dei sistemi di AI relativi a *«attività amministrative puramente accessorie che non incidono sull'effettiva amministrazione della giustizia in casi individuali, come l'anonimizzazione o pseudonimizzazione di decisioni giudiziarie, documenti o dati, comunicazione tra personale, compiti amministrativi o allocazione di risorse»*.

Il regolamento prescrive una serie di obblighi di accountability sia per i provider di applicazioni di AI sia per gli utenti. Gli obblighi riguardano tutto il ciclo di vita dell'applicazione di AI, a partire dalla configurazione dei data set, elemento strategico in ogni settore ma soprattutto in quello della giustizia predittiva. Ciò che mette conto segnalare, come rilevato in uno dei primi commenti<sup>2</sup>, è, in particolar modo, l'art. 29 del Regolamento - *Obblighi degli utenti dei sistemi di IA ad alto rischio* - che introduce alcuni obblighi orizzontali per gli utenti delle ap-

plicazioni di AI ad alto rischio, valevole anche per tutti gli operatori giudiziari che intenderanno avvalersi di questi strumenti.

La nuova proposta di Regolamento impone che i giuristi si interrogino sulle prospettive offerte dalla cd. giustizia algoritmica.

## 2. Formante giurisprudenziale: i cases studies pilota.

Così come la dottrina è stata investita da inediti problemi giuridici e questioni di inquadramento sistematico<sup>3</sup>, analogamente il formante giurisprudenziale – tanto a livello nazionale<sup>4</sup> che internazionale<sup>5</sup>

<sup>3</sup> Si rinvia a M. SCIACCA, *AlgoCrazia e sistema democratico. Alla ricerca di una mite soluzione antropocentrica*, *Contratto e Impresa*, 4/2022, 1173.

<sup>4</sup> Si veda A. PAJNO - M. BASSINI - G. DE GREGORIO - M. MACCHIA - F.P. PATTI - O. POLLICINO, S. QUATTROCOLO - D. SIMEOLI - P. SIRENA, *AI: profili giuridici Intelligenza artificiale: criticità emergenti e sfide per il giurista*, in *BioLaw Journal – Rivista di BioDiritto*, 2019, 213: *«Alcune delle pronunce si sono focalizzate sull'esistenza di un nesso di causalità che rendessero addebitabili all'utilizzatore ovvero al produttore le conseguenze dannose degli incidenti. In tale prospettiva era analizzato il contributo causale offerto da eventuali comportamenti negligenti da parte delle vittime. Altri precedenti in questa direzione hanno affrontato il tema della separabilità tra le componenti difettose e i macchinari nei quali queste ultime venivano incorporate. Indicazioni di significativa importanza si sono intraviste anche nella giurisprudenza della Corte di giustizia dell'Unione europea, che si è confrontata con l'applicazione di sistemi di filtraggio automatici sui flussi di comunicazione da parte delle piattaforme digitali e sull'esistenza di una responsabilità di questi operatori per eventuali illeciti commessi dagli utenti terzi a mezzo dei servizi (specialmente nelle cause C-70/10, *Scarlet c. Sabam* e C-360/10, *Sabam c. Netlog*; oltre che in cause riunite C-236, 237 e 238/08, *Google France*). A differenza delle decisioni incentrate sulla robotica, che hanno spesso fatto ricorso alle categorie della responsabilità da prodotto difettoso in relazione a eventi dannosi, un filone giurisprudenziale più recente cerca di conciliare l'utilizzo di sistemi algoritmici con, da un lato, l'amministrazione della giustizia e, dall'altro, gli eventuali provvedimenti della pubblica amministrazione. Le pronunce paradigmatiche in questo ambito risalgono, per un verso, al Consiglio di Stato italiano (sez. VI, 8 aprile 2019, n. 2270) e al Conseil Constitutionnel francese (sentenza n. 2018-765 DC del 12 giugno 2018) e, per altro, alla Corte Suprema del Wisconsin (*Loomis v. Wiscconsin*, 881 N.W.2d 749 (Wis. 2016), certiorari negato con sentenza 137 S.Ct. 2290, 2017)»*.

<sup>5</sup> Si veda A. PAJNO E AL., *op. ult. cit.*, 214: *«In Francia, una decisione del Conseil Constitutionnel del 2018 si è pronunciata sulla legittimità di una norma che ampliava la possibilità per la pubblica amministrazione di ricorrere (seppure a titolo di eccezione) a decisioni in grado di produrre effetti giuridici sugli individui fondate su un trattamento automatico di dati personali. La stessa disposizione legittimava decisioni automatizzate nel caso in cui (i) l'attività algoritmica non riguardasse dati sensibili, (ii) fosse possibile una via di ricorso amministrativa e (iii) fossero fornite adeguate informazioni in relazione all'utilizzo di algoritmi. Di tale norma veniva dedotto un possi-*

<sup>1</sup> Così C. MORELLI, *Nuove regole europee per l'AI: impatto su giuristi e legal tech*, consultabile online su <https://www.altalex.com/documents/news/2021/05/10/intelligenza-artificiale-legal-tech-impatto-su-giuristi-e-users>.

<sup>2</sup> C. MORELLI, *op. loc. ult. cit.*





- ha dovuto confrontarsi con l'avanzare inesorabile delle applicazioni di AI e il ricorso sempre più significativo nella pratica sociale (e, soprattutto, pubblica) di algoritmi, con la peculiarità e il limite di dovere ricorrere al diritto positivo e allo strumentario dommatico e interpretativo attuale, nonché con l'ulteriore caratteristica del confronto con un singolo caso concreto e specifico sottoposto all'attenzione dell'autorità giudicante.

Quanto alla giurisprudenza nazionale, va segnalata, in primo luogo, Corte di Cassazione, sez. I Civ. – 25/05/2021, n. 14381<sup>6</sup> che – con riferimento ad una vicenda antecedente all'entrata in vigore del GDPR<sup>7</sup> – ha affermato il principio per cui, in tema di trattamento di dati personali, il consenso è validamente prestato solo se espresso liberamente e specificamente in riferimento a un trattamento chiaramente individuato; ne segue che, nel caso di una piattaforma web (con annesso archivio informatico) preordinata all'elaborazione di profili reputazionali di singole persone fisiche o giuridiche, incentrata su un sistema di calcolo con alla base un algoritmo finalizzato a stabilire i punteggi di affidabilità, il requisito di consapevolezza non può considerarsi soddisfatto ove lo schema esecutivo dell'algoritmo e gli elementi di cui si compone restino ignoti o non co-

noscibili da parte degli interessati<sup>8</sup>. Nell'annullare, dunque, la sentenza del Tribunale di Roma, la Corte ha avuto modo di chiarire le caratteristiche che devono connotare un consenso al trattamento validamente espresso che deve essere «chiaramente individuato» e «ben definito nei suoi elementi essenziali»<sup>9</sup> con la fondamentale precisazione che si debba trattare di «informazioni significative sulla logica utilizzata, nonché l'importanza e le conseguenze previste di tale trattamento». In tal senso, l'ordinanza ha colto la necessità di declinare, nell'ottica della riconduzione dell'opacità algoritmica nell'alveo della giustiziabilità e del dovere motivazionale, il diritto alla conoscibilità dell'algoritmo nella direzione del diritto alla spiegabilità dello stesso ovvero alla sua piena comprensibilità<sup>10</sup>.

<sup>8</sup> F. PAOLUCCI, «Consenso, intelligenza artificiale e privacy. Commento a: Corte di Cassazione, sez. I Civ. – 25/05/2021, n. 14381», in *MediaLaws*, 16 giugno 2021.

<sup>9</sup> Corte di Cassazione, sez. I Civ. – 25/05/2021, n. 1438: «La scarsa trasparenza dell'algoritmo impiegato allo specifico fine non è stata ben vero disconosciuta dall'impugnata sentenza la quale ha 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'. Questa motivazione non può essere condivisa giuridicamente, in quanto il problema non era (e non è) confinabile nel perimetro della risposta del mercato – sintesi metaforica per indicare il luogo e il momento in cui vengono svolti gli scambi commerciali ai più vari livelli – rispetto alla predisposizione dei rating attribuiti ai diversi operatori. Il problema, per la liceità del trattamento, era invece (ed è) costituito dalla validità – per l'appunto – del consenso che si assume prestato al momento dell'adesione. E non può logicamente affermarsi che l'adesione a una piattaforma da parte dei consociati comprenda anche l'accettazione di un sistema automatizzato, che si avvale di un algoritmo, per la valutazione oggettiva di dati personali, laddove non siano resi riconoscibili lo schema esecutivo in cui l'algoritmo si esprime e gli elementi all'uopo considerati».

<sup>10</sup> M. PALMIRANI, *Big data e conoscenza*, in *Rivista di filosofia del diritto*, 2020, 73 ss.: l'A. si interroga - in un'ottica di effettività dell'applicazione dei diritti previsti dal GDPR, quali il diritto di rettifica e il diritto di accesso - sul contenuto del diritto alla spiegabilità, estendendolo anche alla conoscibilità dei dati che hanno dato origine alla decisione automatizzata, nel senso che «si vuole dimostrare che la spiegabilità non è limitata alle <sole informazioni significative sulla logica utilizzata dall'algoritmo> ma che per realizzarsi nella sua pienezza deve includere anche i big data su cui questi processi di intelligenza artificiale fondano l'esito finale...» in modo da «introdurre accanto al diritto alla spiegabili dell'algoritmo e della decisione automatica finale anche il principio della conoscibilità dei dati non tanto e non solo quelli che sono stati contribuiti osservati dall'utente, ma anche quelli che hanno contribuito al processo decisionale quindi quelli inseriti, derivati, collettivi, statistici, anche se anonimi».

bile conflitto con la distribuzione dei poteri esecutivi prevista dall'art. 21 della Costituzione, soprattutto in relazione alle capacità di autoapprendimento degli algoritmi che avrebbero potuto determinare l'applicazione di regole differenti da quelle pre-impostate. Il Conseil ha per escluso l'esistenza di profili di incostituzionalità, ritenendo che fossero state osservate tutte le garanzie necessarie alla salvaguardia dei diritti e delle libertà degli individui. Tra queste, rientravano fattori come: la limitazione dell'utilizzo a specifiche tipologie di decisioni, la previsione delle ricordate condizioni legittimanti e la possibilità per l'individuo destinatario ultimo di una decisione di ottenere una spiegazione in modalità intellegibili e dettagliate del funzionamento del processo algoritmico».

<sup>6</sup> Si rinvia a G. SCORZA, *L'algoritmo deve essere trasparente*, la Cassazione rilancia il GDPR, consultabile online su <https://www.agendadigitale.eu/sicurezza/privacy/lalgoritmo-deve-essere-trasparente-la-cassazione-rilancia-il-gdpr/>.

<sup>7</sup> M. BASSINI – O. POLLICINO, «La Cassazione sul «consenso algoritmico. Ancora un tassello nella costruzione di uno statuto giuridico composito», in *Giustizia insieme*, 21 giugno 2021, nel commentare l'ordinanza di legittimità, osservano: «il GDPR sembrerebbe dettare tre principi: il principio di conoscibilità, che si rafforza in principio di comprensibilità quanto si tratti di decisioni automatizzate adottate da soggetti pubblici; il principio di non esclusività della decisione algoritmica, che assicura un contributo umano in grado di controllare, validare o smentire la decisione automatica; il principio di non discriminazione algoritmica, che impegna il titolare dei trattamenti a mettere in atto quanto necessario a rettificare i fattori che comportano inesattezze, per minimizzare gli errori e impedire effetti discriminatori».



Senza dubbio, oggi la giurisdizione che risulta essere stata più significativamente investita dalle questioni relative alla giustiziabilità dell'algoritmo è la giurisdizione amministrativa, a dimostrazione di quanto sia già in uno stadio significativo il processo di progressiva algoritmizzazione del procedimento amministrativo (ovvero il ricorso in modo sempre più significativo, se non addirittura sistematico, da parte delle pubbliche amministrazioni<sup>11</sup> a sistemi di intelligenza artificiale per l'adozione di atti amministrativi, sia di natura vincolata, ma anche di natura discrezionale)<sup>12</sup>. Non è un caso, in tal senso, che tutti i dubbi di natura dommatica e sistematica di qualificazione giuridica dell'algoritmo e della decisione algoritmica - come fatto ovvero come atto giuridico (in ultima analisi ponendosi la questione della sussistenza o meno di un'intermediazione della volontà umana che, in qualche modo, possa e riesca ad interpolare la fredda operatività matematica dell'algoritmo) sorgano proprio in occasione delle controversie amministrative nelle quali si è affrontata la questione della nozione di atto amministrativo informatico, dell'applicabilità conseguente, o meno, della relativa disciplina prevista dalla L. 241\1990 e successive integrazioni<sup>13</sup>.

### 3. A.I. e legal sistem.

Attualmente in campo giudiziario sono adottate solo alcune tecniche di AI, riconducibili ai sistemi di *machine learning* (in casi avanzati non italiani anche *deep learning*) e di *natural language processing*, ovvero le tecniche definite intelligenze artificiali "deboli", che sono capaci di apprendere da grandi volumi di dati in maniera efficiente e con i maggiori livelli teorici di precisione predittiva.

<sup>11</sup> V. NERI, *Diritto amministrativo e intelligenza artificiale: un amore possibile*, in *Appalti e lavori pubblici*, 5\2021: «L'art. 3-bis, L. 7 agosto 1990, n. 241, nella formulazione risultante dalle modifiche introdotte dal D.L. 16 luglio 2020, n. 76, si limita infatti a disporre che «[p]er conseguire maggiore efficienza nella loro attività, le Amministrazioni pubbliche agiscono mediante strumenti informatici e telematici, nei rapporti interni, tra le diverse amministrazioni e tra queste e i privati». *Parimenti, l'art. 50-ter, D.Lgs. n. 82 del 2005, nel prescrivere l'istituzione di una Piattaforma digitale nazionale dati (PDND), disciplina l'utilizzo delle tecnologie informatiche esclusivamente sotto il profilo della interconnessione dei sistemi informativi delle pubbliche Amministrazioni*».

<sup>12</sup> Si richiama, anche per una bibliografia completa, V. NERI, *op. cit.*

<sup>13</sup> Si rinvia a V. NERI, *op. cit.*, per la disamina delle questioni affrontate quanto all'utilizzabilità di sistemi algoritmici con riferimento tanto all'attività amministrativa vincolata e a quella contenuto discrezionale, all'imputazione organica dell'atto, al regime di responsabilità per i danni cagionati dalla decisione automatizzata.

Lo studioso e avvocato Roland Volg, Executive Director of the Stanford Program in Law, presso la Stanford Law School, identifica sei aree di maggiore crescita di tecnologia nella pratica forense<sup>14</sup>: ricerca legale, tecniche di recupero delle informazioni legali e giuridiche per fornire elementi utili ai fini della decisione<sup>15</sup>; big data law, varie tecniche di elaborazione di NLP<sup>16</sup> e machine learning che permettono di prevedere risultati e creare modelli di casi, contratti e documenti legali; contract automation, tecniche di '*automazione del contratto*' con l'utilizzo dell'IA in materia contrattuale<sup>17</sup>; ODR (Online Dispute Resolution), sistemi che permettono di risolvere le controversie online; giustizia "predittiva", sistemi e tecniche probabilistici che utilizzano algoritmi operanti su base logico-statistica, in grado di determinare l'esito di un processo<sup>18</sup>.

<sup>14</sup> Secondo R. Vogl le cinque aree di maggiore crescita di tecnologia nella pratica forense riguardano: ricerca legale: tecniche di recupero delle informazioni legali e giuridiche per fornire elementi ai fini della decisione; big data law: tecniche di elaborazione di NLP e Machine Learning DI migliaia di casi/contratti/doc legali per identificare modelli e fare previsioni sui risultati; diritto computazionale: utilizzo di IA basata su regole giuridiche o su dati giuridici per automatizzare il processo decisionale; infrastruttura legale: NLP al fine di realizzare l'incontro di domanda e offerta legale; ODR: sistemi online di dispute resolution: <https://www.ai4business.it/intelligenza-artificiale/intelligenza-artificiale-giustizia>.

<sup>15</sup> Di queste banche dati in Italia quella più famosa è curata dalla Corte di Cassazione.

<sup>16</sup> Per una breve sintesi dell'impatto e diffusività degli strumenti di AI che ricorrono alla comprensione ed elaborazione del linguaggio naturale si rinvia a M. ESPOSITO, *Linguaggio naturale e intelligenza artificiale: a che punto siamo*, consultabile online su <https://www.agendadigitale.eu/cultura-digitale/linguaggio-naturale-e-intelligenza-artificiale-a-che-punto-siamo/>.

<sup>17</sup> Questo settore a sua volta comprende i vari ambiti di drafting ('redazione', cioè la redazione automatizzata di contratti standard contract management ('gestione del contratto'), che permette di avere sotto controllo tutti i contratti attivi con scadenze, adempimenti e pagamenti; contract review ('revisione del contratto), la revisione automatizzata dei contratti; extraction ('estrazione'), la possibile estrazione di informazioni mirate nei documenti contrattuali; due diligence, comprensiva di software in grado di rilevare anomalie o previsioni specifiche in una determinata mole di contratti; expertise Automation, tecniche che aiutano l'esperto di diritto (ad esempio l'avvocato) nello svolgimento della propria professione.

<sup>18</sup> A tale ambito vanno ascritti diversi settori. Il primo è la prevenzione della criminalità, perché, attraverso l'analisi di dati estrapolati da denunce presentate alla Polizia, relativi per esempio a rapine o furti che si sono verificati ripetutamente in zone specifiche con modalità analoghe, determinati sistemi di intelligenza artificiale sono in grado di prevedere luoghi e orari in cui, verosimilmente, potranno verificarsi altri reati dello stesso tipo. Il secondo è uno strumento integrativo dell'attività giudiziaria sia per quanto riguarda l'interpretazione della legge che dell'eventuale individuazione degli argomenti per avvalorare la



A livello internazionale ed europeo, in questi ultimi decenni, l'impiego di tecniche di intelligenza artificiale, soprattutto dei sistemi di machine learning, ha conosciuto un aumento esponenziale di sperimentazioni di natura ausiliaria o addirittura predittiva rispetto al settore degli affari legali e dell'assistenza legale. Solo a titolo esemplificativo, e senza alcuna pretesa di esaustività, si possono citare diverse esperienze. *Kyra Systems*, ad esempio, è un sistema integrato di software e IA mirato proprio sulla necessità seriale di *due diligence* e, attraverso una scansione continua degli aspetti contrattuali, mette in luce le eventuali criticità e i punti di forza estraendo contenuti di particolare rilievo da sottoporre a specifica analisi. Specializzato in compravendite immobiliari, e progettato dall'Istituto tedesco per la IA, *Leverson* è, invece, un sistema capace di leggere ad altissima velocità i contratti, estraendone i contenuti basilari e ricomponendoli per creare nuovi contratti. Negli Stati Uniti, una delle più celebri IA utilizzate in ambito legale è senza dubbio *ROSS* della IBM, la quale cura, oltre agli aspetti tipicamente forensi di analisi, studio e redazione di atti, anche gli aspetti organizzativi della *firm*.

Sul versante giurisdizionale, gli impieghi delle IA sono stati indirizzati a sollevare i giudici da incombenze ripetitive o da calcoli mentalmente troppo onerosi. Ad esempio, la *Public Safety Assessment* (PSA) è una IA progettata e finanziata da una fondazione privata, e cioè *Laura and John Arnold Foundation*, il cui compito è stabilire l'ammontare, in termini di custodia cautelare o di cauzione, della misura nei confronti dell'imputato. O, ancora, pensiamo al *Legal Analytics* di *Lex Machina*, disegnato per orientare l'azione e le strategie dei difensori effettuando previsioni sulle decisioni dei giudici; ulteriore esempio è il software francese *Prédicite*, grazie al quale avvocati, consulenti o compagnie assicurative sono in grado di conoscere le chances di successo di una causa, prevedendo le probabilità di successo di un procedimento giudiziario e indicando agli avvocati in che modo è possibile ottimizzare la loro strategia processuale. Ancora, l'Università di Edimburgo ha elaborato e reso applicativo un sistema denominato *ADVOKATE* (acronimo delle otto domande utilizzate con input per la valutazione della competenza ed affidabilità dei testimoni - tempo, distanza, visibilità, ostacoli, pregressa conoscenza con l'oggetto della testimonianza, particolari ragioni per cui il ricordo possa essersi fissato nella mente, tempo trascorso dal fatto, errori o discrepan-

tesi che si intende sostenere in giudizio. Infine, ci sono strumenti di inferenza statistica per prevedere l'esito di un giudizio.

ze). In Austria, l'IA è utilizzata nei tribunali per effettuare una lettura rapida, per la classificazione e l'attribuzione degli atti, ricorsi e documenti e per effettuare un monitoraggio sull'attività dei tribunali. In Olanda, paese di tradizione di civil law, è stato elaborato un dispositivo telematico per la gestione on line dei casi di mediazione e di soluzione extragiudiziale delle controversie di carattere civile. La piattaforma, elaborata dall'Università di Twente e dallo Hague Institute for the Internationalisation of the Law, crea un'interazione tra utenti e assistenti legali in modo totalmente digitalizzato e dematerializzato. La piattaforma costa 90 euro per l'accesso, 360 per la mediazione, 240 per la soluzione della controversia, 300 per la revisione delle decisioni assunte in sede giudiziale<sup>19</sup>. Vi è, poi, il caso dell'Estonia<sup>20</sup>, paese nel quale il Ministero della Giustizia alla fine del 2019 ha avviato un progetto pilota per l'impiego di IA per risolvere controversie di modesta entità (fino a 7.000 euro): il progetto prevede che le decisioni robotiche siano appellabili davanti ad un giudice-persona. Anche la Repubblica cinese si è mossa nella medesima direzione attraverso un progetto elaborato dalla Corte di Internet di Pechino<sup>21</sup>.

Prima di passare in rassegna i progetti esistenti a livello nazionale, è opportuno interrogarsi ancora su pregi e difetti del ricorso ai sistemi di AI in ambito legale e, specificamente, giudiziario.

#### 4. *Iurisdictio* e predittività: nel labirinto degli imprevisti e delle probabilità.

L'algocrazia scuote le mura del diritto, già fessurate dalla globalizzazione economica, investendo la teoria generale del diritto con una *disruption* antropologica, forse, senza precedenti. Se l'avvento di strumenti automatizzati, insieme alla enorme capacità computazionale, immuta la natura stessa dello strumento, trasformandolo da mero veicolo connettivo e comunicativo tra soggetti umani in un vero e proprio strumento conoscitivo e decisionale<sup>22</sup>, carat-

<sup>19</sup> G. ZACCARIA, *Figure del giudicare: calcolabilità, precedenti, decisione robotica*, in *Rivista di diritto civile*, 2020, 290.

<sup>20</sup> M. LIBERTINI - M.R. MAUGERI - E. VINCENTI, *«Intelligenza artificiale e giurisdizione ordinaria. Una ricognizione delle esperienze in corso»*, in *Astrid Rassegna*, 16/2021, 4 ss.

<sup>21</sup> V. [https://english.bjinternetcourt.gov.cn/2019-07/01/c\\_190.htm](https://english.bjinternetcourt.gov.cn/2019-07/01/c_190.htm).

<sup>22</sup> Così N. ABRIANI, *Diritto delle imprese e intelligenza artificiale Dalla Fintech alla Corptech*, Bologna, 2021, ..., il quale rileva come «la distinzione tra soggetto agente e mezzo è alla base di tutti i concetti giuridici generali, quali il dolo, la colpa nel diritto civile e penale, le dottrine sulla discrezionalità nel

terizzato sempre più da un elevato grado di autonomia rispetto al suo stesso creatore e se, poi, questo *nuovo agente* opera, revocando in dubbio la centralità epistemologica del principio di causalità scientifica (in pro della mera correlazione statistica), allora al giurista si pongono dinnanzi esiziali domande di sistema: se debba o possa predicarsi una soggettività giuridica delle macchine automatizzate<sup>23</sup>; quale sia ancora il ruolo e la funzione della volontà negoziale<sup>24</sup> e se, rispetto a questa nuova entità, nell'ambito della responsabilità<sup>25</sup>, abbiamo ancora un senso (e una funzione) concetti come il dolo e la colpa<sup>26</sup>. Il sisma algoritmico mette anche in crisi la distinzione (e la separazione) tra sfera\diritto pubblico e sfere\diritto dei privati: la natura proprietaria dei sistemi algoritmici offre soluzioni economiche e veloci al settore pubblico, determinando una vera e propria dipendenza tecnologica – ed ancor prima culturale - da parte delle amministrazioni pubbliche nei confronti delle imprese fornitrici<sup>27</sup>.

*diritto amministrativo ovvero della ragionevolezza e proporzionalità nel diritto costituzionale».*

<sup>23</sup> A. D'ALOIA, *Il diritto verso "il mondo nuovo". Le sfide dell'Intelligenza Artificiale*, in *BioLaw Journal – Rivista di BioDiritto*, 1/2019, 24, parla di *interrogativo intrattabile*.

<sup>24</sup> Si rinvia, per un approfondimento dei settori maggiormente investiti dall'intelligenza artificiale nel settore della contrattualistica (con particolare riferimento ai fenomeni dei Distributed Ledger Technologies, delle Blockchains e degli Smart Contracts), a M.R. MAUGERI, *Smart Contracts e disciplina dei contratti - Smart Contracts and Contract Law*, Bologna, 2021.

<sup>25</sup> Per una riflessione relativa al settore della responsabilità, *ex plurimis*, si rinvia a U. SALANITRO, «Intelligenza artificiale responsabilità: la strategia della Commissione Europea», in *Rivista diritto civile*, 2020, 1246 ss.

<sup>26</sup> In ordine alle questioni giuridiche poste dall'interrogativo posto dalla personificazione dell'entità robotica e delle sue conseguenze sul versante delle responsabilità, contrattuale ed extracontrattuale si v. G. DI ROSA, *Quali regole per i sistemi automatizzati intelligenti?*, in *Rivista di diritto civile*, 2021, 823 ss.

<sup>27</sup> N. Abriani, *op.c cit.*, si interroga, dopo avere affrontato la questione della soggettività e della capacità giuridica dei sistemi l'intelligenza artificiale, sui profili oggettivi relativi agli esiti della elaborazione algoritmica e al se, sempre in materia di teoria generale del diritto, le decisioni che conseguono a un'indicazione dell'intelligenza artificiale siano da qualificarsi quali atti o fatti giuridici; valutazione tanto più importante e significativa nell'ambito del diritto pubblico, come denunciato dalle ormai ricorrenti controversie in sede amministrativa nelle quali i giudici amministrativi, con esiti, a volte, non convergenti, sono stati chiamati a valutare se sia possibile qualificare direttamente la decisione automatizzata come atto giuridico e quindi come vero e proprio atto amministrativo informatico, dovendo valutare se e in quale misura l'adozione dell'algoritmo nell'ambito di un procedimento amministrativo abbia rilievo ausiliario o di vera e propria interposizione sostituzione alla volontà umana. Nell'ambito di questa riflessione, l'A. conclude, osservando come si sia in presenza di un vero e proprio ruolo «sovversivo dell'intelligenza artificiale rispetto alle nozioni tradizionali e agli assunti del nostro sistema giuridico tradizionale, ripropo-

I rischi e le opportunità, segnalate dalla pubblicitaria (e qui sommariamente richiamate), si replicano con ulteriori profili – sia critici che positivi – anche allorquando si volga l'attenzione al rilievo che l'I.A. può assumere nell'ambito strettamente giudiziario e giurisdizionale.

Giudicare non è *sumere calamos e abacos*, come pensava Leibniz (nella “*Dissertatio de arte combinatoria*”). I giudici non sono semplici *calculatores* sillogistici. Là dove c'è diritto e domanda di giustizia non può aprioristicamente predicarsi l'applicazione di una semplice regola logico-matematica automatizzata<sup>28</sup> (salvo che si tratti di attività effettivamente vincolate<sup>29</sup> e, forse, seriali). In

*nendo in termini inediti, e il larga misura attenuando, la distinzione tra sfera pubblica e sfera privata di mercato quali distinti terreni di regolazione e di diritto», sicché il denominatore comune dell'utilizzo nel settore pubblico di strumenti di intelligenze artificiali sviluppate da imprese private - e quindi la dipendenza tecnologica dal privato -, in uno alla mancanza di strutturale trasparenza dei software e all'essere i programmi oggetto di privativa industriale, determini un vero e proprio lock-in tecnologico di dipendenza che potrebbe determinare, ovvero sta già determinando, un processo di progressiva infiltrazione di logiche di mercato nella determinazione di azioni e decisioni pubbliche, dando così vita alla cosiddetta societizzazione della cosa pubblica. Conclusione questa, così preoccupante da rendere «evidente .. in ambito pubblico sia opportuno spostare il baricentro normativo nel terreno del diritto delle imprese che direttamente controllano i sistemi intelligenti nel duplice senso di individuazione di norme poste a disciplina della progettazione, costruzione e monitoraggio degli strumenti di intelligenza artificiale da parte delle imprese che gli sviluppano, nonché nella previsione di sistemi di responsabilità sociale delle imprese per gli effetti sociali connessi alle modalità in cui le stesse imprese governano i dati e le risultanti tecnologie».*

<sup>28</sup> A. ANDRONICO, *Giustizia digitale e forme di vita. Alcune riflessioni sul nostro nuovo mondo*, in *Teoria e critica della regolazione sociale*, 2/2021, 9-10: «L'assenza di criteri costituisce, insomma, condizione di possibilità del giudizio. Lo so, può sembrare paradossale, ma non lo è. Difficile negare, infatti, che dove c'è calcolo non c'è decisione, e dunque neanche giudizio, né libertà e neanche responsabilità. Per la semplice ragione che non si “decide” che due più due fa quattro. Certo, si dirà, non c'è da stupirsi, è proprio questo l'obiettivo della giustizia predittiva: ridurre, appunto, l'incertezza strutturalmente legata al giudizio degli uomini. Ma può essere comunque utile sottolineare che, quando si parla di “giustizia predittiva”, si parla (nel migliore dei casi) di una giustizia senza giudizio. Cosa che può sollevare, se non proprio qualche dubbio, almeno qualche curiosità».

<sup>29</sup> A. SIMONCINI, *L'algoritmo incostituzionale: intelligenza artificiale e il futuro delle libertà*, in *BioLaw Journal – Rivista di BioDiritto*, n. 1/2019, 81-82, correttamente, ricorda che «la giurisprudenza della Corte costituzionale italiana ha dichiarato incostituzionali gli automatismi decisionali in materia di tutela giurisdizionale dei diritti (dagli automatismi connessi “alla recidiva reiterata, le misura di sicurezza detentive, l'applicazione obbligatoria della custodia cautelare, la fase dinamica dell'esecuzione penale, il diritto di polizia dell'immigrazione”), così come agli automatismi in materia di risarcimento del danno – si pensi al danno morale, esistenziale e ai cosiddetti risarcimenti tabellari - o al caso dei software

più, il riferimento continuo alla predittività giudiziaria rischia di ingenerare un pericoloso equivoco<sup>30</sup>, evocando la possibilità di una giustizia quasi anticipata; quasi che il giudizio<sup>31</sup> e il progredire di atti, comportamenti, acquisizioni e finali riflessioni (senza dimenticare la dimensione spazio-temporale-umana<sup>32</sup> che lo caratterizza e vivifica) sia un orpello destinato ad essere superato - o quanto meno forte-

---

*elaborati per calcolare l'assegno divorzile; si pensi, infine, al vasto campo delle presunzioni nel diritto tributario (dal cosiddetto "redditometro" agli "studi di settore" ovvero agli automatismi in materia di accertamento fiscale)».*

<sup>30</sup> F. DALFINO, *Creatività e creazionismo, prevedibilità e predittività*, in *Foro it.*, 2018, V, 385, parla di formula ambigua, attraverso la quale si pretenderebbe «un'attitudine una capacità dell'ordinamento superiore alla prevedibilità perché maggiormente in grado di assicurare la certezza del diritto. Pre-dire starebbe a significare qualcosa di più di pre-vedere. Come se "il dire prima" comportasse una preventiva acquisizione del risultato, mentre il "vedere prima" ne consentisse soltanto una ragionevole aspettativa di acquisizione».

<sup>31</sup> A. CARATTA, *Decisione robotica e valori del processo*, in *Revista Eletrônica de Direito Processual, REDP*, 2/2021, 99, avvisa sul rischio di *decidere senza giudicare*, segnalando la centralità della prospettiva processuale del diritto per la quale «il diritto positivo nasce dall'interpretazione applicazione della singola disposizione, volta volta compiuta dal giudice alla luce dei principi generali (voi ordinari, costituzionali e sovranazionali) o, addirittura, di generici "valori" estrapolabili dal sistema», in particolar modo, dovendosi obiettare alla calcolabilità e prevedibilità della decisione tanto l'essere, molto spesso, il giudice chiamato a decidere facendo applicazione di concetti elastici o clausole le generali (dolo, colpa, giusta causa, buona fede, periculum in mora, fumus boni iuris, ragionevole probabilità e via dicendo), quanto essere lo stesso giudicante chiamato ad un giudizio di fatto - da compiersi ancor prima di individuare e interpretare la norma generale astratta da applicare - che implica un'attività di ricostruzione della fattispecie storica e della selezione dei fatti rilevanti ai fini della successiva sussunzione di tale fattispecie nella norma generale astratta. Ricostruzione della fattispecie storica per nulla neutrale e «che non costituisce una mera operazione aritmetica di sommatoria dei diversi fatti, ma presuppone la convinzione che quella fattispecie storica, per come ricostruita dalla parte, possa o non possa conformarsi ad una determinata fattispecie giuridica; senza omettere di sottolineare sempre sul versante del cosiddetto giudizio di fatto, l'ulteriore fattore di imprevedibilità costituito dalla acquisizione e valutazione delle risultanze probatorie dei fatti di causa.

<sup>32</sup> F. DALFINO, *Stupidità (non solo) artificiale, predittività e processo*, in *Questione Giustizia*, 3 luglio 2019, sottolinea efficacemente: «Invero, non si deve mai dimenticare che il processo è uno strumento per l'attuazione dei diritti; che dietro la richiesta di tutela giurisdizionale si cela un affanno; che la decisione, poiché separa, genera ulteriore affanno. La logica e la statistica aiutano, ma si rivelano inadeguati rispetto alla vicenda umana sottesa. Per questo occorre la valutazione e il controllo di un essere umano. È una questione di piani e prospettive se si vuole: come soltanto la macchina può esaustivamente recepire e rielaborare l'informazione acquisita da un'altra macchina, così soltanto l'uomo può fino in fondo ascoltare e comprendere l'istanza di un altro uomo.

mente ridimensionato - grazie all'oracolo del nuovo mondo<sup>33</sup>.

Se in altri paesi si sperimentano soluzioni giurisdizionali automatizzate, delle due possibili diverse prospettive, e cioè quella di una decisione *robotica* e quella di un ruolo di mero ausiliare giudiziario (ovvero il ricorso ai sistemi di A.I. di una funzione complementare della macchina predittiva di mero ausilio alla decisione), non si potrebbe che *parteggiare* per questa seconda soluzione, ponendo comunque alcuni fondamentali distinguo.

Ma, prima di provare ad individuare i pro e i contra<sup>34</sup> rilevanti per la terza via costituzionalmente orientata del massimo (possibile e ragionevole) impiego degli strumenti di A.I. in ambito giudiziario, vanno individuati di quale ausilio si discute in ottica combinatoria di contaminazione tra l'uomo e la macchina in fase sia pregiudiziale che propriamente giudiziale. Diversi sono gli ambiti e i settori individuabili: il legal aid e l'attività di ricerca dei precedenti significativi, l'ausilio preliminare all'avvio del procedimento giurisdizionale per individuare il probabile esito dell'instaurando giudizio con possibilità di valorizzazione della successiva responsabilità processuale in caso di soccombenza<sup>35</sup>; la possibilità di una trattazione accelerata e automatizzata di casi seriali o a discrezionalità ridotta (small claims); la creazione di sistemi esperti di segnalazione di *allert* su vincoli procedurali e/o organizzativi; la facilitazione dello spoglio funzionale al filtro in Cassazione e in appello; il supporto a valutazioni tecniche di rilievo economico-monetario (indennità di licenziamento, assegno divorzile, invalidità civile, rischio insolvenza debitore, percentuali soddisfacimento dei creditore in ambito esecuti-

---

<sup>33</sup> A. ANDRONICO, *op.cit.*, 8, parla, significativamente, di predizione del passato, osservando «Non riesco a togliermi dalla testa, infatti, il sospetto che questa espressione porti con sé un insidioso equivoco, anzi due. Quali siano è presto detto. Il primo è che si tratti ancora di una forma di giustizia. Il secondo che, trattandosi di predizioni, abbia qualcosa a che fare con il futuro».

<sup>34</sup> Per l'individuazione tanto dei benefici del ricorso alla macchina (promozione della trasparenza ed individuazione delle responsabilità, uguaglianza di trattamento, benefici in termini di efficienza, efficacia e celerità, deflazione del contenzioso), quanto dei pericoli (bias, effetti discriminatori, possibilità di profilazione dei contendenti), delle illusioni (ovvero l'illusorietà che possa profetizzare l'esito del processo attraverso una più o meno complessa formula matematica applicata dell'interpretazione della legge, laddove il processo ad oggetto casi concreti e vicende umane irripetibili, nonché richiede analisi, ricostruzione e valutazione dei fatti) e, infine, degli ostacoli si rinvia alla puntuale disamina di F. DALFINO, *Creatività e creazionismo, prevedibilità e predittività*, cit., 385.

<sup>35</sup> M.R. MAUGERI, *I robot e la possibile «prognosi» delle decisioni giudiziali*, in A. CARLEO (a cura di), *Decisione robotica*, Bologna, 2019.

vo\fallimentare); il supporto esperto alla decisione vera propria con strumenti di coordinamento delle fonti nazionali\sovranazionali, di individuazione della normativa rilevante, dei precedenti giudiziari significativi, di simulazione di soluzioni alternative e di predisposizione della bozza di decisione<sup>36-37</sup>.

76 Il consolidamento del processo civile telematico e la migrazione in digitale del processo sono ormai in uno stadio molto avanzato, sicché, considerando anche la professionalità e l'interesse mostrati dal ceto forense, dai funzionari e dai magistrati italiani, si è in presenza di una significativa quantità di dati giudiziari, di natura sia prettamente statistico-organizzativa che giurisdizionale. La possibilità di una fruizione e rielaborazione di questa mole di dati offre prospettive molto positive sotto diversi profili<sup>38</sup>: piena conoscibilità e trasparenza delle norme<sup>39</sup>

<sup>36</sup> M. LIBERTINI – M.R. MAUGERI – E. VINCENTI, *op. cit.*, rispetto all'ipotesi del mero supporto ausiliare dell'AI, evidenziando che «Un'idea più avanzata può essere quella di costruire il «progetto di decisione» della giustizia predittiva come uno strumento di formulazione di un'ipotesi non vincolante di soluzione della controversia (sul tipo delle decisioni dell'ABF), che potrebbe essere accettata dalle parti, a meno che alla proposta di decisione del giudice artificiale segua un ricorso motivato di una, o di ambedue le parti, al giudice umano»; soluzione questa ritenuta preferibile in quanto «Da un lato, il sistema avrebbe un concreto effetto deflattivo sulla quantità di decisioni richieste agli uffici giudiziari. Dall'altro fornirebbe un incentivo agli avvocati e ai giudici per approfondire e andare oltre il progetto di decisione dell'agente artificiale, mediante l'utilizzo di argomenti razionali. Tutte le decisioni del giudice umano assumerebbero così una funzione tendenzialmente "nomofilattica": sarebbero pertanto ridondanti tre gradi di giudizio (anche se, in teoria, una Corte Suprema competente a giudicare in ultima istanza i casi ritenuti più importanti, potrebbe continuare ad avere una sua funzione). In una prospettiva ideale, questo sistema creerebbe una base ideale per l'evoluzione democraticamente controllata del diritto».

<sup>37</sup> M. LIBERTINI – M.R. MAUGERI – E. VINCENTI, *op. cit.*: «...la giustizia predittiva sembra essere uno strumento appropriato per la rapida soluzione di questioni altamente standardizzate nella prassi giurisprudenziale (p.e. emissione di decreti ingiuntivi e loro esecutorietà, determinazione dell'ammontare dell'assegno di mantenimento in una separazione coniugale, liquidazione del danno sulla base di criteri tabellari ecc.) .... Un altro filone applicativo, tutto interno alla professione forense, è quello relativo alla valutazione della probabilità di successo di una certa causa e alla selezione in concreto degli argomenti preferiti da un certo giudice, ecc..».

<sup>38</sup> Per una completa analisi dell'impatto della digitalizzazione giudiziaria e sulle prospettive che offre si rinvia all'acuto intervento di D. PIANA, *Costo, ritualità, valore. Le qualità della giustizia nell'era digitale*, in *Giustizia insieme*, 16 settembre 2021.

<sup>39</sup> M. LIBERTINI – M.R. MAUGERI – E. VINCENTI, *op. cit.*, osservano «Il punto critico non è solo quello della congestione crescente e ineluttabile dei sistemi giudiziari. C'è un problema di gravità, in certo senso, maggiore. Si deve infatti considerare che oggi, nell'affrontare in modo esauriente un singolo caso, che non sia già perfettamente tipizzato e di routine, la quantità di dati potenzialmente influenti sulla decisione [principi di rango costituzionale (che devono tenere conto di una prospettiva

e della giurisprudenza relativa; eliminazione delle asimmetrie informative\relazionali; forte impatto di democratizzazione sociale tramite la disintermediazione legale<sup>40</sup>; elisione del contrasto giurisprudenziale inconsapevole in funzione della certezza del diritto e della parità di trattamento; conseguente potenziale effetto deflattivo dell'arretrato giudiziario; realizzazione di risparmi economici ed economie di scala; riduzione complessiva della durata dei processi; rinnovata capacità di programmazione giudiziaria e di valutazione delle performances<sup>41</sup>. Se così è, allora, ci si trova di fronte ad indubitabili benefici attesi, i quali non possono che consigliare l'adozione di sistemi esperti anche in ambito giudiziario, sebbene – eletta la via del ricorso ai sistemi di AI – si imponga un'attenta e rigorosa disamina delle criticità che il ricorso ai sistemi esperti determina, atteso i valori costituzionali coinvolti in sede giurisdizionale.

Molteplici parametri di costituzionalità legano la *iurisdictio* alla persona umana e concludono, in netta contrapposizione alla prospettiva del giudice-robot, la direttrice della possibile fruizione dell'AI nel settore giudiziario solo in funzione servente e consulenziale: l'art. 102 Cost. fa chiaramente riferimento al giudice persona fisica (quale giudice naturale precostituito per legge) e richiede che la funzione giurisdizionale sia affidata a magistrati; l'art. 111 Cost. per inverare il giusto processo fa riferimento ad un giudice terzo e imparziale, così come

di costituzionalità «multilivello», fonti formali di varia provenienza, precedenti giurisprudenziali, strumenti di soft law, proposte dottrinali, dati comparatistici (comprensivi dei precedenti stranieri)] è così ampia che l'acquisizione completa della relativa informazione trascende le possibilità di qualsiasi agente umano».

<sup>40</sup> Per l'impatto dell'IA sul settore legale si rinvia a «Innovazione, intelligenza artificiale e giustizia», Quaderno dell'Ordine degli avvocati di Milano, Luglio 2021, consultabile online su <https://www.ordineavvocatimilano.it/media/allegati/consiglio-dell-ordi-ne/PUBBLICAZIONI/Quaderno%20Intelligenza%20artificiale%20WEB.pdf>; v. pure Y. PECORARO, *L'intelligenza artificiale nel settore legale: stato dell'arte e scenari futuri*, consultabile online su <https://www.agendadigitale.eu/documenti/lintelligenza-artificiale-applicata-al-diritto-stato-dellarte-e-scenari-futuri/>.

<sup>41</sup> Quanto ai benefici della prevedibilità, D. PIANA – C. CASTELLI, *Giustizia predittiva. La qualità della giustizia in due tempi*, in *Questione Giustizia*, 15 maggio 2018, osservano «La consapevolezza che deve esserci è che la prevedibilità ha due ulteriori formidabili conseguenze: da un lato contiene la domanda e dall'altro è un fondamentale messaggio sociale. Contiene la domanda perché ogni mutamento o incertezza sulla giurisprudenza stimola nuove domande, altrimenti viste senza speranza. Lancia un messaggio sociale perché la prevedibilità di tempi e orientamenti dà certezza alla collettività sulla giustizia e sul diritto vivente».

l'art. 101 Cost. vuole che i giudici siano soggetti solo alla legge, escludendo che il giudice possa essere vincolato all'esito dell'algoritmo predittivo; l'art. 24 Cost. postula il pieno dispiegamento del diritto di difesa tra esseri umani che sarebbe di fatto schiacciato (o quanto meno, compresso) di fronte all'enorme potenza computazionale di un algoritmo capace di processare decenni e decenni di pronunce giurisprudenziali. Non senza dimenticare, come è stato efficacemente osservato, che "vi è anche un argomento giuridico di rango costituzionale, che fa capo al principio di indipendenza del potere giudiziario dal potere politico, presente negli ordinamenti di democrazia liberale. Principio che non sarebbe più garantito nel momento in cui la decisione giudiziaria fosse interamente determinata da processi di AI impostati secondo scelte del potere politico"<sup>42</sup>. La dottrina che ha affrontato questi temi ha sapientemente illustrato i *contra* che ancora presiedono lo scranno umano del giudicare<sup>43</sup>.

Ma, al di là dei limiti costituzionali alla cd. Giustizia predittiva di fonte algoritmica, è bene soffermarsi sui limiti intrinseci e ontologici che porta seco il ricorso alle tecnologie algoritmiche nel settore giuridico e, specificamente, in quello giurisdizionale. Pensiamo, in primo luogo, alla disumanità del programma a confronto della centralità dell'umano, quale perno e dato antropologicamente complesso, storicamente individuato, spazialmente e temporalmente collocato, fortemente intriso e caratterizzato anche da una, ineludibile, dimensione simbolica; alla natura proprietaria, elitaria, muta e oscura della scrittura digitale, negata alla voce, alla emozione, al contesto; al tramonto dell'interpretazione a favore dell'induzione probabilistica<sup>44</sup>, alla *reductio* della

decisione giudiziaria a fatto numerabile a codice binario, deprivato della sua storicità, riaggregabile e correlabile senza limite; al potenziale normativizzante dell'algoritmo predittivo, destinato a divenire fonte alternativa di normatività giuridica per la sua formidabile capacità di autoimporsi sulla scorta del precedente alimentato (tramite un'infinità serie giurisprudenziale assunta come mero dato fattuale finale decontestualizzato, ma statisticamente rilevante sulla base di mere correlazioni induttive); alla deriva prescrittiva del responso algoritmico per il timore reverenziale del giudice-uomo posto dinanzi alla potenza calcolatoria del sistema e alla verosimile, conseguente, cd. *Cattura del decisore* ovvero alla possibilità di un giudice, piegato dalla propria pigrizia mentale, che si sottragga all'onere rinforzato di motivazione dissenziente rispetto al responso algoritmico<sup>45</sup>. Pensiamo, ancora, alla possibile, progressiva, cristallizzazione della giurisprudenza, soggetta ad un sistema che strutturalmente per sua programmazione valorizza - alla ponderazione del caso singolo, storicamente connotato e, in ultima analisi, alla qualità della decisione - una deriva deterministico\quantitativa<sup>46</sup>. In questo scenario, per certi versi, distopico (ma non troppo), si assisterebbe ad uno dei tanti paradossi dell'innovazione tecnologica, la quale - consacrando che la legge si fonda ormai più sulla *quantitas* anteatta, piuttosto che sull'*auctoritas* - diverrebbe un formidabile araldo della conservazione e del rafforzamento delle tendenze maggioritarie. Si realizzerebbe per tale via una sorta di pietrificazione del tempo attraverso

e umanità, in A. CARLEO (a cura di), *Decisione robotica*, cit.: «Se l'attività interpretativa venisse ridotta secondo modelli automatizzati- matematici secondo un utilizzo improprio dell'art 12 delle preleggi, si incorrerebbe nelle seguenti gravi conseguenze: - Vittoria del canone interpretativo letterale; - Marginalizzazione dell'analogia; - Fine di una giurisprudenza evolutiva dovuta all'utilizzo di un diritto fissato secondo schemi modellizzati e non si potrà più parlare di un diritto vivente; - Verrebbe introdotto un 'pre-giudizio' da parte di chi decide quali dati immettere nel sistema e quali tenere fuori».

<sup>45</sup> Per una approfondita disamina dei profili richiamati si rinvia all'opera di A. GARAPON - J. LASSÈGUE, *La giustizia digitale. Determinismo tecnologico e libertà*, Bologna, 2021.

<sup>46</sup> D. AMRAM, *Algoritmi, danno alla persona e nuove soluzioni legal tech*, *Cyberspazio e Diritto*, Vol. 22, n. 67 (1 - 2021) osserva «In primo luogo, la necessità che sia mantenuto il valore democratico della discrezionalità del giudice, quale *bouche de la loi*. Lo strumento automatizzato, infatti, non deve sostituire l'uomo ma, al più, fornire uno strumento di supporto al processo decisionale. Il che porta a dover affrontare una duplice criticità: da un lato, superare la riluttanza verso le nuove tecnologie che potrebbero emergere per il timore del c.d. "replacement effect". Dall'altro lato, occorre evitare l'effetto opposto, ovvero quello di "overconfidence" nello strumento automatizzato che porterebbe ad una eccessiva standardizzazione del ragionamento giuridico, creando - di fatto - dei cortocircuiti nel sistema democratico».

<sup>42</sup> Così M. LIBERTINI - M.R. MAUGERI - E. VINCENTI, *op. cit.*

<sup>43</sup> Fondamentale per chiarezza e nettezza M. LUCIANI, *La decisione giudiziaria robotica*, in A. CARLEO (a cura di), *Decisione robotica*, cit., dove affronta sub par. 4 la questione de «La decisione robotica e i suoi nemici, ovvero gli ostacoli di diritto positivo, al di là di quelli logico-matematici, che si frappongono alla decisione robotica: l'A. richiama i fatti rilevanti («la parte preponderante dell'attività del giudice è ancora la sussunzione del fatto nella norma, o se si preferisce la riconduzione della fattispecie concreta alla fattispecie astratta, assumono un'importanza cruciale i fatti che al giudice (umano) sono «rappresentati». Come è evidente, questi fatti sono l'inevitabile risultato di una selezione, essendo impossibile rappresentare al giudice (o che il giudice acquisisca) l'intero universo dei fatti connessi alla regudicanda»), l'errore robotico, la dottrina giuridica del robot, il robot e i precedenti, il giudice-robot e il raffronto tra norme, la sorte della difesa tecnica, dell'appello, del ricorso per Cassazione e della motivazione, la discrezionalità del giudice-robot, il robot pronuncia davvero l'ultima parola? e, infine, dal giudice-robot al robot-legislatore e mediatore».

<sup>44</sup> L. DE RENZIS, *Primi passi nel mondo della giustizia «high tech»: la decisione in un corpo a corpo virtuale fra tecnologia*

l'affermazione di un tempo virtuale che, per predire il futuro possibile, nel presente valorizza il passato, rafforzando l'ideologia a scapito della utopia, ovvero del futuro stesso<sup>47 48</sup>.

Lo sviluppo dell'AI ha, per citare Umberto Eco, creato due fazioni distinte: gli apocalittici e gli integrati<sup>49</sup>. Gli apocalittici sono coloro che vedono nell'Intelligenza Artificiale un demone pronto a prendere il sopravvento sulle persone e sull'umano; un nuovo Moloch destinato a privare l'umanità della capacità di volere e decidere, sottraendo il lavoro alle persone, violando la loro privacy e controllando impercettibilmente la loro vita; di contro, gli integrati aspirano e sognano un nuovo mondo dove macchine guidate da strumenti di AI siano veicoli di amplificazione delle qualità umane<sup>50</sup>.

Anche in questo caso, occorre razionalizzare e individuare il passaggio a nord-ovest, stretto e pericoloso e, per certi versi, ancora a venire<sup>51</sup>, che con-

<sup>47</sup> A. ANDRONICO, *op. cit.*, 11, ove si richiama G. ZACCARIA, *Mutazioni del diritto: innovazione tecnologica e applicazioni predittive*, in *Ars Interpretandi*, 2021, 41. «L'IA decide non più con regole predefinite, ma con grandi masse di dati, all'interno delle quali la legge è tutt'al più una tra le molte fonti. Si assiste ad uno sconvolgimento dell'ordine temporale del diritto: per l'IA il presente è sempre reminiscenza di un passato, cosicché la fattispecie anziché anticipazione schematica del futuro diviene memoria del passato da inserire nel sistema».

<sup>48</sup> In termini G. ZACCARIA, *Mutazioni del diritto: innovazione tecnologica e applicazioni predittive*, cit., osserva «insomma, aumentando il presente e considerando il futuro come già presente, l'IA (che paradossalmente non ha memoria) omogeneizza arbitrariamente futuro e passato virgola che non sono dimensioni omogenee e abolisce la consistenza del tempo, dal momento che fa divenire il futuro tanto conosciuto quanto il passato; e dunque, paradossalmente, svaluta il futuro a vantaggio del passato e di un eterno presente, cristallizzati e sacralizzati come immutabili in una ripetizione senza fine».

<sup>49</sup> U. ECO, *Apocalittici e integrati*, Bompiani, 1964.

<sup>50</sup> A. PUNZI, *Judge in the machine. e se fossero le macchine a restituirci l'umanità del giudicare?*, in A. CARLEO (a cura di), *Decisione robotica*, cit., nell'affrontare il nuovo spettro che si aggira per l'Europa, rileva «Superati, a ragione o a torto, sia il rifiuto tecnofobico e passatista della decisione robotica sia il sogno che questa possa immunizzare l'era della complessità dal morbo dell'incertezza, va infine avvicinata, senza alcuna pretesa di sintesi hegeliana, una terza via, ispirata all'idea dell'interazione feconda tra l'uomo e il robot. Per tracciare tale via bisogna anzitutto cogliere i segni del tempo. Un tempo nel quale l'uomo ormai pensa e decide attraverso una costante interazione con le macchine. L'odierna, crescente simbiosi tra uomo e macchina esige di ripensare l'intero processo di acquisizione delle competenze dell'animale razionale e di formazione dei suoi processi decisionali. D'altronde siamo appena entrati in una nuova fase del processo di civilizzazione, legata al connubio tra linguaggio ed elettricità. Di qui l'esigenza, per dir così, di un tecnoumanesimo e di una nuova declinazione delle facoltà cognitive e decisionali proprie dell'uomo. C'è bisogno di un nuovo illuminismo, di una nuova risposta alla domanda fondante la nostra civiltà dei diritti».

