ISSN: 2704-8012

SUOR ORSOLA
BENINCASA
UNIVERSITÀ EDITRICE

EUROPEAN JOURNAL OF PRIVACY LAW & TECHNOLOGIES

www.ejplt.tatodpr.eu



2023/1

EJPLT
ISSN: 2704-8012

EUROPEAN JOURNAL OF PRIVACY LAW & TECHNOLOGIES

Directed by Lucilla Gatt

2023/1

SUOR ORSOLA BENINCASA
UNIVERSITÀ EDITRICE

European Journal of Privacy Law & Technologies
On line journal
Italian R.O.C. n. 25223



Co-funded by
the European Union



The Journal was born in 2018 as one of the results of the European project "Training Activities to Implement the Data Protection Reform" (TAtoDPR), co-funded by the European Union's within the REC (Rights, Equality and Citizenship) Programme, under Grant Agreement No. 769191.
From 2019-2022, the Journal was supported by the Erasmus+ Programme of the European Commission within the European Project Jean Monnet Chair 'European Protection Law of Individuals in relation to New Technologies' (PROTECH) (611876-EPP-1-2019-1-IT-EPPJMO-CHAIR).

In 2022 EJPLT has been further implemented thanks to the Jean Monnet Chair project 'European Green Rights: reshaping fundamental rights for next generations' (EUGREENEXT) (ERASMUS-JMO-2021-HEI-TCH-RSCH).

The European Commission's support for the production of this publication does not constitute an endorsement of the contents, which reflect the views only of the authors, and the Commission cannot be held responsible for any use which may be made of the information contained therein.

The Issues form 2018/1 to 2020/1 were published by Giappichelli Publisher.
From Issue 2020/2 the Publisher is Suor Orsola Benincasa Università editrice.

This publication is part of the activities of the European project Jean Monnet Chair EUGREENEXT 'European Green Rights for Next generations', ERASMUS-JMO-2021-HEI-TCH-RSCH Jean Monnet Actions call, co-funded by the European Union.
Code of Ethics: *universitypress.unisob.na.it/ojs/index.php/ejplt/pages/view/codiceetico*

Editing
Luciana Trama

Design
Flavia Soprani

Development
Emanuele Garzia

© Copyright 2023 by Suor Orsola Benincasa Università Editrice, published in June 2023
ISSN: 2704-8012
The Issue is licensed under a Creative Common Attribution 4.0 International Licence CC-BY-NC-ND
All the details at: *https://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/4.0*
Free access to the Issue at: *www.ejplt.tatodpr.eu*
The intellectual property of the individual contributions remain with the authors.

European Journal of Privacy Law & Technologies

EJPLT
ISSN: 2704-8012

EDITOR IN CHIEF/DIRECTOR

Prof. Avv. Lucilla Gatt – Università degli Studi Suor Orsola Benincasa di Napoli, Italy

VICE-DIRECTOR

Prof. Ilaria A. Caggiano – Università degli Studi Suor Orsola Benincasa di Napoli, Italy

ADVISOR BOARD – SCIENTIFIC COMMITTEE

Prof. Pasquale Arpaia – Università degli Studi di Napoli Federico II, Italy
Prof. Valeria Falce – Università Europea di Roma, Italy
Prof. Indranath Gupta – O.P. Jindal Global University, India
Prof. Juan Ernesto Gutiérrez Otiniano – Universidad Autonoma del Perù, Peru
Prof. Pim Haselager – Radboud University, Netherlands
Prof. Toni Jaeger-Fine – Fordham University, United States
Prof. Antonios Karaiskos – Ryukoku University, Japan
Prof. Roberto Montanari – Università degli Studi Suor Orsola Benincasa di Napoli, Italy
Prof. Roberta Montinaro – Università degli Studi di Napoli l'Orientale, Italy
Prof. Andrew Morris – University of Loughborough, United Kingdom
Prof. Juan Pablo Murga Fernandez – Universidad de Sevilla, Spain
Prof. Alex Nunn – Leeds Trinity University, United Kingdom
Prof. Avv. Salvatore Orlando – Sapienza Università di Roma, Italy

REFEREES

Prof. Jeremy Antippas – Université de Bretagne Sud, France
Prof. Miguel Álvarez Ortega – Kyoto University, Japan / Universidad de Sevilla, Spain
Prof. Carlos Antonio Agurto Gonzáles – Universidad Nacional Mayor de San Marcos, Peru
Prof. Andrea Bertolini – Scuola Superiore Sant'Anna di Pisa, Italy
Prof. Avv. Giuseppina Capaldo – Sapienza Università di Roma, Italy
Prof. Giovanna Capilli – Università San Raffaele di Roma, Italy
Prof. Cristina Caricato – Sapienza Università di Roma, Italy
Prof. Roberto Carleo – Università degli Studi di Napoli Parthenope, Italy
Prof. Georges Cavalier – Université de Lyon, France
Prof. María Dolores Cervilla Garzón – Universidad de Càrdiz, Spain
Prof. Anna Antonia Ciocia – Università degli Studi della Campania Luigi Vanvitelli, Italy
Prof. Giovanna D'Alfonso – Università degli Studi della Campania Luigi Vanvitelli, Italy
Prof. Carlos de Cores Helguera – Universidad CLAEH del Uruguay, Uruguay
Prof. Manuel Espejo Lerdo de Tejada – Universidad de Sevilla, Spain
Prof. Elżbieta Feret – Uniwersytet Rzeszowski, Poland
Prof. Giovanni Iorio – Università degli Studi di Milano Bicocca, Italy
Prof. Arndt Künnecke – Hochschule des Bundes für öffentliche Verwaltung, Germany
Prof. Martin Maguire – University of Loughborough, United Kingdom
Prof. Giovanni Martini – Università degli Studi della Campania Luigi Vanvitelli, Italy
Prof. Paola Manes – Alma Mater Studiorum Uiversità di Bologna, Italy
Prof. Michala Meiselles – University of Derby, United Kingdom
Prof. Alessia Mignozzi – Università degli Studi della Campania Luigi Vanvitelli, Italy
Prof. Salvatore Monticelli – Università di Foggia, Italy
Prof. Cinzia Motti – Università di Foggia, Italy

EJPLT
ISSN: 2704-8012

European Journal of Privacy Law & Technologies

Prof. Nora Ni Loideain – Institute of Advanced Legal Studies of London, United Kingdom
Prof. Taiwo Oriola – University of Derby, United Kingdom
Prof. Francesco Rossi – Università degli Studi di Napoli Federico II, Italy
Prof. Maria A. Scagliusi – Universidad de Sevilla, Spain
Prof. Sara Tommasi – Università del Salento, Italy
Prof. Avv. Laura Valle – Libera Università di Bolzano, Italy
Prof. Isabel Zurita Martin – Universidad de Cádiz, Spain
Prof. Lihong Zhang – East University of Political Science and Law, Shanghai, China

COORDINATOR OF THE EDITORIAL BOARD

Ph.D. Avv. Maria Cristina Gaeta – Università degli Studi Suor Orsola Benincasa, Italy

MEMBERS OF THE EDITORIAL BOARD

Prof. Sara Lorenzo Cabrera – Universidad de La Laguna, Spain
Prof. Manuel Pereiro Càrceles – University of Valencia, Spain
Prof. Carlo Ciliberto – University College London, United Kingdom
Prof. David T. Karamanukyan – Siberian University, Russian Federation
Prof. Maria Ioannidou – Queen Mary University of London, United Kingdom
Prof. Jacopo Martire – University of Bristol, United Kingdom
Prof. Avv. Ranieri Razzante – Università degli Studi di Bologna, Italy
Prof. Avv. Alessandra Sardu – Università degli Studi di Modena e Reggio Emilia, Italy
Prof. Hakeem Yusuf – University of Derby, United Kingdom
Ph.D. Avv. Livia Aulino – Università degli Studi di Napoli Federico II, Italy
Ph.D. Avv. Andrea D'Alessio – Università degli Studi di Teramo, Italy
Ph.D. Domenico Fauceglia – Università degli Studi di Roma Tor Vergata, Italy
Ph.D. Avv. Caterina del Federico – Alma Mater Studiorum Università di Bologna, Italy
Ph.D. Matteo Fermeglia – Hasselt University, Belgium
Ph.D. Avv. Paola Grimaldi – Università degli Studi della Campania Luigi Vanvitelli, Italy
Ph.D. Dorota Habrat – Uniwersytet Rzeszowski, Poland
Ph.D. Avv. Aldo Iannotti della Valle – Università degli Studi Suor Orsola Benincasa, Italy
Ph.D. Avv. Anita Mollo – Scuola Superiore Meridionale, Italy
Ph.D. Avv. Michael William Monterossi – Universität Luzern, Switzerland
Ph.D. Sara Saleri – Alma Mater Studiorum Università di Bologna, Italy
Ph.D. Hans Steege – University of Stuttgart, Germany
Ph.D. Kamil Szpyt – Andrzej Frycz Modrzewski Krakow University, Poland
Ph.D (c) Noel Armas Castilla – Universidad de Sevilla, Spain
Ph.D. (c) Davide D'Aloia – Università degli Studi Suor Orsola Benincasa, Italy
Ph.D. (c) Alessandra Fabrocini – Sapienza Università di Roma, Italy
Ph.D. (c) Gabriela García Vera – Uniwersytet Rzeszowski, Poland
Ph.D. (c) Emanuele Garzia – Università degli Studi Suor Orsola Benincasa di Napoli, Italy
Ph.D. (c) Pablo Guédon – Université Jean Moulin Lyon 3, France
Ph.D. (c) Luigi Izzo – Università degli Studi Suor Orsola Benincasa, Italy
Ph.D (c) Avv. Valeria Manzo – Università degli Studi della Campania Luigi Vanvitelli, Italy
Ph.D. (c) Marie Potus – Université Jean Moulin Lyon 3, France
Ph.D. (c) Michele Scotto di Carlo – Università degli Studi di Napoli Federico II, Italy
Ph.D. (c) Emiliano Troisi – Università degli Studi Suor Orsola Benincasa di Napoli, Italy
Ph.D. (c) Avv. Chiara Vitagliano – Università degli Studi di Napoli l'Orientale, Italy

pp.

Section I: **Articles**

UGO RUFFOLO – *Piattaforme e content moderation nella dialettica tra libertà di espressione ed autonomia privata | Platforms and content moderation in the dialectic between freedom of expression and private autonomy.* 9

VINCENZO RICCIUTO – Lo scambio dei dati con i contenuti e i servizi digitali: una nuova modalidtà di contrarre? | Data exchange with digital content and services: a new way of contracting? 20

SARA LANDINI, LUCILLA GATT, ALBINA CANDIAN, SIMONA VICIANI, EMILIA GIUSTI, CATERINA MUGELLI, VALENTINA LUNESU, FEDERICA GATTILLO, ELISABETTA CERBAI – *Ethical-legal aspects of organoids and their use in research. Manage risks and legal constraints for the development of ethical research. | Aspetti etico-legali degli organoidi e loro utilizzo nella ricerca. Gestire rischi e vincoli legali per lo sviluppo.* 34

ROBERTO BOCCHINI – *Nuovi beni digitali e mondi dematerializzati. Il metaverso | New digital goods and dematerialised worlds. The metaverse.* 45

GIOVANNA CAPILLI – *Innovazione tecnologica e responsabilità: un breve sguardo alla "sanità mobile" (mHealth) | Technological innovation and accountability: a brief look at 'mobile health' (mHealth).* 55

ANNA SCOTTI – *Soggetti vulnerabili e problemi di accesso al mercato bancario e finanziario | Vulnerable people and difficulties in accessing the banking and financial market.* 71

ILARIA GARACI – *The child's right to privacy in the family context | La privacy del minore di età nell'ambito familiare.* 84

GIOVANNI MARTINI – *The Italian Response to Corporate Criminal Liability: a new challenge for artificial intelligence | La risposta italiana alla responsabilità penale delle imprese: una nuova sfida per l'intelligenza artificiale.* 99

Section II: **Focus papers**

GASPARE JUCAN SICIGNANO – *Brief reflections on the role of forensic evidence in the italian criminal justice system. | Brevi riflessioni sul ruolo della prova forense nella giustizia penale italiana.* 117

GIULIO SANTONI – *Personal data as a market commodity: legal irritants from China'experience.* 128

ALESSIO TARTARO – *Regulating by standards: current progress and main challenges in the standardisation of Artificial Intelligence in support of the AI Act. | Regolare con gli standard: gli attuali progressi e le sfide principali nella standardizzazione dell'intelligenza artificiale a sostegno dell'AI Act.* 147

CLARA TUCCILLO – *Risoluzione per inadempimento nel leasing traslativo: gli ultimi interventi, l'equo compenso, la blockchain e il leasing immobiliare abitativo. Riflessioni a partire da Cass., 28 gennaio 2021, n. 2061 e Cass., 14 ottobre 2021, n. 28023. | Termination for non-performance in transactional leasing: the latest interventions, fair compensation, blockchain and residential real estate leasing. Reflections from Cass., 28 January 2021, no. 2061 and Cass., 14 October 2021, no. 28023.* 174

AHMET OKAN ARIK– *Privacy invasion and disinformation: Navigating the challenges of information and communication technologies | Invasione della privacy e disinformazione: come affrontare le sfide delle tecnologie dell'informazione e della comunicazione.* 208

IRENE COPPOLA – *Consolle del Magistrato: Carneade chi era costui? Tra sistema di scrittura elettronica a banca dati di predictability. Qualche appunto | 'Consolle' of the Magistrate: who was Carneade? Between electronic writing system and predictability database. Some notes.* 219

NUNZIO MARIO TRITTO – *Aspetti problematici e di regolamentazione in relazione alla tutela della privacy e delle nuove tecnologie nell'ambito dell'attività di controllo della Corte dei conti | Problematic and regulatory aspects in relation to the protection of privacy and new technologies in the context of the Court of Auditors' audit activity.* 230

List of authors 247

SECTION I
ARTICLES

Ruffolo U., 'Piattaforme e *content moderation* nella dialettica tra libertà di espressione ed autonomia privata' (2023) 1 EJPLT, 9-19.
DOI: https://doi.org/10.57230/EJPLT231UR

EJPLT
ISSN 2704-8012



Piattaforme e *content moderation* nella dialettica tra libertà di espressione ed autonomia privata.

Platforms and content moderation in the dialectic between freedom of expression and private autonomy.

UGO RUFFOLO
Formerly Full Professor of Civil Law
Alma Mater Srudiorum Università di Bologna

Abstract

Il fenomeno "piattaforme" unisce il "nuovo" all'"antico", imponendo al giurista riflessioni riguardanti tanto il pianeta dei media tradizionali quanto le dirompenti innovazioni introdotte dal digitale e dall'impiego sempre più diffuso dell'A.I. generativa. Il contributo si propone di censire i problemi di tutela della libertà di parola posti dal nuovo modo interattivo di comunicare, indagando, in particolare, l'estensione dei poteri di *content moderation* accordati alle piattaforme. Quali ragionevoli limiti (contrattuali, autodisciplinari, da coregolazione) alla libertà di manifestazione del pensiero dell'utente? Quando la comunicazione "non cartacea" è equiparabile alla "stampa" ex art. 21 Cost.? E quali i possibili rimedi contro fake news e comunicazioni improprie, nel rispetto della libertà di espressione? Analoghe questioni sono affrontate, poi, anche con riferimento al fenomeno ChatGPT, in relazione al quale ci si domanda se e quando le comunicazioni robotiche possano essere ricondotte, sotto il profilo delle tutele ad esse accordabili, a "manifestazioni del pensiero", ovvero a erogazioni di servizio informativo (ovvero a comunicazioni interpersonali ex art. 15 Cost.).

© The author(s) 2023, published by Suor Orsola Benincasa Università Editrice.
This contribution is licensed under a Creative Common Attribution 4.0 International Licence CC-BY-NC-ND, all the details on the license are available at: https://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/4.0/

Abstract
The phenomenon of "platforms" unites the "new" with the "old", imposing on the jurist reflections concerning both the planet of traditional media and the disruptive innovations introduced by digital and the increasingly widespread use of generative A.I. The contribution proposes to survey the problems of protecting freedom of speech posed by the new interactive way of communicating, investigating, in particular, the extension of the powers of content moderation granted to platforms. What are reasonable limits (contractual, self-regulatory, co-regulatory) to the user's freedom of manifestation of thought? When can "non-print" communication be equated with the "press" under Article 21 of the Italian Constitution? And what are the possible remedies against fake news and improper communications, while respecting freedom of expression? Similar issues are also addressed, then, with reference to the ChatGPT phenomenon, in relation to which the question arises as to whether and when robotic communications can be traced, from the standpoint of the protections accorded to them, to "manifestations of thought" or to information service disbursements (or to interpersonal communications under Article 15 of the Italian Constitution).

Keywords: piattaforme online; *content moderartion*; libertà di espressione; autonomia privata.

Sommario: 1. La disciplina del fenomeno: necessità di un nuovo "ecosistema normativo" o ricorso alla disciplina generale? – 2. Il ruolo centrale dell'autonomia privata e quello di mediazione dell'art. 21 Cost. in materia di content moderation – 3. L'equiparabilità alla "stampa" delle comunicazioni veicolate dalle piattaforme e la conseguente estensibilità delle tutele di cui all'art. 21, commi 2 e 3, Cost. – 4. Fake news, deepfake e deepnude: fra provvedimenti inibitori (e non) e content moderation

1. La disciplina del fenomeno: necessità di un nuovo "ecosistema normativo" o ricorso alla disciplina generale?

Il fenomeno "piattaforme" è caratterizzato, da un lato, da rivoluzionarie e rivoluzionanti novità, connesse anche all'impiego sempre più diffuso delle nuove tecnologie e di sistemi di Intelligenza Artificiale (anche generativa), ma resta, dall'altro, legato anche a questioni "antiche", già emerse in relazione ai *media "*tradizionali".

Rispetto alla stampa gutemberghiana ed al mezzo radiotelevisivo, diverso è il ruolo che in tale contesto assume l'utente, il quale riveste la duplice veste sia di fruitore del servizio sia di autore di contenuti, elevandosi così da mero *consumer* a "*prosumer*". La piattaforma, dal canto suo, non risulta più neutro intermediario ed erogatore di servizi, ma diviene un condizionante ed onnipotente *gatekeeper* che interviene sui contenuti pubblicati moderandoli, vagliandoli, selezionandoli, catalogandoli e, ove necessario, "etichettandoli"; e rimuovendoli se in contrasto con previsioni normative o termini di servizio, o in ottemperanza a provvedimenti giudiziali o autoritativi.

L'utente–consumatore, tanto nei ruoli attivi quanto in quelli passivi del comunicare in rete, subisce, dunque, forme di intermediazione manipolatrice da parte della piattaforma; la quale, pur senza aggiungere contenuto alcuno, ma limitandosi a ospitare quelli in entrata, e distribuire secondo profilazione quelli in uscita, condannando alla *damnatio memoriae* quelli soppressi, giunge ad alterare coscienza e conoscenza

dell'utente medesimo, confinandolo in una distorsiva "bolla" capace di falsarne gli orientamenti ideologici, politici e di mercato.

Alla luce di tali considerazioni – e fermo il principio che "*ciò che è illecito offline deve essere illecito anche online*" – diviene essenziale interrogarsi in ordine ai limiti di compatibilità con i diritti fondamentali di libertà di pensiero e di parola che incontra l'attività di c.d. "*content moderation*" messa in atto dalle piattaforme medesime; e domandarsi se il fenomeno in parola imponga l'introduzione di un "ecosistema normativo" completamente nuovo, ovvero possa trovare adeguata mediazione mediante il ricorso categorie concettuali e norme–base e criteri di logica giuridica già esistenti.

In via di anticipatoria sintesi si ritiene di poter affermare che, anche a fronte dei recenti sviluppi in sede unionale (ed in particolare della disciplina prevista dal *Digital Services Act* e dal *Digital Markets Act*), le innovazioni normative necessarie potrebbero limitarsi ad una disciplina settoriale, di adeguamento delle regole "tecniche" e della normazione di dettaglio. Il generale fenomeno potrebbe, invece, trovare sufficiente governo mediante la logica e la disciplina codicistica (integrata da quella consumeristica e dei contratti), nella quale confluiscono anche i limiti desumibili sia dalla efficacia "orizzontale" di norme costituzionali – in particolare dell'art. 21 Cost., il quale sancisce la libertà di manifestazione del pensiero ed accorda alle diverse forme di esercizio della stessa le necessarie (pur differenti) tutele – sia dalla figura dell'"ordine pubblico", da tali norme condizionato. Occorre, tuttavia, non dimenticare l'importanza che in tale contesto assume altresì l'orientamento, non sempre – e non necessariamente – neutro delle piattaforme, riconducibile all'esercizio della loro libertà d'impresa tutelata ai sensi dell'art. 41 Cost. Ricordando, peraltro, che per taluni contenuti potrebbe anche risultare invocabile la tutela accordata dall'art. 15 Cost. alle comunicazioni interpersonali.

Connessi interrogativi possono, poi, sorgere anche in relazione al fenomeno dell'A.I. generativa (i casi più noti sono ChatGPT di OpenAI, o Bard di Google, o BingChat): si tratta di sistemi basati su algoritmi generativi capaci di creare testi linguistici o figurativi, e che si valgono di un modello di Intelligenza Artificiale addestrato sulla base di uno sterminato corpo di testi. Anche in questo caso, si pone la questione concernente l'individuazione (e l'estensione) delle limitazioni che risultano suscettibili di essere legittimamente imposte in relazione a contenuti impropri generati ed elaborati dalla (o con l'ausilio della) *machina*. A tal proposito, occorre allora domandarsi se e quando le comunicazioni che l'A.I. generativa formula sulla base di elaborazione propria possano essere ricondotte a "manifestazioni del pensiero" e così fruire della diretta, o indiretta, copertura costituzionale assicurata alla libertà di espressione. Il tema è complesso e le questioni sottese a tale interrogativo imporrebbero di indagare, prima ancora che il piano "oggettivo", quello "soggettivo", ai fini dell'individuazione del soggetto che manifesta il "*proprio pensiero*" tutelato *ex* art. 21 Cost.: l'uomo o la *machina*?[1].

Senza spingersi oltre in un'analisi che meriterebbe ben più estesa trattazione, ci si limita in questa sede ad osservare che la risposta parrebbe dover essere positiva. In altri termini, ChatGPT ben potrebbe essere considerata "macchina per comunicare"; e il testo creato da quella macchina, "consultata" come un tempo una enciclopedia,

[1] U. RUFFOLO, *Piattaforme, A.I. generativa e libertà di (formazione e) manifestazione del pensiero. Il caso ChatGPT*, in U. RUFFOLO, C. PINELLI, *I diritti nelle piattaforme*, Torino, 2023, 139 ss.

rappresentare quantomeno una forma di "comunicazione di pensiero" "a mezzo" ChatGPT – se non anche un nuovo modo di concepirla ed esternarla – idonea a fornire contributo al "libero mercato delle idee".

Non tutte le erogazioni di servizio informativo, tuttavia, possono rientrare nella dimensione della "manifestazione del pensiero". Quest'ultima va, infatti, esclusa per le molteplici modalità e declinazioni d'uso di tale tecnologia a fini specificamente "commerciali" o "professionali", ossia quando la stessa fornisce risposte "professionali" a quesiti funzionali alla produzione di beni o servizi: si pensi ai casi in cui l'A.I. generativa è impiegata nella stesura di un "articolo di fondo" per un giornalista o di scritti difensivi per un avvocato, o nella stesura di un bilancio aziendale. Ferma la necessità di valutare, volta a volta, la tipologia di contesto comunicativo all'interno del quale viene fornita (considerando, ad esempio, la gratuità o meno e la generalità o meno di accesso al servizio, la tipologia generale o settoriale, "commerciale" o culturale, dei quesiti), in ipotesi quali quelle ora descritte, la risposta robotica parrebbe doversi ricondurre alla mera erogazione di un servizio, e non già ad una forma di manifestazione del pensiero. La quale sarebbe, altresì, da escludere nei casi in cui si sia in presenza di scambio di corrispondenza. A seconda che prevalga l'una o le altre delle impostazioni, si passa dalla tutela *ex* art. 21 Cost. a quelle *ex* art. 41 e art. 15 Cost.

Ma procediamo con ordine.

2. Il ruolo centrale dell'autonomia privata e quello di mediazione dell'art. 21 Cost. in materia di *content moderation*.

Tra le questioni sopra illustrate, viene in primo luogo in rilievo quella relativa all'applicabilità – e, come si vedrà, all'invocabilità delle tutele ivi previste – dell'art. 21 Cost. in materia di *content moderation*.

La norma racchiude in sé due distinti contenuti: al primo comma, sancisce il generale diritto (e la libertà) "*di manifestare liberamente il proprio pensiero con la parola, lo scritto e ogni altro mezzo di diffusione*" e, al secondo, precisa che "*la stampa non può essere soggetta ad autorizzazioni o censure*", specificando, al terzo comma, che "*si può procedere a sequestro soltanto…nel caso di delitti, per i quali la legge sulla stampa espressamente lo autorizzi*". Il dettato costituzionale enuncia, dunque, la libertà di "manifestare il pensiero" in qualsiasi modo, ma rende espressamente immuni da provvedimenti interdittivi e inibitori (civili o penali) le sole comunicazioni mediante "*la stampa*"; o le altre forme di comunicazione ad essa specificamente assimilate (le quali, secondo l'impostazione prevalente, sarebbero limitate ai giornali, o comunque i periodici strutturati, diffusi *online* o col mezzo radio–televisivo; v. *infra*, par. 3).

Analogamente a quanto in passato accaduto in relazione ai *media* radio-televisivi "tradizionali", occorre ora domandarsi se ed in che termini le grandi piattaforme *online* possano essere considerate quali nuovi *media*, parificabili a quelli tradizionali; e, dunque, con quali contenuti ed in che modalità il "divieto di censura" costituzionalmente previsto per la stampa possa essere eventualmente esteso, in via interpretativa, anche alle forme di comunicazione interattiva dalle stesse veicolata. Si pensi alla emblematica nota *querelle* Trump–Twitter.

Occorre chiarire ulteriormente. Da un canto, le comunicazioni a stampa, o equiparabili, godono del divieto di provvedimenti inibitori autoritativi, compresi il sequestro preventivo penale o i provvedimenti cautelari, ad eccezione delle sole ipotesi di sequestro e nei limiti preveduti dall'art. 21, comma 3, Cost. «*[…] si può procedere a sequestro soltanto per atto motivato dell'autorità giudiziaria nel caso di delitti per i quali la legge sulla stampa espressamente lo autorizzi, o nel caso di violazione delle norme che la legge stessa prescriva per l'indicazione dei responsabili*»: ne consegue che la tutela assicurata al soggetto leso da tali comunicazioni è solo quella risarcitoria, mentre quella inibitoria resta limitata nel senso sopra esposto. D'altro canto, per altre forme di comunicazione e manifestazione del pensiero, non assimilabili alla stampa – e dunque estranee alle previsioni del secondo comma dell'art. 21 Cost. – fermi restando la libertà ed il diritto "di parola", il loro concreto esercizio da parte degli utenti potrebbe essere subordinato ad "autorizzazioni" o soggetto a provvedimenti anche inibitori, giudiziali (o comunque autoritativi), e, dunque, legittimamente "censori", bilanciando l'esercizio di tale libertà con altre di pari rango costituzionale.

Accanto alle forme censura in senso "proprio" appena menzionate, si collocano, poi, altre tipologie di misure di *content moderation*, azionabili dalle piattaforme medesime nell'esercizio della propria autonomia privata: si tratta della rimozione o il blocco di contenuti se e quando dalle medesime qualificati come illeciti, illegittimi, indesiderati o impropri. I limiti dell'esercizio di tale facoltà appaiono governabili da una idonea regolazione contrattuale dei rapporti con gli utenti, che può legittimare le piattaforme a rimuovere contenuti reputati inopportuni, o censurabili o patentemente lesivi di terzi, senza che l'utente possa automaticamente opporvisi ritenendosi "censurato". La piattaforma detiene, dunque, ampia libertà di imporre vincoli di contenuto e di esercitare rimedi nei confronti dell'utente "inadempiente" che non si attenga a tali vincoli contrattualmente previsti (ivi incluso il diritto di recesso, ove contemplato nei "termini di servizio"). Ne deriva, per le essa, la possibilità di modulare negozialmente, nei rapporti con gli utenti, sia le tipologie di contenuti che le stesse si obbligano ad ospitare, sia quelli che si riservano la facoltà di vietare, rifiutare o rimuovere.

Da ciò non discende, tuttavia, la validità *tout court* di qualsiasi clausola negoziale idonea a conferire ogni arbitrario potere e diritto di rimuovere ogni contenuto ritenuto inopportuno o sgradito, o di imporre negozialmente *ad libitum* agli utenti ogni vincolo o limite – ideologico e non – di contenuti. Restano, infatti, fermi taluni limiti, tra i quali, *in primis*, il correttivo costituito dalla invalidità di clausole contrattuali che, nel governare tali vincoli, dovessero imporre limitazioni irragionevolmente incompatibili col generale principio della libertà di pensiero ed espressione; clausole, queste, che si rivelerebbero nulle perché in contrasto, quantomeno, con l'ordine pubblico.

I precetti costituzionali di libertà di parola e divieto di censura sanciti dall'art. 21 Cost. – che operano in via di diretta applicazione (sotto forma del suddetto divieto di provvedimenti autoritativi inibitori) rispetto alla stampa (e forme di comunicazione ad essa equiparate) – risultano, invero, suscettibili di assumere indiretto rilievo come criterio per determinare la validità ed efficacia (o la nullità per contrarietà a norme di legge o all'ordine pubblico o al buon costume) delle clausole contrattuali "censorie".

Oltre a risultare fonte di norme cogenti immediatamente precettive in relazione a quanto ivi espressamente previsto, l'art. 21 Cost. assume, dunque, il ruolo di

quantomeno incidente elemento informatore dello stesso concetto di "ordine pubblico" (e del buon costume); la contrarietà al quale potrebbe di per sé a rendere nulla per illiceità (sia dell'oggetto che della causa) la clausola irragionevolmente penalizzante o gratuitamente "censoria".

Accanto ai limiti imposti – anche indirettamente – dalla norma costituzionale in parola, di non secondario rilievo risulta, altresì, per clausole quali quelle in esame, la verifica della "*meritevolezza di tutela secondo l'ordinamento giuridico*" dell'interesse che le stesse sono tese a realizzare, quale limite all'autonomia contrattuale posto dall'art. 1322, comma 2, c.c., oltre che l'esigenza di "*specifica approvazione per iscritto*", prevista a pena di inefficacia, *ex* art. 1341, comma 2, c.c. nel caso di contratti seriali per adesione. Quest'ultima questione risulta particolare ma non marginale, avuto riguardo alla circostanza che le condizioni generali di contratto delle piattaforme sono oggetto di procedimento di accettazione, il quale presenta non trascurabili problematiche, rese più complesse dagli interrogativi relativi a forme di "accettazione specifica" equiparabili, ma diverse, dalla fisica "sottoscrizione", non sempre compatibile con il "nuovo mondo". Senza contare, poi, gli ulteriori possibili limiti posti dal necessario vaglio di vessatorietà in relazione alle clausole limitative in questione quando interne al contratto con l'utente–consumatore e fonte di "*significativo squilibrio dei diritti e degli obblighi derivanti dal contratto*" (art. 33 cod. cons.).

La valutazione della legittimità dell'esercizio di poteri di "moderazione" e della loro estensione ruota, quindi, intorno sia alla presenza di clausole contrattuali quali quelle sopra menzionate (e spesso è la loro assenza, o inidonea formulazione, ad impedire alla piattaforma rimozioni o rifiuti altrimenti illegittimi), sia alla loro validità ed efficacia. Trattasi – si è detto – di questione da vagliare caso per caso, con riguardo non solo alla specifica natura delle singole piattaforme ed alla tipologia sia di utenti che di contenuti comunicativi (si pensi un ad ambito comunicativo "di tendenza", ove potrebbero essere consentite clausole più limitanti che risulterebbero, in altro contesto, ingiustificate), ma anche alla già richiamata libertà imprenditoriale ed editoriale della piattaforma *ex* art. 41 Cost.

3. L'equiparabilità alla "stampa" delle comunicazioni veicolate dalle piattaforme e la conseguente estensibilità delle tutele di cui all'art. 21, commi 2 e 3, Cost.

Ferma la centralità dell'art. 21 Cost. anche sotto il profilo della mediazione contrattuale tra utente-consumatore e piattaforma, occorre ora soffermarsi sul problema della riferibilità anche a quest'ultima della non soggezione a "censure", che il dettato costituzionale accorda alla (sola) "*stampa*"; e, dunque, sul problema della possibilità o meno di considerare le piattaforme quali "nuovi media", parificabili a quelli "tradizionali" per quanto attiene alle immunità da provvedimenti inibitori giurisdizionali, o comunque, autoritativi[2].

[2] per più ampie riflessioni sul tema, si rinvia anche a U. RUFFOLO, *Quali comunicazioni "non cartacee" (radio-televisive o via web) godono della rafforzata tutela assicurata alla "stampa" dai co. 2 e 3 dell'art. 21 Cost.? La questione dei periodici online*, in U. RUFFOLO, C. PINELLI, *I diritti nelle piattaforme*, *cit*., 59 ss.

La questione concernente quali forme di comunicazione *online* veicolate mediante piattaforme possano essere assoggettate a legittime limitazioni è in qualche misura "tradizionale" e invero già ampiamente affrontata anche dalla giurisprudenza, la quale ha assunto tanto articolata, quanto restrittiva posizione, solo settorialmente favorevole a tale equiparazione.

Da tempo, infatti, la Corte di Cassazione, se da un canto ha affermato di dover privilegiare una interpretazione estensiva del termine "stampa", attribuendogli un significato evolutivo, che sia coerente col progresso tecnologico, ha però dall'altro precisato come l'esito di tale operazione ermeneutica non possa riguardare in blocco tutti i nuovi mezzi, informatici e telematici, di manifestazione del pensiero (forum, blog, *newsletter*, *newsgroup*, *mailing list*, pagine su *social network*), ma debba rimanere circoscritto a quei soli casi che sono riconducibili al concetto di "stampa" sotto il profilo strutturale e finalistico[3].

Il concetto di "stampa" diviene, così, riferibile al solo «*[…] prodotto editoriale che presenta i requisiti ontologico (struttura) e teleologico (scopi della pubblicazione) propri di un giornale. La struttura di questo è costituita dalla 'testata', che è l'elemento che lo identifica, e dalla periodicità regolare delle pubblicazioni (quotidiano, settimanale, mensile); la finalità si concretizza nella raccolta, nel commento e nell'analisi critica di notizie legate all'attualità (cronaca, economia, costume, politica) e dirette al pubblico*»[4]. Tale "*prodotto editoriale*" ricomprenderebbe, pertanto, comunicazioni equiparabili alla "stampa", essenzialmente identificate nei giornali, o comunque periodici, *online* "strutturati" (con testata, direttore responsabile…). Al di fuori di ipotesi, ogni diversa tipologia di comunicazione potrebbe ricadere tra la previsione costituzionale di "'*ogni altro mezzo di diffusione', che oggi abbraccia anche internet*", alla quale l'art. 21 Cost. riconosce il diritto di libertà di espressione (previsto dal primo comma della norma), ma non la non assoggettabilità ad "*autorizzazioni o censure*" (di cui al secondo e terzo comma).

Ma si è andati persino oltre i confini così tracciati dalla Suprema Corte, in quella che – a parere di chi scrive – parrebbe una involuzione (più che evoluzione) interpretativa: i giudici di merito sono, infatti, giunti addirittura ad inibire, mediante divieto giudiziale dettato da provvedimento cautelare, la possibilità di effettuare il *download* di un volume disponibile *online*[5], così sostanzialmente contravvenendo al divieto di "*censura*" costituzionalmente garantito alla "*stampa*": scaricare (e magari autonomamente stampare, con stampante domestica) un libro *online* è cosa non diversa dall'acquistarlo stampato su Amazon o in libreria.

Emerge, allora, di tutta evidenza il rischio che forme di manifestazione del pensiero consistenti in testi narrativi, teatrali, poetici, saggistici, o in qualsiasi modo esprimenti pensiero, quali posizioni ideologiche, scientifiche, confessionali, politiche o culturali, possano ricevere tutele diverse a seconda che veicolate da un testo cartaceo o diffuse invece su piattaforme, dal mezzo radio-televisivo o su altri mezzi ancora; giungendo così

---

[3] Sul tema vedi Cass. Pen., sez. V, sent. 23.04.2021, n. 20644, in *DeJure*; Cass. Civ., S.U., sent. 18.11.2016, n. 23469, in *DeJure*; Cass. Pen., sez. V, sent. 07.06.2019, n. 27675 in *DeJure*; Cass. Pen., S.U., sent. 29.01.2015, n, 31022, in *DeJure*

[4] Cass. Pen., S.U., sent. 29.01.2015, n, 31022, in *DeJure*

[5] caso "*Striscia La Notizia*", Trib. Monza, decreto G.I.P. 10 maggio 2022

al risultato paradossale di diversamente disciplinare espressioni omologhe, ove consegnate alla carta stampata, ovvero veicolate via etere, o sul *web*. Si pensi ancora alle *fiction*, o ad una rubrica (radiotelevisiva o online) di *news*, o "poetica", o di racconti brevi in prosa, o anche solo ad originali momenti di comicità, di cronaca o di critica politica estemporanea, all'interno di un programma televisivo di intrattenimento estraneo allo schema della "testata" giornalistica, oppure di comunicazioni via *web*.

Occorre, tuttavia, segnalare un precedente contrario del Pretore di Roma in materia radio-televisiva. Chiamato a decidere, trent'anni orsono, su un ricorso *ex* art. 700 c.p.c. con il quale un imprenditore "chiacchierato" aveva chiesto la inibizione preventiva di una trasmissione RAI ("Mi manda Lubrano") che aveva "in diretta" anticipato di voler nella puntata successiva "*ricostruire una truffa organizzata da un imprenditore napoletano*", il giudicante aveva negato l'inibitoria "*in virtù della globale comparazione fra il mezzo televisivo e la stampa*", reputando la equiparazione anche "*operata in particolare dall'art. 10 L. 6 agosto 1990, n. 223 (il quale peraltro riproduce l'obbligo di rettifica di cui all'art. 8 L. 47/48)*" e chiarendo che "*le trasmissioni televisive debbano essere sottoposte alle stesse limitazioni dettate in materia di stampa anche quanto alla (non) irrogabilità di provvedimenti restrittivi assimilabili al sequestro*". Veniva, così, affermato "*che il mezzo televisivo usato non potrebbe costituire motivo (non essendo ciò previsto dalla legge) per discriminare l'espressione del pensiero rispetto ad altri mezzi, quali ad esempio la stampa, cui le trasmissioni televisive (ancor più se di carattere informativo) devono ritenersi assimilate anche per quanto attiene alla normativa applicabile in materia di provvedimenti restrittivi comunque equiparabili al sequestro*" (Ordinanza del 4 febbraio 1992)[6].

Dato atto di tale (a parere di chi scrive) più avvertito orientamento giurisprudenziale, si osservi, poi, che la tutela rafforzata accordata alla stampa quale specifica modalità di diffusione è stata scelta di politica legislativa costituzionale. L'interrogativo che si pone è allora se il concetto di "stampa" debba intendersi in senso "naturistico", "gutemberghiano", od invece debba invece essere espressamente definito mediante rinvio ad una legge. E, ancora, se una tale definizione possa competere solo ad una legge di rango costituzionale ovvero anche alla legislazione ordinaria, quale la vigente – e troppo riduttiva – legge sulla stampa (L. 47/1948). Se, da una parte, tale legge accoglie all'art. 1 una definizione naturistica della stampa, considerando tale "*tutte le riproduzioni tipografiche o comunque ottenute con mezzi meccanici o fisico–chimici*", purché "*in qualsiasi modo destinate alla pubblicazione*", dall'altra, esige però una pluralità di requisiti – quali la indicazione della data di pubblicazione ed estremi dello "*stampatore*" (art. 2), la indicazione di un direttore responsabile per i periodici (art. 3), la loro registrazione nelle cancellerie dei tribunali (art. 5), la presenza dei requisiti di iscrizione nelle liste elettorali (art. 4) per il loro "proprietario"… – forse troppo limitativi, quantomeno per l'effetto sinergico della loro somma.