<sup>51</sup> M. LIBERTINI – M.R. MAUGERI – E. VINCENTI, *op. cit.*, rilevano come «Si deve ribadire che l'attuale livello di esperienza è

senza di progredire lungo una strada che valorizzi, senza snaturare, l'integrazione tra uomo e macchina<sup>52</sup> e individui il valore aggiunto dell'immensa capacità di calcolo e analisi che è oggi a portata di mano. In questo campo l'AI, ed in particolare le tecniche di ML e di NLP, potranno essere di grande aiuto all'organo giudicante: la carta vincente è un'interazione uomo-macchina consapevole (sin dal primo momento della programmazione), *vigilata e mite*<sup>53</sup>. L'AI può supportare<sup>54</sup> in modo concreto il giudice fornendogli informazioni utili al suo ragio-

---

*lontanissimo da quest'ultimo risultato. Lo è perfino nella costruzione e configurazione delle banche-dati su cui dovrebbe esercitarsi l'azione dell'agente intelligente. Lo è ancor più sulla configurazione di programmi intelligenti che non mirino solo a raccogliere precedenti, ma siano incentrati sulla individuazione delle rationes decidendi sottostanti alle decisioni giudiziarie, su un piano non solo retrospettivo ma anche potenziale. Siamo oggi lontanissimi da programmi intelligenti che siano in grado di analizzare i diversi formanti dell'esperienza giuridica e, su questa base, formulare ipotesi di decisione di casi concreti, con relativa individuazione della ratio decidendi».*

<sup>52</sup> A. PUNZI, *op. cit.*: «Bisogna piuttosto pensare a una contaminazione tra l'uomo e la macchina, nella quale le prestazioni cognitive dell'uomo vengano potenziate e al contempo sorvegliate dalla capacità della macchina, da un lato di raccogliere e processare dati e di prospettare soluzioni, dall'altro di monitorare il percorso decisionale e motivazionale condotto dall'uomo per segnalarne lacune, incongruenze, contrasti rispetto a decisioni assunte in casi simili, ecc. In tal senso la decisione non sarà né solo dell'uomo né solo della macchina, ponendosi piuttosto, i due termini, in rapporto di determinazione reciproca. Certo, in ultima istanza l'ultima parola dovrà essere quella del giudicante che controlla l'intero procedimento, ne valuta il risultato e le conseguenze, su di esso imprime il proprio segno, assumendone la responsabilità... Va però osservato come in un simile modello di interazione uomo-macchina, una funzione di controllo dovrà necessariamente essere esercitata dalla stessa macchina: ad esempio segnalando vincoli logici e/o procedurali da rispettare, rilevando vizi nell'iter motivazionale, prospettando soluzioni alternative, avvertendo dell'esistenza di precedenti in senso contrario, ecc. Certo dovrà ammettersi che alcuni di tali vincoli possano essere forzati dal giudicante, ma in ogni caso di una tale «forzatura» il giudicante sarebbe comunque chiamato a rendere conto sul piano motivazionale».

<sup>53</sup> F. DALFINO, *op. cit.*, parla di predittività mite, ovvero «affidare alla macchina il risultato automatizzato quando si tratti di verificare la sussistenza di requisiti e presupposti formali (ad esempio, rispetto delle regole formali prescritte dalle specifiche tecniche del processo civile telematico, come informato PDF immagine e non pdf/a - dell'atto da depositare, le dimensioni della busta virgola e così via) o basati su un calcolo aritmetico (applicazione di tabelle per il risarcimento dei danni, calcolo dei termini di prescrizione, calcolo dei termini di impugnazione della sentenza)», nonché M. ANCONA, *Verso una giustizia predittiva mite*, in <https://tecnojustaly.wordpress.com/2018/04/26/verso-una-giustizia-predittiva-mite/>.

<sup>54</sup> Si veda M. LIBERTINI – M.R. MAUGERI – E. VINCENTI, *op. cit.*, riconoscono lo sviluppo di tali strumenti in funzione solo ausiliaria rispetto alla giurisdizione statale. Nello stesso senso, v. A. CARATTA, *op. cit.*



namento<sup>55</sup>, ma solo come ipotesi astratte,<sup>56</sup> fondate su output probabilistici degli orientamenti della giurisprudenza, confronti e correlazioni di informazioni, ricostruzioni e collegamenti tra norme e fatti non correlati<sup>57</sup>. Tale apertura dovrà sempre considerare un rischio immanente, già più volte richiamato, ov-

<sup>55</sup> M.R. COVELLI, *Dall'informatizzazione della giustizia alla «decisione robotica?»*, in A. CARLEO (a cura di), *Decisione robotica*, cit., osserva «conclusivamente, l'intelligenza artificiale può certamente apportare benefici al «sistema giustizia», ma va regolamentata nel rispetto di tutti i diritti e interessi coinvolti e in base ai principi insopprimibili in più ambiti affermati. Può agevolare, integrare, supportare, sul piano istruttorio o comunque endoprocessuale, alcune attività del giudice nei limiti e alle condizioni di cui si è detto, ma la decisione finale, e la connessa responsabilità non possono che essere del giudice».

<sup>56</sup> F. DALFINO, *Stupidità (non solo) artificiale, predittività e processo*, cit., osserva che invero, «la "positivizzazione" della norma reca inevitabilmente in sé equivocità e relatività. Univoca, infatti, è solo l'interpretazione data, in quanto presuppone l'esercizio di una precisa scelta; tuttavia, l'univocità della norma che scaturisce dalla interpretazione si perde nel momento in cui essa, "positivizzandosi", diventa nuovamente testo. Relativa è la «norma «che nasce e vive con riferimento a un caso concreto. La sua universalizzazione necessita che la valutazione effettuata con riferimento a un determinato caso sia esportabile a casi simili, attraverso un riscontro di somiglianza, rimesso ai giudici dei successivi processi, del caso nuovo con quello già deciso. Tutto ciò può esprimersi dicendo che la giurisprudenza è «fonte» in un senso molto diverso dalla legge. Il diritto da essa prodotto, infatti, non è generale e astratto, bensì particolare e concreto... Certezza e prevedibilità non significano, però, aritmetica calcolabilità. Il giudizio non si compie soltanto attraverso la fredda applicazione della legge al caso concreto ed il giudice non è puro strumento di applicazione meccanica del contenuto della legge. «Interpretare significa spiegare, adattare, completare», esercitare un'opzione valutativa. E poiché i fatti da accertare sono incalcolabili, gli esiti istruttori non sempre prevedibili e i valori o la loro percezione suscettibili di mutare nel tempo e nello spazio, nessuna precisa calcolabilità è predicabile. Ciò è vero per un sistema tutto umano, non meno che per un robotico. Se poi pensiamo a clausole generali, norme elastiche, concetti indeterminati, aspettarsi dalla macchina una prevedibile applicazione è alquanto illusorio. Quali algoritmi potrebbero mai essere elaborati? Discorso non dissimile potrebbe farsi con riferimento alla qualificazione della natura costitutiva o impeditiva di un fatto ai fini della distribuzione dell'onere probatorio o per l'individuazione dei contenuti di una equità robotica».

<sup>57</sup> F. DALFINO, *Stupidità (non solo) artificiale, predittività e processo*, cit., avverte, infatti, «Così, non è sempre agevole applicare il metodo statistico alla valutazione del periculum in mora (insolvenza, rischio di distruzione delle prove, rischio di fuga); alla ammissione e valutazione della prova costituenda (circostanze ambientali; parametri; formulazione delle domande; applicazione delle neuroscienze), della prova documentale, della prova peritale; alla motivazione della sentenza. E anche quando è possibile, il risultato sarà sempre e solo esprimibile in termini di probabilità, più o meno alta. Anche l'uso di parametri comparativi può rivelare la sua fallacia, poiché un caso non è mai perfettamente uguale all'altro e anche quando presenta caratteristiche in tutto omogenee ad un precedente, la decisione sarà inevitabilmente sempre misurata sulla specifica situazione sostanziale dedotta in giudizio».

vero la consapevolezza della forza bruta di auto-imposizione che la tecnica esprime anche rispetto al diritto e alla giustizia. Ci si riferisce a quella che efficacemente è stata definita la *travolgente forza pratica dell'algoritmo*<sup>58</sup>, ovvero il pericolo della *cd. cattura del decisore* (tanto più, sia consentito osservare, ove il decisore sia attinto da carichi di lavoro non suscettibili di una adeguata trattazione significativa).

Occorre che il sistema istituzionale - e quello giudiziario in particolare - sappia sviluppare competenze e anticorpi culturali idonei a fugare dubbi ed evitare questi rischi: la risposta per un utilizzo consapevole e costituzionalmente rispettoso dei sistemi di AI non può che passare da una risposta sistemica di tipo cooperativo dei vari attori istituzionali, pubblici e privati che siano: come è stato osservato, occorre raccogliere «la sfida di un insieme di strumenti legal tech al servizio dei diversi formanti giuridici. Collegare simili iniziative al processo telematico e alla dematerializzazione della pubblica amministrazione potrebbe soddisfare una pluralità di esigenze in uno "spazio comune" del materiale giurisprudenziale per ciascun ordinamento, basandosi

<sup>58</sup> A. SIMONCINI, «L'algoritmo incostituzionale: intelligenza artificiale e il futuro delle libertà», in *BioLaw Journal – Rivista di BioDiritto*, n. 1/2019, nel richiamare il caso Loomis, cassato dalla Corte Suprema grazie al principio di non esclusività del ricorso al sistema Compas, osserva «In realtà, questo principio – codificato nella normativa europeo-nazionale – è del tutto inefficace di fronte a quella che potremmo definire la travolgente forza pratica dell'algoritmo. Formulerei così l'azione di questa forza: una volta introdotto un sistema automatico di decisione all'interno di un processo decisionale umano, il sistema automatico tende, nel tempo, a catturare la decisione stessa. Questo accade, si badi, non per ragioni di valore scientifico, di accuratezza predittiva o di affidabilità tecnica dell'automatismo, ma eminentemente per ragioni di convenienza pratica. Innanzitutto: per chi vede violato un suo diritto o una sua libertà, dimostrare che la decisione lesiva sia stata presa unicamente sulla base di un algoritmo è molto spesso una probatio diabolica; chi ha preso la decisione, infatti, avrà sempre la possibilità di sostenere che nella decisione si è solo avvalso dell'algoritmo, ma non è stato «sostituito» da esso, avendo autonomamente ... aderito alla valutazione effettuata dall'algoritmo. Occorrerà certamente attendere la giurisprudenza della Corte di giustizia sul punto, ma quantomeno si dovrebbe ritenere rispettato il principio di non esclusività solo quando il decisore umano è in grado comunque di esprimere una propria motivazione che giustifichi l'adesione alla valutazione effettuata dall'algoritmo o quantomeno di dare informazioni sulla logica utilizzata. In secondo luogo, però, il principio di non esclusività sembra non riconoscere l'evidente forza «pratica» di qualsiasi automatismo valutativo che, da un lato, solleva il decisore dal *burden of motivation*, dal peso dell'esame e della motivazione; dall'altro, gli consente di «qualificare» la propria decisione con un crisma di «scientificità» ovvero «neutralità» che oggi circonda la valutazione algoritmica e le conferisce una peculiare – quanto infondata - autorità».

sulla logica Open Data. Il che renderebbe, di fatto, accessibile a tutti un profilo del tutto quotidiano della società, quale è quello del contenzioso civile rispetto alle relazioni fra consociati»<sup>59</sup>. Qualunque sia la strada da intraprendere, non v'è dubbio che dovrà tenersi conto dei principi ineludibili emersi dalla presente riflessione: in aggiunta ai cinque principi individuati dalla Carta etica della Cepej<sup>60</sup>, dovranno essere attentamente considerati il principio della conoscibilità e, soprattutto, di conseguente comprensibilità (della logica) della decisione fondata su sistemi automatizzati, il principio di non esclusività<sup>61</sup>, il principio di precauzione costituzionale

<sup>59</sup> Così D. AMRAM, *Algoritmi, danno alla persona e nuove soluzioni legal tech*, in *Cyberspazio e Diritto*, Vol. 22, n. 67 (1 - 2021), il quale osserva: «Con riferimento al formante legislativo, lo sviluppo di piattaforme di interrogazione intelligente può individuare lacune normative e sovrapposizioni tra fonti di rango diverso in modo da rendere più efficace la ricerca – in termini quasi anacronistici – «ipertestuale» delle disposizioni che incidono su determinate materie. La giurisprudenza, come osservato, potrebbe sfruttare il sistema di interrogazione per rendere più efficaci i modelli degli Osservatori della giustizia che si formano su iniziativa degli uffici giudiziari, al fine di consentire una armonizzazione linguistica, semantica e concettuale rispetto all'interpretazione della norma. Di conseguenza, alcune ricadute potrebbero emergere anche su forma e sintassi degli atti processuali, andando a minare quel latinorum da Azzeccagarbugli con cui sono classificati i giuristi. La dottrina, già fortemente influenzata dalla digitalizzazione dell'accesso alle risorse, andrebbe a sviluppare nuovi percorsi evolutivi e di sistematizzazione nel dialogo con il legislatore e la giurisprudenza, elaborando nuove categorie e sviscerando nuove problematiche per ricondurre ai valori fondamentali della persona quei cortocircuiti/bias emergenti come tendenze nei rapporti contrattuali, familiari, ovvero con terzi dall'analisi automatizzata e valorizzando al contempo quelle voci fuori coro capaci di cogliere l'essenza interpretativa della norma».

<sup>60</sup> V. <https://rm.coe.int/carta-etica-europea-sull-utilizzo-dell-intelligenza-artificiale-nei-si/1680993348> ove si richiamano i seguenti principi: «Principio del rispetto dei diritti fondamentali: assicurare l'elaborazione e l'attuazione di strumenti e servizi di intelligenza artificiale siano compatibili con i diritti fondamentali. Principio di non discriminazione: prevenire specificamente lo sviluppo o l'intensificazione di discriminazioni tra persone o gruppi di persone. Principio di qualità e sicurezza: in ordine al trattamento di decisioni e dati giudiziari, utilizzare fonti certificate e dati intangibili con modelli elaborati multidisciplinariamente, in un ambiente tecnologico sicuro. Principio di trasparenza, imparzialità ed equità: rendere le metodologie di trattamento dei dati accessibili e comprensibili, autorizzare verifiche esterne. Principio del controllo da parte dell'utilizzatore: precludere un approccio prescrittivo e assicurare che gli utilizzatori siano attori informati e abbiano il controllo delle loro scelte».

<sup>61</sup> Art. 22, GDPR «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. 2. Il paragrafo 1 non si applica nel caso in cui la decisione: a) sia necessaria per la conclusione o l'esecuzione di un contratto tra l'interessato e un titolare del trattamento; b) sia autorizzata dal diritto dell'Unione o

per cui «deve esistere una regolazione effettiva, di livello sovra-nazionale e sovra-legislativo, riguardante le tecnologie, volta ad evitare il verificarsi di violazioni delle libertà fondamentali non più (o molto difficilmente) rimediabili una volta che esse sono state diffuse»<sup>62</sup>.

## 5. Esperienze nazionali e progetti di prevedibilità della giurisprudenza: l'intelligenza artificiale del prossimo venturo.

In ambito giudiziario vanno segnalate le esperienze di Brescia<sup>63</sup> e dei Tribunali di Pisa e di Genova<sup>64</sup>, oltre i progetti di Bari<sup>65</sup> e di Venezia<sup>66</sup>, progetti tutti orientati all'obiettivo di restituire, se non rendere prevedibile o, addirittura, di prevedere, la possibile soluzione giuridica di singole questioni in punto di diritto o di casi. In linea generale, tutte le ricerche sperimentali ad oggi puntano su una attività di massimazione/creazione di schede di analisi delle sentenze con livelli di automazione diversificati<sup>67</sup>. A

dello Stato membro cui è soggetto il titolare del trattamento, che precisa altresì misure adeguate a tutela dei diritti, delle libertà e dei legittimi interessi dell'interessato; c) si basi sul consenso esplicito dell'interessato. 3. Nei casi di cui al paragrafo 2, lettere a) e c), il titolare del trattamento attua misure appropriate per tutelare i diritti, le libertà e i legittimi interessi dell'interessato, almeno il diritto di ottenere l'intervento umano da parte del titolare del trattamento, di esprimere la propria opinione e di contestare la decisione. 4. Le decisioni di cui al paragrafo 2 non si basano sulle categorie particolari di dati personali di cui all'articolo 9, paragrafo 1, a meno che non sia d'applicazione l'articolo 9, paragrafo 2, lettere a) o g), e non siano in vigore misure adeguate a tutela dei diritti, delle libertà e dei legittimi interessi dell'interessato».

<sup>62</sup> A. SIMONCINI, *L'algoritmo incostituzionale: intelligenza artificiale e il futuro delle libertà*, in *BioLaw Journal – Rivista di BioDiritto*, n. 1/2019.

<sup>63</sup> La documentazione del progetto è rinvenibile sul sito <https://giustiziapredittiva.unibs.it/>.

<sup>64</sup> La documentazione del progetto è rinvenibile sul sito <https://www.predictivejurisprudence.eu/>.

<sup>65</sup> La documentazione del progetto è rinvenibile sul sito [https://www.giustizia.bari.it/buone\\_prassi\\_4.aspx](https://www.giustizia.bari.it/buone_prassi_4.aspx).

<sup>66</sup> La documentazione del progetto è rinvenibile sul sito [https://www.corteappello.venezia.it/index.php/giurisprudenza-predittiva-per\\_198.html](https://www.corteappello.venezia.it/index.php/giurisprudenza-predittiva-per_198.html) con una partizione degli orientamenti giurisprudenziali relativi alle aree del diritto di impresa e industriale, diritto del lavoro, diritto in materia bancaria e diritto societario.

<sup>67</sup> D. PIANA – C. CASTELLI, *op. cit.*, sottopongono la seguente idea progettuale: «I passaggi progettuali che possono essere proposti sono gradualmente proprio per evitare che l'analisi della giurisprudenza possa diventare un momento di censura ed anzi possa costituire arricchimento per tutti. La prima mossa è consentire al singolo giudice di avere conoscenza dell'esito delle impugnazioni sui propri provvedimenti. Questo riguarda ovviamente le sentenze e le ordinanze definitive, ma anche un terreno delicatissimo, su cui è bene estendere questo servizio,

livello progettuale, tutte le esperienze mirano alla pubblicazione del dataset di sentenze massimate su cui si costruirà in una fase successiva un motore di ricerca più o meno avanzato. Tutti i progetti vogliono sostanzialmente fornire la base dati giurisprudenziali a fini teoricamente deflattivi del contenzioso ovvero a derivare con statistica avanzata tendenze giurisprudenziali.

Ai progetti elencati è doveroso aggiungere il progetto dell'Università di Bologna EU4JUSTICE – AI4JUSTICE<sup>68</sup>: il progetto punta ad analizzare l'utilizzo dell'intelligenza artificiale nei sistemi giudiziari, applicata anche agli strumenti di giustizia predittiva e alle aspettative di prevenzione della criminalità e del rischio per le persone e gli spazi (predictive, data analytics, legal design). Si prevede che il gruppo di lavoro opererà su casi pilota focalizzati in particolare sulla creazione di documenti giuridici annotati e validati attraverso i linguaggi XML Akoma Ntoso e LegalRuleML e sulla possibilità di analizzare la pluralità delle fonti, ottenendo così maggiori elementi di significato giuridico attraverso la connessione tra documenti legislativi e documenti giurisprudenziali.

Più precisamente, la sperimentazione, avviata dal 2018, tra la Corte di Appello, il Tribunale e l'Università di Brescia intende fornire a utenti e avvocati due dati fondamentali per garantire una certezza non solo del diritto ma anche delle relazioni industriali e sociali, ovvero la possibilità di sapere quanto può durare un procedimento su una data materia e la possibilità di conoscere gli orientamenti

*quale quello delle misure cautelari personali. Far sì che il giudice delle indagini preliminari possa sapere non solo l'esito dell'impugnazione del suo provvedimento avanti al Tribunale del riesame o alla Cassazione, ma anche la decisione assunta nel processo di primo grado e secondo grado. Identica sorte quanto al Tribunale del riesame. Ciò può aiutare a verificare quali sono tipologie e problematiche che richiedono maggiore attenzione e migliorare complessivamente la nostra attività. Il secondo passaggio riguarda l'estrazione di dati, ovvero individuare tipologie di materie e di affari, verificare gli esiti decisori, seguire l'andamento degli stessi in secondo grado e in Cassazione. Identica estrazione dovrebbe essere svolta per quanto concerne sia il tasso di accoglimento delle richieste di emissioni misura cautelare, sia il tasso di loro conferma da parte di Tribunale del riesame e di Cassazione, sia l'esito dei processi in cui una persona soggette le indagini sia stata colpita da una misura cautelare. Tali dati, superando le polemiche strumentali su ingiusta detenzione ed errori giudiziari, ci darebbero preziose indicazioni su come possiamo, pur nell'ambito delle inevitabili diverse interpretazioni e prospettazioni, migliorare la nostra attività. Il terzo passaggio sarebbe la realizzazione di un massimario ragionato, come tale preziosissimo per orientare, consolidare, mutare giurisprudenza».*

<sup>68</sup> Si rinvia a <https://magazine.unibo.it/archivio/2021/05/20/nasce-ai4justice-lab-un-nuovo-laboratorio-per-12019intelligenza-artificiale-applicata-al-sistema-giudiziario>.

esistenti nei diversi uffici a partire dal Tribunale e dalla Corte di Appello di Brescia. Segnatamente, i lavori prevedono l'individuazione delle materie da esaminare (diritto societario e industriale, contratti bancari, licenziamenti, diritto contributivo, infortunistica sul lavoro e appalti), la creazione di una banca dati per ogni materia, la circolarità della giurisprudenza tra I e II grado, la creazione di gruppi di lavoro dell'Università insieme a Corte di Appello e Tribunale per ogni branca di materie che prendano in carico i provvedimenti emessi e ne estraggano orientamenti e casistiche, l'estrazione dei dati sui tempi medi di durata dei procedimenti materia per materia depurati dall'arretrato in modo da poter dare una previsione sul tempo di durata e, infine, la pubblicizzazione dei dati su tempi e orientamenti, in forma anonima, sul sito giustizia Brescia e su altri siti affini<sup>69</sup>. Come è dato vedere, non si tratta di un progetto di giustizia predittiva, allo stato della sua evoluzione, indirizzato all'utilizzo di sistemi di AI, piuttosto essendosi preferito fornire immediate utilità conoscitive agli stakeholders sugli orientamenti giurisprudenziali e sui tempi di definizione delle controversie.

Il progetto di giustizia predittiva della terza sezione civile presso la Corte di appello di Bari prevede che l'elaborazione della casistica e la redazione delle schede sarà curata dai tirocinanti e dagli specializzandi della sezione, sotto la supervisione dei consiglieri affidatari o di altro consigliere designato dal Presidente di Sezione; i temi saranno assegnati ai tirocinanti e specializzandi dal Presidente di Sezione, sentiti il consigliere affidatario ed il tirocinante/specializzando; i lavori saranno coordinati dal Presidente di sezione e le schede saranno approvate dai consiglieri della sezione nel corso delle riunioni ex art. 47 quater Ord. Giud.; il Presidente di sezione è delegato ad avviare ogni interlocuzione necessaria con gli Ordini forensi ed il mondo accademico, per garantire la pubblicità dell'iniziativa, l'eventuale collaborazione degli stessi alla attività di approfondimento scientifico, la diffusione dei risultati raggiunti, anche attraverso la pubblicazione su siti istituzionali, associativi o di categoria<sup>70</sup>.

<sup>69</sup> C. CASTELLI, *La giustizia predittiva*, 11 novembre 2021, consultabile online su <https://lamagistratura.it/attualita/la-giustizia-predittiva/>.

<sup>70</sup> Così nella presentazione del progetto Giustizia predittiva presso la terza sezione civile della Corte di Appello di Bari, reperibile su [https://www.giustizia.bari.it/allegati\\_sito/progetto\\_prevedibilita\\_decisioni.pdf](https://www.giustizia.bari.it/allegati_sito/progetto_prevedibilita_decisioni.pdf) sono illustrati gli obiettivi perseguiti: «... la prevedibilità delle decisioni costituisce un valore ormai riconosciuto nel nostro ordinamento, in quanto: a. Espressione e presupposto del principio di uguaglianza tra i cittadini e di giustizia del processo (in materia processuale, vedi Cass. S.U. Ord-

Analisi del linguaggio naturale (NLP) e apprendimento automatico rappresentano la base del progetto con l'Università S. Anna di Pisa. Più precisamente, il progetto intende realizzare un sistema di lettura e classificazione automatica delle sentenze estratte dalla banca dati PCT dei Tribunali di Pisa e Genova grazie all'addestramento di un algoritmo: l'obiettivo è quello di realizzare una white box che permetta di spiegare il perché il sistema offra determinate risposte. Il risultato previsto è la creazione di un DATA LAKE<sup>71</sup>, nell'ambito del quale, attra-

nanza n. 23675 del 06.11.2014); b. Rende la motivazione del provvedimento più aderente al dettato normativo art. 118 disp. Att. c.p.c. (succinta esposizione delle ragioni giuridiche della decisione, anche con riferimento a precedenti conformi – occorre che i precedenti siano conoscibili); c. Rende possibile la motivazione semplificata per questioni seriali, mediante elaborazione di provvedimenti-manifesto, contenenti i principi consolidati; d. Aumenta le probabilità di successo della proposta conciliativa o transattiva ex art. 185 bis c.p.c., in considerazione dei precedenti e dell'indirizzo giurisprudenziale riguardo all'oggetto della controversia (prevedibilità rapportata al Distretto, al Circondario, alla Sezione); e. Offre un ausilio ai giudici di primo grado per la conoscenza degli orientamenti della Corte in talune materie, cui potersi adeguare o da cui motivatamente discostarsi; f. Consente un migliore orientamento da parte dei difensori sulle scelte processuali da coltivare (costituirsi in giudizio, appellare, transigere, ecc.); g. Consente un migliore e più efficace orientamento pre-contenzioso per i difensori, sulla scelta se iniziare il giudizio; h. Rende noti alla collettività gli orientamenti degli uffici giudiziari e, per ciò, possibile, auspicabile, un decremento del contenzioso, con contestuale aumento delle conciliazioni».

<sup>71</sup> Per una sintesi si rinvia a «Data Lake: cos'è e quali vantaggi rispetto al Data Warehouse», <https://atlantic-technologies.com/it/blog/che-cose-un-data-lake/>; «si tratta di un repository centralizzato che consente di archiviare grandi quantità di dati nel loro formato nativo, provenienti da molte fonti diversificate e disomogenee, ovvero un luogo destinato all'archiviazione, analisi e correlazione di dati strutturati e non strutturati (da quelli del CRM ai post dei social media, dai dati ERP alle info delle macchine di produzione), in formato nativo. La sua peculiarità è di consentire il recupero e l'organizzazione del dato secondo il tipo di analisi che si intende effettuare. Questa novità, rispetto ai tradizionali sistemi di Big Data Analytics, rappresenta una semplificazione e un notevole potenziamento dello strumento. Il Data Warehouse infatti è un metodo che esige il modellamento dei dati prima che possano essere immagazzinati, non consentendo quindi di sfruttarne a pieno il valore. Uno sguardo nel dettaglio alle differenze nelle funzionalità del Data Lake vs. Data Warehouse non può che aiutarci a comprendere meglio la natura del cosiddetto «Lago di dati»: 1. Raccolta dei dati. A differenza del Data Warehouse, il Data Lake non necessita di una strutturazione ex ante del dato. Anzi, trova proprio nella capacità di accogliere dati strutturati, semi-strutturati e destrutturati il suo punto di forza. 2. Elaborazione dei dati. Nel Data Warehouse viene definita a priori la struttura del database, i dati vengono scritti nella struttura predefinita e poi letti nel formato desiderato (Schema-on-write). Nel Data Lake, invece, sono acquisiti nel formato nativo e ogni elemento riceve un identificatore e un insieme di metadati a corredo (Schema-on-read). 3. Agilità e flessibilità. Essendo un repository altamente strutturato, cam-

verso un annotatore giuridico-semantic, si sviluppa una etichettatura semantica dei processi e, quindi, si perviene alla creazione del NLP-Model, tramite cui vengono poi lette e classificate automaticamente tutte le sentenze immesse nel sistema. Si intende addestrare l'algoritmo in modo che sia in grado di proporre casi simili a quello di volta in volta proposto, quanto a decisioni simili, prove simili, ragionamenti simili, regole giuridiche applicate. Il percorso sperimentale prevede l'identificazione delle tipologie di frasi estratte dai provvedimenti giudiziari, previa classificazione dei provvedimenti, con successiva modellizzazione dei dati. Gli output del progetto previsti sono l'inserimento di caso legale nel sistema e la estrapolazione di una risposta, quale suggerimento di casi simili (decisioni simili, prove simili, ragionamenti simili e regole giuridiche).

Particolarmente significativa è, in prospettiva, anche la convenzione siglata il 29 settembre 2021 tra la Corte di Cassazione e la Scuola universitaria superiore IUSS di Pavia<sup>72</sup>: l'«Accordo Quadro» intende avviare una collaborazione strategica tra la stessa Scuola e il Centro Elettronico di Documentazione (C.E.D.) della Corte per lo sviluppo di ricerca

biare la struttura di un Data Warehouse può risultare molto dispendioso in termini di tempo. Un Data Lake, all'opposto, consente di configurare e riconfigurare facilmente modelli, query e app live e di procedere al Data Analytics in modo più flessibile. L'adozione di un sistema di Data Lake rappresenta una svolta per l'azienda in termini di: 1. Notevole ampliamento delle informazioni alle quali si ha accesso Questo ovviamente grazie a un set potenzialmente infinito di tipologie di dati. Di fatto, essendo il quesito di analisi a determinare la selezione dei dati dai quali attingere informazioni, nel Data Lake la ricerca accede a tutte le informazioni disponibili, indipendentemente dalla sorgente che le ha generate. 2. Illimitati modi di interrogare i dati e possibilità di applicare a essi una grande varietà di tool differenti... 3. Riduzione dei costi di archiviazione e spazio infinito. Con un sistema tradizionale, è necessario prevedere in anticipo tutti gli usi dei dati di cui si avrà bisogno. Ma, con il mutare delle esigenze di business, cambiano anche i requisiti di analisi. In aggiunta, professionisti diversi in azienda hanno bisogno di diversi set di dati. Nei sistemi Data Warehouse, aumentare il volume e la struttura del database ha dei costi notevoli e porta via molto tempo. Con il Data Lake, evitiamo il problema della struttura del database per sua natura e abbiamo a disposizione spazio infinito grazie a metodi di conservazione dei dati su file system distribuiti (HDFS in cloud). 4. Riduzione dei costi di consolidamento dei dati. I file system distribuiti portano il Data Lake a sistema di scale-out storage potenzialmente infinito per il consolidamento dei dati. 5. Riduzione del Time-to-market. Non dovendo affrontare progetti di ampliamento e consolidamento dei dati, l'accesso alle informazioni è sempre immediato e real-time. 6. Condivisione e democratizzazione dell'accesso alle informazioni. Il Data Lake mette a disposizione di tutti gli insight ottenuti. Li rende accessibili a chiunque abbia i permessi tramite una vista unificata dei dati all'interno dell'organizzazione».

<sup>72</sup> V. <http://www.iusspavia.it/-/accordo-quadro-con-la-corte-suprema-di-cassazione>.

avanzata nel settore degli strumenti tecnici per la raccolta e l'organizzazione del materiale giuridico digitale. L'obiettivo dichiarato è la valorizzazione del patrimonio conoscitivo costituito dal corpus della giurisprudenza e della legislazione italiana e europea, attraverso l'uso degli strumenti di *legal analytics* e di intelligenza artificiale con il fine di estrarre e rappresentare conoscenza giuridica, rinvenire correlazioni implicite, individuare tendenze circa gli orientamenti giurisprudenziali e/o legislativi in modo che sia meglio consultabile ed elaborabile in sede di attività giudiziaria e di ricerca scientifica<sup>73</sup>.

## 6. Le iniziative del Ministero di Giustizia: Pnrr-Pon Governance.

Il Ministero della Giustizia ha recentemente avviato progetti di ricerca applicata, con lo scopo di estrarre la conoscenza contenuta nel patrimonio documentale, per la realizzazione di sistemi di: anonimizzazione delle sentenze; automazione nella individuazione del rapporto vittima-autore nei provvedimenti giurisdizionali; gestione e analisi della conoscenza del processo; sistema di controllo di gestione del processo; rilevazione statistica avanzata sui procedimenti civili e penali.

Le cinque linee direttive rientrano in un approccio datalake: rispetto ai tradizionali sistemi di Big Data Analytics e Data Warehouse, questo sistema non necessita di una strutturazione ex ante del dato e, anzi, trova proprio nella capacità di accogliere dati strutturati, semi-strutturati e destrutturati il suo punto di forza. Data Lake consente di acquisire dati nel formato nativo e ogni elemento riceve un identificatore e un insieme di metadati a corredo e la ricerca accede a tutte le informazioni disponibili, indipendentemente dalla sorgente che le ha generate.

Grazie a finanziamenti supplementari a valere sul Recovery Fund il dipartimento dei sistemi informativi automatizzati del Ministero - DGSIA - investirà su: - *prototipo di Sistema di Controllo di Gestione del processo civile, supportato con le tecnologie di intelligenza artificiale, opera sulle basi di dati e sui flussi di lavoro del processo civile telematico e permette l'elaborazione di un vasto in-*

<sup>73</sup> Art. 3 dell'Accordo quadro: – *Obiettivi IUSS e C.E.D. condividono l'obiettivo di sviluppare insieme attività di ricerca sui temi indicati all'articolo 2 al fine di perseguire tre obiettivi principali: a) predizione dell'esito dei processi decisionali giudiziari, amministrativi e politici (prediction), b) estrazione di argomenti giuridici dal corpus delle sentenze e decisioni di Italgire (argument mining), c) creazione automatica di massime (summarization), c) strumenti di creazione automatica di documenti (document builder), nonché altre possibilità di valorizzazione del patrimonio documentario di Italgire.*

*sieme di indicatori di performance, che danno la possibilità di effettuare benchmarking (valutazioni) comparativi tra Tribunali e unità operative di Tribunali e benchmarking temporali. Il sistema permetterà di individuare aree di inefficienza e, tramite analisi sulle sequenze temporali di attività e sui flussi di lavoro, consentirà ai Dirigenti Giudiziari, ai Dirigenti Amministrativi, al Consiglio Superiore della Magistratura, al Ministero e al Parlamento, secondo le rispettive competenze, di elaborare nuovi e più efficienti modelli organizzativi, o di gestione del processo giurisdizionale.*

In parallelo, il Ministero della Giustizia ha, di recente, pubblicato l'Avviso per il finanziamento degli interventi a regia in attuazione del Progetto complesso "*Progetto unitario su diffusione dell'Ufficio del Processo e per l'implementazione di modelli operativi innovativi negli Uffici giudiziari per lo smaltimento dell'arretrato*"<sup>74</sup>. All'avviso hanno aderito 57 atenei pubblici statali dislocati su tutto il territorio nazionale, raggruppati in 6 macro-progetti per un totale di oltre 51 milioni di euro. Le linee di intervento sottoposte alle Università nel bando sono quattro: linea 1 - definizione di moduli operativi per la costituzione e l'implementazione dell'Ufficio per il Processo; linea 2 - individuazione di modelli per la gestione dei flussi in ingresso e degli arretrati presso gli Uffici Giudiziari; linea 3 - attivazione e sperimentazione dei modelli e dei piani relativi alle azioni precedenti; linea 4 - ridefinizione dei modelli formativi e consolidamento dei rapporti tra gli stakeholders. Secondo una prima sintesi, *le proposte avanzate in tema di digitalizzazione dell'attività del giudicare vanno dalla messa a punto di software di supporto alla scrittura della motivazione, alla creazione di un file di modello concettuale di sentenza di primo grado, che possa fungere sia da strumento formativo per i tirocinanti che come passaggio intermedio per ottenere cosiddetti modelli di nuova generazione, per alimentare una library nella consolle del magistrato e per contribuire a superare le criticità attuali del processo telematico (allegati voluminosi, assenza di sistemi di archiviazione per file diversi da quelli di scrittura); sistemi di document builder, sistemi di anonimizzazione semi automatica; strumenti di analisi semantica delle sentenze; la prototipizzazione di ricerca semantica evoluta (non solo per keywords), intelligenza artificiale per la gestione dei precedenti (come impone il piano d'azione 2019-2023 Action Plan European e-Justice), valorizzazione della esistente digitale (creazione di data base di giurisprudenza*

<sup>74</sup> V. <http://www.pongovernance1420.gov.it/it/progetto/ufficio-per-il-processo/>.

(come data lake) con integrazione fra i dati messi a disposizione dai sistemi del Ministero e la mole di dati molto eterogenei presenti nella singola corte. progettazione di una chatbot per la interazione delle utenze. Le proposte relative alla individuazione di modelli per la gestione di flussi di ingresso e gestione dell'arretrato riguarderanno la implementazione di tecniche quali il Business process management, il process mining (intersezione tra data e modellizzazione di processi), il monitoraggio predittivo dei processi, la formulazione standardizzata degli atti introduttivi del giudizio<sup>75</sup>. Com'è dato vedere, riveste un ruolo centrale, ai fini individuati dal Governo italiano di realizzazione degli obiettivi di performance quantitativa e qualitativa per il settore giudiziario nell'ambito del PNRR, l'adozione di strumenti tecnologici avanzati e di intelligenza artificiale per la configurazione di un nuovo ufficio per il processo moderno quale strumento per aumentare l'efficienza negli uffici giudiziari e diminuire i tempi di definizione dei procedimenti civili<sup>76</sup>. Lo stretto collegamento gli strumenti di intelligenza artificiale e gli obiettivi di ottimizzazione delle performance giudiziarie attraverso l'implementazione dell'ufficio per il processo in tutti gli uffici giudiziari italiani costituirà, in tal senso, il privilegiato campo di riflessione dei prossimi anni<sup>77</sup>; riflessione che dovrà necessariamente essere caratterizzata da un approccio misto che sappia sapientemente coordinare le politiche programmatiche ministeriali con le più avanzate sperimentazioni locali in modo da testare in concreto le prospettive di ottimizzazione della funzione giudiziaria attraverso il ricorso agli strumenti di intelligenza artificiale<sup>78</sup>.

## 7. Conclusioni a dimensione umana.

In un saggio del 1967, il filosofo Pietro Piovani raccoglieva la sfida che si è tentato sommariamente di descrivere e concludeva con una speranza: «L'involontaria pedagogia della macchina esorta alla radicalizzazione elementare del principio della vita: alla fine (letteralmente alla fine) può essere la

macchina a rimettere in moto, con la sua semplificazione radicale, il congegno della coscienza. La sua potenzialità distruttiva è forse la più valida potenza sotterrica per l'umanità novecentesca. Se, grazie alla macchina scatenata, l'uomo imparerà di nuovo a tremare (nel senso, come a me piace intendere, di ragionare, ripensare...), sarà salvo»<sup>79</sup>.

<sup>75</sup> V. C. MORELLI, *L'Ufficio del Processo fa il pieno di innovazione e tecnologia*, <https://www.altalex.com/documents/news/2022/01/17/ufficio-del-processo-fa-il-pieno-di-innovazione-e-tecnologia>.

<sup>76</sup> Si rinvia a M. SCIACCA, *P.N.R.R. e prime ipotesi di modellizzazione dell'ufficio per il processo*, in *Foro it.*, 2022, 1, V.

<sup>77</sup> Si rinvia alle riflessioni di D. PIANA, *op.cit.*

<sup>78</sup> B. CARAVITA, *Uno staff di laureati per costruire una macchina di intelligenza artificiale che collabori alle funzioni di giustizia*, in *Federalismi.it*, 30 giugno 2021, consultabile online su <https://www.federalismi.it/nv14/articolo-documento.cfm?Artid=45630>.

<sup>79</sup> P. PIOVANI, *Salus a machina*, in *Ethica. Rassegna di filosofia morale*, 1967, 1.



# DISTRIBUTED LEDGER TECHNOLOGY E TOKEN CRITTOGRAFICI. UN “SISTEMA” ALTERNATIVO DI CIRCOLAZIONE DELLA RICCHEZZA (E DEI DIRITTI?)\*

Di Francesco La Fata

| 85

**SOMMARIO:** 1. *Premessa e introduzione al fenomeno.* – 2. *Profili tecnici delle tecnologie di registro distribuito.* – 3. *Aspetti dell’indagine legale sul fenomeno crypto.* – 4. *DLT quale sistema di circolazione della ricchezza.* – 5. *I tokens crittografici: una nuova categoria di beni giuridici.* – 5.1. *I non fungible tokens.* – 6. *La prospettiva del diritto dei mercati finanziari.* – 7. *Conclusioni.*

*ABSTRACT.* Lo scritto si prefigge l’obiettivo di individuare la natura giuridica dei tokens crittografici. L’indagine muove dalla concisa descrizione delle caratteristiche tecniche della distributed ledger technology e dei tokens, il cui utilizzo congiunto realizza – secondo l’autore – un sistema alternativo di circolazione della ricchezza. Il contributo introduce i diversi ambiti dell’analisi giuridica involgenti la materia: quello civilistico, riguardante la qualificazione giuridica dei tokens, e quello più specificamente finanziario, avente a oggetto profili di regolazione del mercato dei capitali.

*The paper aims to identify the legal nature of cryptographic tokens. The investigation starts from the concise description of the technical characteristics of distributed ledger technology and tokens, the joint use of which realizes – according to the author – an alternative model of circulation of asset. The essay introduces the various contexts of the involuntary legal analysis the matter: that civil, concerning the legal qualification of tokens, and that more specifically financial, having to*



### 1. Premessa e introduzione al fenomeno.

Nella realtà contemporanea, gli svolgimenti delle dinamiche sociali ed economiche non possono essere analizzati senza tener conto dell'innovazione digitale<sup>1</sup>. Una delle più impressionanti conseguenze dell'implementazione del *web*, infatti, consiste nel venir meno dell'elemento della materialità, stante il passaggio dal tangibile all'incorporeo che condiziona le modalità stesse di manifestazione delle attività umane, mutandone la fisionomia delle coordinate interpretative essenziali: il tempo e lo spazio<sup>2</sup>.

Attualmente, l'innovazione digitale è oggetto di un nuovo sviluppo tecnico descritto con il termine "*web 3.0*", che identifica quell'ecosistema informatico basato sull'utilizzo di tecnologie di registro distribuito, in grado – secondo gli addetti ai lavori – di rivoluzionare i modelli economici<sup>3</sup>, tant'è che si

---

La pubblicazione è stata realizzata da ricercatore con contratto di ricerca cofinanziato dall'Unione europea - PON Ricerca e Innovazione 2014-2020 ai sensi dell'art. 24, comma 3, lett. a), della legge 30.12.2010, n. 240 e s.m.i. e del d.m. 10.8.2021, n. 1062.

Un ringraziamento particolare va all'unità di ricerca BABEL (Blockchains e Artificial Intelligence for Business, Economics and Law), stabilita presso il Dipartimento di Scienze per l'economia e l'impresa dell'Università degli Studi di Firenze, nonché ai suoi componenti, per il supporto offerto nella comprensione delle caratteristiche tecniche della *Distributed ledger technology* e dei suoi meccanismi di funzionamento.

Si rileva, peraltro, che l'argomento analizzato ha imposto l'utilizzo diffuso, sul piano del registro linguistico informatico, di vocaboli di derivazione anglosassone, a danno della lingua italiana. Il lettore scuserà, allora, l'inevitabile anglicismo di queste pagine.

<sup>1</sup> Sugli interrogativi che l'innovazione tecnologica, nella forma delle intelligenze artificiali, pone al giurista con riguardo ai rapporti civilistici, cfr. AA.VV., *Rapporti civilistici e intelligenze artificiali*, Atti del 15° Convegno Nazionale S.I.S.Di.C., 15-16.5.2020, Napoli, 2020, *passim*.

<sup>2</sup> V. FROSINI, *Temporalità e diritto*, in *Riv. dir. civ.*, 1999, 431 ss.; A. ALPINI, *L'impatto delle nuove tecnologie sul diritto*, in *comparazonediritto.civile.it*, 1, osserva come «il rapporto tra interpretazione giuridica e nuove tecnologie richiama nuovamente l'attenzione sulla valutazione del tempo, sul cambiamento dei modi di esplicarsi e nella stessa visione della realtà, sollecitando il giurista contemporaneo a sottoporre a revisione le basi del proprio mestiere».

<sup>3</sup> Cfr. S. VOSHMIGIR, *Token economy*, Lussemburgo, 2021, 30 ss.; F. FAINI, *Blockchain e diritto: la «catena del valore» tra documenti informatici, smart contracts e data protection*, in *Resp. civ. prev.*, 2020, 297 ss.; M. CASTELLANI, P. POMI, C. TRIBERTI e A. TURATO, *Blockchain. Guida tecnico giuridica all'uso*, Firenze, 2019, 16 ss.; M. GIULIANO, *La blockchain e gli smart contracts nell'innovazione del diritto nel terzo millennio*, in *Dir. informatica*, 2018, 1023, ove si legge «mentre Internet ha trasformato il modo in cui condividiamo le informazioni e ci connettiamo, la blockchain, detta anche Internet of value, sta trasformando il modo in cui ci scambiamo valore e di cui ci fidiamo».

L'evoluzione del *web* viene idealmente suddivisa in tre tappe fondamentali: 1) l'emergere del *word wide web* (c.d. *www*) all'inizio degli anni '90, che ha dato la possibilità al grande

fa uso dell'espressione *token economy* per indicare il complesso dei fenomeni economici basati sull'utilizzo di questi nuovi strumenti<sup>4</sup>.

Per il giurista confrontarsi con l'innovazione della tecnica significa indagarne le conseguenze sul piano socioeconomico, al fine di trarre le opportune soluzioni in termini di qualificazione giuridica e, conseguentemente, di disciplina applicabile<sup>5</sup>. Ciò richiede la comprensione delle dinamiche tecnologiche oggi fruibili dalla collettività<sup>6</sup>, che sovente impone il superamento dei confini del diritto strettamente inteso e, dunque, l'abbandonando dell'idea – di derivazione novecentesca – di una rigida compartimentazione del "sapere"<sup>7</sup>. Un tale approccio

---

pubblico di sfruttare le potenzialità di internet mediante una facile "navigazione in rete"; 2) l'ascesa, a partire dal 2000, delle grandi piattaforme di *e-commerce* e dei *social media*, che – di fatto – hanno rivoluzionato le interazioni sociali (c.d. *web 2.0*); 3) l'implementazione della *distributed ledger technology* (DLT), quale infrastruttura alla base del c.d. *web 3.0*.

<sup>4</sup> S. VOSHMIGIR, *Token economy*, cit., *passim*; A. SUNYAEV, N. KANNENGEIER, R. BECK, H. TREIBLMAIER, M. LACITY, J. KRANZ, G. FRIDGEN, A. LUCKOW e U. SPANKOWSKI, *Token economy*, in *Bus Inf Syst Eng*, 2021, 457 ss.; L.W. CONG, Y. LI e N. WANG, *Tokenomics: dynamic adoption and valuation*, in *Columbia business school research paper*, 18-46, 2019, 1-51; J.Y. LEE, *A decentralized token economy: How blockchain and cryptocurrency can revolutionize business*, in *Business horizons*, 2019, 62, 773 ss.; M. NIEVES PACHECO JIMÉNEZ, *De la tecnología blockchain a la economía del token*, in *Derecho PUCP*, 2019, 61 ss. Sotto il profilo ingegneristico, si veda Y.C. WANG, *Efficient token circulation strategies against misers in device-to-device relay using token-based incentive mechanisms*, in *IET communications*, 2022, 710 ss.

<sup>5</sup> Il tema è quello del rapporto tra diritto e tecnica, sul quale si vedano S. RODOTÀ, *La vita e le regole*, Milano, 2012, *passim*; L. MENGONI, *Diritto e tecnica*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2001, 1 ss.; N. IRTI ed E. SEVERINO, *Dialogo su tecnica e diritto*, Roma-Bari, 2001, *passim*.

<sup>6</sup> In questo senso, con specifico riferimento – a esempio – agli studi giuridici in tema di *smart contracts*, si vedano R. PARDOLESI e A. DAVOLA, *What is wrong in the debate about smart contracts*, working paper, Università Luiss Guido Carli, Roma, 2019, 481, secondo i quali «it is first and foremost necessary to comprehend the true nature of the technology at stake and then, eventually, to evaluate the opportunity of a shift in the traditional interpretive paradigms of contract law, knowing that this change must be based on the actual developments of these innovations».

<sup>7</sup> La netta bipartizione del "sapere" in branche umanistico-filosofiche e scientifiche – com'è noto – è un retaggio culturale della c.d. riforma Gentile, da intendersi quale serie di atti normativi che nel 1923 trasformò la formazione scolastica in Italia. L'importanza di un approccio interdisciplinare è sottolineata, per tutti, da P. PERLINGIERI, *Produzione scientifica e realtà pratica: una frattura da evitare*, in ID., *Scuole tendenze e metodi. Problemi del diritto civile*, Napoli, 1989, 1-25. Ma anche da P. FEMIA e C. PERLINGIERI, *Editoriale*, in *Tec. dir.*, 2020, 2, ove gli aa. osservano come sia «necessario sollecitare un dialogo costruttivo interdisciplinare al fine di assicurare, con riguardo a temi di grande attualità, il rispetto dei diritti e il controllo, sin dalla fase di progettazione, degli apparati tecnologici». Si veda S. SATTA, *Colloqui e soliloqui di un giurista*, Padova, 1967, XIX, il quale ritiene che lo studioso del diritto debba necessa-



risulta imprescindibile a séguito dell'affermarsi di internet, ove è la stessa connotazione tecnico-scientifica del fenomeno a determinarne la rilevanza economica e giuridica<sup>8</sup>.

Muovendo da queste brevi notazioni, il presente scritto si propone di indagare, sotto il profilo giuridico, le tecnologie di registro distribuito e i *tokens* crittografici, previa la concisa descrizione degli elementi tecnici connotativi.

## 2. Profili tecnici delle tecnologie di registro distribuito.

Le tecnologie basate su registri distribuiti (*distributed ledger technology* o anche DLT) consentono la circolazione di forme di documentazione crittografica – denominate *tokens* – rappresentative di contenuti eterogenei all'interno di una rete «*un-trusted participants*»<sup>9</sup>. L'uso di questa infrastruttura, inizialmente finalizzato allo scambio di criptovalute (quali, ad esempio, bitcoin), si è ampliato per via dell'ideazione di protocolli di esecuzione automatica di rapporti negoziali – definiti *smart contracts*<sup>10</sup> – facilitativi del trasferimento di *tokens* digitali.

---

riamente avere un occhio di riguardo ai fenomeni sociali che si sviluppano intorno a lui, siano essi riferibili a differenti branche del sapere.

<sup>8</sup> Nella dottrina straniera, ritengono fondamentale che i giuristi siano formati anche su aspetti tecnico-informatici: M. FENWICK, W.A. KAAL e E.P.M. VERMULEN, *Legal education in digital age: why coding matters for the lawyer of the future*, in T. KONO (a cura di), *Legal tech & the new sharing economy*, Berlino, Springer, 2020, 103 ss.; R. SUSSKIND e D. SUSSKIND, *The future of the professions: how technology will transform the work of human experts*, Oxford, Updated edition, 2015.

<sup>9</sup> Il riferimento è al meccanismo «*trustless trust*», ove non occorre un'autorità centrale per dirimere i conflitti tra i partecipanti al network, in quanto la loro risoluzione è rimessa agli automatismi del registro dati condiviso. In argomento, si vedano G. DIMITROPOULOS, *The Law of Blockchain*, in *Wash. L. Rev.*, 2020, 1117 ss.; P. DE FILIPPI, *Blockchain technology and decentralized governance: the pitfalls of a trustless dream. Decentralized thriving: governance and community on the web 3.0*, 2019, consultabile in SSRN: <https://ssrn.com/abstract=3524352>; K. WERBACH, *Trust, but verify: why the blockchain needs the law*, in *Berkeley technology law journal*, 2018, 33, 487 ss.; R. HOFFMAN, *Why the blockchain matters*, in *wired.co.uk*. Con riferimento al sistema bitcoin, cfr. J.A.T. FAIRFIELD, *Bitproperty*, in *S. California law review*, 2015, 88, 814.

<sup>10</sup> Com'è noto, la categoria degli *smart contracts* è stata coniata da N. SZABO, *Formalizing and securing relationship on public networks*, in *First Monday*, 1997. La letteratura giuridica sul tema è ormai molto vasta e difficilmente citabile nel complesso. Tra gli altri, si vedano I. MARTONE, *Gli smart contracts. Fenomenologia e funzioni*, Napoli, 2022, *passim*; M.R. MAUGERI, *Smart Contracts e disciplina dei contratti*, Bologna, 2020, *passim*. Appare utile rilevare, però, come sul concetto di *smart contract* si registrino, in dottrina, una molteplicità di posizioni,

La DLT si sostanzia, in altri termini, in una base dati condivisa – *rectius* registro – tra tutti i partecipanti al *network*, crittografata poiché le informazioni *ivi* circolanti sono protette da meccanismi di cifratura, nonché decentralizzata. Quest'ultima caratteristica garantisce che l'accesso al registro e le sue modifiche siano direttamente governate dagli utenti, i quali convalidano le transazioni digitali memorizzate, in assenza di qualsivoglia istituzione centrale. Esistono diverse tipologie di DLT, che si distinguono in ragione del protocollo informatico utilizzato dalle stesse, il quale stabilisce le regole di gestione e controllo del *ledger*, nonché di verifica e validazione delle azioni di scrittura<sup>11</sup>. Ciò determina la subcatalogazione in «*permissionless*» (pubbliche) e «*permissioned*» (private). Nelle prime, la convalida delle transazioni è il risultato della soluzione di un calcolo crittografico al quale contribuiscono tutti gli utenti della rete. I sistemi *permissioned*, invece, prevedono che soltanto alcuni soggetti preselezionati possano confermare gli scambi avvenuti nel registro.

La DLT più diffusa è la *blockchain*<sup>12</sup>, rientrante nella categoria *permissionless* e ove il *IT protocol* fa

---

le quali possono ricondursi a tre macro-impostazioni. In primo luogo, v'è chi gli attribuisce natura negoziale, ritenendo che si tratterebbe di un accordo tra le parti, seppur in forma digitale (cfr. S. GEORGE, *Smart contracts: tools for transactional lawyers*, in *Texas B. J.*, 2018, 81, 403 ss.; K. WERBACH e N. CORNELL, *Contracts ex machina*, in *Duke L. J.*, 2017, 338 ss.; M. RASKIN, *The law and legality of smart contracts*, in *Georgetown law technology review*, 2017, 305, il quale li definisce come «an agreement whose execution is automated»; H. SURDEN, *Computable contracts*, in *U.C. Davis law review*, 2012, 46, 629 ss.). Una seconda tesi sostiene, invece, che gli *smart contracts* siano dei meri protocolli automatizzati di un accordo negoziale, che – dunque – è altro rispetto allo *smart contract* in sé (E. GABRIELLI, *La nozione di contratto e la sua funzione. Appunti sulla prospettiva di una nuova definizione di contratto*, in *Giust. civ.*, 2019, 229 ss.; S.D. LEVI e A.B. LIPTON, *An introduction to smart contracts and their potential inherent limitations*, in *Harvard law school forum on corporate governance*, 2018; G. GREENSPAN, *Beware of the impossible smart contract*, in *Multichain*, 2016). Un'ulteriore impostazione, infine, ritiene necessario distinguere due profili all'interno dello *smart contract*: lo «*smart code*» e lo «*smart legal contract*». Quest'ultimo rappresenterebbe l'accordo vero e proprio, anche se tradotto sotto forma di codice crittografico, realizzato su un'infrastruttura DLT (M. DUROVIC e A. JANSSEN, *The formation of blockchain-based smart contracts in the light of contract law*, in *European Review of Private Law*, 2018, 6, 753 ss.).

<sup>11</sup> Per ulteriori approfondimenti, si vedano R. GARAVAGLIA, *Tutto sugli NFT. Crypto art, token, blockchain e loro applicazioni*, Milano, 2022, 43 ss.; S. VOSHMIGIR, *Token economy*, cit., 30 ss.; G.L. COMANDINI, *Da Zero alla Luna. Quando, come e perché la Blockchain sta cambiando il mondo*, Palermo, 2021, 66 ss.

<sup>12</sup> Per esigenze legate a garantire una più agevole comprensione al lettore e una maggiore fluidità del testo, nel prosieguo i termini «*distributed ledger technology*» e «*blockchain*» verranno utilizzati come sinonimi.

uso di funzioni crittografiche e di *hashing* preordinate a ripartire in gruppi – chiamati “blocchi” – le informazioni nella stessa veicolate<sup>13</sup>. Ogni blocco è protetto da codici crittografici ed è sottoposto ad *hashing*, sí da includere l'*hash* del precedente, configurando in tal modo una “catena di blocchi” costitutiva del registro. Tale connotazione permette l’immutabilità della *blockchain*, in quanto un tentativo di modifica unilaterale di un blocco determinerebbe la rettifica di tutti quelli successivi richiedendo una potenza computazionale tale da renderne impossibile, in concreto, la manomissione<sup>14</sup>. La tecnologia *blockchain*, infatti, per la validazione delle transazioni postula il consenso distribuito dell’intera rete. Al fine di garantire efficienza a tale meccanismo in una logica “cripto-economica”, il protocollo generalmente riconosce agli utenti-validatori un incentivo sotto forma di *token* nativi, quale compensazione per l’energia computazionale erogata<sup>15</sup>.

<sup>13</sup> Per «protocollo informatico» s’intende un insieme di regole e processi che definiscono i meccanismi di funzionamento della tecnologia a registro distribuito. In particolare, il protocollo definisce come i partecipanti alla rete interagiscono tra loro, stabilendo le modalità di trasmissione di dati, di convalida delle transazioni, nonché d’identificazione e autenticazione degli utenti. La «crittografia informatica», invece, consiste in una tecnica di utilizzo di algoritmi matematici preordinata a convertire un contenuto di dati accessibili in un testo cifrato, talché soltanto i soggetti autorizzati possano decrittografare e, dunque, decifrare le informazioni, sí da evitarne la manomissione da parte di terzi. La «funzione di hashing», infine, è anch’essa una tecnica matematica che permette di convertire un set di dati in un testo codificato alfanumericamente, chiamato «impronta digitale», fissandolo così nel tempo e nello spazio. Per la comprensione di questi concetti, estremamente complessi, si ringraziano, ancora una volta, i componenti dell’unità di ricerca BABEL.

<sup>14</sup> R. GARAVAGLIA, *Tutto sugli NFT. Crypto art, token, blockchain e loro applicazioni*, cit., 55, osserva come «la fiducia nell’inalterabilità dell’informazione digitale proviene dalla garanzia offerta dai sistemi adottati nella blockchain (incentivo cripto-economico nel caso di architetture permissionless, distribuzione del valore collettivo tokenizzato nel caso di architetture permissioned), che si oppone al tentativo di modificare la transazione una volta confermata nel registro distribuito». In passato, tuttavia, si sono registrati degli episodi che hanno determinato problemi sotto il profilo del funzionamento e, in particolare, della immutabilità della *blockchain*. Il riferimento è alla nota vicenda “The DAO”, piattaforma finalizzata alla raccolta di capitali e operante su sistemi DLT che, a séguito di un attacco informatico subito nel 2016, fu costretta alla chiusura a causa della perdita dei capitali investiti dagli utenti del network. Sul concetto di immutabilità della *blockchain*, si veda G. AIELLO, *Blockchain law: analisi tecnico-giuridica delle reti blockchain e degli smart contract*, in *Dir. mer. tec.*, 2020, 11 ss.

<sup>15</sup> Nelle DLT *permissioned*, invece, ove soltanto alcuni utenti sono incaricati di convalidare le transazioni nel registro distribuito, l’unica garanzia che si può avere è correlata all’interesse collettivo della piattaforma. «In altri termini, venendo a mancare l’incentivo cripto-economico per la validazione delle transazioni tipico delle architetture permissionless, la pluralità di soggetti preselezionati risponde a una logica di mera redistribuzione (o riappropriazione) dell’interesse collettivo per cui la piatta-

In concreto, un soggetto per accedere all’infrastruttura *blockchain* deve utilizzare un’applicazione *software*, denominata *wallet*, che riveste un ruolo decisivo nelle dinamiche di interazione con la DLT, in quanto memorizza le chiavi crittografiche dell’utente sul *ledger*<sup>16</sup>. In altri termini, il *software-wallet* garantisce l’univoca identificabilità del soggetto cui si riferisce, grazie al meccanismo di autenticazione che consente di rinvenire un *input* e un *output* identificativi di uno specifico indirizzo *blockchain*.

L’oggetto delle transazioni all’interno del sistema DLT sono – come già accennato – i *tokens* crittografici, generalmente definiti come l’«unità atomica»<sup>17</sup> del *web 3.0*, i quali consistono in “voci” del *ledger*, mappate su un determinato indirizzo informatico. La loro sicurezza è garantita dal codice crittografico, con cui si identificano, e dalla tecnologia di registro distribuito, che ne permette lo scambio tra soggetti univocamente identificati, memorizzando la stessa transazione in maniera immutabile sul registro, con conseguente impossibilità di compiere più volte la stessa operazione sullo stesso *token*. In tal modo, appare superata la problematica del *double spending*, rappresentando ciò la grande novità tecnica della DLT, che ha consentito di implementa-

forma è stata creata». Si rileva come «in entrambi i casi siamo di fronte a modelli di fiducia distribuiti». Per i sistemi *permissionless* «abbiamo una maggiore sicurezza, dipesa da una totale decentralizzazione dei ruoli fiduciari»; mentre nell’ipotesi di infrastrutture *permissioned* «abbiamo una sicurezza inferiore (con conseguenza di una minore decentralizzazione dei ruoli fiduciari) controbilanciata, tuttavia, da una migliore scalabilità e maggiore garanzia della privacy». Così R. GARAVAGLIA, *op. cit.*, 53. Le dinamiche di funzionamento delle tecnologie di registro distribuito sono diametralmente opposte a quelle su cui si basa l’internet attuale, ove l’archiviazione e gestione di dati vengono curate da server centralizzati, riferibili a istituzioni pubbliche o private affidabili. Le applicazioni del *web 2.0* vengono eseguite su una combinazione di *server* di proprietà di svariate organizzazioni, che svolgono tutte le operazioni di *back-end*, per lo più ignote al pubblico degli utenti. Il *web 2.0* ha sí permesso interazioni *peer to peer* su scala globale, ma sempre per mezzo di piattaforme che fungono da intermediari e che, di conseguenza stabiliscono le regole e controllano i dati dei loro utenti. L’implementazione delle reti *blockchain* reinventano le modalità di archiviazione e gestione dei dati degli utenti, in quanto funge da registro digitale di tutte le informazioni inserite in rete da parte degli utenti. Per ulteriori approfondimenti, v. S. VOSHMIGIR, *Token economy*, cit., 30-38.

<sup>16</sup> Ogni utente che operi all’interno di una DLT, infatti, è dotato, di una coppia di chiavi crittografiche, una privata e l’altra pubblica, generate da un algoritmo. La «chiave privata» consente al mittente di firmare digitalmente i propri messaggi prima di inviarli al destinatario. Tali messaggi vengono cifrati, sempre dal mittente, tramite la «chiave pubblica» del destinatario, la quale – pertanto – consente allo stesso di ricevere i messaggi. Il destinatario, dunque, decifrerà crittografato mediante l’utilizzo della propria chiave privata. Per ulteriori indicazioni tecniche, v. S. VOSHMIGIR, *op. cit.*, 70 ss.

<sup>17</sup> Definizione data da v. S. VOSHMIGIR, *op. cit.*, 154.

re il concetto di scarsità nello scambio di dati digitali<sup>18</sup>.

### 3. Aspetti dell'indagine legale sul fenomeno crypto.

La descrizione, seppur sommaria, delle connotazioni tecniche del complesso sistema *blockchain* lascia intravedere le potenzialità *disruptive* di tale tecnologia, quale supporto potenzialmente idoneo a disintermediare le infrastrutture tipiche dei mercati di capitali<sup>19</sup>.

Ciò premesso, l'analisi giuridica del fenomeno crypto, inteso come utilizzo di un'infrastruttura DLT per lo scambio di *tokens* crittografici, può svolgersi sotto diversi profili d'indagine. In particolare, è possibile distinguere una prospettiva tesa all'inquadramento civilistico dei *tokens* e uno studio più specifico di diritto dei mercati finanziari<sup>20</sup>.

<sup>18</sup> L'eliminazione del rischio di *double spending* si realizza mediante l'ideazione di una soluzione tecnica che assegna a file replicabili all'infinito un'identità digitale univoca e immutabile. Sul punto, si rimanda a S. NAKATOMO, *Bitcoin: un sistema di moneta elettronica peer-to-peer*, consultabile in [bitcoin.org](http://bitcoin.org).

<sup>19</sup> Le istituzioni europee sembrano aver compreso, da tempo, le potenzialità dell'innovazione digitale portata dalle *distributed ledger technology*. Già con la c.d. *Digital single market strategy for Europe*, presentata dalla Commissione europea il 6 maggio 2015, infatti, si è dato avvio a iniziative volte a creare un'area con illimitato accesso a beni e servizi digitali a favore di cittadini e imprese, per creare un rapido sviluppo dell'economia digitale. In argomento si vedano, per approfondimenti, A. DAVOLA, *Nuove tecnologie e regolamentazione digitale*, in E. BATTELLI (a cura di), *Diritto privato digitale*, Torino, 2022, 239 ss.; A. DE FRANCESCHI (a cura di), *European contract law and the digital single market. The implications of the digital revolution*, Cambridge, 2016. Tra gli ambiti d'interesse v'è anche quello relativo alle tecnologie di registro distribuito. Sono stati promossi, infatti, progetti quali lo *EU blockchain observatory and forum*, l'*International association for trusted blockchain application* e l'*Interoperable standards for DLT and blockchain* con i quali la Commissione ha coinvolto Stati membri e operatori privati affinché contribuiscano alla diffusione di queste tecnologie. Va rilevata anche la risoluzione del Parlamento europeo del 3 ottobre 2018 sulle tecnologie di registro distribuito e *blockchain*, cit., ove si osserva come «la DLT riduce i costi di intermediazione [...] e consente scambi di valore tra pari suscettibili di rafforzare l'autonomia dei cittadini, destrutturare i modelli tradizionali, migliorare i servizi e ridurre i costi lungo le catene del valore in un'ampia gamma di settori chiave». Da ultimo, è stata presentata la Proposta di regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio, relativo ai mercati delle crypto-attività e che modifica la direttiva 2019/1937/UE, ed è stato emanato il regolamento UE 2022/858, del 30.5.2022, relativo ad un regime pilota per le infrastrutture di mercato basate sulla tecnologia di registro distribuito, entrambi visionabili in [europa.eu](http://europa.eu).

<sup>20</sup> Tale duplice prospettiva è evidenziata da P. CARRIÈRE, *La "cripto-arte" e i non-fungible tokens (NFTs): tentativi di inquadramento giuridico*, in [dirittobancario.it](http://dirittobancario.it), 2021.

L'individuazione della natura giuridica dei *tokens*, quali crypto-attività destinate alla circolazione all'interno della *blockchain*, è propedeutica per la determinazione della disciplina applicabile, nonché per selezionare le categorie giuridiche confacenti al fenomeno<sup>21</sup>. Si pensi, a esempio, alla necessità di regolare la fase circolatoria dei *tokens* all'interno della *blockchain*, nonché a eventuali conflitti connessi alla detenzione degli stessi da parte degli utenti. La principale problematica giuridica attinente al fenomeno crypto, infatti, riguarda la possibilità di attribuire al titolare della risorsa digitale una disponibilità in senso giuridico della stessa.

Il piano d'analisi connesso ai mercati finanziari, invece, si sostanzia in una disamina di natura eminentemente regolamentare, che richiede di tenere in considerazione la complessiva operazione economica all'interno della quale si realizza l'emissione dei *tokens* (nel prosieguo anche crypto-attività). Questi ultimi, infatti, posso rappresentare il referente oggettivo di più ampie iniziative di finanziamento o investimento, con una possibile riconduzione all'interno di categorie propriamente finanziarie, quali – a esempio – i valori mobiliari, i mezzi di pagamento, gli strumenti o i prodotti finanziari in genere<sup>22</sup>. Sotto questa lente prospettica, allora, il fenomeno richiede di essere indagato in una duplice declinazione: la qualificazione giuridico-finanziaria del *token* e, conseguentemente, la verifica dell'esistenza di regimi di riserva e di obblighi comportamentali in capo agli operatori. Ciò posto, muovere in uno dei sensi d'indagine accennati richiede lo svolgimento di alcune considerazioni preliminari che consentano di ben comprendere in cosa si traduce il complesso fenomeno crypto.

### 4. DLT quale sistema di circolazione della ricchezza.

La *distributed ledger technology* rappresenta – a tutti gli effetti – un «sistema», cioè un «oggetto di studio che, pur essendo costituito da diversi elemen-

<sup>21</sup> D'altronde, come già rilevava S. PUGLIATTI, *Cosa*, in *Enc. diritto*, XI, Milano, 1962, 26, la fenomenologia giuridica si risolve in qualificazioni che dal momento genetico dell'attribuzione di rilevanza passano autonomamente al momento specifico della valutazione di liceità e legittimità del comportamento dei soggetti, nonché all'attribuzione di mezzi di tutela e rimedi che si concretano in poteri, diritti, attribuzioni, azioni e facoltà. In altri termini, l'individuazione di situazioni soggettive rispetto alle cose necessita – preliminarmente – della loro qualificazione in termini giuridici.

<sup>22</sup> P. CARRIÈRE, *Le "criptovalute" sotto la luce delle nostrane categorie giuridiche di "strumenti finanziari", "valori mobiliari" e "prodotti finanziari": tra tradizione e innovazione*, in *Riv. dir. banc.*, 2019, 117 ss.



ti reciprocamente interconnessi e interagenti tra loro o con l’ambiente esterno, reagisce o evolve come un tutto, con propri leggi generali»<sup>23</sup>. Una tecnologia di registro distribuito, infatti, affinché assuma tutti gli innovativi connotati su identificati richiede la presenza simultanea e collegata dei seguenti fattori:

- a) una pluralità di utenti, univocamente identificati o identificabili, che partecipa alla rete scambiando dati crittografati o contribuendo alla validazione di tali scambi;
- b) una infrastruttura che permette agli utenti di interagire tra loro;
- c) una risorsa crittografica, il *token*, oggetto delle transazioni o, talvolta, strumento di compensazione per chi valida gli scambi;
- d) un protocollo informatico, cioè un insieme di regole, che stabiliscono il funzionamento della rete, prevedendo la tipologia di azioni effettuabili, le modalità di interazioni tra le parti, nonché il metodo di validazione delle transazioni.

Questi elementi, solo se complessivamente considerati, garantiscono l’esistenza di un automatismo composto di azioni preordinate al soddisfacimento di interessi specifici, ma che si concatenano l’uno con l’altro assicurando lo svolgersi del sistema tramite le regole fissate nel protocollo, che ne sovrintendono la *governance*<sup>24</sup>.

Quel che si profila è, a ben vedere, una fattispecie circolatoria della ricchezza, della quale risultano integrati – almeno in termini economici – i suoi elementi necessari: due soggetti e un bene<sup>25</sup>. Il funzionamento della DLT, infatti, si basa sull’interazione tra utenti avente a oggetto il *token*, cioè lo strumento informatico destinato allo scambio, che è emesso a séguito di un apporto economico e che consente di far valere una serie di prerogative – legate alla sua disponibilità – nei confronti dell’emittente. Tale fenomeno, si badi, diviene sistema in quanto composto di regole autosufficienti, che disciplinano una molteplicità di rapporti di po-

tenziale rilievo socioeconomico, seppure indirettamente<sup>26</sup>. Non sembra azzardato, allora, argomentare in termini di “sistema alternativo di circolazione della ricchezza”, la cui traduzione in termini giuridici richiede, tuttavia, un quadro favorevole all’innovazione che consenta e incoraggi la certezza del diritto, promuovendo la protezione dei consumatori e degli investitori, aumentando il valore sociale della tecnologia<sup>27</sup>.

Il legislatore italiano, ad oggi, si è limitato – con l’introduzione dell’art. 8 *ter* del d.l. 14.2.2018, n. 135, convertito in l. 11.2.2019, n. 12 – a definire le DLT<sup>28</sup> e gli *smart contracts*<sup>29</sup>, attribuendo un qualche rilievo giuridico all’operatività interna alla *blockchain*<sup>30</sup>. Si ammette, infatti, la vincolatività

<sup>26</sup> P. DE FILIPPI e A. WRIGHT, *Blockchain and Law, The Rule of Code*, Harvard, Harvard University Press, 2018, *passim*, argomentano in termini di «lex cryptographica», da intendersi quale ordinamento privato ove operano i *framework* basati su un codice informatico e lanciati nella *blockchain*. Alcuni, muovendo dalla nota impostazione di S. ROMANO, *L’ordinamento giuridico*, 2ª ed., Firenze, 1946, arrivano a sostenere che si possa ritenere «il sistema Bitcoin [...] un vero e proprio ordinamento giuridico, autonomo (in quanto incensurabile a opera di qualunque potere esterno, incluso quello statale), con un atto fondante, che ne rappresenta, non solo metaforicamente, l’atto costitutivo [...]». Così G.M. MAZZOLI, *Inquadramento legale e fiscale*, in G.L. COMANDINI, *Da Zero alla Luna*, cit., 155. Anche N. TRAVIA, *La tecnologia blockchain*, in E. BATTELLI (a cura di), *Diritto privato digitale*, cit., 315, osserva come «[i]l sistema blockchain appare avere le caratteristiche di un ordinamento a sé stante, un *Private Ordnung* che consente una disconnessione dal sistema giuridico tradizionale e rispetto al quale quest’ultimo sembra voler piegare le proprie categorie». Tuttavia, sulla nozione di «ordinamento giuridico», si veda P. PERLINGIERI, *Riflessioni conclusive*, in AA.VV., *Fenomeno sportivo e ordinamento giuridico*, Atti del 3° Convegno Nazionale 27-29.3.2008, Napoli, 2009, 717, il quale – pur escludendo che la giuridicità dell’ordinamento postuli necessariamente la statualità – rileva la necessaria «vocazione generale» dell’ordinamento stesso, che può dirsi tale sono in ragione della funzione complessiva che esso è destinato a svolgere e che consiste nel fornire una risposta a tutti i problemi di una comunità.

<sup>27</sup> In questi termini la risoluzione del Parlamento europeo del 3 ottobre 2018 sulle tecnologie di registro distribuito e *blockchain*, consultabile in *europa.eu*.

<sup>28</sup> L’art. 8 *ter*, comma 1, d.l. n. 135/2018, stabilisce che «[s]i definiscono “tecnologie basate su registri distribuiti” le tecnologie e i protocolli informatici che usano un registro condiviso, distribuito, replicabile, accessibile simultaneamente, architetturealmente decentralizzato su basi crittografiche, tali da consentire la registrazione, la convalida, l’aggiornamento e l’archiviazione di dati sia in chiaro che ulteriormente protetti da crittografia verificabili da ciascun partecipante, non alterabili e non modificabili».

<sup>29</sup> L’art. 8 *ter*, comma 2, d.l. n. 135/2018, prevede che «[s]i 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 [...]».

<sup>30</sup> Sul provvedimento normativo in commento, si vedano – *ex multis* – S. RIGAZIO, *Smart contracts e tecnologie basate su registri distribuiti nella l. 12/2019*, in *Dir. infor. inf.*, 2021, 369 ss.; C. PERNICE, *Distributed ledger technology, blockchain e*

<sup>23</sup> Definizione ricavata dal vocabolario Treccani, alla voce «sistema» nell’ambito scientifico, consultabile in *treccani.it*.

<sup>24</sup> Cfr. S. CAPACCIOLI e M.T. GIORDANO, *Distributed ledger technology, criptoattività, blockchain e GDPR*, in N. TILLI, M. MAGLIO e M. POLLINI (a cura di), *Manuale di diritto alla protezione dei dati personali*, Santarcangelo di Romagna, 2019, cap. 24.

<sup>25</sup> Cfr. F. CARNELUTTI, *Teoria giuridica della circolazione*, Napoli, 1981 (ristampa), 2 ss., ove l’a. rilevava che «occorre affinché si abbia un fenomeno di circolazione [...] due uomini e un bene; meglio, due persone e un bene. [...] La nozione di circolazione suppone dunque così la nozione di persona come quella di bene [...]. [N]on vi è alcuno scarto tra la nozione del bene e quella dell’oggetto della circolazione; ciò vuol dire che dovunque è un bene, ivi può aversi circolazione».



dello *smart contract*, in quanto riconosce allo stesso il requisito della forma scritta, purché sia garantita l'identificazione informatica delle parti<sup>31</sup>. Il provvedimento, tuttavia, mostra un approccio teso a “inseguire” la tecnologia, mediante un innesto legislativo isolato che si limita a definire una realtà di fatto già esistente e assodata. È del tutto assente un ragionamento di sistema, idoneo a predisporre il quadro normativo a inglobare le tecnologie di registro distribuito<sup>32</sup>.

Nel panorama europeo, ma anche extraeuropei, invece, le regolazioni in tema di tecnologie di registro distribuito appaiono parziali e ricomprendenti soltanto alcune manifestazioni del fenomeno crypto, in quanto – di fatto – limitati alla introduzione di discipline nell'ambito del mercato finanziario<sup>33</sup>. In

senso diametralmente opposto si è mosso il legislatore elvetico, il quale – modificando il codice delle obbligazioni – ha complessivamente adeguato il proprio diritto federale agli sviluppi della DLT<sup>34</sup>. Di particolare interesse, infatti, risulta l'introduzione della nuova categoria giuridica del «diritto valore registrato»<sup>35</sup>, che ha inglobato lo strumento tecnico del *token* crittografico. È stata predisposta, peraltro, una articolata disciplina dei rapporti tra creditore e debitore di un diritto valore, il cui trasferimento è regolato mediante un registro dei diritti valori, il quale è l'equivalente legale delle *distributed ledger technologies*<sup>36</sup>. L'esempio svizzero è apprezzabile,

smart contracts: *prime regolazioni*, in *Tec. dir.*, 2020, 490 ss.; G. REMOTTI, *Blockchain smart contract. Un primo inquadramento*, in *Oss. dir. civ. comm.*, 2020, 189 ss.; M. GIULIANO, *Blockchain, i rischi del tentativo italiano di regolamentazione*, 2019, in *agendadigitale.eu*.

<sup>31</sup> La seconda parte del comma 2 dell'art. 8 *ter* del d.l. n. 135/2018, però, richiede che l'identificazione informatica delle parti interessate, sia svolta «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». Peraltro, il comma 3 della medesima disposizione stabilisce che «[l]a memorizzazione di un documento informatico attraverso l'uso di tecnologie basate su registri distribuiti produce gli effetti giuridici della validazione temporale elettronica di cui all'articolo 41 del regolamento (UE) n. 910/2014 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 23 luglio 2014». Sul punto M. GIULIANO, *La blockchain e gli smart contracts nell'innovazione del diritto nel terzo millennio*, cit., 1017 s.

<sup>32</sup> Sulle criticità della normativa italiana, si veda S. RIGAZIO, *Smart contracts e tecnologie basate su registri distribuiti nella l. 12/2019*, cit., 369 ss.

<sup>33</sup> Il Lichtenstein, a esempio, è intervenuto con il *Token and Trusted Technology Service Provider Act (TVTGA)*, in vigore dal 1° gennaio 2020, ove – tra l'altro – si è individuata una definizione omnicomprensiva di *token* digitale, quale «a piece of information on a TT System which: 1. can represent claims or rights of memberships against a person, rights to property or other absolute or relative rights; and 2. is assigned to one or more TT Identifiers». Va rilevato il caso di Malta, che è stato il primo Paese in Europa a regolare la materia con il *Virtual Financial Assets Act* del 1° novembre 2018, il quale si limita – di fatto – a regolare la circolazione di «virtual financial asset», cioè di forme di registrazione digitale utilizzate come mezzo digitale di scambio, unità di conto o riserva di valore. Un altro esempio di disciplina si rinviene in Francia con la *loi 2019-486* del 22 maggio 2019, introduttiva di un regime regolamentare facoltativo per le *Initial Coin Offering* (ICO) e per i *providers* di servizi di *crypto-assets*. Anche San Marino ha dettato una prima normativa con il decreto delegato 27 febbraio 2019, n. 37, recante norme sulla tecnologia *blockchain* per le imprese, che ha introdotto le nozioni di *token* di utilizzo e *token* d'investimento, regolando le offerte iniziali di *tokens* (c.d. ITO). Il governo lituano, invece, di concerto con la banca centrale della Lituania ha avviato il progetto LBCOINS, avente a oggetto la creazione, su tecnologia *blockchain*, di *tokens* da collezione. Va segnalata l'iniziativa della Law Commission del Regno Unito, nel luglio del 2022 ha avviato una consultazione

pubblica riguardante a una proposta di riforma legislativa sul tema delle declinazioni del diritto di proprietà sui digital assets. In particolare, si propone l'utilizzo di nuove tipologie di elementi idonei a rappresentare un «valore» patrimoniale, ulteriori rispetto quelle delle *things in possession* e *things in action*. Si rileva, inoltre, l'opportunità di argomentare in termini «controllo» e non di possesso relativamente ai digital assets. Ma per ulteriori considerazioni, si veda N. TRAVIA, *La tecnologia blockchain*, cit., 289 ss.

Fuori dal contesto europeo, il Giappone ha adottato, già nel 2017, un'apposita legislazione in materia di criptovalute, con il c.d. *Virtual Currency Act*, contenente una definizione di valuta virtuale quale «1) [a] proprietary value that may be used to pay an unspecified person the price of any goods purchased or borrowed or any services provided and may be sold to or purchased from an unspecified person [...] and that may be transferred using an electronic data processing system; or 2) [a] proprietary value that may be exchanged reciprocally for proprietary value specified in the preceding item with an unspecified person and that may be transferred using an electronic data processing system». Le *crypto-currencies* si situano, così, in un particolare modello posto tra il paradigma proprietario e quello degli strumenti di pagamento. L'Emirato di Dubai ha approvato, il 9 marzo 2022, il suo *Virtual Asset Law*, recante un quadro giuridico avanzato per proteggere gli investitori nel settore delle attività virtuali, promuovendo – al contempo – la crescita delle imprese in tale ambito.

<sup>34</sup> Si veda la legge federale svizzera del 25.9.2020 di adeguamento del diritto federale agli sviluppi della tecnologia di registro distribuito, la quale ha inserito gli artt. 973d ss. al codice delle obbligazioni. Quello svizzero, ad oggi, è l'unico esempio noto di intervento normativo omnicomprensivo di tutti gli aspetti del fenomeno DLT.

<sup>35</sup> L'art. 973d definisce il «diritto valore registrato» come un «diritto che per accordo delle parti: 1. è iscritto in un registro di diritti valori; e 2. può essere esercitato e trasferito soltanto per il tramite di detto registro», con la previsione di una articolata disciplina dei rapporti tra creditore e debitore di un diritto valore nell'ambito del codice delle obbligazioni.

<sup>36</sup> Il registro dei diritti valori consiste, di fatto, in una tecnologia *blockchain* che: a) conferisce ai creditori la facoltà di disporre dei loro diritti; b) determina il contenuto dei diritti, le modalità operative del registro e l'accordo sulla registrazione; c) è consultabile dai creditori, che possono verificare le informazioni e le iscrizioni che li riguardano, nonché verificare l'integrità del contenuto del registro senza l'intervento di terzi. Ai sensi dell'art. 973e, si prevede che «[i]l debitore di un diritto valore registrato ha il diritto e l'obbligo di adempiere la prestazione unicamente nei confronti del creditore legittimato dal registro di diritti valori, nonché dietro pertinente adeguamento del registro». Secondo l'art. 973f, «[a] trasferimento del diritto valore

in quanto avvia un percorso normativo che risponde alla necessità di introdurre disposizioni normative che conferiscano certezza in ordine agli effetti sul piano giuridico delle attività negoziate sulla *blockchain*<sup>37</sup>. Solo così, infatti, può evitarsi il depotenziamento dello scambio crittografico sul *ledger* distribuito, nonché del valore sotteso a questo nuovo paradigma economico.

### 5. I *tokens* crittografici: una nuova categoria di beni giuridici.

L'inquadramento giuridico dei *tokens* costituisce uno dei principali interrogativi scaturenti dal concretizzarsi della nuova tecnologia *blockchain*<sup>38</sup>. Una tale operazione impone di risalire all'essenza del fenomeno, sì da ricavarne i tratti qualificanti la fattispecie<sup>39</sup>. Procedendo in questa direzione e in considerazione delle caratteristiche tecniche descritte, può rilevarsi come qualsiasi *token* risulti sempre connotato dai seguenti elementi:

- a) l'univoca riferibilità a un indirizzo del *ledger*, a sua volta riconducibile a un soggetto identificato o identificabile;
- b) l'intrinseca possibilità, all'interno del registro distribuito, di essere trasferito da un indirizzo a un altro e, dunque, da un utente all'altro, con tracciamento dello scambio in

registrato si applicano le regole stabilite nell'accordo sulla registrazione»; mentre «[i]l debitore di un diritto valore registrato, o di un diritto offerto come tale, informa ciascun acquirente: 1. sul contenuto del diritto valore; 2. sulle modalità operative del registro di diritti valori e le misure a tutela della sua operatività e integrità» (art. 973i).

<sup>37</sup> M. GIULIANO, *La blockchain e gli smart contract nell'innovazione del diritto del terzo millennio*, cit., 1036, rileva come «l'assenza di confini territoriali e di frontiere fisiche, nello spazio virtuale, comporta la necessità di riconsiderare [...] [la] regolamentazione giuridica delle relazioni che si dipanano nella rete. Il diritto deve, quindi, porsi alla ricerca di forme di regolazione disancorate dal territorio. Nasce un duplice ordine di problemi, poiché si tratta di comprendere e decidere, da un lato, la fonte normativa che si fa carico di disciplinare le nuove relazioni economiche “virtuali” e, cioè, se debba essere di livello sovranazionale, dall'altro lato, come logico corollario, si tratta di ricercare forme di regolazione disancorate dal territorio, che consentano la governance dell'economia elettronica transnazionale».

<sup>38</sup> In argomento, si veda F. ZATTI, *Entangled in Cryptoassets' Legal Nature and Governance: Searching for Clear Boundaries or Working for their Removal?*, in *Babel working Paper Series*, Firenze, 2021, 5 ss.

<sup>39</sup> D'altronde, come già evidenziava S. PUGLIATTI, *Cosa*, in *Enc. diritto*, XI, Milano, 1962, 26, «il contenuto di qualsiasi entità attinente al mondo del diritto – la materia dei concetti giuridici – non va attinto allo stesso ordinamento [...], bensì a quella realtà naturale e sociale che condizioni la vita e l'azione [...] degli uomini».

maniera permanente, trasparente e immutabile;

- c) l'identificabilità e determinabilità del *token*, in quanto corrispondente al codice crittografico rappresentativo dello stesso, con conseguente possibilità di quantificazione.

Quanto osservato consente di attribuire ai *tokens* tre caratteristiche precipue: l'accessibilità; la scarsità; l'utilità.

In primo luogo, essi sono accessibili, in quanto suscettibili di appropriazione in senso tecnico, posto che risultano utilizzabili, in via esclusiva, dal soggetto che conosce la chiave privata con cui si è firmata la transazione in entrata avvenuta nella DLT<sup>40</sup>.

In secondo luogo, il procedimento di creazione fa sì che i *tokens* acquisiscano la caratteristica della scarsità, stante l'impossibilità – peraltro – di effettuare più volte la stessa operazione sullo stesso gettone.

In terzo luogo, la circostanza che vi siano soggetti disposti a pagare un prezzo per acquisirli rende i *tokens* utili, cioè idonei a soddisfare un bisogno umano, quantomeno in termini di godimento.

Le caratteristiche su descritte, a ben vedere, sono quelle che tradizionalmente identificano un bene giuridico *ex art. 810 c.c.*<sup>41</sup>, il quale corrisponde a qualsiasi entità preordinata a fornire un'utilità, cioè a soddisfare interessi ritenuti meritevoli di tutela da parte dell'ordinamento, che riconosce all'individuo una posizione giuridica attiva sulle stesse entità<sup>42</sup>.

<sup>40</sup> Ogni *wallet* collegato a un utente ha una *private key* riconducibile a un indirizzo pubblico dell'*account*, che permette di firmare il *token*, attestandone il trasferimento. Lo scambio del *token*, quindi, realizza una transazione di stato sulla *blockchain*. Con riguardo alla disponibilità dei *tokens* da parte dell'utente, si richiamano le argomentazioni in termini di controllo svolte da N. TRAVIA, *La tecnologia blockchain*, cit., 316, in merito all'iniziativa della Law Commission del Regno Unito sulla proposta di riforma legislativa del diritto di proprietà sui *digital asset*, ove è «enfaticizzato il concetto di “controllo”, preferito rispetto alla nozione di possesso, con riferimento ai cc.dd. *data objects* (categoria che ricomprende i *digital asset*)».

<sup>41</sup> La disposizione codicistica, com'è noto, prevede che «[s]ono beni le cose che possono formare oggetto di diritto». Per un commento dell'articolo, si vedano Cfr. P. D'ADDINO SERRAVALLE, *art. 810*, in *Libro terzo. Della proprietà (artt. 810-1172)*, in G. PERLINGIERI (a cura di), *Codice civile annotato con la dottrina e la giurisprudenza*, 2ª ed., Napoli, 2010; R. FERRORELLI, *art. 810*, in A. JANNARELLI e F. MACARIO (a cura di), *Della proprietà, artt. 810-868*, in *Comm. c.c.*, Torino, 2012, 5 ss.

<sup>42</sup> Per la definizione di bene giuridico, si vedano P. PERLINGIERI e L. LONARDO, *Situazioni giuridiche*, in P. PERLINGIERI, *Manuale di diritto civile*, 7ª ed., Napoli, 2014, 215-221.

La giurisprudenza di *common law* argomenta, ormai pacificamente, in termini proprietari. Cfr. High court of New Zealand, 8<sup>th</sup> april 2020, *Ruscoe v. Cryptopia Ltd*, case 2NZLR809; High court of the Republic of Singapore, 4<sup>th</sup> March 2022, *CLM v. CLN and others*, case SGHC46; England and Wales High Court, 10<sup>th</sup> March 2022, *Osbourne v. Persons Unknown and another*, case EWHC 1021 (Comm). Nella dottrina anglosas-

Questa definizione presuppone, affinché una risorsa possa ricondursi nell'alveo dei beni giuridici, due connotazioni di base: 1) la possibilità di configurare una situazione di appartenenza in capo a un soggetto, che possa vantare un diritto opponibile sull'entità di riferimento; nonché 2) l'attitudine della risorsa alla circolazione<sup>43</sup>. I *tokens* crittografici in quanto tali integrano entrambi i parametri citati se considerati all'interno di un ecosistema *blockchain*. Quest'ultimo, infatti, è il contesto fenomenologico imprescindibile per l'identificazione della loro natura giuridica, posto che i *tokens* esistono solo nella DLT<sup>44</sup>. Mentre, che gli stessi siano intrinsecamente idonei a soddisfare dei bisogni umani non sembra potersi mettere in dubbio, stante la loro utilità quali strumenti destinati a facilitare la circolazione di ricchezza<sup>45</sup>.

sone, si vedano L. MULLER, S.D. MEYER, C. GSCHWEND e P. HENSCHL, *Conceptual Framework for Legal & Risk Assessment of Blockchain Crypto Property (BCP)*, 2017, in *theblockchainintest.com*; D. MILLS, K. WANG, B. MALONE, A. RAVI, J. MARQUARDT, C. CHEN, A. BADEV, T. BREZINSKI, L. FAHY, K. LIAO, V. KARGENIAN, M. ELLITHORPE, W. NG, e M. BAIRD, *Distributed ledger technology in payments, clearing, and Settlement*, in *Finance and Economics Discussion Serie Divisions of Research & Statistics and Monetary Affairs Federal Reserve Board*, Washington, 2016, 12, consultabile in *federalreserve.gov*; J.A.T. FAIRFIELD, *Bitproperty*, cit., 814 ss.

<sup>43</sup> F. PIRAINO, *op. cit.*, 490, rileva come «[i]l concorso dei due indici della appropriabilità e della vocazione alla circolazione conferisce al concetto di bene giuridico la pregnanza auspicata e propria di quelli che sono stati designati come concetti teorici sistemici». Con riferimento alle criptovalute, il Trib. Firenze, 21 gennaio 2019, n. 18, in *Banca borsa tit. cred.*, 2021, 385 ss., rileva che queste «possono essere considerate "beni" ai sensi dell'art. 810 c.c., in quanto oggetto di diritti, come riconosciuto oramai dallo stesso legislatore nazionale, che la considera anche, ma non solo, come mezzo di scambio, evidentemente in un sistema pattizio e non regolamentato, in cui i soggetti che vi partecipano, accettano – esclusivamente in via volontaria – tale funzione, con tutti i rischi che vi conseguono e derivanti dal non rappresentare la criptovaluta moneta legale o virtuale (in altre parole, non vi è alcun obbligo giuridico dei partecipanti al "microsistema" di accettare pagamenti di beni o servizi con criptovaluta)». Anche Trib. Roma, ord., 20 luglio 2022, in *Foro it.*, 2022, 12, I, 3810, si esprime in termini proprietari con riferimento ai *non fungible tokens* (NFTs), in quanto li identifica come beni destinati alla vendita commerciale.

<sup>44</sup> M. ARE, *Beni immateriali*, in *Enc. diritto*, V, 1959, 249, nota 22, rileva come «metodologicamente lo studio del diritto non può prescindere dalla conoscenza fenomenica della realtà obiettiva [...]. Così, ad esempio, se è inutile per lo studio e per la corretta comprensione della disciplina giuridica della produzione e commercio dell'energia elettrica, sapere cosa sia nella sua intima essenza, è necessario sapere come essa si produce, si trasferisce, si misura, si valuta ecc. Conoscenze queste di indubbia natura pregiudiciale».

<sup>45</sup> Riconduce i *tokens* nell'alveo della categoria dei beni giuridici anche A. AZARA, *Gli automi nel diritto privato: dal distributore automatico al fenomeno della tokenizzazione*, in corso di pubblicazione in *Foro nap.*, 2022, § 4, il quale, nello svolgimento di un'intrigante comparazione tra il «gettone di metallo», quale strumento fisico necessario per l'utilizzo degli automi-

L'opzione argomentativa prescelta si fonda – com'è evidente – su un'interpretazione sistematica dell'art. 810 c.c., in base alla quale rientrerebbero nel suo perimetro operativo tutte le entità di nuova generazione, ancorché prive di materialità<sup>46</sup>, concordando sul superamento di quell'impostazione secondo cui la disposizione citata legherebbe i diritti alle cose esclusivamente materiali<sup>47</sup>. Parimenti scardinata risulta l'idea secondo cui le entità diverse dalle cose materiali sarebbero regolate da un sistema tipico, che necessita di un'apposita previsione normativa<sup>48</sup>. Appare comunque rispettato il nucleo

distributori automatici, e il *token* (gettone digitale), osserva come il primo «non assurde ad autonomo bene giuridico perché conserva una funzione di (mero) consumo (del bene o del servizio)», mentre il «gettone digitale diventa un autonomo bene giuridico che potrebbe reputarsi dotato di carattere finanziario in tutti i casi in cui è destinato a ricevere una quotazione su un mercato virtuale dove viene scambiato verso il corrispettivo di una moneta avente corso legale o di criptovalute». Desidero ringraziare l'autore per avermi dato la possibilità di consultare lo scritto prima della pubblicazione.

<sup>46</sup> F. PIRAINO, *Sulla nozione di bene giuridico in diritto privato*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2012, 483, rileva come «il progresso delle conoscenze scientifiche e tecnologiche e il conseguente avanzamento degli orizzonti del sapere, con l'inevitabile riconsiderazione della categoria del reale, hanno definitivamente affrancato la cosa dal presupposto fiscalista, includendovi una gamma di prodotti dell'intellettualità di natura disparata ma tutti accomunati sotto il segno dell'immaterialità e soprattutto dell'oggettivazione in termini di datità». Cfr. R. FERRORELLI, *art. 810*, in A. JANNARELLI e F. MACARIO (a cura di), *Della proprietà, artt. 810-868*, cit., 5 ss. D'altronde, C. CAMARDI, *Cose, beni e nuovi beni, tra diritto europeo e diritto interno*, in *Eur. dir. priv.*, 2018, 955, osserva come «[s]e c'è una ragione forte e condivisibile per la quale riprendere ancora a ragionare su "cose e beni" [...], questa ragione è quella storicamente propria che si pone tutte le volte in cui la prassi, inclusa per prima la prassi normativa, pone all'interprete il quesito sulla disciplina applicabile a risorse, entità, situazioni "nuove" che si affacciano in relazione ad assetti di interessi inediti ed in forme a loro volta inconsuete. Il fenomeno in verità è ricorrente, anzi è oggetto di veri e propri ricorsi storici in coincidenza con il mutare della società o della tecnologia [...]. E quando ciò accade, indipendentemente da un intervento qualificatorio esplicito operato dal legislatore, il quesito circa la ricorrenza di un nuovo bene giuridico, e della corrispondente tutela, riporta all'attenzione dello studioso quella coppia concettuale da cui siamo partiti, con tutta l'ambiguità che ad essa si riconosce».

<sup>47</sup> Questa posizione è sostenuta – tra gli altri – da S. PUGLIATTI, *Cosa*, cit., 19 ss.; e da V. ZENO-ZENCOVICH, *Cosa*, in *Dig. disc. priv. Sez. civ.*, IV, Torino, 1989, 438 ss. Tuttavia, P. PERLINGIERI e L. LONARDO, *Situazioni giuridiche*, cit., 217, osservano come «[a]pparentemente cristallizzata nella disposizione normativa (810), la nozione di bene va rapportata allo sviluppo delle conoscenze scientifiche e alla trasformazione della società, nella quale lo scambio economico ha ad oggetto non più e non tanto le cose corporali, ma nuove risorse [...] che non trovano spazio adeguato nelle categorie della tradizione».

<sup>48</sup> Poiché i beni sono individuabili anche attraverso i principi, i beni giuridici non sono un mero chiuso. In tal senso P. PERLINGIERI, *Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo comunitario delle fonti*, 3ª ed., Napoli, 2006, 910. Cfr. altresì ID., *L'informazione come bene giuridico*, in



prescrittivo scaturente dall’art. 810 c.c., in base al quale per la creazione di un bene in senso giuridico è indispensabile l’identificazione di una situazione di appartenenza, da intendersi quale legame tra la qualificazione di una entità come bene giuridico e la sua possibile attribuzione ad un soggetto titolare<sup>49</sup>.

Va rilevato, tuttavia, che i *tokens* sono generalmente attributivi di diritti su ulteriori beni o nei confronti di un soggetto (l’emittente) a favore di chi ne ha la titolarità sulla *blockchain*. I *tokens* crittografici, infatti, sono frutto dell’elaborazione di uno *smart contract*, il quale può attribuirgli una pluralità di funzioni<sup>50</sup>, sì che l’accesso del *token* a un determinato servizio o applicazione, allo sviluppo della piattaforma tramite l’esercizio di diritti specifici e, in genere, all’interazione con controparti, dipende dalle regole codificate al momento della sua creazione. In questa prospettiva, lo *smart contract* diviene uno strumento di gestione dei servizi sottesi al gettone digitale, che consente di distinguere tra *a) payment tokens*, che assumono la funzione di “valuta” all’interno del circuito *blockchain* di riferimento; *b) earning tokens*, aventi uno scopo di guadagno per colui che li acquista; *c) funding tokens*, con finalità di finanziamento per l’emittente; *c) reward tokens*, aventi la funzione di ricompensa per la realizzazione di un compito; *d) voting right tokens*, attributivi di un diritto di voto nel network; *e) asset tokens*, rappresentativi di un diritto di proprietà su un bene; *f) identity tokens*, attributivi di un’identità digitale all’utente<sup>51</sup>. Si tratta, in sintesi, di uno stru-

Rass. dir. civ., 1990, 336; ID., *Profili del diritto civile*, Napoli, 1994, 207.

<sup>49</sup> Sul punto, si veda C. CAMARDI, *Cose, beni e nuovi beni, tra diritto europeo e diritto interno*, cit., 955 ss.; ma anche F. PIRAINO, *Sulla nozione di bene giuridico in diritto privato*, cit., 493 s., il quale rivaluta la funzione ordinatrice dell’art. 810 c.c., slegando il riferimento *ivi* contenuto alla «cosa» dalla materialità fisica e attribuendo alla appropriabilità e alla vocazione alla circolazione gli elementi per la costruzione del concetto di bene giuridico.

<sup>50</sup> Si distinguono, in realtà, i *tokens* nativi e *on-chain*: i primi sono originari della rete *blockchain* ove circolano e vengono utilizzati come mezzi di scambio dentro il network stesso o, talvolta, come “ricompensa” per gli utenti-validatori degli scambi; mentre i *tokens on-chain* sono quelli alla cui elaborazione è sotteso uno *smart contract*. G. GITTI, *Emissione e circolazione di criptoattività tra atipicità e tipicità nei nuovi mercati finanziari*, in *Banca borsa tit. cred.*, 2020, 19, osserva come «la maggioranza delle ricerche in materia si trovano concordi sull’appartenenza dei c.d. “coins”, altresì definiti “cryptocurrencies”, alla categoria dei “native coins”, mentre i veri e propri “token”, talvolta definiti “blockchain token”, costituirebbero “on-chain tokens” in quanti creati “on top of a blockchain, depend on it and governed by smart contracts”». *Ivi* ulteriore bibliografia.

<sup>51</sup> È opportuno precisare che la su estesa elencazione è soltanto esemplificativa e non tassativa, né tantomeno definitiva, in quanto non è escluso che i futuri sviluppi della tecnologia in esame consentiranno l’ideazione di ulteriori protocolli, esplica-

mento informatico incorporante diritti o *assets* suscettibile di molteplici utilizzi, il cui procedimento di emissione non è inquadrabile in un modello rigido, perché estremamente duttile sotto il profilo della struttura dell’operazione di emissione, nonché del prodotto emesso<sup>52</sup>. Ciononostante, sembra potersi sostenere che il fenomeno circolatorio, cui dà vita lo scambio di *tokens* all’interno della *blockchain*, sia sussumibile all’interno della disciplina di circolazione dei beni mobili, con la possibilità di apprestarne la tutela prevista dall’ordinamento. Va peraltro rilevato come l’ambito di estensione delle situazioni soggettive attive trasferibili mediante *tokens* appare illimitato, in quanto potenzialmente comprensivo di prerogative a carattere reale e obbligatorio<sup>53</sup>.

### 5.1. I non fungible tokens.

La comprensione della natura tecnica dei *tokens*, con la conseguente proposta formulata sul loro inquadramento giuridico consente, adesso, di analizzarne gli aspetti legali connessi alla macrodistinzione tra *token* fungibili e *non fungible tokens* (o anche NFTs). Tale differenziazione attiene – sotto il profilo informatico – allo standard tecnico sotteso alla loro creazione e incide sulle potenzialità economiche delle cripto-attività stesse.

I *tokens* fungibili sono connotati, in primo luogo, dalla uniformità, in quanto tutti identici e preordinati ad assolvere, di fatto, una specifica funzione riconosciuta dagli utenti. Corollario dell’uniformità è la loro interscambiabilità. Tale tipologia di *token* è an-

tivi di nuove funzionalità attribuibili al gettone digitale. La classificazione prospettata nel testo, tra le molteplici opzioni, è apparsa quella più completa e tiene in considerazione, principalmente, quanto osservato da G. GITTI, *op. cit.*, 13 ss.; ma anche da D. MASI, *Le criptoattività: proposte di qualificazione giuridica e primi approcci regolatori*, in *Banca impr. soc.*, 2021, 259; J.G. ALLEN, M. RAUCHS, A. BLANDIN e K. BEAR, *Legal and regulatory considerations for digital assets*, Centre for Alternative Finance, Cambridge, 2020, 13 ss., consultabile in *jbs.cam.ac.uk*; A. CAPONERA e C. GOLA, *Aspetti economici e regolamentari delle «cripto-attività»*, in *Questioni di economia e finanza*, occasional papers di Banca d’Italia, 2019, 10, consultabile in *bancaditalia.it*; E. REED, *Equity Tokens vs. Security Tokens: What’s the Difference?*, in *bitcoinmarketjournal.com*.

<sup>52</sup> Cfr. N. DE LUCA, *Documentazione crittografica e circolazione della ricchezza assente*, in *Riv. dir. civ.*, 2020, 103, il quale osserva che «[f]ra le numerose potenzialità della tecnologia basata su archivi o registri distribuiti vi è quella di poter essere astrattamente utilizzata come infrastruttura e, quindi, anche come mezzo per favorire i processi di circolazione dei diritti anche a contenuto finanziario».

<sup>53</sup> Ma finanche associativo. Il riferimento alle prerogative di carattere associativo è alle *Decentralized Autonomous Organization* (DAO), da intendersi quali organizzazioni decentralizzate gestite da un *Autonomous Agent*, cioè da un *software*, autonomamente rispetto ai partecipanti.





che divisibile, in quanto suscettibile di frazionamento in unità più piccole, idonee a formare multipli di valore

I NFTs presentano caratteristiche funzionali molto differenti. Una cripto-attività infungibile si traduce in uno strumento di rappresentazione di un bene nativamente scarso o di un qualsiasi oggetto caratterizzato da unicità. Gli *smart contracts* che gestiscono le transazioni di NFTs su *blockchain*, infatti, consentono di includere nel *token* dei metadati<sup>54</sup> di una risorsa o, comunque, di informazioni riferibili a un altro bene. Quando convalidati, questi dati permettono di attribuire un valore esterno al *token* stesso, ove garantiscano – a esempio – la provenienza di un’opera d’arte o di oggetti da collezione. Un NFT pertanto è univocamente identificato, non interscambiabile e non divisibile in sotto unità. Si badi, la non divisibilità è conseguenza della infungibilità, ma ciò non esclude che il *token* infungibile possa essere utilizzato per riprodurre anche soltanto una frazione del bene che rappresenta. In tal modo, ciò che nella realtà fisica è illiquido, all’interno della *blockchain* potrebbe trasformarsi in un bene liquido, contribuendo così a modificarne radicalmente le dinamiche di collocamento sul mercato. Il processo tecnologico consistente nel connettere i metadati veicolati dal *token* a determinati beni materiali o immateriali<sup>55</sup> viene comunemente denominato «tokenizzazione»<sup>56</sup>. Questa tecnica, anche se consente di efficientare un gran numero di processi, a dire il vero, non è una novità introdotta dalla DLT e non ne costituisce il suo elemento qualificante. Il concetto, infatti, è quello della «gettonizzazione» di

beni o servizi, che – com’è noto – conosce origini ben più risalenti ed è oggi una dinamica integrante molte delle attività proprie dei moderni sistemi economici<sup>57</sup>. Tuttavia, la traslazione su *blockchain* del fenomeno e, dunque, dei processi economici a essa sottesi modifica le modalità di gestione della fiducia. Questo è l’elemento di innovatività insito nella «tokenizzazione» su registri distribuiti e decentralizzati.

Con riguardo, invece, alla determinazione della natura giuridica dei NFTs indicativi di diritti di credito, si è ipotizzata la loro riconduzione all’interno della categoria dei titoli di credito *ex art.* 1992 c.c. ss.<sup>58</sup>. Certamente, un *token* infungibile può risultare idoneo – in ragione di quanto esplicito – a identificare l’avente diritto a una prestazione, ma anche il detentore di un bene (fisico o digitale), facilitandone così lo scambio similmente a quanto avviene per i titoli rappresentativi di merce (art. 1996 c.c.). Parimenti, anche la categoria dei documenti di legittimazione *ex art.* 2002 c.c. sembra calzante con gli usi cui destinare un NFT, in quanto potenzialmente utilizzabile per identificare l’avente diritto alla prestazione (il detentore del *token*) nei confronti dell’emittente o a consentire il trasferimento del di-

<sup>54</sup> Con il termine «metadati» si fa riferimento a dati identificativi di altri dati, che referenziano dove sono memorizzati: 1) le informazioni rappresentate dal *token*; 2) l’impronta digitale (*hash*); 3) il *timestamp*.

<sup>55</sup> Per un primo inquadramento del fenomeno, si veda R. DE CARIA, *L’impatto della tokenizzazione sui diritti di proprietà*, in *MediaLaws*, 90 ss.; ma anche C. ARGELICH COMELLES, *Hacia una smart property inmobiliaria: tokenización, internet of thing y blockchainización registral*, in *Dereito: revista xuridica da Universidade de Santiago de Compostela*, 2021, 1 ss.

<sup>56</sup> Il processo di tokenizzazione, in estrema sintesi, si realizza – tecnicamente – tramite una funzione *hash*, che serve a creare l’impronta digitale del bene (*hash* dell’asset), processata dallo *smart contract* che crea il NFT tramite l’attività di *minting*. Contestualmente all’attività di *minting* è possibile creare una marcatura temporale che certifichi l’*hash* del bene e la creazione del NFT. Questo è il processo di *time stamp*, che si traduce in un sistema di datacertazione. Se è ottenuto tramite *smart contract*, esso consente di firmare digitalmente il NFT. Ciò richiede un *wallet* che interagisca con lo *smart contract*. Il *wallet*, infatti, consente un accesso protetto con credenziali identificative. Per cui, la corretta identificazione – da parte del gestore del *wallet* – dell’utente che vi accede permette, attraverso la creazione del *timestamp*, la firma del *token*. Per ulteriori specificazioni, si veda R. GARAVAGLIA, *op. cit.*, 9 ss., ove l’autore esplica – con dovizia di dettagli – il procedimento di tokenizzazione.