Alla luce delle considerazioni che precedono, possiamo concordare con la giurisprudenza che afferma la estensione anche alla editoria *online* delle norme relative alle indicazioni obbligatorie sugli stampati e all'obbligo di registrazione delle testate giornalistiche e dei periodici (tenendo però presenti le osservazioni fin qui mosse anche

---

[6] U. RUFFOLO, *Manifestazione del pensiero e limiti al rimedio inibitorio/censorio: il 'caso' Iandolo/RAI*, in *Resp. Comunicaz. Impr.*, 1996, 2, 187 ss.

al pericolo di normativa ordinaria troppo limitativa). Riteniamo, tuttavia, che essa, pur propugnando a ragione, per identificare le figure omologhe di comunicazioni radio–televisive o *online*, una interpretazione costituzionalmente orientata del concetto di "*stampa*", si riveli poi riduttivamente appiattita sulla sola figura di prodotto editoriale regolato dalla minuta disciplina dettata dalle leggi ordinarie sulla stampa. E, soprattutto, pare fare troppo restrittivo riferimento ai più incidenti requisiti e adempimenti richiesti per la stampa periodica. Si registra così un orientamento giurisprudenziale che, di fatto, sembra teso a restringere "*il superamento del concetto di stampa di 'gutemberghiana' memoria*" subordinandola a restrittivi requisiti quali la "*definizione e … disciplina della testata giornalistica televisiva o radiofonica*", o l'estensione dell'"*obbligo di registrazione*"[7].

In conclusione e senza soffermarsi qui su un tema che meriterebbe ben più estese considerazioni, ci limitiamo a rilevare che per taluni nuovi modi di comunicare – soprattutto se interattivi – meglio sarebbe forse, al fine di verificare in concreto la legittimità di limiti opposti alla pubblicazione o diffusione di determinati contenuti, ricorrere, ove possibile, alla distinzione fra comunicazione interpersonale (si pensi a quella epistolare; o "telefonica" nelle sue molteplici forme di utilizzo del mezzo) e manifestazione del pensiero, rendendo invocabili discipline e protezioni diverse per forme di comunicazione diverse non comparabili. La protezione della libertà epistolare *ex* art. 15 Cost. è infatti elevata, ma non coincidente con quella della libertà di stampa e nemmeno di pensiero. Il criterio distintivo potrebbe allora fondarsi sulla sostanziale differenza per le comunicazioni veicolate su piattaforme tra quelle che appaiano rivolte a destinatari indeterminati ("*al pubblico*") e quelle indirizzate ad uno specifico novero (ampio o meno, ma non indeterminato, non "*pubblico*") di soggetti (poco importa quanto numerosi), analogamente a quanto avviene per le comunicazioni su carta (o via etere).

4. *Fake news*, *deepfake* e *deepnude*: fra provvedimenti inibitori (e non) e *content moderation*

Questioni diverse ma connesse a quelle sin qui esaminate riguardano, poi, l'utilizzo delle piattaforme quale mezzo per la diffusione di contenuti comunicativi ingannevoli o disinformanti (anche, ma non solo, ove creati mediante il ricorso a sistemi di A.I. generativa).

Si tratta delle variegate forme di *fake news*; e della particolare "variante" d'esse rappresentata dal *deepfake* (neologismo nato da crasi fra "*deep learning*" e "*fake*"), che a sua volta ne presenta una più specifica, ancor più problematica costituita dal c.d. *deepnude*. Sono, queste ultime, forme di immagini, video o audio creati utilizzando tecniche di A.I. volte a generare contenuti del tutto falsi e, tuttavia, difficilmente riconoscibili come tali, combinando materiali o fotogrammi originali con materiali o fotogrammi manipolati e riuscendo, così, a simulare in modo estremamente realistico il volto, la voce, il corpo, le sembianze e le posture di una persona; o, nel caso dei

[7] vedi nota 4

deepnude, sovrapponendo il volto di una persona al corpo – nudo – di un'altra, modificandone i movimenti per generare contenuti a carattere pornografico.

Con specifico riguardo al fenomeno *fake news*, il preliminare interrogativo è se ed in che misura un simile abuso comunicativo possa rilevare quale (seppur censurabile) manifestazione del pensiero, e dunque se debba ritenersi immune da provvedimenti inibitori ("censure") quando veicolato dalla stampa o altri *media* equiparati (quali, quantomeno, per quanto concerne le piattaforme, i periodici *online*). La risposta pare dover essere negativa: dovendosi distinguere fra notizia ed opinione, la diffusione della prima, quando consapevolmente non veritiera, risulta, infatti, esulante dalla manifestazione del pensiero costituzionalmente protetta. Senza contare la ulteriore caratteristica negativa della diffusione di *fake news*, costituita dallo specifico decettivo intento di disinformare al particolare scopo di alterare la percezione della realtà per condizionare orientamenti, comportamenti e scelte, di mercato, politiche, o di altro genere.

Al di fuori di ipotesi di satira politica – finalizzata alla critica – caricaturale o artistica, è, dunque, sufficiente il mendacio consapevole nel diffondere una notizia falsa per rendere la corrispondente comunicazione un corpo estraneo eterogeneo, passibile anche di provvedimenti inibitori (il sequestro penale preventivo ed ogni altro idoneo provvedimento cautelare), suscettibili di *enforcement*, anche mediante "oscuramento".

Quanto ai rimedi, non sempre la tradizionale tipologia di provvedimento inibitorio potrebbe risultare adeguata a fronte delle nuove comunicazioni, *peer-to-peer* o interattive. Con particolare riferimento ai contenuti generati da sistemi di A.I. generativa, con sia *input* che *output* personalizzati, il sequestro o altro provvedimento inibitorio (quale quello *ex* art. 700 c.p.c.), concepiti in epoca di *media* unidirezionali, anche quando ammissibili, potrebbero, infatti, non risultare funzionali allo scopo di impedire la riedizione del testo lesivo in quanto di per sé inidonei a reprimere la reiterazione di risposte omologhe; che si realizzerebbe non "rieditando" un medesimo testo, bensì replicando il medesimo "pensiero" in differenti risposte della *machina* a differenti quesiti di differenti soggetti.

Ma il contrasto alla disinformazione deve sapersi valere di altri mezzi: accanto alla imposizione di doveri di *warning* o *labelling* per contenuti costituenti *fake news*, ed al sanzionare come illeciti gli abusi di profilazione, la via potrebbe risiedere nel limitare e regolamentare la libera disponibilità dei dati personali – troppo spesso carpiti all'utente in cambio dell'accesso "gratuito" ad un servizio, permettendo così, una profilazione idonea a consentire anche disinformanti comunicazioni "personalizzate" – ed eventualmente anche nel prevedere il dovere di chi la "edita" di espressamente dichiarare la natura non umana dell'"autore" di un testo *A.I.-generated*, con correlata eventuale sanzione amministrativa[8].

Fermo quanto sopra, anche in caso di *fake news*, altro è la censura in senso "proprio" da inibizione giudiziale o autoritativa nei confronti della piattaforma che le diffonde *online* o dell'utente che le ha postate, altro il potere della piattaforma (e, quando la loro illiceità o lesività nei confronti del soggetto leso appaiono evidenti *ictu oculi*, il dovere)

[8] il tema è ampio ed esula dalla presente trattazione: v. U. RUFFOLO, *Disinformazione, fake news e deepfake: quando suscettibili di repressione inibitoria?*, in U. RUFFOLO, C. PINELLI, *I diritti nelle piattaforme*, cit., 69 ss., nonché a U. RUFFOLO, *Il contrasto alla disinformazione ed alle fake news*, *ivi*, 97 ss.

di rifiutarle o rimuoverle. Quest'ultimo potere, connesso – come visto – soprattutto al tenore (e, dunque, alla validità ed efficacia) delle clausole di *content moderation*, è sicuramente esercitabile in presenza di condizioni contrattuali adeguate. Le quali possono legittimamente imporre vagli di veridicità delle notizie postate, mediante clausole che risultino "meritevoli di tutela" – anche in relazione alla idoneità e "qualità" del procedimento di verificazione previsto – e non vessatorie rispetto all'utente–consumatore.

Ipotesi diversa da quella sinora trattata e strettamente connessa alle modalità di funzionamento dei sistemi di A.I. generativa, è la disinformazione come effetto – più difficilmente controllabile – di *bias* elaborativi, o "allucinazioni", della *machina*, dipendenti talora dai dati cui essa ha accesso (molti pregiudizi sessisti o razzisti, ad esempio, sono "censiti", e talora – purtroppo – metabolizzati, perché presenti nella società e rispecchiati dai dati anche "liberamente" attinti), ma forse più frequentemente dalla imprecisa o impropria formulazione dei quesiti da parte dell'utente (sovente si dimentica che, mentre l'interrogante umano presta attenzione alla semantica, la macchina risponde "ragionando" mediante inferenza).

Ricciuto V, 'Lo scambio dei dati con i contenuti e i servizi digitali: una nuova modalità di contrarre?' (2023) 1 EJPLT, 20-33.
DOI: https://doi.org/10.57230/EJPLT231VR

EJPLT
ISSN 2704-8012



Lo scambio dei dati con i contenuti e i servizi digitali: una nuova modalità di contrarre?

Data exchange with digital content and services: a new way of contracting?

VINCENZO RICCIUTO
Full Professor of Civil Law
Università degli Studi di Roma Tor Vergata

Abstract

Il dibattito attorno alla funzione delle operazioni aventi ad oggetto i dati personali e alla natura di questi ultimi ha inciso sulla formulazione della Direttiva n. 770 del 2019 riguardante il tema delle forniture digitali ai consumatori. Si tratta di un tema che ci restituisce letture differenti dell'economia digitale da parte delle autorità di vigilanza e di regolazione, nazionali ed europee. Il contributo, anche analizzando il provvedimento europeo e il suo recepimento in Italia, offre una riflessione sulla natura dei dati personali intesi come beni, entità distinte dal soggetto, tali da avere un valore economico e da meritare una considerazione giuridica quali oggetti di diritti, e non esclusivamente quali "attributi" della persona. Il dibattito giuridico sul tema della patrimonializzazione dei dati personali riveste particolare importanza nell'ambito dell'economia digitale e la lettura che il diritto saprà dare del fenomeno, scevra da ideologie, influenzerà il futuro sviluppo della società e dell'economia digitale europea, anche in termini di loro sostenibilità.

The debate regarding the purpose of operations concerning personal data, and the very nature of such data, influenced the wording of Directive n. 770 of 2019, on contracts for the supply of digital services to consumers. The topic unveils different understandings of the digital economy by European and national regulatory and supervisory authorities. This essay, by analyzing the European provision and its implementation in Italy, offers some thoughts on the nature of personal data, understood as assets, that is to say, legal entities separated from the data subject and thus characterized by an economic value and deserving attention as the object of third party rights and not only as features of a person. The debate on the commodification of personal data assumes great importance in the digital economy, as the interpretation that legal science will give of this phenomenon, without ideologies, will influence the future development of European society and the digital economy, also in terms of their sustainability.

© The author(s) 2023, published by Suor Orsola Benincasa Università Editrice.
This contribution is licensed under a Creative Common Attribution 4.0 International Licence CC-BY-NC-ND, all the details on the license are available at: https://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/4.0/

Keywords: dati personali; Direttiva 2019/770/UE; codice del consumo.

Summary: 1. Lo scambio dei dati personali con le forniture digitali nella complessa adozione delle Direttiva n. 770 del 2019. – 2. La prospettiva funzionale.– 3. Persona vs dato personale.– 4. Il fenomeno nelle pronunce dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato e della giurisprudenza amministrativa e nella nuova formulazione del Codice del Consumo.–5. Conclusioni.

1. Lo scambio dei dati personali con le forniture digitali nella complessa adozione della Direttiva n. 770 del 2019.

Una controversa posizione del Garante europeo per la protezione dei dati personali ha sostenuto che "*There might well be a market for personal data, just like there is, tragically, a market for live human organs, but that does not mean that we can or should give that market the blessing of legislation*"[1].

L'affermazione del Garante europeo è formulata nel Parere n. 4 del 2017, "*On the Proposal for a Directive on certainaspectsconcerningcontracts for the supply of digital content*" che ha accompagnato l'approvazione della Direttiva n. 770 del 2019. Quest'ultima, insieme alla Direttiva n. 771 del 2019[2], compone il pacchetto di interventi normativi con i quali l'Unione Europea, nell'obiettivo di rimuovere i principali ostacoli al commercio elettronico transfrontaliero nel territorio unionale, ha dettato nuove norme per le vendite ai consumatori. In particolare, mentre la Direttiva 771 ha ridefinito la disciplina di alcuni profili relativi alla vendita di beni materiali, la Direttiva n. 770 ha introdotto una particolare disciplina per le forniture contrattuali di contenuti digitali e di servizi digitali.

L'intervento normativo ha dunque interessato la materia del diritto dei contratti e, come espressamente dichiarato, si è proposto una miglior costruzione di un mercato europeo senza barriere.

Il coinvolgimento del Garante europeo per la protezione dei dati personali nell'*iter* di adozione della Direttiva n. 770 è avvenuto su richiesta del Consiglio dell'Unione Europea in ragione di una peculiare delicata questione: la sottoposizione alla disciplina dell'emananda Direttiva anche dei rapporti in cui il professionista offre al consumatore servizi o contenuti digitali ed il consumatore non corrispondente prezzo in termini monetari, ma fornisce i propri dati personali.

In tale sede consultiva, il Garante europeo ha manifestato la propria avversione verso l'ipotesi di disciplina di operazioni economiche aventi ad oggetto dati personali, negando la stessa utilizzabilità delle categorie contrattuali per ipotesi siffatte.

Nella versione originaria della Proposta di Direttiva (poi adottata con il n. 770), l'art. 3 stabiliva: «*La presente Direttiva si applica ai contratti in cui il fornitore fornisce contenuto digitale al consumatore, o si impegna a farlo, e in cambio del quale il consumatore corrisponde un prezzo oppure fornisce attivamente una*

[1] European Data Protection Supervisor (EDPS), Opinion 4/2017, 17 marzo 2017, punto 17.

[2] Dir. 2019/771/UE del 20 maggio 2019relativa a determinati aspetti dei contratti di vendita di beni, che modifica il regolamento (UE) 2017/2394 e la direttiva 2009/22/CE, e che abroga la direttiva 1999/44/CE.

controprestazione non pecuniaria sotto forma di dati personali o di qualsiasi altro dato». Per rispondere alle necessità di tutela dei soggetti nelle forme emergenti di economia digitale, la Proposta di Direttiva espressamente individuava quali contratti da essa disciplinati quelli in cui la fornitura di servizi digitali avviene in cambio di denaro oppure di dati personali. La previsione, nell'ambito applicativo delle nuove norme destinate a regolamentare la fornitura di servizi o contenuti digitali ai consumatori anche di quelle ipotesi tipiche della moderna economia nelle quali questi ultimi accedono a servizi o contenuti apparentemente gratuiti, ma in realtà forniti in cambio dei dati personali dell'utente consente, infatti, di applicare anche a tali fenomeni tutto lo strumentario giuridico a tutela del contraente consumatore, parte debole del contratto (clausole vessatorie, divieto di pratiche commerciali, garanzia di conformità ecc.).

I dati personali, dunque, nella prospettiva originaria erano considerati espressamente quale controprestazione degli impegni dell'operatore economico.

La versione definitiva del provvedimento europeo è invece differente, ed è il frutto di un cambiamento volutamente operato dal legislatore europeo proprio sulla base del citato Parere del Garante europeo del 2017.

Quest'ultimo, come si è visto, pur riconoscendo l'esistenza di un mercato dei dati personali («*Theremightwell be a market for personal data*») nel quale essi sono economicamente oggetto di controprestazione nell'ambito di operazioni di scambio di beni e servizi compiute dai consumatori, ha ritenuto «pericoloso» [3] accostare concettualmente e testualmente alla controprestazione pecuniaria un'ulteriore forma di controprestazione (la fornitura di dati personali).

Gli argomenti spesi dal Garante europeo toccano il cuore della materia della c.d. *privacy*, della sua ricostruzione concettuale, e sono il frutto di un equivoco che ha a lungo dominato, e come si vede ancora domina, la materia[4].

Alla ricostruzione del fenomeno dello scambio dei dati personali contro servizi digitali in termini propriamente contrattuali e di corrispettivo il Garante europeo oppone che la protezione dei dati personali è un diritto fondamentale, che i dati personali non possono dunque essere valutati e considerati alla stregua di una «merce», e dunque di un corrispettivo, di un bene oggetto di un interesse economicamente percepibile sia da parte del consumatore (che grazie esso può ottenere servizi digitali) che dell'operatore economico.

Il risultato dell'obiezione avanzata dal Garante europeo sul testo della Proposta è, appunto, la disposizione dell'art. 3 della Direttiva n. 770, che non fa più riferimento alla prestazione avente ad oggetto i dati personali quale controprestazione della fornitura di beni o servizi digitali.

E tuttavia – essendo proprio il fenomeno che si vuole disciplinare quello della fornitura dei servizi digitali e dell'ottenimento corrispondente dei dati personali – l'art.

[3] European Data Protection Supervisor (EDPS), Opinion 4/2017, 17 marzo 2017, nota 27: «Popular catchphrase like "digital currency" and "paying with data" may not only be misleading, but can also be dangerous, if it is taken literally and turned into a legal principle».

[4] Per un più approfondito esame degli equivoci che hanno accompagnato questa tematica in Italia, sin dal recepimento della prima Direttiva comunitaria del 1995, n. 46, rinvio a V. RICCIUTO*, L'equivoco della privacy. Persona vs datopersonale*, Napoli, 2022.

3 della Direttiva mantiene il riferimento alla fornitura dei dati personali, con una solo apparente soluzione del problema teorico avanzato dal Garante europeo[5] .

2. La prospettiva funzionale.

Nonostante le prese di posizione del Garante europeo per la protezione dei dati personali, a ben vedere, nemmeno con la sua formulazione definitiva l'art. 3 della Direttiva n. 770 abbandona la prospettiva dello scambio.

Il comma 1, dopo aver affermato, che la Direttiva si applica a «*qualsiasi contratto in cui l'operatore economico fornisce, o si impegna a fornire, contenuto digitale o un servizio digitale al consumatore e il consumatore corrisponde un prezzo o si impegna a corrispondere un prezzo*», precisa che la Direttiva si applica «*altresì nel caso in cui*» il professionista fornisce il servizio «*e*» il consumatore «*fornisce o si impegna a fornire dati personali*», fatto salvo il caso in cui i dati personali forniti dal consumatore siano trattati esclusivamente per fornire il contenuto o il servizio o per assolvere ad obblighi di legge gravanti sul professionista.

Il riferimento allo scambio, inizialmente espresso dalla categoria del corrispettivo, è ora indicato attraverso la previsione delle due rispettive prestazioni (la fornitura del servizio e la fornitura dei dati personali), unite dalla semplice congiunzione «*e*».

La riformulazione dell'originaria Proposta di Direttiva e l'attuale riferimento a due prestazioni volontarie che (solo apparentemente ed equivocamente) l'art. 3 pare considerare quali attività giuridiche "parallele", quali fonti di prestazioni isolate non oggetto di un unico contratto, ha talvolta condotto a ritenere alcuni interpreti che nel fenomeno considerato ci si trova di fronte a due diverse e strutturalmente distinte manifestazioni di consenso: quella del professionista alla fornitura del servizio, quelle del consumatore alla fornitura dei dati personali[6].

A ben vedere, però, entrambe le prestazioni, in realtà, si giustificano a vicenda, sicché l'operazione economica realizzata è uno scambio e, anche giuridicamente, la fornitura dei dati personali è il corrispettivo della prestazione di beni e servizi.

Si deve infatti conciliare la disposizione di cui all'art. 3 della Dir. 770/2019 citato con la teoria generale del contratto all'interno della quale, in ogni caso, è destinata ad

---

[5] E peraltro, «avoiding the term "counter-performance" or any comparable terminology from the realm of contract law contributes nothing to achieving the goals of the DCD or serving any other regulative purpose»: A. METZGER-Z. EFRONI-L. MISCHAU-J. METZGER, Data-Related Aspects of the Digital Content Directive, in JIPITEC, 2018. Cfr. anche le riflessioni di H. ZECH,Data as tradable commodity, in A. DE FRANCESCHI (ed.), European contract law and the Digital Single Market, Cambridge, 2016, p. 460 ss.

[6] Evidenzia la curiosità della formulazione utilizzata per descrivere l'operazione economica C. CAMARDI, *Prime osservazioni sulla Direttiva (UE) 2019/770 sui contratti per la fornitura di contenuti e servizi digitali. Operazioni di consumo e circolazione di dati personali*, in *Giustizia civile*, 2019, p. 499 ss., che nota come nel secondo comma dell'art. 3 della Direttiva «compare un altro modello di operazione economica, che la Direttiva fa ricadere nel suo ambito di applicazione ma non definisce "contratto" (come invece faceva nel comma 1), facendo piuttosto ricorso al generico termine "caso" in cui l'operatore economico fornisce contenuti o servizi digitali, ma il consumatore non paga un prezzo, bensì a sua volta "fornisce o si impegna a fornire" dati personali. Ciò che rende singolare questa definizione è la circostanza per cui le due forniture da parte dei due contraenti non sembrano poste in relazione formale di corrispettività, ragion per cui il contratto non si presenta né oneroso né a prestazioni corrispettive, bensì come "caso", per l'appunto, in cui convergono la prestazione economica tecnicamente gratuita di contenuti o servizi».

essere risolta ed interpretata la vicenda dei contratti di fornitura di contenuti o servizi digitali.

Per questa ragione, pur nella non brillante formulazione prescelta dal legislatore europeo per descrivere l'operazione economica (e che, appunto, pare distinguere due atti paralleli: quello di fornitura del bene/servizio; quello di circolazione dei dati personali), potrebbero sollevarsi alcune perplessità in ordine alla teorizzazione di figure contrattuali «a titolo, o meglio a struttura gratuita alle quali si affianca – ma non in funzione corrispettiva – un atto dispositivo mediante il quale il consumatore cede al fornitore suoi dati personali»[7].

Il collegamento funzionale di scambio tra la fornitura del servizio e quella dei dati personali è alla base della strutturazione della operazione economica, la quale dunque è portatrice di una effettiva «corrispettività» tra le forniture e come tale è considerata dalla disciplina fornita all'operazione stessa, al di là del rifiuto del legislatore europeo a chiamare i concetti giuridici con il proprio nome.

D'altra parte, lo stesso legislatore europeo non può omettere di collocare nell'ambito dei contratti di scambio il fenomeno in questione e, a tal fine, finanche di inserirlo nelle nuove politiche di disciplina dei contratti di consumatori.

Così, da ultimo, la dir. UE 2019/2161[8] rileva (considerando 31) che i contenuti digitali e i servizi digitali sono spesso forniti *online* attraverso contratti che prevedono, da parte del consumatore, «*la comunicazione di dati personali al professionista*»; contestualmente quello stesso considerando 31 precisa che, la riformanda dir. 2011/83/UE si applica solo ai contratti di servizi, compresi i contratti di servizi digitali, che prevedono che il consumatore paghi o si impegni a pagare un prezzo. Su tale disciplina interviene così il legislatore europeo del 2019 – attraverso la dir. 2161 citata – proprio per estendere le tutele previste per le forniture di servizi digitali offerte in cambio di denaro anche alle ipotesi di «contratti di servizi digitali nel cui ambito il consumatore fornisce al professionista dati personali e non paga alcun prezzo. *Data la loro somiglianza e la loro interscambiabilità,* i servizi digitali a pagamento e i servizi digitali forniti contro dati personali dovrebbero essere soggetti alle stesse norme»[9].

---

[7]Così C. CAMARDI, *op. cit*., p. 501 che suggerisce l'ipotesi di «forniture contrattuali a titolo, o meglio a struttura gratuita alle quali si affianca – ma non in funzione corrispettiva – un atto dispositivo mediante il quale il consumatore cede al fornitore suoi dati personali, suscettibili di trattamento e verosimilmente trattati in relazione a scopi diversi da quelli contrattuali (come si desume dalla parte finale del paragrafo): per questi "casi" la Direttiva estende al fruitore gratuito del servizio la protezione del consumatore pagante, attribuendogli l'esercizio dei rimedi contro i difetti di conformità». Su tale aspetto v. anche G. SCORZA, *Il dato personale: manifestazione della personalità vs. forma di ricchezza*, in V. RICCIUTO, C. SOLINAS, *Forniture di servizi digitali e «pagamento» con la prestazione dei dati personali. Un discusso profilo dell'economia digitale*, Milano-Padova, 2022, p. 85 ss. V. anche la tesi del c.d. «doppio consenso» ripresa nel volume di C. IRTI, *Consenso "negoziato" e circolazione dei dati personali*, Torino, 2021.

[8] Dir. UE 2019/2161 del Parlamento Europeo e del Consiglio del 27 novembre 2019 che modifica la dir. 93/13/CEE del Consiglio e le dir. 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.

[9]Coerentemente, l'ambito di applicazione della Dir. UE 2011/83 è ampliato con l'introduzione all'art. 3 del par. «1 bis. La presente direttiva si applica anche se il professionista fornisce o si impegna a fornire un contenuto digitale mediante un supporto non materiale o un servizio digitale al consumatore e il consumatore fornisce o si impegna a fornire dati personali al professionista, tranne i casi in cui i dati personali forniti dal consumatore siano trattati dal professionista esclusivamente ai fini della fornitura del contenuto digitale su supporto non materiale o del servizio digitale a norma della presente direttiva o per consentire l'assolvimento degli obblighi di legge cui il professionista è soggetto, e questi non tratti tali dati per nessun altro scopo».

La prospettiva, insomma, è quella della patrimonializzazione del dato personale[10].

3. Persona vs dato personale.

La ricostruzione in termini anche patrimoniali, e dunque di scambio, delle vicende che concernono i dati personali presuppone che questi ultimi siano concepibili come oggetto di diritti, come beni (seppure immateriali), per quanto i diritti ipotizzabili sugli stessi che vengono trasmessi o acquisiti dal titolare del trattamento possano essere di diverso tipo, di godimento non esclusivo, di sfruttamento economico, di trasformazione al fine della creazione di ulteriori dati attraverso, ad esempio, la profilazione, ecc.

La qualificazione alla stregua di beni ha però dovuto superare per un verso le difficoltà esegetiche relative alla nozione codicistica di bene (art. 810 c.c.)[11] e, per altro verso, gli equivoci affermatisi in questa materia tra cui l'endiadi tra persona e dato personale.

Si tratterebbe, è chiaro, di beni particolari perché suscettibili di essere "goduti" contemporaneamente da una pluralità di soggetti collocati in luoghi diversi; e il cui godimento non implica una loro "consumazione".

È una caratteristica specifica del dato personale che fa sì che, ad esempio, l'eventuale diritto di godimento sullo stesso non possa essere pienamente parificato a quello del conduttore che gode del bene in via esclusiva.

Il ché porta a domandarsi se proprio in ragione della peculiarità del bene e della sua fruibilità affrancata dagli elementi di spazio e di tempo possa ragionarsi della nascita di una peculiare categoria di diritti di godimento, privo dell'elemento dell'esclusività.

---

[10] V. RICCIUTO, *La patrimonializzazione dei dati personali. Contratto e mercato nella ricostruzione del fenomeno*, in Dir. inf., 2018.

[11] Non a caso i dubbi in ordine alla circolazione e alla negoziabilità del dato sono stati sollevati anche in relazione alla questione - regolarmente posta ogniqualvolta si affaccia sul mercato una nuova risorsa ed utilità economica – se il dato personale superi il filtro dell'ammissibilità giuridica contemplato nell'art. 810 c.c. italiano, per il quale «sono beni le cose che possono formare oggetto di diritti». Tanto più che la considerazione della tutela dei dati personali nel contesto dei diritti della personalità ne impedirebbe, secondo talune posizioni la qualificazione giuridica in quei termini normativi, soprattutto muovendo dal profilo storico-dogmatico della non negoziabilità che ha caratterizzato quei diritti. La filtrabilità imposta dall'art. 810 c.c. ha tradizionalmente portato l'interprete ad escludere che un bene (economico) possa assumere qualificazione giuridica se intorno ad esso non è configurabile una situazione di esclusività dell'appropriazione, condizione ritenuta costitutiva del nucleo stesso della nozione giuridica di bene. Successive evoluzioni interpretative hanno inteso l'espressione «diritti» di cui alla norma codicistica in una accezione più ampia, consentendo così di definire beni giuridici anche entità che, tecnicamente, per loro natura non sarebbero suscettibili di divenire oggetto del diritto di proprietà, ammettendo l'esistenza di entità che possono ritenersi beni giuridici pur non assurgendo ad oggetto del diritto di proprietà. È il caso della tematica dell'informazione come bene che ha a lungo impegnato la dottrina civilistica, italiana e non solo.
La categoria di bene giuridico ai sensi dell'art. 810 c.c. è analiticamente e attentamente indagata da O. T. SCOZZAFAVA, *I beni e le forme giuridiche di appartenenza*, Milano, 1982. Sul problema dell'informazione come bene, V. ZENO-ZENCOVICH, *Informazione, Profili civilistici*, in *Dig*., IV, sez. civile, IX, Torino, 1993. La dimensione economica dell'informazione è ricostruita nelle indagini di G.J. STIGLER, *The Economics of Information*, in J. Pol. Economy, 1961, p. 213 ss. Per un'evoluzione della questione cfr. P. PERLINGIERI, *L'informazione come bene giuridico*, in *Rass. dir. civ*., 1990, p. 327 ss.; A. SCHAFF, *La nozione di informazione e la sua rilevanza giuridica*, in *Dir. inf*., 1987, p. 445 ss.; P. CATALA, *Ebauche d'une théoriejurique de l'information*, in *Inf. e dir*., 1983, p. 19. Per le questioni relative al dato personale nella teoria dei beni giuridici cfr. C. ANGIOLINI, *Lo statuto dei dati personali. Uno studio a partire dalla nozione di bene*, Torino, 2020.

In ogni caso, la disciplina normativa del trattamento dati personali prescinde totalmente, va sottolineato, dalla questione dell'appartenenza, dettando invece copiose e rigorose regole di circolazione.

Sin dalla Direttiva n. 46/1995 e dalla legge italiana di recepimento (l. n. 675/1996) ed oggi dal GDPR, le indicazioni del legislatore europeo e nazionale sono sempre state nel senso di escludere che intorno alla risorsa «dato personale» si formassero o riconoscessero situazioni di appropriazione esclusiva. Viceversa, la tendenza è sempre stata quella – in linea con il fenomeno delle nuove tecnologie dell'informazione e delle comunicazioni ed oggi dell'economia digitale – di favorire la più ampia circolazione dei dati personali rispetto al quale intento le situazioni, appunto, di appropriazione esclusiva ostacolerebbero la rapidità degli scambi, introducendo elementi di rigidità del mercato.

Nel negare la prospettiva contrattuale di scambio, nel porre il problema dei rischi dell'accostamento del dato personale ad una merce, nel ritenere che in ragione della assolutezza del diritto alla protezione dei dati personali questi ultimi non possano essere oggetto di scambio giuridico, pertanto, lo stesso Garante europeo pare perpetuare un equivoco. Vale a dire che la circolazione del dato debba presupporre e sia possibile con la sola cessione del bene (solo in ragione di un effetto traslativo proprio di un negozio di cessione), laddove, invece, tale circolazione può avvenire – ed avviene –con negozi dispositivi del bene, costitutivi di un diritto a trattare i dati personali: sono questi ultimi atti che rendono possibile la realizzazione del principio di circolazione del dato.

E, proprio in ragione di ciò, l'interessato, il quale non aliena i propri dati, mantiene sempre e comunque sugli stessi ogni controllo e prerogativa pur dinnanzi al trattamento che altri soggetti svolgano.

Si può ammettere l'esistenza di entità che possono ritenersi beni giuridici pur non assurgendo ad oggetto del diritto di proprietà.

La riconduzione del tema dei dati personali negli schemi proprietari si porrebbe in netto e completo contrasto con tutto l'impianto normativo come costruito dal legislatore europeo, non solo, a ben vedere, la stessa cessione dei propri dati, se costruita come negozio traslativo farebbe sì che quel (ex) titolare dei dati, una volta realizzato lo scambio, perda ogni diritto e potere sui suoi (ex) dati personali, salvo quelli che abbia riservato per sé, e così perda le tutele che la ricostruzione del fenomeno in termini domenicali vorrebbe assicurargli[12]. Sicché l'alternativa alla quale conduce un tale scenario sarebbe, allora, quella di negare la circolazione del dato, di impedirne, da parte del proprietario, la disponibilità del bene nella realtà sociale ed economica e nel mercato: solo così, il proprietario potrebbe continuare ad avere sullo stesso poteri e prerogative esclusive ed assolute. Ma, a questo punto, si arriverebbe al paradosso di negare il fenomeno stesso del trattamento dei dati personali e ogni

[12] Sul piano teorico il concetto di *property-privacy* riconosceva ad ogni soggetto l'esclusivo e pieno controllo di tutti i suoi beni, materiali e spirituali, un dominio, appunto, sulla sua intera sfera personale in tutte le sue manifestazioni. Il concetto, invece, della *personality-privacy*, si proponeva in una prospettiva dinamica, ben oltre la protezione da aggressioni esterne alla sfera personale dell'individuo e serviva, in positivo, in una prospettiva dinamica, a realizzare la sua personalità e finiva per rendere sempre più inidoneo lo schema dominicale a far fronte ai nuovi strumenti dell'informazione e della comunicazione, fenomeno che imponeva un controllo dell'individuo su ciò che su di lui veniva detto e rappresentato, secondo i tratti propri della circolazione delle informazioni.

principio di loro circolazione; si finirebbe con il negare non solo la qualificazione del dato in termini di bene giuridico ma con l'escluderne lo stesso valore economico e dunque il fondamento stesso dell'intero fenomeno della società dell'informazione e dell'economia digitale. È vero. La persona - proprietaria dei suoi dati - godrebbe della piena ed assoluta tutela degli stessi; ma, una tale situazione sarebbe possibile solo se il soggetto decida di isolarsi dal contesto sociale ed economico nel quale vive, rinunciando a tutti i servizi oggi offerti nell'ambito della società dell'informazione e nell'economia digitale.

Per trovare una soluzione realistica e utile alle questioni poste dall'economia digitale si deve dunque superare la tradizionale collocazione della materia dei dati personali nella sola ed esclusiva sfera della tutela dei diritti assoluti della personalità.

La normativa sul dato personale e sull'attività che ne costituisce trattamento (soprattutto sotto il profilo della sua circolazione) come definiti e qualificati nel Regolamento europeo è interamente espressa – trova la sua stessa ragion d'essere - intorno all'idea del valore del dato come utilità e risorsa economicamente valutabile; ed a cui quella normativa – e dunque l'ordinamento europeo ed italiano – attribuisce qualificazione giuridica, tutela, garanzia di disponibilità ed "appropriazione". Ed è proprio su quel valore trasferibile e circolabile nel gioco economico che è stato costruito l'intero sistema giuridico relativo al fenomeno del rapporto tra la persona ed il (suo) dato personale e le dinamiche dello scambio e del mercato nella società dell'informazione e dell'economia digitale.

È fuori dubbio che il dato personale come bene economico trova la sua ragion d'essere nel mercato.

L'opinione contraria espressa dal Garante Europeo per la protezione dei dati personali in occasione dell'adozione della Direttiva 770 è concettualmente in contraddizione con i principi e la normativa in materia di trattamento dei dati personali, sostenendo che «i diritti fondamentali, come il diritto alla protezione dei dati personali, non possono essere ridotti a semplici interessi dei consumatori e i dati personali non possono essere considerati una mera merce».

Non può non notarsi che, secondo una tale impostazione, un contratto con cui si trasferiscano ad altri o si costituiscano diritti relativamente ai propri dati personali[13] in cambio di altri beni o servizi dovrebbe essere nullo sotto il profilo della sua illiceità. Rileverebbe, in questo caso, la circostanza che il dato personale non sarebbe giuridicamente merce, utilità scambiabile, ricchezza circolabile. Insomma, ritenere che i dati personali non possono essere considerati una «merce» non può che comportare, coerentemente, sul piano teorico e concettuale la nullità dei relativi contratti.

[13] E, va qui ribadito, non necessariamente diritti di privativa o di stampo proprietario. Anche il negare cittadinanza alle prospettazione di stampo proprietario in materia di dati personali – sul presupposto che «il sistema europeo della tutela dei dati personali è costruito in funzione attuativa del precetto di protezione dei diritti fondamentali, e segnatamente del diritto iscritto nell'art. 8 della Carta Ue» in quanto il regolamento 2016/679/(UE) «non è volto a riconoscere privativa su beni immateriali, bensì a tutelare le persone fisiche» nelle operazioni di trattamento dei dati personali (così G. RESTA, *I dati personali oggetto del contratto. Riflessioni sul coordinamento tra la Direttiva (UE) 2019/770 e il Regolamento (UE) 2016/679*, in V. RICCIUTO, C. SOLINAS (a cura di), *Forniture digitali e «pagamento»*, cit., p. 55; ID., *Governare l'innovazione tecnologica: decisioni algoritmiche, diritti digitali e principio di eguaglianza*, in *Pol. dir.*, 2019, p. 199 ss.) – non esclude che attraverso operazioni negoziali possano essere costituiti o trasferiti diritti aventi ad oggetto dati personali. E dunque non esclude che i dati personali possano assurgere a «bene della vita» disponibile.

Si tratta di una posizione tecnicamente e scientificamente discutibile e del tutto inconsistente.

Essa innanzitutto trascura del tutto la circostanza che il dato personale circola, e che è proprio la circolazione del dato personale (e in definitiva la sua disposizione e disponibilità da parte dell'interessato) a stare al centro del fenomeno disciplinato dal legislatore europeo. Il dato personale è un "bene", pienamente riconducibile alla previsione dell'art. 810 c.c. italiano, e come tale – a prescindere dal fatto che non lo si voglia chiamare «bene» o «corrispettivo» per salvare l'apparenza di un'idea esclusiva di tutela della personalità morale – è oggetto di operazioni di scambio: lo stesso legislatore considera e disciplina la causa di questi scambi.

In secondo luogo, si tratta di una posizione che, lungi dal tutelare appieno la persona, finisce per escludere che al soggetto possano essere riconosciute anche le tutele del contratto, e segnatamente quella offerta dal diritto dei consumatori[14]. Ed infatti, la prospettiva – diremmo - "patrimoniale" si aggiunge ma non elide né nega la considerazione della persona nell'ambito del fenomeno disciplinato. Semplicemente arricchisce la sfera delle tutele azionabili anche di quegli strumenti – tipicamente propri del diritto patrimoniale e contrattuale – che diversamente non sarebbero accessibili per l'interessato: l'azione di esatto adempimento; la tutela contrattuale; la disciplina sulle pratiche commerciali scorrette ed in genere la tutela del consumatore.

Finora, di contro, la tutela dell'interessato è rimasta pressoché esclusivamente confinata nell'ambito della tutela dei diritti della personalità e dunque prevalentemente della responsabilità extracontrattuale. Vale sempre l'esempio: se un soggetto "cede" i propri dati ad una banca dati pattuendo in cambio un corrispettivo, nell'eventualità che il cessionario non adempia al pagamento si dovrà procedere giudizialmente per inadempimento di quell'obbligo e per il risarcimento del danno patrimoniale eventualmente subito; non vi è ragione né spazio per invocare la tutela della personalità morale per il mancato adempimento e per agire nel solco della responsabilità extracontrattuale.

4. Il fenomeno nelle pronunce dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato italiana e della giurisprudenza amministrativa e nella nuova formulazione del Codice del Consumo.

[14]Così si sostiene condivisibilmente che l'aspetto relativo alla tutela della persona nel fenomeno del trattamento dei dati personali e la possibilità di concepire i dati personali quale «controprestazione» non si escludono a vicenda (A. METZGER-Z. EFRONI-L. MISCHAU - J. METZGER, *Data-Related Aspects of the Digital Content Directive*, cit.). Con riferimento alla Dir. n. 770/2019 detti autori sostengono che «In other legal disciplines it is well established that personality-related rights (such as authors' rights or publicity rights) can simultaneously have a monetary dimension, which their holders are free to realise. Such duality can equally apply to the interface between data as reflecting a personal right (e.g., under the GDPR) and data as a commodity (e.g., under the DCD [Digital Content Directive: n.d.r.]) […] No erosion in the status and operation of data protection law is to be feared if the DCD merely targets the commercial facets of a market reality that data protection law cannot wipe away»]. Direi tuttavia, che lo stesso GDPR non si limita a definire e tutelare la sola dimensione «personalistica» dei dati personali, ma pone le basi per agevolarne lo sviluppo economico. Rinvio, per maggiori considerazioni, a V. RICCIUTO, *La patrimonializzazione*, cit. passim.

Una posizione differente rispetto a quella del Garante europeo è stata recentemente più volte assunta dall'Autorità Garante per la Concorrenza e il Mercato italiana (AGCM)[15].

L'Autorità non solo ha riconosciuto possibile la conclusione di contratti aventi ad oggetto la fornitura di dati personali, rilevando «*la natura di controprestazione non pecuniaria dei dati degli utenti dei social media*», ma li ha qualificati come contratti dei consumatori, applicando agli stessi la tutela in tema di pratiche commerciali scorrette[16].

Stessa ricostruzione è stata operata dal giudice amministrativo, proprio al fine di applicare la disciplina consumeristica in materia di pratiche commerciali scorrette relativamente alla non corretta informazione resa dal fornitore di un servizio di *social network* in ordine all'affermazione della gratuità del servizio: gratuità apparente, ma non effettiva[17].

---

[15] Autorità Garante della concorrenza e del mercato, Provv. n. 27432 del 2018: proprio per motivare l'applicabilità della disciplina consumeristica all'operatore del mercato digitale che offriva i propri servizi senza corrispettivo monetario, ma tuttavia, di fatto, in ottica di scambio con i dati personali degli utenti, l'AGCM ha rilevato che: « con riferimento alle condotte […], diversamente da quanto sostenuto dal professionista, il patrimonio informativo costituito dai dati degli utenti […], utilizzato per la profilazione degli utenti medesimi a uso commerciale e per finalità di marketing, acquista, proprio in ragione di tale uso, un valore economico idoneo a configurare l'esistenza di un rapporto di consumo tra il Professionista e l'utente che utilizza i servizi […] anche in assenza di corrispettivo monetario […] La natura di controprestazione non pecuniaria dei dati degli utenti dei social media è ribadita, oltre che in sede di tutela del consumatore, anche nell'ambito della valutazione delle concentrazioni tra imprese. In particolare, nel caso, COMP/M.7217 – Facebook/Whatsapp, la Commissione, nell'esaminare i profili concorrenziali dell'acquisizione di WhatsApp da parte di Facebook, ha affermato che "[t]he vastmajority of social networking services are provided free of monetarycharges. They can however be monetized through other means, such as advertising or charges for premium services" ». Cfr. anche AGCM, n. 26597 dell'11.5.2017, PS10601, Whatsapp-Trasferimento dati a Facebook, in Boll. 18/2017, p.ti 53 – 54 ove l'Autorità rileva che «la condotta con cui WhatsApp ha acquisito il consenso dei propri utenti all'aggiornamento dei Termini di utilizzo, contrariamente a quanto sostenuto dalla Parte, che nega il valore economico dei dati personali degli utenti, costituisce una pratica commerciale ai sensi del Codice del Consumo… le dichiarazioni rese dal Professionista nel corso dell'audizione, e acquisite agli atti, confermano quanto ipotizzato in sede di avvio del procedimento riguardo alla rilevanza economica dei dati degli utenti di WhatsApp e alla finalità stessa della pratica in esame. In particolare, la Parte ha rappresentato che l'attività di condivisione dei dati con Facebook migliorerà l'attività di advertising della medesima e "dovrebbe generare ricavi direttamente a Facebook". Il patrimonio informativo costituito dai dati degli utenti di WhatsApp, utilizzato per la profilazione degli utenti medesimi a uso commerciale e per finalità di marketing, acquista, proprio in ragione di tale uso, un valore economico idoneo, dunque, a configurare l'esistenza di un rapporto di consumo tra il Professionista e l'utente». Si v. altresì AGCM, WhatApp Inc., 11 maggio 2017 CV 154; AGCM, PS 11147 provv. n. 29890 del 16 novembre 2021 – Google Drive-Sweep 2017; AGCM, PS 11150, provv. n. 29888 del 9 novembre 2021 – Icloud. Si v. anche, in relazione a ipotesi di abuso di posizione dominante, il noto caso deciso nel 2019 dal Bundeskartellamt tedesco B6-22/16, relativo alla posizione di un noto social network nel mercato, in grado di ricostruire in maniera complessiva i profili dei propri utenti attraverso il trattamento non solo dei dati raccolti con l'uso diretto della propria applicazione - i.e. Facebook-, ma altresì integrandoli e combinandoli con i dati raccolti da altre applicazioni di sua proprietà – i.e. Whatsapp-.

[16] AGCM, Provv. n. 26596 del 11 maggio 2017.

[17] TAR Lazio, n. 260 del 2020, su cui C. SOLINAS, *Circolazione dei dati personali, onerosità del contratto e pratiche commerciali scorrette*, in *Giur. it*., 2021 p. 321 ss. (e in termini identici la sentenza "gemella", n. 261/2020). La motivazione che muove i giudici amministrativi mette in luce il meccanismo economico alla base dell'attività contrattuale e di impresa del gestore della piattaforma. Proprio su questo presupposto, attento a dar rilievo giuridico all'economia dei dati, è stata rigettata l'idea che ogni volta che vi sia un trattamento dei dati personali la normativa esclusiva sia quella del GDPR, letto, oltretutto, in una prospettiva limitata tutta incentrata sulla difesa della persona, ed insensibile e immune ai temi del diritto patrimoniale. Sul fenomeno della circolazione, in sostanza, insistono anche altre discipline proprio per essere, esso, un fenomeno anche economico-patrimoniale, e dunque contrattuale.

La posizione del giudice amministrativo di primo grado ha ricevuto il definitivo avallo del Consiglio di Stato con la sentenza n. 2631 del 29 marzo 2021 (alla quale le corti di merito civile si uniformano)[18]. Ai fini dell'applicabilità della disciplina consumeristica in materia di pratiche commerciali scorrette, il Consiglio di Stato ha deciso di « *affrontare, in prima battuta, il tema della non commercialità dei dati personali e quindi della non riconducibilità del loro trattamento con riguardo al diritto consumeristico, di modo che (secondo tale prospettiva coltivata dalla società appellante* » - che lucrava dai dati personali raccolti come gestore di un social network- «*la non patrimonialità del dato personale rende inapplicabile la disciplina in materia consumeristica alla tutela dei dati personali, cui è rivolta, in via esclusiva, la specifica normazione recata dal Regolamento eurounitario n. 679/2016*». E dunque, dopo questa premessa, il Consiglio di Stato rigetta una tale ricostruzione, ritenendo non possibile confinare la materia del trattamento dei dati personali nel solo ambito di tutela della persona, con esclusione delle discipline in tema di contratto e di tutela del consumatore. Al contrario, l'organo della Giustizia amministrativa, ritiene che allorquando il gestore di un *social network* non informi «*l'utente con chiarezza e immediatezza in merito alla raccolta e all'utilizzo, a fini remunerativi, dei dati dell'utente da parte del Professionista e, conseguentemente, dell'intento commerciale perseguito, volto alla monetizzazione dei medesimi*» sia integrata l'ipotesi di pratica commerciale ingannevole. Tale comportamenti, per il Consiglio di Stato, « *lasciano supporre che sia possibile ottenere immediatamente e facilmente, ma soprattutto "gratuitamente" (e per tutto il periodo in cui l'utente manterrà l'iscrizione in piattaforma), il vantaggio collegato dal ricevimento dei servizi tipici di un social network senza oneri economici, omettendo di comunicare che, invece, ciò avverrà (e si manterrà) solo se (e fino a quando) i dati saranno resi disponibili a soggetti commerciali non definibili anticipatamente ed operanti in settori anch'essi non preindicati per finalità di uso commerciale e di diffusione pubblicitaria*»; contratti «*gratuiti ma che, evidentemente, gratuiti non sono, finendo per rappresentare il "corrispettivo" della messa a disposizione dei dati personali del singolo utente a fini commerciali*».

Risulta definitivamente riconosciuta la natura dei dati personali come corrispettivo contrattuale.

Coerentemente, deve predicarsi l'onerosità del relativo contratto[19].

L'economia dei dati ha portato ad evidenza come il trattamento degli stessi costituisca la principale fonte di guadagno di talune grandi imprese che ne sfruttano le potenzialità economiche. Così, all'equivoco di ritenere che non vi sia uno scambio e che dunque i dati personali non possano qualificarsi come corrispettivo in senso

[18] Ampiamente su tale pronuncia si leggano i contributi in V. RICCIUTO, C. SOLINAS (a cura di), *Forniture di servizi digitali e "pagamento" con la prestazione dei dati personali*, cit. Cfr., poi, in sede di merito civile Corte d'Appello de L'Aquila n. 1659/2021, la quale, con riferimento alla pronuncia resa dal Consiglio di Stato, sostiene che «il principio giuridico espresso valorizza, a ben vedere, il profilo patrimoniale della prestazione richiesta all'utente ampliandone la valutazione, in funzione dell'evoluzione della tecnologia e delle nuove scelte imprenditoriali che la pratica commerciale propone - evidentemente ritenute meritevoli di tutela giuridica - e, in tale ottica, giunge a considerare la facoltà d'uso dei dati personali concessa dall'utente al social network alla stregua di una controprestazione a contenuto patrimoniale»; Trib. Bologna, n. 5206/2021; Trib. Trieste, ord. 2032/2020.

[19] Ma v. G. SCORZA, *Il dato personale: manifestazione della personalità vs forma di ricchezza*, in V. RICCIUTO, C. SOLINAS (a cura di), *Forniture di servizi*, cit., p. 97.

proprio, si aggiunge un paradosso: proprio quelle imprese davanti ai tribunali aditi hanno sostenuto la natura non negoziabile dei dati personali, la collocazione del fenomeno fuori dagli ambiti contrattuali, l'incompatibilità della ricostruzione in termini patrimoniali di questo fenomeno proprio con la natura fondamentale del diritto della persona alla protezione dei dati.

Non a caso, la difesa delle società convenute in giudizio ricorre, a sostegno della propria tesi, come sopra riferita, proprio al Parere del Garante europeo della protezione dei dati n. 4/2017 che aveva invitato il legislatore eurounitario ad omettere il riferimento alla natura della controprestazione in dati personali nell'ambito dei contratti di fornitura di contenuti e servizi digitali ai consumatori disciplinati nella dir. 770.

Opinione, peraltro, ribadita anche nel successivo Parere del Garante europeo della protezione dei dati, n. 8/2018, con riferimento all'originaria proposta della Dir. (UE) 2019/2161. Parere in cui, come ancora si ricorderà, pur prendendo coscienza del valore fattuale in termini monetari dei dati personali, il Garante aveva testualmente invitato il legislatore a non a non offrire un tale riconoscimento in termini di diritto in un atto legislativo dell'UE. L'espressa previsione dei termini di un contratto in cui il dato personale è considerato come una forma di paga-mento a fronte della fornitura di contenuti o servizi digitali, a detta del Garante, minerebbe l'idea di fondo per cui, nel diritto dell'Ue, i dati personali sono qualcosa da proteggere, perché il controllo sui propri dati è funzionale al libero sviluppo della propria personalità.

Si assiste dunque ad una contraddizione da parte delle stesse istituzioni che, da un lato, respingono la tesi per cui i dati personali, in quanto attinenti a diritti fondamentali della persona, possano assurgere a corrispettivo contrattuale; dall'altro affermano l'applicabilità delle tutele consumeristiche ai contratti di fornitura dei servizi digitali, in quanto comportano un costo per gli utenti, che consiste nei loro dati personali.

Ci pare che Tar e Consiglio di Stato abbiano, a riguardo, accolto la tesi da noi sostenuta relativamente alla patrimonializzazione dei dati personali, sicché quelle decisioni consentono al soggetto di avvalersi anche dello strumentario del diritto patrimoniale-contrattuale e, segnatamente, della disciplina delle pratiche commerciali scorrette.

E, del resto, dobbiamo oggi dar conto che con il recepimento della Direttiva n. 770 del 2019 nell'ordinamento interno attraverso il D. Lvo 4 novembre 2021, n. 173, è stata introdotta nel Codice del consumo la disciplina dei contratti di fornitura di contenuto digitale e di servizi digitali, disponendo che la stessa si applica (art. 135 *octies*, comma 4, D.Lvo 206 del 2005) non solo ai contratti nei quali il consumatore acquista il bene o servizio pagando un prezzo monetario, ma altresì « nel caso in cui» il professionista fornisce o si obbliga a fornire un contenuto o servizio digitale al consumatore «e il consumatore fornisce *o si obbliga* a fornire dati personali al professionista», escluse le ipotesi in cui tali dati siano trattati esclusivamente ai fini della fornitura del contenuto o servizio digitale oppure per assolvere a obblighi di legge del professionista e quest'ultimo non tratti tali dati per scopi diversi da quelli previsti.

La tecnica legislativa moderna normalmente non si impone all'attenzione degli interpreti per meditazione delle categorie e ponderazione dei concetti, anche sotto il

profilo semantico, in relazione ai presupposti e agli obiettivi dell'intervento normativo, sicchè non ci stupiamo del fatto che il legislatore italiano, in sede di recepimento, nulla abbia aggiunto al dettato europeo. Ha, però, modificato un termine ("*obbligo*" in luogo di impegno) la cui portata, consapevole o meno che sia stata, attribuisce una sferzata verso il superamento definitivo della costruzione tradizionale del fenomeno in termini non patrimoniali. L'art. 135 *octies*, comma 4, Codice del consumo, contempla l'ipotesi in cui il consumatore «*si obbliga*» a fornire dati personali al professionista. L'adozione del concetto di obbligazione per qualificare l'impegno al conferimento del diritto a trattare i dati personali è certamente passaggio che tecnicamente vanifica quella «neutralità» rispetto al fenomeno contrattuale che in sede europea si voleva fornire modificando l'originaria formulazione della proposta di direttiva[20].

5. Conclusioni.

Alla luce di quanto sopra deve concludersi che lo scambio economico realizzato attraverso la circolazione del dato personale corrisponde ad una struttura giuridica di tipo contrattuale[21]. Vi sono infatti considerazioni che portano ad escludere la riconducibilità del fenomeno a categorie diverse, quali ad esempio i rapporti di mero fatto, fuori dall'ambito contrattuale; o alla ricostruzione del rapporto tra titolare e interessato alla stregua di rapporti sociali privi di rilievo giuridico quali le obbligazioni naturali.

Nell'analisi giuridica del fenomeno economico della circolazione dei dati personali, però, non deve commettersi l'errore di costringere in un tipo contrattuale determinato le operazioni economiche sopra descritte.

L'operazione economica avente ad oggetto i dati, infatti, nasce dalla prassi, ed è strutturalmente, inevitabilmente elastica, in coerenza con la flessibilità dei nuovi modelli economici e delle possibilità di sfruttamento economico di nuovi beni o utilità dell'economia digitale. Le ipotesi ricostruttive della struttura contrattuale dei fenomeni di circolazione del dato, pertanto, potrebbero essere diverse.

È evidente che in questo caso il diritto alla protezione dei dati personali, che rimane pur sempre esistente in capo interessato, non si concilia con la struttura contrattuale

[20] Com'è stato notato, infatti, con il suddetto d. Lvo 173/2021 di recepimento della Direttiva n. 770 del 2019, il legislatore nazionale ha mantenuto l'«apparente» neutralità della congiunzione «e» che lega le posizioni del professionista e del consumatore nella vicenda empirica dello scambio ma «ha connotato l' "impegno" del consumatore a fornire i dati personali con l'espressa - e assai meno neutrale sul piano tecnico - natura di obbligo avente ad oggetto la prestazione dei dati personali»: v. C. SOLINAS, *La circolazione dei dati personali nell'ottica dello scambio tra diritti*, in V. RICCIUTO, C. SOLINAS (a cura di), *Forniture digitali*, cit. p. 127.

[21] Sul tema del contratto e del trattamento dei dati personali V. RICCIUTO, *Il contratto ed i nuovi fenomeni patrimoniali: il caso della circolazione dei dati personali*, in *Riv. dir. civ*., 2020, p. 642 ss.; C. PERLINGIERI, *Profili civilistici dei social network,* Napoli, 2014; ead. C. PERLINGIERI, *Data as the Object of a Contract and ContractEpistemology*, in *The ItalianLaw Journal*, 2019, 2, p. 624 s.; S. THOBANI, *Diritti della personalità e contratto: Dalle fattispecie più tradizionali al trattamento in massa dei dati personal*i, Milano, 2018; S. SOLINAS., *Circolazione dei dati personali, onerosità del contratto e pratiche commerciali scorrette*, in Giur. it., 2021, p. 320 ss.; R. MESSINETTI, *Circolazione dei dati personali e autonomia privata*, in *Federalismi.it*, n. 21/2019, p. 2 ss.; G. VERSACI, *La contrattualizzazione dei dati personali dei consumatori*, Napoli, 2020.

della compravendita per il suo tipico effetto traslativo. L'interessato infatti non perde il controllo sul bene dato personale, né è di per sé impedito che altri titolari acquistino diritti a trattare lo stesso <<dato personale>> .

Ed allora in casi simili non si realizza un trasferimento, ma la costituzione in capo al titolare del trattamento di un diritto soggettivo che va ad insistere sul dato personale insieme ad altri diritti (e primariamente a quello dell'interessato). Sicché la circolazione del dato personale non realizza, in senso giuridico, una cessione dello stesso, nel senso di un effetto traslativo. Il diritto "acquisito" dal titolare è quello al trattamento del dato personale, ossia al suo sfruttamento economico, alla sua utilizzazione ed impiego sul mercato[22].

[22] Sul diritto a trattare i dati v. F. BRAVO, *Il "diritto" a trattare dati personali nello svolgimento dell'attività economica*, Padova, 2018, p. 22 secondo il quale, opportunamente, l'impostazione che nella vicenda del trattamento ha visto e considerato fino ad oggi solo il diritti dell'interessato alla protezione dei propri dati, "andrebbe riconsiderata muovendo lo sguardo anche da un altro punto di vista, quello del titolare del trattamento che, nell'esercizio delle proprie ' prerogative' legittime, si trova a porre in essere operazioni sui dati personali altrui per soddisfare interessi che l'ordinamento giuridico reputa meritevoli di tutela". Peralto, con riferimento agli effetti contrattuali efficacemente C. SOLINAS, *Autonomia privata e regolazione pubblica nel trattamento dei dati personali*, Bari, 2022, p. 84 e 87 sottolinea che "la circolazione dei dati personali implica sempre, in capo al titolare, una vicenda concernente l'acquisto, la modifica o la perdita di un diritto a svolgere operazioni di trattamento, e dunque di un diritto a svolgere un'attività che è riconosciuta e disciplinata da un apposito statuto normativo … il diritto al trattamento dei dati acquistato in una prospettiva di scambio non è un generico diritto al trattamento, ma il diritto a compiere operazioni sui dati personali funzionali alla soddisfazione di ulteriori interessi produttivi e commerciali dell'operatore. Il diritto a trattare i dati personali è, invero, un diritto di ampiezza circoscritta, connotato dal fine che attraverso le operazioni di trattamento si intende raggiungere". Sul principio di finalità del trattamento v. M. DELL'UTRI, *Principi generali e condizioni di liceità del trattamento dei dati personali*, in V. CUFFARO, V. D'ORAZIO, V. RICCIUTO (a cura di), *I dati personali nel diritto europeo*, Torino, 2019, p. 206 ss.

Landini S, Gatt L, Candian A, Viciani S, Giusti E, Mugelli C, Lunesu V, Gattillo F, Cerbai E, 'Ethical-legal aspects of organoids and their use in research. Manage risks and legal constraints for the development of ethical research' (2023) 1 EJPLT, 34-44
DOI: https://doi.org/10.57230/EJPLT231SLLGACSVEGCMVLFGEC

EJPLT
ISSN 2704-8012

Ethical-legal aspects of organoids and their use in research. Manage risks and legal constraints for the development of ethical research.

Aspetti etico-legali degli organoidi e loro utilizzo nella ricerca. Gestire rischi e vincoli legali per lo sviluppo.

SARA LANDINI
Full Professor of Law of Economics, University of Florence

LUCILLA GATT
Full Professor of Private Law, University Suor Orsola Benincasa

ALBINA CANDIAN
Full Professor of Private Comparative Law, State University of Milan

SIMONA VICIANI
Associate Professor of Private Law, University of Florence

EMILIA GIUSTI
Research fellow Scuola Superiore Sant'Anna Pisa

CATERINA MUGELLI
Contract Professor, Phd University of Florence

VALENTINA LUNESU
Phd (c) State University of Milan

FEDERICA GATTILLO
Phd (c) State University of Milan

ELISABETTA CERBAI
Full Professor of Pharmacology, University of Florence

Abstract

Gli organoidi, detto in sintesi e semplicità, sono repliche in miniatura di organi e tessuti umani: derivano da cellule staminali pluripotenti indotte (iPSC) o da cellule e tessuti adulti, anche di tipo tumorale. Rappresentano un importante strumento per la medicina personalizzata e per la sperimentazione dei farmaci in generale. Al momento il quadro giuridico è lacunoso e l'attenzione è piuttosto sui temi etici e tutela della privacy. Il saggio si concentra sul framework giuridico cercando risposte qualificatorie che possano coniugare sviluppo della ricerca e tutela della persona.

Organoids, briefly and simply stated, are miniature replicas of human organs and tissues: they derive from induced pluripotent stem cells (iPSC) or from adult cells and tissues, including tumors. They represent an important tool for personalized medicine and drug testing in general. At the moment the legal framework is incomplete and the focus is rather on ethical issues and the protection of privacy. The essay focuses on the legal framework looking for qualifying answers that can combine research development and protection of

© The author(s) 2023, published by Suor Orsola Benincasa Università Editrice.
This contribution is licensed under a Creative Common Attribution 4.0 International Licence CC-BY-NC-ND, all the details on the license are available at: https://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/4.0/

Keywords: organoids; developmental biology; regenerative medicine; disease modelling.

Summary: 1. Premise. – 2. State of art. 3. Open Issues, General Object and specific objectives/proposed strategies.– 4. Legal framework for solutions.– 5. Conclusions.

1. Premise.

The term organoids indicate three-dimensional (3D) cell structures that contain a multitude of organ-specific cells that are formed by organization and differentiation of stem cells.

The similarities that organoids share with organs make them a promising research tool for studying more complex biological functions. The use of organoids has already found application in areas such as developmental biology, regenerative medicine, disease modeling, drug discovery, and personalized medicine.

Moreover, from the point of view of the "Do No Significant Harm (DNSH)" principle, according to which no measures financed by the notices must damage the objectives environmental, and according to ecological transformation PNRR mission, organoids may represent, in specific conditions, either a suitable alternative or a complementary approach to animal experimentation. It is important to note that there is no in vitro model that can replace all animal models, and, at the same time, there are experiments unfeasible in animals but tailored for in-vitro 3D models.[1]

Organoids also represent a key for advanced drug and personalized medicine therefore in line with the PNRR mission of innovation, competitiveness in fact as said they can be used for the development of new pharmacological products. Some studies analyze the ethical issues raised by organoids and recommend measures that must be taken at various levels to ensure the ethical use and application of this technology. It lacks a keen legal perspective connected to ethical and medical issues and a deep insight of boundaries between human and non-human.

This paper proposes strategies to support organoid research and ensure that we do not lose any of the potential benefits that organoids offer maintaining DNSH perspective.

To do that a multi-factor action is needed: the legal issues (the theory of goods, the body availability, industrial property issues in respect of product of the body) together with and not separate from the ethical perspective above mentioned, public engagement action, and dialogue law-medicine.

2. State of art.

[1] C Horejs, 'Organ chips, organoids and the animal testing conundrum' (2021) 6 Nat Rev Mater, 372–373.

Organoids are usually identified in three-dimensional (3D) cell structures that contain a multitude of organ-specific cells that are formed by self-organization and differentiation of stem cells.

They can be used for:

Developmental Biology – Tissue Biology: matured organoids display functional organ sub-structures and have been used to investigate both adult tissue homeostasis and embryonic organ development.

Regenerative medicine: next to in vitro applications, organoids have been used in transplantation studies to assess regenerative potential.

Disease modelling - "Organ Pathology in a Dish": in disease modelling, organoids generated from human cells can overcome several limitations of animal models.

Drug discovery and personalized medicine: organoids are attractive for drug discovery, since they can be produced on a relatively large scale for an array of subtypes capturing disease heterogeneity and long-term biobanked.

Research using organoids gained momentum in 2009 when single stem cells were first used to produce self-organizing intestinal crypt-villus units. Since then, the number of international, peer review papers increased from 10 to over 2000/year

There are two main types of organoids based upon the choice of stem cells. The first is derived from PSCs that include both embryonic stem cells (ESCs) and iPSCs and the second type is derived from organ-specific adult stem cells (ASCs).

Organoids can be generated by both unguided and guided methods. The unguided approach relies on PSC aggregates to undergo spontaneous morphogenesis and their capacity for intrinsic differentiation, whereas the guided approach induces PSCs to differentiate towards desired lineages by supplementing external patterning factors and scaffolds. This method also fosters an entirely new technical approach called bio-printing.

From this synthetic information on what organoids are, and on what they are going to be used for, joint to the development of dedicated biotech and ICT branches with broad economic impact, it emerged that they present new legal and ethical issues.

Their legal statute is missing, and the proposed solutions regarding to ethical issues in the experimentation on human cells, on their statute, etc. are not fully applicable here as the organoids, in the end, are other than the human component that gave them origin, they are distinct from the original cells. This distinction becomes even more significant as the technology advances further in their creative process. Hence the importance of the above distinctions.

Some studies put in evidence ethical challenges.[2] In order to permit the development of an organoid it is important to map legal risk and constraints and implement the ethical and legal studies on the phenomenon. At the same time, it is important to raise citizens' awareness on organoids' nature, their promise but also their limitations, in order to avoid mystifications of such new technologies, so important for human and animals' health.

[2] D de Jongh, EK Massey; VANGUARD consortium, EM Bunnik, 'Organoids: a systematic review of ethical issues'(2022) 13 Stem Cell Res Ther, 337; BBaertschi, HAtlan, M Botbol-Baum, B Bed'hom, H Combrisson, et al., 'Organoids Research: What are the ethical issues? ' 2020; S Boers & al., 'Organoids as Hybrids: Ethical Implications for the Exchange of Human Tissues ', (2018) 45 Journal of Medical Ethics, 2.

Research in this field holds the potential to address numerous ethical and non-ethical issues, such as the shortage of grafts for transplantation, the welfare and treatment of animals for in-vivo and ex-vivo experiments, the equitable access to innovative therapies. It is conceivable that the debate around organoids will have an impact on the direction of future research. This debate can help prioritizing the investment of the limited financial resources, avoiding avenues that lack a solid scientific basis, even if they may appear popular or "fashionable".

Although a list of issues would be difficult and incomplete, some are already burning: 1. The evaluation of risks, benefits, and safety; 2. The moral status of organoids; 3. The creation of chimeras by xenotransplantation. At the moment ethical studies are mostly focusing on brain organoids, on ethical issues and consciousness assessment of organoids, especially cerebral organoids.[3] Some studies aimed to analyze the ethical issues surrounding organoid research recommend measures: informed consent and privacy of cell donors, the moral and legal status of organoids, the potential acquisition of human "characteristics or qualities", use of gene editing, creation of chimeras, organoid transplantation, commercialization and patentability, issues of equity in the resulting treatments, potential misuse and dual use issues and long-term storage in biobanks. Existing guidelines and regulatory frameworks that are applicable to organoids are discussed and offer only partial solutions.[4]

This paper intends to propose strategies to promote research on organoids that allow to reduce animal research and arrive at advanced results and personalized medicine, finding solution to legal and ethical issues.

3. Open Issues, General Object and specific objectives/proposed strategies.

Studies on organoids left some open issues:

What are the relationships between the concept of organoids and the concept "part of the body" in the present interaction between technology and medicine? To give an answer it is necessary to define the legal status of organoid by considering the different medical and pharmacological methodologies applied to organoid research.

Do organoids have legal protection? Are they organs, tissues, intellectual goods? Who owns the organoids? How can they circulate between research institutes, for example? What rights does the researcher who created them have over them? Is it possible to destroy them? What rights do subjects have over information obtained from research on organoids derived from their cells?

The question of obtaining explicit consent from patients for the use of their cells to create specific types of organoids (neural, renal, cardiac, etc.) raises important ethical considerations. Starting from the importance of pseudonymisation rather than anonymizing in order to maintain the link between information derived from the cell and its use and the medical history of its donor, in what terms can pseudonymisation be

[3] B Baertschi, H Atlan, M Botbol-Baum, B Bed'hom, H Combrisson, et al., 'Organoids Research: What are the ethical issues?' (n. 2).

[4] V Mollaki, 'Ethical Challenges in Organoid Use' (2021) 10 BioTech, 12.

performed as an alternative to anonymisation? Can the donor deny the pseudonymization and ask for anonymity?

In what terms can individuals who have a connection with the donor (children, grandchildren) access postmortem information?

Genetically edited cells, which legal status do they have with the donor?

If the result of the research is susceptible to economic valorisation, in what terms can it be valued? Within what limits must the social aim remain?

How it is possible to ensure that the input of the public will play a role in the decision-making process? Public engagement seeks to ensure that decisions are sustainable by making all participants aware of the various interests and points of view surrounding an issue or decision.

This will be reached by addressing the following specific objectives: to allow both general and specialised public to access information about the project progress and its outcomes; -to ensure a successful run-time and dissemination of project achievements and results to all relevant stakeholders; to foster contact between researchers, potential end-users of the results and decision makers.

The general object the paper, as said, is to promote ethical research on organoids that allows to reduce animal research and arrive at advanced results and personalized medicine.

Specific objectives consisting in the strategies proposed are:

- qualification of Organoids under the legal categories;
- mapping legal and ethical risks and constraints related to organoids;
- management of legal / ethical risks and constraints: informed consent models, guidelines and protocols, standard form of agreements to manage problems related to industrial property;
- fostering the citizens awareness on what organoids are, their potentials and limitations.

All these actions, generally speaking, permit to foster curiosity-driven research on the determination of new boundaries between part of the bodies and industrial production taking into account the different processes to produce an organoid: form stem cells or from engineered adult cells converted in stem cells, usage of guided or unguided methods.

Organoids represent a key for advanced drugs, being therefore in line with the NextgenerationEU mission of innovation and competitiveness: in fact, as said, they are suitable for the development of new pharmacological products, or for the re-purpose of existing drugs, in human-like models.

Some studies analyse the ethical issues raised by organoids and recommend measures that must be taken at various levels to ensure the ethical use and application of this technology. However, these studies lack a more legal perspective connected to ethical and medical issues: what is the legal status of organoids? Do organoids have legal protection? Who owns the organoids? How can they circulate between research institutes, for example? What rights does the researcher who created them have over them?

Only thanks to the interaction between jurists and scientists, it will be possible to consider ethical issues in a new perspective considering the different methodologies

applied to organoids and their different uses in medicine and pharmaceutical research. All the problems will be considered in a casuistic perspective without black or white solutions and in the prospect of a "reasonable accommodation" in the composition of opposing interests. Furthermore, scientific, legal and ethical issues will be considered related. Thus, issues relating to the donor's right to anonymization will be dealt with starting from the legal status of the organoids and their different use.

With respect to the inter- and transdisciplinary approach, this paper considers two aspects, which may limit the exploitation of organoid-based research in Italy: the ethics-by-design method applied to all projects, based on applicable toolkits, and a mutual recognition and fruitful empowerment between scientists and citizens.

A new communication strategy will be dedicated to the communication to the citizenships and to the public engagement in order to disseminate scientific research even among non-experts and thus share knowledge to develop an informed debate on the research in progress.

4. Legal framework for solutions

All the above-mentioned questions find a legal framework and a legal key point.

The legal framework includes: consent of the donor; privacy right; intellectual property rights.

With regard to the consent of the donor, a new concept is emerging to better protect the dignity of the donor: the consent for governance, which shifts the ethical issues from the initial consenting process to ongoing obligations for governance.[5]

Initial consent consists barely of informing participants of any known future uses of the human tissue.

This consent for governance structure includes transparency on management of data and tissue, identification of potential commercial uses, details on how clinical benefit for the donor too and a plan for longitudinal ethical oversight which consider all the issues involved and not only ethics and privacy right.

Regarding the Protection of Privacy, de-identification of data of the donor have also been critical aspects of ethical research when the anonymization is not possible and, more importantly, not preferable in the social interest and in the interest of the donor.[6]

IT solutions are available that allow both to maintain the security of personal data and to increase the efficiency of access to data in biobanks. Disclosure filters are discussed as a strategy to combine European public expectations concerning informed consent with the requirements of biobank research.[7]

---

[5] A Lavazza, FG Pizzetti, ' Human cerebral organoids as a new legal and ethical challenge' (2020) 9;7(1) J Law Biosci.

[6] SN Boers, AL Bredenoord, 'Consent for governance in the ethical use of organoids' (2018) 20 Nat. Cell Biol., 642–645.; SN Boers, JJ Delden, H Cleversand, AL Bredenoord, 'Organoid biobanking: Identifying the ethics: Organoids revive old and raise new ethical challenges for basic research and therapeutic use' (2016) 17 EMBO Rep., 938–941; SN Boers, JJ M van Deldenand, AL Bredenoord, 'Broad consent is consent for governance' (2015) 15 (9) Am. J. Bioeth., 53-55; SN Boers, JJM. van Deldenand, AL Bredenoord, 'Organoids as hybrids: Ethical implications for the exchange of human tissues' (2019) 45 J. Med. Ethics, 131-139.

[7] M Mostert, AL Bredenoord, MC Biesaart, JJ van Delden, 'Erratum: Big data in medical research and EU data protection law: Challenges to the consent or anonymise approach' (2016) 24 Eur. J. Hum. Genet., 1096.

With regard to Intellectual Property Right (IPR), the combination of human biomaterial and research activity raise IPR issues: to what extent are human biomaterials patentable? As many authors remember the US Supreme Court decision in the case of Association for Molecular Pathology et al. v. Myriad Genetics, Inc., et al. ruled that the creation of new products from human biomaterials with the creation of entities that are not naturally occurring are patent-eligible.[8]

As many authors stressed, this has important implications for increased costs that both could impact progress and restrict patients from accessing monetary or clinical benefits of organoid research.[9]

The key legal point is the qualification of organoid in the circulation of goods. It is possible to not consider organoids as goods and consider them as part of the body. However, this conclusion can have tremendous implication considering the evolution of research. It is possible to consider them as goods, because they represent something new respect to body of the donor, with a circulation assisted by the consent for governance of the donor.

With reference to the information, we have met similar instances as well.[10] Also in this case, even though they are considered assets subject to circulation, particular statutes have been identified aimed at protecting the different interests involved (nb not only interests of a physical person):

1. the fairness of financial market (see the prohibition of insider trading or the buying and selling of securities of a specific company by subjects who, due to their position in the within the same or for their professional activity, have come into possession of confidential information, i.e. not in the public domain.);
2. the secrecy obligations present in commercial contracts and in employment relationships where in general it is forbidden for the worker to disclose news pertaining to the company and its production methods, or to use them in order to cause damage or prejudice to it, and finally
3. the protection of personal data closest to the object in question considering that human cells carry information about the person from whom they are drawn.[11]

[8] J Eder, H Gottweis, K Zatloukal, 'IT solutions for privacy protection in biobanking' (2012) 15 Public Health Genomics, 254-62.

[9] M Roberts, IB Wall, I Bingham, D Icely, B Reeve, K Bure et al., 'The global intellectual property landscape of induced pluripotent stem cell technologies' (2014) 32 Nat. Biotechnol, 742–748.; M Hoppe, A Habib, R Desai, L Edwards, C Kodavali, NS Sherry Psy and PO Zinn, 'Human brain organoid code of conduct' (2023) Front. Mol. Med.

[10] M Roberts, IB Wall, I Bingham, D Icely, B Reeve, K Bure et al., 'The global intellectual property landscape of induced pluripotent stem cell technologies' (2014) 32 Nat. Biotechnol, 742–748.; M Hoppe, A Habib, R Desai, L Edwards, C Kodavali, NS Sherry Psy and PO Zinn, 'Human brain organoid code of conduct' (2023) Front. Mol. Med.

[11] Having regard to information as economic good we have to consider the peculiar cost and value of such good. In Economics the concept of information is defined broadly. See A. Marshall, *Principles of Economics* (8th edn, MacMillan and Co. 1930). Thus information can be considered economic goods but with some peculiarities - 'The value of information is probabilistic, rather than deterministic, and depends on the returns from the (future) use of that information. The expected value of information at any particular point, so defined, was called its stock value. Second, that the stock value of information may be affected by the transfer of the information to others, thus making such changes in stock value a valid component of marginal cost considerations of the exchange of information goods': BJ Bates, 'Information as an Economic Good: A Re- Evaluation of Theoretical Approaches' in BD Ruben & L. A. Lievrouw (Eds.), *Mediation, Information, and Communication. Information and Behavior*, Vol3, Routledge, 2018, 379-394.

At the end, organoids can be considered as *legal goods that include personal information*. The relevance of the legislation on the acts of disposition of the body concerns the prodromal moment to the creation of the organoids or the removal of cells. Cells will then be subjected to treatment for the creation of the organoid, which at the end of the production process is some way different, even if the DNA is the same of the donor, from the part of the body from that originates it even in case of organoids from iPCS They are the result of cell engineering processes.

An organoid made up of primary cells, i.e. cells derived directly from the dissociation of a tissue, healthy or diseased (for example from a tumor, or gut) can maintain the complexity of the primary tissue in term of cell heterogeneity and extracellular matrix. Thus, organoids contain personal data and with regard to these aspects, norms on Data Protection will be applied. However, they often display high variability limiting the possibility of "standardization", a prerequisite for some applications such as drug development.

A 3D-system derived from cell-lines or tissue-derived naïve cells lines undergoing extensive manipulation *in-vitro* to acquire homologous and standardized characteristics, can be hardly classified as an "organoid" in strict terms. However, these systems are more reproducible and further development of bioengineering techniques and advances in biomaterials may allow them to approach a standard mimicking the biochemical, metabolic and mechanic properties of naïve tissue. Cell lines are easier to grow in the laboratory than primary cells, but they do not represent the natural differences that exist between individuals. They therefore do not allow researchers to test whether certain therapies work on specific groups of patients. iPSC-derived cells maintaining the genetic and epigenetic profile of the naïve cells are suitable patient-specific models but their differentiation into "adult-like" phenotype is often incomplete (e.g., cardiomyocytes or neurons).

Finally, ethical issues need to be considered moving from the different moral significance of organoids like in case of cerebral organoids which pose analogous problem as other case of replication of brain functions like in case of Artificial Neural Networks (ANNs).[12]

Even countries that have already regulated the use of organoids in scientific research (such as the United States and Australia[13]), propose regulatory frameworks for brain organoids that have not kept pace with the associated emerging ethical concerns. For instance, Australian regulation related to organoid research, similarly to United States provisions, clarifies the donor's right to informed consent, the participant's right to know the research results and the welfare of donors, however it does not take into consideration the unique ethical concerns of cerebral organoid research. Specifically, in Australia, the National Health and Medical Research Council's National Statement on Ethical Conduct in Human Research, which governs the regulation of organoid research, stipulates requirements for the collection and utilization of human biospecimens for research, informed consent from tissue donors, and the dissemination of research

[12] M Morrison, J Bell, C George, S Harmon, M Munsie, J Kaye, 'The European General Data Protection Regulation: challenges and considerations for iPSC researchers and biobanks ' Regen Med. (September 2017).

13 Such as, respectively, by: the National Institute of Health (NIH) Guidelines for Human Stem Cell Research and the 'Common Rule', included in the Federal Policy for the Protection of Human Subjects; National Health and Medical Research Council's National Statement on Ethical Conduct in Human Research.

findings to participants. However, brain organoids differ structurally and functionally from normal adult human brains, raising relevant and specific considerations and ethical issues regarding the potential for consciousness in brain organoids. There are ethical concerns associated with the use of current brain organoid models which in the case of Australian regulation are limited to those related to the treatment of human biospecimens, as the National Statement addresses the ethical implications concerning the well-being of tissue donors but does not address the unique question of considering the well-being of the organoids themselves. Similarly, regulations in the United States pertaining to brain organoid research do not encompass the distinct ethical issues associated with the consciousness and well-being of brain organoids. The existing regulations and guidelines in both Australia and the United States primarily focus on matters such as the origin, procurement, and handling of human tissue, without imposing specific research constraints based on the moral status of brain organoids.[14]

The technique of producing organoids can lead to the creation of more complex organisms. Recently the team, led by Professor Magdalena Zernicka-Goetz from Cambridge, announced that they developed the embryo model without eggs or sperm, and instead used stem cells – the body's master cells, which can develop into almost any cell type in the body. Researchers have created the world's first synthetic human embryos, obtained from stem cells, without using oocytes and sperm. The cells aggregated spontaneously, forming a structure very similar to a human embryo, but which is unable to complete development or be implanted in the uterus. If we were able to create embryos capable of completing development, we would have an entity that would be difficult to qualify as an asset since further development would be mainly the result of biological processes. Moreover, from the side of the ethical aspects, as a matter of fact, we would have a much higher level of moral significance than in the case of the reproduction of a single organ.