<sup>57</sup> Si pensi, a titolo esemplificativo, alle *fishes* di un casinò sostituiti del denaro, ai buoni-pasto forniti dai datori di lavoro pubblici e privati, sostitutivi del servizio mensa, alle tessere d’iscrizione a club o circoli che attribuiscono il diritto al titolare di accedere a servizi esclusivi, nonché ai documenti di riconoscimento, rappresentativi dell’identità del loro titolare. Tutti questi sono esempi di *tokens*, anche se non necessariamente digitali.

<sup>58</sup> Cfr. N. DE LUCA, *Documentazione crittografica e circolazione della ricchezza assente*, cit., 113, ove l’a. rileva che «quando il token è creato con regole che rendono indifferente all’emittente il soggetto che esercita i diritti valendosi del supporto materiale o del lettore, questi ultimi assumono funzione di strumento necessario e sufficiente di legittimazione e circolano perciò attraverso le regole [...] dei titoli di credito al portatore. Quando invece il token contiene anche dati di identificazione del titolare [...] che non sono variabili in funzione dell’identità del detentore del supporto materiale o del lettore che consente l’utilizzo del token, allora questi ultimi sono sì necessari per la legittimazione ma inidonei a (far) circolare (i diritti in essi rappresentati o leggibili) con gli effetti dei titoli di credito: non basta, infatti, la *traditio* del supporto materiale, ma occorre la modificazione dei dati dell’avente diritto. Modificazione che potrà certamente aversi ma non con le regole dei titoli ad intestazione nominativa, bensì solo con le regole tecniche disposte dal creatore del software. Sotto il profilo giuridico, alla circolazione dei diritti esercitabili per mezzo dei token non potranno perciò che è risultare applicabili le regole del diritto comune, e non quelle cartolari». A. AZARA, *Gli automi nel diritto privato: dal distributore automatico al fenomeno della tokenizzazione*, cit., § 7, constatando l’ampiezza delle possibilità sottese all’utilizzo dei tokens, s’interroga – qualora lo stesso rappresenti un diritto di credito – sulla riconducibilità nella categoria dei titoli di credito atipici. L’ipotesi, nonostante le ambiguità sulla figura – anche richiamate dall’autore –, è suggestiva e pertinente con riguardo a determinate tipologie di *tokens*, ma comunque non idonea a ricomprenderne tutte le tipologie.

ritto incorporato nella cripto-attività. L'assimilazione dei *tokens* ai titoli di credito, tuttavia, va vagliata caso per caso. Non sempre, infatti, le regole sottese alla creazione della risorsa crittografica si esauriscono nell'equiparazione tra titolare del diritto rappresentato e detentore del *token*. Tralasciando, in questa sede, le difficoltà che incontra una tale ricostruzione, quale – a esempio – l'effettiva individuazione di un supporto materiale con riferimento ai *tokens*, occorre rilevare come – anche qualora il *token* non fungibile risulti idoneo a integrare, in concreto, i requisiti dei titoli di credito – ciò non esclude la sua autonoma qualificazione in termini di bene giuridico *ex art. 810 c.c.*<sup>59</sup>. Si è dimostrato, infatti, come i *tokens* esistano a prescindere dal sostrato di riferimento, in quanto sono altro rispetto all'eventuale bene a essi sotteso. Nel caso dei NFT, tra l'altro, vi sono due componenti che li caratterizzano: *a)* il valore originario del bene o del servizio rappresentato; *b)* il valore virtuale del *token* rappresentativo. I NFTs, dunque, hanno un loro valore intrinseco, corrispondente all'attributo virtuale, che si esprime nella contropartita pagata per ottenere il *token* e dipenderà da una molteplicità di fattori: *in primis* la garanzia che colui che riceve il NFT possa vantare la disponibilità di un *token* unico. Ciò è sufficiente, comunque, a dimostrare che i *tokens* infungibili hanno un loro valore intrinseco e, dunque, sono un *asset* economico e, conseguentemente, giuridico nei termini esplicitati.

## 6. La prospettiva del diritto dei mercati finanziari.

La circolazione di cripto-attività su infrastrutture *blockchain* si sostanzia in un fenomeno con potenzialità intrinsecamente finanziarie, in quanto spesso basato su modelli di *business* ove degli operatori professionali emettono risorse crittografiche da collocare presso il pubblico degli utenti con finalità speculative o di finanziamento. I *tokens* divengono – allora – il referente oggettivo di operazioni finanziarie, in una logica di mercato del tipo *marketplace*. Esemplicative sono le *Initial Token Offering* (ITO), cioè le offerte al pubblico di *cripto-assets* rappresentativi di servizi o, comunque, di una remunerazione che l'impresa emittente si propone di offrire al sottoscrittore nel caso di esito favorevole del progetto imprenditoriale. È ben possibile che schemi negoziali di questo tipo integrino gli estremi dell'investimento finanziario, quali *i)* l'impiego di capitale, *ii)* l'aspettativa di rendimento, *iii)* il rischio

direttamente connesso e correlato all'impiego di capitale<sup>60</sup>. Così si è espressa, più volte, anche la Consob con riferimento a determinate *Initial Coin Offering* aventi a oggetto l'investimento in *tokens*<sup>61</sup>, i quali posson assumere, dunque, i connotati di veri e propri prodotti finanziari<sup>62</sup>. Sotto il profilo giuridico la questione consiste – come già accennato –, sia nell'indagare la qualificazione finanziaria di questi cripto-asset, sia nel verificare l'applicabilità dei regimi di riserva, nonché degli obblighi di condotta cui vengono sottoposte queste attività. Ciò si traduce, a ben vedere, in un approccio eminentemente regolamentare. Questa sembra essere la logica d'intervento attualmente prescelta dal legislatore europeo<sup>63</sup>. La proposta eurounitaria di regolamento sui mercati delle cripto-attività (c.d. proposta di regolamento MiCA - *Markets in Crypto-Assets*)<sup>64</sup> e il regolamento UE 2022/858, del 30 maggio 2022 (relativo ad un regime pilota per le infrastrutture basate sulla tecnologia di registro distribuito - regolamento DLT)<sup>65</sup>, infatti, sono incentrati sui profili di regolazione del mercato dei capitali, nonché di tutela dei consumatori-investitori. Non si prevede nulla in materia di qualificazione giuridica dei prodotti e servi-

<sup>60</sup> In tal senso, si vedano – *ex multis* – comunicazione Consob, 30 novembre 1995, n. DAL/RM/95010201; comunicazione Consob, 12 aprile 2001, n. DEM/1027182; comunicazione Consob, 6 maggio 2013, n. DTC/13038246, tutte consultabili in *consob.it*. In giurisprudenza Cass., 5 febbraio 2013, n. 2736, in *Giust. civ. Mass.*, 2013.

<sup>61</sup> Si vedano le delibere Consob, 19 maggio 2021, nn. 21853 e 21854, consultabili in *consob.it*. In argomento, v. F. ANNUNZIATA, *Speak, If You Can: What Are You? An Alternative Approach to the Qualification of Tokens and Initial Coin Offerings*, in *Bocconi legal studies research paper*, 2019; ID., *Distributed Ledger Technology e mercato finanziario: le prime posizioni dell'ESMA*, in M.T. PARACAMPO (a cura di), *FinTech, Introduzione ai profili giuridici di un mercato unico tecnologico dei servizi finanziari*, Torino, 2017, 229 ss.; C. SANDEI, *Initial Coin Offering e appello al pubblico risparmio*, in M. CIAN e C. SANDEI (a cura di), *Diritto del Fintech*, Padova, 2020, 277 ss. P.P. PIRANI, *Gli strumenti della finanza disintermediata: Initial Coin Offering e blockchain*, in *An. giur. econ.*, 2019, 327 ss. Per la definizione delle ICOs, si rinvia al documento "ESMA alerts investors to the high risks of Initial Coin Offerings (ICOs)" della European Security Markets Authority (ESMA), 2017, 2, consultabile in *esma.europa.eu*, che le ha definite «an innovative way of raising money from the public, using coins or tokens. An ICO can also be referred to as an initial token offering or token sale. In an ICO, a business or individual issues coins or tokens and puts them for sale in exchange of traditional currencies, such as the Euro, or more often virtual currencies, e.g. Bitcoin or Ether».

<sup>62</sup> In argomento si rimanda a G. GITTI, *op. cit.*, 13 ss.

<sup>63</sup> Ma anche della maggior parte degli altri regolatori nazionali che hanno normato il fenomeno. Così, a esempio, il già citato legislatore maltese, con il *Virtual Financial Asset Act*, o anche la Francia, con la già accennata *loi 2019-486*.

<sup>64</sup> Proposta di regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio, relativo ai mercati delle cripto-attività e che modifica la direttiva 2019/1937/UE, visionabile in *europa.eu*.

<sup>65</sup> Consultabile in *europa.eu*.

<sup>59</sup> A. AZARA, *Gli automi nel diritto privato: dal distributore automatico al fenomeno della tokenizzazione*, cit., § 4.



zi in esame, rimettendo ciò alla discrezionalità dei legislatori nazionali<sup>66</sup>.

Il regolamento UE 2022/858 e la proposta di regolamento MiCA sono complementari. Il primo introduce regole per le piattaforme operanti su tecnologie di registro distribuito, consentendo la negoziazione di risorse crittografiche digitali rappresentative di strumenti finanziari tradizionali, quali – a esempio – azioni, obbligazioni o quote di fondi d’investimento.

La proposta di regolamento MiCA<sup>67</sup>, invece, riguarda l’emissione e la fornitura di servizi connessi a cripto-attività, definite come «una rappresentazione digitale di valore o di diritti che possono essere trasferiti o memorizzati elettronicamente, utilizzando la tecnologia di registro distribuito o una tecnologia analoga». Muovendo da questa definizione, si propone una tripartizione<sup>68</sup> dei *tokens* attraverso la distinzione tra: a) *tokens* collegati ad attività<sup>69</sup>; b) *tokens* di moneta elettronica<sup>70</sup>; c) *utility tokens*<sup>71</sup>.

<sup>66</sup> Gli atti normativi citati, peraltro, s’incastonano nell’ambito di un pacchetto di misure sulla finanza digitale volte a favorire un maggiore sfruttamento del potenziale della finanza digitale in termini di innovazione e concorrenza, attenuandone i rischi. Del medesimo pacchetto fanno parte: 1) la proposta di regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio, relativo alla resilienza operativa digitale per il settore finanziario e che modifica i regolamenti CE 1060/2009, UE 648/2012, UE 600/2014 e UE 909/2014 [COM(2020) 595]; 2) la proposta di direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio, che modifica le direttive 2006/43/CE, 2009/65/CE, 2009/138/CE, 2011/61/UE, 2013/36/UE, 2014/65/UE, 2015/2366/UE e 2016/2341/UE [COM(2020) 596], volta a chiarire o modificare determinate norme dell’UE in materia di servizi finanziari. Entrambi i testi sono consultabili in *europa.eu*.

<sup>67</sup> Sulla proposta, si vedano F. ZATTI, *Verso la regolamentazione europea delle criptoattività*, in *Dir. mer. ass. fin.*, 2022, 287 ss.; T. TOMCZAK, *Crypto-Assets and Crypto-Assets’ Subcategories under MiCA Regulation*, in *Capital markets law journal*, 2022, 365 ss.; I. SKULTETYOVA, L. PARRONDO-TOR, K. STYLIANOU, F. ZATTI e J. RODRIGUES, *Blockchain Ecosystem’s Response to MiCA Regulation Proposal*, 2021, consultabile in *inatba.org*; A. MADRID PARRA (a cura di), *Guía de criptoactivos MiCA*, Cizur menor, 2021; D. MASI, *Le criptoattività: proposte di qualificazione giuridic e primi approcci regolatori*, in *Banca impr. soc.*, 2021, 241 ss.; F. ANTONACCHIO, *Non fungible token e altre cripto-attività in attesa del regolamento europeo*, in *Fisco*, 2021, 4265 ss.

<sup>68</sup> La classificazione fatta propria dal legislatore europeo è, di fatto, quella proposta da ESMA in: (i) *tokens* equiparabili a strumenti di pagamento (*payment type*); (ii) *tokens* che attribuiscono il diritto a ricevere un bene o una prestazione (*utility type*); (iii) *tokens* qualificabili come forma di investimento finanziario (*investment type*). Così ESMA, *Advice. Initial Coin Offerings and Crypto-Assets*, 2019, consultabile in *esma.europa.eu*.

<sup>69</sup> L’art. 3, comma 1, n. 3, proposta di regolamento MiCA, li definisce come «cripto-attività che intende mantenere un valore stabile facendo riferimento al valore di diverse monete fiduciarie aventi corso legale, di una o più merci o di una o più cripto-attività, oppure di una combinazione di tali attività».

<sup>70</sup> Definiti dall’art. 3, comma 1, n. 4, proposta di regolamento MiCA, come tipologia di «cripto-attività il cui scopo principale

La proposta europea riconduce il fenomeno cripto nell’ambito di una regolamentazione di tipo finanziario, in quanto stabilisce un regime autorizzatorio e di vigilanza sul mercato, predispone degli obblighi comportamentali per gli operatori in relazione all’emissione, alla negoziazione e alla custodia delle cripto-attività, anche differenziato in ragione della tipologia di *tokens*, e, infine, introduce la *governance* degli emittenti di *tokens* collegati ad attività e di moneta elettronica, nonché dei fornitori di servizi cripto.

Molto ampie sono le esenzioni applicative della normativa in esame, le quali vengono determinate a seconda della tipologia di asset digitale (esclusioni oggettive)<sup>72</sup> o in base ai soggetti emittenti i *tokens* (esenzioni a carattere soggettivo)<sup>73</sup>. Rimangono fuori dal campo applicativo della proposta MiCA anche i *non fungible tokens*, quantomeno quelli incorporanti diritti su beni o servizi non riferibili allo scambio di cripto-valute, nonché di diritti di proprietà intellettuale su opere dell’ingegno o che certificano l’autenticità di un bene infungibile.

In sintesi, la scelta del legislatore unionale è stata quella di dettare una disciplina uniforme e armonizzata, limitata alla dimensione cripto avente a oggetto fattispecie di tipo finanziario, ma non ricomprese nella legislazione vigente. L’idea di fondo sembra essere quella secondo cui il complesso ecosistema DLT rappresenti una componente del sistema finanziario, comportando ciò una ben precisa opzione normativa, comunque tarata sulle sue peculiarità tecnologiche<sup>74</sup>.

è quello di essere utilizzato come mezzo di scambio e che mira a mantenere un valore stabile facendo riferimento al valore di una moneta fiduciaria avente corso legale».

<sup>71</sup> Cioè un tipo di «cripto-attività destinato a fornire l’accesso digitale a un bene o a un servizio, disponibile mediante DLT, e che è accettato solo dall’emittente di tale token» (art. 3, comma 1, n. 5, proposta di regolamento MiCA).

<sup>72</sup> Esclusioni del primo tipo sono quelle relative alle tipologie di cripto-attività che in ragione delle loro caratteristiche siano identificabili come moneta, strumenti finanziari, depositi bancari, prodotti assicurativi e previdenziali, operazioni di cartolarizzazione. Per completezza, si rinvia all’art. 2 della proposta di regolamento MiCA.

<sup>73</sup> Esclusioni di tipo “soggettivo” sono, a esempio, quelle per il caso di *tokens* emessi dalla Banca centrale europea e da quelle nazionali, dalla Banca europea degli investimenti, dal Fondo europeo di stabilità finanziaria e dalle organizzazioni pubbliche internazionali. Restano esclusi dalla regolazione delle cripto-attività, inoltre, tutti i soggetti che forniscono servizi di cripto-valute esclusivamente alle loro capogruppo, alle loro filiali o a quelle della capogruppo; e, parimenti, i liquidatori o gli amministratori quando agiscono nell’ambito di una procedura d’insolvenza, tranne nel caso degli emittenti di token collegati ad attività che sono tenute a elaborare e mantenere uno schema di ordinato rimborso in caso di insolvenza. Anche in questo caso, si rinvia all’art. 2 della proposta di regolamento MiCA.

<sup>74</sup> Cfr. F. ANNUNZIATA, “Questo è un nodo avviluppato”: *divagazioni sulla regolazione del mercato finanziario*, in *Giur.*



## 7. Conclusioni.

In conclusione, l'affermarsi del fenomeno tecnologico consistente nello scambio di *tokens* su registri distribuiti e decentralizzati apre la strada a un nuovo e alternativo modello di circolazione della ricchezza e, conseguentemente, dei diritti. Le fattispecie circolatorie – abitualmente connotate da elementi quali la *traditio* o, alternativamente, la documentazione, la pubblicizzazione o la comunicazione – risultano incise dalla DLT, la quale permette la coesistenza di tutti questi indici poiché appare integrato un nuovo bene giuridico. Il fatto che insieme al *token* circolino gli eventuali e ulteriori diritti da esso rappresentati pone rispetto agli stessi la necessità di determinarne – di volta in volta – i contenuti al fine di individuare la disciplina applicabile.

Il compito del giurista è notevole, dato che – in ragione del profilo d'indagine – gli interrogativi strettamente giuridici sono i più disparati: si pensi alla protezione dell'identità (ancorché virtuale) degli utilizzatori delle piattaforme *blockchain*, alla tutela dei diritti di proprietà intellettuale, alla tutela della privacy o, ancora, alla necessità di predisporre forme di protezione del consumatore e anche degli investitori in funzione delle emergenti opportunità di raccolta dei capitali, nonché alle regole di circolazione dei diritti con riguardo ai beni mobiliari e, perché no, in relazione alla ricchezza immobiliare<sup>75</sup>. Ulteriore problematica scaturita dall'implementazione di sistemi DLT – attualmente insondata – riguarda la sua compatibilità con l'autotutela privata. L'utilizzo, per lo svolgimento dei rapporti negoziali, di strumenti tecnici caratterizzati dalla immodificabilità, infatti, mal si concilia con tutte quelle forme di reazione che l'ordinamento garantisce al soggetto privato in caso di inadempimento della controparte<sup>76</sup>.

*comm.*, 2022, 34 ss., ove l'a. osserva come «[...] sul piano dello stile della regolazione, nuove sfide provengono dalle trasformazioni tecnologiche da tempo in atto. Il c.d. Fintech pone, in vero, nuove questioni regolatorie, ma schiude anche significative opportunità di sviluppo. [...] Lo sviluppo di una specifica legislazione volta a regolare, ad esempio, i fenomeni legati allo sviluppo delle tecnologie DLT e Blockchain – di cui le recenti proposte di Regolamenti “MiCAR”, “DORA” e “DLT” costituiscono l'esempio più significativo – mostrano al contempo la necessità di specializzazione che la tecnologia comporta».

<sup>75</sup> Si veda M. GIULIANO, *La blockchain e gli smart contract nell'innovazione del diritto del terzo millennio*, cit., 991, secondo il quale «il giurista deve aprirsi al cambiamento e contribuire alla creazione della nuova cornice regolamentare in ragione dello strumentario giuridico esistente e, ove necessario, sollecitare l'intervento del legislatore affinché elabori soluzioni nuove che siano al passo con la tecnologia e che allo stesso tempo non la ingessino entro gli angusti limiti di una regola settoriale».

<sup>76</sup> Si pensi, a titolo esemplificativo, all'eccezione di inadempimento o al potere, riconosciuto ai contraenti *ex art.* 1461 c.c., di

Tutto ciò posto, l'aver attribuito ai *tokens* la natura di beni giuridici rappresenta il primo passo dal quale muovere per risolvere le molteplici questioni legate al loro utilizzo. È certamente auspicabile un intervento del legislatore, tuttavia a ordinamento invariato risulta decisivo comprendere fino a che punto possa spingersi l'autonomia dei privati nel riconoscere vincolatività ai trasferimenti realizzati su *blockchain* con i *tokens*<sup>77</sup>. Questa indagine dipende dalla situazione giuridica soggettiva che si lega alla risorsa crittografica, che diviene così idonea a soddisfare un bisogno umano. D'altronde, è una costante storica quella secondo cui il progresso tecnico-scientifico muta le modalità di appagamento dei bisogni umani e, dunque, gli strumenti utili a conseguirlo, con lo spostamento verso una dimensione sempre meno corporea, contribuendo in tal modo alla creazione di nuove categorie di beni.

sospendere l'esecuzione della propria prestazione se le condizioni patrimoniali dell'altro contraente siano divenute tali da porre in evidente pericolo il conseguimento della controprestazione.

<sup>77</sup> Cfr. N. DE LUCA, *Documentazione crittografica e circolazione della ricchezza assente*, cit., 102, ove si rileva che occorre «verificare la compatibilità [delle tecnologie di registro distribuito, *n.d.a.*] con la disciplina di un determinato ordinamento, vigente in un dato momento storico. Oppure, se non vi è compatibilità, richiedono un intervento di riforma».

## «CERTO, CERTISSIMO, ANZI PROBABILE»: LE ALTERNE E INCERTE VICENDE DEL NEGOZIO DI ACCERTAMENTO.

Di Francesco Meglio

| 99

**SOMMARIO:** 1. *Premessa.* – 2. *Le origini del negozio di accertamento... e dei problemi.* – 3. *Autonomia privata e processo: l'accertamento nel rapporto tra sentenza e transazione.* – 4. *Lo spazio dell'accertamento: in limine litis o in vista della transazione.* – 4.1. *L'art. 2643, n. 12-bis, c.c., e la possibilità che l'accertamento dell'usucapione avvenga direttamente dinanzi al notaio senza l'esperimento del procedimento di mediazione.* – 5. *L'efficacia dell'accertamento: sul c.d. effetto preclusivo.* – 6. *La pubblicità degli atti di accertamento e la natura delle norme in tema di trascrizione.* – 7. *Conclusioni.*

*ABSTRACT.* Nel corso del saggio viene affrontato in profondità il negozio di accertamento. Il tema interseca numerose aree di interesse della teoria generale, imponendo la verifica della solidità delle categorie civilistiche. Dopo aver analizzato i rapporti tra autonomia privata e processo, si propone uno spazio di operatività del negozio di accertamento, collocato nella fase che precede l'insorgenza della lite o la sua definizione mediante una transazione. Infine, si indagano i profili pubblicitari degli atti di accertamento, attraverso una lettura funzionale e non meramente letterale delle norme in tema di trascrizione.

*In the course of the essay the verification shop is dealt with in depth. The theme intersects numerous areas of interest of the general theory, requiring verification of the solidity of the civil categories. After having analyzed the relationship between private autonomy and the process, an operational space of the assessment shop is proposed, placed in the phase that precedes the onset of the dispute or its settlement through a transaction. Finally, the advertising profiles of the assessment documents are investigated, through a functional and not merely literal reading of the rules on the subject of transcription.*



## 1. Premessa.

Le riflessioni che seguono, dedicate all'analisi del negozio (o contratto di accertamento), evidenziano già dal titolo, volutamente pungente come l'autore dello stesso aforisma<sup>1</sup>, la situazione paradossale che da sempre conosce la figura in discorso.

Profilo, questo, elegantemente ricordato da una dottrina che si è occupata approfonditamente del tema, ad avviso della quale «può sembrare un'ironia della sorte per un negozio destinato a rimuovere incertezza. Eppure, nessun altro istituto appare fonte di incertezze come il negozio di accertamento»<sup>2</sup>.

Accade, infatti, che, se da un lato della figura se ne proclama l'inutilità, dall'altro si osserva una sua sovraesposizione, venendo concretamente evocata anche quando risulta assai arduo riscontrarne gli elementi identificativi.

Come argutamente rilevato, nell'analisi condotta si è spesso appuntata l'attenzione (solo) sul se e in che modo tali atti siano negozi, e poco o nulla in ordine alla misura in cui restituiscano certezza<sup>3</sup>.

Il sintagma “certezza del diritto”, se ne avvedrà certamente il lettore, viene a dischiudere temi la cui trattazione, pure opportuna, per l'ampiezza e la profondità delle questioni che è in grado di generare, è nei fatti incompatibile con l'economia di questo lavoro. In questa sede si può perciò, in estrema sintesi, affermare che “la certezza del diritto” equivale all'incontestabilità di un giudizio dato secondo la logica del sistema legale, contro il quale non sono più possibili obiezioni.

Si tenterà, pertanto, dopo una breve ricognizione delle origini della figura, di verificare i profili strutturali e funzionali della stessa, mirando a rintracciare uno spazio di operatività, focalizzando poi l'attenzione sugli aspetti effettuali e pubblicitari, in una prospettiva che riesca – per quanto possibile – ad essere di ausilio per un inquadramento non meramente teorico dell'istituto.

## 2. Le origini del negozio di accertamento... e dei problemi.

Con riferimento alla genesi della figura, va detto che il negozio di accertamento è istituito di creazione dottrinale. Torna utile, sul punto, la dottrina germanica più autorevole, che aveva ricondotto tra i surrogati della sentenza che, fissando il rapporto,

evitano la lite<sup>4</sup>, la confessione, il giuramento, la transazione, la rinuncia e il compromesso<sup>5</sup>.

Si vedrà, anche nel prosieguo dell'indagine, la strettissima connessione tra accertamento e *latu sensu* sentenza e, con ciò, la preminente area di operatività della figura. Ad altra dottrina teutonica si deve, invece, sul piano sostanziale l'affermazione che il riconoscimento di una situazione incerta valesse come fondamento del vincolo<sup>6</sup>, tanto sul versante processuale – conducendo alla prova del fatto – quanto su quello sostanziale – fornendo una nuova base certa a un rapporto altrimenti contestabile. Corollario di quanto appena detto è la posizione di chi ha ritenuto possibile, attraverso il negozio di accertamento, rendere certo il rapporto senza ricrearlo<sup>7</sup>, corroborando così la teoria dichiarativa.

L'indagine svolta dalla dottrina tedesca orienterà in maniera significativa gli studi domestici, in un quadro contrassegnato dall'assenza di una generale e puntuale ricostruzione del negozio di accertamento<sup>8</sup>.

È disceso, pertanto, che dalle singole fattispecie ricondotte a tale figura si è provato a fondare elencazioni più o meno sovrapponibili<sup>9</sup>, interrogandosi, fra l'altro, anche sul se sia possibile, e certamente preferibile – perché indubbiamente più utile – ammettere un negozio atipico di accertamento<sup>10</sup>.

<sup>4</sup> Per la nozione di lite, quale rapporto *agiuridico* o *di fatto*, sebbene «con caratteri speciali, che richiamano l'intervento del diritto», caratterizzato dagli elementi della pretesa e della resistenza, atti giuridici che «generano conseguenze di diritto, quali sono il potere della parte di chiedere e il potere del giudice o, in genere, dell'ufficio, di operare la composizione processuale della lite», cfr. F. CARNELUTTI, *Appunti sulla successione nella lite*, in *Riv. dir. proc.*, 1932, I, 10. Sempre su tale nozione, ID., *Sistema di diritto processuale civile*, I, Padova, 1936, 118 ss.; ID., *Diritto e processo*, Napoli, 1958, 32 ss.

<sup>5</sup> F.C. VON SAVIGNY, *Sistema del diritto romano attuale*, VII, Torino 1896, 7-11.

<sup>6</sup> O. BAHR, *Die Anerkennung als Verpflichtungsgrund*, Leipzig, 1894. Nella scia B. WINDSCHEID, *Diritto delle pandette*, II, § 412, Torino 1930, 599 ss., cui si deve l'idea dell'obbligazione (con effetti risarcitori per la violazione) a non contestare.

<sup>7</sup> E.E. BEKKER, *System des heutigen Pandektenrechts*, II, Weimar 1889, 40 ss., 240 ss.

<sup>8</sup> L. BOZZI, *Accertamento negoziale e astrazione materiale*, Padova, 2000, 24-38.

<sup>9</sup> Per E. MINERVINI, *Il negozio di accertamento*, in L. Ruggeri – E. Minervini, *Contratti transattivi e negozi di accertamento*, Napoli, 2016, 183 ss., nell'elenco vanno annoverati il riconoscimento del debito, la confessione, la transazione, la divisione, il riconoscimento del figlio naturale, l'approvazione del conto e del bilancio, l'approvazione delle tabelle millesimali, il concordato, il collaudo, la convalida, i titoli di credito causali, l'arbitraggio, l'arbitrato irrituale. Secondo M. GIORGIANNI, voce *Accertamento (negozio di)*, in *Enc. dir.*, I, Milano 1958, 227 ss., l'elenco, più ristretto, comprende la ripetizione a scopo di accertamento, l'interpretazione autentica, il riconoscimento e la confessione.

<sup>10</sup> Nel senso che l'utilità della categoria si riveli non nella pura classificazione delle fattispecie nominate ma nell'ammissione e

<sup>1</sup> E. FLAIANO, *Diario notturno. Taccuino*, 1956.

<sup>2</sup> L. PUCCINI, *Contributo allo studio dell'accertamento privato*, Milano, 1958, 125.

<sup>3</sup> A. GENTILI, *Autonomia privata e potere di accertamento*, in *Riv. dir. civ.*, 2017, 1367.



Spostando l'attenzione sugli aspetti di maggiore criticità, va subito precisato che è l'incertezza<sup>11</sup>, e in particolar modo la sua corretta declinazione, a dar luogo alle maggiori contraddizioni. Attorno al profilo dell'incertezza, non a caso, si agitano dubbi di non poco momento<sup>12</sup>. Vale la pena chiedersi se l'incertezza cui il negozio pone rimedio sia solo quella di una o entrambe le parti e, dunque, la sola incertezza dei soggetti del rapporto<sup>13</sup>. A primo acchito, però, nulla esclude che col negozio in parola possa rimediarsi a un'incertezza che è della situazione<sup>14</sup>.

Ancora più controverso, sempre con riferimento ai confini dell'incertezza, è l'oggetto dell'attività accertativa. In altri termini, non è chiaro se il negozio intervenga sul solo rapporto giuridico<sup>15</sup> o anche sulla sua fonte<sup>16</sup>.

Non meno rilevante è stabilire, poi, se l'incertezza diventi causa del negozio<sup>17</sup> – di talché il negozio in discorso non potrebbe mai essere astratto e conseguentemente nullo a fronte dell'inesistenza della situazione preesistente o certa e, perciò, non suscettibile di accertamento – ovvero assurga a mero motivo<sup>18</sup>.

Si è già accennato, in precedenza, al tema della natura dichiarativa<sup>19</sup> o costitutiva<sup>20</sup> dell'attività ac-

certativa, ponendo il quesito evidenti riflessi in relazione soprattutto alla pubblicità dell'atto accertativo, con riflessi dettagliatamente analizzati nel corso del presente contributo.

### 3. Autonomia privata e processo: l'accertamento nel rapporto tra sentenza e transazione.

La figura del negozio di accertamento è tornata nuovamente all'attenzione della dottrina e della giurisprudenza per effetto dell'introduzione del numero 12-bis nell'art. 2643 c.c.<sup>21</sup>, il quale ha espressamen-

<sup>21</sup> M. KROGH, *La trascrizione dell'accordo conciliativo accertativo dell'usucapione*, Studio n. 718-2013/C, Area Scientifica – Studi Civilistici il 24 ottobre 2013, approvato dal CNN il 31 gennaio 2014, pubblicato in *consiglienotariato.it*, e in *Riv. not.*, 2014, 137 ss.; ID., *La trascrizione dell'accordo accertativo dell'usucapione*, in *Imm. propr.*, 2016, 499 ss.; G. FREZZA, *Trascrizione dell'accordo di conciliazione ex art. 11, comma 3°, d.lgs. n. 28/10 e 2643, n. 12 bis, c.c.*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2014, 1022 ss.; G. BARALIS, *L'accertamento negoziale dell'usucapione nell'ambito della mediazione «riformata»: il senso della trascrizione e i problemi connessi*, in *Riv. dir. civ.*, 2014, 1369 ss.; ID., *Brevi note in tema di pubblicità ex art. 2643 n. 12 bis*; *considerazioni sui rapporti fra il sistema della pubblicità immobiliare "1942" e la novellazione successiva* (nota a Trib. Macerata, 28 agosto 2015), in *Riv. not.*, 2016, 295 ss.; A. DE DONATO, *La trascrizione dell'accordo conciliativo di accertamento dell'usucapione*, in *Vita not.*, 2014, 123 ss.; R. CASTRONUOVO, *Brevi note in tema di usucapione e trascrizione dopo il decreto del fare*, *ivi*, 2014, 1261 ss.; A. FERRARI, *La trascrizione dell'accordo di mediazione accertativo dell'usucapione*, *ivi*, 2014, 1269 ss.; G. MINNITI, *Prime riflessioni sulla trascrivibilità dell'accertamento negoziale dell'usucapione*, in *Quaestiones*, 2014, 39 ss.; B. TROISI, *La trascrivibilità dell'accordo di mediazione in tema di usucapione dopo la conversione in legge del decreto "del fare" 69/2013 (L. 9 agosto 2013, n. 98)*, in *Riv. giur. sarda*, 2014, 107 ss.; ID., *La trascrivibilità dell'accordo di mediazione in tema di usucapione*, in *Aa.Vv., Scritti in onore di Vito Rizzo. Persona, mercato, contratto e rapporti di consumo*, a cura di E. Caterini, L. Di Nella, A. Flamini, L. Mezzasoma e S. Polidori, II, Napoli, 2017, 2247 ss.; L. MORETTI, *Opponibilità al creditore ipotecario di un accordo di mediazione non trascritto accertante l'intervenuta usucapione, ai sensi dell'art. 2643, co. 1, n. 12 bis, c.c., nell'espropriazione forzata immobiliare* (nota a Trib. Terni, ord. 28 maggio 2014), in *Avvocati a Terni*, 1/2015, 151 ss.; M. SARACENO, *La trascrizione dei negozi di accertamento dell'usucapione nell'ambito del procedimento di mediazione*, in *Riv. dir. civ.*, 2016, 217 ss.; P. FORTI, *Brevi cenni sulla trascrizione degli accordi di accertamento dell'usucapione*, in *Riv. not.*, 2015, 1355 ss.; e in *Vita not.*, 2016, 405 ss.; C.M. BIANCA, *La trascrizione del verbale dell'accordo conciliativo di accertamento dell'usucapione*, in *Vita not.*, 2016, 119 ss.; V. BRIZZOLARI, *La trascrizione del verbale di conciliazione relativo all'accertamento dell'acquisto per usucapione* (nota a Trib. Lecce, decr. 08 gennaio 2016), in *Contratti*, 2017, 71 ss.; M. ADORNO, *La trascrizione dell'accordo di conciliazione in materia di usucapione*, in *Giusto proc. civ.*, 2017, 309 ss.; A. VIANA, *La pubblicità nella vendita immobiliare*, Napoli, 2017, 109 ss.; A. SPATUZZI, *La disponibilità dei beni usucapiti, tra accertamento giudiziale ed extragiudiziale*, in *Contratti*, 2017, 601 ss.

disciplina di quelle atipiche, C.A. GRAZIANI, *Il riconoscimento dei diritti reali. Contributo alla teoria dell'atto ricognitivo*, Padova, 1979, 140, nt. 114, e S. D'ANDREA, *Sul problema del negozio atipico di accertamento*, in *Riv. dir. civ.*, 2000, I, 31 ss.

<sup>11</sup> Ritieni che l'incertezza sia consustanziale al diritto, M. GIORGIANNI, *op. cit.*, 228-230.

<sup>12</sup> Per la non indispensabilità del requisito dell'incertezza si esprime M. FORNACIARI, *Il negozio di accertamento, in 1 negozi di composizione delle liti*, a cura di Gabrielli e Luiso, Torino, 2005, 20 ss.

<sup>13</sup> Così F. CARNELUTTI, *Note sull'accertamento negoziale*, in *Riv. dir. proc.*, 1940, I, 5 ss.; G. MIRABELLI, *L'atto non negoziale nel diritto privato italiano*, Napoli, 1955, 352, nt. 4; R. CORRADO, voce *Il negozio di accertamento*, in *Noviss. Dig. it.*, XI, Torino 1965, 196 ss.

<sup>14</sup> A. FALZEA, voce *Accertamento (teoria gen.)*, in *Enc. dir.*, I, Milano 1958, 208 ss.; P. SPADA, *Cautio quae indiscrete loquitur: lineamenti strutturali e funzionali della promessa di pagamento*, in *Riv. dir. civ.*, 1978, I, 673 ss., spec. 724, nt. 134; A. GRAZIANI, *Il riconoscimento dei diritti reali*, *cit.*, 129.

<sup>15</sup> L. CARIOTA FERRARA, *Il negozio giuridico nel diritto privato italiano*, Napoli, s.d. ma 1948, 284; A. D'ANGELO, *Le promesse unilaterali*, in *Cod. civ. Comm.* Schlesinger, Milano 1996, 518.

<sup>16</sup> M. GIORGIANNI, *op. cit.*, 237.

<sup>17</sup> M. GIORGIANNI, *op. cit.*, 238 ss.

<sup>18</sup> E. MINERVINI, *op. cit.*, 208 ss. e Autori *ivi* citati.

<sup>19</sup> V. POLACCO, *Del contratto di transazione*, Roma, 1921, 8 ss.; G. STOLFI, *Natura giuridica del negozio di accertamento*, in *Riv. dir. proc.*, 1933, 132 ss. e 166 ss.; L. CARIOTA FERRARA, *op. cit.*, 283 ss.

<sup>20</sup> C. FURNO, *Accertamento convenzionale e confessione stragiudiziale*, Firenze, 1948, 29 ss.; F. SANTORO PASSARELLI, *L'accertamento negoziale e la transazione*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1956, 1 ss.; ID., *La transazione*, Napoli, 1963, 25 ss.; E. MINERVINI, *op. cit.*, 206-208.



te consentito la pubblicità degli accordi di mediazione che accertano l'usucapione.

Come spesso accade, tuttavia, la norma, nata con l'obiettivo di risolvere una specifica questione, ha generato più interrogativi di quelli cui ha dato soluzione. Le obiezioni mosse alla novella si sono incentrate sulla portata innovativa della medesima nonché sulla sua applicabilità oltre il caso espressamente disciplinato. In particolare, ci si è chiesto se possa concludersi direttamente dinanzi al notaio un negozio di accertamento dell'avvenuta usucapione, senza instaurare preventivamente il procedimento di mediazione.

Il tema, ad onor del vero, investe il più ampio rapporto che corre tra autonomia privata e tutela giurisdizionale e, dunque, tra negozio e processo<sup>22</sup>.

Ciò suggerisce, perciò, di verificare e, in caso positivo, rimarcare le differenze tra accertamento convenzionale e giudiziale, per poter legittimamente e pienamente giustificare un diverso trattamento disciplinare tra le due fattispecie. Prima di procedere in tale direzione, in argomento non può tacersi l'opinione di quella autorevole dottrina che, nel solco di una consolidata impostazione seguita da illustri studiosi, ha vigorosamente sostenuto l'inammissibilità del negozio di accertamento, sull'assunto che il potere di accertamento sia prerogativa esclusiva dell'organo giurisdizionale<sup>23</sup>.

spec. 606 ss.; M. SANNINO, *Ancora in tema di trascrivibilità del negozio di accertamento*, Studio n. 4-2017/C, approvato dalla Commissione Studi Civilistici il 14 giugno 2017, pubblicato in [consigionotariato.it](http://consigionotariato.it); L. FOLLIERI, *L'accertamento convenzionale dell'usucapione*, Napoli, 2018; ID., *Gli accordi di mediazione che accertano l'usucapione*, in *Quaderni di mediazione*, a cura di C. Pilia, 8, Cagliari, 2019, 49 ss.; A. NERVI, *La trascrivibilità dell'accordo conciliativo sull'usucapione*, in *Quaderni di mediazione*, cit., 77 ss.

Per un approfondimento dei vantaggi e degli svantaggi derivanti dalla usucapione, anche sotto il profilo comparatistico, cfr. R. CATERINA, *Impium preaesidium. Le ragioni a favore e contro l'usucapione*, Milano, 2001, *passim*.

<sup>22</sup> Nella disamina delle interconnessioni tra negozio e processo, non si può ignorare la nota tesi degli "equivalenti giurisdizionali" elaborata da F. CARNELUTTI, *Documento e negozio*, in *Riv. dir. proc.*, 1926, 181 ss.; ID., *Note sull'accertamento negoziale*, in *Riv. dir. proc.*, 1940, 3 ss.

<sup>23</sup> In tal senso, si vedano C. FURNO, *op. cit.*, 1 ss.; L. PUCCINI, *op. cit.*, 270 ss.; F. SANTORO PASSARELLI, *La transazione*, Napoli, 1986, 28 ss.; E. VALSECCHI, *Il giuoco e la scommessa: La transazione*, in *Tratt. dir. civ. comm.* Cicu e Messineo, continuato da L. Mengoni, XXXVII, 2, 2ª ed. Milano, 1986, 239 ss. In particolare F. SANTORO PASSARELLI, *L'accertamento negoziale e la transazione*, cit., 1956, 4 ss., rileva, inoltre, che è il concetto stesso di autonomia privata che impedisce di considerare ammissibile il negozio di accertamento in quanto «la struttura del negozio come comando, destinato a valere per sé, impedisce di riconoscergli accanto alla funzione dispositiva che gli è propria, una funzione dichiarativa o di semplice accertamento». Nello stesso senso, si veda R. NICOLÒ, *Il riconoscimento e la transazione*, in *Ann. ist. sc. giur. econ. pol. soc.* Univ. Messina, 1927-1933, VII, 410. Nella giurisprudenza re-

Ciò detto, risulta possibile passare brevemente in rassegna le principali differenze tra le due forme di accertamento. Deve immediatamente osservarsi che l'attività del giudice, determinando l'emanazione di un provvedimento contraddistinto da intrinseca obbligatorietà, si pone al di fuori del campo dell'autonomia privata, per sua natura contrassegnata dalla ricerca e successiva consolidazione di un atto di iniziativa. Un secondo profilo degno di nota è dato dal rilievo che, mentre l'accertamento giurisdizionale mira a rinvenire e a far valere una realtà c.d. "ontologica", l'accertamento privato fissa una verità "convenzionale"<sup>24</sup>.

Può ancora osservarsi che, se da un lato la sentenza è un atto di autorità e di giustizia, con cui si afferma la titolarità del diritto o della pretesa di una parte e l'obbligo di *facere, non facere* o *pati* dell'altra, dall'altro il negozio di accertamento è un atto di libertà. Inoltre, mentre la sentenza è espressione di una fonte imparziale, aliena rispetto al rapporto o alla situazione che ne è oggetto, ed ai sensi dell'art. 2909 c.c. fa stato ad ogni effetto tra le parti, i loro eredi o aventi causa; il negozio di accertamento, ai sensi dell'art. 1372 c.c., è atto di autonomia dei privati e ha forza di legge tra le parti<sup>25</sup>. Un ulteriore profilo differenziale, anch'esso sventolato come vessillo da questa o quella prospettiva in materia di negozio di accertamento, concerne la retroattività di quest'ultimo.

Mentre la retroattività della sentenza di usucapione è ormai pacificamente ammessa dalla giuri-

cente, si vedano almeno Cass., 24 agosto 2012, n. 14618, in *Giust. civ.*, 2012, 1046, così massimata: «nel negozio di accertamento, il quale persegue la funzione di eliminare l'incertezza di una situazione giuridica preesistente, la nullità per mancanza di causa è ipotizzabile solo quando le parti, per errore o volutamente, abbiano accertato una situazione inesistente, oppure quando la situazione esisteva, ma era certa». Si veda anche Trib. Roma, 8 febbraio 2012, in *Guida dir.*, 2012, 7, 27, per cui «il verbale di conciliazione giudiziale avente a oggetto l'accertamento dell'intervenuta usucapione del diritto di proprietà non si risolve in uno degli accordi di cui all'art. 2643 c.c., perché non realizza un effetto modificativo, estintivo o costitutivo, ma assume al contrario il valore di un mero negozio di accertamento, con efficacia dichiarativa e retroattiva».

<sup>24</sup> Se infatti l'accertamento negoziale trova un punto in comune con la sentenza dichiarativa, laddove fissa i tratti dubbi di una situazione giuridica al fine di prevenire una lite, esso sotto il profilo degli effetti se ne differenzia notevolmente in quanto produce le vicende di cui all'art. 1321 c.c., effetto che è estraneo alla sentenza di accertamento; in questi termini L. DAMBROSIO, *op. cit.*, 7.

<sup>25</sup> Sul tema in generale dell'efficacia del contratto, si vedano, in particolare M. FRANZONI, *Degli effetti del contratto. Efficacia del contratto e recesso unilaterale*, in *Cod. civ. Comm.* Schlesinger, continuato da F.D. Busnelli, I, 2ª ed., Milano, 2013, 3 ss. e F. GALGANO, *Degli effetti del contratto*, in *Comm. c.c.* Scialoja e Branca, Bologna-Roma, Artt. 1372-1405, 1993, 1 ss., dove è possibile rinvenire anche una ampia ricostruzione della origine storica della norma in oggetto.



sprudenza<sup>26</sup> e da buona parte della dottrina<sup>27</sup>, con riguardo all'accertamento convenzionale la questione è niente affatto pacifica. Non a caso, è estremamente arduo estendere tale assunto, non essendo annoverabile la suddetta retroattività reale nell'area di disponibilità dei privati là dove vi siano diritti di terzi incompatibili con il suddetto accertamento<sup>28</sup>.

Nello studio del negozio di accertamento l'indagine muove, consapevolmente o meno, dal confronto con la transazione, sulla base di un accostamento i cui contorni meritano un doveroso approfondimento.

Tale percorso trova sponda in quella dottrina, assai autorevole, che accomunava nella *res dubia* l'antefatto pregiudiziale dell'uno e dell'altra<sup>29</sup>. In altri termini, ad avviso di questa corrente di pensiero le reciproche concessioni dei transigenti mirano a comporre l'incertezza sfociata nella lite o che ad essa può dare causa.

Sempre secondo questa ricostruzione, accanto al comune fondamento per le due figure si porrebbe nei medesimi termini il quesito circa l'efficacia dichiarativa o dispositiva dell'atto di autonomia. La questione, lungi dall'essere meramente speculativa, interseca profili di disciplina davvero significativi.

Nell'analisi che si sta conducendo rileva, e non poco, l'evoluzione storica del contratto di transazione. Infatti, quest'ultimo conosce un rilevante *revirement* nella disciplina dall'alto medioevo in avanti, quando – superando il trattamento fino ad allora riservatogli, in linea con la consolidata tradizione romanistica – si affermò che con tale contratto *non transfert dominus*, indirizzando nel senso

dell'efficacia dichiarativa dell'atto di accertamento<sup>30</sup>.

Da ultimo, questa prospettazione, in perfetta coerenza con le proprie premesse, conclude parificando negozio di accertamento e transazione sul rilievo che, dopo la loro conclusione, alle parti è preclusa la possibilità di rinnovare il conflitto sorto<sup>31</sup>.

L'autorevolezza della dottrina che sostiene questa tesi non può esimere dal constatare come la premessa – ovvero la comunanza del fondamento, rinvenuto nella *res dubia* – appaia a dir poco forzata<sup>32</sup>. Si intende dire che, come da più parti obiettato, è tutt'altro che sicuro che i transigenti condividono un intento accertativo similmente alle parti di un negozio di accertamento<sup>33</sup>.

Le parti di una transazione mirano, attraverso i sacrifici che reciprocamente si rendono, a prevenire la controversia o a comporla una volta sorta, oblitando l'accertamento sulla verità delle loro posizioni. Anzi, nel superamento della controversia è spesso intravedibile la “rinuncia” a far valere, integralmente o parzialmente, la propria ragione o pretesa, solo asserita ovvero fondata, a seguito dell'apprezzamento quale (proprio) precipuo interesse quello della composizione del conflitto<sup>34</sup>.

<sup>26</sup> Si veda Cass., 28 giugno 2000, n. 8792, in *Giust. civ.*, 2001, I, 1325 ss. ed in *Corr. giur.*, 2001, 520 ss. con commento di V. SEVERI.

<sup>27</sup> Per un'ampia rassegna delle diverse opinioni cfr. M. KROGH, *Usucapio libertatis e retroattività degli effetti dell'usucapione*, Studio n. 859/2008; più di recente F. CRISTIANI, *Il problema della cd. retroattività dell'usucapione*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2014, 1302 ss.

<sup>28</sup> Sul tema della irretroattività dell'accertamento in genere, cfr. S. PUGLIATTI, *Della Transazione*, in *Comm. c.c.* D'Amelio e Finzi, Firenze, 1949, 456 ss.; R. NICOLÒ, *Il riconoscimento e la transazione nel problema della rinnovazione del negozio e della novazione dell'obbligazione*, in *Raccolta di scritti*, Milano, 1980, 429; M. GIORGIANNI, *op. cit.*, 105; F. CARRESI, *La transazione*, in *Tratt. dir. civ.* Vassalli, IX, 2, 2ª ed., Torino, 1966, p. 25 ss.

<sup>29</sup> È questa la tesi tradizionalmente attribuita a M. GIORGIANNI, *Accertamento (negozio di)*, in *Enc. dir.*, 1958, I, 227 ss.; Cass., 12 novembre 1981, n. 6001, in *Mass. Foro it.*, 1981: «perché un negozio possa qualificarsi d'accertamento, è necessario che esso abbia, come causa, la rimozione della situazione di incertezza in cui si trova un determinato rapporto giuridico, come oggetto, la fissazione del contenuto di un precedente negozio e, come effetto, a differenza dell'atto ricognitivo ex art. 2720 c.c., la creazione di un'obbligazione nuova, che impone alle parti il riconoscimento di quel contenuto».

<sup>30</sup> L'origine della tesi dichiarativa della transazione viene tradizionalmente fondata sull'interpretazione letterale dell'art. 1772 c.c. abr., secondo il quale «le transazioni hanno tra le parti l'autorità di una sentenza irrevocabile». Ebbene, tale formulazione trovasi pressoché identica nell'art. 2052 *Code Napoléon*. In senso critico, cfr. E. VALSECCHI, *op. cit.*, 269, ad avviso del quale «il suo valore è puramente simbolico», concludendo nel senso che andrebbe interpretata allo stesso modo in cui viene interpretata la «forza di legge», nell'art. 1372 c.c., riferita al contratto.

<sup>31</sup> La ricostruzione dell'effetto preclusivo, quale conseguenza naturale di qualsiasi accertamento, si deve ad A. FALZEA, *Accertamento*, in *Enc. dir.*, 1958, I, 205 ss., spec. 209 ss.

<sup>32</sup> Nel medesimo senso, F. CARRESI, *La transazione (diritto vigente)*, in *Noviss. Dig. it.*, XIX, Torino, 1973, 485, ove si legge che: «le parti, quando non concordano nella valutazione della situazione iniziale, devono in primo luogo mettersi d'accordo sul modo di intenderla, cioè devono “accertarla” e solo in un secondo tempo, dopo averla accertata, potranno procedere alla sua modifica». L'assunto di questa dottrina non pare del tutto condivisibile. Non è revocabile in dubbio la validità della transazione conclusa dalla parte che sia convinta di avere completamente ragione, ma ritenga per sé conveniente eliminare ad ogni costo il rischio di una lite. Insomma, appare non corretto porre in stato di interdipendenza la componente accertativa con quella transattiva.

<sup>33</sup> R. NICOLÒ, *Il riconoscimento e la transazione nel problema della rinnovazione del negozio e della novazione dell'obbligazione*, cit., 385; P. D'ONOFRIO, *Della transazione*, in *Comm. c.c.* A. Scialoja e G. Branca, Bologna-Roma, 1974, sub art. 1965, 222.

<sup>34</sup> *Ex multis*, E. DEL PRATO, *La transazione*, Milano, 1992, 8; E. VALSECCHI, *op. cit.*, 270. *Contra*, F. CARRESI, *La transazione (diritto vigente)*, cit., 484, il quale sostiene che «della transazione e del contratto di accertamento non si può dire che modifichino la situazione preesistente»; «di fronte ad una situazione nella cui valutazione discordano, le parti non hanno altra alter-



In altri termini, nella transazione sovente l'accertamento resta sullo sfondo quale convitato di pietra, sacrificato in ragione del preminente interesse a sedare la *res litigiosa*.

Le differenze pure notevoli tra accertamento e transazione, che persuadono dell'opportunità di un approccio che colga il diverso piano funzionale sul quale incidono, consentono di meglio comprendere l'unico e autentico profilo condiviso, ovvero il raccordo con un titolo sottostante<sup>35</sup>. L'accertamento, per sua natura, può concernere solo qualcosa che esisteva già. Analogamente è a dirsi per la lite, che sorge o può sorgere solo da una situazione già oggetto di una (precedente) regolamentazione.

Tuttavia la rilevanza del rapporto originario viene in rilievo in termini diversi nelle due fattispecie. Infatti, mentre nell'accertamento l'incertezza suggerisce o, a certe condizioni, impone un intervento chiarificatore, nella transazione il rapporto originario può aver generato un conflitto ovvero è fortemente avvertito il timore che esso venga ad esistere.

#### 4. Lo spazio dell'accertamento: *in limine litis* o in vista della transazione.

Gli aspetti differenziali tra accertamento, sentenza e transazione affacciano, alla luce di quanto detto sinora, robusti interrogativi circa l'opportunità della categoria dell'accertamento e della sua declinazione in termini negoziali.

Nel tentare di sviluppare una prospettiva che conferisca legittimazione a una figura talvolta svilita, pare cogliere nel segno quella dottrina che – con l'eleganza dello scritto abbinata al rigore metodologico – ha attribuito al contratto di accertamento carattere dichiarativo e struttura costitutiva<sup>36</sup>. Più nel

nativa che procedere alla eliminazione di quell'incertezza» (*ibidem*).

<sup>35</sup> Cfr. Cass., 29 gennaio 1991, n. 885, in *Nuova giur. civ.*, 1991, I, 449, con nota di C. GRANELLI, *Ricognizione e accertamento di debito*; e in *Corr. giur.*, 1991, 558, con nota di C. GRANELLI, *La cassazione ritorna sulla differenza tra ricognizione di debito e negozio di accertamento*, ove si legge che: «il negozio d'accertamento, anche se si limiti a stabilire l'esistenza e la consistenza di una singola obbligazione, deve necessariamente indicare il rapporto cui l'obbligazione stessa si ricollega».

<sup>36</sup> Cfr. R. NICOLÒ, *op. cit.*, 443: «il negozio di accertamento, nella sua forma tipica del riconoscimento negoziale, realizza una funzione dichiarativa attraverso una struttura costitutiva»; in termini identici, nella giurisprudenza di merito, Trib. Napoli, 3 febbraio 1973, riportata per esteso da E. PAOLINI, *Il contratto di accertamento*, Padova, 1997, 150.

*Contra*, Cass., 5 novembre 1968, n. 3658, in *Mass. Foro it.*, 1968, la quale ritiene di escludere «la natura costitutiva del negozio di accertamento, il quale non ha carattere innovativo della situazione giuridica preesistente, ma si limita a riconoscere la

dettaglio, secondo questa dottrina il negozio in parola avrebbe una funzione dichiarativa a fronte di un contenuto costitutivo.

Il rilievo di cui sopra viene fondato su basi sostanzialmente condivisibili. Col negozio di accertamento è difficile, infatti, ipotizzare che le parti intendano modificare il negozio originario. Ove ciò accadesse, invero, sarebbe improbo confinare l'atto di autonomia nell'area del (mero) accertamento, il quale, anche solo terminologicamente, esercita la suggestione del minimo intervento sul rapporto originario in uno con l'idea dell'intangibilità del nucleo essenziale del rapporto.

Al contempo, è disagiata derubricare nell'area dell'irrelevanza la regola posta col negozio di accertamento, se non altro perché essa integra, costituendo la *regula iuris* del rapporto non più incerto, quella su cui è intervenuta.

In altri termini, appare del tutto inverosimile che la regola generata dall'accertamento sia priva del tratto della cogenza.

Delineati quelli che potrebbero essere i profili distintivi del negozio di accertamento, deve ora tratteggiarsi – o almeno tentare ciò – uno spazio di operatività, discendendone il senso della sua esistenza nell'ordinamento giuridico.

In questa analisi tornano utili le riflessioni sopra svolte in ordine al rapporto tra negozio e processo. Infatti, la principale, se non l'unica area di operatività della categoria è rappresentata da quelle vicende nelle quali l'incertezza sta per dischiudere un conflitto. È tale la vicenda nella quale l'incertezza è in procinto di generare la lite e le parti, *in limine litis*, addivengono a un tempo a chiarire il rapporto, con ciò evitando l'insorgenza della lite.

Si è consapevoli del fatto che una tale ricostruzione, per la labilità e, viepiù, la potenziale indistinguibilità dei confini, possa prestare il fianco a obiezioni circa il difficile riscontro di tale perimetro operativo.

Ebbene, però, un accertamento avulso da un conflitto anche solo potenziale appare davvero poco probabile. L'istanza di fare chiarezza nasce di regola da un contrasto che, anche se solo abbozzato, denota la potenziale situazione di conflitto sulla quale si ritiene opportuno un intervento preventivo.

Insomma, l'accertamento non è declinabile come attività unicamente rivolta a dirimere incertezze per amore della verità. Quest'ultima è ancillare rispetto al pericolo della lite che si intende scongiurare.

La conferma di quanto sopra si ha con la cristallizzazione del rapporto. Infatti, una volta che il ne-

esplicazione, con funzione dichiarativa, nella sua essenza. Con il che questo si diversifica nettamente dalla transazione, nella quale si verifica in ogni caso un effetto costitutivo».



gozio abbia rimediato all'incertezza il titolo non è impugnabile con riguardo ai profili sui quali si è sviluppata l'attività accertativa.

**4.1.L'art. 2643, n. 12-bis, c.c., e la possibilità che l'accertamento dell'usucapione avvenga direttamente dinanzi al notaio senza l'esperimento del procedimento di mediazione.**

Una conferma della proposta ricostruttiva appena avanzata è esemplarmente offerta dalla possibilità di addivenire ad un accertamento dell'usucapione dinanzi al notaio senza l'esperimento del procedimento di mediazione.

La tematica, com'è noto, risulta assai disputata. Prima di indagare tale centrale profilo, preme ritornare per un doveroso approfondimento sul numero 12-bis dell'art. 2643 c.c., introdotto con l'art. 84-bis del D.L. 21 giugno 2013, n. 69, convertito in l. 9 agosto 2013, n. 98, a mente del quale sono suscettibili di trascrizione «gli accordi di mediazione che accertano l'usucapione con la sottoscrizione del processo verbale autenticata da un pubblico ufficiale a ciò autorizzato»<sup>37</sup>. Come acutamente osservato, l'introduzione di tale disposto va correlata alla previsione del 2010<sup>38</sup> che sanciva l'obbligatorietà del

tentativo di mediazione come condizione di procedibilità di svariate controversie civili, ivi comprese quelle in materia di diritti reali<sup>39</sup>.

L'intervento del 2013 nasceva per porre rimedio a una incresciosa situazione così riassumibile. In avvio di una lite in tema di usucapione, le parti, obbligate al previo esperimento del tentativo di mediazione, concluso positivamente quest'ultimo formalizzavano l'accordo ma vedevano respinte dal Conservatore dei Registri Immobiliari le relative istanze di trascrizione sul rilievo della tassatività degli atti trascrivibili.

Si comprende, allora, che la novella del 2013 era deputata a fronteggiare le numerose criticità emerse nel pur breve lasso di tempo nel quale si era potuta apprezzare l'incidenza della riforma del 2010.

Ciò detto, da un'attenta analisi si può osservare che la disciplina del 2013 ha finito invero per impattare fortemente su profili di teoria generale che sembravano cristallizzati. Si intende dire, in altri termini, che in conseguenza di essa è parsa revocata in dubbio la sedimentata concezione dell'usucapione quale modalità di acquisto della proprietà a titolo originario. Non meno controversa è risultata, poi, la qualificazione della pubblicità dell'accordo<sup>40</sup>, non essendo pacifico che si tratti di pubblicità dichiarativa<sup>41</sup> o notizia<sup>42</sup>, ovvero una pubblicità costitutiva *sui generis*<sup>43</sup>.

<sup>37</sup> Sovente il n. 12-bis, in punto di tecnica normativa, è accostato – non senza perplessità – al n. 2-bis del medesimo art. 2643, dedicato ai «diritti edificatori». In argomento, cfr. G. AMADIO, *I diritti edificatori: la prospettiva del civilista*, in *I quaderni della Fondazione Italiana per il Notariato*, n. 3, 2011, 42 ss.; G. TRAPANI, *Normative speciali e circolazione dei diritti edificatori*, in *Notariato*, 2011, 411 ss.; E. SMANIOTTO, *La cubatura e la trascrizione della cessione di cubatura*, in *Imm. propr.*, 2012, 374 ss.; S. MEUCCI, *Diritti edificatori e regole di circolazione*, Padova, 2012; R. TRIOLA, *I diritti edificatori e la c.d. cessione di cubatura*, in *Tratt. dir. imm.*, diretto da G. Visintini, II, *I diritti reali limitati e la circolazione degli immobili*, Padova, 2013, 77 ss.; A. ALAMANNI, *Riflessioni a margine della controversa questione del trasferimento dei diritti edificatori: bene o nuovo diritto?*, in *Contr. impr.*, 2014, 653 ss.; P. SIRENA, *La trascrizione dei contratti che costituiscono, trasferiscono o modificano diritti edificatori*, in *Osserv. dir. civ. e comm.*, 2014, 301 ss.

<sup>38</sup> L'attuale art. 5, comma 1-bis del d.lgs. 4 marzo 2010, n. 28 («in materia di mediazione finalizzata alla conciliazione delle controversie civili e commerciali») dispone che chi intenda «esercitare in giudizio un'azione relativa a una controversia in materia», tra l'altro, di «diritti reali [...] è tenuto [...] preliminarmente a esperire il procedimento di mediazione». Com'è noto, la Corte costituzionale ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 5, comma 1 del d.lgs. n. 28 del 2010 per eccesso di delega (Corte cost., 6 dicembre 2012, n. 272, tra l'altro, in *Giust. civ.*, 2013, I, 10 ss., con nota di G. FINOCCHIARO, *Osservazioni minime a margine della dichiarazione di illegittimità costituzionale della c.d. «mediazione obbligatoria»*). Successivamente, l'art. 84, comma 1, d.l. 21 giugno 2013, n. 69, convertito in l. 9 agosto 2013, n. 98 (c.d. decreto del fare), ha reinserto nel corpo del decreto legislativo il

disposto dell'art. 5, comma 1, ma lo ha rinumerato come art. 5, comma 1-bis.

<sup>39</sup> L. FOLLIERI, *op. cit.*, 203 ss.

<sup>40</sup> L. FOLLIERI, *op. cit.*, 210 ss.

<sup>41</sup> Prospettiva prescelta dalla giurisprudenza. Cfr., Trib. Macerata, 28 agosto 2015, in *Riv. not.*, 2016, 295 ss. (con nota di G. BARALIS, *Brevi note in tema di pubblicità ex art. 2643 n. 12 bis*); considerazioni sui rapporti fra il sistema della pubblicità immobiliare “1942” e la novellazione successiva, cit.), chiaramente nel senso dell'efficacia dichiarativa della trascrizione, essendo tale accordo opponibile ex artt. 2644 e 2650 c.c., vale a dire (soltanto) ai terzi che abbiano trascritto (o iscritto) i loro acquisti successivamente; App. Reggio Calabria, 12 novembre 2015, in *Vita not.*, 2016, 129 ss.; e in *Riv. not.*, 2015, 1313 ss. [secondo cui all'accordo conciliativo in materia di usucapione si applicano gli artt. 2644 e 2650 c.c., per cui esso non è opponibile né al creditore pignorante, né al creditore ipotecario che abbiano precedentemente trascritto (o che, anche avendo trascritto successivamente, possano beneficiare del disposto del 2° co. dell'art. 2650 c.c. in assenza di un titolo di proprietà – o di un altro diritto reale – trascritto a favore del dante causa dell'usucapiente). Infatti, il verbale di conciliazione «non è comunque assimilabile, quanto agli effetti, alla sentenza di accertamento dell'usucapione, la cui trascrizione è disciplinata dall'art. 2651 c.c.», sicché «agli accordi de quibus non si applica il consolidato orientamento giurisprudenziale (...), secondo cui in caso di conflitto tra avente causa del precedente proprietario ed usucapiente non prevale chi ha trascritto per primo il suo titolo di acquisto, ma prevale colui che ha acquistato a titolo originario anche in caso di mancata trascrizione della sentenza di accertamento (dato il valore di mera pubblicità notizia assegnato alla pubblicità di cui all'art. 2651 c.c.)»]; Trib. Parma, 25 giugno 2015, n. 1046, a quanto consta inedita (ove si



Posti questi rilievi introduttivi, nel delineare gli aspetti contenutistici della previsione in discorso la dottrina che più ha indagato il tema ha correlato agli accordi di mediazione un effetto dispositivo quantomeno implicito. In altri termini, ad avviso di questa dottrina, all'affermazione del diritto reale sul bene di una parte corrisponde la mancata opposizione e/o riconoscimento dell'altrui diritto dell'altra. Insomma, più che di accertamento vero e proprio, l'acquisto discende da un "atto dispositivo" del titolare formale<sup>44</sup>.

Corollario di tale impostazione è la coerente collocazione della disposizione normativa *de qua* negli atti soggetti alla pubblicità dichiarativa, avendo natura derivativa l'acquisto pubblicizzato e venendo nondimeno in rilievo istanze di tutela dei terzi<sup>45</sup>.

legge che l'accordo conciliativo «avrà ad oggetto l'accertamento tra le parti dei presupposti su cui si fonda l'usucapione con effetti preclusivi tra le parti stesse e loro aventi causa. Rispetto ai terzi, invece, l'opponibilità dell'accordo stesso seguirà le regole degli acquisti a titolo derivativo disciplinati dagli artt. 2644 e 2650 cod. civ.»); Trib. Lecce, 8 gennaio 2016, in *Contratti*, 2017, p. 71 ss. (con nota di V. BRIZZOLARI, *La trascrizione del verbale di conciliazione relativo all'accertamento dell'acquisto per usucapione*, cit.) che, dopo aver rimarcato la differenza tra gli accordi di mediazione e l'accertamento giudiziale dell'usucapione quanto all'efficacia della rispettiva pubblicità, ha precisato che la trascrizione degli accordi di mediazione accertativi dell'usucapione ben può essere negata «tutte le volte che risulti *ictu oculi* che le parti abbiano accertato una realtà diversa da quella effettiva, procedendo consapevolmente ad un accertamento di comodo di una usucapione del tutto fasulla».

<sup>42</sup> Esempio di pubblicità notizia è la trascrizione di cui all'art. 2651 c.c. In argomento, cfr. R. NICOLÒ, *La trascrizione*, I, Milano, 1973, 104; F. GAZZONI, *La trascrizione degli atti e delle sentenze*, in *Trattato della trascrizione*, Torino, 2012, vol. I, t. II, 442 ss.; R. TRIOLA, *Della tutela dei diritti. La trascrizione*, in *Tratt. dir. priv.* Bessone, IX, 2ª ed., Torino, 2004, 159; A. ZACCARIA - S. TROIANO, *Gli effetti della trascrizione*, Torino, 2005, 135, 137; G. PETRELLI, *L'evoluzione del principio di tassatività nella trascrizione immobiliare. Trascrizioni, annotazioni, cancellazioni: dalla «tassatività» alla «tipicità»*, Napoli, 2009, 414 ss.

<sup>43</sup> Per R. CORRADO, *La pubblicità nel diritto privato*, Torino, 1947, 290 ss., la pubblicità costitutiva si avrebbe quando l'atto segnalativo rientra fra gli elementi principali o fondamentali di una fattispecie, cioè tra quegli elementi che costituiscono la causa immediata del mutamento giuridico; e si distinguerebbe in pubblicità costitutiva con efficacia normale ed in pubblicità costitutiva con efficacia particolare, a seconda che le vengano attribuiti mutamenti autonomi o che invece essa debba influire sul mutamento causato dal fatto segnalato per confermarlo o sanarlo.

<sup>44</sup> Sul contenuto proprio dell'accordo di cui all'art. 2643, n. 12-bis, c.c., L. FOLLIERI, *op. cit.*, spec. 203 ss.

<sup>45</sup> Non è mancato, peraltro, chi è giunto a conclusioni di segno opposto. Si è argomentato per la trascrivibilità ai sensi dell'art. 2643, n. 13, c.c., in ragione del rapporto di «somiglianza» tra il negozio di accertamento ed il contratto di transazione [cfr. Trib. Como, sez. dist. Cantù, 2 febbraio 2012; in favore della trascrivibilità anche Trib. Palermo, sez. dist. Bagheria, 30 dicembre 2011]. In dottrina, D. DALFINO, *Note in tema di negozio di accertamento e trascrivibilità dell'accordo di conciliazione*

Quanto alla trascrivibilità del negozio di accertamento dell'usucapione al di fuori del procedimento di mediazione, la riflessione svolta da questa dottrina – in linea con le premesse metodologiche da cui muove – si orienta nella direzione dell'esclusione di una siffatta possibilità. In particolare, si osserva che il richiamo all'art. 2645 c.c.<sup>46</sup> risulterebbe inconferente, dal momento che tale disposto opera per atti o provvedimenti diversi per struttura – unilaterali e non già contrattuali – o per particolari caratteristiche – natura amministrativa o giurisdizionale e non anche convenzionale – da quelli indicati nell'art. 2643 c.c.<sup>47</sup>

Nel dettaglio, l'intrascrivibilità di un accordo accertativo dell'usucapione al di fuori del procedimento di mediazione viene fondata sull'individuazione del processo verbale di conciliazione quale titolo per la trascrizione, nonché nella valorizzazione del procedimento di mediazione quale contesto (*id est*: requisito) indispensabile per la pubblicità del negozio di accertamento<sup>48</sup>.

Infine, i dubbi di questa non isolata dottrina sulla legittimità di un accordo di usucapione senza mediatore si radicano nel presunto carattere premiale della mediazione, che non ne consentirebbe una applicazione al di fuori dei casi espressamente previsti<sup>49</sup>.

*sull'intervenuta usucapione*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2012, spec. 1303 ss. (che invoca la somiglianza tra il negozio di accertamento e la transazione, in quanto figure che costituiscono entrambe manifestazioni del potere dispositivo riconosciuto dall'ordinamento ai privati e che hanno entrambe la medesima funzione di prevenire o superare la lite); o chi ha sostenuto che l'accordo in discussione possa essere trascritto con finalità meramente notiziali ex art. 2651 c.c., oppure ai sensi della generale legge fiscale, per il rinvio operato dall'art. 2672 c.c. (su tutti, F. GAZZONI, *La trascrizione degli atti e delle sentenze*, in *Trattato della trascrizione*, diretto da E. Gabrielli e F. Gazzoni, Torino, 2012, vol. I, 458).

<sup>46</sup> Disposto normativo di non semplice inquadramento. Sul disorientamento della dottrina all'indomani dell'introduzione dell'art. 2645, B. MARIANI, *L'art. 2645 del codice civile*, in *Riv. not.*, 1947, 479 ss.

<sup>47</sup> L. FOLLIERI, *op. cit.*, 259 ss.

<sup>48</sup> L. FOLLIERI, *op. cit.*, 267 ss.

<sup>49</sup> L. FOLLIERI, *op. cit.*, 267 ss.; G. BARALIS, *Brevi note in tema di pubblicità ex art. 2643 n. 12 bis; considerazioni sui rapporti fra il sistema della pubblicità immobiliare "1942" e la novellazione successiva*, cit., 301 ss. (dove si legge che l'accertamento ex art. 2643, n. 12 bis, c.c. è eccezionale, perché «si qualifica per la natura necessariamente mediatoria: in un certo senso, il procedimento mediatorio "simula" un accertamento potenzialmente contenzioso che viene risolto, però, pacificamente con le forme complesse della mediazione, cui segue una trascrizione correlata agli acquisti a titolo derivativo. Questa procedura configura un meccanismo retto da attenzioni e cautele per la ragione fondante che sostanzialmente "sostituisce" un acquisto a titolo originario cui si correla la perdita della proprietà; a ciò si aggiunga anche la funzione "premiante" che il legislatore vuole assegnare alla procedura mediatoria», per cui «non sarà trascrivibile – pur essendo valida ed efficace tra le parti – una con-



È evidente che una risposta di segno contrario, e perciò positiva al quesito, reclama di superare le obiezioni in punto di disciplina applicabile<sup>50</sup>. Per verificare la solidità di queste ultime, si rende necessaria una concisa riflessione sui profili funzionali della conciliazione.

Essa, nell'ambito dei mezzi di risoluzione delle controversie, si presenta come alternativa negoziale alla giustizia. In caso di esito positivo del procedimento, le parti giungono ad un atto di natura regolamentare che esse sottoscrivono, rendendolo vincolante e risolutivo del conflitto. La conciliazione costituisce un percorso nel quale il mediatore intercede tra i litiganti affinché essi trovino un adeguato contemperamento tra gli opposti interessi. Nella prospettiva di favorire il ricorso alla mediazione, il d.lgs. 4 marzo 2010, n. 28<sup>51</sup> – sulla cui filosofia informatrice non hanno inciso i successivi interventi normativi – ha previsto una disciplina di favore per incentivare l'uso di tale istituto, senza nascondere un intento deflattivo del contenzioso dinanzi alla magistratura ordinaria.

Una ricostruzione interamente piegata su tale carattere, per le ragioni appresso indicate, non appare totalmente soddisfacente. Se infatti è indubbia la finalità deflattiva cui mira la mediazione, non meno rilevante è la valorizzazione della persona quale entità che precede la parte. La mediazione, in altri termini, diventa occasione di realizzazione di alti valori di cooperazione e condivisione, di confronto ed incontro degli interessi in gioco, in una prospettiva costituzionalmente orientata.

L'attività del mediatore consiste, allora, nel fare emergere tali interessi affinché essi trovino compimento nel contratto. Ma il prodotto dell'attività del mediatore è univocamente riferibile alle parti, similmente al contratto concluso senza l'intervento del mediatore.

Se la premialità di cui si è detto è unicamente rivolta a deflazionare il contenzioso convogliandolo nel procedimento di mediazione, non si comprende perché non possa giungersi ad un accertamento di usucapione dinanzi al notaio senza mediatore, po-

venzione semplicemente ricevuta dal notaio che accerti l'avvenuta usucapione»).

<sup>50</sup> G. BARALIS, *L'accertamento negoziale dell'usucapione nell'ambito della mediazione riformata: il senso della trascrizione e i problemi connessi*, in *Riv. dir. civ.*, 2014, I, 1396. Sul punto si veda pure M. SARACENO, *La trascrizione dei negozi di accertamento dell'usucapione nell'ambito del procedimento di mediazione*, in *Riv. dir. civ.*, 2016, 238, il quale non prende posizione in merito pur prospettando i rischi di un rifiuto di trascrizione da parte dei Registri Immobiliari.

<sup>51</sup> Sulla novella, in termini critici, cfr. G. PALERMO, *Mediazione e conciliazione. Riflessioni sulla disciplina introdotta dal D.L. 4.3.2010 n. 28*, in *Riv. not.*, 2012, 545, il quale esprime delle perplessità sulla medesima analizzandola nel prisma dell'art. 24 della Costituzione.

tendo quest'ultimo assicurare il rispetto dei valori sopra riferiti. Le due fattispecie sono chiaramente accomunate in punto di *ratio*, e dunque non si giustifica una disparità di trattamento. A tacere, poi, del fatto che ad essere pubblicizzato nell'ipotesi recata dal n. 12-bis non è il procedimento di mediazione, bensì l'accordo concluso nell'ambito di tale procedimento<sup>52</sup>.

Vi è poi un argomento di ordine testuale a sostegno della tesi affermativa. Ci si riferisce all'art. 5, comma 3, del d.l. 12 settembre 2014, n. 132 (conv. in l. 10 novembre 2014, n. 162), in tema di negoziazione assistita. Tale disposizione prevede che «se con l'accordo le parti concludono uno dei contratti o compiono uno degli atti soggetti a trascrizione, per procedere alla trascrizione dello stesso la sottoscrizione del processo verbale di accordo deve essere autenticata da un pubblico ufficiale a ciò autorizzato».

Ora, l'ampiezza di contenuto della disposizione apre all'eventualità, niente affatto peregrina, che si proceda ad una negoziazione assistita che accerti l'usucapione mediante la presenza degli avvocati e del notaio. E ciò – preme ribadirlo – rende ancora meno chiare le ragioni per le quali non possa accertarsi l'usucapione direttamente dal notaio senza passare per la mediazione.

## 5. L'efficacia dell'accertamento: sul c.d. effetto preclusivo.

Tra i profili di maggiore rilevanza e foriero di interrogativi in materia di negozio di accertamento va certamente considerato quello dell'efficacia. Si è detto in precedenza che, per lungo tempo, il crinale discrezionale in punto di efficacia del negozio di accertamento era quello tra efficacia dichiarativa ed efficacia dispositiva. L'elaborazione dottrinale sul negozio di accertamento ha visto emergere con sempre più dirompenza ricostruzioni tendenti ad equiparare l'atto di autonomia agli effetti del giudicato della sentenza, giungendo ad affermarne l'effetto c.d. preclusivo.

<sup>52</sup> Così M. SANNINO, *Ancora in tema di trascrivibilità del negozio di accertamento*, cit., 6 e 8. *Contra*, L. FOLLIERI, *Aspetti dell'accertamento convenzionale dell'usucapione*, in *Dibattito sulle ricerche della dottrina civilistica nel biennio 2017-2018*, a cura di D. Mantucci, G. Perlingieri, M. D'Ambrosio, Napoli, 2021, 574, nt. 26, per il quale "...va detto che il titolo che si forma in sede mediatoria può dirsi un *quid* di diverso rispetto ai titoli idonei alla trascrizione ai sensi dell'art. 2657 c.c.: il processo verbale di mediazione successivamente autenticato dal notaio non sembra, infatti, assimilabile né all'atto pubblico, né alla scrittura privata con sottoscrizione autenticata, distinguendosi per un «rafforzamento» della forma».

In altri termini, quando le parti rimuovono l'incertezza andrebbero a precludersi la riproposizione in giudizio di questioni riguardanti i diritti e/o gli obblighi definiti con il contratto di accertamento<sup>53</sup>.

La bontà o meno dell'accostamento discende dalla verifica della sussistenza di una medesima ragione giustificatrice nelle due fattispecie<sup>54</sup>. Ora, con riferimento alla preclusione propria del giudicato della sentenza, essa si collega al principio del *ne bis in idem* e, dunque, opera essenzialmente sul versante processuale. Tale principio, com'è noto, garantisce che il giudice non venga investito di una questione che ha già costituito oggetto di una sua pronuncia.

Attraverso questo principio viene data adeguata tutela a molteplici interessi, dalla certezza del diritto – che verrebbe compromessa dalla compresenza di giudicati contraddittori – alla celerità della giustizia – che verrebbe chiamata a pronunciarsi sulle medesime questioni, generando così notevole arretrato.

La preclusione conseguente al negozio di accertamento presenta invero caratteristiche diverse. Essa è infatti l'espressione del principio recato dall'art. 1372, comma 1, c.c. Quando le parti accertano pongono fine all'incertezza e, con essa, all'incertezza del rapporto. Quest'ultimo si presta all'intelligibilità cui si è pervenuti col negozio di accertamento che ha estinto l'incertezza e – quanto meno in senso figurativo – il rapporto originario e la nebulosità che lo circondava.

Insomma, la preclusività propria del giudicato di una sentenza non si rinviene nella fattispecie qui indagata. La radicale differenza sopra precisata suggerisce, perciò, di revocare in dubbio l'opportunità di evocare in questa sede il c.d. effetto preclusivo.

Successivamente alla definizione di un negozio di accertamento, a ben vedere, alle parti che lo hanno convenuto è inibito di ribaltare i profili chiariti in ragione del naturale atteggiarsi dei rapporti contrattuali e dell'impegnatività che da essi deriva.

<sup>53</sup> Sull'effetto c.d. preclusivo, ma più in generale sull'efficacia giuridica, non si può prescindere dalla considerazione dell'opera di A. FALZEA, voce *Efficacia giuridica*, in *Enc. dir.*, Milano, 1965, 168 e 178 ss. Secondo l'Illustre Maestro, infatti, l'efficacia giuridica preclusiva si caratterizza perché i fatti che la producono prescindono dalle situazioni giuridiche pregresse, assorbendo sul piano sostanziale ogni loro effetto ulteriore. Tali fatti, invero, possono essere rivolti a rimuovere l'incertezza causata dal decorso del tempo ovvero a quella conseguente alla contestazione.

<sup>54</sup> G. BARALIS, *L'accertamento negoziale dell'usucapione nell'ambito della mediazione «riformata»: il senso della trascrizione e i problemi connessi*, in *Riv. dir. civ.*, 2014, I, 1371 ss.

Ciò che, sul versante processuale, assicura il principio del *ne bis in idem*, sul piano sostanziale è possibile grazie al principio *pacta sunt servanda*<sup>55</sup>.

## 6. La pubblicità degli atti di accertamento e la natura delle norme in tema di trascrizione.

A questo punto dell'indagine la ricostruzione dogmatica dell'istituto sopra esposta reclama la verifica delle modalità attraverso le quali assicurare adeguata pubblicità a tale tipologia di atti. La questione interseca il tema della presunta eccezionalità delle norme previste in tema di trascrizione<sup>56</sup>, dove si mescolano il principio del c.d. consenso traslativo e la circolazione della ricchezza immobiliare<sup>57</sup>.

Il discorso, benché l'evoluzione cui si sta assistendo testimoni il sempre maggiore rilievo della ricchezza mobiliare – si pensi alle partecipazioni societarie ma soprattutto alle quote di fondi di investimento e via discorrendo – mantiene sempre una sua rilevanza<sup>58</sup>. La tematica richiederebbe una trattazione autonoma e separata, incompatibile con le dimensioni quantitative del presente contributo.

Per tale motivo si darà sinteticamente conto del dibattito dottrinale e successivamente si delineeranno i profili di maggiore pertinenza col discorso che si sta sviluppando.

Secondo un primo orientamento, autorevolmente sostenuto, la trascrizione è istituto di carattere eccezionale in quanto derogatorio del principio del c.d. consenso traslativo. Pertanto, ogni estensione del suo ambito operativo è rimessa unicamente al legislatore, dal momento che ove si consentisse ai pri-

<sup>55</sup> G. BENEDETTI, *Il contratto in generale. La rescissione*, VIII, in *Tratt. dir. priv.* Bessone, Torino, 2007, 17, osserva, in modo incisivo, che «Pacta sunt servanda esprime assieme, già sempre, efficacia e fondamento del contratto».

<sup>56</sup> Per un'approfondita analisi storica dell'istituto, V. COLORNI, *Per la storia della pubblicità mobiliare e immobiliare*, Milano, 1954 (con ristampa inalterata datata 1968).

<sup>57</sup> Sul punto, si inserisce il tema dell'opponibilità. Tale termine esprime «la necessità di soluzione di conflitti fra più titoli attraverso una valutazione di prevalenza di alcuni su altri incompatibili»: così G. VETTORI, voce *Opponibilità*, in *Enc. giur.* Treccani, XXI, Roma, 1999, 4. Sempre sull'opponibilità, ID., *Efficacia ed opponibilità del patto di preferenza*, Milano, 1988, 145 ss.

Con riguardo al problematico coordinamento fra consenso traslativo e regola di priorità della trascrizione, cfr., G. VETTORI, *Consenso traslativo e circolazione dei beni. Analisi di un principio*, 1995, spec. 45 ss.; E. FERRANTE, *Consensualismo e trascrizione*, Padova, 2008, spec. 105 ss.

<sup>58</sup> Per una verifica circa l'importanza e la centralità della circolazione della ricchezza per il legislatore del '42, si veda, in luogo di molti, F. GALGANO, *Negozio giuridico (Premesse problematiche e dottrine generali)*, in *Enc. dir.*, XXVII, Milano, 1977, 941.



vati di incidere sugli atti trascrivibili vi sarebbe il pericolo di una pubblicità di eventi non rilevanti ai fini della circolazione immobiliare<sup>59</sup>, con ciò vanificando le meritevoli istanze di razionalità del sistema pubblicitario.

Altra dottrina, muovendo in direzione opposta a quella ora riferita, ritiene invece che il principio del consenso traslativo non sia affatto un dogma insuperabile<sup>60</sup>, che le norme in tema di trascrizione non siano affatto eccezionali e che, pertanto, si debba procedere con un'interpretazione non solo estensiva, ma anche analogica delle stesse, idonea a ricomprendere tutti gli atti che incidano sulla circolazione immobiliare e corrispondenti ai medesimi interessi tutelati dall'attuale normativa<sup>61</sup>.

<sup>59</sup> Assertore di siffatto orientamento è senza dubbio F. GAZZONI, *La trascrizione degli atti e delle sentenze*, in *Tratt. trascr.* G. Gabrielli e F. Gazzoni, Torino, 2012, I, I, 479-480; in tal senso anche R. TRIOLA, *Art. 2643 – Atti soggetti a trascrizione*, in G. Bonilini e A. Chizzini (a cura di), *Della tutela dei diritti*, in *Comm. c.c.* Gabrielli, Torino, 2015, 7 e G. MARICONDA, *Le pubblicità*, Napoli, 2005, 67, il quale parla di illegittimo ampliamento della sua operatività; più di recente sempre ID., *Rapporto tra pubblicità legali: concorso e conflitto tra risultanze dei pubblici registri*, in AA.VV., *Pubblicità degli atti e delle attività*, Napoli, 2014, 37 ss.; anche R. LENZI, *Disciplina delle pubblicità legali tra interesse alla conoscibilità e interesse alla riservatezza*, *ivi*, 19 ss., chiede cautela nell'ampliamento delle fattispecie trascrivibili e pubblicizzabili quanto meno nell'ottica del fondamentale diritto alla riservatezza.

<sup>60</sup> Si veda sul punto E. FERRANTE, *op. cit.*, 65 ss., il quale ritiene che una lettura dell'ordinamento miope e unilaterale ha posto tra i principi del consensualismo e delle norme di conflitto una relazione in termini di regola ed eccezione, laddove invece queste ultime sono rette da una ratio unitaria e prevalente rispetto a quella del consensualismo, il che contribuisce a farne un sistema potenzialmente espansivo.

<sup>61</sup> G. PETRELLI, *L'evoluzione del principio di tassatività nella trascrizione immobiliare*, Napoli, 2009, 14, il quale sottolinea come la tesi della tassatività contrasti con gli orientamenti desumibili dal c.d. diritto vivente in quanto è «frequente, innanzitutto, l'impiego di soluzioni “largheggianti” da parte di dottrina e giurisprudenza in casi concreti per i quali la legge non prevede espressamente la trascrizione, con la conseguente ammissione della trascrivibilità di diritti reali “atipici”, obbligazioni *propter rem*, regolamenti condominiali, atti d'obbligo, convenzioni urbanistiche e vincoli “atipici”, domande giudiziali non previste dalla legge, cessioni di posizioni contrattuali, fattispecie modificative o estintive di situazioni giuridiche già segnalate, accertamenti negoziali, ecc.»; ID., *Trascrizione immobiliare e Costituzione*, in *Riv. dir. civ.*, 2014, 103 ss., ancora lo stesso autore afferma che bisogna abbandonare le residue suggestioni provenienti da un modello ormai superato, ad esempio adottando senza timori una nuova metodologia giuridica, fondata sull'interpretazione sistematica, assiologica e costituzionalmente orientata; ID., *Pubblicità legale e trascrizione immobiliare, tra interessi privati e interessi pubblici*, *ivi*, 2009, 689 ss.; ID., *Trascrizione immobiliare, Costituzione Repubblicana e Convenzione Europea dei diritti dell'uomo*, in AA.VV., *Pubblicità degli atti e delle attività*, cit., 47 ss.; ID., *Questioni generali e problemi aperti in materia di trascrizione immobiliare*, in *Riv. not.*, 2013, 749 ss.; ID., *Trascrizione immobiliare e Convenzione Europea dei diritti dell'uomo*, in *Riv. dir. civ.*, 2014, 329 ss.

In posizione intermedia si pone chi reputa, tuttavia, di poter adottare una linea interpretativa più equilibrata, che ritenendo possibili interpretazioni estensive (ma non necessariamente analogiche) riesce a coniugare le istanze sottese alla disciplina dettata per la trascrizione.

Tra le varie ricostruzioni in campo appare cogliere nel segno quella tesi, autorevolmente avallata dalla dottrina sia notarile che accademica<sup>62</sup>, che tende verso un'apertura del sistema legislativo della trascrizione attraverso il superamento del principio di stretta legalità in materia di formalità pubblicitarie.

La disciplina della trascrizione sarebbe regolata non già dal principio della tassatività degli atti soggetti a trascrizione, bensì da quello della tassatività degli effetti. Non si tratterebbe, quindi, di estendere la pubblicità a situazioni affini, analoghe o assimilabili ma ad atti sostanzialmente identici sotto il profilo degli effetti<sup>63</sup>.

Da quanto appena detto ci si avvede di come la trascrizione del negozio di accertamento avente ad oggetto diritti reali immobiliari, tra le varie criticità generate dalla figura, rappresenti quella che maggiormente balza all'attenzione per i suoi innegabili risvolti pratici.

La questione segna il punto di incontro tra due tematiche di grande interesse e indubbia complessità, vale a dire la natura del negozio di accertamento e quella della natura delle norme in tema di trascrizione.

È possibile affermare che la trascrivibilità oppure no del negozio di accertamento – dall'entrata in vigore del codice civile e almeno fino al d.lgs. 4 marzo 2010, n. 28<sup>64</sup> – è stata prevalentemente negata in virtù della natura dichiarativa assegnata al negozio in parola.

Il negozio di accertamento – si affermava – non determinando la costituzione o il trasferimento di diritti reali, non è soggetto alla formalità della trascrizione. Tale posizione vedeva concordi tanto gli studiosi del negozio di accertamento<sup>65</sup> quanto quelli

Precedentemente sul tema già V. IVONE SALVO, *Nuove funzioni della trascrizione nel sistema della pubblicità*, Napoli, 2002 e M. FRANCESCA, *Pubblicità e nuovi strumenti di conoscenza*, Napoli, 2003.

<sup>62</sup> Cfr. da ultimo P. PERLINGIERI, *Chiusura dei lavori*, in AA.VV., *Pubblicità degli atti e delle attività*, Napoli, 2014, 502 ss.

<sup>63</sup> In questi termini R. LENZI, *Disciplina delle pubblicità legali*, in AA.VV., *Pubblicità degli atti e delle attività*, cit., 19 ss.

<sup>64</sup> G. PALERMO, *op. cit.*, 545.

<sup>65</sup> L. CARIOTA FERRARA, *op. cit.*, 298; A. CATRICALÀ, *Accertamento (negozio di)*, in *Enc. giur.* Treccani, I, Roma, 1988, 3 e 5; E. PAOLINI, *op. cit.*, 112 ss.; ID., *Effetti, forma e trascrizione del contratto di accertamento*, in *Contratti*, 1996, 520; R. FERCIÀ, *Accertamento (negozio di)*, in *Dig. disc. priv.*, Sez. civ., agg. VII, Torino, 2012, 35 e 41.



della trascrizione<sup>66</sup>, e risultava altresì avallata dalla giurisprudenza<sup>67</sup>.

In posizione per così dire intermedia si poneva chi apriva alla trascrizione non già per gli effetti di cui all'art. 2644 c.c., bensì in funzione di mera pubblicità notizia.

110 In altre parole, la trascrizione non era da effettuarsi ai fini di opponibilità, ma solo per assicurare la veridicità dei dati risultanti dai registri immobiliari. Ad onor del vero tali autori, per suffragare tale affermazione relativamente al negozio di accertamento dell'avvenuto acquisto per usucapione, suggerivano di ricorrere alla pubblicità prevista dall'art. 2651 c.c. dettata per la sentenza di usucapione.

Un'altra opinione, minoritaria in dottrina<sup>68</sup>, affermava invece che il negozio di accertamento andasse trascritto ai sensi dell'art. 2645 c.c., a mente del quale «va reso pubblico ogni altro atto o provvedimento non contemplato dall'art. 2643 c.c. che produce in relazione a beni immobili o a diritti immobiliari taluno degli effetti dei contratti menzionati nell'art. 2643 c.c.».

A sostegno della tesi appena esposta si rileva che il negozio di accertamento, fissando una situazione di appartenenza reale, incide sulla medesima in senso lato modificandola. Questo tipo di incidenza, se è certo che non presenta la componente traslativa rilevante ai fini dell'art. 2643 c.c., comunque è idonea a rientrare nel disposto dell'art. 2645 c.c.

Il quadro succintamente delineato conferma la varietà di posizioni in dottrina, con ciò generando ulteriori incertezze.

Ad ogni modo è da rammentare come la trascrizione fondata sull'art. 2645 c.c. venga invocata da coloro che intravedono nel negozio di accertamento una potenziale efficacia traslativa<sup>69</sup>, dal momento che costoro accorciano sensibilmente le distanze tra negozio di accertamento e fattispecie rientranti nel perimetro applicativo dell'art. 2643 c.c.

<sup>66</sup> R. NICOLÒ, *La trascrizione*, I, Milano, 1973, 150 ss.; F. GAZZONI, *op. cit.*, 473 ss. (che riproduce il pensiero già espresso in ID., *La trascrizione immobiliare*, I, Milano, 1991 e II, Milano, 1993, in *Cod. civ. Comm.* Schlesinger); G. GABRIELLI, *La pubblicità immobiliare*, in *Tratt. dir. civ.* Sacco, Torino, 2012, 47.

<sup>67</sup> Cass., 22 agosto 1953, n. 2835, in *Rep. Foro it.*, 1953, voce *Trascrizione*, n. 10, dove si legge che «non sono soggetti a trascrizione gli atti che non siano traslativi di proprietà immobiliare, ma semplicemente ricognitivi di un preesistente diritto di proprietà»; App. Napoli, 25 ottobre 1962, in *Riv. giur. edil.*, 1963, I, 296, dove si legge che «il riconoscimento di un diritto reale non è compreso fra gli atti che debbono essere trascritti».

<sup>68</sup> W. BIGIARI, *Il regolamento di confini (vent'anni dopo)*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1951, 118.

<sup>69</sup> F. GAMBINO, *La potenziale efficacia traslativa del negozio di accertamento e le teorie della forma*, in *Contr. impr.*, 1999, 1316, nt. 92.

Sembra conferente e convincente il richiamo all'art. 2645 c.c., specie se si accoglie la ricostruzione sviluppata in questo contributo, secondo la quale il negozio di accertamento, inteso come negozio col quale le parti mirano a diradare l'incertezza che, altrimenti, può generare una lite, può comportare *latu sensu* la modificazione del regolamento di interessi da esse predisposto.

Ed allora la pubblicità di un effetto innovativo della situazione preesistente può ottenersi attraverso l'art. 2645 c.c. In questo modo viene data evidenza ad una modificazione percepita anche solo a livello fattuale, ed al contempo vengono appagate le istanze di correttezza, trasparenza e ragionevolezza alle quali certamente è rivolta la pubblicità immobiliare<sup>70</sup>.

## 7. Conclusioni.

Nel presente contributo si è tentato, attraverso una ricostruzione dell'istituto capace di compendiare le istanze dello studioso e quelle dell'operatore pratico, di addivenire ad una utile prospettazione del negozio (o contratto) di accertamento.

<sup>70</sup> Sul principio di ragionevolezza, limitatamente al diritto privato, cfr. almeno S. TROIANO, *La «ragionevolezza» nel diritto dei contratti*, Padova, 2005; A. RICCI, *Il criterio della ragionevolezza nel diritto privato*, Padova, 2007; S. PATTI, *Ragionevolezza e clausole generali*, Milano, 2013; F.D. BUSNELLI, *Ideforza costituzionali e nuovi principi: sussidiarietà, autodeterminazione, ragionevolezza*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2014, 19 ss.; F. PIRAINO, *Per una teoria della ragionevolezza in diritto civile, in Europa e dir. priv.*, 2014, 1287 ss.; G. PERLINGIERI, *Profili applicativi della ragionevolezza nel diritto civile*, Napoli, 2015, 1 ss.; G. VILLANACCI, *Al tempo del neoformalismo giuridico*, Torino, 2016, 71 ss.

La riflessione dei civilisti sulla ragionevolezza è comunque iniziata da quasi quarant'anni: cfr. G. CRISCUOLI, *Buona fede e ragionevolezza*, in *Riv. dir. civ.*, 1984, I, 709 ss. Quanto ai campi nei quali può trovare applicazione il c.d. principio di ragionevolezza, L. PALADIN, voce *Ragionevolezza (principio di)*, in *Enc. dir.*, Aggiornamento, I, Milano, 1997, 901, il quale afferma l'inesistenza di un comune «principio di ragionevolezza».

A livello ricostruttivo, è noto che la tesi più diffusa riconduce la ragionevolezza alle clausole generali. In tal senso, *ex multis*, v. L. NIVARRA, *Ragionevolezza e diritto privato*, in *Ars interpretandi*, Padova, 2002, 373; C. SCOGNAMIGLIO, *L'interpretazione, in I contratti in generale*, 2, II, a cura di E. Gabrielli, in *Trattato dei contratti*, diretto da P. Rescigno e E. Gabrielli, Torino, 2006, 1073; ID., *Clausole generali e linguaggio del legislatore: lo standard della ragionevolezza nel d.p.r. 24 maggio 1988, n. 224*, in *Quadrimestre*, 1992, 65 ss.; F. GALGANO, *Il contratto*, 2, Padova, 2011, 583, nt. 3.

Di diverso avviso è altra dottrina, la quale definisce la ragionevolezza come criterio di valutazione «diverso e più concreto», in quanto più vicino alle circostanze del caso, rispetto alle clausole generali. In questi termini, S. TROIANO, *To What Extent Can the Notion of «Reasonableness» Help to Harmonize European Contract Law? Problems and Prospects from a Civil Law Perspective*, in 5 *Eur. Rev. Priv. Law*, 2009, 749.





Se con riferimento agli atti ricognitivi il giurista trova qualche dato normativo cui appigliarsi<sup>71</sup>, nella nostra materia – oltre a non essere sicura la riconduzione dei negozi di accertamento agli atti ricognitivi – si osserva che la categoria s'è imposta per effetto dell'azione creatrice della dottrina e della giurisprudenza, non senza perplessità.

Ebbene, nella stagione in cui le categorie civilistiche sono poste in discussione<sup>72</sup>, non si può non convenire sulla metodologia seguita da quella dottrina assai autorevole che ha correttamente posto il tema del negozio di accertamento, focalizzando l'attenzione tanto sulla componente negoziale quanto su quella accertativa.

Dall'analisi condotta si ritraggono, invero, almeno due indicazioni. La prima è che il tema indagato, per le sue interferenze meta-giuridiche, impone al giurista approcci che non rimangano confinati nell'euristica. In questo senso è esemplare l'equivoco dell'incertezza cui il negozio dà rimedio. Non si può assegnare il tratto della verità<sup>73</sup> o della falsità ai diritti e agli obblighi nascenti dalle situazioni giuridiche soggettive oggetto di accertamento. Insomma, veri o falsi non sono e non possono mai essere i diritti e gli obblighi, ma solo i fatti da cui questi discendono<sup>74</sup>.

La seconda, che sostanzia la proposta ricostruttiva formulata in questa sede, è che se v'è uno spazio per il negozio di accertamento esso si colloca nella zona che precede la controversia, e il suo precipuo fine è quello di comporre il dissenso. Non si accerta, in altri termini, per amore della verità. Si accerta affinché il conflitto cessi, a nulla rilevando se con ciò si dia onore alla verità oppure no.

<sup>71</sup> Sugli atti ricognitivi, cfr. M. ORLANDI, voce *Atti ricognitivi* (*dir. civ.*), in *Enc. giur.* Treccani, III, Roma, 2001, *passim*; ID., *Note sugli atti di ricognizione*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2003, 433 ss.

<sup>72</sup> Il dibattito sulle categorie, come noto, ha ricevuto negli anni recenti nuovi e fondamentali impulsi per effetto del volume di N. LIPARI, *Le categorie del diritto civile*, Milano, 2013, 105 ss. *Ex multis*, R. PERCHINUNNO, *La ragionevolezza e la forza del numero (a proposito di un recente libro di Nicola Lipari)*, in *Studi in onore di Iudica*, Milano, 2014, 1067 ss.; F.D. BUSNELLI, *Quale futuro per le categorie del diritto civile?*, in *Riv. dir. civ.*, 2015, 1 ss.; L. BALESTRA, *A proposito delle categorie del diritto civile*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2015, 25 ss.; E. MINERVINI, *Le categorie del diritto civile (a proposito di un recente libro)*, in *Rass. dir. civ.*, 2015, 712 ss.; M. PENNASILICO, *Le categorie del diritto civile tra metodo e storia (a proposito del libro di Nicola Lipari)*, in *Riv. dir. civ.*, 2016, 1246 ss. Da ultimo, A. GENTILI, *Crisi delle categorie e crisi degli interpreti*, in *Riv. dir. civ.*, 2021, 633 ss., ad avviso del quale la crisi riguarda non le categorie – le quali richiedono certamente un approccio che tenga conto delle evoluzioni – ma il loro cattivo utilizzo, con il che viene in evidenza la crisi degli interpreti.

<sup>73</sup> Sui dogmi nell'ordinamento giuridico, cfr. almeno F. GALGANO, *Dogmi e dogmatica nel diritto*, Padova, 2010, *passim*; ID., *I dogmi nel diritto*, in *Contr. impr.*, 2010, 905 ss.

<sup>74</sup> A. GENTILI, *op. cit.*, 1377.

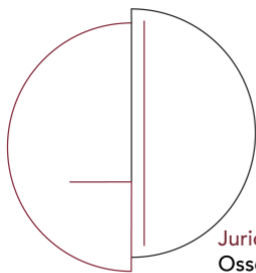
Da ciò consegue, infine, che il dubbio, foriero dell'incertezza e prodromo del conflitto, potrebbe anche sopravvivere – forse latentemente – a seguito dell'atto di accertamento. Per quanto detto, infatti, quest'ultimo altro obiettivo non aveva, né poteva avere, che definire il contrasto.





# Osservatorio





Juridical Observatory on Digital Innovation  
Osservatorio Giuridico sulla Innovazione Digitale

## DIRITTO E NUOVE TECNOLOGIE\*

### Rubrica di aggiornamento dell'OGID.

Questa rubrica di aggiornamento è curata dal Prof. Salvatore Orlando e dal Dott. Daniele Imbruglia nell'ambito delle attività dell'OGID, Osservatorio Giuridico sulla Innovazione Digitale, costituito presso il Dipartimento di Diritto ed Economia delle Attività Produttive dell'Università di Roma "La Sapienza" (<https://web.uniroma1.it/deap/ogid> - [jodi.deap@uniroma1.it](mailto:jodi.deap@uniroma1.it)).

**SOMMARIO:** *Le modifiche attinenti all'uso di tecnologie digitali recate al codice del consumo dall'attuazione della direttiva (UE) 2019/2161 c.d. Omnibus ad opera del D.lgs. n. 26 del 7.3.2023 – 2. Il nuovo art. 64-ter disp. att. c.p.p. sul diritto all'oblio su internet degli ex imputati e degli ex indagati introdotto con la riforma Cartabia (D.lgs. n. 150 del 10.10.2022) – 3. Il comunicato stampa dell'EDPB del 13.4.2023 sulla decisione vincolante relativa ai provvedimenti da adottarsi nei confronti di Meta per il trasferimento di dati personali EU-USA per il servizio Facebook e sulla costituzione di una task force su ChatGPT in conseguenza del relativo provvedimento cautelare emanato dal Garante privacy italiano il 30.3.2023 – 4. I pareri del 14 e del 28.2.2023 della Commissione per le libertà civili, la giustizia e gli affari interni del Parlamento europeo e dello EDPB sulla bozza di nuova decisione di adeguatezza della Commissione UE relativa al trasferimento dati personali UE-USA – 5. I provvedimenti del Garante privacy italiano del 30.3.2023 e dell'11.4.2023 relativi al servizio ChatGPT e il comunicato stampa del 28.4.2023 – 6. I provvedimenti del 31.12.2022 e del 12.1.2023 adottati dalla Data Protection Commission irlandese in ottemperanza alle tre decisioni vincolanti dell'EDPB del 5.12.2022 nei casi concernenti Meta (per i servizi Facebook e Instagram) e WhatsApp (per l'omonimo servizio) a proposito della base del contratto per il trattamento dei dati personali – 7. La luce verde del 10.2.2023 della Commissione UE a una joint venture tra Deutsche Telekom, Orange, Telefónica e Vodafone per una piattaforma di supporto al marketing digitale in Francia, Germania, Italia, Spagna e Regno Unito – 8. Il provvedimento della Datenschutzkonferenz tedesca del 24.11.2022 contro Microsoft per il sistema di trattamento dati del cloud di Office 365 – 9. Le Linee Guida EDPB 3/2022 versione 2.0 del 14.2.2023 sui deceptive design (già dark) patterns – 10. La divulgazione del 30.1.2023 dei risultati dell'indagine a tappeto della Commissione europea e della rete CPC sulle pratiche di manipolazione online – 11. Le conclusioni rassegnate il 16.3.2023 dall'Avvocato generale della Corte di Giustizia UE nella causa C-634/21 (OQ vs Land Hassen; Schufa) sull'articolo 22 GDPR – 12. Il provvedimento cautelare del Garante privacy italiano del 2.2.2023 sulla chatbot Replika – 13. L'avvio di istruttoria AGCM del 21.3.2023 nei confronti di TikTok per omessa predisposizione di adeguati sistemi di monitoraggio dei contenuti pubblicati da terzi (il caso della "cicatrice francese") – 14. Il provvedimento del Garante privacy italiano del 24.11.2022 contro Areti sull'esattezza dei dati personali – 15. La relazione di ENISA del gennaio 2023 sull'ingegnerizzazione della condivisione dei dati personali con particolare focus sui dati del settore sanitario – 16. Il working paper dell'SDA del gennaio 2023 sull'insolvenza nei mercati degli assets digitali – 17. La determina dell'Agenzia per la cybersicurezza nazionale del 3.1.2023 sulla tassonomia degli incidenti informatici da notificare – 18. Il provvedimento del 21.2.2023 dello US Copyright Office su opera d'arte composita di testi creati da un uomo e immagini generate da un sistema di IA generativa (Midjourney) e la Copyright Registration Guidance: Works Containing Material Generated by Artificial Intelligence del 16.3.2023 – 19. Gli obiter dicta dell'ordinanza della Corte di Cassazione I sez. n. 1107 del 16.01.2023 su diritto d'autore e computer generated content – 20. L'ordinanza cautelare del Tribunale di Venezia del 24.10.2022 in materia di riproduzione digitale di opere pubbliche in pubblico dominio. Il caso "puzzle dell'Uomo Vitruviano – Ravensburger" tra codice dei beni culturali e direttiva europea sul copyright nel mercato unico digitale – 21. Ultimi sviluppi del caso DABUS in Brasile e nel Regno Unito (a proposito della possibilità che un sistema di IA possa*

\* Contributo non sottoposto a referaggio ai sensi dell'art. 9, V co., del Regolamento per la classificazione delle riviste nelle aree non bibliometriche, approvato con Delibera del Consiglio Direttivo n. 42 del 20.02.2019.



**1. Le modifiche attinenti all'uso di tecnologie digitali recate al codice del consumo dall'attuazione della direttiva (UE) 2019/2161 c.d. *Omnibus* ad opera del D.lgs. n. 26 del 7.3.2023.**

Il D.lgs. n. 26 del 7 marzo 2023, entrato in vigore il 2 aprile 2023, ha dato attuazione alla direttiva (UE) 2019/2161 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, c.d. direttiva *Omnibus*.

Esso ha modificato in più parti il codice del consumo (D.lgs. 206/2005).

Per quanto riguarda in particolare le modifiche al codice del consumo relative ai rapporti incisi dalle tecnologie digitali, si segnalano le seguenti.

Nella disciplina delle pratiche commerciali scorrette, nell'art. 18 *Definizioni*:

- è stata sostituita la definizione di «prodotto» (art. 18, co. 1 lett. *c*)), con la seguente: “qualsiasi bene o servizio, compresi i beni immobili, *i servizi digitali e il contenuto digitale*, nonché i diritti e gli obblighi”;
- è stata inserita la definizione di «classificazione» (art. 18, co. 1 lett. *n-bis*)) come segue: “rilevanza relativa attribuita ai prodotti, come illustrato, organizzato o comunicato dal professionista, a prescindere dai mezzi tecnologici usati per tale presentazione, organizzazione o comunicazione”;
- è stata inserita la definizione di «mercato online» (art. 18, co. 1 lett. *n-ter*)) come segue: “*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 distanza con altri professionisti o consumatori”.

Sempre nella disciplina delle pratiche commerciali scorrette, nell'art. 22 *Omissioni ingannevoli*:

- è stata inserita, nell'elenco degli elementi rilevanti per stabilire nel caso di un invito all'acquisto, l'ingannevolezza dell'omissione, la seguente previsione (art. 22, co. 4, lett. *e-bis*): “*per i prodotti offerti su mercati online*, se il terzo che offre i prodotti è un professionista o meno, sulla base della dichiarazione del terzo stesso al *fornitore del mercato online*”;

- sono stati inseriti i seguenti nuovi commi 4-*bis* e 5-*bis*:

“4-*bis*) Nel caso in cui sia fornita ai consumatori 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*, indipendentemente dal luogo in cui le operazioni siano poi effettivamente concluse, sono considerate rilevanti *le informazioni generali, rese disponibili in un'apposita sezione dell'interfaccia online che sia direttamente e facilmente accessibile dalla pagina in cui sono presentati i risultati della ricerca*, in merito ai parametri principali che determinano la *classificazione dei prodotti presentati al consumatore come risultato della sua ricerca* e all'importanza relativa di tali parametri rispetto ad altri parametri. *Il presente comma non si applica ai fornitori di motori di ricerca online definiti ai sensi dell'articolo 2, punto 6, del regolamento (UE) 2019/1150 [c.d. regolamento P2B]*”;

- “5-*bis*. Se un professionista fornisce *l'accesso alle recensioni dei consumatori sui prodotti*, sono considerate rilevanti le informazioni che indicano se e in che modo il professionista garantisce che le recensioni pubblicate provengano da consumatori che hanno effettivamente acquistato o utilizzato il prodotto”.