All these issues must be taken into account when considering the obstacles to a complete replacement of animal-based experimentations and the risk of an overexpectation on organoid exploitation for health or industrial purposes.

5. Conclusions.

Organoids are a key tool for knowledge enhancements, technological innovation and

[14] Some scholars point out that: 'Organoids vary widely in their complexity, so it becomes important to consider if, and where, different organoids fall on this continuum of moral significance. For example, an organoid using a protocol, which generates a cerebral organoid with varying populations of cells from different brain regions,would likely be lower on the hierarchy than a region-specific organoid, which contains more mature organization. Moving up the pyramid, co-culturing region-specific organoids creates reciprocal connections that begin to form primitive circuits. Connectoids offer even further maturation of function. The addition of more region-specific organoids, non-neural cell types like endothelial cells or microglia, external perfusion systems, and bioengineering will allow organoids to grow in size, cell number, and synaptic density. This will continue to increase the complexity and thus the moral significance of such organoids': M Hoppe, A Habib, R Desai, L Edwards, C Kodavali, NS Sherry Psy, PO Zinn, 'Human brain organoid code of conduct' (2023) Front. Mol. Med. With regard to ethical implications in ANNs see F Shao, Z Shen, 'How can artificial neural networks approximate the brain?' (2023) Front. Psychol.; R Cummins, D Cummins, 'Minds, Brains, and Computers: An Historical Introduction to the Foundations of Cognitive Science' (2000) Oxford: Blackwell Publishers Ltd.

/ or industrial applications in the pharmaceutical sector and in medicine, strengthening the international scientific community. They can be used for:

- Developmental Biology – Tissue Biology

  Matured organoids display functional organ sub-structures and have been used to investigate both adult tissue homeostasis and embryonic organ development. Investigation of adult tissue homeostasis using organoids has, for example, provided insight into the structure of intestinal crypts and the nature of the stem-cell niche, that ensures the renewal of the intestine epithelial layer. More recently, a detailed study explored differentiation mapping of the enteroendocrine regulators by using organoids in combination with in vivo models.

- Regenerative medicine

  Next to in vitro applications, organoids have been used in transplantation studies to assess regenerative potential. The interest for this is two-fold. Firstly, if transplantation into disease murine models leads to an increased survival rate, organoid functionality is confirmed. Secondly, successful transplantations could open up new avenues for using organoids in regenerative medicine applications as tissue-engineered grafts. In proof-of-concept studies organoids have been used as tissue grafts for both liver and intestine. Building on these insights, efforts were made to establish large-scale production methods of liver buds derived from human PSCs of up to 108 cells, and long-term culturing methods for liver organoids.

- Disease modelling - “Organ Pathology in a Dish”

  The therapeutic applications of organoids have been of interest to researchers for several reasons. In disease modelling, organoids generated from human cells can overcome several limitations of animal models. Next to the ethical considerations, some animal models cannot fully recapitulate the human condition, such as with lung tissue.

- Drug discovery and personalized medicine

  Organoids are attractive for drug discovery, since they can be produced on a relatively large scale for an array of subtypes capturing disease heterogeneity and stored long term, creating biobanks. Organoid biobanks provide opportunities to test drug safety and efficacy. Toxicology studies can be used to assess safety. For efficacy testing, several high-throughput methods have been developed that can generate results for drug response within a week.

  When using organoids for personalized medicine, patient-to-patient differences could be captured, but response indications should be producible with clinically relevant timescales.

Certainly, their qualification in terms of goods and intellectual property must not lose sight of the ethical implications most considered up to now. The solution consists in a

revision of the theory of the circulation of goods in the light of the ethical implications concerning the goods in question which include personal data and origin from parts of the body and replicate part of the body. A different issue concerns the need to combine medical and pharmacological research with solidarity requests that enhance its social function. But this aspect concerns more general reflections that do not concern only organoids.

Bocchini R, 'Nuovi beni digitali e mondi dematerializzati. Il metaverso' (2023) 1 EJPLT, 45-54.
DOI: https://doi.org/10.57230/EJPLT231RB

EJPLT
ISSN 2704-8012



Nuovi beni digitali e mondi dematerializzati. Il metaverso.

New digital goods and dematerialised worlds. The metaverse.

ROBERTO BOCCHINI
Professore ordinario di Istituzioni di Diritto Privato
Università di Napoli Parthenope

Abstract

Il lavoro approfondisce le problematiche legate alla realtà del metaverso: la tutela dei diritti e il rispetto della legge nel mondo virtuale. L'evoluzione del web ha portato, ad oggi, ad una struttura decentralizzata che ha come obiettivo quello di eliminare gli intermediari e creare un'economia che passa direttamente da colui il quale crea i contenuti, ed ha il pieno controllo di quello che immette in rete, al destinatario dell'informazione, senza soluzione di continuità. Il soggetto diventa *homo economicus* ed opera nel mondo sintetico attraverso il danaro virtuale che si converte in moneta reale. Quando gli utenti del servizio non si limitano ad usufruire del servizio di trasporto delle informazioni, ma acquistano beni mobili o immobili nel mondo virtuale, ovvero locano terreni su spazi virtuali, si presentano nuovi ed interessanti profili di titolarità ed il contratto che lega l'utente alla società, che fornisce il servizio del gioco, è fondamentale per la determinazione dei diritti tra le parti in campo.

This paper explores issues related to the reality of the metaverse: the protection of rights and respect for the law in the virtual world. The evolution of the web has led, to date, to a decentralised structure that aims at eliminating intermediaries and creating an economy that passes directly from the person who creates the content, and has full control of what he or she puts on the net, to the recipient of the information, without interruption. The subject becomes homo economicus and operates in the synthetic world through virtual money that is converted into real money. When users of the service do not limit themselves to using the information transport service but purchase movable or immovable property in the virtual world, or lease land on virtual spaces, new and interesting profiles of ownership arise and the contract that binds the user to the company, which provides the service of the game, is fundamental in determining the rights between the parties in the field.

© The author(s) 2023, published by Suor Orsola Benincasa Università Editrice.
This contribution is licensed under a Creative Common Attribution 4.0 International Licence CC-BY-NC-ND, all the details on the license are available at: https://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/4.0/

Keywords: metaverse; new digital goods; dematerialised worlds.

Summary: 1. Mondi digitali con economie reali. – 2. Beni immobili: la compravendita nei metaversi. – 3. Beni mobili: acquistare denaro ed altre utilità nei mondi digitali. – 4. Tutela dei diritti sui beni nei mondi digitali.

1. Mondi digitali con economie reali.

I mondi digitali, da tempo oramai, influenzano in modo incisivo il mondo reale. I c.d. universi sintetici, che emergono dall'industria dei videogiochi, sono diventati il più importante scenario delle relazioni umane. Il videogioco viene utilizzato, nella sua forma più elementare fino ad arrivare, nelle sue forme tecnologicamente più evolute, ai mondi sintetici dove gli utenti instaurano milioni di relazioni umane[1]. In realtà dietro il videogioco c'è molto di più, ci sono conflitti, autorità, commerci e, persino, sentimenti; ci sono le piattaforme digitali che permettono tramite stanze e mondi virtuali di interagire passando da una condivisione asincrona delle informazioni ad una combinazione di interazione sincrona ed immediata.

Milioni di persone vivono nel cyberspazio nei diversi universi sintetici all'interno dei quali si crea una realtà virtuale nella quale si vive una "seconda vita" (magari diversa) e con l'idea di fuggire dal mondo reale[2]. Una storia economica semplificata spiegherebbe che coloro i quali ottengono scarsi risultati in un luogo affrontano il rischio del cambiamento e si trasferiscono in un nuovo territorio dove si rimettono in gioco pur mantenendo i legami con il loro precedente gruppo sociale. Se hanno successo rimangono, altrimenti tornano indietro[3].

Il "simulatore di vita" può, quindi, rappresentare una via di fuga per coloro i quali non ottengono risultati appaganti nel mondo reale, e tali mondi sono ormai un'entità economica affermata con la conseguenza che la libertà di accesso a tutti i contenuti è la vera frontiera del ventunesimo secolo. In una società moderna le reti digitali e, quindi, i mondi sintetici sono indispensabili come i corsi d'acqua ed i terreni nelle società rurali. La vera democrazia passa per la possibilità di conoscere i contenuti della rete Internet[4].

D'altronde l'evoluzione del mercato virtuale passa per il consumismo digitale con un mercato disintermediato dove sono state create le *community* per dialogare con i clienti. L'evoluzione del *web* ha portato, oggi, al *web* 3.0 in quanto dal *web* 1.0 nel quale il consumatore era prettamente passivo e si limitava a leggere le pagine *web* ed a richiedere le informazioni, nel *web* 2.0 nasceva la visione globale dei *social network* che hanno modificato completamente i concetti di comunicazione e di marketing, poiché con il passaggio dal computer fisso ai *device* e la nascita delle grandi piattaforme *Facebook, YouTube, Spotify* sono state connesse le persone portando il mondo

[1] Per un'approfondita analisi dell'evoluzione storica dei *videogames* dalle loro origini ad oggi si rinvia a G. LASTOWKA, *Virtual Justice - The New Laws of Online Worlds*, New Heaven, 2010, p. 29 ss.

[2] N. IRTI, *Norme e luoghi. Problemi di geo-diritto*, Roma-Bari, 2001, p. 3 ss.

[3] Su cui v. V. ZENO ZENCOVICH, *La "datasfera". Regole giuridiche per il mondo digitale parallelo*, in AA.VV., *I "profili" del diritto. Regole, rischi e opportunità nell'era digitale*, a cura di SCAFFARDI, Torino, 2018, p. 99.

[4] T. NUMERICO, D. FIORMONTE E F. TOMASI, *L'umanista digitale*, Bologna, 2010, p. 7 ss.

all'economia della condivisione. Gli utenti, quindi, sono passati da semplici lettori a partecipanti attivi nella creazione di contenuti con la vera interazione, condivisione e partecipazione immettendo continuamente i contenuti e creando essi stessi il profitto per le imprese e per le stesse piattaforme.

Con il passaggio al *web* 3.0, quindi, si arriva a una struttura decentralizzata che ha come obiettivo di eliminare gli intermediari e creare un'economia che passa direttamente da colui il quale crea i contenuti ed ha il pieno controllo di quello che immette in rete, al destinatario dell'informazione, senza soluzione di continuità, il quale immette direttamente contenuti e crea ricchezza[5]. Il *web* 3.0 rende gli utenti effettivi proprietari e, grazie alla tecnologia della *blockchain*, permette di trasformare il capitale sociale in capitale economico. Si decentralizza il capitale, grazie alla tecnologia *blockchain*, ed il meccanismo della ricchezza che non si accumula più nelle mani degli intermediari. L'organizzazione autonoma decentralizzata è il principale momento di sviluppo del *web* 3.0 in quanto la *blockchain* governata da un *token* crittografico nativo permette di autonomizzare il soggetto utente rispetto ad un principio di centralizzazione. Non vi sono più gerarchie in quanto l'accesso è liberamente aperto a chiunque accede ad Internet ed alla community che diventa in modo autonomo il soggetto garante della rete e si naviga verso il Metaverso[6].

Il metaverso, ovverosia "meta" che significa "oltre" ed "universo", è un modo di intendere il futuro sviluppo di Internet composto da spazi virtuali condivisi e collettivi, posizionati nella piattaforma meta, creati dalla convergenza diretta fisica virtualmente migliorata e spazio virtuale fisicamente persistente inclusa la somma di tutti i mondi virtuali[7]. Si tratta di un'interconnessione di ambienti digitali su larga scala in cui gli utenti di tutto il mondo potranno essere maggiormente coinvolti rispetto ai *social network*, in quanto milioni di persone si riuniscono in un unico momento per stare insieme. Non è un gioco e neppure un luogo. Si ridisegna il concetto di esperienza umana online con mondi interconnessi incentrati sull'interazione in tempo reale nel quale gli utenti possono interagire utilizzando tecnologie avanzate con l'obiettivo di immergere l'utente nel mondo virtuale.

Dapprima con *Second Life* nel quale l'utente vive una seconda vita[8] e poi con i *social network* tipo *Tik Tok* o *Instagram*, si vive il mondo degli altri condividendo momenti della vita personale, storie, vacanze, musica, attraverso brevi filmati, mentre con il metaverso si possono vivere esperienze del mondo reale e virtuale in quanto ognuno dalla propria abitazione può partecipare ad un evento sportivo che avviene nel mondo reale vedendo, ascoltando ed interagendo come coloro che partecipano dl vivo. Si tratta, con lo

[5] T.E. FROSINI, *L'orizzonte giuridico dell'intelligenza artificiale*, in *Dir. inf. e informatica*, 2022, p. 5; F. ANTONACCHIO, *Web3 ed economia decentralizzata nuove sfide fiscali*, in *Fisco*, 2022, p. 3753.

[6] Il termine è stato coniato da Neal Stephenson nel 1992, per ogni riferimento si veda W. GIBSON, B. STERLING, N. STEPHENSON (traduttori B. TAVANI, L. TOMASICH), *Cyberpunk, Antologia assoluta,* Milano, 2021, p. 98.

[7] E. GIOVANARDI, *Il metaverso e le nuove frontiere del mercato disintermediato,* in *Norme e tributi NFT e Metaverso, Il Sole 24 Ore*, 2022, p. 49; C. GALLI, *Metaverso o metaversi tra innovazione tecnica e innovazione giuridica*, in *Dir. ind.*, 2023, p. 109.

[8] *Second Life* si colloca al vertice del più avveniristico crocevia tra fenomeno sociale, innovazione tecnologica, opportunità economica, realtà virtuale, comunicazione *open source*, *creative commons* e *web* che il mondo moderno abbia mai conosciuto. Vero e proprio universo elettronico tridimensionale accessibile in Internet a mezzo di un *personal computer*, *Second Life* è stato creato alla fine del 2002 dalla società statunitense *Linden Lab* ed in pochi anni ha completamente rivoluzionato il concetto di interattività in rete. V. M. FACCIOLI, *Il mondo virtuale di second life: analisi e riflessioni*, in *Dir. Internet*, 2007, p. 510.

strumento della tecnologia, di vivere una realtà aumentata con sensori tecnologicamente sempre più sviluppati che hanno l'obiettivo di immergere completamente l'utente nel mondo virtuale che, quindi, potrà vivere la sensazione di essere sugli spalti di uno stadio per vedere un concerto oppure la finale di calcio della Coppa del mondo oppure viaggiare visitando i musei o navigando fino al Capo di Buona Speranza dove si incrociano gli oceani.

In realtà le tecnologie immersive *Augmented Reality* (AR) e la *Virtual Reality* (VR), permettono di entrare in questi mondi virtuali.

La Realtà Aumentata (AR) è una tecnologia che aumenta la realtà grazie alla sovrapposizione ad essa di elementi e informazioni aggiuntive digitali, come percorsi, immagini, video, istruzioni ed oggetti, mentre la Realtà Virtuale (VR) consente all'utente di isolarsi completamente dalla realtà che lo circonda, entrando in un mondo nuovo creato digitalmente.

Tra la AR e la VR troviamo la *Mixed Reality* (MR Realtà Mista) che unisce le peculiarità delle altre due tecnologie per creare un mondo dove reale e virtuale convergono, adattando i contenuti digitali in base alle caratteristiche del mondo circostante, permettendo di interagire indistintamente con oggetti reali e digitali immergendosi completamente ed interagendo con gli elementi in esso contenuti come se ci si trovasse davvero al suo interno.

Questo consente di poter trasportare l'utente in una nuova dimensione, in cui muoversi e interagire, senza necessità di viaggiare o mettere a rischio la propria incolumità.

I mondi sintetici devono essere intesi come lo spazio fisico generato dal computer, rappresentato graficamente in tre dimensioni, e fruito contemporaneamente da molte persone che, per entrare in questo mondo, devono registrarsi ed assumere la fisionomia di un avatar, il personaggio digitale che partecipa alla seconda vita e con il quale si interagisce nel mondo sintetico. Con l'avatar il soggetto può "vivere la vita sintetica" spostandosi, da un'isola ad un'altra, interagire con i suoi simili, acquistare un lotto di terreno, costruire un'abitazione e vivere la propria vita virtuale. Si tratta di un *software* che deve far vivere le sensazioni e gli stimoli della vita reale con stimoli algoritmicamente testati. L'immersività del mondo *online* deve portare con l'avatar gli utenti nei mondi sintetici[9].

Con l'accesso al mondo sintetico il soggetto diventa *homo economicus* ed opera nel mondo sintetico attraverso il danaro virtuale che si converte in moneta reale[10].

È stato osservato che l'odierna situazione degli "avatar operatori economici" non è molto diversa da quella dei mercanti dell'Europa medievale che, viaggiando per vendere e scambiare le proprie merci, erano continuamente soggetti alle prassi ed alle regole dei piccoli e grandi feudi su cui si trovavano a transitare. Una regola economica elementare è quella che gli investitori hanno bisogno di norme certe in un dato territorio, che diano sicurezza e stabilità, quindi propensione ad investire il proprio denaro, caratteristiche oggi non del tutto stabili nel metaverso e negli universi sintetici in cui l'economia che si sta sviluppando è di indubbia matrice pionieristica, nel senso che l'imprenditore investe

[9] G. RESTA, *Identità personale e identità digitale*, in *Dir. inf. e informatica*, 2007, p. 511.

[10] Per approfondimenti v. R. BOCCHINI, *Lo sviluppo della moneta virtuale: primi tentativi di inquadramento e disciplina tra prospettive economiche e giuridiche*, in *Dir. inf. e informatica*, 2017, p. 27.

ed allo stesso tempo, sia per tutelare che per massimizzare il proprio investimento, cerca di imporre le regole, non solo economiche, ma anche di diritto del mondo che va creando.

Per accedere al mondo sintetico si deve sottoscrivere un abbonamento al servizio multiutente fornito dalla società che ha inventato e che, comunque, gestisce la piattaforma sintetica, il mondo virtuale.

L'accesso al mondo sintetico è, d'altronde, sancito dalle regole del gioco che vengono indicate dai cd. termini di servizio con i quali si definisce come un multi-utente di servizi online offerti dalla società proprietaria del gioco, compreso il *software* e gli ambienti online che supportano il servizio come il calcolo del *server*, accesso al *software* di messaggistica e protocolli che simulano l'ambiente, il *software* che viene fornito ed installato sul computer locale o un altro dispositivo che utilizzi per accedere al *server* e, quindi, per visualizzare o meno l'accesso all'ambiente (il "*Viewer*"), interfacce per programmi applicativi forniti dall'intermediario dell'accesso ai siti *web* e servizi disponibili presso il dominio e sottodomini.

Questo insieme di servizi costituiscono collettivamente il "Servizio" che viene utilizzato dall'utente, a seguito della necessaria accettazione, per poter accedere al gioco delle condizioni generali di contratto. L'accesso al gioco ha ovviamente dei costi che sono *una tantum* per l'iscrizione e, poi, dei costi fissi da pagare a scadenze periodiche.

In questo modo l'utente riconosce alla società fornitrice dei servizi, che l'utilizzo di tutti i servizi non è gratuito e si può interagire online scegliendo temi e contenuti e modificando l'ambiente di servizio in tempo reale. Il gestore del servizio generalmente non disciplina il contenuto delle comunicazioni tra gli utenti o le interazioni degli utenti con il servizio ed afferma di avere un controllo molto limitato relativo alla qualità, la sicurezza, la moralità, la legalità, la veridicità o l'accuratezza dei vari aspetti del servizio e ciò proprio al fine di limitare le proprie responsabilità.

Una volta creato l'avatar l'utente potrà muoversi nel mondo virtuale, e quindi, interagire con un suo simile, acquistare un lotto di terreno, costruire un'abitazione virtuale e vivere la propria vita virtuale. Con l'avatar l'utente immette dati nel mondo digitale che trovano adeguata disciplina come illustrato alla parte V cap. V. I dati immessi consapevolmente o inconsapevolmente nel mondo digitale annullano ogni distanza fisica tra gli utenti[11].

Con gli NFT e le criptovalute, quindi, il possesso dei beni digitali permette di creare la prima personalizzazione dello spazio virtuale acquistando beni originali quali risorse digitali[12].

Da un punto di vista giuridico la società fornitrice del servizio è un mero fornitore del servizio soggetta alle regole sul commercio elettronico e, quindi, svolge, sotto diversi

[11] F. PIZZETTI, *Uomini e dati. Evoluzione tecnologica e diritto alla riservatezza*, in *Il foro italiano*, 2011, c. 230; G. Di Filippo, *I dati come beni giuridici. Dati personali e dati non personali: regine di appartenenza e di circolazione*, in P. STANZIONE (a cura di), *I "poteri privati" delle piattaforme e le nuove frontiere della privacy*, Torino, 2022, p. 17.

[12] Nella dottrina italiana, v., tra gli altri, 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. bancario*, 2019, p. 117 ss.; G. GITTI, M. MAUGERI e C. FERRARI, *Offerte iniziali e scambi di cripto-attività*, in *Oss. dir. civ. comm*., 2019, p. 95 ss.; G. GITTI, *Emissione e circolazione di criptoattività tra tipicità e atipicità nei nuovi mercati finanziari*, in *Banca, borsa, tit. cred*., 2020, p. 13 ss.; C. SANDEI, *Initial coin offering e appello al pubblico risparmio*, in M. CIAN E C. SANDEI (a cura di), *Diritto del Fintech*, Milano, 2020, p. 201 ss.; EAD., *Le initial coin offering nel prisma dell'ordinamento finanziario*, in *Riv. dir. civ*., 2020, p. 392 ss.

profili, un servizio di mero trasporto disciplinato dall'art. 5 del *Digital Services Act* in quanto si occupa del mero trasporto delle informazioni.

L'intermediario se non fornisce contenuti diretti, ma svolge solo la funzione di mero trasporto delle informazioni fornite dai terzi che operano nella rete. Gli avatar e l'utilizzo dei servizi interattivi rappresentano solo una mera offerta di un servizio di cui l'utente se vuole usufruirne deve pagare il corrispettivo.

Tutte le piattaforme, che sono ovviamente gestite dalle principali società di tecnologia al mondo, come per esempio *Decentraland, Meta, Nvdia, Unity, Apple, Microsfot, Google, Amazon*, creano, con un'evoluzione dei social media e facendo sempre più entrare gli utenti in un mondo sintetico che deve coniugare la vita reale con quella virtuale permettendo di acquistare beni immobili e ben mobili.

Le aziende si stanno attrezzando per *tokenizzare* il nuovo ecosistema digitale ed entrare in tutti i settori del commercio dall'arte digitale ai viaggi, all'istruzione, al *real estate* ed è, quindi, necessario analizzare ad oggi come è possibile far fruire gli utenti di questi nuovi beni.

Alla base dello sviluppo del mondo sintetico c'è la circolazione di queste informazioni che devono muoversi garantendo il soggetto dal quale provengono ed il soggetto al quale sono destinate e che sono sigillate nei cd. *token*. Si tratta, quindi, di un bene digitale non fungibile che utilizza la *blockchain* esistente e genera un'informazione caricata in un *network*.

I *token* possono essere definiti come dei documenti digitali decentralizzati che fungono da mezzo di scambio e utilizzano firme crittografiche per ragioni di sicurezza e di registrazione delle transazioni. In altre parole, i *token* sono un insieme di informazioni digitali all'interno di una *blockchain* che conferiscono un diritto di proprietà a un determinato soggetto e hanno un valore preciso solo in un contesto ben definito[13].

La loro funzione può essere molteplice: per esempio per accedere a un prodotto o a un servizio (attraverso *utility token*), per acquistare e vendere opere d'arte digitali (attraverso *token* non fungibili) o persino per speculare sul prezzo del caffè (attraverso *commodity token*).

2. Beni immobili: la compravendita nei metaversi.

Quando gli utenti del servizio non si limitano ad usufruire del servizio di trasporto delle informazioni, ma acquistano, per esempio, beni immobili nel mondo virtuale si presentano nuovi ed interessanti profili per i diritti che nascono rispetto a tali beni immobili. Le compravendite introducono molteplici e diverse peculiarità rispetto ai contratti di compravendita del mondo reale: per esempio il prezzo è pagato con soldi virtuali ovverosia la *blockchain*, che -come detto- sono stati convertiti da moneta reale, inoltre, la proprietà del bene acquistato non determina l'acquisto di un vero diritto reale, come inteso secondo le regole del diritto civile, ma tutt'al più l'utilizzo di uno spazio sul *server* della società fornitrice del servizio che attribuisce al proprietario uno

[13] F. RAMPONE, *Criptovalute, security, token, utility token e NFT (cenni)*, in *Norme e tributi NFT e Metaverso*, *Il Sole 24 Ore*, 2022, p. 61; A. Guaccero, G. Sandrelli, *Non-fungible tokens (nfts)*, in *Banca borsa tit. cred*., 2022, p. 824.

spazio digitale le cui dimensioni sono pari ad un NFT che incorpora l'*asset* digitale a contenuto reale[14].

L'utente deve, quindi, riconoscere, nel contratto che stipula con la società erogatrice, che il servizio fornito comprende tale valuta del mondo fittizio, che costituisce un diritto limitato di licenza per utilizzare una caratteristica del servizio nei termini consentiti dalla società gestrice. Il fornitore del servizio può, quindi, a sua discrezione, applicare tariffe per il diritto di utilizzare la moneta. Il gestore del gioco fornisce anche un servizio chiamato "Cambio" o "*Lindex*", che si riferisce ad un aspetto del servizio attraverso cui *Linden Lab* gestisce le transazioni tra gli utenti per l'acquisto e la vendita del diritto di licenza per l'utilizzo di valute ed a tal fine la società stabilisce anche l'esatto significato dei termini creando il vero diritto del gioco della rete, scrivendo cioè le regole che devono essere rispettate da tutti senza possibilità di fraintendimenti. A tal fine la società determina i "codici" del gioco come per esempio il termine "*sell*" significa "per il trasferimento a titolo oneroso ad un altro utente il diritto di licenza per l'utilizzo di valuta secondo i Termini di servizio", il termine "*buy*" significa "a ricevere a titolo oneroso da un altro utente il diritto di licenza per l'utilizzo di valute in conformità con i Termini di servizio", i termini "acquirente", "venditore", "vendita" e "acquisto" e simili hanno significati corrispondenti ai termini di *root* "*buy*" e "*sell*". Il termine "*sell* ordine" e parole simili significano una richiesta da un utente di *Linden Lab* alla lista di valuta per la vendita sul cambio di valuta ad un prezzo di vendita richiesto, il termine "*buy* ordine" e parole simili in media una richiesta da un utente per *Linden Lab* di abbinare inserzioni di vendita con un prezzo base di acquisto per facilitare il completamento della vendita di valuta[15].

La società gestrice può limitare i venditori o gli acquirenti di qualsiasi gruppo di utenti in qualsiasi momento e può arrestare, sospendere, interrompere o annullare le transazioni Cambio in caso di frode reale o sospetta, le violazioni di altre leggi o regolamenti.

In poche parole la società che gestisce il servizio è il "legislatore ed il giudice unico di tutto il gioco" e coloro i quali desiderano partecipare al gioco devono accettarne tutte le regole.

Con tali presupposti emergono delle fattispecie di diritto nuove, dal punto di vista telematico, si tratta infatti non solo di contratti di compravendita, ma anche di locazioni di terreni su spazi virtuali, cioè sui *server* che vengono, quindi, valutati da un punto di vista commerciale come luoghi fisici. Tutti i contratti si caratterizzano per l'immaterialità dei beni e, quindi, la società che gestisce il servizio determina in che modo gli utenti del servizio possono utilizzare gli oggetti che hanno ideato ed in quale modo è disciplinato il diritto d'autore e di proprietà intellettuale nei confronti di qualsiasi contenuto creato utilizzando il servizio[16].

Ovviamente non si tratta di compravendite o locazioni vere e proprie, ma, indubbiamente, questi contratti rispecchiano sotto alcuni profili quelli reali con

---

[14] D. CARBONI, *Le tecnologie di base della blockchain*, in R. BATTAGLINI, M.T. GIORDANO (a cura di), *Blockchain e Smart Contract*, Milano, 2019, p. 41 ss.; G. NAVA, *I non-fungible token*, in AA.VV., *Il diritto nell'era digitale. Persona, Mercato, Amministrazione, Giustizia*, Milano, 2022, p. 253.

[15] D. DEOTTO, *Il metaverso e gli aspetti fiscali*, in *Norme e tributi NFT e Metaverso, Il Sole 24 Ore*, 2022, p. 85; ID., F. RAMPONE, *Immobili acquistati nel metaverso: tassabile (solo) la rivendita di NFT*, in *Il Sole 24 Ore*, 2022, p. 23.

[16] J. RIFKIN, *La società a costo marginale zero. L'Internet delle cose, l'ascesa del Commons Collaborativo e l'eclissi del capitalismo*, Milano, 2014, *passim*; P. PAGANINI, *Verso l'internet delle cose*, in *Dir. ind.*, 2015, pp. 107-113.

problematiche simili come, per esempio, la rivendita terzi o il subaffitto dell'area[17]. L'immobile che si acquista è molto simile all'acquisto di uno spazio *web* e, quindi, il sito avrà bisogno di uno spazio di archiviazione su un *server* che deve essere sempre acceso e disponibile per tutti su Internet. Se si possiede del terreno vuol dire che si prende in affitto uno spazio di archiviazione sul *server* di *Linden Lab*, ed ovviamente a secondo dell'ampiezza del terreno acquistato maggiore o minore sarà lo spazio di archiviazione sul *server* che si prende in affitto[18].

In tal senso il contratto per l'utilizzo di questo spazio sul *server* di un terzo, da parte dell'utente del gioco, non è altro che un contratto di *hosting* come quello che si stipula per creare una pagina *web* e da ciò ne discende che la disciplina applicabile è da ricondurre all'art. 6 del DSA. Il fornitore del servizio, pertanto, è considerato responsabile delle informazioni memorizzate: a) sia effettivamente a conoscenza delle attività o dei contenuti illegali e, per quanto attiene a domande risarcitorie, non sia consapevole di fatti o circostanze che rendono manifesta l'illegalità dell'attività o dei contenuti; oppure b) non appena venga a conoscenza di tali attività o contenuti illegali o divenga consapevole di tali fatti o circostanze, non agisca immediatamente per rimuovere i contenuti illegali o per disabilitare l'accesso agli stessi

Si tratta, quindi, di un'attività di memorizzazione di informazioni ovvero di *hosting* con le responsabilità già previste e disciplinate dal DSA.

Per quanto concerne, poi, l'avatar se esso si considera come un mero prolungamento della personalità dell'individuo che lo anima e cioè un'interfaccia dell'utente e non un rappresentante in senso tecnico ex art. 1387 c.c. allora, si osserva, che nessuno può garantire chi si trovi realmente dietro al pupazzo e la certezza della paternità delle decisioni in capo alla persona non viene certo assicurata dal sistema in quanto il riconoscimento della persona fisica non è garantito in alcun modo. Nella formazione dell'accordo, quindi, potrebbe accadere, per esempio, che il soggetto, il quale sottoscrive il contratto di *hosting*, non sia realmente maggiorenne. Problema ulteriore si pone in merito al luogo di formazione del contratto anche perché da ciò discende la normativa ad esso applicabile. Si ritiene in prevalenza che il luogo di conclusione del contratto vada individuato nel luogo in cui il ricevente svolge la propria attività professionale o ha la sede principale d'interesse della propria attività.

3. Beni mobili: acquistare denaro ed altre utilità nei mondi digitali.

Anche per quanto riguarda i beni mobili si pone il medesimo problema di titolarità rispetto ai beni che vengono utilizzati o acquistati durante il gioco ed il contratto che lega l'utente alla società, che fornisce il servizio del gioco, è fondamentale per la determinazione dei diritti tra le parti in campo. Anche per i beni mobili l'acquisto o l'utilizzazione di un bene non rappresenta altro che l'utilizzo di una piccola parte del

[17] Sul tema della contrattazione virtuale e della regolamentazione giuridica dei nuovi mercati, v. E. TOSI, *Il contratto virtuale. Procedimenti formativi e forme negoziali tra tipicità e atipicità*, Milano, 2005, *passim*; ID., C*ontratti informatici, telematici e virtuali. Nuove forme e procedimenti formativi*, Milano, 2010, *passim*.

[18] M. S. BETTI, *Nel metaverso l'affitto dei terreni è esente IVA*, in *Italia Oggi*, 2022, p. 24.

server che si manifesta espressivamente nei led con i quali viene rappresentato graficamente il bene mobile[19]. Gli utenti, in sostanza, fruiscono di diritti d'autore sugli oggetti che creano che, quindi, possono vendere e scambiare con gli altri abitanti del simulatore di vita e ciò ha determinato un passaggio dall'*e-commerce* al *v-commerce* (*virtual commerce*) con la quale si entra fisicamente nello spazio della contrattazione e dell'acquisto a mezzo del proprio avatar[20].

In questi casi oltre al contratto di *hosting*, come già sopra illustrato, emerge l'importanza della proprietà intellettuale dei beni che sono stati creati e venduti dagli utenti. Non a caso coloro i quali incassano i maggiori profitti tra gli utenti della vita virtuale sono coloro i quali ideano, realizzano e vendono oggetti in 3D. Si pone il problema di titolarità dei diritti e, quindi, di proprietà intellettuale rispetto ai beni creati nei mondi virtuali[21]. L'utente, infatti, crea delle personalizzazioni dei beni all'interno di un *software* di proprietà della società gestrice del gioco e, quindi, si discute in merito alla proprietà e, comunque, ai diritti di utilizzo in esclusiva di questi beni virtuali. Vi è chi afferma che la titolarità potrebbe essere del fornitore del servizio che mantiene la proprietà, mentre il cliente ottiene una licenza d'uso irrevocabile, vi è chi afferma che il cliente potrebbe richiedere la proprietà del bene al fine di evitare che terzi se ne impossessino, vi è chi sostiene che il fornitore potrebbe garantire al cliente che il bene non sarà utilizzato da terzi per un determinato periodo di tempo, vi è chi sostiene che le parti potrebbe pattuire una proprietà congiunta del nuovo bene, ed infine vi è chi afferma che il cliente è proprietario dei risultati ottenuti ed il fornitore può commercializzare il bene. Queste possono essere solo alcune delle possibili soluzioni che le parti possono concordare, ma in questa contrattazione emergono due considerazioni peculiari da un lato l'utente è la parte debole e dovrà accettare le regole del "gioco" se vorrà far parte del mondo sintetico, ma dall'altro i mondi sintetici sono ormai in concorrenza tra di loro e l'utente potrà scegliere il mondo sintetico economicamente più vantaggioso e dove vi è maggiore libertà di esprimere la propria fantasia ed affermare i propri diritti.

4. Tutela dei diritti sui beni nei mondi digitali.

La tutela dei diritti ed il rispetto della legge nel mondo virtuale è il vero problema di tutti i mondi sintetici. Premesso, infatti, che le leggi del gioco sono, sostanzialmente, le condizioni contrattuali che la società di servizi fa preventivamente accettare ai giocatori, le violazioni della legge sono di due tipi: si può contravvenire alla legge del mondo reale all'esterno del mondo virtuale, per esempio diffondendo immagini pornografiche,

---

[19] Da ultimo, L.M. LUCARELLI TONINI, *Beni e atti digitali*, in E. BATTELLI (a cura di), *Diritto privato digitale*, Torino, 2022, p. 43 ss.

[20] G. Resta, *La regolazione digitale nell'unione europea - pubblico, privato, collettivo nel sistema europeo di governo dei dati*, in *Riv. trim. dir. pubbl*., 2022, p. 971.

[21] A. CONTINI, *Diritti di proprietà industriale e metaverso: prospettive di sfruttamento e tutela nell'ordinamento italiano*, in AA.VV., *Il Metaverso. Modelli operativi e giuridici nei modi virtuali*, Milano, 2023, p. 147 ss.; C. GALLI e A. ZAMA, *Stampa 3D - Azienda, economia, finanza, IT, brevetti, lavoro, sicurezza, ambiente. Profili giuridici e opportunità di business*, Bologna, 2015, p. 27 ss. e p. 49 ss.; M. BENASSI, *Second life e proprietà intellettuale*, in *Dir. ind*., 2007, p. 381; P. SPADA, *La proprietà intellettuale tra "reale" e "virtuale": un guado difficile*, in *Dir. Internet*, 2007, p. 437; Un'illustrazione di *Linden Lab* in lingua inglese, in merito alla difesa della proprietà intellettuale è reperibile su http://secondlife.com/knowledgebase/article.php?id=066.

oppure si possono infrangere le regole del mondo virtuale che sono state predisposte dal fornitore di servizi e cioè le regole del contratto.

Ovviamente, i reati più frequenti sono quelli contro la proprietà quando, cioè, un'abitante del mondo virtuale copia illegittimamente gli oggetti ed i design realizzati da altri avatar.

Si pone, quindi, il problema di stabilire se i contratti stipulati all'interno del metaverso abbiano valore legale oppure se tali impegni siano solamente mere dichiarazione di intenti[22]. Non vi è dubbio che il mancato rispetto delle condizioni contrattuali comporta una responsabilità rispetto dopo agli altri abitanti in una violazione contrattuale rispetto al gestore del gioco il quale applicando le regole contrattuali sottoscritte dal momento dell'"entrata in gioco" applica le regole contrattualmente pattuite e, quindi, può escludere dal gioco colui il quale ha violato le regole del contratto. Problema diverso si pone, invece, quando l'avatar contravviene le leggi del mondo reale all'interno del mondo virtuale perché in questo caso la sanzione da applicare sarà immediatamente quella del mondo reale.

La realtà del metaverso apre moltissime problematiche, ma nessuna di pronta e semplice soluzione. Non è assolutamente prevista una legge o un codice oppure una vera giurisdizione nel mondo virtuale e, quindi, sembra difficile applicare norme di diritto positivo all'interno di un simulatore di vita. Si pone, anzitutto, un problema di diritto internazionale: come si dirime la lite tra due avatar creati da due cittadini di nazioni diverse? È chiaro che il principio base ispira la creazione e la diffusione di mondi virtuali è uno spregiudicato *laissez faire* per il quale solo il fornitore di servizio indica le regole e le fa rispettare in quanto un sistema legale virtuale bloccherebbe il gioco e non ne permetterebbe un'ampia diffusione. Non c'è dubbio che una vera giustizia nel metaverso andrebbe amministrata dal tribunale virtuale composto da giudici virtuali con avvocati virtuali e leggi virtuali ed allora il tutto si limiterebbe ad essere solamente un gioco senza vere regole.

[22] I.A. CAGGIANO, *Il contratto nel mondo digitale*, in *Nuova giur. civ. comm*., 2018, p. 1152 ss.; R.G. PISCITELLI, *Negoziazione in rete e contratti "tra" computer*, in *Dir. inf. e informatica*, 2002, p. 1141; E. TOSI, *La dematerializzazione della contrattazione: il contratto virtuale con i consumatori alla luce della recente novella al Codice del Consumo di cui al D.Lgs. 21 febbraio 2014, n. 21*, in *Contratto e impresa,* 2014, pp. 1264-1315.

Capilli G, 'Innovazione tecnologica e responsabilità: un breve sguardo alla "sanità mobile" (mHealth)' (2023) 1 EJPLT, 55-70.
DOI: https://doi.org/10.57230/EJPLT231GC

EJPLT
ISSN 2704-8012



Innovazione tecnologica e responsabilità: un breve sguardo alla "sanità mobile" (mHealth).

Technological innovation and accountability: a brief look at 'mobile health' (mHealth).

GIOVANNA CAPILLI
Full Professor of Private Law
Università Telematica San Raffaele Roma

Abstract

Il contributo affronta il tema dell'innovazione tecnologica in ambito sanitario con riferimento alla c.d. "sanità mobile". In particolare, verrà affrontato il tema dei medical devices alla luce del Reg. UE 2017/745 sui dispositivi medici evidenziando le differenze con le lifestyle and wellbeing apps e fornendo alcune riflessioni in tema di responsabilità.

The contribution addresses the issue of technological innovation in healthcare with reference to "mobile healthcare". In particular, it will be discussed the medical devices in the light of EU Reg. 2017/745, highlighting the differences with lifestyle and wellbeing apps and providing some reflections on civil liability.

© The author(s) 2023, published by Suor Orsola Benincasa Università Editrice.
This contribution is licensed under a Creative Common Attribution 4.0 International Licence CC-BY-NC-ND, all the details on the license are available at: https://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/4.0/

Keywords: artificial intelligence; mHealth; medical devices; civil liability; cybersecurity; privacy.