Sempre nella disciplina delle pratiche commerciali scorrette, nell'art. 23 *Pratiche considerate in ogni caso ingannevoli*, sono state inserite le seguenti previsioni relative alle ricerche online, l'acquisto di biglietti per eventi con strumenti automatizzati, le recensioni sui prodotti e gli apprezzamenti sui social media:

- “*m-bis*) fornire *risultati di ricerca in risposta a una ricerca online del consumatore* senza che sia chiaramente indicato ogni eventuale annuncio pubblicitario a pagamento o pagamento specifico per ottenere una *classificazione migliore dei prodotti all'interno di tali risultati*;
- *bb-bis*) rivendere ai consumatori biglietti per eventi, se il professionista ha acquistato tali biglietti utilizzando *strumenti automatizzati* per eludere qualsiasi limite imposto riguardo al numero di biglietti che



- una persona può acquistare o qualsiasi altra norma applicabile all'acquisto di biglietti;
- bb-ter) indicare che le *recensioni di un prodotto* sono inviate da consumatori che hanno effettivamente utilizzato o acquistato il prodotto senza adottare misure ragionevoli e proporzionate per verificare che le recensioni provengano da tali consumatori;
- bb-quater) inviare, o incaricare un'altra persona giuridica o fisica di inviare, *recensioni di consumatori* false o falsi apprezzamenti o di fornire false informazioni in merito a recensioni di consumatori o ad *apprezzamenti sui media sociali*, al fine di promuovere prodotti”.

Nella disciplina del *Rapporto di consumo* (Parte III del codice del consumo), in particolare nel Capo I, rubricato *Dei diritti dei consumatori nei contratti*, del Titolo III, rubricato *Modalità contrattuali*, al comma 1 dell'art. 45 *Definizioni* sono state apportate le seguenti modificazioni:

- la definizione di «beni» (lettera c)) è stata sostituita con la seguente definizione composta di tre categorie tra cui quella di *'beni con elementi digitali'*: “[...] 2) *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, anche denominati 'beni con elementi digitali'* [...]”;
- la definizione di «contratto di servizi» (lettera f)) è stata sostituita dalla seguente: “qualsiasi contratto diverso da un contratto di vendita in base al quale il professionista fornisce o si impegna a fornire un servizio, *compreso un servizio digitale*, al consumatore”;
- è stata aggiunta la definizione di «servizio digitale» (lettera q-bis) comprendente le seguenti due categorie: “1) *un servizio che consente al consumatore di creare, trasformare, archiviare i dati o di accedervi in formato digitale*; oppure 2) *un servizio che consente la condivisione di dati in formato digitale, caricati o creati dal consumatore e da altri utenti di tale servizio, o qualsiasi altra interazione con tali dati*;”
- è stata aggiunta la definizione di «mercato online» (lettera q-ter): “*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 distanza con altri professionisti o consumatori”*;

- è stata aggiunta la definizione di «fornitore di mercato online» (lettera q-quater): “*qualsiasi professionista che fornisce un mercato online ai consumatori*”;
- è stata aggiunta la definizione di «compatibilità» (lettera q-quinquies): “*la capacità del contenuto digitale o del servizio digitale di funzionare con hardware o software con cui sono normalmente utilizzati contenuti digitali o servizi digitali dello stesso tipo, senza che sia necessario convertire il contenuto digitale o il servizio digitale*”;
- è stata aggiunta la definizione di «funzionalità» (lettera q-sexies): “*la capacità del contenuto digitale o del servizio digitale di svolgere tutte le sue funzioni in considerazione del suo scopo*”;
- è stata aggiunta la definizione di «interoperabilità» (lettera q-septies): “*la capacità del contenuto digitale o del servizio digitale di funzionare con hardware o software diversi da quelli con cui sono normalmente utilizzati i contenuti digitali o i servizi digitali dello stesso tipo*”.

Nel successivo art. 46 c. cons., rubricato *Ambito di applicazione*, è stato aggiunto il seguente comma 1-bis, che riprende la diromponente definizione di contratto (di fornitura di contenuto digitale o di servizi digitali) nel quale *il consumatore fornisce o si impegna a fornire i suoi dati personali* di cui alla direttiva (UE) 2019/770, la cui attuazione nel nostro ordinamento ad opera del D.Lgs. 173/2021 ha comportato l'introduzione, dopo il Capo I del Titolo III della Parte IV c. cons., il nuovo Capo I-bis (artt. 135 *octies* ss. c. cons.), relativo ai contratti di fornitura di contenuto digitale e di servizi digitali, ed in particolare l'introduzione dell'art. 135-*octies* co. 3 c. cons. che contiene quella definizione (v. notizia sub 1 nel numero 4/2021 di questa rubrica: <http://www.personaemercato.it/wp-content/uploads/2021/12/Osservatorio-1.pdf>):

“1-bis. Ferma la disciplina dettata dal regolamento (UE) 2016/679 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 27 aprile 2016, e dal decreto legislativo 30 giugno 2003, n. 196, le disposizioni delle sezioni da I a IV del

presente capo si applicano 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 delle predette disposizioni o per consentire l'assolvimento degli obblighi di legge cui il professionista è soggetto, e questi non tratti tali dati per nessun altro scopo".

Nell'art. 48 co. 1 c. cons., rubricato *Obblighi d'informazione nei contratti diversi dai contratti a distanza o negoziati fuori dei locali commerciali*, sono state sostituite le lettere e), g) e h) come segue: "e) oltre a un richiamo dell'esistenza della garanzia legale di conformità per i beni, il contenuto digitale e i servizi digitali, l'esistenza e le condizioni del servizio postvendita e delle garanzie convenzionali, se applicabili"; "g) se applicabile, la funzionalità dei beni con elementi digitali, del contenuto digitale e dei servizi digitali, comprese le misure applicabili di protezione tecnica"; "h) qualsiasi compatibilità e interoperabilità pertinente dei beni con elementi digitali, del contenuto digitale e dei servizi digitali, di cui il professionista sia a conoscenza o di cui ci si può ragionevolmente attendere che sia venuto a conoscenza, se applicabili".

Anche per i contratti a distanza e negoziati fuori dai locali commerciali sono stati introdotti una consistente serie di nuovi obblighi informativi, attraverso la modifica dell'art. 49 c. cons. e la previsione del nuovo art. 49-bis c. cons.

Quanto all'art. 49 c. cons., rubricato *Obblighi di informazione nei contratti a distanza e nei contratti negoziati fuori dei locali commerciali*, al co.1 sono state modificate alcune previsioni ed inserite nuove previsioni, tra le quali spicca l'obbligo di informazione che il prezzo è stato personalizzato sulla base di un processo decisionale automatizzato (nuova lettera e-bis).

Nel dettaglio, queste sono le modifiche:

- la previsione della lettera c) è stata sostituita come segue "c) l'indirizzo geografico dove il professionista è stabilito, il suo numero di telefono e il suo indirizzo elettronico. Inoltre, se il professionista fornisce qualsiasi altro mezzo di comunicazione elettronica che garantisca al consumatore di poter

intrattenere con lui una corrispondenza scritta, che rechi la data e l'orario dei relativi messaggi, su un supporto durevole, il professionista deve fornire anche le informazioni relative a tale altro mezzo. Tutti questi mezzi di comunicazione forniti dal professionista devono consentire al consumatore di contattarlo rapidamente e di comunicare efficacemente con lui. Ove applicabile, il professionista fornisce anche l'indirizzo geografico e l'identità del professionista per conto del quale agisce";

- è stata introdotta la lettera e-bis contenente la seguente previsione: "e-bis se applicabile, l'informazione che il prezzo è stato personalizzato sulla base di un processo decisionale automatizzato, ferme le garanzie di cui all'articolo 22 del [GDPR]";
- le previsioni delle lettere n), t), e u) sono state sostituite come segue "n) un promemoria dell'esistenza della garanzia legale di conformità per i beni, il contenuto digitale e i servizi digitali;" "t) se applicabile, la funzionalità dei beni con elementi digitali, del contenuto digitale e dei servizi digitali, comprese le misure applicabili di protezione tecnica;" "u) qualsiasi compatibilità e interoperabilità pertinente dei beni con elementi digitali, del contenuto digitale e dei servizi digitali, di cui il professionista sia a conoscenza o di cui ci si può ragionevolmente attendere che sia venuto a conoscenza, se applicabile".

Quanto al nuovo art. 49-bis c. cons., rubricato *Obblighi di informazione supplementari specifici per i contratti conclusi su mercati online*, esso così reca: "1. Prima che un consumatore sia vincolato da un contratto a distanza, o da una corrispondente offerta, su un mercato online, il fornitore del mercato online, fermo restando quanto previsto dalla parte II, Titolo III, indica altresì al consumatore, in maniera chiara e comprensibile e in modo appropriato al mezzo di comunicazione a distanza: a) informazioni generali, rese disponibili in un'apposita sezione dell'interfaccia online che sia direttamente e facilmente accessibile dalla pagina in cui sono presentate le offerte, in merito ai principali parametri che determinano la classificazione, quale definita dall'art. 18, comma 1, lettera n-bis), delle offerte presentate al consumatore come un risultato della sua ricerca e all'importanza relativa di tali parametri





*rispetto ad altri parametri;* b) se il terzo che offre beni, servizi o contenuto digitale è un professionista o meno, sulla base della dichiarazione del terzo stesso al fornitore del mercato online; c) nel caso in cui il terzo che offre i beni, i servizi o il contenuto digitale non sia un professionista, che al contratto non si applicano i diritti dei consumatori dei consumatori derivanti dal diritto dell'Unione europea sulla tutela dei consumatori; d) *se del caso, il modo in cui gli obblighi relativi al contratto sono ripartiti tra il terzo che offre i i beni, i servizi o il contenuto digitale e il fornitore del mercato online.* Tali informazioni lasciano impregiudicata la responsabilità che il fornitore del mercato online o il professionista terzo ha in relazione al contratto in base ad altre norme di diritto europeo o nazionale. 2. Le presenti disposizioni lasciano impregiudicata l'applicazione, per quanto di competenza, delle norme contenute nel decreto legislativo 9 aprile 2003, n. 70, in materia di obblighi di informazione per i fornitori dei mercati online”.

Il comma 4 dell'art. 51 c. cons., rubricato *Requisiti formali dei contratti a distanza*, è stato modificato per chiarire che se il contratto è concluso mediante un mezzo di comunicazione a distanza che consente uno spazio o un tempo limitato per comunicare le informazioni, le informazioni essenziali ivi previste che il professionista deve fornire su o mediante quello specifico mezzo e prima della conclusione del contratto (ossia almeno le informazioni precontrattuali riguardanti le caratteristiche principali dei beni o servizi, l'identità del professionista, il prezzo totale, il diritto di recesso, la durata del contratto e, nel caso di contratti a tempo indeterminato, le condizioni di risoluzione del contratto, come indicato rispettivamente all'articolo 49, co. 1, lett. a), b), e), h) e q) c. cons.) non comprendono il modulo di recesso tipo figurante all'allegato I, parte B, di cui alla lettera h) della medesima disposizione; e che le altre informazioni di cui all'articolo 49, co.1 c. cons., compreso il modello del modulo di recesso, sono fornite dal professionista in un modo appropriato conformemente al comma 1 dell'art. 51 c. cons.

All'art. 56 cod. cons., rubricato *Obblighi del professionista nel caso di recesso* (del consumatore), sono stati introdotti una serie di nuovi commi (da 3-ter a 3-sexies) relativi al c.d. *user generated content*, ossia ai contenuti

generati dall'utente, in questo caso utente-consumatore: “3-ter. Il professionista si astiene dall'utilizzare qualsiasi contenuto, diverso dai dati personali [per i dati personali il nuovo comma 3-bis richiama al dovere da parte del professionista del rispetto del GDPR nel suo complesso] che è stato fornito o creato dal consumatore durante l'utilizzo del contenuto digitale o del servizio digitale fornito dal professionista, salvo quando tale contenuto: a) è privo di utilità fuori del contesto del contenuto digitale o del servizio digitale fornito dal professionista; b) riguarda unicamente l'attività del consumatore durante l'utilizzo del contenuto digitale o del servizio digitale fornito dal professionista; c) è stato aggregato dal professionista ad altri dati e non può essere disaggregato o può esserlo soltanto con sforzi sproporzionati; d) è stato generato congiuntamente dal consumatore e da altre persone, e se altri consumatori possono continuare a farne uso. 3-quater. Fatta eccezione per le situazioni di cui al comma 3-ter, lettera a), b) o c), il professionista, su richiesta del consumatore, mette a disposizione di questi qualsiasi contenuto, diverso dai dati personali, fornito o creato dal consumatore durante l'utilizzo del contenuto digitale o del servizio digitale fornito dal professionista. 3-quinquies. Il consumatore ha il diritto di recuperare dal professionista tali contenuti digitali gratuitamente e senza impedimenti, entro un lasso di tempo ragionevole e in un formato di uso comune e leggibile da dispositivo automatico. 3-sexies. In caso di recesso dal contratto [da parte del consumatore], il professionista può impedire qualsiasi ulteriore utilizzo del contenuto digitale o del servizio digitale da parte del consumatore, in particolare rendendogli inaccessibile tale contenuto o servizio digitale o disattivando il suo account utente, fatto salvo quanto previsto al comma 3-quater [del medesimo articolo 56 c. cons.].

Al successivo art. 57 cod. cons., *Obblighi del consumatore in caso di recesso* (del consumatore), è stato aggiunto il comma 2-bis, che prevede che in caso di suo recesso dal contratto, il consumatore deve astenersi dall'utilizzare il contenuto digitale o il servizio digitale e dal metterlo a disposizione di terzi.

Infine, nell'elenco dei casi elencati dal comma 1 dell'art. 59 c.cons., rubricato *Eccezioni al diritto di recesso*, relativamente ai quali il consumatore non ha il diritto di recesso previsto

dagli artt. 52 e 58 c. cons. per i contratti a distanza e i contratti negoziati fuori dei locali commerciali, è stata modificata la norma della lettera o), al fine di escludere il diritto di recesso del consumatore relativamente ai contratti per la fornitura di contenuto digitale mediante un supporto non materiale qualora l'esecuzione sia iniziata e, nei casi in cui il contratto impone al consumatore l'obbligo di pagare, qualora: 1) il consumatore abbia dato il suo previo consenso espresso a iniziare la prestazione durante il periodo di diritto di recesso; 2) il consumatore abbia riconosciuto di perdere così il proprio diritto di recesso; 3) il professionista abbia fornito la conferma conformemente all'art. 50, co. 2, o all'art. 51, co.7 c. cons.

SALVATORE ORLANDO

<https://www.gazzettaufficiale.it/eli/id/2023/03/18/23G00033/sg>

## 2. Il nuovo art. 64-ter disp. att. c.p.p. sul diritto all'oblio degli ex imputati e degli ex indagati introdotto con la riforma Cartabia (D.lgs. n. 150 del 10.10.2022).

Il D.lgs. n.150 del 2022 (c.d. riforma Cartabia) ha introdotto tra le disposizioni di attuazione del codice di procedura penale l'art. 64-ter, rubricato *Diritto all'oblio degli imputati e delle persone sottoposte ad indagini*.

La novella attribuisce alla persona nei cui confronti siano stati pronunciati una sentenza di proscioglimento o di non luogo a procedere, ovvero un provvedimento di archiviazione, la facoltà di chiedere relativamente ai “*dati personali riportati nella sentenza o nel provvedimento*” **(i)** che ne sia preclusa l'indicizzazione, o **(ii)** che ne sia disposta la deindicizzazione *sul web*; in entrambi i casi “*ai sensi e nei limiti dell'articolo 17 del regolamento (UE) n. 2016/679*” (il **GDPR**), e fermo restando – si aggiunge – quanto previsto dall'art.52 del D. Lgs. 196/2003 (il **Codice privacy**).

La previsione *sub (i) supra*, ossia la richiesta che sia “preclusa l'indicizzazione” costituisce una novità nel nostro sistema, a differenza di quella *sub (ii) supra*, essendo la deindicizzazione sussumibile nello schema normativo dell'art. 17 GDPR e avendo la stessa formato oggetto di una ormai numerosa casistica giurisprudenziale anche in epoca precedente al GDPR (v. in questa rubrica: notizia n. 12 nel numero 1/2022 sulla sentenza della Cassazione n. 3952 del 8 febbraio 2022 sul diritto

all'oblio e le copie *cache* <http://www.personaemercato.it/wp-content/uploads/2022/04/Osservatorio.pdf>; e anche la notizia n. 14 nel numero 4/2022 sulla ordinanza della Cassazione Prima Sez. Civile n. 34658/2022 del 24.11.2022 sul diritto all'oblio e l'ordine di rimozione c.d. globale <http://www.personaemercato.it/wp-content/uploads/2023/01/Osservatorio.pdf>).

L'inserimento del richiamo all'art. 52 Codice privacy nell'art. 64-ter disp. att. c.p.p. risulta essere stato raccomandato dal Garante per la protezione dei dati personali (di seguito il “**Garante privacy**”). In proposito, in un parere espresso dal Garante privacy il 1.9.2022 sullo schema del decreto legislativo in questione (<https://www.garanteprivacy.it/web/guest/home/docweb/-/docweb-display/docweb/9802612> di seguito il “**Parere**”), la medesima autorità osservava che le nuove norme dell'art. 64-ter disp. att. c.p.p. costituiscono uno strumento di cautela “ulteriore rispetto all'oscuramento, in particolare su istanza di parte, delle generalità di cui all'art. 52, co. 1, [del Codice privacy]”.

Sempre leggendo il citato Parere, si ricava che, invece, in questo contesto il richiamo operato dall'art. 64-ter disp. att. c.p.p. all'art. 17 GDPR (“*ai sensi e nei limiti dell'articolo 17 del regolamento (UE) n. 2016/679*”) può risultare foriero di dubbi relativamente alla previsione della preclusione della indicizzazione. Ciò in quanto, si legge nel Parere, tale richiamo sembrerebbe comportare una discrezionalità (i.e. la discrezionalità prevista dall'art. 17 GDPR) nell'accogliere o respingere la relativa richiesta, che dovrebbe tuttavia sussistere (così si argomenta nel Parere) solo nel caso della deindicizzazione -i.e. solo nel caso della richiesta *sub (ii)* - e non anche nel caso della richiesta di preclusione della indicizzazione, i.e. la richiesta *sub (i)*.

L'art. 64-ter disp. att. c.p.p. prevede che l'interessato possa fare istanza alla cancelleria del giudice che ha emesso il provvedimento affinché questa proceda ad apporre e sottoscrivere specifica annotazione volta a precludere l'indicizzazione del provvedimento ovvero affinché il provvedimento costituisca titolo per richiedere la deindicizzazione.

In particolare, l'art. 64-ter co. 2 disp. att. c.p.p. prevede che nel caso di richiesta volta a precludere l'indicizzazione, la cancelleria del giudice che ha emesso il provvedimento appone e sottoscrive la seguente annotazione, recante sempre l'indicazione degli estremi del medesimo articolo: «Ai sensi e nei limiti dell'articolo 17 del regolamento (UE) 2016/679 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 27 aprile 2016, è



preclusa l'indicizzazione del presente provvedimento rispetto a ricerche condotte sulla rete internet a partire dal nominativo dell'istante»; mentre il co. 3 del medesimo articolo prevede che nel caso di richiesta volta ad ottenere la deindicizzazione, la cancelleria del giudice che ha emesso il provvedimento appone e sottoscrive la seguente annotazione, recante sempre l'indicazione degli estremi dello stesso articolo: «Il presente provvedimento costituisce titolo per ottenere, ai sensi e nei limiti dell'articolo 17 del regolamento (UE) 2016/679 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 27 aprile 2016, un provvedimento di sottrazione dell'indicizzazione, da parte dei motori di ricerca generalisti, di contenuti relativi al procedimento penale, rispetto a ricerche condotte a partire dal nominativo dell'istante».

SERENA MIRABELLO

<https://www.normattiva.it/uri-res/N2Ls?urn:nir:stato:decreto.legislativo:2022-10-10:150>

<https://www.garanteprivacy.it/web/guest/home/docweb/-/docweb-display/docweb/9802612>

### 3. Il comunicato stampa dell'EDPB del 13.4.2023 sulla decisione vincolante relativa ai provvedimenti da adottarsi nei confronti di Meta per il trasferimento di dati personali EU-USA per il servizio Facebook e sulla costituzione di una *task force* su ChatGPT in conseguenza del relativo provvedimento cautelare emanato dal Garante privacy italiano il 30.3.2023

Con un comunicato stampa del 13 aprile 2023, lo *European Data Protection Board* (**EDPB** o il **comitato**) ha annunciato di aver adottato una decisione vincolante ai sensi dell'art. 65 del regolamento (UE) 2016/679 (**GDPR**) concernente un progetto di decisione dell'autorità di controllo irlandese (il **Garante privacy irlandese**) sulla legittimità dei trasferimenti dei dati personali da parte di Meta Platforms Ireland Limited (**Meta Ireland**) negli Stati Uniti d'America per il suo servizio Facebook.

La decisione vincolante dell'EDPB affronta importanti questioni sollevate dal progetto di decisione del Garante privacy irlandese nella sua

qualità di autorità capofila - ai sensi dell'art. 65(1)(a) GDPR - per quanto riguarda Meta Ireland. Nel comunicato stampa si sottolinea che la decisione vincolante dell'EDPB ha un ruolo centrale nell'assicurare una corretta e coerente applicazione del GDPR da parte delle autorità di controllo nazionali.

L'intervento dell'EDPB si è reso necessario ai sensi dell'art. 65 GDPR (*Composizione delle controversie da parte del comitato*) poiché non è stato trovato un accordo sulle obiezioni sollevate da molte autorità di controllo sul progetto di decisione del Garante privacy irlandese.

Nella sua decisione vincolante, l'EDPB ha composto la controversia sulla questione relativa al provvedimento o ai provvedimenti che devono essere disposti dalla decisione finale del Garante privacy irlandese, ossia se tali provvedimenti debbano consistere in una sanzione amministrativa pecuniaria e/o in un ordine di rendere le operazioni di trattamento dei dati personali conformi al GDPR. Il Garante privacy irlandese, quale autorità capofila, dovrà adesso adottare la sua decisione finale, nei confronti del titolare del trattamento dei dati personali, sulla base della decisione vincolante dell'EDPB, entro un mese dalla notifica della decisione dell'EDPB. L'EDPB pubblicherà la sua decisione vincolante sul suo sito web solo dopo che il Garante privacy irlandese avrà notificato la sua decisione finale al titolare del trattamento.

Nello stesso comunicato stampa del 13.4.2023, il comitato ha reso pubblico che i suoi membri (i.e. per ciascun Stato membro, la figura di vertice o un rappresentante delle autorità di controllo nazionali e il garante europeo della protezione dei dati) hanno discusso il recente provvedimento adottato dall'autorità di controllo italiana contro Open AI a proposito del servizio ChatGPT (su cui v. *infra* notizia n. 5 in questa rubrica).

A tal riguardo, il comunicato ha aggiunto che l'EDPB ha organizzato una *task force* per rafforzare la cooperazione e scambiare informazioni su eventuali ulteriori provvedimenti da parte delle varie autorità di controllo nazionali.

SALVATORE ORLANDO

[https://edpb.europa.eu/news/news/2023/edpb-resolves-dispute-transfers-meta-and-creates-task-force-chat-gpt\\_it](https://edpb.europa.eu/news/news/2023/edpb-resolves-dispute-transfers-meta-and-creates-task-force-chat-gpt_it)

### 4. I pareri del 14 e del 28.2.2023 della Commissione per le libertà civili, la giustizia e gli affari interni del

**Parlamento europeo e dello EDPB sulla bozza di nuova decisione di adeguatezza della Commissione UE relativa al trasferimento dati personali UE-USA**

Il 14 e il 28 febbraio 2023, rispettivamente la Commissione per le libertà civili, la giustizia e gli affari interni del Parlamento UE e lo *European Data Protection Board* (“EDPB”) hanno espresso il proprio parere sulla bozza di decisione di adeguatezza pubblicata il 13 dicembre 2022 dalla Commissione europea sull’accordo UE-USA Data Privacy Framework raggiunto nel marzo 2022 (rispettivamente la “**Bozza di decisione di adeguatezza**” e l’“**Accordo**”).

La Bozza di decisione di adeguatezza era intervenuta a seguito dell’*Executive Order* 14086 *Enhancing Safeguards for United States Signals Intelligence Activities* emesso dal Presidente Biden il 7 ottobre 2022 (“EO”) e si era pronunciata sull’Accordo.

L’Accordo è volto a superare le obiezioni sollevate dalla Corte di giustizia dell’UE (“CGUE”) nella nota sentenza c.d. Schrems II del luglio 2020 che aveva annullato il *Privacy Shield* (su cui v. in questa rubrica la notizia n. 1 del numero 3/2020 <http://www.personaemercato.it/wp-content/uploads/2020/09/Osservatorio-14.9.2020.pdf>). In particolare, l’Accordo ha introdotto limiti più stringenti all’accesso e all’utilizzo dei dati dei cittadini UE da parte delle autorità statunitensi e una maggiore tutela dei diritti dei cittadini europei attraverso un nuovo sistema di ricorso a due livelli per l’esame e la risoluzione dei reclami attraverso l’istituzione di una apposita autorità denominata *Data Protection Review Court* (“DPRC”). L’Accordo prevede anche un meccanismo periodico di controllo della sua applicazione e un sistema di certificazione dell’adesione da parte delle società statunitensi ad opera del Dipartimento del Commercio USA.

Sulla base dell’Accordo la Commissione ha avviato il processo di emissione della decisione di adeguatezza previsto e disciplinato dall’art. 45 GDPR con cui la Commissione è chiamata a valutare se il paese di destinazione dei dati (in questo caso gli Stati Uniti) soddisfi il requisito di “equivalenza essenziale” del livello di protezione dei dati personali rispetto a quello garantito dall’ordinamento dell’UE. Nella sua valutazione la Commissione ha prestato particolare attenzione ai punti attenzionati dalla CGUE nella sentenza “Schrems II”, in particolare l’accesso ai dati da parte delle autorità pubbliche statunitensi per l’applicazione del diritto penale e per finalità di sicurezza nazionale.

All’esito della valutazione della Commissione europea e della conseguente Bozza di decisione di adeguatezza, sono intervenuti i pareri della Commissione per le libertà civili, la giustizia e gli affari interni del Parlamento UE e dell’EDPB.

La Commissione per le libertà civili, la giustizia e gli affari interni del Parlamento UE, pur apprezzando i passi avanti fatti con l’EO, ha espresso un parere negativo sulla Bozza di decisione di adeguatezza, spingendo la Commissione a continuare i negoziati con gli Stati Uniti in modo da arrivare a un accordo quadro che garantisca una effettiva equivalenza rispetto al livello di protezione offerto dall’UE.

Tra i principali punti sollevati, la Commissione ha rilevato come i principi di proporzionalità e necessità delineati nell’EO non risultino in linea con la normativa EU e l’interpretazione della CGUE. Il principio di proporzionalità, infatti, è suscettibile di un’interpretazione eccessivamente ampia in quanto l’EO prevede che in presenza di motivi legittimi di sicurezza nazionale possa essere giustificata la raccolta in massa dei dati, e l’elenco di tali motivi può essere ampliato dal Presidente degli Stati Uniti anche senza che ne venga data pubblica notizia.

In secondo luogo, la Commissione parlamentare ha espresso dei dubbi sull’effettiva indipendenza e imparzialità della DPRC, essendo questa parte dell’organo esecutivo e non di quello giudiziario. Inoltre, il sistema di ricorso delineato dall’EO non garantisce in maniera adeguata il diritto di difesa dell’interessato in quanto non è previsto un obbligo di notifica del trattamento dei dati personali, né la possibilità di appellare la decisione della DPRC davanti una corte federale.

Anche l’EDPB ha espresso il proprio parere sulla bozza di decisione di adeguatezza, secondo il meccanismo previsto dall’art. 70 GDPR, avendo riguardo sia agli aspetti commerciali che all’accesso e all’utilizzo dei dati personali da parte delle autorità pubbliche statunitensi.

In linea generale, l’EDPB ha accolto con favore i numerosi passi avanti fatti dall’EO sul tema dell’accesso da parte del Governo statunitense ai dati personali trasferiti negli USA, in particolare l’introduzione dei principi di necessità e proporzionalità e il nuovo meccanismo di ricorso per i cittadini europei. Allo stesso tempo, l’autorità ha individuato alcuni persistenti punti di criticità, *in primis* l’assenza di un’autorizzazione preventiva di un’autorità indipendente per la raccolta in massa dei dati – nei casi in cui questa è consentita ai sensi dell’EO – e di un controllo sistematico *ex post* da parte di un’autorità giudiziaria.

Con riferimento al meccanismo di reclamo, l’EDPB ha visto con favore l’introduzione di un’apposita



Corte (la DPRC) dotata di un livello di indipendenza significativamente superiore rispetto all’*Ombudsperson* previsto nel sistema precedente. Rimangono tuttavia – ha osservato l’EDPB – dei dubbi sul piano della trasparenza e dell’appellabilità delle decisioni della medesima Corte.

Anche per quanto riguarda gli aspetti commerciali, l’EDPB ha accolto con favore i nuovi principi introdotti dall’Accordo, ma ha rilevato che alcuni principi sono rimasti essenzialmente gli stessi del *Privacy Shield*. Pertanto, rimangono le preoccupazioni già sollevate dalla CGUE nella sentenza “Schrems II”, ad esempio per alcune esenzioni al diritto di accesso, l’assenza di definizioni chiare, la mancanza di chiarezza sull’applicazione dei principi dell’Accordo agli incaricati del trattamento, l’ampia esenzione dal diritto di accesso per le informazioni disponibili al pubblico e la mancanza di norme specifiche sul processo decisionale automatizzato e sulla profilazione.

Altro punto cruciale è quello dei trasferimenti successivi. L’EDPB ha ribadito che il livello di protezione dei dati non deve essere compromesso dai trasferimenti successivi e ha invitato la Commissione a chiarire che le garanzie imposte dal destinatario iniziale all’importatore nel Paese terzo devono essere efficaci alla luce della legislazione del Paese terzo prima di un trasferimento successivo.

Infine, l’EDPB ha sottolineato la necessità che vengano adottate politiche e procedure aggiornate per l’attuazione dell’EO da parte delle agenzie di intelligence statunitensi prima dell’adozione della decisione di adeguatezza e ha raccomandato alla Commissione europea di valutare tali politiche e procedure aggiornate ai fini della decisione condividendo in via preliminare la propria valutazione con l’EDPB.

In conclusione, nel comunicato del 28 febbraio con cui è stato rilasciato il parere, il presidente dell’EDPB Andrea Jelinek ha dichiarato: “Un elevato livello di protezione dei dati è essenziale per salvaguardare i diritti e le libertà degli individui dell’UE. Pur riconoscendo che i miglioramenti apportati al quadro giuridico statunitense sono significativi, raccomandiamo di affrontare le preoccupazioni espresse e di fornire i chiarimenti richiesti per garantire la validità della decisione di adeguatezza. Per lo stesso motivo, riteniamo che dopo la prima revisione della decisione di adeguatezza, le revisioni successive debbano avvenire almeno ogni tre anni e ci impegniamo a contribuirvi”.

[https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/LI-BE-RD-740749\\_EN.pdf](https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/LI-BE-RD-740749_EN.pdf)

[https://edpb.europa.eu/news/news/2023/edpb-welcomes-improvements-under-eu-us-data-privacy-framework-concerns-remain\\_en](https://edpb.europa.eu/news/news/2023/edpb-welcomes-improvements-under-eu-us-data-privacy-framework-concerns-remain_en)

## 5. I provvedimenti del Garante privacy italiano del 30.3.2023 e dell’11.4.2023 relativi al servizio ChatGPT e il comunicato stampa del 28.4.2023

Con due provvedimenti adottati nell’arco di 12 giorni, l’Autorità garante per la protezione dei dati personali (**Garante**) ha dapprima disposto in via d’urgenza ai sensi dell’art. 58, par. 2, lett. f), del regolamento (UE) 2016/679 (**GDPR**) nei confronti di OpenAI L.L.C. (**OpenAI**), in relazione al suo servizio ChatGPT e in qualità di titolare del trattamento dei dati personali effettuato attraverso la relativa applicazione, la misura della limitazione provvisoria del trattamento dei dati personali degli interessati stabiliti nel territorio italiano (provvedimento del 30.3.2023 doc. web 9870832: il **Primo provvedimento**); e, successivamente, ha disposto la sospensione del Primo provvedimento a far data da (e quindi, condizionatamente a) l’adempimento delle prescrizioni di cui ai punti da 1 a 7 del secondo provvedimento (provvedimento dell’11.4.2023 doc. web 9874702: il **Secondo provvedimento**).

Le prescrizioni di cui ai punti da 1 a 7 del Secondo Provvedimento sono qui di seguito riportate. Per comprendere il contesto, e prima di ripercorrere anche il contenuto del Primo provvedimento, si aggiunge che, in conseguenza del Primo provvedimento, in data 1.4.2023, OpenAI disponeva la disabilitazione del servizio ChatGPT per gli utenti in Italia.

Le prescrizioni rivolte a OpenAI nei punti da 1 a 7 del Secondo provvedimento sono le seguenti:

1) predisporre e pubblicare sul suo sito internet un’informazione, ex art. 12 GDPR, per spiegare agli interessati anche diversi dagli utenti del servizio ChatGPT, i cui dati sono stati raccolti e trattati ai fini dell’addestramento degli algoritmi, le modalità del trattamento, la logica alla base del trattamento necessario al funzionamento del servizio, i diritti loro spettanti in qualità di interessati e ogni altra informazione prevista dal GDPR;

2) mettere a disposizione, sul suo sito Internet, almeno agli interessati, anche diversi dagli utenti del servizio ChatGPT, che si collegano dall’Italia,

uno strumento attraverso il quale possano esercitare il diritto di opposizione rispetto ai trattamenti dei propri dati personali, ottenuti da terzi, svolti dalla società ai fini dell'addestramento degli algoritmi e dell'erogazione del servizio;

| 124

3) mettere a disposizione, sul proprio sito Internet, almeno agli interessati, anche diversi dagli utenti del servizio ChatGPT, che si collegano dall'Italia, uno strumento attraverso il quale chiedere e ottenere la correzione di eventuali dati personali trattati in maniera inesatta nella generazione dei contenuti o, qualora ciò risulti impossibile allo stato della tecnica, la cancellazione dei propri dati personali;

4) inserire un *link* all'informativa rivolta agli utenti dei propri servizi nel flusso di registrazione in una posizione che ne consenta la lettura prima di procedere alla registrazione, attraverso modalità tali da consentire a tutti gli utenti che si collegano dall'Italia, ivi inclusi quelli già registrati, al primo accesso successivo all'eventuale riattivazione del servizio, di prendere visione di tale informativa;

5) modificare la base giuridica del trattamento dei dati personali degli utenti ai fini dell'addestramento degli algoritmi, eliminando ogni riferimento al contratto e assumendo come base giuridica del trattamento il consenso o il legittimo interesse in relazione alle valutazioni di competenza della società in una logica di *accountability*;

6) mettere a disposizione, sul proprio sito Internet, almeno agli utenti del servizio, che si collegano dall'Italia, uno strumento facilmente accessibile attraverso il quale esercitare il diritto di opposizione al trattamento dei propri dati acquisiti in sede di utilizzo del servizio per l'addestramento degli algoritmi qualora la base giuridica prescelta ai sensi del punto 5) sia il legittimo interesse;

7) in sede di eventuale riattivazione del servizio dall'Italia, inserire la richiesta, a tutti gli utenti che si collegano dall'Italia, ivi inclusi quelli già registrati, di superare, in sede di primo accesso, un *age gate* che escluda, sulla base dell'età dichiarata, gli utenti minorenni.

Altre due prescrizioni, contenute ai punti 8) e 9) del Secondo provvedimento, non sono comprese tra quelle condizionanti la sospensione del Primo provvedimento. Si tratta, in particolare, delle prescrizioni di:

8) sottoporre al Garante, entro il 31 maggio 2023, un piano, da implementarsi entro il 30 settembre 2023, per l'adozione di strumenti di *age verification* idoneo a escludere l'accesso al servizio agli utenti infratredicenni e a quelli minorenni in assenza di un'espressa manifestazione di volontà da parte di chi esercita sugli stessi la responsabilità genitoriale;

9) promuovere, entro il 15 maggio 2023, una campagna di informazione, di natura non

promozionale, su tutti i principali mezzi di comunicazione di massa italiani (radio, televisione, giornali e Internet) i cui contenuti andranno concordati con il Garante, allo scopo di informare le persone dell'avvenuta probabile raccolta dei loro dati personali ai fini dell'addestramento degli algoritmi, dell'avvenuta pubblicazione sul sito internet di OpenAI di un'apposita informativa di dettaglio e della messa a disposizione, sempre sul sito internet di OpenAI, di uno strumento attraverso il quale tutti gli interessati possono chiedere e ottenere la cancellazione dei propri dati personali.

La motivazione dell'esclusione degli adempimenti delle prescrizioni *sub* 8) e 9) dal novero di quelli condizionanti la sospensione del Primo provvedimento sembra essere di carattere temporale, e consistere nell'aspettativa che le prescrizioni da 1) a 7) possano adempiersi da parte di OpenAI entro il 30 aprile 2023, come effettivamente ritenuto e ordinato nel Secondo Provvedimento, nel quale, oltre alla disposizione della sospensione del Primo provvedimento, come sopra condizionata, si ingiunge ad OpenAI ai sensi dell'art. 58, par. 2, lett. d) del GDPR di adempiere alle varie prescrizioni da 1) a 9) nei predetti termini temporali, ossia: entro il 30 aprile 2023 per le prescrizioni da 1) a 7); ed entro i successivi termini per le prescrizioni da 8) a 9) come indicati specificamente nei medesimi punti: 31 maggio e 30 settembre per il punto 8) e 15 maggio per il punto 9).

Il contenuto del Secondo provvedimento si spiega in relazione al contenuto del Primo provvedimento nonché – deve ritenersi, almeno in qualche misura – in relazione agli incontri e alle interlocuzioni che il Garante ha avuto con OpenAI successivamente all'emanazione del Primo provvedimento, dei quali è dato atto nei comunicati stampa del Garante del 4.4.2023

(<https://www.garanteprivacy.it/web/guest/home/docweb/-/docweb-display/docweb/9872284>), e del 6.4.2023

(<https://www.garanteprivacy.it/web/guest/home/docweb/-/docweb-display/docweb/9872832>).

Nel Primo provvedimento, il Garante aveva motivato l'adozione "in via d'urgenza" dell'ordine di limitazione provvisoria sulla base della contestazione di una violazione degli artt. 5, 6, 8, 13 e 25 del GDPR, con la precisazione che tale valutazione doveva ritenersi compiuta sulla base dell'istruttoria fino a quel momento espletata e che la misura della limitazione provvisoria si giustificava "nelle more del completamento della necessaria istruttoria rispetto a quanto sin qui emerso".



Successivamente, in data 28.4.2023, OpenAI ha riaperto il servizio ChatGPT in Italia ritenendo di aver assolto alle richieste del Garante italiano, il quale, a sua volta, con comunicato in pari data, ha espresso soddisfazione per “*i passi in avanti*” compiuti da OpenAI, pur dichiarando che proseguirà nella sua istruttoria e nel lavoro con l’apposita task force costituita in seno allo *European Data Protection Board* con le altre Autorità privacy europee al livello dell’EDPB (v. notizia n. 3 *supra* in questa rubrica).

Nel predetto comunicato, il Garante italiano ha comunicato di aver ricevuto da OpenAI una nota nella quale la medesima società ha rappresentato di aver:

- predisposto e pubblicato sul proprio sito un’informativa rivolta a tutti gli utenti e non utenti, in Europa e nel resto del mondo, per illustrare quali dati personali e con quali modalità sono trattati per l’addestramento degli algoritmi e per ricordare che chiunque ha diritto di opporsi a tale trattamento;
- ampliato l’informativa sul trattamento dei dati riservata agli utenti del servizio rendendola ora accessibile anche nella maschera di registrazione prima che un utente si registri al servizio;
- riconosciuto a tutte le persone che vivono in Europa, anche non utenti, il diritto di opporsi a che i loro dati personali siano trattati per l’addestramento degli algoritmi anche attraverso un apposito modulo compilabile online e facilmente accessibile;
- introdotto una schermata di benvenuto alla riattivazione di ChatGPT in Italia, con i rimandi alla nuova informativa sulla privacy e alle modalità di trattamento dei dati personali per il training degli algoritmi;
- previsto per gli interessati la possibilità di far cancellare le informazioni ritenute errate dichiarandosi, allo stato, tecnicamente impossibilitata a correggere gli errori;
- chiarito, nell’informativa riservata agli utenti, che mentre continuerà a trattare taluni dati personali per garantire il corretto funzionamento del servizio sulla base del contratto, tratterà i loro dati personali ai fini dell’addestramento degli algoritmi, salvo che esercitino il diritto di opposizione, sulla base del legittimo interesse;
- implementato per gli utenti già nei giorni scorsi un modulo che consente a tutti gli utenti europei di esercitare il diritto di opposizione al trattamento dei propri dati personali e poter così escludere le conversazioni e la relativa cronologia dal training dei propri algoritmi;
- inserito nella schermata di benvenuto riservata agli utenti italiani già registrati al servizio un pulsante attraverso il quale, per riaccedere al

servizio, dovranno dichiarare di essere maggiorenni o ultratredicenni e, in questo caso, di avere il consenso dei genitori;

- inserito nella maschera di registrazione al servizio la richiesta della data di nascita prevedendo un blocco alla registrazione per gli utenti infratredicenni e prevedendo, nell’ipotesi di utenti ultratredicenni ma minorenni che debbano confermare di avere il consenso dei genitori all’uso del servizio.
- Su questa base, il Garante ha espresso soddisfazione per le misure intraprese e ha auspicato – sempre nel comunicato stampa - che OpenAI, nelle prossime settimane, ottemperi alle ulteriori richieste impartite con lo stesso provvedimento dell’11 aprile con particolare riferimento all’implementazione di un sistema di verifica dell’età e alla pianificazione e realizzazione di una campagna di comunicazione finalizzata a informare tutti gli italiani di quanto accaduto e della possibilità di opporsi all’utilizzo dei propri dati personali ai fini dell’addestramento degli algoritmi.

SALVATORE ORLANDO

<https://www.garanteprivacy.it/web/guest/home/docweb/-/docweb-display/docweb/9870832>

<https://www.garanteprivacy.it/web/guest/home/docweb/-/docweb-display/docweb/9874702>

<https://www.garanteprivacy.it/home/docweb/-/docweb-display/docweb/9881490>

**6. I provvedimenti del 31.12.2022 e del 12.1.2023 adottati dalla Data Protection Commission irlandese in ottemperanza alle tre decisioni vincolanti dell’EDPB del 5.12.2022 nei casi concernenti Meta (per i servizi Facebook e Instagram) e WhatsApp (per l’omonimo servizio) a proposito della base del contratto per il trattamento dei dati personali.**

L’ultimo giorno del 2022 l’Autorità di controllo irlandese in materia di protezione dei dati personali (la *Data Protection Commission*, “DPC”) ha sanzionato Meta Platforms Ireland Limited (“Meta”) per 210 milioni di euro con riferimento alla fornitura del suo servizio più famoso, il social network Facebook, per la violazione degli artt. 5(1)(a), 6(1)(b), 12(1) e 13(1)(c) del Regolamento UE 2016/679 (in seguito, anche, “Regolamento” o “GDPR”),

Tale pronuncia, insieme a quella “gemella”, di pari data, contro Meta per il servizio Instagram, con una sanzione di 180 milioni di euro, acquisisce enorme importanza per le conclusioni che se ne traggono in materia di pubblicità personalizzata online. La scelta della base giuridica su cui fondare la profilazione per fini commerciali e pubblicitari è infatti centrale nel modello di business non solo di Meta ma della gran parte delle piattaforme digitali, ivi compresi gli editori, come le testate giornalistiche online, o gli altri fornitori di servizi, anche più piccoli.

Ecco perché, al di fuori delle conseguenze per Meta, la decisione avrà ripercussioni per tutti i fornitori di servizi digitali laddove suscettibile di mettere potenzialmente in crisi i modelli di business basati sull’offerta di servizi “gratuiti” o a “prezzo zero” e, quindi, di cambiare o quanto meno influire sul modo in cui i fornitori di servizi digitali remunerano la loro attività.

Il provvedimento segna la fine di una lunga istruttoria che ha avuto origine da un reclamo presentato il 25 maggio 2018, giorno della effettiva applicabilità del GDPR, contro le nuove condizioni contrattuali (“*Terms of Service*” o “TOS”) e informativa privacy da poco adottate da Facebook. Tra gli aspetti di particolare interesse, si contestava la modifica della base giuridica per la fornitura di pubblicità comportamentale (*rectius*, del trattamento dei dati degli utenti per l’invio di una particolare forma di pubblicità personalizzata e particolarmente invasiva): dal consenso dell’interessato ex art. 6(1)(a) del Regolamento al contratto ex art. 6(1)(b) dello stesso Regolamento. In altre parole, l’invio di pubblicità comportamentale diveniva parte essenziale del servizio offerto dalla piattaforma Facebook e per questo assoggettato alla medesima base giuridica: il contratto con il fornitore del servizio così come regalato dai TOS. Dunque, per accedere o continuare a usufruire di Facebook bisognava “accettare” i TOS e, quindi, necessariamente anche la pubblicità comportamentale. Secondo Meta, infatti, la fornitura di pubblicità comportamentale è necessaria all’esecuzione del contratto con l’utente e quindi alla fornitura del servizio.

Con il reclamo, presentato con il supporto dell’associazione Noyb, si contestava l’effetto del mutamento della base giuridica: “costringere” gli utenti ad acconsentire al trattamento dei loro dati per fini di pubblicità comportamentale. L’utente non avrebbe più potuto scegliere se ricevere o meno pubblicità basata sulla profilazione della sua attività.

Nella sua bozza di decisione, condivisa con le altre autorità di controllo europee in base alla procedura

del *One-Stop Shop* di cui agli artt. 60 e ss. del Regolamento, la DPC ha sostenuto che Meta: avesse violato le norme sulla trasparenza non avendo chiarito agli utenti quali fossero i trattamenti realizzati, le finalità e le relative basi giuridiche; che questa può scegliere la base giuridica che ritiene più adeguata per i trattamenti effettuati; e che, con riferimento ai servizi personalizzati, ivi compresa la pubblicità, Meta non era tenuta ad adottare il consenso e nello specifico aveva legittimamente scelto il contratto.

Questo perché, nella ricostruzione della DPC, il servizio Facebook è chiaramente basato sulla pubblicità personalizzata e un utente ragionevolmente informato è al corrente del fatto che il contenuto principale (“*core*”) del modello Facebook è proprio la pubblicità comportamentale (“*an advertising model*”). Conseguentemente, tale forma di pubblicità integra un elemento essenziale del contratto che rientra nelle reciproche aspettative sia di Facebook che di un suo potenziale utente. Soprattutto, si tratta di un elemento necessario per dare esecuzione allo “specifico” contratto sottoscritto dalle parti nella misura in cui la necessità non può essere considerata del tutto in astratto ma bisogna tenere in considerazione le clausole contrattuali che in concreto delineano il funzionamento del servizio.

Sulla bozza di decisione si sono concentrate le “obiezioni pertinenti e motivate” (ex art. 65, par. 1, lett. a GDPR) delle autorità di controllo europee per le quali la pubblicità comportamentale, quale parte più ampia dei servizi personalizzati offerti da Facebook, non può fondarsi sul contratto perché si tratta di prestazioni non necessarie per l’esecuzione del servizio richiesto dall’utente.

Sulla base di tali obiezioni, il Comitato europeo per la protezione dei dati personali (EDPB), organo che riunisce a livello europeo i rappresentanti di tutte le autorità di controllo, ha emesso in data 5 dicembre 2022 una decisione vincolante ai sensi dell’art. 65 GDPR: la decisione n. 3/2022.

Similmente ha provveduto, nella stessa data, emettendo altre due decisioni vincolanti ai sensi dell’art. 65 GDPR: la n. 4/2022 relativa al servizio Instagram (decisione n. 4/2022), riguardante sempre la base del contratto come base giuridica del trattamento per finalità di pubblicità comportamentale; e la n.5/2022 relativa al servizio WhatsApp riguardante sempre la base del contratto come base giuridica del trattamento, in questo caso però in relazione alle particolare finalità dello sviluppo del servizio (*service improvement*) e della sicurezza (*security*).

Nella decisione 3/2022 l’EDPB ha innanzitutto rilevato come la pubblicità comportamentale sia un





trattamento complesso, su larga scala e intrusivo nella dimensione giuridica degli utenti, difficilmente compreso dagli stessi che spesso non ne sono al corrente e che, dall'altro lato, la disciplina in materia di protezione dei dati personali si fonda sul riconoscimento alla persona fisica del potere di controllo sui propri dati. In tal senso, le norme del Regolamento, ivi compresa la base giuridica contrattuale, non possono essere interpretate e applicate in modo da ridurre il potere di controllo sui dati da parte degli interessati perché così facendo si annullerebbe l'effetto utile delle norme a tutela dell'interessato.

Ciò premesso, ha affermato che la valutazione della "necessità" di un trattamento all'esecuzione del contratto deve essere effettuata in relazione alla *ratio* del contratto, vale a dire la sua sostanza e il suo obiettivo o finalità fondamentale. È dunque con riferimento alla finalità di un contratto che si misura la necessità del trattamento.

Per ricorrere al contratto come base giuridica *ex art.* 6(1)(b) del Regolamento bisogna che il trattamento sia oggettivamente necessario per la finalità perseguita e parte integrante della fornitura del servizio all'interessato.

Meta presenta il servizio Facebook come uno strumento che consente agli utenti di connettersi con i loro amici e comunicare con il mondo. In altre parole, dal punto di vista dell'utente la pubblicità comportamentale, laddove l'utente sia al corrente della sua presenza, non è comunque un elemento necessario del contratto.

Soprattutto, secondo l'EDPB è il modello di business che deve adattarsi e conformarsi ai requisiti che il GDPR stabilisce per il trattamento dei dati personali, non il contrario. In tal senso, la valutazione di ciò che è necessario deve tener conto anche di quale sia l'opzione meno invasiva per raggiungere lo stesso obiettivo. Se esistono alternative realistiche e meno invadenti, il trattamento non sarà "necessario" *ex art.* 6(1)(b) GDPR. Tale articolo, infatti, non è invocabile per trattamenti che sono solo "utili" ma non "oggettivamente necessari" per l'esecuzione della prestazione contrattuale, anche se ciò è necessario per altri scopi come quelli commerciali.

L'EDPB conclude quindi che, poiché l'obiettivo principale per cui un utente usufruisce del servizio Facebook è comunicare con gli altri, la pubblicità comportamentale ancorché inserita come obbligazione contrattuale, non è un trattamento oggettivamente necessario alla fornitura del servizio Facebook.

Pertanto, nel suo parere vincolante del 5 dicembre 2022, l'EDPB ha ritenuto che il contratto non fosse

l'adeguata base giuridica per la pubblicità comportamentale con riferimento al servizio Facebook, che nella scelta di tale base giuridica Meta abbia violato le norme del Regolamento e ha imposto alla DPC di modificare la bozza di decisione in modo da recepire l'orientamento dell'EDPB.

In ottemperanza al parere dell'EDPB, nella sua decisione finale del 31 dicembre 2022, in aggiunta alle violazioni in materia di corretta informazione, la DPC ha stabilito che la scelta di ricorrere al contratto quale base giuridica per la pubblicità comportamentale costituisce una violazione dell'articolo 6 del GDPR.

Ha inoltre imposto a Meta di adeguare i suoi trattamenti alle norme del GDPR entro un periodo di 3 mesi.

La stessa misura è stata adottata nella decisione "gemella" della DPC del 31.12.2022 relativa al servizio Instagram, riguardante, come dichiarato dalla stessa DPC, "*the same basic issues*", e culminata anche in questo caso – e sulla base delle stesse argomentazioni sostanziali – nell'affermazione dell'inidoneità della base del contratto per il trattamento dei dati personali con particolare riferimento alla finalità della pubblicità comportamentale.

Invece, in ottemperanza alla richiamata decisione vincolante dell'EDPB n.5/2022, la DPC ha adottato il 12.1.2023 nei confronti di WhatsApp Ireland una decisione finale comminando una sanzione di 5,5 milioni di euro e imponendo in questo caso un termine maggiore, di 6 mesi, per rendere le sue operazioni di trattamento dei dati personali conformi al GDPR. Anche per il servizio WhatsApp la decisione vincolante dell'EDPB e la decisione finale della DPC sono culminate nell'affermazione dell'inidoneità della base del contratto per il trattamento dei dati personali, in questo caso, tuttavia, vertendosi in particolare, come detto, sulle diverse finalità dello sviluppo del servizio e della sicurezza.

Degno di nota, infine, che in entrambi i comunicati stampa emanati dalla DPC a commento dei provvedimenti in questione (un comunicato stampa per i provvedimenti contro Meta per i servizi Facebook e Instagram e l'altro per il provvedimento contro WhatsApp Ireland), si annuncia un ricorso della DPC alla Corte di Giustizia dell'Unione Europea per proporre una questione interpretativa sui poteri dello EDPB, in conseguenza del fatto che l'EDPB avrebbe, ad avviso della DPC, oltrepassato i suoi limiti di competenza nel sollecitare separatamente la DPC ad avviare nuove indagini sulle operazioni di trattamento dei dati relativi ai tre

servizi in oggetto (Facebook, Instagram e WhatsApp).

GUIDO D'IPPOLITO

Sul servizio Facebook:

| 128 <https://www.dataprotection.ie/en/news-media/data-protection-commission-announces-conclusion-two-inquiries-meta-ireland>  
[https://edpb.europa.eu/system/files/2023-01/facebook-18-5-5\\_final\\_decision\\_redacted\\_en.pdf](https://edpb.europa.eu/system/files/2023-01/facebook-18-5-5_final_decision_redacted_en.pdf)  
[https://edpb.europa.eu/system/files/2023-01/edpb\\_bindingdecision\\_202203\\_ie\\_sa\\_meta\\_face\\_bookservice\\_redacted\\_en.pdf](https://edpb.europa.eu/system/files/2023-01/edpb_bindingdecision_202203_ie_sa_meta_face_bookservice_redacted_en.pdf)

Sul servizio Instagram:

<https://www.dataprotection.ie/en/news-media/data-protection-commission-announces-conclusion-two-inquiries-meta-ireland>  
[https://edpb.europa.eu/system/files/2023-01/edpb\\_binding\\_decision\\_202204\\_ie\\_sa\\_meta\\_instagramservice\\_redacted\\_en.pdf](https://edpb.europa.eu/system/files/2023-01/edpb_binding_decision_202204_ie_sa_meta_instagramservice_redacted_en.pdf)

Sul servizio WhatsApp:

<https://www.dataprotection.ie/en/news-media/data-protection-commission-announces-conclusion-inquiry-whatsapp>  
[https://edpb.europa.eu/system/files/2023-01/edpb\\_bindingdecision\\_202205\\_ie\\_sa\\_whatsapp\\_en.pdf](https://edpb.europa.eu/system/files/2023-01/edpb_bindingdecision_202205_ie_sa_whatsapp_en.pdf)

## 7. La luce verde del 10.2.2023 della Commissione UE a una joint venture tra Deutsche Telekom, Orange, Telefónica e Vodafone per una piattaforma di supporto al marketing digitale in Francia, Germania, Italia, Spagna e Regno Unito

Con decisione del 10 febbraio 2023, la Commissione europea (di seguito, **Commissione**) ha approvato senza condizioni la creazione di una *joint venture* tra Deutsche Telekom AG, Orange SA, Telefónica S.A. e Vodafone Group plc. finalizzata a predisporre una piattaforma di supporto alle attività di marketing e pubblicità digitale di marchi ed editori in Francia, Germania, Italia, Spagna e Regno Unito.

Com'è noto, se, da un lato, le fusioni e le *joint ventures* tra imprese possono portare benefici all'economia, espandendo segmenti di mercato, efficientando lo sviluppo di nuovi prodotti e/o favorendo la riduzione dei costi di produzione o distribuzione, dall'altro esse possono, in potenza,

ridurre il gioco concorrenziale, creando o rafforzando posizioni dominanti. Per tali ragioni, pur non figurando espressamente agli artt. 101 ss. TFUE, alle concentrazioni è stata destinata un'apposita disciplina di diritto derivato, condensata nel Regolamento (CE) n. 139/2004. Ai sensi dell'art. 4 di tale regolamento, alle imprese coinvolte è fatto obbligo di notificare alla Commissione le concentrazioni cc.dd. di dimensione comunitaria prima della loro realizzazione e dopo la conclusione dell'accordo, la comunicazione dell'offerta d'acquisto o di scambio o l'acquisizione di una partecipazione di controllo. Inoltre, la notificazione è ammessa anche quando le imprese interessate dimostrino di avere, in buona fede, intenzione di concludere un accordo o di procedere a un'offerta pubblica che dia luogo a una concentrazione di dimensione comunitaria. Ricevuta la notificazione, la Commissione procede all'esame dell'operazione, verificandone la compatibilità col mercato interno. In estrema sintesi, ai sensi dell'art. 6, gli esiti dell'indagine possono essere i seguenti: una decisione di non pertinenza dell'operazione all'ambito di applicazione del regolamento; una decisione di compatibilità della concentrazione col mercato comune; una decisione di compatibilità sottoposta a condizioni o oneri per le imprese partecipanti; in caso di seri dubbi sull'alterazione del gioco concorrenziale, l'avvio del procedimento, con esercizio dei poteri di cui all'art. 8; una decisione di rinvio dell'esame alle autorità competenti dello Stato membro interessato (art. 9).

Ebbene, in data 6 gennaio 2023 Deutsche Telekom, Orange, Telefónica e Vodafone, imprese operanti nel settore delle telecomunicazioni, hanno notificato alla Commissione l'intenzione di procedere alla creazione di una piattaforma di supporto alle attività di marketing e pubblicità digitale. Nello specifico, la *joint venture*, raccolto il previo consenso dell'utente, genererà un codice digitale unico derivato dall'abbonamento alla rete mobile o fissa dell'utente che consentirà ai marchi e agli editori di riconoscere gli utenti sui loro siti web o applicazioni su base pseudonima, di raggrupparli in diverse categorie e di adattare i loro contenuti a gruppi di utenti specifici.

Come anticipato, all'esito del pertinente esame, la Commissione ha concluso che l'operazione non solleva problemi di concorrenza nello Spazio economico europeo (SEE), adottando una decisione incondizionata di compatibilità della concentrazione col mercato comune ai sensi dell'art. 6, par. 1, lett. b) Regolamento (CE) n. 139/2004. L'indagine di mercato condotta dalla Commissione ha rivelato che l'operazione, come notificata, non ridurrebbe in



modo significativo la concorrenza nei mercati francese, tedesco, italiano e spagnolo con riferimento a: la fornitura di servizi di identificazione digitale per la pubblicità mirata e/o l'ottimizzazione dei siti; la fornitura al dettaglio di servizi di telecomunicazione mobile; la fornitura al dettaglio di servizi di accesso a internet fisso; la fornitura al dettaglio di servizi audiovisivi; la fornitura di spazi pubblicitari online. Di seguito, in sintesi, le ragioni.

Nel corso dell'indagine, è stato anzitutto esaminato il legame verticale tra le attività delle quattro società come fornitori al dettaglio di servizi di accesso a internet e alla rete mobile e i servizi di marketing e pubblicità digitale affidati alla *joint venture*. Le società forniscono a quest'ultima un codice digitale con il quale essa eroga i propri servizi di identificazione digitale per le attività di marketing e pubblicità digitale. Al riguardo, la Commissione ha ritenuto che, a seguito dell'operazione, vi sarebbero sufficienti fornitori alternativi di input per il medesimo scopo. Inoltre, si è constatato che i *competitors* delle imprese sarebbero in grado di fornire fattori di produzione alla stessa *joint venture* e/o ai fornitori rivali di servizi di identificazione digitale.

Oggetto di verifica è stato, poi, il legame verticale tra le attività delle quattro imprese come clienti di pubblicità online e le attività della *joint venture* quale fornitore di servizi di identificazione digitale per la pubblicità mirata e/o l'ottimizzazione dei siti. Sul punto, si è rilevato che la *joint venture* non avrà la capacità di – o costituirà l'incentivo a – escludere altri inserzionisti e fornitori rivali di servizi di telecomunicazione mobile, limitando il loro accesso ai servizi di identificazione digitale. Dipoi, le società non avrebbero la capacità di escludere fornitori rivali di servizi di identificazione digitale.

Inoltre, sono stati analizzati i legami conglomerati tra le attività delle società come distributori di canali televisivi e le attività della *joint venture* come fornitore di servizi di identificazione digitale per la pubblicità mirata e/o l'ottimizzazione dei siti. In proposito, la Commissione ha ritenuto che le società non avrebbero la capacità di – o l'incentivo a – costringere le emittenti televisive ad abbonarsi ai servizi di identificazione digitale offerti dalla *joint venture*, data la limitata platea di clienti comuni a questi due diversi prodotti.

Merita infine evidenziare che la Commissione ha dichiarato che le verifiche illustrate sono state condotte in costante contatto con le autorità preposte alla protezione dei dati personali, e che, in ogni caso, a prescindere dall'avvenuta autorizzazione alla fusione, le norme sulla

protezione dei dati personali rimangono pienamente applicabili.

VALENTINO RAVAGNANI

[https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/%20en/ip\\_23\\_721](https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/%20en/ip_23_721)

| 129

## 8. Il provvedimento della *Datenschutzkonferenz* tedesca del 24.11.2022 contro Microsoft per il sistema di trattamento dati del cloud di Office 365.

Il 22 settembre 2020, la *Datenschutzkonferenz* (DSK o Conferenza) aveva preso atto di una valutazione compiuta da parte di un gruppo di lavoro da essa incaricato avente ad oggetto l'amministrazione dei termini di servizio online alla base dell'utilizzo del servizio cloud Microsoft Office 365 e l'allora vigente «Addendum relativo alla Protezione dei Dati Personali dei Servizi Online Microsoft» (*Microsoft Online Services Data Protection Addendum*, **DPA**: <https://www.microsoft.com/licensing/docs/view/Microsoft-Products-and-Services-Data-Protection-Addendum-DPA?year=2020>) per quanto riguarda la sua conformità ai requisiti dell'art. 28, paragrafo 3, del Regolamento generale sulla protezione dei dati (UE) 2016/679 (GDPR), ai sensi del quale “i trattamenti da parte di un responsabile del trattamento sono disciplinati da un contratto o da altro atto giuridico a norma del diritto dell'Unione o degli Stati membri, che vincoli il responsabile del trattamento al titolare del trattamento e che stipuli la materia disciplinata e la durata del trattamento, la natura e la finalità del trattamento, il tipo di dati personali e le categorie di interessati, gli obblighi e i diritti del titolare del trattamento” e che prevede i requisiti di tale atto giuridico. La DSK è un'organizzazione composta dall'autorità indipendente per la protezione dei dati della Federazione tedesca e da quelle dei singoli Länder. La Conferenza ha il compito di salvaguardare il diritto alla protezione dei dati, di ottenere un'applicazione uniforme della legislazione europea e nazionale in materia di protezione dei dati e di promuovere congiuntamente il suo ulteriore sviluppo. I suoi strumenti sono risoluzioni, decisioni, linee guida, standardizzazione, dichiarazioni, comunicati stampa e indagini specifiche.

Più in particolare, il gruppo di lavoro incaricato dalla DSK costituisce una *task force*, sotto la guida

degli uffici delle autorità per la protezione dei dati di Brandeburgo e della Bavaria (BayLDA). Ad esso (innanzi anche il **Gruppo di lavoro**) la DSK chiede di effettuare delle indagini e verifiche sulla conformità della contrattualistica di aziende target rispetto alla normativa sulla protezione dei dati.

130 Avendo il Gruppo di lavoro accertato che, sulla base dei documenti forniti da Microsoft, non fosse possibile utilizzare Office 365 in modo conforme ai requisiti in materia di protezione dei dati, la DSK ha richiesto di avviare colloqui con Microsoft al fine di ottenere tempestivamente miglioramenti e adeguamenti conformi alla protezione dei dati personali agli standard per i trasferimenti, come indicato dalla c.d. sentenza Schrems II della Corte di giustizia europea (su cui v. in questa rubrica la notizia n. 1 del numero 3/2020 <http://www.personaemercato.it/wp-content/uploads/2020/09/Osservatorio-14.9.2020.pdf>).

La questione essenziale per l'autorità di vigilanza tedesca era se le attività di trattamento dei dati personali da parte del responsabile fossero legittime e, in particolare, se il DPA, come contratto di trattamento ai sensi dell'art. 28 GDPR soddisfacesse i requisiti di cui al medesimo articolo. Il Gruppo di lavoro ha specificato, tuttavia, che il contenuto del suo rapporto si è limitato ad una valutazione che copre i soli requisiti legali del GDPR, e non ha ad oggetto il complessivo sistema di protezione dei dati del servizio cloud Microsoft 365. Non vi è difatti alcun esame tecnico indipendente da parte del Gruppo di lavoro e neppure un'analisi dei flussi di dati e dei trattamenti effettivamente effettuati o in corso. Di conseguenza, il rapporto del Gruppo di lavoro non fornisce un'analisi conclusiva e (naturalmente) non esclude un diverso risultato al mutare delle condizioni. La valutazione si basa sull'ultimo aggiornamento del DPA che Microsoft ha presentato nel settembre 2022

(<https://www.microsoft.com/licensing/docs/view/Microsoft-Products-and-Services-Data-Protection-Addendum-DPA?year=2022>). Questa nuova versione, in risposta ai rilievi dal Gruppo di lavoro, apporta modifiche principalmente nell'area della formulazione contrattuale della responsabilità di Microsoft nel contesto del trattamento «per scopi commerciali legittimi».

Il 24 novembre 2022, con la pubblicazione del rapporto in commento, il Gruppo di lavoro ha accertato che i miglioramenti nei punti critici indicati siano stati solo lievi, specialmente per quanto riguarda la definizione dei tipi e delle finalità del trattamento. La questione centrale è stata quella di stabilire, in particolare, in quali casi

Microsoft agisca come responsabile e in quali come titolare del trattamento. I responsabili del trattamento devono difatti essere in grado di adempiere in qualsiasi momento ai loro obblighi di rendicontazione ai sensi dell'art. 5, par. 2 GDPR. Quando si utilizza Microsoft 365, l'azienda non rivela però in dettaglio quali operazioni di trattamento avvengono per conto del cliente e quali per scopi propri. Restano dunque necessari miglioramenti, che dovrebbero mirare a descrivere l'oggetto del trattamento in modo completo e il più dettagliato possibile. Ciò potrebbe essere ottenuto, ad esempio, attraverso una specifica per il cliente sulla falsariga dell'Allegato II delle clausole contrattuali standard della Commissione ai sensi dell'art. 28, par. 7, GDPR.

Per quanto riguarda poi la responsabilità di Microsoft nel contesto del trattamento «per scopi commerciali legittimi», il Gruppo di lavoro è riuscito a ottenere modifiche solo modeste agli accordi contrattuali. Un esame attento della riformulazione contrattuale mostra, a parere del Gruppo di lavoro, che Microsoft sta mantenendo l'approccio di base del precedente modello normativo di concedersi diritti illimitati per alcune operazioni di trattamento per l'elaborazione dei dati personali. Non è ancora chiaro quali dati personali siano trattati nel contesto di quelle che Microsoft chiama «legittime finalità commerciali» o «attività commerciali». Non è inoltre chiara la base giuridica sulla quale avviene il trasferimento dei dati personali trattati per scopi di Microsoft. Lo stesso vale per dati come quelli telemetrici e diagnostici, che, a quanto risulta al gruppo di lavoro, Microsoft raccoglie su larga scala e di regola per i propri scopi. Il DPA del settembre 2022 contiene modifiche alle precedenti disposizioni che regolano la divulgazione dei dati forniti a Microsoft in qualità di incaricato del trattamento per i propri scopi commerciali «al fine di ottemperare agli obblighi di legge». Sebbene le modifiche contengano una nuova formulazione, il risultato è che i poteri rimangono ugualmente ampi. Ad esempio, il regolamento limita il diritto del cliente di dare istruzioni in merito alla divulgazione dei dati trattati per conto del cliente. L'Addendum consente le divulgazioni se sono richieste per legge o comunque descritte al suo interno. Tali divulgazioni non sono limitate alle istruzioni del responsabile del trattamento; pertanto, sono consentite ai sensi dell'art. 28, par. 3, lett. a), seconda frase, GDPR solo se sono limitate agli obblighi previsti dal diritto dell'Unione o degli Stati membri a cui Microsoft è soggetta. Ciò significa che l'obbligo di Microsoft di impartire istruzioni non soddisfa i requisiti minimi legali ai sensi del suddetto articolo del GDPR. Le



indagini del Gruppo di lavoro mostrano che Microsoft si riserva anche contrattualmente un diritto di comunicare informazioni di ampia portata, che, se esercitato, non soddisferebbe i requisiti di cui all'articolo 48 del GDPR.

Microsoft ha inoltre illustrato al Gruppo di lavoro le procedure di cancellazione dei dati personali. Le spiegazioni mostrano che, ad eccezione del caso del trattamento dei dati oggetto del contratto per finalità di «difesa informatica», il trattamento per finalità commerciali di Microsoft non dovrebbe estendere i periodi di cancellazione dei dati personali. Inoltre, la rielaborazione del “supplemento per la protezione dei dati” ha comportato modifiche anche per quanto riguarda la cancellazione, che tuttavia comportano ancora ambiguità e contraddizioni. Secondo la valutazione del Gruppo di lavoro, la struttura dell'obbligo di restituzione e cancellazione non soddisfa i requisiti legali dell'art. 28, par. 3, lettera g), seconda frase, GDPR. A causa dell'ambiguità del regolamento, i responsabili del trattamento possono essere ritenuti responsabili ai sensi dell'art. 5, par. 2 GDPR, in combinato disposto con l'art. 5, par. 1, lettera a) GDPR.

Gli ultimi rilievi attengono al subappalto nel trattamento e al trattamento dati in paesi terzi. Nonostante le riserve iniziali, Microsoft è stata convinta ad apportare adeguamenti organizzativi e contrattuali alla procedura, che in precedenza era stata concepita come obbligo di raccolta dei dati da parte del responsabile del trattamento. Il Gruppo di lavoro sottolinea che l'art. 28 par. 2 GDPR prevede che le informazioni del responsabile del trattamento «in merito a qualsiasi modifica prevista per quanto riguarda l'utilizzo o la sostituzione di altri incaricati del trattamento» devono contenere la specifica modifica prevista e non solo l'indicazione della generica possibilità di modifiche. L'esempio di e-mail di notifica fornito da Microsoft contiene, tuttavia, solo generiche informazioni sulle modifiche. L'elenco dei rapporti di subappalto presentato al gruppo di lavoro distingue anche essenzialmente il servizio o la funzionalità per cui i subappaltatori sono utilizzati e specifica la loro ubicazione e le categorie di dati a cui hanno accesso. In confronto, le clausole contrattuali standard fornite dalla Commissione UE forniscono informazioni molto più dettagliate sul nome, l'indirizzo e la persona da contattare degli altri responsabili (sub-responsabili), nonché una descrizione del rispettivo trattamento, che dovrebbe consentire una chiara delimitazione delle responsabilità dei vari sub-responsabili.

L'ultima versione del DPA contiene infine una disposizione secondo cui il cliente “autorizza

Microsoft a trasferire (...) i Dati Personali negli Stati Uniti [d'America] o in qualunque altro paese in cui Microsoft o gli Altri suoi Responsabili del Trattamento sono presenti”. Di conseguenza, le clausole contrattuali standard della Commissione UE del 2021 implementate da Microsoft si applicano a tutti i trasferimenti di dati personali. I colloqui del gruppo di lavoro con Microsoft hanno confermato che i dati personali sono in ogni caso trasferiti negli Stati Uniti d'America quando si utilizza Microsoft 365. Non è, dunque, possibile utilizzare il cloud senza trasferire i dati personali negli Stati Uniti d'America. A partire dal dicembre 2022, Microsoft intende offrire a tutti i clienti nell'area dell'UE la possibilità di memorizzare ed elaborare i dati dei clienti, i dati di supporto e altri dati personali dei clienti nell'area dell'UE come regola di *default*, vale a dire non senza eccezioni, ad esempio per determinate misure di sicurezza informatica (“Confine dei dati dell'UE”). Molti dei servizi inclusi in Microsoft 365 richiedono inoltre a Microsoft di accedere ai dati non criptati e non pseudonimizzati. L'opzione ovvia di criptare i dati elaborati non è sempre possibile, ad esempio se i dati devono essere visualizzati nel browser. Ciò significa che Microsoft ha regolarmente la possibilità di leggere i dati in chiaro per adempiere ai propri obblighi contrattuali. Si tratta quindi di una classica manifestazione del caso d'uso 6 dell'Allegato 2 delle Raccomandazioni 01/2020 del Comitato europeo per la protezione dei dati. Per questo caso d'uso, le autorità di controllo non sono ancora riuscite a individuare garanzie aggiuntive che possano portare alla liceità dell'esportazione dei dati. Le misure attualmente fornite da Microsoft nella sezione “Ubicazione dei dati a riposo” per l'archiviazione dei dati non portano all'esclusione di un trasferimento né giustificano garanzie sufficienti. Per quanto riguarda l'ulteriore trattamento (oltre alla conservazione), la sezione “Trasferimenti e localizzazione dei dati” non contiene alcuna dichiarazione sulla localizzazione dei dati. Anche le misure promesse da Microsoft nell'Addendum non sono idonee a compensare le carenze in materia di diritti fondamentali del diritto statunitense, valutate rispetto agli standard del diritto dell'UE. Inoltre, Microsoft si riserva anche contrattualmente il diritto di effettuare divulgazioni di ampia portata che, se attuate, non sarebbero conformi ai requisiti di cui all'articolo 48 GDPR.

In risposta alla valutazione della DSK, Microsoft ha diffuso un comunicato attraverso il quale si duole delle risultanze riscontrate, sottolineando il costante impegno dell'azienda nel trattamento e nella protezione dei dati dei propri utenti. Viene ribadito

che la DSK non avrebbe debitamente tenuto in conto le modifiche effettuate da Microsoft attraverso il DPA e che altre ne verranno realizzate, a garanzia della maggior trasparenza, come parte dell'EU *Data Boundary* per Microsoft Cloud. Il dibattito è dunque destinato ad evolversi con la diffusione del report completo delle violazioni riscontrate.

FEDERICO PISTELLI

[https://datenschutzkonferenz-online.de/media/dskb/2022\\_24\\_11\\_festlegung\\_MS3\\_65\\_zusammenfassung.pdf](https://datenschutzkonferenz-online.de/media/dskb/2022_24_11_festlegung_MS3_65_zusammenfassung.pdf)

<https://www.microsoft.com/licensing/docs/view/Microsoft-Products-and-Services-Data-Protection-Addendum-DPA>

### 9. Le Linee Guida EDPB 3/2022 versione 2.0 del 14.2.2023 sui *deceptive design* (già *dark*) *patterns*

Il 14 febbraio 2023, l'European Data Protection Board (EDPB) ha adottato la versione 2.0 delle Linee guida 3/2022, dal titolo "*Deceptive design patterns in social media platform interfaces: how to recognise and avoid them*" (le **Linee Guida**). La nuova versione aggiorna quella adottata circa un anno prima (14 marzo 2022) e presenta rilevanti novità, già a partire dal titolo, in cui l'espressione "*dark patterns*" viene sostituita con "*deceptive design patterns*".

Lo scopo delle Linee Guida è di fornire raccomandazioni e indicazioni per la progettazione delle interfacce delle piattaforme dei social media. Esse possono essere utilizzate sia nella fase di ideazione di una interfaccia utente, al fine di evitare l'implementazione di modelli di progettazione ingannevoli *ab origine*, sia su un servizio esistente, per valutarne la conformità della sua interfaccia, ovvero se *GDPR compliant*.

Nel contesto delle Linee Guida, i *deceptive design patterns* sono definiti come "interfacce degli utenti e percorsi degli utenti nelle piattaforme di *social media* che mirano a influenzare gli utenti al fine di indurli ad effettuare decisioni riguardanti il trattamento dei loro dati personali non consapevoli, non volute, potenzialmente dannose per gli utenti, sovente nella direzione di una scelta che risulta sfavorevole o non ottimale per gli interessi degli utenti e favorevole agli interessi delle piattaforme". Le Linee Guida aggiungono che l'influenza comportamentale esercitata dai *deceptive design patterns* si basa, generalmente, su *bias* cognitivi dell'utente, che si vede ostacolato nelle proprie

capacità di assumere scelte che garantiscano la migliore protezione, in termini di efficacia, dei propri dati personali. Soluzioni di *design*, che vanno dalle scelte cromatiche al posizionamento dei contenuti, possono determinare scelte degli utenti in un senso diverso da quello che gli stessi perseguirebbero se non sottoposti a condizionamenti. Inoltre, questi modelli potrebbero comportare in aggiunta alla perdita di controllo sui propri dati personali, con conseguente violazione delle norme poste a tutela degli stessi, anche la violazione delle norme attigue sulla protezione dei consumatori.

L'EDPB individua sei principali categorie di *deceptive design patterns* (Annex I): *i) overloading*: agli utenti vengono fornite informazioni in eccesso per spingerli a fornire più dati personali del necessario; *ii) skipping*: l'interfaccia viene progettata in modo che gli utenti dimentichino o non prestino attenzione a tutti o ad alcuni aspetti della protezione dei propri dati; *iii) stirring*: influisce sulla scelta che gli utenti farebbero facendo appello alle proprie emozioni o utilizzando suggerimenti visivi; *iv) obstructing*: un ostacolo o un blocco degli utenti nel loro processo di informazione o gestione dei propri dati, rendendo l'azione difficile o impossibile da realizzare; *v) fickle*: il design dell'interfaccia è incoerente e non chiaro, rendendo difficile per gli utenti navigare tra i diversi strumenti di controllo della protezione dei dati e comprendere lo scopo del trattamento; *vi) left in the dark*: l'interfaccia viene progettata in modo da nascondere le informazioni o gli strumenti di controllo della protezione dei dati o per lasciare gli utenti nell'incertezza su come i loro dati vengono elaborati e sul tipo di controllo che potrebbero avere su di essi in merito all'esercizio dei loro diritti. Oltre all'individuazione di queste categorie corredate da esempi, le linee guida contengono una serie di *best practices* e di raccomandazioni (Annex II) per la progettazione di interfacce utente che facilitino l'effettiva implementazione del GDPR. Il livello di dettaglio delle Linee Guida ha indotto alcuni commentatori a considerarle applicabili anche al di fuori del perimetro delle piattaforme di *social media*, configurandosi così come prima guida al *legal design* delle piattaforme, secondo un approccio *human-centred*.

LUCIO CASALINI

[https://edpb.europa.eu/system/files/2023-02/edpb\\_03-2022\\_guidelines\\_on\\_deceptive\\_design\\_patterns\\_in\\_social\\_media\\_platform\\_interfaces\\_v2\\_en\\_0.pdf](https://edpb.europa.eu/system/files/2023-02/edpb_03-2022_guidelines_on_deceptive_design_patterns_in_social_media_platform_interfaces_v2_en_0.pdf)



## 10. La divulgazione del 30.1.2023 dei risultati dell'indagine a tappeto della Commissione europea e della rete CPC sulle pratiche di manipolazione online.

Il 30 gennaio 2023, la Commissione europea ha divulgato i risultati di una “indagine a tappeto” (*sweep*), come definita all’art. 3, n. 16 del regolamento (UE) 2017/2394, e cioè, una “*indagin[e] concertat[a] dei mercati al consumo attraverso azioni di controllo coordinate e simultanee volte a verificare la conformità o a individuare infrazioni delle norme dell’Unione sulla tutela degli interessi dei consumatori*”, svolta dalla medesima Commissione e dalla rete di autorità nazionali per la tutela dei consumatori di 23 Stati Membri, Norvegia e Islanda (la “rete CPC”, istituita con regolamento (CE) n. 2006/2004, così come abrogato e sostituito dal regolamento (UE) 2017/2394) che ha riguardato ben 399 siti *web* di vendita al dettaglio di prodotti tessili ed elettronici. In particolare, l’indagine a tappeto – svolta ai sensi dell’art. 29 del regolamento (UE) 2017/2394 – si è dichiaratamente incentrata sull’analisi di tre tipi di pratiche manipolative o “modelli oscuri” (c.d. *dark patterns*), ossia – come si legge nel comunicato stampa della Commissione del 30.1.2023 – “pratiche che spingono sovente gli utenti della rete a compiere scelte che non si pongono necessariamente in linea con i loro interessi”; in particolare: *i) “fake countdown timers”, consistenti in conti alla rovescia fittizi, con scadenze per l’acquisto di specifici prodotti; ii) “false hierarchy”, consistenti in interfacce web concepite per indurre e orientare i consumatori ad acquisti, abbonamenti o altre scelte; iii) “hidden information”, consistenti nell’occultazione di informazioni importanti per i consumatori.* Dai controlli effettuati dagli organi europei è emerso che 148 siti (e cioè, circa il 40% di quelli analizzati) si avvale di simili pratiche di manipolazione degli utenti al fine di trarre vantaggio dalle vulnerabilità dei consumatori mediante l’utilizzo di almeno uno dei predetti *dark patterns*. Segnatamente: 42 siti *web* utilizzano conti alla rovescia fittizi; 54 siti internet orientano i consumatori verso determinate scelte per mezzo della relativa progettazione visiva o comunque di scelte redazionali; 93 siti *online* occultano o rendono meno visibili informazioni importanti per i consumatori, quali i costi di consegna, la composizione dei prodotti, la disponibilità di alternative meno costose, ecc. L’indagine a tappeto, inoltre, ha interessato anche le *app* di 102 dei siti *web* controllati, riscontrando anche in 27 di esse la

presenza di almeno una delle tre categorie di *dark pattern* poc’anzi citate.

Commentando tali risultati, il Commissario europeo per la giustizia, i diritti fondamentali e la cittadinanza, Didier Reynders, ha sollecitato l’attenzione degli Stati Membri su questa preoccupante situazione, affermando che “[a]bbiamo già strumenti giuridicamente vincolanti per affrontare questi comportamenti e invito le autorità nazionali a fare uso dei loro poteri per contrastare con decisione queste pratiche” e che “[p]arallelamente, la Commissione sta rivedendo tutta la legislazione di tutela dei consumatori per garantire che sia adeguata all’era digitale e valutarne l’efficacia nel contrasto ai modelli oscuri”.

In particolare, la direttiva omnibus n. (UE) 2019/2161 (per una migliore applicazione e una modernizzazione delle norme dell’Unione relative alla protezione dei consumatori) ha da tempo modificato gli strumenti esistenti in materia di tutela dei consumatori, incentivando la trasparenza in favore di chi effettua acquisti sui mercati *online*, andando a modificare e potenziare anche la direttiva 2011/83/UE sui diritti dei consumatori.

Per altro verso, con il regolamento (UE) 2022/2065 relativo a un mercato unico dei servizi digitali, recentemente approvato e denominato *Digital Services Act (DSA)* (v. in questa rubrica notizia n. 1 nel numero 4/2022: <http://www.personaemercato.it/wp-content/uploads/2023/01/Osservatorio.pdf>), il Legislatore europeo ha espressamente sanzionato le pratiche che – all’interno delle interfacce delle piattaforme *online* – sono volte a distorcere o compromettere in misura rilevante, intenzionalmente o di fatto, la capacità dei destinatari del servizio di compiere scelte o decisioni autonome e informate, con il fine di convincere i destinatari del servizio ad adottare comportamenti indesiderati o decisioni indesiderate che abbiano conseguenze negative per loro (v. Considerando n. 67 del DSA). In particolare, l’art. 25, par. 1 del DSA dispone che i “*fornitori di piattaforme online non progettano, organizzano o gestiscono le loro interfacce online in modo tale da ingannare o manipolare i destinatari dei loro servizi o da materialmente falsare o compromettere altrimenti la capacità dei destinatari dei loro servizi di prendere decisioni libere e informate*” e, in caso di violazione di tale divieto, gli Stati Membri possono infliggere delle sanzioni a carico dei fornitori di servizi (art. 52 DSA) ferma restando l’applicazione della legislazione adottata dagli Stati Membri in attuazione della direttiva 2005/29/CE

sulle pratiche commerciali sleali e l'applicazione del regolamento (UE) 2016/679 (GDPR) (cfr. ancora Considerando 67 e art. 25 par. 2 DSA). Si ricorda in proposito anche che, ai sensi del par. 3 del medesimo art. 25 DSA, la Commissione "può emanare orientamenti sull'applicazione del paragrafo 1 con riguardo a pratiche specifiche, in particolare: a) attribuire maggiore rilevanza visiva ad alcune scelte quando si richiede al destinatario del servizio di prendere una decisione; b) chiedere ripetutamente che un destinatario del servizio effettui una scelta laddove tale scelta sia già stata fatta, specialmente presentando pop-up che interferiscano con l'esperienza dell'utente; c) rendere la procedura di disdetta di un servizio più difficile della sottoscrizione dello stesso".

| 134

Tornando ai risultati dell'indagine a tappeto in commento, ora le autorità della rete CPC inviteranno gli operatori interessati a mettere in regola i loro siti *web* e, se necessario, adotteranno ulteriori misure in conformità con le procedure nazionali. Inoltre, la Commissione contatterà anche gli operatori commerciali individuati nello studio sulle pratiche commerciali sleali condotto nel 2022 (il cui *report* finale è disponibile qui: <https://op.europa.eu/en/publication-detail/-/publication/606365bc-d58b-11ec-a95f-01aa75ed71a1/language-en/format-PDF/source-257599418>) per chiedere loro di rimediare ai problemi messi in luce dai controlli.

Infine, la Commissione ha indetto una consultazione pubblica finalizzata a raccogliere contributi su tre direttive relative alla tutela dei consumatori (e cioè: la direttiva 2005/29/CE sulle pratiche commerciali sleali; la direttiva 2011/83/UE sui diritti dei consumatori; nonché, la direttiva 93/13/CEE sulle clausole abusive nei contratti) al fine di determinare se esse garantiscono un adeguato livello di protezione dell'utente nel c.d. ambiente digitale. Attendiamo, dunque, con interesse i risultati di tale consultazione, non ancora pubblicati alla data del presente contributo.

RICCARDO ALFONSI

[https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/it/ip\\_23\\_418](https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/it/ip_23_418)

### 11. Le conclusioni rassegnate il 16.3.2023 dall'Avvocato generale della Corte di Giustizia UE nella causa C-634/21 (OQ vs Land Hassen; Schufa) sull'articolo 22 GDPR

Lo scorso 16 marzo sono state depositate le conclusioni dell'Avvocato Generale Priit Pikamäe nella causa pendente presso la Corte di Giustizia dell'Unione Europea (CGUE) C-634/21 che origina da un rinvio pregiudiziale, proposto dal Tribunale amministrativo di Wiesbaden l'1.10.2021 e che concerne l'interpretazione degli artt. 6(1) e 22(1) del GDPR. Si tratta del primo procedimento pendente davanti alla CGUE in relazione all'art. 22 GDPR, disposizione che costituisce una delle norme del GDPR più discusse dalla dottrina europea.

Il giudice tedesco che ha operato il rinvio alla CGUE è chiamato a pronunciarsi rispetto alla decisione del garante per la protezione dei dati del Land Assia (dall'*Hessischer Beauftragter für Datenschutz und Informationsfreiheit*, "HBDI"). In questa decisione HBDI ha ritenuto il rifiuto da parte di una società privata di valutazione della solvibilità di terzi (SCHUFA Holding AG ("SCHUFA") di dare seguito alla richiesta avanzata da una persona fisica, la ricorrente OQ ("ricorrente"), conforme al diritto tedesco. Dopo che un istituto di credito aveva respinto la sua domanda sulla base della valutazione fornita da SCHUFA, la ricorrente aveva infatti chiesto di avere accesso ai dati che la riguardano, cancellare quelli inesatti, e di ricevere informazioni circa le modalità con cui SCHUFA aveva valutato il suo *credit scoring*. In risposta, SCHUFA si era limitata a comunicare, in termini generali, alla ricorrente il funzionamento basilare del suo calcolo del punteggio di *scoring*, senza però indicare le singole informazioni incluse nel calcolo e il loro peso. SCHUFA ha ritenuto di non essere obbligata a rivelare i metodi di calcolo, poiché questi sarebbero coperti da segreto industriale e commerciale.

Nell'ambito del giudizio proposto davanti al tribunale amministrativo competente contro il provvedimento dell'HBDI che ha respinto le doglianze della ricorrente, il giudice tedesco ha formulato due quesiti alla CGUE. Qui rileva il primo, in cui si domanda se l'articolo 22, paragrafo 1, del GDPR debba essere interpretato nel senso che il calcolo automatizzato di un tasso di probabilità relativo alla capacità di un interessato di saldare in futuro un debito costituisce già una decisione basata unicamente sul trattamento automatizzato, compresa la profilazione, che produce effetti giuridici che riguardano l'interessato o che incide in modo analogo significativamente sulla sua persona, qualora tale tasso, calcolato sulla base di dati personali relativi all'interessato, sia trasmesso dal titolare del trattamento a un terzo titolare del trattamento e quest'ultimo basi prevalentemente su tale tasso la sua decisione sulla stipulazione, sull'attuazione o sulla cessazione di un contratto con l'interessato. Nelle proprie conclusioni,





l'Avvocato Generale Pikamäe, già Presidente della Corte Suprema estone e docente presso l'Università di Tartu, risponde positivamente a simile quesito.

Egli afferma innanzitutto che, malgrado la terminologia impiegata, l'applicazione dell'articolo 22, paragrafo 1, del GDPR non richiede che l'interessato invochi attivamente il diritto e che, alla luce dei paragrafi successivi e del considerando 71 del GDPR, la disposizione *de qua* prevede un divieto generale, teso a “a tutelare le persone fisiche dagli effetti potenzialmente discriminatori e iniqui dei trattamenti automatizzati dei dati”. Tale conclusione circa la natura di divieto, come noto, è condivisa da diversi autori e anche dall'EDPB (*European Data Protection Board*) che ha approvato le Linee Guida elaborate in tema nel 2018 dal “Gruppo di Lavoro Articolo 29 per la protezione dei dati” (cfr. [https://edpb.europa.eu/our-work-tools/our-documents/guidelines/automated-decision-making-and-profiling\\_en](https://edpb.europa.eu/our-work-tools/our-documents/guidelines/automated-decision-making-and-profiling_en) e *Guidelines on Automated individual decision-making and Profiling for the purposes of Regulation 2016/679* del 22 agosto 2018: <https://ec.europa.eu/newsroom/article29/items/612053>).

Prima di affermare la possibilità di applicare l'art. 22(1) GDPR al procedimento decisionale inerente alla richiesta di credito della ricorrente, l'Avvocato Generale Pikamäe si è soffermato sull'analisi dei vari presupposti. L'ambito operativo del divieto è infatti segnato dall'art. 22(1) GDPR, il quale richiama la “decisione basata unicamente sul trattamento automatizzato, compresa la profilazione, che produce effetti giuridici che riguardano l'interessato o che incide in modo analogo significativamente sulla sua persona”. Per ciò che concerne la “decisione”, l'Avvocato Generale Pikamäe, rilevata l'assenza di una definizione, suggerisce che “il legislatore dell'Unione abbia optato per una nozione ampia, idonea a ricomprendere una molteplicità di atti che possono incidere sull'interessato in diversi modi”. Per quanto riguarda, invece, la richiesta che la decisione in questione produca “effetti giuridici” che riguardano l'interessato o che “incida in modo analogo significativamente sulla sua persona”, l'Avvocato Generale Pikamäe ritiene che con simili formule si faccia riferimento alla circostanza per cui gli effetti della decisione abbiano “ripercussioni gravi”.

Considerato che tali presupposti ricorrono anche nella vicenda descritta *supra*, l'Avvocato Generale Pikamäe ritiene che al quesito sollevato dal Tribunale amministrativo di Wiesbaden si possa rispondere affermando che l'art. 22(1) GDPR sia da

considerarsi applicabile in circostanze quali quelle di cui al procedimento principale. In modo opportuno, l'Avvocato Generale Pikamäe ha infatti escluso che l'essere la valutazione automatizzata di *credit scoring* formulata da un soggetto diverso dall'istituto di credito che ha negato l'erogazione del credito possa escludere l'applicazione dell'art. 22 GDPR. A tal proposito, egli afferma che l'aspetto essenziale è quello di stabilire se il processo decisionale sia concepito con modalità tali per cui il calcolo del punteggio di *scoring* da parte dell'agenzia di valutazione del credito predetermina la decisione dell'istituto finanziario di concedere o negare il credito. In particolare, se lo *scoring* deve essere compiuto senza alcun intervento umano che possa, se del caso, verificare il suo risultato e la correttezza della decisione da adottare nei confronti del soggetto che richiede il credito, sembra logico all'Avvocato Generale Pikamäe ritenere che costituisca esso stesso la «decisione» di cui all'articolo 22, paragrafo 1, del GDPR.

La decisione della CGUE sulla questione pregiudiziale sollevata dal giudice tedesco è prevista entro la fine del 2023.

DANIELE IMBRUGLIA

[urly.it/3tdyn](http://urly.it/3tdyn)

## 12. Il provvedimento cautelare del Garante privacy italiano del 2.2.2023 sulla *chatbot Replika*

Con provvedimento del 2 febbraio 2023 n. 39, l'Autorità garante per la protezione dei dati personali ha disposto, con effetto immediato, la limitazione provvisoria del trattamento dei dati personali degli utenti stabiliti nel territorio italiano, nei confronti della società statunitense Luka Inc., sviluppatrice e gestrice della chatbot “Replika”, in considerazione dei concreti rischi che l'impiego di tale app presenta nei confronti dei minori di età e dei soggetti più fragili dal punto di vista emotivo.

“Replika” è una applicazione di intelligenza artificiale di tipo conversazionale che genera un personaggio virtuale programmato per instaurare conversazioni, quasi del tutto realistiche, con gli utenti e per stringere con essi legami di amicizia o anche sentimentali. Tale applicazione è stata presentata dagli stessi sviluppatori come “capace di migliorare l'umore ed il benessere emotivo dell'utente, aiutandolo a comprendere i suoi pensieri e i suoi sentimenti, a tenere traccia del suo umore, ad apprendere capacità di *copying* - ossia, di controllo dello stress - a calmare l'ansia e a lavorare

verso obiettivi come il pensiero positivo, la gestione dello stress, la socializzazione e la ricerca dell'amore". Le *chatbot* sono infatti programmi per computer che utilizzano gli algoritmi di intelligenza artificiale per restituire un dialogo strutturato all'utente, simulando ed elaborando conversazioni umane (testuali o vocali), consentendo agli utenti di interagire con il sistema digitale come se stessero conversando con una persona reale. In base poi al grado di sviluppo del software possono simulare legami emotivi complessi, al punto da turbare, se non determinare disagi psicologici importanti agli utenti, specialmente quando sono coinvolti soggetti particolarmente vulnerabili.

Proprio avendo riguardo a tali soggetti, l'Autorità garante ha avviato un'istruttoria nei confronti della società statunitense che ha sviluppato la suddetta applicazione, dopo aver acquisito alcune informazioni, da diversi articoli di stampa, che avrebbero dato evidenza dei concreti rischi legati all'impiego della chatbot nei confronti dei minori d'età e delle persone in stato di fragilità emotiva.

Durante l'istruttoria sono emerse diverse criticità. Da un lato si è appurato che il titolare del trattamento (ora nella 'privacy policy', ora negli 'app store') dopo aver dato atto della classificazione dell'applicazione come idonea a persone maggiori di 17 anni, dichiara di precludere ai soggetti di età inferiore a 13 anni l'uso dell'applicazione, di consentirli ai minori di 18 anni solo previa autorizzazione dei genitori o tutori, di non raccogliere, conseguentemente, i dati personali dei soggetti di età inferiore a 13 anni, di incoraggiare comunque i genitori e i tutori legali a monitorare l'utilizzo di Internet da parte dei propri figli e ad istruire i minori a non fornire mai i dati personali sul servizio senza la loro autorizzazione. Tuttavia, dall'altro lato, si è constatata l'assenza di procedure di verifica e di controllo dell'età dell'utente, dal momento che il sistema si limita a chiedere solamente il nome, l'email e il genere. Ciò pertanto consente anche ai "piccoli minori" (di età inferiore ai 14 anni) di accedere al servizio e conversare con la chatbot senza il consenso dei genitori, con il rischio di risultare esposti a 'risposte' e contenuti non adatti alla loro età. Inoltre, anche nei casi in cui l'utente espliciti la sua minore età, non sono previsti meccanismi di filtro o di blocco con riguardo alle 'risposte' della chatbot e ai contenuti che risultano inadatti al grado di sviluppo e di consapevolezza di certi utenti o comunque inopportuni. A tale ultimo riguardo il Garante ha verificato che in diverse recensioni pubblicate all'interno dei due principali 'app store', gli utenti hanno segnalato e lamentato la presenza, nelle risposte fornite dalla chatbot, di contenuti sessualmente inopportuni.

Il Garante inoltre ha rilevato come le caratteristiche intrinseche della suddetta chatbot, come descritte nello stesso sito web, intervenendo sull'umore delle persone "possono risultare idonee ad accrescere i rischi per i soggetti fragili coinvolti", quindi anche a prescindere dall'età dell'utente.

Alla luce di quanto sopra evidenziato, il Garante ha ritenuto l'informativa privacy contenuta nel sito web dello sviluppatore non conforme ai principi e agli obblighi previsti dal GDPR in tema di trasparenza del trattamento, non essendo menzionati gli elementi essenziali del trattamento con riferimento ai dati personali dei minori. Ciò non consente di individuare la base giuridica delle varie operazioni di trattamento effettuate dalla menzionata chatbot, tenendo conto che il consenso non può considerarsi idonea base giuridica quando riferito ai minori, i quali non hanno la capacità di concludere i contratti. Al riguardo si precisa come le disposizioni sul c.d. consenso digitale del minore (di cui agli artt. 8 GDPR e 2-*quinquies* Codice della privacy) non trovano applicazione nel caso di specie non ricorrendone i presupposti: il servizio offerto dalla app Replika, come del resto riconosciuto dagli stessi sviluppatori, non rientra infatti nell'ambito dell'offerta dei servizi diretta ai minori di età, in ragione del fatto che implica una rilevante messa a disposizione dei dati personali degli utenti; né tantomeno, per la medesima ragione, l'atto di disposizione del consenso al trattamento dei dati personali potrebbe rientrare fra i cosiddetti atti minuti della vita quotidiana, in relazione, e nei limiti dei quali, il nostro ordinamento "ammette" i minori a concludere un contratto.

In considerazione quindi dell'assenza di qualsivoglia meccanismo di verifica dell'età degli utenti, nonché delle violazioni rilevate, il Garante ha motivatamente ritenuto di disporre, con effetto immediato, la limitazione provvisoria del trattamento di tutti i dati personali degli utenti stabiliti nel territorio italiano, invitando la società statunitense Luka Inc. a comunicare entro 20 giorni al Garante le misure intraprese per garantire il rispetto dei principi sanciti dal GDPR. In caso di mancato riscontro la sanzione può arrivare fino al 4% del fatturato annuo globale o a 20 milioni di euro (come previsto dall'art. 83, par. 5, lett. e), del Regolamento (UE) 2016/679).

ILARIA GARACI



<https://www.garanteprivacy.it/home/docweb/-/docweb-display/docweb/9852506>

**13. L'avvio di istruttoria AGCM del 21.3.2023 nei confronti di TikTok per omessa predisposizione di adeguati sistemi di monitoraggio dei contenuti pubblicati da terzi (il caso della "cicatrice francese")**

Il 21 marzo 2023 l'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato (di seguito **AGCM** o **Autorità**) ha avviato un'istruttoria nei confronti della società irlandese TikTok Technology Limited (**TikTok**), attiva nel settore dei social media attraverso la piattaforma TikTok e responsabile dei rapporti con i consumatori europei, nonché nei confronti della società inglese e di quella italiana dell'omonimo gruppo.

L'AGCM ha contestato a TikTok la mancata predisposizione di adeguati sistemi di monitoraggio per vigilare i contenuti pubblicati dei terzi, secondo i parametri di diligenza richiesti dalla normativa di settore, nonché dalle Linee guida adottate dalla stessa TikTok, che contemplano la rimozione di contenuti pericolosi che istigano al suicidio, all'autolesionismo e ad una alimentazione scorretta. Secondo l'Autorità, tali controlli devono essere effettuati in maniera ancor più rigorosa in presenza di fruitori del servizio particolarmente vulnerabili quali i minori.

L'AGCM ha deciso di avviare l'istruttoria a seguito della presenza sulla piattaforma TikTok di numerosi video di ragazzi, perlopiù minorenni, che adottano comportamenti autolesionistici; da ultimo, è diventata virale la c.d. sfida della "cicatrice francese". Si tratta di un nuovo trend (nato in Francia, da cui il nome) che vede coinvolti soprattutto gli utenti più giovani e che consiste nel mostrare i segni di cicatrici sul viso, una sfida apparentemente innocua che però può portare a conseguenze dannose e permanenti.

La sfida della "cicatrice francese" non è certo il primo comportamento pericoloso a guadagnare popolarità su TikTok (ad esempio, in passato era in voga la c.d. "Blackout Challenge", che consisteva nel trattenere il respiro fino a svenire; la c.d. "Skull Breaker Challenge", che prevedeva di far cadere una persona facendole perdere l'equilibrio; o la c.d. "Fire Challenge", che comportava l'accensione di fiammiferi o accendini vicino al viso). Non a caso, già nel gennaio 2021 il Garante italiano per la protezione dei dati personali – dopo aver aperto una istruttoria nel dicembre 2020

(<https://www.garanteprivacy.it/web/guest/home/docweb/-/docweb-display/docweb/9508923>)– aveva disposto il blocco dell'uso dei dati degli utenti per i quali non fosse stata accertata l'età anagrafica (<https://www.garanteprivacy.it/web/guest/home/docweb/-/docweb-display/docweb/952422>).

Il provvedimento di blocco era stato adottato a seguito della morte di una bambina siciliana di 10 anni, avvenuta dopo la riproduzione di una sfida condivisa tra gli utenti della piattaforma che prevedeva il tentativo di soffocamento dell'utente tramite una cintura attorno al collo. Per rispondere alle preoccupazioni del Garante Privacy, TikTok ha adottato misure per bloccare l'accesso agli utenti minori di 13 anni e lanciato una campagna informativa per sensibilizzare genitori e figli. Ma, a quanto pare, ciò non è stato sufficiente ad evitare la diffusione di altri comportamenti pericolosi fra i più giovani.

Come è noto, la piattaforma TikTok gode di ampia popolarità, in costante crescita, soprattutto presso i più giovani. La sua fruizione è semplice e immediata, sia per caricare e pubblicare video sia per visionarne i contenuti, che sono proposti tramite una profilazione delle abitudini di navigazione degli utenti, dei like, delle pagine seguite, sulla base di un processo di elaborazione algoritmica.

L'AGCM ha contestato anche lo sfruttamento di tecniche di intelligenza artificiale suscettibili di provocare un indebito condizionamento dell'utenza (art. 18, co.1, lett l) c. cons.). In particolare, viene messo in discussione l'utilizzo dell'algoritmo sotteso al funzionamento della piattaforma che, adoperando i dati degli utenti, personalizza la visualizzazione della pubblicità e ripropone contenuti simili a quelli già visualizzati e con cui si è interagito attraverso la funzione dei *like* (nella specie contenuti autolesionistici).

Occorrerà monitorare il caso per verificare se TikTok presenterà impegni, per tentare di chiudere il caso senza accertamento dell'infrazione e senza sanzione, ovvero se l'AGCM deciderà di condurre l'istruttoria fino in fondo.

GIORGIA DIOTALLEVI

<https://www.agcm.it/media-e-comunicazione/dettaglio?id=6d0b4104-3c73-4d5c-bf03-e7ae0bdce304>

**14. Il provvedimento del Garante privacy italiano del 24.11.2022 contro Areti sull'esattezza dei dati personali**



Il 24 novembre 2022 il Garante per la protezione dei dati personali (il **Garante**) ha sanzionato per 1 milione di euro Areti S.p.a., società distributrice di energia elettrica, per lo scorretto trattamento dei dati personali dei suoi utenti. Nello specifico, il Garante ha accertato la violazione dei principi di esattezza del dato e di limitazione della conservazione (art. 5, par. 1, lett. d) ed e), Reg. UE 2016/679 o “GDPR”), il principio di *accountability* (art. 5, par. 2 e art. 24, GDPR) e l’omesso idoneo riscontro alla richiesta di accesso ai dati del reclamante (artt. 12, par. 3, e 15, GDPR).

Tale pronuncia acquisisce importanza soprattutto per quanto statuito in relazione al principio di esattezza dei dati personali. Principio che presidia la qualità delle informazioni e imprescindibile soprattutto quando queste sono alla base di una valutazione sulle persone e che, in considerazione del sempre più ampio ricorso ad algoritmi predittivi e sistemi di intelligenza artificiale, è destinato ad avere importanza strategica nella società digitale. È, infatti, un principio centrale anche nella proposta regolamentazione europea dell’intelligenza artificiale (*AI Act*) dove si evidenzia la necessità di avere dati “neutrali”, non portatori di pregiudizi inconsci (c.d. *bias*).

La sanzione ha avuto origine dal reclamo di un utente che lamentava di essere considerato dalla società distributrice di energia elettrica quale debitore “moroso” nonostante avesse provveduto a saldare quanto dovuto.

Il Garante ha così accertato che, a causa di una serie di errori tecnici ed applicativi nei sistemi interni della società, la stessa, dal dicembre 2016 al gennaio 2022, ha attribuito al reclamante e ad altri 16mila utenti e clienti finali una condizione di morosità non corrispondente al vero.

Tale erronea qualificazione ha prodotto alcuni pregiudizi tra cui l’impossibilità di cambiare gestore perché, in base alla normativa di settore, l’attribuzione della qualifica di moroso consentiva ai nuovi fornitori di energia di negare l’attivazione presso gli stessi di nuove forniture di energia elettrica (nel provvedimento il Garante ha accertato il mancato perfezionamento, per esercizio del diritto di revoca del venditore entrante, di circa 47mila richieste di “*switching*”), oltre a pregiudizi di natura economica conseguenti dalla perdita del potenziale risparmio per il passaggio a nuovo operatore.

L’illiceità e dannosità del trattamento deriva proprio dal mancato rispetto del principio di esattezza dei dati personali. Affinché una valutazione non produca danni sulla persona è necessario che i dati personali alla base del trattamento siano sempre esatti e l’interessato abbia la possibilità di rettificarli o aggiornarli. I dati personali divenuti obsoleti

devono essere cancellati, cosa non avvenuta correttamente tanto da spingere il Garante a contestare alla società anche l’inadeguatezza delle tempistiche di conservazione dei dati.

Il rispetto del principio di esattezza serve quindi a consentire il trattamento di dati personali della massima qualità possibile e si pone come imprescindibile tutela quando le valutazioni sulle persone sono poste in essere da trattamenti interamente automatizzati (che se produttivi di effetti giuridici o significativi sulla persona sono subordinati alla più rigida disciplina dell’art. 22 GDPR) come i sistemi di intelligenza artificiale.

Si tratta, quindi, di un provvedimento di estremo interesse perché evidenzia i rischi e individua i principi da rispettare nel caso, sempre più diffuso, di trattamenti di “*rating*” o “*scoring*”, ossia in tutti quei casi in cui si attribuiscono agli interessati etichette, qualifiche o punteggi da cui far derivare conseguenze che incidono sulla “reputazione” della persona, col rischio di creare vere e proprie forme di discriminazioni sociali. Tali rischi aumentano se i trattamenti di *rating* vengono effettuati con sistemi interamente automatizzati o di intelligenza artificiale.

Il provvedimento si inserisce nel filone di attività svolte dal Garante dinanzi trattamenti reputazionali illeciti: a partire dall’algoritmo di rating di Mevaluate (prov. n. 488 del 24 novembre 2016, doc. web n. 5796783), caso arrivato fino alla Corte di Cassazione che, con ordinanza n. 14381 del 25 maggio 2021, ha ribadito l’importanza di un’adeguata trasparenza e informazione sulle caratteristiche dell’algoritmo (sul caso Mevaluate v. su questa rubrica, la notizia n. 2 del numero 3/2021: <http://www.personaemercato.it/wp-content/uploads/2021/08/Osservatorio.pdf>), fino ai sistemi di sorveglianza biometrica, come nel parere sfavorevole del Garante sull’utilizzo del sistema di riconoscimento facciale “Sari Real Time” da parte del Ministero dell’interno (su cui v. in questa rubrica la notizia n. 3 del numero 2/2021: <http://www.personaemercato.it/wp-content/uploads/2021/03/Osservatorio-1.pdf>) o le più recenti indagini nei confronti di alcuni comuni italiani intenzionati ad adottare sistemi di “*social scoring*”, ossia meccanismi di profilazione che producono una sorta di “cittadinanza a punti”, in base alle loro azioni si possono attribuire dei punteggi ai cittadini dai quali possono derivare conseguenze giuridiche positive o negative (<https://www.garanteprivacy.it/web/guest/home/docweb/-/docweb-display/docweb/9778361>).

Il provvedimento evidenzia così, in maniera chiara e semplice, i pregiudizi di un’errata valutazione dell’interessato: il vedersi attribuiti una qualifica o

reputazione non veritiera e produttiva di pregiudizi che possono generare conseguenze ingiustificate o discriminazioni. Rischi destinati ad aumentare se tali trattamenti sono svolti da algoritmi o sistemi di intelligenza artificiale al di fuori di qualunque supervisione umana.