Sommario: 1. Introduzione. – 2. Le terapie digitali e i medical devices. – 3. Big data e sanità. – 4. Terapie digitali e App per la salute come dispositivi medici. – 5. Le "*lifestyle and wellbeing apps*". – 6. Brevi considerazioni sulle nuove sfide in tema di responsabilità.

1. Introduzione

L'introduzione in ambito sanitario dei sistemi digitali, oggetti intelligenti e intelligenza artificiale, ha avviato una vera e propria rivoluzione sulle modalità e sul rapporto di cura che si instaura tra medico e paziente che assume un ruolo attivo nella gestione e monitoraggio della propria salute[1].

Negli ultimi anni anche il lessico e il dibattito scientifico sono stati caratterizzati dall'uso frequente di nuove espressioni: "sanità digitale", "medicina digitale", "telemedicina", "paziente virtuale", "app per la salute", "intelligenza artificiale per la medicina", "software come dispositivi medici"[2] etc.; tuttavia, si tratta di espressioni piuttosto generiche che rischiano di fuorviare l'interprete e creare fraintendimenti.

D'altra parte, oggigiorno in tutti i settori si parla di questi temi e ciò non deve sorprendere, ma anzi deve spronare gli studiosi ad analizzare le possibili implicazioni che tali trasformazioni possono generare.

Dopo tutto, durante l'emergenza sanitaria, le Autorità e il mondo scientifico hanno monitorato le opportunità offerte dalle soluzioni digitali per attagliarle al mondo della sanità e della salute, sviluppando, per esempio, la dematerializzazione delle ricette e dei referti medici, incentivando i controlli clinici da remoto, effettuando il tracciamento digitale dei contatti e tanto altro.

L'integrazione di app e dispositivi mHealth (abbreviazione di mobile Health) nella pratica clinica costituisce, quindi, una sfida importante e complessa; si pensi alla categoria delle tecnologie digitali per la salute (Digital Health Technologies) in cui è possibile segnalare centinaia di migliaia di applicazioni e strumenti che hanno le più

[1] Nel 2015, il Garante Europeo della protezione dei dati scriveva: «La sanità mobile («mHealth») è un settore in rapida crescita, frutto della convergenza tra sanità e ICT. Essa include applicazioni mobili progettate per fornire servizi sanitari con l'ausilio di dispositivi intelligenti, che spesso trattano dati personali concernenti la salute. Le applicazioni mHealth trattano, inoltre, grandi volumi di dati concernenti benessere e stile di vita.
Il mercato della mHealth è complesso in quanto molti operatori pubblici e privati, ad esempio, sviluppatori di applica- zioni, app store, produttori di dispositivi e operatori pubblicitari, esercitano la loro attività contemporaneamente e i modelli commerciali da essi adottati, sono in continua evoluzione e si adattano ai rapidi cambiamenti delle condizioni. Nondimeno, se trattano dati personali, essi devono rispettare le norme sulla protezione dei dati ed avere la responsabilità del trattamento di tali dati. Inoltre, in forza di tali norme, l'informazione sanitaria gode di un livello molto elevato di protezione.
Lo sviluppo della mHealth offre un grande potenziale in termini di miglioramento dell'assistenza sanitaria e della vita delle persone. In aggiunta, si prevede che i megadati, congiuntamente all'«Internet degli oggetti», avranno un impatto significativo sulla mHealth, in ragione del volume dei dati disponibili e della qualità delle deduzioni che da tali dati possono essere tratte. Si ritiene che l'mHealth aprirà nuovi orizzonti alla ricerca medica e che potrebbe, inoltre, ridurre i costi e semplificare il ricorso del paziente all'assistenza sanitaria».
https://edps.europa.eu/sites/edp/files/publication/15-05-21_mhealth_summary_it.pdf

[2] G. Gussoni, *Terapie Digitali, una opportunità per l'Italia*. *Tendenze Nuove*, Numero Speciale n. 01/2021.

diverse finalità, tra cui, per esempio, la diagnosi, il monitoraggio delle condizioni cliniche, il supporto alle decisioni del medico, l'intervento nei confronti della malattia.

Oggi ogni abitazione potrebbe diventare un luogo in cui ricevere prestazioni mediche secondo modalità telematiche attraverso una rete di mHealth in grado di erogare servizi decentralizzati.

La mHealth si realizza attraverso smartphone, software, internet, applicazioni dedicate al wellbeing e al lifestyle, digital assistant o altri dispositivi wireless che costituiscono i veri protagonisti di questa pratica medica e di salute pubblica. L'Organizzazione Mondiale della Salute (OMS) l'ha definita: «Una pratica di assistenza sanitaria pubblica e medica supportata dai dispositivi mobili, come smartphone, dispositivi per il monitoraggio del paziente, assistenza digitale personalizzata e altri dispositivi wireless»[3].

Le applicazioni mHealth vengono utilizzate con più frequenza e si basano principalmente sulla raccolta di dati personali e comportamentali, il che richiede particolare attenzione alla privacy degli utenti[4].

E' inevitabile, infatti, che attraverso tali applicazioni si possono acquisire molte informazioni essendo basati su servizi di messaggistica, geolocalizzazione e tecnologia bluetooth che richiedono al paziente l'inserimento di dati sanitari e comportamentali (si tiene traccia delle calorie consumate, dei segni vitali, sforzi fisici che vengono registrati in tempo reale) in un ambiente digitale dal quale gli operatori, anche economici, hanno la possibilità di attingere con la possibilità di attuare tecniche di profilazione al fine di effettuare pubblicità mirata.

Il tema è strettamente collegato anche alle IomT (internet of medical thing) che costituiscono oggi strumenti aventi innumerevoli applicazioni in ambito sanitario, per esempio, per la somministrazione di farmaci oppure per monitorare costantemente la salute del paziente, dati, che per avere una loro utilità, devono comunque essere connessi con gli Electronic Health Records, come può essere appunto il FSE (fascicolo sanitario elettronico).

Le tecnologie emergenti per la salute mobile, quindi, modificando le modalità con cui i pazienti raccolgono le informazioni relative alle loro condizioni di salute consentono ai medici di effettuare un costante monitoraggio che indubbiamente è di ausilio nella scelta della cura sempre più adeguata da prescrivere.

2. Le terapie digitali e *medical devices*

[3] Specificatamente su questo tema si veda anche il rapporto del Direttore Generale consultabile sul sito: https://apps.who.int/gb/ebwha/pdf_files/WHA71/A71_20-en.pdf, in cui si legge come «Today the term "digital health" is often used as a broad umbrella term encompassing eHealth as well as developing areas such as the use of advanced computing sciences (in the fields of "big data", genomics and artificial intelligence, for example)" e che "Increasing the capacity of Member States to implement digital health, and in particular mHealth, could play a major role in realizing that potential, particularly: by increasing access to quality health services (…), by increasing access to sexual and reproductive health services; reducing maternal, child and neonatal mortality (…), by reducing premature mortality from noncommunicable diseases and noncommunicable disease comorbidities (….), by increasing global health security (…), by increasing the safety and quality of care (…), by increasing patient, family, and community engagement (…)».

[4] Sul tema della privacy diversi sono i contributi dottrinali: I. RAPISARDA, *La privacy sanitaria alla prova del mobile ecosystem. Il caso delle app mediche,* in *Leggi Civ. Comm.,* 2023, 1, 184; C. IRTI, *L'uso delle "tecnologie mobili" applicate alla salute: riflessioni al confine tra la forza del progresso e la vulnerabilità del soggetto anziano,* in *Persona e Mercato*, 2023/1, 32-49.

L'impatto delle tecnologie mHealth sui pazienti sia sotto il profilo sanitario che economico è stato oggetto di diversi studi, che hanno verificato, per esempio, che i pazienti che utilizzavano le app conseguivano risultati di salute migliori ed erano in grado di regolare il proprio comportamento sanitario in maniera più efficace rispetto, invece, ai pazienti che non utilizzavano tali applicazioni.

Altri studi hanno posto l'attenzione sulla necessità di far superare la riluttanza dei pazienti all'utilizzo delle tecnologie.

In America, da un'indagine effettuata dal Rock Health e dallo Stanford Center for Digital Health[5], è emerso un aumento della preferenza degli adulti statunitensi per la comunicazione di problemi di salute tramite app mobili; in particolare, è stato evidenziato che circa il 44% degli intervistati tiene traccia della propria salute e condivide le informazioni sanitarie con i propri professionisti medici, il 25% utilizza la telemedicina e uno su 25 possessori di dispositivi indossabili utilizza un'applicazione per monitorare la propria salute.

In questo contesto si parla anche di Terapie Digitali (DTx) facendo riferimento a quelle tecnologie che «offrono interventi terapeutici che sono guidati da programmi software di alta qualità, basati su evidenza scientifica ottenuta attraverso sperimentazione clinica metodologicamente rigorosa e confermatoria, per prevenire, gestire o trattare un ampio spettro di condizioni fisiche, mentali e comportamentali»[6]
.

Le DTx possono essere utilizzate in modalità indipendente o associate ad altri interventi terapeutici, come per esempio un farmaco, e devono essere differenziate dalle applicazioni digitali che riguardano il benessere e la salute, disponibili per cittadini e pazienti.

Infatti, sebbene l'Italia sia ancora arretrata in questo campo non sussistendo terapie digitali prescrivibili o utilizzabili in ambito clinico e che siano riconosciute dal sistema sanitario nazionale, in altri Paesi, tra cui possiamo citare la Francia e la Germania, le DTx sono già autorizzate e disponibili su prescrizione medica e possono essere rimborsate dal servizio sanitario nazionale[7]

Le DTx vengono ricomprese nella categoria dei "Medical Devices", per cui rientrano nell'ambito di applicazione delle disposizioni contenute nel Regolamento UE 2017/745 che riguarda i dispositivi medici e che è entrato in vigore nel Maggio 2021. Nell'ambito del Regolamento europeo, tuttavia, è assente una trattazione specifica delle terapie digitali, per cui, dal punto di vista regolatorio, nasce l'esigenza di indicazioni specifiche

[5] https://rockhealth.com/insights/digital-health-consumer-adoption-report-2019/

[6] G. GUSSONI, *Terapie Digitali, una opportunità per l'Italia. Tendenze Nuove*, Numero Speciale n. 01/2021.

[7] Con il termine DiGA si intendono le app medicali digitali idonee per il rimborso secondo il DVG – Digital Healthcare Act – legge tedesca approvata nel novembre 2019. Per conseguire il rimborso per le terapie digitali in Germania, è necessario: fornire la certificazione CE come dispositivo medico e conformità con il GDPR; presentare una dimostrazione dei requisiti generali (protezione dei dati, sicurezza, interoperabilità e semplicità di utilizzo); fornire prova di una valutazione scientifica volto al miglioramento delle condizioni di salute attraverso studi clinici dedicati. In Francia dovrebbero essere regolamentate entro la fine del 2023, in particolare si legge che per raggiungere la conformità alle regolamentazioni francesi (che entreranno in pieno vigore a fine 2023), le DTx devono dimostrare questi requisiti: certificazione CE come SaaMD; conformità con il GDPR; HTA (*Health Technology Assessment*) svolto dal CNEDIMT e HAS; valutazione clinica della soluzione e benefit per il paziente; dimostrazione del valore clinico e socio-economico. Anche il Belgio sta seguendo l'esempio francese e tedesco (fonte: https://digitalhealthitalia.com/terapie-digitali-dtx-framework-disponibili-in-europa-uk-e-stati-uniti/).

che tengano in considerazione le loro peculiarità, tra cui il modo con cui queste tecnologie si evolvono rapidamente oltre alle possibili vulnerabilità dal punto di vista non solo della privacy, ma anche della cybersecurity.

Le minacce ai dispositivi medici possono essere ancora più preoccupanti a causa dei loro potenziali effetti sulla salute e sulla sicurezza dei pazienti, potendosi verificare interruzioni di infrastrutture critiche, delle comunicazioni e servizi, nonché interferenza con dispositivi medici che potrebbero alterare o falsificare dati critici o renderli non disponibili.[8]

Perciò è fondamentale comprendere esattamente il funzionamento delle terapie digitali; queste si basano proprio sull'interazione con il paziente attraverso cui che viene realizzato l'effetto terapeutico volto a correggere comportamenti disfunzionali che sono tipici di molteplici patologie croniche in prevalenza di tipo neuropsichiatrico, come la depressione, l'ansia, le dipendenze, l'insonnia, la schizofrenia, l'autismo, la sindrome da deficit di attenzione e iperattività nel bambino e tante altre, ma anche di tipo metabolico, si pensi, per esempio, all'obesità, all'ipertensione o al diabete.

Sostanzialmente da un lato il farmaco interagisce con la biologia del paziente, dall'altro le terapie digitali interagiscono con i pensieri e i comportamenti di chi le utilizza, in modo tale che il paziente e/o il caregiver finiscono per assumere necessariamente un comportamento attivo che diventa decisivo per gli esiti del percorso terapeutico.

3. Big data e sanità

L'impatto dei "Big Data" in ambito sanitario è determinante se si pensa che da un lato attraverso il loro utilizzo è possibile realizzare dispositivi medici che possano essere utili per i bisogni dei pazienti e dall'altro perché rappresentano una fonte inesauribile di informazioni utili per la ricerca.

Nel predisporre la terapia, infatti, le DTx consentono di raccogliere continuamente e in tempo reale dati e informazioni che alimentano banche dati utili per la ricerca al fine anche di adattare la stessa terapia; ciò significa che essendo notevole la quantità dei dati sensibili prodotti attraverso queste tecnologie diventa fondamentale agire su due fronti: privacy e cybersecurity.

Non si possono, infatti, sottovalutare alcuni studi in cui è emerso che, per esempio, nel 23% dei casi le trasmissioni dei dati degli utenti è avvenuto su protocolli di comunicazione non sicuri, il 28 % delle app non ha fornito politiche sulla privacy, mentre solo il 47% delle trasmissioni di dati degli utenti ha rispettato le regole sulla privacy. Conseguentemente, dal punto di vista della tutela dei dati personali, occorre ancora superare alcuni "gap" al fine di evitare, solo per fare qualche esempio, la condivisione dei dati personali senza il pieno consenso informato, il riutilizzo dei dati

[8] Manifesta tali preoccupazioni anche E. D. PERAKSLIS, *Cybersecurity in Health Care*, DOI: 10.1056/NEJMp1404358 july 31, 2014; sempre in tema di cybersicurezza nella sanità: J. DEAL- S. SAMBASIVAN, *Security Control Techniques: Cybersecurity & Medical Wearable Devices*, in *Journal of Information Systems Applied Research*, March 2022, 4 e ss., gli Autori hanno svolto uno studio per comprendere i controlli di sicurezza e le tecniche di cui i professionisti della sicurezza informatica hanno bisogno per proteggere i dispositivi medicali indossabili.

all'insaputa del paziente, violazioni dei dati che potrebbero esporre informazioni sensibili o personali.

4. Terapie digitali e App per la salute come dispositivi medici

Quando un'applicazione può essere considerata un dispositivo medico?

La risposta a tale interrogativo è determinante perché consente di verificare se il software debba essere o meno assoggettato alla disciplina che prevede l'apposizione del marchio CE e conseguentemente di poter di essere immesso in commercio quale dispositivo medico.

Districarsi tra le normative anche di derivazione europea non è facile.

Cercando di fare un *excursus* normativo, si deve fare riferimento alla Direttiva 90/385/CEE del Consiglio, del 20 giugno 1990, per il ravvicinamento delle legislazioni degli Stati Membri relative ai dispositivi medici impiantabili attivi, alla Direttiva 93/42/CEE del Consiglio, del 14 giugno 1993, concernente i dispositivi medici ed alla Direttiva 98/79/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 27 ottobre 1998, relativa ai dispositivi medico-diagnostici in vitro.

Le normative europee hanno trovato attuazione nell'ordinamento italiano rispettivamente con il Decreto Legislativo n. 507 del 14 dicembre 1992 (attuazione della direttiva 90/385/CEE concernente il ravvicinamento delle legislazioni degli Stati membri relative ai dispositivi medici impiantabili attivi), il Decreto Legislativo n. 46 del 24 febbraio 1997, (attuazione della Direttiva 93/42/CEE concernente i dispositivi medici), il Decreto Legislativo n. 332 dell'8 settembre del 2000 (attuazione della Direttiva 98/79/CE relativa ai dispositivi medico-diagnostici in vitro).

La disciplina sopracitata è stata oggetto di revisione con la Direttiva 2007/47/CE del Parlamento Europeo e del Consiglio, del 5 settembre 2007, che modifica la Direttiva 90/385/CEE del Consiglio per il ravvicinamento delle legislazioni degli Stati membri relative ai dispositivi medici impiantabili attivi, la Direttiva 93/42/CEE del Consiglio concernente i dispositivi medici e la Direttiva 98/8/CE relativa all'immissione sul mercato dei biocidi, il Decreto Legislativo n. 37 del 2010, attuazione della Direttiva 2007/47/CE che modifica le Direttive 90/385/CEE per il ravvicinamento delle legislazioni degli stati membri relative ai dispositivi medici impiantabili attivi, la 93/42/CE concernente i dispositivi medici e la 98/8/CE relativa all'immissione sul mercato dei biocidi, del 25 gennaio 2010.

Da ultimo, le Direttive sopra indicate sono state in gran parte abrogate dai Regolamenti EU 2017/745 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 5 aprile 2017, relativo ai dispositivi medici, che modifica la Direttiva 2001/83/CE, il Regolamento (CE) n. 178/2002 e il Regolamento (CE) n. 1223/2009 e che abroga le Direttive 90/385/CEE e 93/42/CEE del Consiglio e Regolamento (UE) 2017/746 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 5 aprile del 2017, relativo ai dispositivi medico-diagnostici in vitro e che abroga la Direttiva 98/79/CE e la Decisione 2010/227/UE della Commissione.

L'entrata in vigore del primo è stata in parte differita dal Regolamento (UE) 2020/561 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 23 aprile 2020, che modifica il Regolamento (UE) 2017/745 relativo ai dispositivi medici, per quanto riguarda le date

di applicazione di alcune delle sue disposizioni. In relazione a quanto non modificato e salvo alcune eccezioni, la data di entrata in vigore è il 26 maggio 2021. Mentre l'entrata in vigore del Regolamento relativo ai dispositivi medico-diagnostici in vitro è il 26 maggio del 2022, salvo determinate disposizioni la cui efficacia è anticipata o differita dal regolamento stesso.

L'Unione Europea, sostanzialmente, ha rielaborato le leggi che disciplinano i dispositivi medici e la diagnostica in vitro per allinearle agli sviluppi che si sono osservati nell'ultimo ventennio «al fine di garantire un quadro normativo solido, trasparente e sostenibile e mantenere un elevato livello di sicurezza, sostenendo nel contempo l'innovazione».

Si devono altresì citare il Regolamento 2020/561 del Parlamento Europeo e del Consiglio del 23 aprile 2020 che modifica il Regolamento (UE) 2017/745 sui dispositivi medici per quanto riguarda le date di applicazione di alcune sue disposizioni ed il Regolamento (UE) 2022/112 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 25 gennaio 2022, che modifica il Regolamento (UE) 2017/746 per quanto riguarda le disposizioni transitorie per alcuni dispositivi medico-diagnostici in vitro e l'applicazione differita delle condizioni per i dispositivi interni.

Il Regolamento (UE) 2017/745 ridefinisce la normativa dei dispositivi medici introducendo alcune significative novità; prima fra tutte la scelta del legislatore di adottare un atto giuridico direttamente applicabile dagli Stati Membri, restringendo lo spazio normativo entro cui si possano manifestare scelte legislative nazionali. Viene sottolineata la necessità di attestare il beneficio clinico determinato dai dispositivi medici, specificando che gli stessi non solo devono essere sicuri, ma anche avere efficacia sotto il profilo clinico[9]

All'art. 2 contiene diverse definizioni e, in particolare, specifica che per "dispositivo medico" si intende: «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 coadiuvata da tali mezzi».

Mentre in precedenza il software informatico non veniva considerato nella sua essenzialità, ma quale componente incorporato nel dispositivo e necessario al corretto funzionamento di questo, per cui costituiva un elemento di un determinato prodotto e veniva fatto rientrare nella stessa classe di rischio del prodotto, oggi assume una rilevanza autonoma.

[9] G. GUSSONI, *Terapie Digitali, una opportunità per l'Italia. Tendenze Nuove*, Numero Speciale n. 01/2021

Ma quando i software che vengono usati in campo medico rientrano nella definizione di dispositivo medico? Non vi rientrano, ad esempio, quelli che non eseguono nessuna elaborazione dei dati o si limitano ad archiviarli, trasmetterli, eseguire una semplice ricerca o comprimerli senza perdite. Risulta indispensabile che vi sia un'azione creatrice o modificatrice delle informazioni mediche e che queste funzioni siano svolte a beneficio del paziente, al fine di valutare i suoi dati clinici in modo tale da supportare o influenzare il processo di cure definito dai medici.

Anche la Corte di Giustizia si è espressa in relazione alla qualificazione di dispositivo medico relativo ad un apparecchio dotato di un sistema in grado di registrare segnali elettrici provenienti dal corpo umano (dal cuore, dal cervello e dai muscoli). Tuttavia, sebbene l'utilizzo di prodotti di questo genere sia frequente in ambito medico, il fabbricante aveva esplicitato nella documentazione ad esso allegata l'assenza di uno scopo medico e di una destinazione ad uso medico. Esso veniva, quindi, commercializzato senza marchiatura CE.

Il produttore affermava che il prodotto avesse finalità di studio e non finalità mediche; diversamente una società concorrente tedesca riteneva che nonostante la dichiarazione del fabbricante deponesse in senso contrario, si trattasse di un dispositivo medico e, pertanto, non fosse commercializzabile in Germania poiché sprovvisto dell'apposito marchio.

La Corte di Giustizia dell'Unione Europea è stata adita dal giudice francese nell'ambito di una controversia vertente proprio su un prodotto di questo tipo. Si tratta della sentenza della Corte di Giustizia 7 dicembre 2017, C-329/16: il Conseil d'Etat chiedeva alla Corte se un software inteso ad offrire un supporto nell'elaborazione della prescrizione di medicinali costituisse un dispositivo medico qualora esso avesse almeno una funzionalità che consentisse l'utilizzo dei dati personali di un paziente al fine di aiutare il suo medico nella predisposizione della sua prescrizione, in particolare rilevando le controindicazioni, le interazioni con altri medicinali e le posologie eccessive, pur non agendo nel o sul corpo umano. Nel caso di specie si trattava di un software che, stando alla normativa francese, avrebbe dovuto soddisfare una procedura di certificazione nazionale specifica per i software aventi in tutto o in parte funzionalità di supporto alla prescrizione medica. L'attore denunciava che siffatta procedura, se prevista in relazione ad un software già sottoposto a certificazione CE per la sua natura di dispositivo medico, avrebbe ulteriormente ostacolato la messa in circolazione del prodotto, configurandosi come una restrizione nazionale alla libera commercializzazione, in contrasto con l'articolo 4, 5 e 8 della Direttiva 93/42/CE e dell'articolo 34 del TFUE.

La questione pregiudiziale sollevata dal giudice francese ha dato modo alla Corte di ridefinire i confini dello scopo medico, quale requisito essenziale per qualificare un software dispositivo medico. Vengono individuate due condizioni cumulative che devono essere presenti: una attinente alle finalità perseguite, l'altra inerente all'azione prodotta. In particolare, la Corte afferma che «affinché il software rientri nell'ambito di applicazione della direttiva 93/42, non è sufficiente che esso sia utilizzato in ambito medico; è inoltre necessario che lo scopo previsto, definito dal fabbricante, sia specificamente medico (sentenza del 22 novembre 2012, Brain Products, C-219/11, EU:C:2012:742, paragrafi 16 e 17). Un software che non soddisfa tale condizione può

rientrare nell'ambito di applicazione di tale direttiva solo se è un accessorio di un dispositivo medico ai sensi dell'articolo 1, paragrafo 2, lettera b), della stessa. Tale software dovrebbe, quindi, essere trattato, ai fini di tale direttiva, ai sensi dell'articolo 1, paragrafo 1, della stessa, come un dispositivo medico a sé stante. Nella fattispecie, un software che incrocia i dati paziente-specifici con i farmaci che il medico intende prescrivere, ed è quindi in grado di fornire al medico, in maniera automatizzata, un'analisi volta a rilevare, in particolare, eventuali controindicazioni , interazioni farmacologiche e dosaggi eccessivi, è utilizzato a fini di prevenzione, monitoraggio, cura o attenuazione di una malattia e persegue pertanto un obiettivo specificamente medico, facendone un dispositivo medico ai sensi dell'articolo 1, paragrafo 2, lettera a), del Direttiva 93/42. Non è il caso, invece, dei software che, pur essendo destinati all'uso in ambito medico, hanno il solo scopo di archiviare, raccogliere e trasmettere dati, come i software di archiviazione dei dati medici del paziente, la cui funzione si limita ad indicare al medico curante il nome del farmaco generico associato a quello che intende prescrivere, oppure software destinato a indicare le controindicazioni menzionate dal produttore di quel farmaco nelle sue istruzioni per l'uso».

Ai fini della qualificazione giuridica di dispositivo medico, è quindi irrilevante il fatto che il software agisca o meno direttamente sul corpo umano, essendo invece fondamentale che esso esplichi una finalità specificatamente medica.

Pertanto, anche il software oggetto di causa deve considerarsi dispositivo medico in relazione alla finalità di supporto alla prescrizione medica, attraverso una rilevazione delle controindicazioni, di interazioni con altri medicinali e di dosaggi eccessivi, e soltanto in relazione a questo modulo il fabbricante deve predisporre la dichiarazione di conformità oggetto della marcatura CE.

Rispetto alla precedente sentenza della Corte (Brain Products, C-219/11), peraltro più volte richiamata nella decisione del 2017, si nota come lo scopo medico assuma connotati sempre più definiti.

La stessa definizione di destinazione d'uso viene revisionata al fine di rendere ancora più saldo il legame tra la scelta indiscutibile del fabbricante e la finalità per la quale il dispositivo viene realizzato. L'articolo 2 del Regolamento la definisce: "l'utilizzo al quale è destinato un dispositivo secondo le indicazioni fornite dal fabbricante sull'etichetta, nelle istruzioni per l'uso o nel materiale o nelle dichiarazioni di promozione o vendita e come specificato dal fabbricante nella valutazione clinica".

La finalità d'uso deve, quindi, essere specificata, non solo nel materiale informativo che accompagna la commercializzazione del dispositivo, bensì anche nella documentazione atta a valutare in maniera continuativa, nella fase seguente alla messa in commercio, i livelli di prestazione. La valutazione clinica è, infatti, un processo sistematico e programmato atto a produrre, raccogliere, analizzare e valutare in maniera continuativa i dati clinici relativi a un dispositivo per verificarne la sicurezza e le prestazioni, benefici clinici compresi, quando è utilizzato come previsto dal fabbricante.

Come anticipato dalla Corte di Giustizia dell'Unione Europea nella sentenza C-329/16, per quanto concerne il software, assume importanza essenziale la destinazione d'uso impressa dal fabbricante, a nulla rilevando né le modalità di utilizzo né il contesto nel quale viene adoperato. Il considerando n. 19 del Regolamento

745/2017 precisa, infatti, che «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. Inoltre, 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».

È ciò si riflette anche nella diversa terminologia utilizzata nelle linee guida sulla qualificazione e classificazione dei software nel Regolamento UE 2017/745 e nel Regolamento UE 2017/746: non si parla più di stand alone software, ma di "*Medical Device Software*"; concetto del tutto indipendente dal fatto che il software sia o meno incorporato in un apparecchio.

La definizione di dispositivo medico software risiede oggi unicamente nella destinazione d'uso, ossia nella finalità per la quale viene valutato e posto in commercio. Inoltre, il suo utilizzo può essere indirizzato a professionisti o a utilizzatori profani, cioè pazienti o terze parti.

In questo senso, si è espresso anche il Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardia (Sezione Quarta) 23/02/2022 che ha respinto il ricorso di una società che assumeva l'illegittima ammissione ad una gara di appalto di altra società. In particolare, si legge nella sentenza che: «l'oggetto dell'appalto consisteva nella fornitura del servizio di telesorveglianza sanitaria domiciliare per pazienti affetti da broncopneumopatia cronica ostruttiva (BPCO) grave e molto grave e per pazienti affetti da scompenso cardiaco cronico medio grave, da effettuarsi attraverso l'utilizzo di apparecchiature per l'acquisizione dei parametri del paziente e la fornitura di servizi collegati all'archiviazione, valutazione e gestione dei pazienti e dei parametri, complete delle componenti (esterne o integrate) necessarie alla gestione della trasmissione; tali apparecchiature erano rappresentate (i) da "pulsossimetri", ovvero saturimetri, in grado di rilevare la SpO2 mediante sensore riutilizzabile, con possibilità di installare la app sullo smartphone dei pazienti, e (ii) da "apparati per elettrocardiografia", ossia elettrocardiografi, in grado di rilevare il segnale elettrocardiografico monocanale, con possibilità di installare la app sullo smartphone dei pazienti».

Secondo la ricorrente, la predetta piattaforma telematica per la gestione del servizio di telemedicina presupponeva che la stessa sarebbe destinata ad un utilizzo a fini medici e, pertanto, avrebbe dovuto essere munita, contrariamente a quanto avvenuto, della necessaria certificazione di conformità CE relativa ai dispositivi medici. Poiché, invece, la resistente aveva offerto una piattaforma telematica per la gestione del servizio di telemedicina (ossia il software) e una applicazione, non meglio identificata e quindi del tutto indeterminata (da installare nello smartphone da fornire in dotazione ai pazienti e destinata ad acquisire i dati rilevati dagli apparati elettromedicali, trasmettendo gli stessi alla piattaforma telematica), non provviste della necessaria certificazione di conformità CE quali dispositivi medici, l'appalto non avrebbe dovuto essere assegnato.

Il Tar, nel caso di specie, ha rigettato il ricorso proprio in base ai principi espressi dalla CGCE sopra citata.

Il Regolamento 2017/745 considera anche l'ipotesi in cui il dispositivo medico venga venduto online e utilizzato a scopi diagnostici o terapeutici tramite servizi offerti a

distanza. L'articolo 6 rende applicabile la normativa dei dispositivi medici anche ai dispositivi offerti a una persona fisica o giuridica stabilita nell'Unione mediante i servizi della società dell'informazione, quali definiti all'articolo 1, paragrafo 1, lettera b), della Direttiva (UE) 2015/1535 e prescrive che un dispositivo non immesso sul mercato, ma utilizzato nell'ambito di un'attività commerciale, a titolo oneroso o gratuito, per fornire un servizio diagnostico o terapeutico mediante i servizi della società dell'informazione o con altri mezzi di comunicazione, direttamente o tramite intermediari, a una persona fisica o giuridica stabilita nell'Unione debba soddisfare i requisiti del presente regolamento.

In questo modo anche un'app disponibile su uno store online, per essere definita app medica, nel senso di equivalente ad un dispositivo medico e, pertanto, dotata di marchio CE attestante la conformità ai livelli minimi di protezione e sicurezza, dovrà rispettare i requisiti previsti dal Regolamento.

Su richiesta di un'autorità competente, ogni persona fisica o giuridica che offre un dispositivo o fornisce un dispositivo ai sensi dell'articolo 6 deve rendere nota la dichiarazione di conformità UE. Tuttavia, per motivi di protezione della salute pubblica, uno Stato membro può imporre che i prestatori di servizi della società dell'informazione cessino le proprie attività.

In base all'articolo 51 del Regolamento «i dispositivi sono suddivisi nelle classi I, IIa, IIb e III, in funzione della destinazione d'uso prevista dei dispositivi e dei rischi che comporta. La classificazione è effettuata conformemente all'allegato VIII». «Se il dispositivo in questione è destinato a essere utilizzato in combinazione con un altro dispositivo, le regole di classificazione si applicano separatamente a ciascun dispositivo. Gli accessori per un dispositivo medico sono classificati separatamente dal dispositivo con cui sono impiegati».

Nell'allegato VIII al Regolamento (UE) 2017/746 la regola 3.3 dispone che «il software destinato a far funzionare un dispositivo o a influenzarne l'uso rientra nella stessa classe del dispositivo. Se il software non è connesso con nessun altro dispositivo, è classificato separatamente».

Il pericolo principale associato ad un software consiste nel potenziale fallimento nel fornire informazioni corrette.

Ecco la ragion per cui per essi è stata introdotta una specifica regola, la n. 11, in base alla quale "il software destinato a fornire informazioni utilizzate per prendere decisioni a fini diagnostici o terapeutici rientra nella classe IIa, a meno che tali decisioni abbiano effetti tali da poter causare: il decesso o un deterioramento irreversibile delle condizioni di salute di una persona, nel qual caso rientra nella classe III, o un grave deterioramento delle condizioni di salute di una persona o un intervento chirurgico, nel qual caso rientra nella classe IIb. Il software destinato a monitorare i processi fisiologici rientra nella classe IIa, a meno che sia destinato a monitorare i parametri fisiologici vitali, ove la natura delle variazioni di detti parametri sia tale da poter creare un pericolo immediato per il paziente, nel qual caso rientra nella classe IIb. Tutti gli altri software rientrano nella classe I".

Inoltre, poiché per definizione il software viene inserito nell'ambito dei dispositivi medici attivi di cui all'articolo 2 n. 4 («qualsiasi dispositivo il cui funzionamento dipende da una fonte di energia diversa da quella generata dal corpo umano per tale scopo o

dalla gravità e che agisce modificando la densità di tale energia o convertendola. I dispositivi destinati a trasmettere, senza modifiche di rilievo, l'energia, le sostanze o altri elementi tra un dispositivo attivo e il paziente non sono considerati dispositivi attivi»), alla luce della regola 3.5, qualora siano ad esso applicabili regole più restrittive, è a queste che bisogna far riferimento.

Un esempio di software dispositivo medico appartenente alla prima classe sono le app di supporto al concepimento le quali calcolano lo stato di fertilità dell'utilizzatore basandosi su un algoritmo statistico validato che elabora i dati inseriti dall'utente relativi alla temperatura corporea e ad altri semplici parametri, mentre nella seconda classe si possono, invece, includere i software finalizzati a fornire suggerimenti terapeutici in base all'elaborazione di dati inerenti la storia clinica del paziente ed i referti medici ad esso imputabili.

Un potenziale maggior rischio è associato, ad esempio, ad app volte alla misurazione del battito cardiaco e al riconoscimento di anomalie con immediato invio dell'informazione ai medici per guidarli nella diagnosi.

Infine, nella classe di rischio più elevata si hanno software come quelli volti ad eseguire diagnosi mediante analisi di immagini per prendere decisioni terapeutiche in pazienti con ictus in fase acuta.

5. Le "*lifestyle and wellbeing apps*"

A differenza delle applicazioni mediche che sono soggette ad una procedura di approvazione specifica per i dispositivi medici, vi sono delle app che seppure riferibili alla salute sono prive di scopo medico, con la conseguenza che non necessitano di autorizzazioni per la commercializzazione e ciò è dovuto al fatto che sostanzialmente non presentano particolari rischi per la sicurezza degli utilizzatori. Tra queste vi rientrano, per esempio, quelle create per monitorare ed organizzare le proprie informazioni sanitarie; quelle volte a facilitare l'accesso alle informazioni relative ai propri trattamenti; quelle volte ad agevolare la comunicazione con coloro che forniscono assistenza sanitaria; i sistemi volti all'automatizzazione di semplici compiti svolti dagli operatori sanitari ed, infine, le app che consentono ai pazienti ed ai medici di interagire con Personal Health Record o Electronich Health Record.

La definizione di "Medical Mobile App" si può rinvenire nelle linee guida dalla FDA (Food Drug Administration) in cui già venivano escluse le applicazioni dedicate al wellness e al lifestyle, poichè prive dello scopo medico delineato nella normativa dei dispositivi medici.

La "Food and Drug Administration" (FDA) ha emesso, a settembre del 2019, un documento che specifica nel dettaglio come ritiene di applicare la sua regolamentazione al software destinato alle Piattaforme Mobili, utilizzate in ambito medico (Applicazioni Mobili Mediche o "Mobile Medical App"). Con l'emanazione della regolamentazione sulle Applicazioni Mediche Mobili, la FDA si è posta l'obiettivo di proteggere i pazienti e migliorare l'assistenza sanitaria, riducendo i potenziali errori medici.

Le linee guida sono state in seguito aggiornate nel 2015 e da ultimo nel 2019, in conformità alle modifiche introdotte dalla sezione 3060 del 21st Century Care Act.

Le app mediche mobili sono dispositivi medici che soddisfano la definizione di dispositivo medico e rappresentano un accessorio di un dispositivo medico regolamentato o trasformano una piattaforma mobile in un dispositivo medico regolamentato.

I consumatori possono utilizzare sia app mediche mobili che app mobili per gestire la propria salute e benessere, ad esempio per monitorare il proprio apporto calorico per mantenere un peso sano. Ad esempio, l'app LactMed del National Institutes of Health fornisce alle madri che allattano informazioni sugli effetti dei medicinali sul latte materno e sui bambini che allattano.

Altre app mirano ad aiutare gli operatori sanitari a migliorare e facilitare la cura dei pazienti. L'app REMM (Radiation Emergency Medical Management) fornisce agli operatori sanitari una guida sulla diagnosi e il trattamento delle lesioni da radiazioni. Alcune app mediche mobili possono diagnosticare il cancro o anomalie del ritmo cardiaco o fungere da "comando centrale" per un glucometro utilizzato da un paziente diabetico insulino-dipendente.

La definizione stessa di Mobile Medical Application introduce un'importante novità.

Una "mobile medical app" è un'app che incorpora device software functionality che rientra nell'ambito di applicazione della sezione 201(h) del FD&C act e che si essere come accessori di dispositivi medici o per trasformare una piattaforma mobile in un dispositivo medico. La destinazione d'uso dell'app è ancora determinante ai fini dell'applicazione della normativa dei dispositivi medici e conseguentemente sul controllo che intende effettuare la FDA.

Piattaforme come GoogleFit, Apple Healthkit non sono dispositivi medici, ma contribuiscono al perseguimento di una vita più sana[10].

Molto spesso queste app per smartphone sono scaricabili gratuitamente, e questo può essere un incentivo all'utilizzo. Esse richiedono, però, all'utente di fornire numerosissime informazioni personali che per il fruitore di servizi assumono valore economico nel più ampio contesto della data economy.

In questo ambito, assume rilievo anche quanto disposto dalla Direttiva (UE) 2019/770 (attuata in Italia con il d. lgs. 173/2021) relativa alla fornitura di contenuti digitali e di servizi digitali[11].

In base al disposto dell'art. 3 della Direttiva si precisa che la stessa non si applica ai servizi sanitari ai sensi dell'art. 3 lett. a) della Direttiva 2011/24/UE in cui si specifica che per "assistenza sanitaria" si intendono «i servizi prestati da professionisti sanitari a pazienti, al fine di valutare, mantenere o ristabilire il loro stato di salute, ivi compresa la prescrizione, la somministrazione e la fornitura di medicinali e dispositivi medici».

La Direttiva 770/2019, pertanto, potrebbe trovare applicazione per qualsiasi contenuto digitale o servizio digitale che costituisce un dispositivo medico, ad esempio

[10] Per esempio l'applicazione di Apple denominata anche "app salute" si presenta come una funzione che racchiude una serie di funzioni dedicate al fitness e alla salute.

[11] G. CAPILLI - R. TORINO, *Codice del consumo: le novità per i contratti di vendita e fornitura di beni digitali*. Milano, 2022.

le applicazioni sanitarie, e che può essere ottenuto dal consumatore senza che sia prescritto o fornito da un professionista sanitario[12].

In base alla nuova normativa sulla vendita di contenuti e servizi digitali sembra potersi affermare che la differenza tra servizio sanitario e servizio non sanitario non sia la destinazione d'uso, che rappresenta, invece, il criterio previsto dalla normativa sui dispositivi medici, ma piuttosto il fatto che il prodotto sia o meno soggetto a prescrizione medica.

In ogni caso si può ritenere che le nuove disposizioni inerenti alla fornitura, alla conformità, alla responsabilità dell'operatore economico per difetti di conformità nonché le norme relative ai rimedi per la mancata fornitura e la modifica del contenuto o del servizio digitale saranno applicabili alle app relative al benessere ed al lifestyle.

I beni con elementi digitali, ossia 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 del bene, sono disciplinati dalla Direttiva 2019/771/UE. Per questa categoria di beni l'elemento digitale interconnesso è l'applicazione anche quando il contenuto digitale o il servizio digitale incorporato o interconnesso non viene fornito dal venditore, ma da un terzo. A tali beni si applicheranno tutte le disposizioni relative agli aggiornamenti del software e alla installazione.