In conclusione, se da un lato questo provvedimento mette in luce una tutela “pratica” e “consumeristica” della protezione dei dati personali, perché a garanzia dell’utente, dall’altro rende evidente perché strutturare il trattamento dei dati personali in modo corretto è molto più di una tutela dell’utente, bensì una tutela della persona e dei suoi spazi di libertà.

Tutela sempre più necessaria in una società governata da sistemi automatizzati che gestiscono ogni aspetto della vita umana: dal suggerimento di contenuti di interesse, all’acquisto di beni e svolgimento di attività sulle piattaforme fino alla possibilità di esercitare diritti o accedere a servizi pubblici.

GUIDO D’IPPOLITO

[www.garanteprivacy.it/web/guest/home/docweb/-/docweb-display/docweb/9832979](http://www.garanteprivacy.it/web/guest/home/docweb/-/docweb-display/docweb/9832979)

### 15. La relazione di ENISA del gennaio 2023 sull’ingegnerizzazione della condivisione dei dati personali con particolare focus sui dati del settore sanitario

Il 27 gennaio 2023 l’ENISA (*European Agency for Cybersecurity*) ha pubblicato il report intitolato “*Engineering Personal Data Sharing - Emerging Use Cases and Technologies*”, riguardante la progettazione di tecnologie e le tecniche specifiche per consentire la condivisione dei dati personali nel pieno rispetto della privacy e del GDPR, in particolare applicato al settore sanitario. Il lavoro è frutto della collaborazione con il gruppo di lavoro *ad hoc* dell’ENISA sull’ingegneria della protezione dei dati personali.

L’Agenzia rileva un aumento della quantità di dati generati, elaborati e successivamente condivisi negli ultimi venti anni, indicando come naturale la tendenza a “portare i dati fuori dai dispositivi o dalle organizzazioni” e a dividerli tra diverse parti per uno scopo specifico al fine di creare nuovo valore per le persone e per la nostra società o semplicemente per ridurre i costi operativi.

Dall’analisi emerge che, considerando solo l’area dei 27 paesi europei, il valore dei dati nel 2025 sarà

di 829 miliardi di euro, rispetto ai 301 miliardi di euro (2,4% PIL dell’UE) del 2018.

Il legislatore europeo è attualmente interessato a sviluppare la potenzialità della condivisione settoriale e intersettoriale dei dati a vantaggio di privati e imprese, mirando a renderli disponibili, anche tramite la regolazione del loro riutilizzo e facilitando questo processo mediante la creazione di nuovi intermediari e di ambienti di condivisione in cui le parti coinvolte possono mettere in comune dati e strutture.

Ottenere e garantire una solida *governance*, nonché tutele efficaci per i diritti delle persone fisiche si rivela essere fondamentale nell’ecosistema di condivisione delle informazioni, in quanto la protezione dei dati personali costituisce la base su cui si fonda la fiducia sia degli individui che delle organizzazioni. Insieme alla regolamentazione, il report individua come centrale il ruolo dell’“ingegneria della protezione dei dati”, strumento adatto a tradurre in concreto i principi della privacy by Design e by Default previsti dall’art. 25 GDPR.

L’ENISA si concentra soprattutto sui casi d’uso nel settore sanitario, sebbene le tecnologie e le tecniche presentate siano ugualmente applicabili anche ad altri ambiti, con l’obiettivo di mostrare come i principi di protezione dei dati possano essere rispettati attraverso l’uso appropriato di soluzioni tecnologiche basate su tecniche crittografiche avanzate. Il settore della salute si presta in modo ottimale a rappresentare il terreno fertile per la condivisione dei dati, rappresentando un’opportunità di sviluppo notevole: il coordinamento e la collaborazione tra gli enti sanitari pubblici e privati, infatti, potrebbe portare a notevoli vantaggi sotto vari profili. A livello istituzionale, la condivisione comporterebbe un generale miglioramento del sistema sanitario, in quanto a livello individuale avrebbe come risultato quello di fornire ai cittadini un’assistenza sanitaria personalizzata ed efficace. Inoltre, a livello collettivo si favorirebbe la conduzione di ricerche scientifiche (compresi gli studi clinici) inerenti la distribuzione nella popolazione di patologie e fattori di rischio e sull’efficacia delle terapie disponibili.

La condivisione, anche transfrontaliera, dei dati sanitari comporta, tuttavia, la necessità di soddisfare i requisiti essenziali del GDPR al fine di ottenere una condivisione che permetta, allo stesso tempo, all’interessato di mantenere un controllo sulle proprie informazioni. I principali obblighi richiesti sono di trasparenza nei confronti dell’utente, in modo che sia sempre consapevole di chi detiene e ha avuto accesso ai suoi dati; di sicurezza e di

minimizzazione. Il report, in particolare, sottolinea la necessità di soddisfare le seguenti proprietà: i dati per la diagnosi e il trattamento dei singoli pazienti devono essere identificabili; quelli per la ricerca medica (eventualmente trattati su larga scala) devono essere adeguatamente pseudonimizzati per garantire che il livello di probabilità di re-identificazione sia ridotto al minimo; deve essere infine presente la capacità di gestire più fonti di dati del paziente, compresi i dispositivi indossabili e le app.

Uno dei case study riportati nel report esplora la situazione di un dispositivo indossabile per il monitoraggio continuo del glucosio (CSM) che, al contempo, monitora anche la pressione sanguigna, i livelli di caffeina e i livelli di lattato 7. Il dispositivo carica i flussi di dati raccolti nel cloud per l'archiviazione e l'ulteriore elaborazione da parte dell'utente stesso e di soggetti terzi, come la sua famiglia e i medici. La complessità principale da superare è quella di permettere all'utente di selezionare specifici flussi di dati da condividere con soggetti specifici e l'ora e il tempo d'accesso, per esempio permettere a un soggetto terzo l'accesso ai dati corrispondenti agli ultimi tre mesi per specifici set di dati. In tal senso, sono descritte alcune soluzioni crittografiche per proteggere la privacy dei dati sanitari durante la loro condivisione tra utenti diversi. In particolare, si tratta di tre tecniche di crittografia asimmetrica: con chiave pubblica, l'Attribute Based Encryption (ABE) e la Proxy Re-encryption. La tecnologia con chiave pubblica prevede che ogni segmento di dati da condividere venga crittografato dall'utente con la chiave pubblica del destinatario interessato. Tale soluzione, tuttavia, risulta poco pratica quando i dati devono essere condivisi tra più entità. L' ABE comporta invece la crittografia dei dati con una chiave pubblica ABE, che consente l'esistenza di più chiavi di decifrazione legate a informazioni aggiuntive relative ai dati, chiamate attributi. La Proxy Re-encryption, infine, consente la condivisione di dati già criptati da una chiave pubblica a un'altra, senza che il proxy abbia accesso al set di dati non criptati.

Uno scenario tipico di condivisione di dati sanitari è quello della gestione delle cartelle cliniche elettroniche (EHR) da parte degli operatori sanitari. Sono cartelle che raccolgono la storia clinica del paziente e di solito vengono conservate in archivi centrali nazionali. Gli utenti possono autorizzare l'accesso ai propri dati ai medici curanti o alle istituzioni mediche. A seguito della pandemia, si è resa urgente la necessità di progetti di raccolta dati ai fini della progressione della ricerca scientifica e della prognosi. Di solito, essendo il sistema

centralizzato, la gestione dei meccanismi di controllo degli accessi viene effettuata dal centro medico, affinché solo i fornitori di servizi sanitari autorizzati abbiano accesso alle informazioni personalizzate. Quando i dati devono essere trasmessi a ricercatori interni o esterni, occorre adottare misure di pseudonimizzazione, al fine di scongiurare l'identificazione del paziente.

ENISA, dunque, propone l'utilizzo della crittografia polimorfica e pseudonimizzazione (PEP), tecnologia che consente di crittografare i dati senza la necessità di stabilire in anticipo chi può decifrarli. Ciò significa che l'accesso ai dati può essere concesso successivamente, a diverse parti con chiavi differenti. Ad ogni individuo viene assegnato uno pseudonimo diverso per ogni richiesta di accesso, quindi ogni paziente ha un identificatore univoco. Questo identificativo viene trasformato in diversi pseudonimi a seconda del destinatario e del contesto della condivisione dei dati. Gli pseudonimi utilizzati per lo stesso paziente non possono essere collegati, preservando così la riservatezza dei dati del paziente. La PEP è già stata testata con successo in uno studio sul morbo di Parkinson e come proposta per il sistema olandese di Electronic Identification (eID).

In conclusione, la condivisione dei dati è un'opportunità di sviluppo notevole per il settore sanitario e per la società in generale, ma deve essere regolamentata adeguatamente per garantire la protezione dei dati personali e la fiducia degli individui e delle organizzazioni. In merito, "l'ingegneria della protezione dei dati" si rivela essere una grande alleata per rispettare i principi di *privacy by design* e *by default* previsti dall'art. 25 GDPR.

CARMINE ANDREA TROVATO

<https://www.enisa.europa.eu/publications/engineering-personal-data-sharing>

## 16. Il *working paper* dell'ISDA del gennaio 2023 sull'insolvenza nei mercati degli assets digitali

Nel gennaio 2023 l'International Swaps and Derivatives Association ("ISDA") ha pubblicato un *working paper* intitolato "*Navigating Bankruptcy in Digital Asset Markets: Netting and Collateral Enforceability*" vertente sui contratti derivati inerenti ai *digital assets*.

Il documento trae origine dai recenti fallimenti di FTX - nota piattaforma di *trading online* -, "TerraUSD" - una *stablecoin* -, "Three Arrows



Capital” – *hedge fund* specializzato in criptovalute – , “Celsius” - una società attiva nel segmento *crypto lender* – e alla richiesta ai sensi del Chapter 11 di “BlockFi” – altra impresa di *crypto lender*.

I suddetti eventi hanno scosso il mercato e incrinato la fiducia degli investitori (*rectius*, risparmiatori) imponendo alle Autorità di supervisione del mercato di approntare rapidamente un quadro regolatorio adeguato.

Tale disciplina deve anche tenere conto delle peculiarità del fenomeno considerato. Per tale motivo, è difficile rispondere univocamente ad alcuni interrogativi. Ad esempio, come si individua il proprietario di un *digital asset*? E ancora, come si gestisce il rischio di credito di controparte in caso di insolvenza del gestore della piattaforma di *trading* o della *stablecoin*?

Il documento dell’ISDA si propone di rispondere a tale ultimo interrogativo analizzando due istituti: il “*close-out netting*” e i collaterali.

Preliminarmente, va detto che gli attori del mercato dovrebbero avere una chiara comprensione dei diritti e obblighi nascenti da rapporti contrattuali con oggetto *digital assets*.

Occorre, quindi, tentare di definire la natura giuridica degli *assets* digitali, la quale risente delle loro particolari caratteristiche giuridiche, tecnologiche ed economiche, nonché i connessi diritti e doveri.

Ebbene, il *working paper* si concentra sugli *assets* che utilizzano la *Distributed Ledger Technology* (c.d. DLT) in cui il bene non è controllato da un’entità centralizzata, ma la titolarità risulta distribuita tra i vari nodi della rete. A ciò si aggiunga che alcuni *asset* digitali esistono solo nella rete (ad esempio, i Bitcoin), poiché non configurano una rappresentazione digitale di un bene esistente nella realtà, altri rappresentano un fascio di situazioni giuridiche che esistono sia *online*, sia *offline*. Altri ancora esistono *online*, ma sono collegati con altri beni esistenti in natura, un sottostante.

Da quanto detto, emerge la difficoltà di coniugare tale fenomeno con gli attuali *legal frameworks*, che peraltro verosimilmente non conoscono la proprietà diffusa di un bene. Di conseguenza, il *paper* utilizza il termine “*holder*” in modo generico riferendosi a colui che ha il potere di controllare l’*asset* digitale e non come sinonimo di “*possessed*”.

In merito alla gestione del rischio di controparte, il *close-out netting* è un istituto ampiamente diffuso nei contratti derivati per cui in caso di *termination* del contratto, ad esempio per insolvenza di una parte, tutte le obbligazioni originanti dal rapporto giuridico sono risolte, le prestazioni ad esse

collegate sono valutate e tramutate nel pagamento di una somma (*lump sum*) dal debitore al creditore. Si tratta di un meccanismo che consente: i) la risoluzione anticipata di un accordo; ii) la valutazione delle prestazioni ancora dovute; iii) il pagamento di una somma in sostituzione delle varie prestazioni potenzialmente da eseguire; ma soprattutto, iv) di evitare che la *defaulting party* possa continuare a assumere diritti e obblighi seppur non sia più in grado di adempiervi regolarmente.

Il funzionamento di tale meccanismo, previsto dal modello contrattuale dell’*ISDA Master Agreement*, non cambia laddove il contratto abbia ad oggetto *digital assets*. È possibile, tuttavia, che alcuni ordinamenti giuridici non conoscano tale istituto. Esso, infatti, è sicuramente applicabile alle transazioni regolate dalla legge inglese e americana, ma non a quelle rette dal diritto degli stati europei che hanno attuato la dir. 2002/47/CE, c.d. *Financial Collateral Directive*. A ciò si aggiunga che la normativa secondaria emanata dalle Autorità di supervisione bancaria può determinare l’inoperatività del sistema di *close-out netting*.

Per tali motivi, il *paper* dichiara che l’ISDA sta lavorando per far includere il *close-out netting* in tutte le transazioni con oggetto un *digital asset*.

I collaterali, invece, sono beni dati in garanzia da un contraente (“*collateral provider*”) all’altro (“*collateral taker*”) al fine di mitigare l’esposizione al rischio di credito di controparte. In un contratto ciascuna parte può sia rilasciare che ricevere collaterali.

I benefici associati al rilascio di una garanzia sono diversi. Innanzitutto, i tempi per l’escussione sono generalmente brevi per gli *assets* liquidi. Addirittura, se i *collateral* sono *asset* digitali, l’incasso può avvenire quasi istantaneamente (c.d. “*atomic settlement*”). In secondo luogo, il collaterale esce dal controllo del garante.

In caso di *default* della parte che ha rilasciato la garanzia, l’altra può i) acquisire la proprietà del bene soddisfacendosi sino alla concorrenza dell’importo dovuto in base al contratto non adempiuto e restituendo l’ammontare della garanzia in eccesso (c.d. “*title transfer agreement*”); ii) acquisire un “*secondary proprietary interest*” sul collaterale e, di conseguenza, soddisfarsi sul bene (c.d. “*security interest*”).

Per completezza, comunque, va detto che al trasferimento della proprietà del collaterale può seguire l’appropriazione del bene o l’esecuzione forzata, ossia la sua vendita con soddisfacimento sul ricavato.

La costituzione di una garanzia impone di interrogarsi su come determinare la proprietà di un *digital asset*. Il paper in commento, rinviando all'“*ISDA Legal Guidelines for Smart Derivatives Contracts – Collateral*”, rileva che non esiste una risposta univoca in considerazione delle differenze tra i vari ordinamenti giuridici e che ogni considerazione al riguardo è influenzata da fattori tecnologici.

È necessario, inoltre, indagare come si perfeziona la garanzia avente ad oggetto i *digital assets*. Al riguardo, il *working paper* qui analizzato precisa che è difficile determinarlo a priori, a causa delle differenze tra gli ordinamenti giuridici, soprattutto sui concetti di “*control*” e “*possession*”. Ad ogni modo, laddove un individuo possa dimostrare di avere il controllo su un *digital asset*, ad esempio perché quest'ultimo è stato trasferito in un suo *account* o *wallet*, è ragionevole supporre che la garanzia si sia perfezionata.

Assai condivisibilmente, il *paper* in commento, rinviando all' *ISDA Whitepaper “Contractual Standards for Digital Asset Derivatives”*, evidenzia pure che le peculiarità degli *asset* digitali e degli ordinamenti giuridici coinvolti si riflettono, tra l'altro, nella formulazione dei contratti che li riguardano e nei conflitti di legge nascenti dai suddetti contratti.

Per concludere, il *working paper* dell'ISDA rileva che la rapida evoluzione del mercato e alcuni recenti accadimenti rendono sempre più importante sviluppare un quadro normativo armonizzato e chiaro riguardo ai derivanti inerenti ai *digital assets*.

EMANUELE STABILE

<https://www.isda.org/2023/01/26/navigating-bankruptcy-in-digital-asset-markets-netting-and-collateral-enforceability/>

### 17. La determina dell'Agenzia per la cybersicurezza nazionale del 3.1.2023 sulla tassonomia degli incidenti informatici da notificare

Il 3 gennaio 2023 è stata pubblicata sulla Gazzetta Ufficiale la determina (da ora anche la “**Determina**”) dell'Agenzia per la cybersicurezza nazionale (da ora anche l'“**Agenzia**”) recante la definizione degli incidenti ICT che devono essere notificati all'Agenzia.

La Determina è stata emanata in attuazione dell'art. 1, comma 3 bis D. L. 105/2019 (da ora il “**Decreto**”), convertito in L. n. 133/2019, recante “*disposizioni urgenti in materia di cybersicurezza,*

*definizione dell'architettura nazionale di cybersicurezza e istituzione dell'Agenzia per la cybersicurezza nazionale*”.

La Determina si propone proprio di definire la tassonomia degli incidenti che possono avere un impatto negativo sulla rete, sui sistemi informativi e sui servizi informatici diversi dai “beni ICT” che i soggetti di cui all'art. 1, comma 2 bis del Decreto (c.d. “soggetti inclusi nel perimetro”) sono tenuti a notificare.

L'art. 1 della Determina contiene le seguenti definizioni:

- “soggetto incluso nel perimetro”, i soggetti di cui all'art. 1, co. 2 bis Decreto, ossia “*amministrazioni pubbliche, enti e operatori pubblici e privati di cui al comma 1 aventi una sede nel territorio nazionale, inclusi nel perimetro di sicurezza nazionale cibernetica e tenuti al rispetto delle misure e degli obblighi previsti dal presente articolo*”;
- “*bene ICT*”, ossia “*un insieme di reti, sistemi informativi e servizi informatici, o parti di essi, incluso nell'elenco di cui all'art. 1, comma 2, lettera b)*” del Decreto;
- “*incidente*” indica “*ogni evento di natura accidentale o intenzionale che determina il malfunzionamento, l'interruzione, anche parziali, ovvero l'utilizzo improprio delle reti, dei sistemi informativi o dei servizi informatici*”;
- “*impatto sul bene ICT*”, ossia la “*limitazione della operatività del bene ICT, ovvero compromissione della disponibilità, integrità, o riservatezza dei dati e delle informazioni da esso trattati, ai fini dello svolgimento della funzione o del servizio essenziali*”.

L'art. 2 della Determina definisce l'oggetto del provvedimento in esame, sostanzialmente coincidente con quanto sopra detto.

L'art. 3, infine, rinvia all'Allegato A alla Determina che si presenta diviso in due parti per la definizione della tassonomia degli incidenti. Nella prima sono elencati gli incidenti da notificare. Nella seconda, invece, sono descritti gli eventi da cui originano gli incidenti che dovranno essere segnalati.

EMANUELE STABILE

<https://www.acn.gov.it/notizie/contenuti/si-rafforza-il-perimetro-nazionale-di-sicurezza-cibernetica>





## 18. Il provvedimento del 21.2.2023 dello US Copyright Office su opera d'arte composita di testi creati da un uomo e immagini generate da un sistema di IA generativa (Midjourney) e la *Copyright Registration Guidance: Works Containing Material Generated by Artificial Intelligence* del 16.3.2023

Il 21 febbraio 2023, lo United States Copyright Office (USCO o Ufficio) ha cancellato parzialmente la registrazione rilasciata all'artista Kristina Kashtanova, concessa lo scorso 15 settembre 2022, per la sua *graphic novel* "Zarya of the Dawn", a causa di "informazioni non accurate e incomplete".

Il fumetto conteneva infatti, oltre a elementi testuali dell'autrice, anche opere generate da Midjourney, un sistema di intelligenza artificiale che crea immagini in base a istruzioni di testo; l'artista non lo aveva comunicato allo USCO nella sua domanda di registrazione.

Prima di giungere a tale decisione, nell'ottobre 2022 l'Ufficio ha richiesto all'artista ulteriori informazioni sul processo creativo dell'opera esprimendo le sue preoccupazioni sul fatto che l'opera d'arte generata tramite Midjourney fosse in grado di soddisfare il requisito della paternità umana dell'opera [così come previsto da copiosa casistica (*ex multis Burrow-Giles Lithographic Co. v. Sarony*, 111 U.S. 53, 58 (1884); *Naruto v. Slater*, 888 F.3d 418, 426 (9th Cir. 2018)) e dalle linee guida dello stesso Ufficio "*Compendium of U.S. Copyright Office Practices* § 306" (3d ed. 2021)].

Kashtanova ha risposto sostenendo che, nonostante l'uso del servizio di generazione di immagini di Midjourney come parte del processo creativo, ogni singolo elemento dell'opera è stato realizzato grazie al suo contributo e riflette la sua paternità. Il processo creativo di Kashtanova era consistito nel generare una serie di immagini tramite Midjourney che erano state poi selezionate in maniera accurata e organizzate da lei per creare l'insieme costituito dalla storia raccontata nel fumetto.

A prescindere dalle considerazioni dell'artista, secondo l'USCO, sebbene Kashtanova sostenesse di aver deciso direttamente il contenuto e la struttura di ciascuna immagine, il processo descritto rende evidente che il sistema di IA non l'ha semplicemente assistita (al pari di software specializzati nell'elaborazione di opere appartenenti all'arte figurative, e.g. Adobe Photoshop) ma ha creato le immagini seguendo un

processo che non è lo stesso di un artista, scrittore o fotografo umano; pertanto, le immagini generate da Midjourney non sono frutto di una creazione umana.

Nella sua decisione, l'USCO ha fatto riferimento alla sentenza della Corte Suprema degli Stati Uniti nella causa *Feist Publ'ns, Inc. v. Rural Tel. Serv. Co.*, 499 U.S. 340, 345 (1991) in cui si spiega che il termine "originale" nel contesto della tutela del *copyright* consiste di due componenti: creazione indipendente e creatività sufficiente. In primo luogo, l'opera deve essere stata creata in modo indipendente dall'autore. In secondo luogo, l'opera deve possedere una creatività sufficiente. È necessario solo un "minimo di creatività". Vale la pena notare che il Copyright Compendium dell'USCO sopra citato afferma esplicitamente che solo le opere create dall'uomo sono registrabili.

Midjourney produce immagini in modo imprevedibile, pertanto gli utenti del software non sono gli autori delle immagini generate dalla tecnologia. Come ha spiegato la Corte Suprema degli Stati Uniti d'America, nel caso sopra menzionato *Burrow-Giles Lithographic Co. v. Sarony*, l'autore di un'opera tutelata dal *copyright* è la persona che ha effettivamente realizzato l'immagine, la "mente inventiva" dietro l'opera stessa. Un utente che fornisce suggerimenti testuali a Midjourney non può essere considerato l'autore.

L'USCO ha precisato che il testo della *graphic novel* (le didascalie a commento delle immagini) così come la selezione, il coordinamento e la disposizione delle immagini dell'opera sono tutelati dalla normativa sul *copyright* ma che le singole immagini create da Midjourney non possono esserlo.

Il certificato originale rilasciato all'artista è stato cancellato e ne è stato emesso uno nuovo, insieme a un aggiornamento del registro pubblico, per "chiarire che la registrazione cancellata è stata sostituita con la nuova registrazione più limitata".

La decisione in commento è stata confermata recentemente dalle Linee Guida dell'USCO per la registrazione di opere create dall'IA, pubblicate in data 16 marzo 2023 ("*Copyright Registration Guidance: Works Containing Material Generated by Artificial Intelligence*": [https://www.copyright.gov/ai/ai\\_policy\\_guidance.pdf](https://www.copyright.gov/ai/ai_policy_guidance.pdf)).

Secondo l'Ufficio, è ormai assodato che il diritto d'autore può proteggere solo il materiale che è il prodotto della creatività umana. Il termine "autore", utilizzato sia dalla Costituzione

Americana sia dalla normativa sul Copyright, esclude autori non umani.

I regolamenti per la registrazione delle opere pubblicati dell'USCO riflettono le indicazioni della legge e della giurisprudenza in materia.

144 Ai sensi delle Linee Guida, l'Ufficio valuterà ai fini della registrazione, caso per caso, se i contributi dei sistemi di IA sono il risultato di una "riproduzione meccanica" o invece di una "concezione mentale originale" dell'autore. La risposta dipenderà dalle circostanze, in particolare dal funzionamento dello strumento di IA e dal modo in cui è stato utilizzato per creare l'opera finale. Secondo l'Ufficio, ad oggi, i sistemi di intelligenza artificiale generativa attualmente disponibili non consentono agli utenti di esercitare un controllo creativo sul modo in cui tali sistemi interpretano i suggerimenti e generano materiale. L'USCO equipara la situazione attuale a quella in cui un cliente incarica un'artista di creare un'immagine dandogli indicazioni approssimative e generali sul risultato finale. In tali casi, l'autore sarebbe l'artista che ha ricevuto le istruzioni e ha determinato in maniera del tutto autonoma il modo migliore per esprimerle. Il committente fornisce l'idea che non è tutelabile mentre è l'artista che la esprime in un oggetto tangibile.

L'Ufficio precisa come i richiedenti abbiano il dovere di rivelare l'inclusione di contenuti generati dai sistemi di IA in un'opera presentata per la registrazione e di fornire una breve spiegazione dei contributi dell'autore umano all'opera (a differenza di quanto avvenuto per la registrazione della *graphic novel* "Zarya of the Dawn").

La presentazione della domanda di registrazione presso l'USCO è soggetta a sanzioni pecuniarie ai sensi del 17 U.S.C. §506(e) "per chiunque faccia consapevolmente una falsa rappresentazione di un fatto materiale".

La decisione dell'USCO è importante perché ribadisce che le opere generate tramite sistemi di intelligenza artificiale non sono tutelabili ai sensi della normativa statunitense sul Copyright qualora il materiale sia realizzato senza che l'utente possa determinarne l'esito (non predittivo) e non possa modificarne la sua forma espressiva.

FRANCESCO GROSSI

<https://copyright.gov/docs/zarya-of-the-dawn.pdf>

<https://www.copyright.gov/ai/>

[https://www.copyright.gov/ai/ai\\_policy\\_guidance.pdf](https://www.copyright.gov/ai/ai_policy_guidance.pdf)

### 19. Gli *obiter dicta* dell'ordinanza della Corte di Cassazione I sez. n. 1107 del 16.01.2023 su diritto d'autore e computer generated content (caso Rai Festival di Sanremo).

Lo scorso 16 gennaio la Corte di Cassazione ha avuto modo di pronunciarsi sul legittimo utilizzo di un'immagine digitale raffigurante un fiore, utilizzata dalla Rai come scenografia in occasione del Festival di Sanremo del 2016.

Un'architetta genovese, conosciuta con il nome d'arte 'Lindelokse', aveva dato vita ad un'opera intitolata "*The Scent of the Night*" rappresentante un elemento floreale con una tecnica c.d. frattale realizzata con l'utilizzo di un software. Per frattale si intende un oggetto geometrico dotato di omotetia interna: si ripete nella sua forma, allo stesso modo, su scale diverse un'immagine in modo tale che, ingrandendo una qualunque sua parte, si ottiene una figura simile all'originale.

La particolare forma dell'opera, che ricorda un fiore che sboccia, si è facilmente prestata alla scenografia del notorio festival della canzone italiana, in cui, proprio per la città che lo ospita, le composizioni floreali giocano un ruolo centrale. Nel caso in questione, però, la Rai non aveva acquistato i diritti dall'autrice che si è rivolta, nel 2018, all'autorità giudiziaria per tutelare i suoi interessi, chiedendo il risarcimento del danno, la rimozione del programma da RaiPlay e la pubblicazione della sentenza.

Sia in primo che in secondo grado la Rai è risultata soccombente sulla scorta di due motivi: l'accertata paternità dell'opera in capo alla ricorrente e il carattere creativo dell'opera, tutelabile dunque ai sensi della disciplina sul diritto d'autore.

La Rai ha allora proposto ricorso per Cassazione e l'occasione è stata propizia per i giudici di legittimità per accennare alla questione della creatività della c.d. arte digitale o computer art.

Venendo ad analizzare le censure sollevate dalla ricorrente, con il primo motivo di ricorso la Rai ha assunto che la Corte d'Appello abbia errato nel postulare il carattere creativo dell'immagine, lamentando, ex art. 360 c.p.c. n.4, la nullità della sentenza per motivazione apparente. Sul punto la Cassazione ha invece ritenuto la motivazione esistente e non meramente apparente, ribadendo la presenza del requisito di creatività dell'opera sulla scorta della classica interpretazione data del concetto di "creatività", da intendere non in senso assoluto, ma come originale espressione della personalità del suo autore.



Nel caso di specie, ha concluso la Cassazione, l'opera non è una semplice riproduzione di un fiore ma una sua rielaborazione; la stessa RAI l'ha implicitamente riconosciuto, valorizzandola in modo accentuato come simbolo della manifestazione tanto che gli utenti hanno reagito positivamente con acquisizione di un buon grado di notorietà.

Con il secondo motivo di ricorso, in subordine, la RAI ha contestato il fatto che la Corte di appello abbia erroneamente qualificato come opera dell'ingegno un'immagine generata da un software e non attribuibile ad un'idea creativa della sua supposta autrice.

Quanto sopra è stato sostenuto dalla ricorrente in virtù del fatto che l'opera è stata realizzata da un software, che ne ha elaborato forma, colori e dettagli tramite algoritmi matematici e l'autrice avrebbe, si asserisce, solamente scelto un algoritmo da applicare e approvato a posteriori il risultato generato dal computer.

La Cassazione ha ritenuto inammissibile quest'ultimo motivo perché volto a introdurre per la prima volta in sede di legittimità una questione nuova non trattata nel giudizio di merito. Sorvolando sui motivi procedurali, La Corte si pronuncia però incidentalmente anche sull'inesplorato tema dell'arte digitale, per tale intendendo quella pratica artistica che utilizza la tecnologia digitale come parte del processo creativo o di presentazione espositiva.

Infatti, i giudici hanno sostenuto che *“non è certamente sufficiente a tal fine l'ammissione della controparte di aver utilizzato un software per generare l'immagine, circostanza questa che, come ammette la stessa ricorrente, è pur sempre compatibile con l'elaborazione di un'opera dell'ingegno con un tasso di creatività che andrebbe solo scrutinato con maggior rigore, se, com'è avvenuto nel caso concreto, la RAI non ha chiesto ai giudici di merito il rigetto della domanda per quella ragione. E infatti si sarebbe reso necessario un accertamento di fatto per verificare se e in qual misura l'utilizzo dello strumento avesse assorbito l'elaborazione creativa dell'artista che se ne era avvalsa. Il motivo deve pertanto essere dichiarato inammissibile, senza la necessità di affrontare in questa sede i temi, per ora inesplorati nella giurisprudenza di questa Corte, della cosiddetta arte digitale (detta anche digital art o computer art) quale opera o pratica artistica che utilizza la tecnologia digitale come parte del processo creativo o di presentazione espositiva”*.

Seppur la Suprema Corte, non ha fatto riferimento in questa ordinanza a sistemi di intelligenza

artificiale c.d. generativi, l'approccio che, *incidenter tantum*, essa ha in questo modo affacciato, aggiunge forse un piccolo, seppur importante, tassello alla delicata questione della tutelabilità delle opere ottenute da intelligenza artificiale generativa.

Ci troviamo in un momento storico in cui ChatGPT di OpenAI è solo la punta dell'iceberg di un processo che sta coinvolgendo le aziende ormai da anni, in quanto con un minore investimento in termini di tempo e risorse si può ottenere un output ad hoc. Questo vale tanto per i più svariati prodotti dell'industria in genere, quanto per il mondo dell'arte. Si vedano ad esempio, a livello amatoriale i prompt Text-to-Image generati dai sistemi di AI Midjourney e DALL-E; ovvero a livello più accreditato, le opere di Davide Quayola o di Refik Anadol. Per quest'ultimo si fa riferimento in particolare alla sua recente mostra “Unsupervised” presentata al MoMA, in cui un modello di apprendimento automatico esplora la collezione del museo e la rielabora dando vita a nuove immagini, ottenute dalla interpretazione e trasformazione fantasiosa di ciò che la circonda. Il sottotitolo della mostra curiosamente è: “Cosa sognerebbe una macchina dopo aver visto la collezione del Museum of Modern Art?”.

Normalmente due domande accompagnano le opere realizzate con l'ausilio di applicazioni software e a maggior ragione quelle generate da sistemi di intelligenza artificiale: se siano tutelabili ai sensi del diritto d'autore e a chi andrebbe attribuita la paternità dell'opera.

La Cassazione con dei brevi cenni alla questione ha affrontato la prima delle domande suesposte e sembra aver aperto la strada alla possibilità che, nel momento in cui sia identificabile un autonomo e sufficientemente creativo contributo umano nel processo che ha visto il concorso, anche consistente, di una applicazione software, l'opera può comunque dirsi “creativa”. La Suprema Corte, come detto, non ha fatto riferimento in questa ordinanza a sistemi di intelligenza artificiale c.d. generativi, né ci sono elementi per ritenere che il software utilizzato per l'immagine del fiore, nel caso in questione, fosse un software di intelligenza artificiale.

Tuttavia, sembra di potersi leggere tra le righe di questo *obiter dictum* che la Corte di Cassazione reputi generalmente rilevante andare ad analizzare caso per caso se l'applicazione *software* utilizzata per realizzare un'opera abbia rappresentato un momento o uno strumento all'interno di un processo creativo frutto dell'espressione del suo autore umano.

EMANUELA BURGIO

[https://web.uniroma1.it/deap/sites/default/files/allegati/Cass\\_ord\\_1107\\_2023.pdf](https://web.uniroma1.it/deap/sites/default/files/allegati/Cass_ord_1107_2023.pdf)

| 146

## 20. L'ordinanza cautelare del Tribunale di Venezia del 24.10.2022 in materia di riproduzione digitale di opere pubbliche in pubblico dominio. Il caso "puzzle dell'Uomo Vitruviano – Ravensburger" tra codice dei beni culturali e direttiva europea sul copyright nel mercato unico digitale

Il 24 febbraio 2023, è stata pubblicata su due quotidiani nazionali e su due quotidiani locali e nelle relative edizioni online, nei termini da essa stessa prescritti, un'ordinanza cautelare emessa dal Tribunale di Venezia in data 24.10.2022 su un ricorso d'urgenza ex art. 700 c.p.c. introdotto dal Ministero della cultura e dalle Gallerie dell'Accademia di Venezia riguardante l'utilizzo dell'opera di Leonardo Da Vinci, "Uomo Vitruviano", per la creazione e la vendita di puzzle da parte della società Ravensburger.

Le aziende tedesche di fama mondiale (Ravensburger AG, Ravensburger Verlag GMBH e la loro sede italiana rappresentata da Ravensburger S.r.l.) sono state, infatti, citate in giudizio per aver utilizzato l'immagine dell'opera per realizzare e vendere puzzle, senza aver ottenuto l'autorizzazione e aver pagato il canone annuale, oltre ad una royalty sulle vendite, all'istituto che ha in custodia il bene, le Gallerie dell'Accademia di Venezia. L'attività di impresa sarebbe posta in violazione del "Regolamento per la riproduzione dei beni culturali in consegna alle Gallerie dell'Accademia di Venezia", elaborato in conformità agli artt. 107-109 del Codice dei beni culturali (D.Lgs. 22.01.2004, n. 42), in particolare all'art. 108 dello stesso. La casa produttrice e quella distributrice del prodotto di *merchandising* avrebbero, quindi, utilizzato, senza essere state a ciò autorizzate, il nome e l'immagine dell'opera di Leonardo. L'opera, la cui riproduzione è in contestazione, non è protetta dal diritto d'autore, ma è in pubblico dominio, non tanto in quanto sia scaduto il termine di protezione legale (che, ai sensi della legge sul diritto d'autore n. 633/1941, è pari a settanta anni dopo la morte dell'autore, fatti salvi i diritti morali), ma in quanto la creazione del disegno da parte di Leonardo risale al 1490 e la prima legislazione che diede riconoscimento al diritto sulla proprietà intellettuale in Italia è stata la legge 19 fiorile anno IX del 9 maggio 1801 della Repubblica Cisalpina. Si può quindi ritenere che il disegno di Leonardo non sia

mai stato soggetto alla relativa tutela in materia di diritto d'autore. Il disegno però rientra nella definizione di "bene culturale" ed è, dunque, soggetto anche alla disciplina del codice dei beni culturali. Agli articoli 106 e seguenti del Codice dei beni culturali, sono disciplinate le disposizioni sull'uso e le riproduzioni del patrimonio culturale. Lo Stato, le Regioni e gli altri enti pubblici territoriali possono concedere l'uso "individuale" dei beni culturali che abbiano in consegna, per finalità compatibili con la loro destinazione culturale a singoli richiedenti (art. 106 Codice dei beni culturali). Tale fattispecie è relativa all'uso fisico e rivale del bene culturale.

Per quanto invece, riguarda, le disposizioni circa la riproduzione delle immagini dei beni culturali esse stabiliscono che sono libere e nessun canone è dovuto, se effettuate senza scopo di lucro, per finalità di studio, ricerca, libera manifestazione del pensiero o espressione creativa, promozione della conoscenza del patrimonio culturale. È riconosciuta, altresì, la facoltà di divulgazione, con qualsiasi mezzo, delle immagini di beni culturali, legittimamente acquisite, in modo da non poter essere ulteriormente riprodotte a scopo di lucro.

In caso di utilizzo a fini commerciali è richiesto il rilascio di un'autorizzazione e il pagamento di un canone, la cui definizione è rimessa alla discrezionalità di ciascun istituto culturale che ha in custodia il bene, in base alla valutazione di determinati fattori quali: il carattere delle attività; i mezzi e le modalità con i quali sono effettuate le riproduzioni; l'uso e la destinazione delle stesse e dei benefici economici che ne derivano al richiedente (artt. 107 e 108 Codice dei beni culturali).

Nell'ordinanza in esame, il Tribunale di Venezia, prima di occuparsi dell'interpretazione delle suddette disposizioni di legge che limitano le riproduzioni delle immagini dei beni culturali e il loro libero riuso al solo fine non commerciale, si sofferma su diverse questioni attinenti la giurisdizione, la legittimazione passiva dei convenuti, la competenza territoriale e l'applicabilità delle norme del codice dei beni culturali a soggetti stranieri.

Con riferimento alla questione della giurisdizione, il Tribunale sancisce la giurisdizione italiana richiamandosi al regolamento (UE) n. 1215/2012, in virtù del quale, in materia di illeciti civili dolosi o colposi, una persona domiciliata in uno Stato membro può essere convenuta in un altro Stato membro "davanti all'autorità giurisdizionale del luogo in cui l'evento dannoso è avvenuto o può avvenire" (art. 7, punto 2 regolamento (UE) n. 1215/2012), e all'interpretazione fornita dalla Corte



di giustizia europea in base alla quale la nozione di “luogo in cui l’evento dannoso è avvenuto” può coincidere con il luogo in cui si concretizza il danno (CGUE C-12/15).

In tal senso, è rimessa alla facoltà dell’attore la scelta dello Stato ove instaurare il procedimento, se quello della residenza del convenuto, dove è sorto il danno, o in quello in cui si è verificata la condotta. Secondo il Tribunale, nel caso di specie, “si è [...] determinata una separazione geografica tra il luogo del fatto generatore del danno (l’uso dell’immagine dell’opera a fini di lucro, avvenuto Germania) e il luogo dove il pregiudizio non patrimoniale lamentato si è concretamente prodotto (ovvero l’Italia), così consentendo alle reclamanti di scegliere tra i due fori, posti in posizione di alternatività e di pari ordinazione”.

Per quanto riguarda la competenza territoriale, il Tribunale dichiara la propria competenza ex art. 20 c.p.c., ancorandola al luogo “in cui certamente e principalmente si è verificato il danno risarcibile” e in cui “si realizzano le ricadute negative della lesione”.

Non essendo, infatti, possibile secondo i giudici collocare l’illecito in modo chiaro sul piano spaziale ed essendo necessario individuare un luogo certo del pregiudizio oggetto del risarcimento, dove cioè possa dirsi sorta l’obbligazione dedotta in giudizio a norma dell’art. 20 c.p.c., la competenza territoriale viene affermata quale giudice del luogo del domicilio del danneggiato. A Venezia, infatti, si trovano il bene culturale e la sede dell’ente che lo ha in custodia, al quale dev’essere chiesta l’autorizzazione per la sua riproduzione e che, nel caso di specie, non ha potuto effettuare il controllo sulla compatibilità dell’utilizzo effettuato da Ravensburger “con il [...] profilo culturale e valoriale oltre che dei corrispettivi dovuti”.

Le società resistenti tedesche lamentavano, altresì, la carenza della loro legittimazione passiva, dichiarandosi estranee alla condotta illecita. In particolare, Ravensburger AG rassegnava in tal senso di non aver ricoperto alcun ruolo operativo e Ravensburger Verlag GmbH di aver effettuato la produzione esclusivamente all’estero. Tali doglianze non sono state accolte.

Riguardo l’esistenza del *fumus boni iuris*, il Tribunale, in primo luogo, verificava l’applicabilità del Codice dei beni culturali alle parti in causa, giustificandola in ragione del forte collegamento della fattispecie con il territorio italiano, luogo in cui si sono verificate le conseguenze dell’illecito, ove è custodito il bene culturale e si trova l’istituto custode.

Il Codice dei beni culturali viene poi definito una “norma di applicazione necessaria” ex artt. 17 della L. 218/1995 e 16 del regolamento (CE) n. 864/2007 sulla legge applicabile alle obbligazioni extracontrattuali (c.d. regolamento “Roma II”), in quanto assolutamente cruciale per la salvaguardia dell’interesse pubblico.

Il Tribunale prosegue la disanima, riferendosi inoltre all’art. 4, paragrafo 1, del citato regolamento Roma II, secondo cui la legge applicabile alle obbligazioni extracontrattuali che derivano da un fatto illecito “è quella del paese in cui il danno si verifica, indipendentemente dal paese nel quale è avvenuto il fatto che ha dato origine al danno e a prescindere dal paese o dai paesi in cui si verificano le conseguenze indirette di tale fatto”.

Assodata l’applicabilità alle parti della disciplina delle norme del Codice dei beni culturali e del codice civile italiano, i giudici deducono che la condotta delle società reclamate rientri nella disciplina ex artt. 2043 e 2059 c.c., in relazione alla quale il danno è costituito dallo “svilimento dell’immagine e della denominazione del bene culturale”, in quanto utilizzati senza permesso, e dunque senza alcun controllo, nonché dalla perdita economica subita dall’istituto che non ha riscosso il canone.

Quanto al *periculum in mora*, i giudici ravvisano il pericolo di danno proprio nell’utilizzo, senza alcun controllo dell’ente custode, della riproduzione dell’opera a fini commerciali. L’irreparabilità del danno emerge in relazione alla gravità della lesione ai danni dell’immagine e del nome del bene culturale, danneggiato irreparabilmente solo per il fatto di essere stato utilizzato senza la verifica dell’ente custode. A parere del Tribunale, inoltre, gli effetti lesivi sono da considerarsi aggravati proprio dal perdurare dell’illecito, circostanza che rende il pregiudizio imminente.

A fronte di tali premesse, il Tribunale di Venezia ha inibito ai convenuti l’utilizzo a fini commerciali dell’immagine dell’opera “Uomo Vitruviano” di Leonardo da Vinci e della sua denominazione, in qualsiasi forma e in qualunque prodotto e/o strumento, anche informatico sui propri siti internet e su tutti gli altri siti e *social network* di loro competenza; ha condannato i convenuti al pagamento di una penale di € 1.500,00 in favore del Ministero della Cultura e delle Gallerie dell’Accademia di Venezia per ogni giorno di ritardo nell’esecuzione del provvedimento cautelare a decorrere dal settimo giorno successivo alla comunicazione del provvedimento e per il caso di eventuale ripresa dell’utilizzo abusivo dopo la sospensione dell’attività illecita per ordine del

Tribunale; ed ha, infine, disposto la pubblicazione dell'ordinanza in estratti e/o sintesi del suo contenuto da parte dei reclamanti e a spese dei convenuti a caratteri doppi del normale, per due volte, anche non consecutive, su due quotidiani a diffusione nazionale - il Corriere della Sera e la Repubblica - e su due quotidiani a diffusione locale - Il Gazzettino e La Nuova Venezia -, anche nelle loro versioni on-line, con termine non superiore a giorni 10 dalla comunicazione per l'inserzione su due quotidiani nazionali e su due quotidiani locali.

La pronuncia rafforza la portata dell'applicabilità del Codice dei beni culturali, sebbene lo stesso presenti dei profili di incompatibilità con l'art. 14 della direttiva (UE) 2019/790 sul diritto d'autore e i diritti connessi nel mercato unico digitale (c.d. direttiva CDSM dal suo acronimo inglese *Copyright in the Digital Single Market*) che stabilisce che le riproduzioni non originali di opere delle arti visive in pubblico dominio devono rimanere in pubblico dominio: «art. 14 *Opere delle arti visive di dominio pubblico* - Gli Stati membri provvedono a che, alla scadenza della durata di protezione di un'opera delle arti visive, il materiale derivante da un atto di riproduzione di tale opera non sia soggetto al diritto d'autore o a diritti connessi, a meno che il materiale risultante da tale atto di riproduzione sia originale nel senso che costituisce una creazione intellettuale propria dell'autore».

In tal senso, l'art. 32-*quater* della legge italiana sul diritto d'autore (legge 22 aprile 1941, n. 633) introdotto dal D.lgs. 177/2021 del 5.11.2021 in attuazione dell'art. 14 della direttiva CDSM, presenta numerosi profili critici nella parte in cui limita l'efficacia del principio all'applicazione del codice dei beni culturali (“*Restano ferme le disposizioni in materia di riproduzione dei beni culturali di cui al decreto legislativo 22 gennaio 2004, n. 42*”), di fatto impedendo l'esplicarsi degli intenti del legislatore europeo (ben delineati nei Considerando 3 e 53 della direttiva CDSM e nei chiarimenti forniti dalla stessa Commissione europea in forma di FAQ: <https://digital-strategy.ec.europa.eu/en/faqs/copyright-reform-questions-and-answers>), e creando una distinzione tra opere delle arti visive in pubblico dominio e i beni culturali pubblici in pubblico dominio (sull'attuazione in Italia della direttiva CDSM in generale v. in questa rubrica la notizia n. 1 nel numero 1/2022 : <http://www.personaemercato.it/wp-content/uploads/2022/04/Osservatorio.pdf>).

Anche nel caso in cui la legislazione europea sia introdotta con una direttiva che non ha di per sé effetti o applicabilità diretta nell'ordinamento giuridico nazionale degli Stati membri, essa deve

sempre rappresentare un indispensabile parametro guida per i tribunali nazionali, che sono chiamati a interpretare il diritto nazionale alla luce della legislazione europea (ossia, un obbligo di interpretazione conforme). Inoltre, esiste un divieto generale per gli Stati membri di far prevalere una norma nazionale su una norma comunitaria contraria, senza distinguere tra diritto nazionale anteriore e posteriore.

In conclusione, l'attuale impianto normativo italiano, stratificando la protezione al di fuori dei confini del diritto d'autore, di fatto ostacola la libera riproduzione delle immagini del patrimonio culturale italiano nel mercato unico, riducendo la portata del pubblico dominio europeo. In tal senso, sarebbe auspicabile una pronuncia della Corte di Giustizia europea che chiarisca se la disciplina italiana possa dirsi compatibile con la chiara volontà del legislatore europeo di tutelare il pubblico dominio.

DEBORAH DE ANGELIS

[https://web.uniroma1.it/deap/sites/default/files/allegati/%20Trib\\_Venezia\\_ord\\_17.11.2022\\_Ravensburg.pdf](https://web.uniroma1.it/deap/sites/default/files/allegati/%20Trib_Venezia_ord_17.11.2022_Ravensburg.pdf)

## 21. Ultimi sviluppi del caso DABUS in Brasile e nel Regno Unito (a proposito della possibilità che un sistema di IA possa qualificarsi come inventore ai fini di una domanda di brevetto per invenzione industriale).

La questione se un sistema di intelligenza artificiale possa essere designato quale inventore in una domanda di brevetto è approdata anche in Brasile, all'Istituto Nazionale di Proprietà Industriale (*Instituto Nacional da Propriedade Industrial* “**INPI**”), con la richiesta n. BR 112021008931-4, in cui il Dr. Stephen Thaler è il richiedente e ‘DABUS’ (acronimo per *Device for the Autonomous Bootstrapping of Unified Sentience*) è il sistema di IA - creato dallo stesso Dr. Thaler - che avrebbe a sua volta creato due dispositivi brevettabili che sono stati l'oggetto delle suddette domande di brevetto.

La vicenda si inserisce nell'ambito della campagna internazionale di depositi di brevetto e ricorsi (“*Artificial Inventor Project*”), avviata da Thaler a partire dal 2018, per sostenere la tesi che un sistema di IA debba poter essere designato come inventore in una domanda di brevetto per invenzione industriale (v. notizia n. 6 nel numero 4/2021 di



questa rubrica: <http://www.personaemercato.it/wp-content/uploads/2021/12/Osservatorio-1.pdf>).

L'INPI ha inizialmente formulato una richiesta di chiarimenti al richiedente nei seguenti termini: “alla luce di quanto previsto dall’art. 6 della Legge brasiliana sulla proprietà industriale n. 9279/96 (LPI), si deduce che l’inventore di una domanda di brevetto debba essere in grado di essere titolare di diritti, possedendo capacità giuridica. Si prega di chiarire e di giustificare la nomina dell’intelligenza artificiale DABUS come unico inventore della domanda di brevetto alla luce delle disposizioni della LPI”.

Le argomentazioni che Thaler ha portato a supporto della sua richiesta prendono in esame il predetto art. 6 LPI, precisando che il suddetto articolo non stabilisce che l’inventore debba avere capacità giuridica; fra l’altro, nel sistema giuridico brasiliano non esiste una definizione del termine “inventore” o una chiara delimitazione dei requisiti necessari per la sua identificazione.

Il richiedente Thaler ha inoltre sostenuto che la nomina di DABUS come unico inventore è corretta, essendo questi l’unico responsabile dell’invenzione, e, essendo lo stesso Thaler proprietario del sistema di IA, Thaler sarebbe anche il titolare dei suoi frutti, ai sensi delle disposizioni dell’art. 1.232 del Codice Civile brasiliano.

Thaler, infine, sostiene che la ricerca e lo sviluppo in ambito IA, avrebbero un significativo rallentamento dal fatto che sistemi di IA come DABUS non siano riconosciuti come inventore.

Considerata la complessità della questione legata alla possibilità di indicare un sistema di IA quale inventore, l’INPI ha ritenuto opportuno coinvolgere la Procura Federale richiedendone un parere in merito (parere n. 00024/2022/CGPI/PFE-INPI/PGF/AGU, datato 8 agosto 2022).

In sintesi, la Procura arriva alla conclusione che non è possibile indicare o nominare un sistema di IA come inventore di una domanda di brevetto in Brasile, al pari di quanto già deciso nella maggior parte dei Paesi in cui è stato affrontato il tema. La possibilità che figure non umane (o *software*) siano autori di opere artistiche o invenzioni, viene ignorata dalla normativa brasiliana in materia e per arrivare a tale conclusione oltre a fare riferimento anche all’art. 4-ter della Convenzione di Parigi, prende anche in esame alcune controversie passate afferenti al diritto d’autore, come il famoso caso del *selfie* del macaco Naruto (Naruto v. Slater, 888 F.3d 418, 426, 9th Cir. 2018). Sempre a sostegno della tesi che solamente una persona umana può essere definita “inventore”, la Procura Federale richiama

l’art. 1 del Codice Civile brasiliano (“ogni persona è capace di diritti e doveri nell’ordinamento civile”).

Anche la tesi portata avanti da Thaler sulla titolarità dei frutti prodotti dal bene di sua proprietà viene respinta dalla Procura Federale dato che la normativa sulla proprietà intellettuale si riferisce a beni immateriali/beni non tangibili, mentre il Codice Civile si riferisce a beni tangibili e per tale motivo deve essere esclusa tale analogia.

Nella conclusione del suo parere, la Procura Federale sottolinea come sia fondamentale tenere conto del fatto che l’attuale normativa brasiliana non disciplina in maniera esaustiva la creazione di invenzioni da parte di sistemi di IA e, di conseguenza, vi è la necessità di adottare una legislazione *ad hoc*, anche sottoscrivendo trattati internazionali per standardizzare i principi di tutela nei vari Paesi. La Procura evidenzia anche che l’assenza di una disciplina specifica potrebbe scoraggiare investimenti nel settore dato che non vi è la garanzia di un riconoscimento dei diritti.

In seguito a tale parere, il 6 settembre 2022 l’INPI ha annunciato il rigetto della domanda di brevetto, a causa dell’impossibilità di indicare o nominare un sistema di IA come inventore (decisione pubblicata nella Gazzetta della Proprietà Industriale (RPI) n. 2696 del 6 settembre 2022).

Thaler ha impugnato la decisione e avrà la possibilità di adire la Corte Federale brasiliana.

L’INPI, quindi, in coerenza con l’interpretazione adottata nella maggior parte dei Paesi ove è stata presentata la domanda di registrazione da Thaler, non riconosce un sistema di IA come inventore (di recente anche Corea del Sud, Taiwan e Nuova Zelanda hanno rigettato simili domande).

Thaler, comunque, continua la sua battaglia: in seguito alla sentenza della *Court of Appeal* inglese che ha confermato le precedenti pronunce dell’*Intellectual Property Office* (UKIPO) e della High Court (v. notizia n. 6 nel numero 4/2021 di questa rubrica: <http://www.personaemercato.it/wp-content/uploads/2021/12/Osservatorio-1.pdf>), ha presentato ricorso alla *Supreme Court* con le seguenti questioni da chiarire:

- (a) Se l’articolo 13, paragrafo 2, lettera a), del Patents Act 1977 richiede che una persona sia indicata come inventore in tutti i casi, anche quando il richiedente ritiene che l’invenzione sia stata creata da un sistema di IA in assenza di un inventore umano;
- (b) Se la legge del 1977 preveda la concessione di un brevetto senza un inventore umano; e
- (c) se nel caso di un’invenzione realizzata da un sistema di IA, il proprietario, il creatore e

l'utilizzatore di tale sistema di IA hanno diritto alla concessione di un brevetto per tale invenzione?

L'udienza si è tenuta il 2 marzo 2023, e, al momento in cui viene scritto questo contributo, si attende la sentenza.

<http://revistas.inpi.gov.br/rpi/>

<https://www.gov.br/inpi/pt-br/central-de-conteudo/noticias/inteligencia-artificial-nao-poder-indicada-como-inventora-em-pedido-de-patente/ParecerCGPIPROCsobreInteligenciaartificial.pdf>

<https://www.supremecourt.uk/cases/uksc-2021-0201.html>