Da ultimo il Regolamento di esecuzione (UE) 2021/2226 della Commissione del 14 dicembre 2021, recante modalità di applicazione del regolamento (UE) 2017/745 del Parlamento europeo e del Consiglio per quanto riguarda le istruzioni per l'uso elettroniche dei dispositivi medici, prevede che per alcuni dispositivi medici può essere vantaggioso disporre di istruzioni per l'uso in forma elettronica, invece, che su supporto cartaceo. Ciò consente di ridurre l'onere ambientale e i costi per l'industria dei dispositivi medici, mantenendo o migliorando nel contempo il livello di sicurezza. Ma si prevede altresì che al fine di diminuire per quanto possibile i potenziali rischi, l'opportunità di fornire istruzioni per l'uso in forma elettronica invece che su supporto cartaceo dovrebbe essere soggetta a una specifica valutazione dei rischi a cura del fabbricante.

La disciplina contenuta nel GDPR è richiamata anche nell'art. 110 del Regolamento 2017/745/UE in base al quale si prevede che gli Stati membri applichino la Direttiva 95/46/CE al trattamento dei dati di carattere personale effettuato nel loro territorio a norma del presente regolamento, facendo salve le norme riguardanti la protezione dei dati personali.

Il richiamo al GDPR è anche introdotto nella Direttiva 2019/770/UE a dimostrazione del fatto che la tutela dei dati personali diventa elemento essenziale in ambito digitale.

[12] Cfr. il considerando n. 29 che specifica: «La presente direttiva non dovrebbe applicarsi all'assistenza sanitaria, come definita nella direttiva 2011/24/UE del Parlamento europeo e del Consiglio (5). L'esclusione dell'assistenza sanitaria dall'ambito di applicazione della presente direttiva dovrebbe applicarsi anche ai contenuti digitali o servizi digitali che costituiscono un dispositivo medico, quale definito nelle direttive 93/42/CEE (6) e 90/385/CEE (7) del Consiglio e dalla direttiva 98/79/CE del Parlamento europeo e del Consiglio (8), laddove il dispositivo medico in questione sia prescritto o fornito da un professionista sanitario ai sensi della direttiva 2011/24/UE. La presente direttiva dovrebbe tuttavia applicarsi a qualsiasi contenuto digitale o servizio digitale che costituisce un dispositivo medico, come le applicazioni sanitarie, e che può essere ottenuto dal consumatore senza che sia prescritto o fornito da un professionista sanitario».

Ai sensi del GDPR nel contesto mobile sviluppatori, app store, fornitori di sistemi operativi, fornitori di biblioteche e produttori di hardware dovranno garantire l'effettiva conformità ai principi sanciti nel Regolamento.

6. Brevi considerazioni sulle nuove sfide in tema di responsabilità

Il crescente uso di soluzioni di sanità digitale (mHealth) implica inevitabilmente la necessità di individuare e ripartire le responsabilità tra i soggetti coinvolti.

Lo sviluppo e il marketing dei dispositivi medici è un processo complesso attraverso il quale i produttori devono tenere in considerazione molti requisiti e obblighi normativi prescritti proprio dal Regolamento UE 745/2017.

Si pensi ai progettisti, ai fornitori, nonché a coloro che si occupano del funzionamento delle applicazioni oltreché ai produttori di dispositivi[13].

Occorre, infatti, considerare che i danni che possono derivare al paziente potrebbero avere cause diverse, per esempio per la difettosità dell'apparecchi utilizzato, per una diagnosi sbagliata da parte dell'operatore sanitario in conseguenza di dati inesatti perché raccolti in maniera errata dall'apparecchio oppure perché selezionati in maniera errata dal paziente, per errori dello specialista IT, per un uso errato del dispositivo da parte del paziente, per l'invio di dati sbagliati al medico.

Quelle sopraelencate rappresentano solo alcune delle possibili cause, e già da esse traspaiono quali potrebbero essere le problematiche in termini anche di concorso di colpa degli operatori, di prova del nesso causale e di interruzione dello stesso anche per motivi di caso fortuito.

In questo contesto rientrano anche le ipotesi di responsabilità per mancanza di sicurezza informatica e ciò arricchisce il quadro delle problematiche che i legislatori ed in particolare quello europeo devono considerare.

Da questo punto di vista, è veramente difficile individuare le singole responsabilità se si tiene in considerazione il fatto che nell'ipotesi di danni dovuti all'impiego di "dispositivi medici" (e in tale ambito facciamo rientrare anche il software qualora abbia le caratteristiche sopra descritte) si potrebbero potenzialmente chiamare in causa diverse categorie di soggetti potenzialmente responsabili, ma con ruoli totalmente differenti. Si pensi per esempio da un lato a tutti coloro che hanno contribuito a realizzare il dispositivo medico (software house, fornitore dei dati, addestratore dell'algoritmo, produttore) e dall'altro tutti coloro che hanno utilizzato il dispositivo e quindi categoria possiamo ricomprendere le strutture sanitarie, i singoli professionisti sanitari, lo stesso paziente[14].

---

[13] Già nel 2014 il Consiglio d'Europa con il LIBRO VERDE sulla sanità mobile ("mHealth") dell'11 aprile 2014 COM(2014) 219 final, evidenziava la complessità della questione volta a determinare l'eventuale responsabilità derivante dall'uso di una soluzione di mHealth tenuto conto dei numerosi attori coinvolti quali appunto il produttore della soluzione di sanità mobile, l'operatore sanitario, qualsiasi altro operatore del settore sanitario che abbia un ruolo nel trattamento del paziente, nonché il fornitore di servizi di comunicazione elettronica che consente l'accesso a Internet.

[14] A. FIORENTINI, *Machine learning e dispositivi medici: riflessioni in materia di responsabilità civile*, in *Corr. Giur*. 2021, 10, 1258.

Si intersecano inevitabilmente, quindi, diversi profili di responsabilità, e da quella per prodotto difettoso, quella responsabilità da intelligenza artificiale, e quella per mancanza di conformità.

Se per quest'ultima abbiamo richiamato la disciplina oggi contenuta nel codice del consumo sui contenuti digitali e servizi digitali, per quanto concerne la responsabilità del prodotto difettoso ed intelligenza artificiale la questione diventa più complessa in ragione anche delle normative specifiche che riguardano i dispositivi medici.

Tuttavia, poiché l'approccio sulla responsabilità implica necessariamente che il danno si sia verificato, l'ottica in cui ci si deve porre soprattutto in ambito sanitario è quello della sicurezza, anche informatica, che rappresenta la modalità attraverso cui fornire ai produttori di soluzioni di sanità digitale, nonché agli operatori sanitari e ai fruitori di queste soluzioni, regole, protocolli e strumenti per prevenire e ridurre i rischi che possono presentare tali soluzioni di *mHealth*.

La tecnologia ha indiscutibilmente migliorato l'assistenza sanitaria, ma ci si deve assicurare che i benefici promessi possano essere erogati in modo sicuro.

Scotti A, 'Soggetti vulnerabili e problemi di accesso al mercato bancario e finanziario' (2023) 1 EJPLT, 71-83.
DOI: : https://doi.org/10.57230/EJPLT231AS

EJPLT
ISSN 2704-8012



Soggetti vulnerabili e problemi di accesso al mercato bancario e finanziario.

Vulnerable people and difficulties in accessing the banking and financial market.

ANNA SCOTTI
Associate Professor
Università degli Studi di Napoli Federico II

Abstract

Il mercato bancario e finanziario rappresenta un ambito ideale per esaminare l'idoneità della normativa di protezione del cliente alla tutela di soggetti vulnerabili. In particolare, si rilevano frequenti ostacoli in fase di accesso ai servizi bancari e finanziari, in parte oggetto di normative speciali, in parte evitabili con una corretta applicazione delle regole generali di comportamento degli intermediari. Ma si considerano le opportunità che derivano dalla cooperazione tra discipline pubbliche e privatistiche e, in particolare, il valore dell'autoregolamentazione.

The banking and financial market represents an ideal area for examining the suitability of customer protection regulations for the protection of vulnerable individuals. In particular, it is possible to detect frequent obstacles when accessing banking and financial services, some of which are the subject of special regulations and some of which can be avoided by the proper application of general rules of conduct for intermediaries. But consider the opportunities arising from cooperation between public and private law and, in particular, the value of self-regulation.

© The author(s) 2023, published by Suor Orsola Benincasa Università Editrice.
This contribution is licensed under a Creative Common Attribution 4.0 International Licence CC-BY-NC-ND, all the details on the license are available at: https://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/4.0/

Parole chiave: contratti bancari – servizi di investimento – nuove vulnerabilità – obblighi di condotta - divieto di discriminazione – autoregolamentazione.

Sommario: 1. Introduzione. – 2. La tutela del cliente nel mercato bancario e finanziario. – 3 . I soggetti vulnerabili. – 4. Divario digitale e mercato bancario e finanziario. – 5. Soggetti vulnerabili e esclusione finanziaria. – 6. L'intervento del legislatore. – 7. Prospettive di tutela del cliente vulnerabile.

1. Introduzione.

I rapporti contrattuali che si costituiscono nel settore bancario e finanziario rappresentano un ideale punto di confluenza di un sistema di protezione che, talvolta con i medesimi strumenti, è diretto alla tutela di interessi individuali e generali[1], i primi dei clienti fisiologicamente in posizione asimmetrica rispetto agli intermediari, gli altri del sistema che esige la stabilità ed efficienza del settore bancario e finanziario. Gli interessi particolari, se non quando asserviti al soddisfacimento delle esigenze pubbliche[2], hanno concorso con queste su un piano di pari rilevanza: emblematico è il testo dell'art. 21 t.u.f. che impone all'intermediario di servizi finanziari di comportarsi con diligenza, correttezza e trasparenza, *per servire al meglio l'interesse dei clienti e per l'integrità dei mercati.* Anche nelle pieghe della disciplina del rapporto bancario emerge la medesima doppia anima delle norme a tutela del cliente: basti pensare all'art. 127 tub che include nel perimetro della vigilanza delle Autorità creditizie, e, quindi, nel *public enforcement*, anche la trasparenza delle condizioni contrattuali e la correttezza dei rapporti con la clientela; oppure, ancora, alla normativa del credito ai consumatori, nella quale la previsione degli obblighi di condotta della banca è espressamente ricondotta non solo alla possibilità per il consumatore di assumere una decisione informata e consapevole, ma anche alla confrontabilità delle offerte sul mercato (art. 124 tub), quest'ultima interpretata come disposizione evidentemente inserita con finalità di garanzia della concorrenza[3].

Tale approccio ha quale termine di riferimento la relazione esistente tra tutela del consumatore e corretto funzionamento del mercato, giacché la protezione della libertà di scelta del consumatore favorisce l'interesse a una effettiva competizione[4]: nel settore che qui interessa, il legame è ancora più rafforzato dal valore – riconosciuto anche in sede costituzionale – del risparmio dei singoli e delle famiglie. Recentemente, tuttavia, il punto di equilibrio si è spostato progressivamente sulla centralità del

[1] E. CAPOBIANCO, *Contrattazione bancaria e tutela dei consumatori*, Napoli, 2000, 55 ss.

[2] L'evoluzione da una normativa diretta a garantire la stabilità del mercato, fonte di tutele solo indirette per il cliente, alle discipline conformative della relazione con quest'ultimo è tratteggiata da A. ANTONUCCI, *Le regole del mercato finanziario: la tutela del risparmiatore tra passato, presente e futuro*, in *Janus*, 2019, 28 ss.

[3] M. SEMERARO, *Informazioni adeguate e valutazione del merito creditizio: opzioni interpretative nel credito ai consumatori*, in *Riv. dir. civ.*, 2021, 689.

[4] G. GUIZZI, *Contratto e intesa nella disciplina a tutela della concorrenza*, in G. GUIZZI, *Il mercato concorrenziale: problemi e conflitti*, Milano, II ed., 2018, 60.

cliente/investitore[5], in linea con l'accresciuta rilevanza della persona e dei suoi diritti fondamentali anche nell'esercizio di prerogative e di facoltà a contenuto patrimoniale.

2. La tutela del cliente nel mercato bancario e finanziario.

In via generale, il processo appena accennato ha determinato una evoluzione dello stesso concetto di consumatore, oggi più che mai *frastagliato*[6]. L'insufficienza delle rigide maglie della definizione del Codice del consumo non ha impedito, infatti, la costruzione autonoma di un concetto di contraente debole nei rapporti bancari e finanziari, identificato nel *cliente*, che ricomprende anche soggetti che non sono consumatori, ma che sono ugualmente esposti alle conseguenze derivanti dall'asimmetria di posizione con l'impresa bancaria e finanziaria[7].

Alla *clientela* sono dedicate due fondamentali disposizioni nel Testo Unico Bancario e nel Testo Unico della Finanza: nel primo, come già ricordato, l'art. 127 dispone che le autorità creditizie esercitano i poteri avuto riguardo, tra gli altri, alla correttezza dei rapporti con la clientela, nel secondo, l'art. 21 stabilisce che gli intermediari sono obbligati ad agire con diligenza, correttezza e trasparenza per soddisfare al meglio gli interessi dei propri clienti.

Alla realizzazione dell'interesse di questi ultimi risponde, per entrambi i settori, una complessa disciplina del contratto, sia bancario che di investimento, declinata innanzitutto in puntuali e analitici obblighi di forma e di contenuto, essenziali per la sua validità: la relazione con il cliente, però, ha il suo più rilevante connotato negli obblighi di informazione che devono porre in condizione quest'ultimo di assumere una decisione consapevole. Ne è derivata la costruzione di un sistema molto complesso che, almeno in teoria, fa sì che l'intermediario accoglie il cliente e, nell'adempimento di numerosi e dettagliati obblighi di condotta – ora ispirati a una evidente logica paternalistica, ora mitigati dalla rilevanza dell'autoresponsabilità del cliente[8] – realizzano un percorso protetto dalla fase precontrattuale alla conclusione del rapporto. Peraltro, il complesso degli obblighi e delle relative tutele è modulato sulle diverse tipologie di contraenti, movendo da un dato comune per i rapporti bancari e finanziari rappresentato dall'esclusione dell'applicabilità del Codice del Consumo, in quanto la normativa di protezione è edificata sulle peculiarità delle attività bancarie e di investimento[9]. Infatti, poi, la diversificazione delle regole di condotta imposte agli intermediari non riguarda tanto i contratti bancari – sebbene siano dedicate specificamente al *consumatore* le disposizioni sul credito ai consumatori e sul credito immobiliare ai consumatori, di cui ai capi I e I bis del titolo V) del tub – ma i rapporti di investimento, per i quali è differenziata,

---

[5] G. GUIZZI, *Attualità e prospettive nel sistema della tutela del risparmio*, in *Corr. Giur.*, 2016, 746

[6] S. PAGLIANTINI, *Il consumatore "frastagliato" (Istantanee sull'asimmetria contrattuale tra vicende circolatorie e garanzie*), Bari, 2021.

[7] P. SIRENA-D. FARACE, *I contratti bancari del consumatore*, in E. CAPOBIANCO (a cura di), *I contratti bancari,* in *Trattato dei contratti diretto da Pietro Rescigno e Enrico Gabrielli,* Torino, 2016*,* 303 ss..

[8] N. IRTI, *L'ordine giuridico del mercato*, Bari, 2004, 51.

[9] A. GENOVESE, *Pratiche commerciali scorrette e offerta di servizi di investimento*, in C. GIUSTOLISI (a cura di), *La direttiva Consumer Rights. Impianto sistematico della Direttiva di armonizzazione massima,* Roma, 2017, 95 ss.

con diversi corrispondenti fasci di obblighi e livelli di tutela, la clientela al dettaglio dalle controparti qualificate e dalla clientela professionale.

Un sistema così articolato e complesso si pone l'ambizione di chiudere un sistema circolare di protezione attorno al cliente, ma, ciò nonostante, non sono scongiurati vuoti di tutela nei confronti di soggetti che, anche a valle del corretto adempimento degli obblighi di condotta degli intermediari, si trovano a compiere scelte non ponderate o, comunque, non consapevoli, con effetti pregiudizievoli nella loro sfera patrimoniale. Talvolta, la causa è rintracciabile nel deficit strutturale del complesso di discipline, come l'eccesso di informazione[10], il suo elevato tecnicismo, piuttosto che nell'applicazione solo formale della normativa; in altri casi, si verificano situazioni che sfuggono agli stringenti vincoli di condotta per gli intermediari, perché le esigenze di protezione hanno origine direttamente nella situazione soggettiva del cliente.

3. I soggetti vulnerabili.

Lo scenario da ultimo accennato può presentarsi per una molteplicità di ragioni diverse: disabilità, anzianità, analfabetismo digitale, discriminazione razziale, povertà, secondo una tipologia descrittiva, giocoforza non completa, che è poi esattamente riproducibile per individuare categorie di soggetti per i quali sussistono rilevanti difficoltà nell'accesso ai servizi bancari e finanziari. A questi ultimi saranno dedicate le osservazioni che seguono.

Sono i soggetti vulnerabili. Ma, quali siano i caratteri della vulnerabilità nel sistema ordinamentale non è nodo facile da sciogliere. La figura – se si prescinde dalle misure di sostegno agli incapaci, contenute nel Codice civile, su cui *infra* nel testo[11] - ha nel diritto interno un minimo riconoscimento nella disciplina delle pratiche commerciali sleali (artt. 27 bis e ter cod. cons.); di converso, vi è ampia attenzione nella normativa europea e, soprattutto, in atti di *soft law* [12]. Tuttavia, per ragioni facilmente comprensibili, non esiste una nozione univoca di vulnerabilità[13], aspetto questo che se, da un lato, è un limite che potrebbe legittimare comportamenti ignavi, quando non anche dolosamente opportunistici, dall'altro è un'opportunità per evitare gli inconvenienti derivanti dalle tipizzazioni di una condizione cangiante e in continua evoluzione[14].

---

[10] A. ZOPPINI, *Contratto e economia comportamentale*, in G. D'AMICO (a cura di), *Enc. dir., I tematici, Il contratto*, Milano, 2021, 322.

[11] E che pure rappresenta la prima traduzione della vulnerabilità nel sistema giuridico (A. FUSARO, *Il negozio della persona vulnerabile e il linguaggio delle invalidità*, in *Ars interpretandi*, 2019, 45).

[12] Tra tutti basti ricordare che nell'Agenda Onu 2030 lo sviluppo sostenibile si fonda sull'armonizzazione tra crescita economica e inclusione sociale come ricorda A. A. MOLLO, *Vulnerabilità e sostenibilità: primi spunti per uno studio dell'impatto sulle persone con disabilità e sulle future generazioni dei dispositivi [neuro] tecnologici*, in questa *Rivista*, 2023, f. 1, alla quale si rinvia (in particolare, nella nota 3) per la bibliografia essenziale sul tema della vulnerabilità della persona.

[13] Si veda per tutti, E. PARIOTTI, *Vulnerabilità ontologica e linguaggio dei diritti*, in *Ars interpretandi*, 2019, 155 ss. e R. CHENAL, *La definizione della nozione di vulnerabilità e la tutela dei diritti fondamentali, ivi*, 2018, 35 ss.

[14] Sottolinea la diversità tra il contraente debole e quello vulnerabile E. BATTELLI, *Vulnerabilità della persona e debolezza del contraente*, in *Riv. dir. civ*., 2022, 950.

4. Divario digitale e mercato bancario e finanziario.

Un primo tema, di ordine generale, se vogliamo anche trasversale ai diversi punti di vista su cui appunteremo la nostra attenzione, è quello della informatizzazione dei servizi bancari e di investimento, tanto da determinare spesso una compresenza di situazioni di vulnerabilità sia digitale che finanziaria[15]. La rapidità di sviluppo della tecnologia ha determinato una rapida evoluzione nelle modalità di conclusione e di gestione dei rapporti negoziali con gli intermediari, non solo per la collocazione, spesso in via esclusiva, dei servizi sulle piattaforme digitali, ma anche per una spiccata digitalizzazione che caratterizza la prestazione dei servizi offerta presso le sedi "fisiche" delle banche; a titolo di esempio, si consideri la stipula del contratto – che, lo si ricordi, deve avere la forma scritta *ad substantiam* sia nel settore bancario che in quello finanziario – realizzata mediante l'apposizione della firma grafometrica, che, ad oggi, è stata oggetto di preoccupata attenzione per i problemi di sicurezza e di tutela della privacy derivanti dalla raccolta di dati biometrici[16], mentre non ci si è ancora sufficientemente interrogati se l'apposizione di una sottoscrizione su uno schermo digitale, solo seguita dalla consegna del documento cui si riferisce, agevola o rende più difficoltoso ricevere una informazione adeguata.

La rilevanza degli ostacoli che la digitalizzazione dei servizi può provocare investe, in primo luogo, la posizione degli incapaci legali, che, a rigore, dovrebbe essere esclusa dalle considerazioni che si stanno svolgendo, visto che l'ordinamento consente, con la sostituzione o l'assistenza di tutore, curatore o amministratore di sostegno, l'esercizio dei diritti del beneficiario. In particolare, l'attenzione è rivolta, per la sua frequenza nella prassi, all'amministrazione di sostegno, nella quale spesso il potere di rappresentanza attribuito all'amministratore concorre con il medesimo potere in capo al beneficiario, oppure il compito dell'amministratore è solo di natura *assistenziale*[17]: ci si può chiedere, per esempio, chi abbia diritto a ricevere le credenziali per l'accesso all'*home banking* e la relativa responsabilità per la loro custodia[18]. Ma si pensi anche ai rapporti di investimento, nei quali è oltremodo frequente che la sottoscrizione del contratto e la scelta dell'investimento sia effettuata con modalità esclusivamente digitali; altra questione ricorrente è l'individuazione del destinatario degli obblighi di protezione – ad esempio, quelli di profilatura del cliente, affidata alla gestione algoritmica – per i quali è necessaria un'articolazione e un adattamento alle peculiarità del caso concreto, cui

[15] M. C. PAGLIETTI - M. RABITTI, *A Matter of Time. Digital-Financial Consumers' Vulnerability in the Retail Payments Market*, in *European Business Law Review,* 2022, 594

[16] I. A. CAGGIANO, *Pagamenti non autorizzati tra responsabilità e restituzioni. Una rilettura del d. legisl. 11/2010 e lo scenario delle nuove tecnologie*, in *Riv. dir. civ*., 2016, 505.

[17] P. CENDON, *Amministrazione di sostegno: a) profili generali*, in *Enc. dir., Annali VII*, Milano, 2014, 28.

[18] A tale proposito, a fronte del diniego di molti intermediari, che consentivano all'amministratore di sostegno di accedere all'home banking relativo a un rapporto intrattenuto con il beneficiario solo in modalità rendicontativa, l'Arbitro bancario e finanziario ha ritenuto che l'estensione all'home banking della facoltà di operare sul conto corrente del beneficiario debba intendersi riconosciuta all'amministratore, anche se non espressamente attribuita dal decreto di nomina (ABF decisione del 1 dicembre 2020, n. 21509, e decisione del 17 gennaio 2022, n. 1154).

l'intermediario non sempre è attrezzato[19].

Il tecnicismo spesso elevato per l'utilizzazione dei servizi offerti dagli intermediari in forma digitale comporta, peraltro, che anche le persone munite di abilità primaria nell'uso delle tecnologie, trovino una barriera insormontabile in sistemi che, in definitiva, sono troppo complessi[20].

Il tema si inscrive nello scenario più ampio del divario digitale, che contrappone alcuni segmenti della società alle nuove tecnologie[21], nonostante l'attenzione sempre più estesa per la promozione di un «ambiente digitale antropocentrico»[22]; il problema, quindi, ha una latitudine molto più ampia della prospettiva osservata nel presente lavoro, e per questo ha sollecitato in più riprese, su un piano generale, l'intervento anche del legislatore nazionale. In questa sede, preme sottolineare che il divario digitale costituisce un fattore escludente ben più pregnante per le categorie raccolte nella variegata classe dei soggetti vulnerabili, cui sono riconducibili limitazioni di varia origine nell'utilizzazione degli strumenti informatici e, per tale motivo, l'emarginazione dal mercato dei servizi bancari e finanziari[23].

5. Soggetti vulnerabili e esclusione finanziaria.

Per tutti i soggetti vulnerabili, sopra descritti, le difficoltà di rapportarsi con gli intermediari per le caratteristiche personali si specifica poi nella difficoltà di accedere al mercato del credito, che si declina nelle diverse situazioni con differenti peculiarità. L'età, per esempio, è un fattore dissuasivo per le banche per la concessione di finanziamenti, per quanto l'anziano offra una idonea garanzia patrimoniale[24]. La povertà, all'opposto, è anche mancanza di risorse per sostenere le spese dei servizi bancari, ovvero per accedere al credito senza garanzie: nella legislazione più recente l'attenzione è rivolta precipuamente ai problemi di solvibilità del soggetto che è già debitore della banca, per il quale sono state predisposte misure volte al suo recupero,

[19] Alcuni intermediari inseriscono nei loro modelli contrattuali la clausola dedicata ai contratti intestati ai soggetti interessati da limitazioni legali di capacità, nella quale si precisa che il profilo è rilasciato dal rappresentante legale, e che la valutazione di appropriatezza è compiuta in riferimento alle conoscenze di quest'ultimo, mentre la valutazione di adeguatezza è effettuata con riferimento alla situazione finanziaria e agli obiettivi di investimento del rappresentato. In altri modelli, si procede a una duplice profilatura, specificandosi, ad esempio, che non va somministrato il questionario per gli aspetti relativi alla conoscenza e esperienza in materia di investimenti, e che, per quanto riguarda gli obiettivi e l'orizzonte temporale, si deve tenere conto delle indicazioni contenute nel provvedimento del Giudice Tutelare.

[20] Le differenze legate all'età nella capacità di utilizzare le nuove tecnologie sono rese più complesse dal fatto che la difficoltà dell'anziano può non essere compensata da altri fattori, come l'istruzione o il reddito (M. C. PAGLIETTI – M. RABITTI, *op. cit*., 596).

[21] L. SARTORI, *Il divario digitale: l'accesso a internet*, in *Nuova informazione bibliografica*, 2006, 683.

[22] A. MIGNOZZI, *Digital divide ed enti del terzo settore nella società del terzo millennio*, in questa *Rivista*, 2022, f. 2, 3 e *passim*, alla quale si rinvia per i riferimenti di *hard* e *soft law*.

[23] Tale esclusione, per alcune categorie – come gli stranieri – può verificarsi anche indipendentemente dalla mancanza di adeguata conoscenza degli strumenti digitali.

[24] M. FRANCESCA, *Inclusione finanziaria e modelli discriminatori. Note introduttive sugli epigoni della discriminazione razziale,* in M. FRANCESCA – C. MIGNONE (a cura di), *Finanza di impatto sociale. Strumenti, interessi, scenari attuativi*, Napoli, 2020, 217.

sia esso consumatore o imprenditore, quali le procedure per la gestione del sovraindebitamento, le garanzie marciane, le composizioni delle crisi di impresa, dedicate, come evidente, al cliente già inserito nel sistema e non al soggetto che nel sistema non riesce a entrare.

E' rilevante segnalare, peraltro, che anche l'applicazione delle tutele può trasformarsi in una causa di esclusione: nei servizi di investimento: infatti, la nuova formulazione dell'art. 21 tuf impone all'intermediario di proporre ai clienti prodotti *concepiti per soddisfare le esigenze di un determinato mercato di riferimento di clienti finali* e che *lo strumento finanziario sia distribuito ai clienti all'interno del mercato target*: l'approccio nuovo, che recepisce le istanze già presenti in dottrina, si connette ai principi della *product governance*, e appare evidente che, se il *target* dell'investitore anziano non risulta appetibile, gli emittenti non investiranno in strumenti destinati a tale fascia di risparmiatori, con l'effetto di limitare per questi ultimi le possibilità di investimento.

6. L'intervento del legislatore.

Le esigenze tratteggiate in ordine sparso hanno avuto, in alcuni casi, uno specifico riconoscimento nell'ordinamento[25].

L'obiettivo di una inclusione finanziaria è stato perseguito con l'introduzione nel testo unico bancario della disciplina del c.d. conto di base e del microcredito.

Per favorire l'inclusione finanziaria, l'art. 126 noviesdecies t.u.b. ha previsto il diritto per tutti i consumatori, *soggiornanti legalmente nell'Unione europea, senza discriminazioni e a prescindere dal luogo di residenza*, di aprire il conto corrente di base presso un prestatore di servizi di pagamento, cui è correlata l'indicazione di stringenti limiti a carico di quest'ultimo per l'esercizio del diritto di recesso, evitando così comportamenti elusivi dell'obbligo. Ciò perché si tratta di un vero e proprio obbligo a contrarre, al quale, per la strumentalità all'erogazione di un servizio essenziale, si ritengono applicabili le disposizioni degli artt. 1679 cod. civ. e ss., e sul piano rimediale, l'intervento costitutivo del giudice *ex* art. 2932 cod. civ.[26].

Con il microcredito, poi, è prevista l'agevolazione nell'accesso al credito – di importo contenuto - a soggetti che non hanno una storia creditizia né garanzie idonee al superamento delle valutazioni di ammissibilità compiute dagli intermediari, per l'avvio o l'esercizio di attività di lavoro autonomo o di microimpresa, ovvero per sostenere stati di difficoltà in cui versano persone fisiche. Quest'ultima figura, definita microcredito c.d. sociale, è caratterizzata, infatti, dalla destinazione a titolari di situazioni soggettive riconducibili a stati di *vulnerabilità economica o sociale* – disoccupazione, diminuzione

[25] Nella direzione indicata in appresso nel testo si situa anche la promozione dell'educazione finanziaria, che, tuttavia, sollecita l'esigenza di precisare, da un lato, la difficoltà di innestare i relativi programmi su una varietà di precondizioni che ne escludono l'efficienza (A. ANTONUCCI, *op. cit*., 37) e, dall'altro, di adattare i contenuti sui diversi bisogni educativi (M. T. PARACAMPO, *Educazione finanziaria e protezione dei risparmia- tori: miti e realtà*, in *An. giur. ec.,* 2010, 552; R. NANULA – M. TRIFILIDIS, *L'educazione finanziaria: problemi e prospettive*, in *Banca Impresa Società*, 2009, 213).

[26] G. MATTARELLA, *L'inclusione finanziaria degli immigrati. La tutela del consumatore vulnerabile nei servizi bancari*, Torino, 2021, 135 ss. Diversamente G. LIACE, *Il diritto al conto corrente*, in *Nuove leggi civ. comm*., 2022, 471, sul presupposto dell'insussistenza di una funzione di interesse pubblico nell'attività bancaria.

del reddito, aumento delle spese familiari, insufficienza economica del richiedente o di un familiare, secondo la specificazione svolta dalla regolamentazione di attuazione[27] – al fine di favorire la loro inclusione sociale e finanziaria: il contratto conserva la natura di mutuo di scopo, pur in presenza di una opportuna flessibilità quanto all'impiego della somma finanziata, che può essere utilizzata per il soddisfacimento di bisogni primari, elencati nell'art. 5 del d.m. di attuazione, dove si precisa il carattere non tassativo dell'elenco[28]. Non a caso, è stato rilevato che la specificità del microcredito risiede nella collaborazione tra finanziatore e beneficiario, che non costituisce più «una generica istanza, propria di qualunque rapporto giuridico, specie se negoziale, ed esaltata come elemento dovuto dalla buona fede in senso oggettivo di cui all'art. 1175 c.c.: ma una necessità giuridica che arricchisce la prestazione del finanziatore nei termini di vera e propria strumentalità rispetto alla finalità alla cui realizzazione il finanziamento è preordinato»[29]: nella sostanza, poi, gli obblighi a carico del sovvenente che arricchiscono in tale modo la causa del contratto sono quelli predeterminati dal legislatore nell'assistenza, monitoraggio e servizio di bilancio familiare, i quali si pongono in rapporto sinallagmatico con la prestazione di restituzione e di corresponsione degli interessi a carico del finanziato[30].

La normativa a tutela del cliente bancario – della quale fanno parte anche le fattispecie appena tratteggiate - offre ulteriori elementi su cui costruire un sistema di inclusione efficiente, grazie anche all'adeguamento degli obblighi che ne costituiscono l'ossatura a obiettivi di maggiore effettività. Ad esempio, ai fini dell'adempimento dell'obbligo di trasparenza non è più ritenuta sufficiente la chiarezza e completezza dell'informazione, da un lato, e il rispetto dei vincoli di forma dall'altro, poiché le Disposizioni di trasparenza delle operazioni e dei servizi bancari e finanziari di Banca d'Italia prevedono attualmente che le informazioni devono essere rese in modo adeguato alle caratteristiche dei servizi e della clientela e che, in applicazione del principio di proporzionalità, devono articolarsi secondo modalità differenziate in relazione alle esigenze di diverse fasce di clientela e alle caratteristiche dei servizi[31]. Ancora, nella disciplina del credito al consumo – che si rivolge soprattutto a soggetti che facilmente possono trovarsi anche in condizioni di vulnerabilità – l'art. 124 t.u.b. prevede espressamente la strumentalità dei doveri informativi alla confrontabilità delle offerte sul mercato e alla possibilità per il consumatore di assumere una decisione informata e consapevole; a tale scopo, accanto alle informazioni inderogabili – contenute nel modulo "Informazioni europee di base sul credito ai consumatori" (c.d

[27] D.M. 17 ottobre 2014, n. 176.

[28] In ogni caso, la violazione della destinazione dell'importo finanziato è causa di risoluzione del contratto: F. PIRAINO, *Il microcredito*, in F. PIRAINO – S. CHERTI, *I contratti bancari*, Torino, 2016, 343. Si segnalano altri limiti imposti dal legislatore, in materia, ad esempio, di importo massimo finanziabile, così come del numero di finanziamenti concedibili, rendono più appetibili altre figure, come il *rent to buy* o il *leasing* immobiliare (G. MATTARELLA, *op. cit*., 125).

[29] F. PIRAINO, *op. cit*., 347.

[30] In senso contrario, L. NONNE, *Il microcredito solidale: profili tipologici e proposte disciplinari*, in *Banca borsa tit. cred*., 2011, 78, nota 81, il quale richiama, a tale proposito, il dibattito sviluppatosi in dottrina sulla sinallagmaticità nel mutuo di scopo, che avrebbe quale perimetro la concessione del finanziamento e la corresponsione degli interessi.

[31] A. BARENGHI, *Note sulla trasparenza bancaria, venticinque anni dopo*, in *Banca borsa tit. cred*., 2018, I, 162.

modulo SECCI) – è contemplato l'obbligo dell'intermediario di fornire chiarimenti adeguati, illustrando le informazioni precontrattuali, le caratteristiche del prodotto e gli effetti specifici per il consumatore. Sembra, quindi, rafforzato il profilo consulenziale del rapporto con il cliente[32], come confermato anche nella disciplina del credito immobiliare ai consumatori, nella quale è previsto, accanto all'obbligo di fornire informazioni personalizzate per consentire il confronto delle diverse offerte di credito sul mercato – anche in questo caso attraverso un modulo standardizzato, il "Prospetto informativo europeo standardizzato" (c.d. modulo PIES) - e di fornire chiarimenti adeguati, la possibilità per il cliente di ricevere servizi di consulenza[33].

Nell'applicazione concreta di tali obblighi possono trovare, dunque, riconoscimento e protezione le esigenze dei soggetti più deboli; ad esempio, può essere ritenuto che l'informazione per essere adeguatamente fornita debba essere resa in una lingua comprensibile al cliente[34]; oppure, ancora che l'intermediario si adoperi per contenere i disagi a cui è esposta la clientela vulnerabile nel processo irreversibile di digitalizzazione dei rapporti bancari e finanziari, ad esempio, prevedendo un'assistenza da remoto, come la disponibilità di un supporto "fisico" e così via[35].

7. Prospettive di tutela del cliente vulnerabile.

La ricerca di un principio sistematico che possa evidenziare la trama sottesa ai singoli interventi normativi[36], tra i quali quelli esemplificativamente qui ricordati, e che possa, quindi, costituire un «criterio di azione per il legislatore e di orientamento per il giudice»[37], può avvalersi delle riflessioni maturate sulla confluenza tra regole del mercato e valori della persona in un unico piano assiologico: «perché sul mercato si confrontano persone, e un mercato efficiente e libero è quel che serve per assicurare a ciascuno la maggior possibile esplicazione della libertà individuale, che è una componente – sicuramente non la prima, sicuramente non la più importante, ma di

[32] S. PAGLIANTINI, *Statuto dell'informazione e prestito responsabile nella direttiva 17/2014/UE (sui contratti di credito ai consumatori relativi a beni immobili residenziali)*, in *Cont. imp. Eur*., 2014, 532.

[33] Va segnalato che gli obblighi sono ulteriormente arricchiti nella proposta di nuova direttiva relativa al credito ai consumatori che sostituirà la direttiva UE/2008/48.

[34] G. MATTARELLA, *op. cit*., 37. Si consideri, per esempio, che il già ricordato art. 127 tub, disponendo che Le informazioni «sono rese almeno in lingua italiana», di fatto non impone all'intermediario di comunicare con il cliente straniero nell'idioma di quest'ultimo, o, quantomeno, in un'altra lingua selezionabile (G. MATTARELLA, *op. cit*., 30 ss., il quale, tuttavia, segnala l'onerosità, non sempre sostenibile per l'intermediario e, in ogni caso, ribaltata sul costo del servizio, dell'organizzazione di procedure per la predisposizione della documentazione informativa in un numero imprecisato, ma certamente ampio, di lingue straniere).

[35] M. C. PAGLIETTI - M. RABITTI, *op. cit.,* 597.

[36] Una prospettiva generale di attenzione e tutela al contraente vulnerabile non c'è, al momento, secondo L. MODICA, *Effetti esdebitativi (nella nuova disciplina del sovraindebitamento) e* favor creditoris, in *Contratti,* 2019, 477.

[37] P. POLLICE, *Introduzione allo studio dei diritti reali*, Torino, 1999.

certo molto importante – della dignità della persona»[38]. Ora, non si può revocare in dubbio che la centralità della persona rappresenta un obiettivo primario del diritto contrattuale in ogni occasione in cui sono coinvolti i bisogni essenziali del soggetto contraente[39]: qui entra in gioco l'applicazione dei valori costituzionali, e, in particolare, delle tecniche necessarie per salvaguardare il diritto di ciascun individuo alla socializzazione contrattuale, ovvero «il diritto a partecipare alla comunità mediante il contratto»[40]. Il riferimento più specifico evoca il contrasto alla discriminazione in ambito contrattuale, «divenuto quasi il paradigma dei nuovi obiettivi costituzionali dell'Europa»[41]; per la verità, i ragionamenti della dottrina sul tema si sono indirizzati ad approfondire alcuni scenari ben identificati, quali l'offerta al pubblico – cui si correlano le difficoltà di riconoscimento nella contrattazione individuale [42] - o, comunque, l'imposizione di condizioni più svantaggiose [43]. E, tuttavia, può trovarvi aggancio il tentativo di leggere in una prospettiva più ampia le fattispecie più ricorrenti, nei casi – come quelli di cui ci stiamo occupando – in cui la discriminazione sia tanto diffusa in un settore da compromettere l'esercizio dell'autonomia privata perché si traduce nell'inesistenza di alternative sul mercato o «a fattori contingenti che inficiano la sua piena autonomia»[44]. In tali casi, è opportuno non restare confinati nelle classificazioni tra lecito e illecito, fondate su caratteri formali, ma considerare la situazione concreta in cui l'atto si inserisce[45] .

L'ipotesi deve confrontarsi con i dubbi sollevati sulla compatibilità con la libertà contrattuale, dal momento che «se le diseguaglianze vanno combattute, è anche vero che, infranto il velo dell'uguaglianza formale, sono tali e tante le possibili diversità reali che, ad assecondarle tutte, si rischia di rimettere costantemente in discussione la vincolatività dell'accordo. Analogamente, se l'obiettivo della parità in concreto nell'accesso al contratto deve indurre ad un sindacato sulla scelta negoziale, un controllo troppo dilagante e pervasivo potrebbe minacciare la stessa autonomia che è a fondamento del contratto»[46].

---

[38] D. MAFFEIS, *Il diritto contrattuale antidiscriminatorio nelle indagini dottrinali recenti*, in *Nuova giur. civ. comm*., 2015, I, 180; E. NAVARRETTA, *Principio di uguaglianza, principio di non discriminazione e contratto*, in *Riv. dir. civ*., 2014, I, 551.

[39] E. CONTU, *Povertà ed esclusione nella "società del debito"*, in *Cont. e imp*., 2019, 1545.

[40] P. FEMIA, *Discriminazione (divieto di*), in G. D'AMICO (a cura di), *Enc. dir., I tematici, Il contratto*, *cit.*, 519, A. GENTILI, *Il principio di non discriminazione nei rapporti civili*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2009, 228 ss., e F. MACARIO, *La tutela della persona nel contratto*, in S. MAZZAMUTO – L. NIVARRA (a cura di), *Giurisprudenza per principi e autonomia privata*, Torino, 2016, 147.

[41] E. NAVARRETTA, *op. cit.*, 549.

[42] Per una sintesi del dibattito, E. NAVARRETTA, *op. cit*., 552 ss.

[43] G. CARAPEZZA FIGLIA, *Il divieto di discriminazione quale limite all'autonomia contrattuale*, in *Riv. dir. civ*., 2015, I, 1389.

[44] E. NAVARRETTA, *op. cit*., 561 e 566. È stato osservato che «la diffusione del pregiudizio sociale in uno specifico mercato rilevante può comportare che, a fronte del medesimo comportamento discriminatorio, pur espresso nell'àmbito di negoziazioni individuali, sia for- temente ostacolato o addirittura precluso l'accesso dei componenti del gruppo svantaggiato a un determinato bene o servizio» (G. CARAPEZZA FIGLIA, *op. cit*., 1401).

[45] P. FEMIA, *op. cit*., 523.

[46] E. NAVARRETTA, *op. cit*., 551. Per questa ragione, si ritiene non esportabile il divieto di discriminazione al di fuori dell'offerta al pubblico, «poiché proiettato sul conflitto individuale vede venir meno proprio l'elemento della pluralità degli esclusi» (561).

Non viene revocato in dubbio, in ogni caso, che il divieto di discriminazione, con la previsione di agevolazioni di accesso a beni e servizi del mercato a soggetti vulnerabili, e con strumenti per evitare la fuoriuscita di tali soggetti, contribuisce a comporre il disegno della giustizia inclusiva[47]; anzi, è stato osservato che la discriminazione che sia causa di esclusione finanziaria è ancora più grave perché oggi l'accesso al credito costituisce anche uno strumento, talora necessario, per procurarsi beni primari[48].

D'altra parte, è stato anche correttamente osservato, che «having taken note of the ontological vulnerability of human beings – in general – with respect to digital technology structures, it should be emphasized that the law alone is not sufficient to reconcile the interests at stake and to achieve objectives of effective protection. The rules must express a direction, choosing to protect weakness as a value but they must also prepare concrete tools by foreseeing them»[49].

Il contratto non può da solo garantire l'inclusione dei soggetti svantaggiati – e, in generale, risolvere le *iniquità sociali* – ma può creare un *ponte* tra le criticità sociali e il mercato[50]; occorre, infatti, l'intervento del *buon diritto* - «giusto, equo e solidale» - che «anticipa e promuove la trasformazione della società per realizzare al suo interno (…) le maggiori chance di vita libera e dignitosa per tutti»[51].

In una prospettiva di sinergia tra potere pubblico e privato, nell'attuazione del principio di sussidiarietà[52], è condivisibile la proposta di valorizzare gli istituti del diritto privato idonei ad accogliere atti e attività nella direzione di una società sostenibile, primi tra tutti gli enti del terzo settore[53]: è stato sottolineato, infatti, che l'art. 55 CTS individua la co-programmazione, la co- progettazione e l'accreditamento, quali parole chiave per il coinvolgimento degli enti nella realizzazione di interessi generali[54], per cui ben si possono annoverare in tali attività compiti di sostegno ai soggetti vulnerabili anche in settori specifici, come quello bancario e finanziario.

In uno scenario più ampio, va considerato il rilevante apporto che può essere offerto dall'autoregolamentazione, tanto più se finalizzata alla creazione di un *Common Level Playing Field* per contratti bancari, assicurativi, finanziari comunque conclusi, affinché semplifichino la disciplina attuale armonizzandola per principi trasversali[55]. Come è stato puntualmente osservato, una disciplina normativa efficiente deve tenere conto delle peculiarità delle diverse condizioni di vita protette[56]; ma è intuibile la difficoltà, se

---

[47] E. NAVARRETTA, *Giustizia contrattuale, giustizia inclusiva, prevenzione delle ingiustizie sociali*, in *Giust. civ*., 2020, 259.

[48] F. MANOLITA, *op. cit*., 235

[49] L. GATT – I. A. CAGGIANO, *Consumers and Digital Environments as a Structural Vulnerability Relationship*, in questa *Rivista*, 2022, f. 2, 9.

[50] E. NAVARRETTA, *Giustizia contrattuale…, loc. cit.*

[51] P. PERLINGIERI, *Mercato, solidarietà e diritti umani*, in *Rass. dir. civ*., 1995, 93.

[52] P. PERLINGIERI, *La sussidiarietà nel diritto privato*, in *Rass. dir. civ*., 2016, 687 ss. e si veda anche P. CORRIAS, *Il mercato come risorsa della persona vulnerabile*, in *Riv. dir. civ*, 2022, 977 ss. e, su un piano più generale, R. CARLEO, *La sussidiarietà nel linguaggio dei giuristi*, in M. NUZZO (a cura di), *Il principio di sussidiarietà nel diritto privato*, Torino, 2014, 9 ss.)

[53] P. CORRIAS, *op. cit*., 976.

[54] A. MIGNOZZI, *op. cit*., 67 ss.

[55] M. RABITTI, *Disorientamento e opportunismo del consumatore nei contratti del mercato finanziario,* in *Janus,* 2019, 51.

[56] E. BATTELLI, *op. cit*., 952.

non proprio l'impossibilità derivante dal carattere generale della legge, di operare efficacemente in tale senso[57]. L'autodisciplina, dunque, può soccorrere con la sua capacità a concretizzare principi e clausole generali[58], modulandole secondo le peculiarità del settore e le specificità dei destinatari delle regole che il predisponente o aderente impone a se stesso di osservare, per cui è evidente anche l'utilità della cooperazione dei soggetti coinvolti nella fase di selezione delle esigenze da soddisfare e di predisposizione delle regole, affinchè possano realizzarsi gli obiettivi di inclusione più volte ricordati[59]. Nella prospettiva dell'attuazione, e, soprattutto dell'effettività, l'esperienza dell'autodisciplina testimonia l'efficacia di sistemi di incentivi e sanzioni, in alcuni casi pubblici in altri anch'essi di natura privatistica – si pensi, all'attribuzione di *rating* o certificazioni di qualità, piuttosto che l'applicazione di sanzioni reputazionali[60] – che toccano, proprio nel settore bancario e finanziario di cui ci stiamo occupando, in maniera sensibile gli interessi degli intermediari. Infatti, da un lato, l'affidamento del cliente è una condizione per la sua acquisizione e conservazione[61]; dall'altro, la valutazione della correttezza dell'attività della banca è fortemente condizionata dai profili funzionali che, alla stregua della titolarità di un ufficio di diritto privato, investono sia il settore bancario che quello finanziario[62], ponendo al centro la figura del cliente. Il cerchio si chiude, quindi, con uno spunto di riflessione sul rischio della deriva paternalistica che può assumere la tutela dei soggetti vulnerabili[63]: in realtà, come è stato puntualmente osservato, proprio la permeabile platea dei soggetti vulnerabili comporta il superamento della dicotomia tra paternalismo e antipaternalismo[64] e conduce alla convivenza tra la difesa dell'autonomia e dell'autogoverno delle persone e la rilevanza di processi cognitivi e decisionali[65], in una sintesi sempre attenta alle peculiarità del caso concreto. E' stato osservato, dunque, che «da qui il ruolo

[57] E' stato osservato che «an excessively broadly defined approach – which would guarantee protection for a wide range of users – risks being excessively generalist (thus disregarding the principle that consumer protection is not the primary, or at least not the sole, purpose of the matter) and, conversely, one that too closely relies on a case-by-case assessment of risks introducing a criterion overly dependent on the individual facts of the case» (M. C. PAGLIETTI - M. RABITTI, *op.cit*., 595).

[58] Per una ricostruzione della rilevanza giuridica dell'autoregolamentazione – in particolare, dei codici di condotta – sul piano del contenuto del contratto sia consentito rinviare a A. SCOTTI, *I codici di condotta tra contratto, impresa e mercato*, Milano, 2019.

[59] G. ALPA, *I contratti di impresa, i regolamenti e gli usi normativi*, in G. ALPA, *Corso di diritto contrattuale*, Padova, 2006 478. Lo schema è definito «autoregolazione negoziata» per distinguerla dalla regolazione negoziata in cui i soggetti sono esponenti di poteri pubblici e parti private da F. CAFAGGI-P. IAMICELI, *Le dimensioni costituzionali della regolazione privata,* in P. PERLINGIERI-M. SESTA (a cura di)*, I rapporti civilistici nell'interpretazione della Corte Costituzionale, Napoli, 2007*, 85)

[60] A. SCOTTI, *op. cit*., 209 ss.

[61] G. SMORTO, *Reputazione, fiducia e mercati*, in *Eur. e dir. priv*., 2016, 61.

[62] R. DI RAIMO, *Ufficio di diritto privato e carattere delle parti professionali quali criteri ordinanti delle negoziazioni bancaria e finanziaria (e assicurativa)*, in *Giust. civ*., 2020, 320 ss.

[63] E. BATTELLI, *op. cit*., 954.

[64] Il superamento di cui nel testo può essere discusso anche dal punto di vista della «spinta gentile» del diritto (G. GRISI, *Gli obblighi informativi quali rimedio dei fallimenti cognitivi*, in G. ROJAS ELGUETA-N. VARDI, *Oltre il soggetto razionale. Fallimenti cognitivi e razionalità limitata nel diritto privato*, Roma, 2014, 71 ss. Si veda anche R. NATOLI, *Il contratto "adeguato". La protezione del cliente nei servizi di credito, di investimento e di assicurazione*, Milano, 2012, 56).

[65] R. CATERINA, *Paternalismo e antipaternalismo nel diritto privato*, in *Riv. dir. civ*., 2005, 784.

dell'ermeneutica e dell'interprete impegnato, spesso, in valutazioni complesse e in decisioni difficili, che esigono risposte efficaci ed effettive: in caso di violazione della situazione protetta, si dovrà esaminare la tutela prevista da regole (interne e comunitarie) e dalla giurisprudenza consolidata. Tale tutela dovrà essere misurata. Se la protezione non è adeguata, andrà ricondotta a uno standard costituzionale interno o comunitario attraverso un'interpretazione integrativa legittimata da una fonte costituzionale»[66].

[66] G. VETTORI, *Dal "diritto mite" alla legge? Anche no*, in *Questione giustizia*, 2020, 86.

Garaci I, 'The child's right to privacy in the family context' (2023) 1 EJPLT, 84-99.
DOI: https://doi.org/10.57230/EJPLT231IG

EJPLT
ISSN 2704-8012

The child's right to privacy in the family context.

La privacy del minore di età nell'ambito familiare.

ILARIA GARACI
Associate Professor of Private Law
Università Europea di Roma

Abstract

After a brief introduction on the origins, foundation and evolution of the right to privacy in Italian legal system, the article examines the issue of children's right to privacy in the context of family relations. In particular, the study dwells on the powers/duties of protection, or rather, of vigilance, connected to the correct exercise of the educational function of parents in the digital context, which may also allow/require access to the digital data of minor children. The paper then addresses other topics related to parental responsibility: the civil liability of parents for online offences committed by their minor children; the qualification of the behavior of parents who inappropriately or carelessly dispose of their children's personal data (so-called sharenting); and the privacy of minors in relation to health decisions that minors are entitled to take independently.

Dopo una breve introduzione sulle origini, il fondamento e l'evoluzione del diritto alla riservatezza nell'ordinamento giuridico italiano, l'articolo esamina il tema del diritto alla privacy dei minori nel contesto delle relazioni familiari. In particolare, lo studio si sofferma sui poteri/doveri di vigilanza relativi al corretto esercizio della funzione educativa dei genitori nel contesto digitale, che può anche consentire/richiedere l'accesso ai dati digitali dei figli. L'articolo affronta inoltre altri temi legati alla responsabilità genitoriale: la responsabilità civile dei genitori per gli illeciti online commessi dai figli minorenni; la qualificazione del comportamento dei genitori che dispongono in modo improprio o incauto dei dati personali dei figli (il cosiddetto sharenting); la privacy dei minori in relazione alle decisioni sulla salute che i minori hanno diritto di prendere in autonomia.

© The author(s) 2023, published by Suor Orsola Benincasa Università Editrice.
This contribution is licensed under a Creative Common Attribution 4.0 International Licence CC-BY-NC-ND, all the details on the license are available at: https://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/4.0/

Keywords: minor, privacy, self-determination, parental liability, sharenting, health data.

Summary: 1. Introduction. - 2. Evolution of the right to privacy in the Italian legal system. - 3. Privacy and self-determination of the minor in the family context. - 4. Limits to parents' supervisory duties/powers. - 5. Parental liability under Article 2048 of the Italian Civil Code for the torts committed by minors on the Internet. - 6. The improper exposure of children's personal data online: the phenomenon of "sharenting". - 7. Privacy of the child in relation to health data.

1. Introduction*

Among the many challenges the law faces in the digital age is that of protecting the child's right to privacy in relation to the opposing demands of autonomy and protection. The digital space, on the one hand, represents an indispensable place of social interaction, where it is possible to express one's personality and exercise one's fundamental rights and freedoms; on the other hand, it exposes, in particular, the most vulnerable subjects to numerous risks of violation of the same fundamental rights and freedoms. Increased exposure to these risks may therefore lead to accentuating the supervisory powers associated with the proper exercise of parental responsibility, even if this may entail a limitation of the privacy (vis-à-vis the parents) of the child concerned.

In investigating the role of parents, as the main educational actors, this contribution intends to focus, specifically, on the recognition of the child's privacy within his or her family unit, as well as the various issues that this recognition raises. In particular, the following issues will be examined: the question of the limits of parents' supervisory duties/powers and that of their civil liability for any wrongdoing by their children; the issue of the qualification of the behavior of parents who inappropriately dispose of their children's personal data (so-called sharenting); and finally, the issue of the privacy of minors' health data with respect to their family members.

2. Evolution of the right to privacy in the Italian legal system

The concept of *privacy* has undergone a change in meaning over time. In its original connotation, it is understood as a simple 'right to be let alone',[1] a prerogative typical of the bourgeois class,[2] in relation to the intrusions carried out by the mass media. This right, which arose from the need to protect, in particular, famous people against the dissemination of news relating to the intimate sphere, which have no reason to be divulged, is mainly the result of jurisprudential elaboration, carried out through the

* This paper is intended for the book edited by Natalia Margarita Rueda Vallejo, *Problemas del derecho de familia, infancia y adolescencia. Reflexiones desde distintas experiencias jurídicas*, (2023 Universidad Externado de Colombia, Bogotà).

[1] The definition dates back to 1890 and was the work of two young American lawyers who, in a well-known essay, conceived of privacy as "the right to be let alone" against the "too enterprising" encroachments of the press. See S. D. Warren - L.D. Brandeis, 'Right to Privacy' (1890), 4, Harv. Law Rev., 193-220.

[2] S. Rodotà, '*Riservatezza*' (Treccanti Libri 2021), 58.

broader definition of personality rights based on the extensive reading of Article 2 of the Constitution.[3] In fact, we owe to a well-known judgment of the Court of Cassation[4] the recognition in Italy of an autonomous right to privacy, hitherto denied,[5] which is, in particular, derived from the norms of the legal system, from constitutional principles and from various international deliberations.[6] The Court, in particular, states that this right consists 'in the protection of those strictly family and personal situations and events, which, even if occurring outside the home, are not of socially appreciable interest to third parties, against interference which, even if carried out by lawful means, for purposes that are not exclusively speculative and without offending honour, reputation or decorum, are not justified by overriding public interests'.

The changes brought about by the development of technology have subsequently led to a broadening of the concept of *privacy*, no longer limited to the static and defensive dimension (of the individual with respect to intrusions into one's private and family life), but, in a dynamic and proactive perspective, including the right to informational self-determination, i.e. the right to exercise control over the use that others make of one's personal data, on the circulation of which today's information society is founded and nourished. Indeed, the ease with which citizens' personal data are collected and managed, the risks associated with mass storage, and the possibilities of discrimination lead to the invocation of privacy not as an instrument to protect the bourgeois class alone, but as a means to promote equality and equal treatment of all citizens.[7]

The right to the protection of personal data, already on a supranational level considered as an autonomous fundamental right, distinct from the right to respect for private life,[8] is in the Italian legal system made the subject of specific regulation, first with Law No. 675 of 1996, then replaced by Legislative Decree No. 196 of 2003, which established the Personal Data Code, subsequently with EU Regulation 2016/679 of 27 April 2016 (GDPR) in the light of which the 2003 Privacy Code was amended and supplemented in 2018. The protection of personal data takes place within the framework of a broader perspective, which takes into account the needs of the digital economy and therefore aims to achieve a balance between the demands for the protection of the individual and those proper to the market. In fact, the regulation

[3] G. Giacobbe*, '*Riservatezza (diritto alla*)',* (1989), Enc. dir.*,* 1246.

[4] Civil Cass., 27 May 1975, no. 2129, (1976), I, Foro it*.,* 2895. The case concerned the publication of photos showing Iranian princess Soraya Esfandiary in intimate moments with the man with whom she had started a relationship after she had been repudiated by the Shah of Persia.

[5] Civil Cass., 22 December 1956, no. 4487, (1957), I, Foro it., 4 ff. The issue had arisen because of the making of a film that portrayed the life of the famous tenor Enrico Caruso. For the heirs, the films would have caused injury to the privacy and honour of the tenor, who was described as a quarrelsome person, addicted to alcohol and coming from a very humble background; see also Court of Cassation, 20 April 1963, no. 990, (1963), I, Giust. Civ*.,* 1280 ff.

[6] The right to respect for private life is affirmed normatively for the first time in Article 8 of the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, ratified in Italy by Law No. 848 of 4 August 1955.

[7] S. Rodotà, '*Riservatezza*' (Treccani Libri 2021), 67.

[8] Article 8 of the Charter of Fundamental Rights of the European Union states that: "everyone has the right to the protection of personal data concerning him or her. Such data must be processed fairly for specified purposes and on the basis of the consent of the person concerned or some other legitimate basis laid down by law. Everyone has the right of access to data collected concerning him or her and the right to have it rectified'. Where Article 8 of the European Convention on Human Rights states: 'Everyone has the right to respect for his private and family life, his home and his correspondence', also setting out the conditions under which a public authority may interfere with this right.

allows, as well as promotes, the circulation of (non-sensitive) personal data, while circumscribing this circulation with precautions.[9]

3. Privacy and self-determination of the child in the family context

Social transformations have led scholars and courts to deduce from the general principles that can be presumed from the Constitution, ordinary national laws and international sources, an extension of the sphere of rights that can be legally protected within family relations.[10] Having overcome the publicist conception of the family[11] for which the 'family interest' is autonomous and superior to that of the individual family members,[12] we have gradually come to recognise the infringement of many rights protected by the Constitution even within family relations.

The transition from the hierarchical and patriarchal model of the family to the model based on the principle of democracy, for which the family is a privileged place for the development of the person, has thus led, albeit rather recently, to the protection of the family and its members under tort law,[13] i.e. to the applicability of the rules of protection of fundamental rights also to individual family members, in order to protect the weakest individuals.

The interpretative process has therefore come to derive, through a combination of domestic and European norms, as well as international sources, the existence of the child's right to privacy[14] also within the family, which is the first social formation in which the personality of individuals develops.

---

[9] In the vast literature, see: M G Stanzione, 'Il regolamento europeo sulla privacy: origini e ambito di applicazione' [2016], Eur. dir. priv., 1249 ff.; F Piraino, 'Il regolamento generale sulla protezione dei dati personali e i diritti dell'interessato' (2017) 2 NLCC, 369 ff..; A Thiene, 'Segretezza e riappropriazione di informazioni di carattere personale: riserbo e oblio nel nuovo Regolamento europeo', (2017) 2 NLCC, 410 ff..; G Finocchiaro, (ed.) *Il nuovo regolamento europeo sulla privacy e sulla protezione dei dati personali* (Zanichelli, 2017); A Mantelero – D Poletti (ed.), *Regolare la tecnologia: il Reg. UE 2016/679 e la protezione dei dati personali. Un dialogo fra Italia e Spagna*, (Pisa University Press, 2018); V Cuffaro, R D'Orazio, V Ricciuto (eds.), *I dati personali nel diritto europeo,* (Giappichelli, 2019); R Senigaglia, 'La dimensione patrimoniale del diritto alla protezione dei dati personali', [2020], Contr. impr., 760 ff.; C Irti, *Consenso "negoziato" e circolazione dei dati personali* (Giappichelli, 2021).

[10] R De Meo, 'I principi generali nel diritto di famiglia e la tutela delle persone nelle relazioni familiari (a proposito di un convegno romano)'[2003] Rass. dir. civ., 518 ff.

[11] A C Jemolo, *La famiglia e il diritto, Annuali del seminario giuridico dell'Università di Catania* (Jovene editore 1948) 40.

[12] P Perlingieri, *Il diritto civile nella legalità costituzionale* (ESI 2006), 921.

[13] Among the various contributions that have examined the subject of civil liability in the family sphere are: P Rescigno, 'Immunity and privilege', (1961), I, Riv. dir. civ., 415 ff; F Giardina, *Per un'indagine sulla responsabilità civile nella famiglia. L'articolo 129-bis del codice civile,* (Edizioni ETS 1999); S Patti, *Famiglia e responsabilità civile* (Giuffré 1984); P Morozzo Della Rocca, 'Violazione dei doveri coniugali: immunità o responsabilità?' [1988] Riv. crit. dir. priv, 605 ff.; M Sesta, *La responsabilità nelle relazioni familiari,* (Giappichelli 2008); A Nicolussi, 'Obblighi familiari di protezione e responsabilità civile', [2009] Pers. e danno, available at https://www.personaedanno.it/articolo/obblighi-familiari-di-protezione-e-responsabilita-civile-andrea-nicolussi; C Favilli, 'I danni da illecito endofamiliare', in E. Navaretta (ed.) *I danni non patrimoniali. Lineamenti sistematici e guida alla liquidazione* (Giuffré 2004), 369 ff..

[14] Article 16 of the United Nations Convention on the Rights of the Child (UNCRC), adopted on 20 November 1989 and ratified by Italy with Law No. 176 of 27 May 1991, states: "1. No child shall be subjected to arbitrary or unlawful interference with his or her privacy, family, home or correspondence, nor to unlawful attacks upon his or her honour and reputation. 2. The child shall be entitled to the protection of the law against such interference or affront."

However, the protection of this right, which appears increasingly effective vis-à-vis third parties outside the family, is more vague in the parent-child relationship. This is essentially due to ideological conditioning, linked to the idea of the family[15], and to the conflict that can arise within it between the needs for autonomy of minors, who have the capacity for discernment, and the needs to protect them, which are functional to the proper exercise of parental responsibility.

The issue of the child's privacy in the family context is linked precisely to that of identifying the correct margin of autonomy to be granted to the child, functional to the realisation of his or her 'best interest'.[16] To this end, account must be taken, on the one hand, of the new dialogic family model[17], which must favour the gradual development of the minor's autonomy according to his or her evolutionary capacities;[18] on the other hand, of the greater exposure to the risks determined by the wider spaces of autonomy granted to the minor (or at any rate tolerated by our legal system) especially in the online environment.[19]

In fact, one of the most significant innovations introduced by the GDPR concerns the provision of a minimum age threshold (between 13 and 16) for minors to autonomously express their consent to the processing of personal data, which is necessary to access

---

[15] C Camardi, 'Minori e privacy nel contesto delle relazioni familiari', in R Senigaglia (ed.), *Autodeterminazione e minore età. Itinerari di diritto minorile* (Pacini Giuridica 2019), 127. It should also be borne in mind how the same international documents, including the UNCRC itself, stress the importance, where possible, of preserving family harmony, unity and autonomy.

[16] The well-known phrase "best interest of the child" summarises a fundamental principle of our legal system: "the best interests of the child must be safeguarded with preference when balancing any conflicting interests" L. Lenti, *Diritto della famiglia* (Giuffré, 2021) 73. The principle, enshrined in family law, has taken on a general scope (as a guiding criterion for the judge and the legislator) in all matters concerning children.. The doctrine has not failed to highlight the critical issues underlying the widespread use of this principle and the ambiguity and vagueness of the notion. See L. Lenti, *Diritto della famiglia* (Giuffré 2021) 74; Id., 'L'interesse del minore nella giurisprudenza della Corte europea delle diritti dell'uomo: espansione e trasformismo', (2016) 1 NGCC, 148 ff.; Id., 'Note critiche in tema di interesse del minore', [2016] Riv. dir. civ., 87 ff. ; E. Lamarque, *Prima i bambini. Il principio del best interest of the child in the constitutional perspective* (Giuffré 2016).

[17] The new family model, in antithesis to the authoritarian one of the past, is developed around the promotion of the child's personal identity, in its becoming. See F Giardina, "Morte della 'potestà' e 'capacità' del figlio", [2016] Riv. dir. civ.,1620 ff.; F. Ruscello, Autonomia dei genitori, responsabilità genitoriale e intervento pubblico [2015] NGCC 717 ff.

[18] At the international level, the minor's capacity for self-determination in relation to the choices that affect his or her personal sphere finds its first official consecration in the text of the UNCRC, which affirms the right of the minor, capable of discernment, to freely express his or her opinion, as well as to be heard, on matters that concern him or her. From being an undifferentiated "object of protection" (F D Busnelli, 'Capacità e incapacità di agire del minore' [1982] Fam. pers. succ., 56), the minor is thus considered an autonomous person with rights not only of protection, but also of performance and promotion (V. Scalisi, 'Il superiore interesse del minore ovvero il fatto come diritto'[2018] Riv. dir. civ., 405). At the national level, although the family law reform of 1975 had initiated an important transformation of the authoritarian family model, the concrete change of perspective actually takes place only with the filiation reform, implemented in 2012 and 2013, with which the principle of the direct participation of the child, capable of discernment, is generalised in the Italian system. In fact, Article *315-bis* of the Civil Code enshrines the right of the child to be heard and thus to express his or her opinion in all matters that concern him or her, and this also regardless of whether he or she has reached the age of 12, provided that he or she has reached the capacity of discernment.

[19] The child, especially in the *online* world, has become a precocious consumer who in fact makes purchases - albeit of modest value - of a patrimonial nature, which are tolerated by our legal system (insofar as they are never challenged), but also permitted by certain rules of our legal system: art. 26 of the consumer code, in qualifying as unfair commercial practices "that include in advertising messages an exhortation directed at children to buy or persuade their parents or other persons to buy the advertised products", recognises that a minor may also be a party to the consumer relationship. On the extension of the minor's capacity of self-determination to the patrimonial sphere see more recently: R Senigaglia, *Minore età e contratto. Contributo alla teoria della capacità* (Giappichelli, 2020), 31, 84 ff. and passim.

digital services. Article 8 of the GDPR, in particular, provides that 'with regard to the direct offer of information society services to minors', processing is lawful if they are 16 years of age or older, whereas for minors under 16, consent is only valid if given by those exercising parental responsibility. The Italian legislator, following an extensive debate, taking advantage of the derogation specified by the GDPR itself to provide for a different age (not less than 13 in any case) has chosen to set the threshold at 14 years, assuming that the capacity of discernment has been reached at that age (article *2-quinquies* - *Privacy* Code, as amended by Legislative Decree 2018, n.101). Below this threshold, processing is lawful provided that it is carried out by the person exercising parental responsibility. The legislator, in order to counterbalance this openness - which takes the form of a sort of anticipated 'digital capacity' [20] - provides for information and transparency obligations[21] in the head of the data controller and the data processor, which, however, do not prove to be adequate[22] to guarantee effective protection to the minor [23] , and in general to the most vulnerable persons[24] , who, in handing over their personal data, nevertheless increase the possibility of exploitation of their weaknesses[25] . Although functional to the realisation of the child's personality, the greater autonomy granted to the child in the digital environment certainly contributes to exacerbating the conflict between the instances of protection that belong to the educational actors and institutions responsible for mitigating the risks deriving from the dissemination of the child's personal data on the network and the instances of autonomy of the child, who has the right to take advantage of the opportunities for interaction and personal expression offered by social media, to build his or her own online identity and therefore to manage his or her *privacy*.

[20] On this point, allow me to refer to I Garaci, 'La "capacità digitale" del minore nella società dell'informazione. Riflessioni sul corretto esercizio della responsabilità genitoriale fra esigenze di autonomia e di protezione' (2019) 2 NDC, 59 ff.

[21] The consent given by the child to the processing of personal data must always be understood to be specific, informed, unambiguous, knowing, free and revocable (see Articles 4, 7, 17 GDPR). Furthermore, the data controller addressing the child is required to use language that is 'particularly clear and simple, concise and exhaustive, easily accessible and understandable by the child, in order to make the consent given by the child meaningful' (cons 58 GDPR- art. *2-quinquies Privacy* Code).

[22] On the inadequacy, in general, of the consent-based model of protection see: S Rodotà, *Tecnologie e diritti* (Il Mulino, 1995), 82; G Finocchiaro, 'Il quadro di insieme sul Regolamento europeo', in Id, (ed.), *Il nuovo regolamento europeo sulla privacy e sulla protezione dei dati personali* (Zanichelli 2017), 3 ff; A. Mantelero, 'Responsabilità e rischio nel Reg. UE 2016/679' (2017) 1 NLCC, 148; I A Caggiano, 'Il consenso al trattamento dei dati personali tra Nuovo Regolamento Europeo (GDPR) e analisi comportamentale. Initial insights', [2017] DIMT, available at https://www.dimt.it/la-rivista/articoli/il-consenso-al-trattamento-dei-dati-personali-tra-nuovo-regolamento-europeo-gdpr-e-analisi-comportamentale-iniziali-spunti-di-riflessione; A M. Gambino, 'Big data e fairness. Il ruolo delle authorities' (2020) 1 NDC, 298.

[23] Suffice it to say that the legislative provision of an age threshold for registration in the various social networks (not accompanied by effective indications for ascertaining the minor's age) is rarely taken into account by parents and in fact does not prevent access by younger minors who easily circumvent the limits by declaring a false age. In this way they access social networking tools, for the use of which they are not sufficiently prepared, not so much from a technological point of view, but rather from an emotional and value-related one. Reference is made to I. Garaci, 'Il 'superiore interesse del minore' nel quadro di uno sviluppo sostenibile dell'ambiente digitale' (2021) 4 NLCC., 804.

[24] See C Perlingieri, 'La tutela dei minori di età nei social networks' (2016) 4 Rass. dir. civ., 1331 ff.

[25] V V Cuocci, *La protezione dei dati personali dei soggetti vulnerabili nella dimensione digitale* (Cacucci Editore 2022), who in particular highlights the concrete difficulty of vulnerable persons in exercising those powers of which privacy is composed today (to develop, maintain or even change their identity in the digital reality).

4. Limits to parents' supervisory duties/powers

In the past, the immunity enjoyed by the family unit vis-à-vis the outside world, as a guarantee of family unity and stability, did not allow the minor to sue for breach of privacy by the parent.[26] Moreover, the concept of 'family *privacy*', understood in a unitary sense, was often used as an ideological tool to make the strongest members of the family immune in relation to abuses committed against the weaker ones.

This perspective began to change with the 1975 Italian reform of family law. In fact, Article 147 of the Civil Code, in implementing the obligation to maintain, educate and bring up children under Article 30 of the Constitution, provides that their capacities, natural inclinations and aspirations must be taken into account.[27] The obligation to respect the child's intimate personal sphere was also deduced from this provision. The latter, in fact, as the holder of fundamental rights, considered capable of exercising them, irrespective of having reached the age of majority, must also be considered the holder of the right to privacy - as a right that has its basis in the Constitution, in the general provision for the protection of the person considered in its unity[28] - even within the family nucleus[29], which is the privileged place for the promotion and development of his personality. The exercise of this right will be recognised at the outcome of a correct balancing of interests that may come into conflict, which in any case takes into account the 'best interests of the child'. [30]

Moreover, this perspective has been endorsed by the recent 2013 Italian reform on filiation, which outlines a parental responsibility geared to the best interests of the child.[31] and respect for his or her personality and will[32] and is confirmed by the most recent regulatory provisions affecting the delicate medical-health sector, which emphasise the principle of direct participation of the child in health care choices that affect him or her.[33]

However, the pervasiveness and danger of the web, together with the various opportunities for disseminating personal data, call for reflection on how to strike a proper balance between the obligations imposed on parents and the autonomy of minor, in the light of the many risks underlying the use of digital space. To name but a few: the risk of being exposed to inappropriate content (from pornographic or violent images, to material - including advertising - that incites racism, discrimination or hatred,

---

[26] V Corriero, 'Privacy del minore e potestà dei genitori, (2004) 4 Rass.dir.civ.,1000.

[27] See E Quadri, *L'interesse del minore nel sistema della legge civile* [1999] Fam. e dir., 84, who emphasises the new role of children as "protagonists of the family experience".

[28] P Perlingieri, *La personalità umana nell'ordinamento giuridico* (Jovene editore1972), 44-45.

[29] V Corriero, Privacy del minore e potestà dei genitori, (2004) 4 Rass.dir.civ., 1004; A Thiene, 'Riservatezza e autodeterminazione del minore nelle scelte esistenziali' [2017], Fam. dir., 172 ff..; M Dogliotti, 'Capacità, incapacità, diritti degli incapaci. Le misure di protezione', in L Mengoni, P Schlesinger, V Roppo, FAnelli (ed.) *Trattato di diritto civile e commerciale* (Giuffré 2019), 345, which in particular emphasises how a parent's violation of the right to privacy may lead to the intervention of the judge pursuant to Art. 333 of the Civil Code or (in more serious cases) to the termination of parental responsibility pursuant to Art. 330 of the Civil Code.

[30] F Ruscello, 'La potestà dei genitori. Rapporti personali, Artt. 315-319,' in P Schlesinger, F D Busnelli (ed.) *Codice civile. Commentario* (Giuffré 1996), 10.

[31] F Giardina, Morte della 'potestà' e 'capacità' del figlio", [2016] Riv. dir. civ., 1615 ff.

[32] A Thiene, 'Riservatezza e autodeterminazione del minore nelle scelte esistenziali' [2017], Fam. dir.,. 178

[33] *See* in particular Law No 219 of 2017 on advance treatment provisions.

to websites promoting self-harm, suicide, anorexia); the so-called contact risk, i.e. being contacted by malicious adults; the risk of contributing through one's own behaviour to generating risky content or contacts or in any case making oneself the author of conduct that is harmful to oneself or to third parties (es. passive and active cyberbullying): the risk arising from the profiling of personal data (impairment of one's capacity for self-determination, possibility of being influenced and manipulated);[34] finally, the risk of developing more or less serious forms of addiction, in view of the characteristics of digital products and services, endowed with 'persuasive technology', capable of increasingly attracting the attention of users.[35]

How, then, can the need to protect minors during their education and development process from the serious risks described above be reconciled with the minors' demands for autonomy, particularly in the use of social networks? In particular, the question arises as to the extent to which parents can exercise their power of control over their children in order to safeguard them from external dangers and also to avoid the commission of offences by which they may cause harm to third parties.

It should be borne in mind that the new family model, based on the dialogic relationship between parents and children, assigns a central role to trust and rejects any form of intrusion into the latter's personal life, unless justified by the need to concretely guarantee their own security. Once the child's capacity for discernment has been ascertained (which may vary according to age, but also according to specific personal conditions of the child), parents should refrain from invading the spaces of freedom granted to the latter, aimed essentially at establishing relations with his or her peers, sheltered from the curiosity of members of their own household. Surveillance activity, whether it takes traditional forms, such as searching rucksacks, reading diaries, intercepting telephone calls, or is technological in nature, such as monitoring browsing history, connecting to one's children's mobile phone archives to download conversations, photos, videos, etc., infringes the right to privacy of one's own children, as well as of third parties involved (children's friends).

Undoubtedly, there are 'serious' cases in which there is a duty/power to exercise more incisive control over the personal sphere of one's children, in order to make it possible for the parents to fulfil their parental duties in their best interest.[36] This is the case, for example, in situations where the child, although having reached an age at

[34] Today, profiling algorithms not only infer the user's tastes and interests, but are also able to deduce the user's emotional and psychological states through voice and facial imprints, capturing their weaknesses, in order to allow increasingly personalised and effective targeted advertising, which also manages to guide the user's behaviour. This has an enormous impact on their freedom of thought, choice and thus self-determination; such manipulation is not limited to economic choices, however, as it can also extend to social, cultural and political choices. See S Zuboff, 'Il capitalismo della sorveglianza' (2019), 1306, Internazionale, 40 ff.; Id, *Il capitalismo della sorveglianza. The future of humanity in the age of new powers* (Luiss University Press 2019).

[35] In this regard, see the opinion of the Surgeon General of the United States, published on 23 May 2023 , "Social Media and Youth Mental Health", in which, after an experiment conducted on young university students, evidence is given of the very close correlation between the use of social media and the onset or worsening in adolescents of important emotional states such as anxiety, depression, body dissatisfaction, disordered eating behaviour, low self-esteem, etc.. The document also contains a call for all stakeholders in civil society (legislators, technology companies, the scientific community, families and young people themselves) to take action with measures, precautions, actions and initiatives to safeguard the physical and mental health of minors.

[36] G De Cristofaro, 'Dalla potesta` alla responsabilità genitoriale: profili problematici di una innovazione discutibile' (2014) 4 NLCC,796.

which it is assumed to have acquired the capacity for discernment, manifests abnormal behaviour or presents disturbances or imbalances. In such circumstances, monitoring, which may therefore also lead to access to the child's personal information, is justified, but it must be carried out in a manner that does not offend the child's identity or dignity; it must also be appropriate to the child's age and capacity for discernment, respecting the child's right to be heard. Unmotivated, sudden or clandestine monitoring[37] betrays the current meaning of education and care, which must rather include actions aimed at strengthening the child's/young person's confidence and self-esteem.

However, one notices, in the judicial decisions, which particularly concerned the online activity of the child, a tendency to consider the supervisory duties deriving from parental responsibility as broadened and to emphasise the educational task of parents in view of the expansion of the child's spheres of freedom.[38]

Our legal system does not actually interfere with educational choices, leaving private individuals free to educate their children, according to their own convictions and values, respecting their capacities, natural inclinations and aspirations (according to article 147 of the Civil Code). However, it requires the correct exercise of the educational function, suitable for raising the child as a free and responsible person, capable of integrating into the society in which he or she lives. This implies the transmission of an essential core of rules based on the values and principles of Italian Constitution.[39] Among the main and most important rights of the child emerges precisely that to the "educational relationship with his or her parents, which is respectful of the over-utilitarian value of the person".[40] Digital education must also find a place in this sphere, given the inescapable interpenetration between virtual and real space, considering the damaging potentialities that digital environment presents, as well as the greater emancipation (de facto and de jure) of the minor *online*, which inevitably exposes him or her to greater risks.

5. Parental liability under Article 2048 of the Italian Civil Code for the torts committed by minors on the Internet.

---

[37] C Camardi, 'Minori e privacy nel contesto delle relazioni familiari', in R Senigaglia (ed.), *Autodeterminazione e minore età. Itinerari di diritto minorile* (Pacini Giuridica, 2019), 134 . In identifying the criteria in relation to parents' access to their children's personal data, the author refers precisely to the principles of necessity and purpose, relevance, proportionality, limitation or non-surplus of data, which are moreover the same as those referred to by the GDPR (in Articles 5 and 6) in relation to the processing of personal data by the data controller and processor.

[38] See: Court of Teramo 6 January 2012; Court of Caltanissetta 8 October 2019. In particular, it is stated that 'parents are required not only to impart to their children an education appropriate to their socio-economic conditions, but also to carry out an activity of verification and control on the actual acquisition of those values by the minor'. And again: 'The duty of parental supervision must take the form of a quantitative and qualitative limitation of such access, in order to prevent that powerful medium, strongly relational and informative, from being used inappropriately by the minor'; see Court of Parma 5 August 2020 for which 'the contents present on minors' mobile phones must be constantly supervised by both parents, avoiding the appearance of materials that are not appropriate to the age and education of minors. The same rule applies to the possible use of computers, to which the necessary filtering devices must be applied'.

[39] B Agostinelli, 'L'educazione della prole tra antiche prerogative genitoriali e nuovo interesse del minore', (2021) 1 Riv. dir.civ.,178.

[40] In this sense E Bilotti, 'Diritti e interesse del minore', in R Senigaglia (ed.), *Autodeterminazione e minore età. Itinerari di diritto minorile,* (Pacini Giuridica 2019), 17.

The system of parental liability, in the Italian legal system, for torts committed by minors is governed by Articles 2046, 2047 and 2048 of the Civil Code. The minor's age does not exclude the imputability of the fact: the minor, capable of understanding and willing, as can be inferred from Article 2046, can be called upon to answer personally for damage caused to third parties, according to the general rule of Article 2043 of the Civil Code. In the event of damage caused by a minor who is incapable of understanding, Art. 2047 states, the person responsible for the supervision of the incapacitated person shall be exclusively liable.

Without prejudice to the direct liability of the child capable of understanding, the law also provides for the liability of the parents (or guardian), jointly and severally with that of the child cohabiting with them. This liability, according to the literal wording of Article 2048, can be eliminated by proving that they were unable to prevent the fact.

The basis of this liability is much debated. According to the traditional orientation[41] the basis is to be found in the fault (*in educando* and/or *in vigilando)*, which is presumed, but can be overcome with the liberating proof of not having been able to prevent the fact. Jurisprudence, however, has creatively interpreted[42] the rule by holding that the required liberating proof is not the predetermined (negative proof) of not having been able to prevent the act, but the (positive) proof of having imparted a good upbringing to the child and of having exercised adequate supervision over him.[43] This is a very difficult proof to provide. Several decisions, moreover, state that the inadequate upbringing is inferred from the child's own wrongful act.[44]

According to some scholars such a strictness would be justified by the need to guarantee compensation to the injured third party.[45] It has been said that this reference to guilt actually gives rise to a 'fictitious model of guilt' characterised by the 'only nominal presence of exculpatory evidence'.[46] It was also emphasised that this approach does not take into account the fact that sometimes even the most careful education may not be sufficient to prevent unlawful behaviour, given the influence of the external environment[47] and (today, we would say) of the digital environment, over which it is increasingly difficult to exercise control, especially in the case of individuals capable of discernment who have been granted a certain amount of autonomy in navigating. A large part of the doctrine is therefore led to qualify the aforementioned liability in objective terms.[48]

---

[41] L Corsaro, 'Funzioni e ragioni della responsabilità del genitore per il fatto illecito del figlio minore' (1988) IV Giur. it., 225.

[42] U Majello, 'Responsabilità dei genitori per il fatto illecito dei figli minori e valutazione del comportamento del danneggiato ai fini della determinazione del contenuto della prova liberatoria' [1961] Dir. giur., 45, who in particular defines this jurisprudential orientation as a "free creation of law". See S Rodotà, *Il problema della responsabilità civile*, (Giuffré 1964), 153, who also notes the misrepresentation by jurisprudence of the criterion of liability.

[43] Cass. 7 August 2000, no. 10357 in De Jure database.

[44] Cass. judgment 6 December 2011, no. 26200, in De Jure database; Cass. judgment 22 April 2009, no. 9556, in De Jure database.

[45] F D Busnelli, Capacità e incapacità di agire del minore' [1982] Fam. pers. succ., 63.

[46] F Esposito, 'Autonomia del minore e responsabilità dei genitori' (2009) 1 NGCC., 1141.

[47] P Trimarchi, *La responsabilità civile: atti illeciti, rischio, danno,* (Giuffré 2017), 116.

[48] G M D Arnone, 'Responsabilità civile dei genitori per fatto illecito del figlio quasi maggiorenne' [2010], Danno e resp., 367 ; A. Venchiarutti, Il minore e il danno. Riflessioni sulla responsabilità dei genitori in Francia e in Italia [2005] Riv. dir. civ., 239 ; R Pardolesi, 'Danni cagionati dai minori: pagano sempre i genitori?', [1997] Fam. e dir., 224; A

Case law, however, tends, precisely because of the complexity of releasing evidence, to continue basing the parent's liability on culpa (in educando and/or in vigilando). Significant in this regard is a well-known decision of the Court of Sulmona[49] that, in relation to the unlawful conduct of some teenagers involved in the publication and dissemination (both on social networks and through the use of the WhatsApp application) of an intimate image of one of their peers, condemned the parents of the minors involved to pay damages pursuant to Article 2048 of the Civil Code, basing the relevant liability on culpa in vigilando and in educando. In the decision, particular emphasis is placed on culpa in educando, thus in line with the stricter jurisprudential direction according to which the educational deficiency of the minor can be inferred from the very manner in which the crime was committed.

This kind of decision may undoubtedly raise some concerns from the point of view of system coherence. Under the previous authoritarian family model, where the parent-child relationship was set up in terms of parental authority, the offence committed by the children could more easily be considered an expression of an omission on the part of the parents to fulfil their educational and supervisory duties.

The new family model oriented towards favouring the child's self-determination should at the same time lead to greater empowerment of the child, who should for instance necessarily be called upon in court proceedings.

However, one cannot fail to agree with the rationale behind the aforementioned decisions: the need to further empower parents by inviting them to continue with constancy in their educational function towards adolescents, especially in relation to the correct use of the web.

6. The improper exposure of children's personal data online: the phenomenon of 'sharenting'.

Connected to the recognition of a child's right to privacy within family relations is the question that arises regarding so-called sharenting,[50] a term used to indicate the tendency of parents to share their children's personal data (pictures, videos, details of personal life, etc.) online, without their consent and sometimes even against their will. Through 'sharenting', parents build and shape the digital identity of their children even before they are born. It is often parents who leave the first 'digital footprints'[51] of their children on the net, particularly when they share their prenatal ultrasounds, first feedings, first baths, first steps, etc. on social media. They are not concerned about making the child whose images or personal stories they publish unidentifiable, nor about the fact that such sharing may reach a much wider audience than the one they presume to have selected; they also perceive such sharing as a 'natural gesture', entirely legitimate and harmless, and do not seem to be aware of the consequences, even in the

Solinas, 'Responsabilità dei genitori per culpa in educando ed in vigilando. Criteri di determinazione' (2002), 1, NGCC, 330.

[49] Court of Sulmona, 9 April 2018. For a critical and analytical commentary on the decision, see A Thiene, Ragazzi perduti on line: illeciti dei minori e responsabilità dei genitori (2018) 11 NGCC 1618 ss.

[50] S B Steinberg, 'Sharenting: Children's Privacy in The Age Of Social Media' (2017) 66 Emory Law Journal, 839-1007.

[51] Ibidem, 849-850.

long term, that such activity entails for their children . In addition to the risks linked to the safety[52] and privacy *of* the minor, consider the risk of injury to the personal identity of the minor[53] or to his or her reputation;[54] the risk in general of exposing the minor to constant profiling for marketing purposes, with consequent injury to his or her capacity for self-determination, since the 'manipulative' effects that behavioural advertising entails, especially in the most vulnerable subjects, such as minors, are well known. It also happens that the publication of images and videos of one's children takes place for purely economic reasons. The activity of so-called 'baby influencers' is increasingly widespread on online platforms, which poses problems not only of security and privacy, but also of (child) labour exploitation.[55]

The new provisions on privacy do not provide us with any specific indications in this regard. They merely establish an age threshold, above which it is possible to give consent to the processing of one's personal data independently and below which parental consent is instead required, and provide for certain precautions - both in terms of information and in terms of remedies[56] - to reconcile the extension of the child's sphere of self-determination. Moreover, recital 18 of the GDPR excludes the applicability of the regulation to the processing of personal data carried out by a natural person in the context of an activity of an exclusively personal or domestic nature and therefore without any connection with a professional or commercial activity. This would suggest that the processing of personal data for 'family' and non-commercial purposes is permitted, even when such data relate to minors. The GDPR, moreover, is based on the assumption that parents act as responsible subjects, guarantors and guardians of their children's privacy[57] and that all their actions are carried out in the latter's interest. What is not taken into account, however, is that the same parents may not be digitally literate enough to protect the interests of their underage children and may not be fully aware of the risks associated with the publication and dissemination of personal data.

On the other hand, case law has helped to delineate the contours of proper parental action with regard to both the publication of personal data of children over the age of

[52] Images disseminated on the web can be downloaded and contribute, through simple manipulation, to child pornography. The dissemination of personal data, such as habits, school attended, spots played, etc., can contribute to online grooming by ill-intentioned persons.

[53] Constant publication of photos and personal data contributes to the creation of a digital identity of the sharenting child, which may not correspond to 'the self-projection desired by the individual once he or she matures'. I A Caggiano, I.A, 'Privacy e minori nell'era digitale. Il consenso al trattamento dei dati dei minori all'indomani del Regolamento UE 2016/679, tra diritto e tecno-regolazione' (2018) 1 Familia, 3 ss.

[54] One thinks of the fairly widespread habit of creating blogs by parents who wish to share stories and details of the personal lives of their children with disorders or other problems, even if only with the intention of receiving comfort from other parents in similar situations.

[55] In this regard, the solution followed by France, which recently introduced a law (*Loi no. 2020-1266 du 19 octobre 2020*) regulating the commercial exploitation of the image of minors under the age of 16 on *online* platforms, is considered reasonable and congruous. In particular, the law places the activity of baby influencers within the framework of the regulations on employment relations, giving it the same protection as that provided for minors in the entertainment, fashion and advertising sectors. In particular, there is the obligation for parents to obtain prior authorisation from the administrative authority, as well as the obligation to deposit with the *Caisse des dépôts* a part of the income received by the child, which can be made available to the latter once he or she has reached the age of majority (or emancipation).

[56] In particular, the child's right to the deletion of personal data collected under Article 17 of the GDPR must be taken into account.

[57] S Donovan, 'Sharenting: The Forgotten Children of the GDPR' (2020) 4 (1) Peace Human Rights Governance, 38.

14 and the publication of data relating to children under that age.[58] With reference to the first type of conduct, we note the decision (order) of the Court of Rome of 23 December 2017 in relation to a judgment of separation between spouses which was followed by the suspension of parental responsibility of both parents for prejudicial conduct towards the child and which was therefore followed by the appointment of a Guardian. In the course of the proceedings, which had arisen to assess the child's request to leave Italy and continue his studies abroad because of the conflictual relationship with his parents, it emerged that the mother had behaved prejudicially, as she had published and disseminated on social networks photos, videos and information relating to her son, despite the latter's opposition. This conduct had clearly created serious psychological distress for the child. In the course of the proceedings, the Court ordered the mother to stop the dissemination of such data and to remove all those published on social networks. In addition, in order to ensure the fulfilment of the parents' obligations (to do), the 'astreinte' referred to in Article 614-bis c.p.c. was ordered, according to which, in the event of failure to comply with the obligations laid down in the order, the mother is condemned to pay a certain sum of money.[59]

For the hypotheses in which the publication of personal data concerns minors under the age of 14, reference can be made to the decisions of the Court of Mantua of 19 September 2017, and the Court of Rieti of 7 March 2019, in which the need for the consent of both parents was affirmed, provided that the publication takes place with respect for the honour, decorum and reputation of the image of the children. In any case, it is good to clarify, in addition to the established orientation in case law, that parents, as they are responsible for the care of their children and therefore for their right to privacy, image and personal identity, even if they both agree, should not be considered authorised to dispose of their children's personal data at will (even) if they are under the age of fourteen, especially if this could potentially harm them. Obviously, the parents' duty to refrain from publishing personal data where the child, regardless of age, has expressed his or her will/opinion to the contrary remains in place, as, moreover, is argued by the same Article 315 *bis of the* Civil Code.

7. Privacy of the child in relation to health data.

A different kind of antagonism between the child's autonomy and parental protection instances within which the child's right to privacy is relevant concerns the medical-health context. In this area, moreover, the principle of listening to the minor has recently been enhanced by the law on advance treatment provisions (Art. 3, Law No. 219 of 22 December 2017), where it is provided that informed consent to the minor's health treatment is expressed or refused by the parents (or guardian) taking into

[58] It should be noted that in France, a bill is currently under consideration (*Proposition de loi no. 758 visant à garantir le respect du droit à l'image des enfants*) aimed at guaranteeing respect for the right to the image of minors, which provides that the publication of a minor can only take place with the agreement of both parents.

[59] It is stated in the explanatory statement that this measure follows from the application of the general principles of the legal system based on the necessary protection of the child and the official powers recognised in this matter.

account the will of the minor's person, in relation to his or her age and degree of maturity, always respecting the minor's rights to life, health and dignity.[60]

However, there are cases, expressly provided for by the law,[61] in which the minor is granted more complete self-determination, through the possibility of expressing his or her consent directly and personally in relation to certain diagnostic/therapeutic choices. The *rationale* behind these provisions is the need to protect the very health of the child, who, fearing having to interface with his or her parents, may be deterred from seeking treatment. The conflict in these cases may arise between the child's right to self-determination and privacy with regard to the choices made and the parents' right to be informed and to give consent before any health treatment of their child. It goes without saying that the recognition of a minor's full self-determination in relation to certain therapeutic or diagnostic choices, which are absolutely indicated by law, also implies the recognition of a sphere of privacy to be asserted vis-à-vis the parents themselves, in full respect of informational self-determination, which therefore implies a power of control over their personal data, generated by the treatment process.[62] This principle must therefore also be maintained in relation to the use of the Electronic Health Record (Fascicolo Sanitario Elettronico - FSE),[63] a digital tool that allows the collection of documents, health and socio-health data "generated by present and past clinical events concerning the assisted person and care episodes that have taken place for each citizen" (art. 12 of Decree-Law no. 179 of 18 October 2012 and Art. 2, Regulation no. 178/2015), allowing the sharing of information relating to the citizen's health among the various health professionals who are treating him or her. Given the nature of the data processed, the FSE can only be fed and consulted with the free and informed consent of the patient, which can, however, be revoked at any time. In the case of minors, consent to consultation is given by the person exercising parental responsibility or by the legal representative, after identification of the same (Art. 7, paragraph 3, Regulation no.

[60] It should be borne in mind how the spaces of decision-making autonomy left to the minor in the healthcare sphere are still confusingly delineated and need a more complete 'interpretive work of arrangement and systematisation'. In this sense R Senigaglia, 'Consenso libero e informato' del minorenne tra capacità e identità' (2018) 4 Rass. dir.civ., 1327.

[61] Thus, for example, Article 2 of Law 194 of 1978 allows contraceptive drugs to be administered to minors in health facilities and family advice centres, even without their parents' knowledge; Article 12 of Law no. Art. 12 of Law No. 194 of 1978 allows minors to proceed with the voluntary interruption of pregnancy, if the conditions are met, even without parental consent (if there are serious reasons for not informing the parents, and in any case always through the judge); the Consolidated Text of the laws on the regulation of narcotics and psychotropic substances, prevention, treatment and rehabilitation of drug addiction (art. 120 of Presidential Decree No 309 of 9 October 1990) provides that the request for diagnostic tests and therapeutic and social rehabilitation programmes may also be made directly by the minor (paragraph 2) and that anonymity must be guaranteed; Art. 3 of Law 219 of 2005 allows minors giving birth to children to donate haematopoietic stem cells, placenta and umbilical cord blood, subject to the expression of their informed consent.

[62] This is with a view to better protecting the child's right to health and thus avoiding evasive strategies that would be detrimental to his or her own health. The minor could in fact be induced not to turn to the health facility for fear that his or her parents might learn certain information. Cf. R. Ducato-U. Izzo, 'Diritto all'autodeterminazione informativa del minore e gestione dei dati "supersensibili" nel contesto del fascicolo sanitario elettronico'[2013] Dir.inf., 704.

[63] The Electronic Health File (Fascicolo Sanitario Elettronico) was established by Decree-Law 179/2012 and subsequently regulated by Prime Ministerial Decree No 178 of 29 September 2015, containing 'Regulations on the electronic health file'. On the critical issues and risks related to the ESF, *see*: A M Gambino, E Maggio V Occorsio, 'La riforma del fascicolo sanitario elettronico' [2020] DIMT, available at https://www.dimt.it/wp-content/uploads/2020/07/fse-gambino-occorsio-maggio-completo.pdf; S Corso, 'Sanità digitale e riservatezza', in A Thiene - S Corso (ed.), *La protezione dei dati sanitari* (Jovene editore 2022), 91 ff.

178/2015). However, Art. 5 of the same regulation provides that "health and socio-health data and documents governed by the regulatory provisions for the protection of HIV-positive persons, women undergoing voluntary termination of pregnancy, victims of acts of sexual violence or paedophilia, persons who use drugs, psychotropic substances and alcohol, women who decide to give birth anonymously, as well as data and documents referring to the services offered by family advice centres, are made visible only with the explicit consent of the person assisted".

Furthermore, Art. 8 of the regulation specifies that 'the assisted person has the right to request the obscuring of health and social-health data and documents both before the FSE is fed and afterwards, guaranteeing that they can only be consulted by the assisted person and the holders who generated them'.

A correct interpretation of the rules therefore leads to the conclusion that it is possible, even for a minor with discernment, to have access to the FSE independently, as well as to request the obscuring of data that he intends to keep confidential. This perspective is, moreover, followed by the Privacy Guarantor Authority, which has intervened on several occasions with injunctions for the application of administrative fines and accessory sanctions against a number of local health authorities, which, disregarding the right of obscuration exercised by minor patients, have made it possible for their parental authority holders to access the report.[64] It is understood that where the involvement of the parent proves to be functional for the protection of the child's health or that of a third party, the child's right to privacy will have to be set aside.

[64] *See* injunction order against 'Azienda Usl di Bologna', 29 April 2021 [9676172]. The' Azienda' in particular made it possible for the parents of a minor patient to access the report in relation to the service provided by a consultation centre for adolescents, which they could access independently, on the subject of contraception and responsible procreation.

Martini G, 'The Italian Response to Corporate Criminal Liability: a new challenge for artificial intelligence' (2023) 1 EJPLT, 100-115.
DOI: https://doi.org/10.57230/EJPLT231GM

EJPLT
ISSN 2704-8012



The Italian Response to Corporate Criminal Liability: a new challenge for artificial intelligence.

La risposta italiana alla responsabilità penale delle imprese: una nuova sfida per l'intelligenza artificiale.

GIOVANNI MARTINI
Associate Professor of Admistrative Law
Università degli Studi della Campania *Luigi Vanvitelli*

Abstract

The Italian legal system predisposed a specific discipline against organized crime phenomena through legal entities, both when the corporate shield is an opportunity to commit crimes, and when it is created far that sole purpose.
By examining these issues, the paper aims to verify, also in a *de jure condendo* perspective, whether an administrative model of corporate criminal liability (instead of a criminal one) would lead to much more coherent solutions, and, above all, how the using of A.I. can play an important role in preventing and contrasting that type of crimes.

L'ordinamento giuridico italiano ha predisposto una specifica disciplina contro i fenomeni di criminalità organizzata realizzati per il tramite di persone giuridiche, sia quando lo scudo societario costituisce occasione per la commissione di reati, sia quando è realizzato a tale unico scopo.
Esaminando tali questioni, il contributo si propone di verificare, anche in un'ottica *de jure condendo*, se un modello amministrativo di responsabilità possa condurre a soluzioni molto più coerenti. Nonché, infine, il ruolo che l'utilizzo dell'intelligenza artificiale può rivestire nella lotta a questo tipo di criminalità.

© The author(s) 2023, published by Suor Orsola Benincasa Università Editrice.
This contribution is licensed under a Creative Common Attribution 4.0 International Licence CC-BY-NC-ND, all the details on the license are available at: https://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/4.0/

Keywords: organized crime; legal entities; corporate liability.

Summary: Introduction: object, objective and method of the investigation. – 1. The relation between the crime and the legal person. – 2. Problematic issues concerning the Italian discipline on 'corporate criminal liability'. – 3. The juridical nature of corporate crime liability. – 4. The negligent conduct of the juridical person. – 5. Corporate crime liability of the foreign legal person for crimes committed in Italy. – 6. The administrative nature of the legal person illicit activity. – 7. Conclusions: which role for artificial intelligence.

Introduction: object, objective and method of the investigation.

The Italian legal system, like others in Europe and beyond, intended to enact a specific discipline to combat criminal phenomena attributable to the action of legal persons.[1] This can occur both when the crime represents an isolated moment in the life of the entity, functional to overcome a difficult situation or to consolidate its position on the market, and when the legal person becomes the instrument used for carrying out illicit activities, for the sole purpose of which it is constituted.

With respect to the subjective extent of application of the above-mentioned discipline, clarifications to be made would be many. However, in the current investigation, we will only refer to the 'figures', all-embracing, of legal person or corporate body.

These notions, as a matter of fact, are able to comprehend the whole phenomenon of non-human legal subjects, although at the cost of a less accurate description of the legal phenomenon. It should be considered, however, that the exact individuation of the single typology of legal entity, such as associations (recognised or not), companies, or even public legal bodies operating on the market, to whom the responsibility for the crime should be addressed, is the consequence of a choice made by national legislators, which does not affect, if not marginally, the individuation of the legal problems concerning natures and characteristics of such responsibility.

This brief explanation, indeed, is useful to clarify the objective of the proposed study: moving from the description of the main legal issues concerning provisions on corporate crime liability, we will try to verify, also in a *de jure condendo* perspective, to which extent an administrative sanction (instead of a criminal one) could be a more practicable solution in order to prevent corporate criminal activities, not only in terms of effectiveness, but also to overcome legal problems emerging from the criminal nature of the sanction.

[1] It is a decision also taken to comply with the lines coming from the European legal system. Art. 3 of the «Second Protocol of the Convention on the protection of the European Communities' financial interests» (97/C 221/02) states: «Each Member State shall take the necessary measures to ensure that legal persons can be held liable for fraud, active corruption and money laundering committed for their benefit by any person, acting either individually or as part of an organ of the legal person, who has a leading position within the legal person, based on — a power of representation of the legal person, or — an authority to take decisions on behalf of the legal person, or — an authority to exercise control within the legal person, as well as for involvement as accessories or instigators in such fraud, active corruption or money laundering or the attempted commission of such fraud. (par. 1); and «Liability of a legal person under paragraphs 1 and 2 shall not exclude criminal proceedings against natural persons who are perpetrators, instigators or accessories in the fraud, active corruption or money laundering» (par. 3).

It is, obviously, an issue that could be imagined to be suitable for every single legal order, although different could be the legal options that each one of them could decide to assume. The adopted approach, then, could allow us to use the discipline set by the Italian legislator as a useful example to point out the more relevant issues that a system of criminal responsibility extended to legal bodies presents.

Clarified the objective, it is now necessary to describe what methodology will be used to pursue it, which will combine induction and deduction: moving from the analysis of living law,[2] which will be framed, inductively, from the rulings of the judges, we will try to verify, deductively, whether the conclusions to which they arrive can be considered compatible with the *general theory of Law*, the *legal rationale* and the basic *principles* and *values* of the legal system.[3]

1. The relation between the crime and the legal person.

There is no doubt that the Italian legislator, when called to set a specific legislation on the consequences of crimes connected to legal persons activities, has found himself in the difficult condition to reason over notions that, in the legal tradition of civil law countries, were always related to human beings.

As a matter of fact, regardless of the legal order, notions such as the reproach of action *contra ius*, the type of punishment, and its consequences, when referred to legal persons, must necessarily be redefined in order to accord them to processes of will, and action, that are the result of internal dynamics of complex multisubjective structures.

This said, it can be argued that the main issues that can emerge concern, mainly: a) the relation between the crime and the legal person, and, as a consequence, b) the juridical nature of the related responsibility; c) the role of the negligent conduct of the legal person; d) limitations to the possibility to punish that legal person for crimes committed in the territory of another country.

These are, indeed, issues that are not easy to solve, concerning which each country has adopted different approaches, depending on the amplitude and the gravity of the phenomenom, on the constitutional framework to which obey, and on the sensibility of the legislator with regards to this particular typology of criminal activity.

Indeed, each one these issues could be the object of a single and accurate study. This, however, would far trespass the scope of these brief thoughts, which are directed to reason on the effectiveness and sufficiency – in order to effectively combat a phenomenon which is particularly sneaky and aggressive such as corporate criminal activities – of administrative sanctions instead of criminal ones.

---

[2] Here we intend to accept the notion of living law proposed by L Mengoni, *Diritto vivente*, *Digesto delle discipline privatistiche – Sezione civile* (IV edn, 1990), vol VI, 445, accordind to which «il diritto vivente è una formula che sintetizza il complesso problema della partecipazione del giudice alla formazione del diritto (posto che egli trae la regola di decisione non solo dalle norme legali, ma anche dai dati extratestuali della realtà sociale determinata dalla norma come proprio ambito di applicazione) e del controllo delle valutazioni da lui compiute» [living law is a formula that summarizes the complex problem of the participation of the Courts in the formation of law (given that they draw the rule of decision not only from the legal norms, but also from the extra-textual data of the social reality determined by the norm as its own field of application) and of the control of the assessments made by them].

[3] G Clemente di San Luca, 'The Role of the Legal Scholar in the Process of Modernization of the Public Administration' (2016) 3 Dir. pubbl. 1019, 1029 (emphasis added).

2. Problematic issues concerning the Italian discipline on 'corporate criminal liability'.

It is quite evident that the first 'dogma' to abandon, in order to set a criminal liability for legal persons as a consequence of the commission of a crime, is the one according to which *societas delinquere non potest*. The basic idea is that the application of the punishment, as a consequence of the criminal action, represents a *malum passionis quod infligitur ob malum actionis*,[4] or, in other words, an evil action which is perceived as so, and this, in a general way, still represents the foundation of every criminal legal order built around detention sanctions, assuming the physicality of those who receive it.[5]

Certainly, there is nothing that precludes the legislator from extending criminal provisions to legal persons. Under this perspective, indeed, we can recall the saying that Parliaments can do everything «except change a man into a woman». Nevertheless, the idea of a highly anthropomorphic criminal legal order, still present in many national legal systems – for sure the Italian one –, has brought to extend to legal bodies the responsibility for crimes committed in their interest by people which are related to that legal person by a qualified legal relationship.

Although the object of this investigation does not immediately relate to the issues concerning the nature of legal persons subject to this type of legislation, nor to the relationship between these legal persons and the human being who has committed the crime, it seems, however, useful, a brief mention of the rules introduced by D. Lgs. n. 231/2001, at least to the extent to which this appears necessary to frame the juridical nature of corporate crime liability in the context of the Italian legal system.

In this sense, it must be pointed out that the Italian legislator has introduced a specific discipline in order to regulate administrative responsibility[6] of legal persons for crimes committed in their (also non-exclusive) interest, by designing two different hypothesis: one of the so called 'illicit business', and the other one for crimes which are only occasionally committed in the legal person's interest.

These two cases, although presenting a common element in the material author of the crime, are quite different one from another with regards to both the preconditions of the crime and the applicable punishment.

Highly peculiar, indeed, is the case of the illicit business, which occurs when the legal person is created with the sole purpose of allowing the commission of criminal activities. To make an example, this happens when a financial company is created with the only intention of money laundering and/or contracting usuring loans. If this is the case, the blame on the legal person must be reconstructed as wilful misconduct (and not negli-

[4] Grozio, De iure belli ac pacis, lib. II, cap. XX, § 1,1.

[5] S. Manacorda, 'Limiti spaziali della responsabilità degli enti e criteri d'imputazione' (2012), 1 Riv.it. dir. proc. pen. 91, 93; Giulia Ceccacci, 'Limiti di spazio della responsabilità da reato degli enti: il reato commesso in Italia nell'interesse o a vantaggio di società avente sede all'estero' (2020), 12 Cass. pen. 4715, 4731.

[6] Decreto Legislativo 8/6/2001 n. 231, s 1, «Principi generali e criteri di attribuzione della responsabilità amministrativa» [General principles and criteria for attributing administrative responsibility].

gent facilitation of the crime committed by its employee), and the correspondent sanction is represented by the immediate interdiction of the legal person, which is furtherly directed to its elimination from the legal world.

In the different and more recurrent hypotheses of a crime committed by a human being inserted (in a directive position as well as a simple employee) in the organisational structure of the legal person, instead, the legislator has subordinated the verification of corporate crime liability to two different and cumulative conditions.

From an objective perspective, the legal person can be considered responsible only for those crimes strictly defined by the law, committed in its interest or from which the legal person has taken advantage;[7] from a subjective perspective, instead, criminal liability is subordinated to the fact that the legal person has omitted the preparation of an appropriate organisational model in order to prevent the commission of a crime by the *intraneous* in the interest of the company.[8]

Therefore, in this second case, it looks like liability is based on negligence, descending from the fact that the legal person has not taken the suitable actions in order to prevent the commission of the crime.

It is precisely this last condition, however, that presents the major issues when trying to reason on the elements that could be able to exclude corporate criminal liability. It is necessary to ask ourselves, in particular, to which point it is possible to request to a legal person an organisational effort in order to prevent the commission of crimes in its interest. Indeed, if it is true that it can be difficult to typify a duty of diligence, especially one of organisational nature, it is also true that *ad impossibilia nemo tenetur*.

Such reasoning is able, indeed, to shift the focus to the title of the conference in which this study finds its roots: "Too big to convict".

If the reference is to the dimension of Multinational Enterprises, which, by crossing boundaries of individual legal systems, could by this obtain a (more or less) wide immunity from state sanctioning (including criminal) law – despite the performance of high-impact criminal phenomena socio-economic –, obviously it would be difficult to agree with such conclusion.[9]

If, instead, as it seems quite plausible to believe, the attention is to the multifaceted organization of these bodies, which makes it difficult to identify the existence of a complicity and/or of a facilitating conduct in a criminal offence, especially in the presence of internal procedures with a high rate of complexity; or to the fact that the relevant damage to ascertain the existence of the crime occurs at such a significant spatial and chronological distance, if compared with the organizational disfunction attributable to the entity, to make it difficult to identify who to charge for the unlawful conduct, or to distinguish which is the injurious conduct to be causally connected to the crime, evidently the title of the meeting has hit the mark.

These issues emerge in all their evidence starting from the really first moment in which the legislator must choose the regulative policy direction, when he has to describe, in the criminal provision, the typologies of illicit conducts. This operation, indeed, cannot be considered easy, due to the fact that legal persons to which these provisions

[7] Decreto Legislativo 8.6.2001 n. 231, para 5.
[8] Decreto Legislativo 8.6.2001 n. 231, para 6.
[9] See B.L. Garrett, Too Big to Jail: How Prosecutors Compromise With Corporations (Harvard University Press, 2014).

are addressed act in multiple legal systems, each one of them characterised by its own and autonomous rules, which are usually quite different one from another.

This situation, in particular, is not difficult to be found with regards to the individuation of the list of crimes able – at the recurrence of the above mentioned subjective and objective conditions – to trigger corporate liability, and also with regards to the individuation of organisational arrangements sufficient to exclude the responsibility of the legal person.

To this extent, it is must be pointed out that – at least in the Italian legal system – the legal person is not called to respond, not even potentially, for every crime committed in its interest, but only for those crimes which are strictly identified by the law.[10] As a consequence, in order to be compliant with the law, the legal person which has its headquarter and/or operates in Italy can legitimately provide an organisational structure sufficient to avoid the occurrence of these specific crimes, although at the risk of exposing itself to liability for further crimes committed by its agents (either directors or simple employees) in another legal system.

It must be also considered that these problems, which surely affect the legislator activity, are not the only ones which can occur.

Continuing to reason on the extent of the organisational arrangements able to exclude corporate liability, we could also ask ourselves to which point it is possible (also for the legislator) to demand the adoption of models suitable to prevent the commission of a list of crimes which has become, in the last decades, every day more widespread and heterogeneous.

This clearly emerges when a particular compliance implies, as a consequence, a consistent (or even only appreciable) loss of business productivity. This eventuality, as a matter of fact, clearly shows that every provision concerning this specific aspect involves two different values: on one hand, the necessities of production, strictly connected to freedom of economic initiative (protected also in the ECHR); on the other hand, the interests protected by the criminal provisions.[11]

This conflict, in absence of, if not precise, at least not incomplete, provisions set by national legislators, can risk to always end in favour of those interests which are protected by criminal provisions.

It is true, however, that making any hypothesis on the way to solve the above mentioned conflict would end, inevitably, in moving the investigation to the field of legal policy, trespassing the scope of this study. We cannot deny, though, the slippery slope on which all legislators are called to operate, as an excessive enlargement in the demand of organisational arrangements, by influencing the earning capacity of the legal person, can result in a lack of competitiveness of national companies.

---

[10] It is easy to observe how the legislator, to adapt the punitive response, increased the range of offences attributable to entities, without verifying whether or not this increase was compatible with the general rules on legal persons liability.

[11] See O Di Giovine, 'Il criterio di imputazione soggettiva' in G. Lattanzi and P. Severino (eds), *La responsabilità da reato degli enti* (Giappichelli 2020) I, 235, acconrding to which «ove l'ente volesse impegnarsi in una compliance a 360^0, effettiva e non cosmetica, dovrebbe impegnare risorse (economiche, di personale e di tempo) probabilmente proibitive anche per imprese dotate di notevoli capacità economico-patrimoniali» [if the entity wished to commit to compliance 360 degree, effective and non-apparent, it would have to use resources (economic, of personnel and time) that are probably prohibitive even for companies with the highest economic and financial capacity]. See even James Reason, Human error (Cambridge University Press 1990) 233.

What must be pointed out, however, is the abdication by States in confronting themselves with this sneaky task. Indeed, considering the particular challenge of entering in the internal dynamics of complex corporate structures, States have preferred to refer to legal persons the individuation of the organisational arrangements suitable to guarantee the prevention of such crimes. In particular, it looks like States have limited themselves (not always in a linear way) in intervening on the catalogue of crimes related to legal persons, by this assigning to judges the verification of the suitability on the organisational measures concretely put in place by companies in order to be exempted from any form of liability.

This choice which, at least at a first glance, could seem particularly wise, because it exempts the legislator from confronting with the functioning of a great variety of internal decisional procedures, appears, however, to present a fundamental flaw.

As a matter of fact, what this choice seems to confuse, if not even to redefine, is the role that legal systems acknowledge to legal persons which – although with a certain amount of approximation – operate in the production of goods and services. These subjects are, indeed, economic operators whose ultimate scope should be to maximise profits and minimise losses. By assuming this legislative choice, instead, these legal persons are transformed into 'private gendarms', to which States, under the threat of a sanction, refer the function of controlling the compliance with laws concerning their activity. A function that is, or at least should be, of public nature.

This observation cannot be considered a pure scientific speculation, as it cannot be denied that only in the delimitation of these functions referred to legal persons it is possible to define the standard of diligence that can be legitimately be requested in order to exclude corporate crime liability.

Nonetheless, as another ancient latin maxim says, *dum Romae consulitur, Saguntum expugnatur*, this meaning that while the existence of unclear provisions on the point animates a fruitful debate among legal scholars, it is truly to judges that most legal systems remit the task of trying to solve the complex issues arising around corporate crime liability.

3. The juridical nature of corporate crime liability.

To reason upon the nature of corporate crime liability, the analysis must necessarily begin from the letter of the law, which is significantly entitled «Discipline of the administrative responsibility of legal persons».

The express reference to the administrative nature of legal persons' responsibility, which is furtherly repeated in the first section of Decree n. 231, evanishes in the prosecution of the text of law, where the term responsibility is used without any qualification.

Despite the letter of the law, the necessary relationship with the commission of a presupposed crime has reinforced the idea that rules concerning corporate crime liability are to be assigned to the sphere of criminal law.[12] This interpretation, however, not

[12] S Manacorda, 'Limiti spaziali della responsabilità degli enti e criteri d'imputazione' (2012), 1 Riv.it. dir. proc. pen. 91, 93, according to which «siamo dinanzi ad uno specifico 'tipo d'autore' caratterizzato da potenzialità criminose straordinarie ma pur sempre da ricondursi entro gli schemi formali delle categorie del diritto e del processo penale»

only mortifies the letter of the law – which should be considered expression of a precise choice made by the legislator –, but also paves the way to a great variety of possible interpretations, leading to conclusions which frequently lack of coherence.

As an example, it can be underlined that even when the matter concerning the nature of corporate crime liability is, at least apparently, left on the background of judiciary decisions, as it is considered irrelevant for the definition of the case, judges are more keen on enforcing criminal law provisions whenever the discipline concerning legal persons responsibility presents some flaws. The analysis of jurisprudence is, in this sense, quite significant.

Even though there are some isolated rulings which expressly recognise corporate crime liability as a criminal responsibility[13] – and this despite the express qualification made by the legislator of that same responsibility as an administrative responsibility as a consequence of a crime –, what emerges from the majority of the rulings is that, even though judges do not arrive to the same conclusion, they always try to extend to the legal person the crime committed in its interest. This means that, in presence of two different conducts, and more precisely the one of the human being (the material author of the crime) and the one of the legal person (for not preventing the action of his agent), there is truly only one offence concerning which both are called to respond.

Such conclusion is explained by the jurisprudence in two alternative ways.

According to a first interpretation, to which also many legal scholars seem to agree,[14] corporate crime liability should be framed as a negligent participation in the crime committed by the legal person's agent. Under this perspective, to which the United Sections of the Supreme Court seem to convey,[15] the legal person's conduct can be framed in the «criminal paradigm of the participation in the crime, conveying with those scholars who had classified it as a multiparty case of special part, which has typified a new hypothesis of necessary participation of physical and legal persons in the same crime».[16]

Another judicial interpretation, instead, follows a different path.

According to this interpretation, which was also recently agreed on by the Supreme Court, the crime committed by the agent is extended to the legal person as a consequence of the relationship among them, which is defined, in the Italian legal order, as

---

[we find ourselves in front of a specific 'type of perpetrator' characterized by extraordinary criminal potential but still to be reduced to the formal schemes of the criminal law and trial]. G. Ceccacci cit., 4716, «In breve, a fronte di chi fa leva sul dato letterale, secondo una diversa opinione si tratterebbe, al contrario, di responsabilità penale celata dietro una palese "frode delle etichette"» [Briefly, on the contrary of those who rely on literal data, according to a different opinion, it would be criminal responsibility hidden behind a clear "label fraud"].

[13] Tribunale di Torino [2013] www.dejure.it.

[14] CE Paliero, 'Art. 7, soggetti sottoposti all'altrui direzione e modelli di organizzazione dell'ente' in M Levis, A. Perini (eds), *La responsabilità amministrativa delle società e degli enti: d.lgs. 8 giugno 2001, n. 231* (Zanichelli 2014).

[15] Cassazione penale SS.UU. [2008] Riv. pen. 10, [2008] 1000, «V'è quindi una convergenza di responsabilità nel senso che il fatto della persona fisica, cui è riconnessa la responsabilità della persona giuridica, dev'essere considerato "fatto" di entrambe, per entrambe antigiuridico e colpevole, con l'effetto che l'assoggettamento a sanzione sia della persona fisica che di quella giuridica si inquadra nel paradigma della responsabilità concorsuale» [There is therefore a convergence of responsibility in the sense that the fact of the natural person, to which the responsibility of the legal person is reconnected, must be considered a "fact" of both, anti-juridical and guilty, with the effect to subject both the natural and the legal person to the sanction following the scheme of contributory liability].

[16] Tribunale Lucca [2017] www.giurisprudenzapenale.com, [2017] n. 222 (decision confirmed by the ruling of Corte d'Appello di Firenze [2019] www.giurisprudenzapenale.com). See also Cassazione penale [2009] Guida al diritto 26, [2009] 82.

'*organic identification*'. Under this perspective, those who act on behalf of the legal person, because they are inserted in the company structure, are considered as acting as an organ of the legal entity. In this way, the crime which eventually occurs must be charged directly to the legal person.[17]

This last reconstruction, in particular, appears to be recalled in one of the most recent rulings of the Supreme Court, which – although declaring the administrative nature of corporate crime liability –, when referring to the event of the offence committed in the interest of the legal person, states that that same legal body must respond, as everyone else, for the effects of its conduct, by this implying to believe that the crime committed by the human being must be charged directly to the legal person.[18]

The analysis of the jurisprudence, then, surely reveals how the juridical reconstruction of corporate crime liability suffers of an extreme tension between, on one hand, its attraction to criminal law, and on the other hand, the express qualification by the legislator in terms of administrative responsibility.

This difficult tension surely emerges immediately in the extension of the crime committed by the agent to the legal person, as well as in the tendency shown by judges to use criminal law rules whenever the specific discipline set for corporate crime liability is incomplete. This tendency, indeed, appears to be furtherly encouraged from the fact that the judge who has the task to decide whether an illicit has happened or not is the same who is called to verify the subsistence of the crime committed by the agent, as the legislator has decided to match the legal criteria in order to identify the jurisdictional competence on both matters.[19]

On the contrary, although the administrative nature of corporate crime liability can be found as stated in a huge amount of judiciary rulings, it appears that these statements are usually misapplied when brought to their concrete consequences. This fundamental flaw in the reconstruction of corporate crime liability, in particular, clearly emerges when judges are called to question themselves about the possible extension of negligent offences of the agent to the legal person, as well as in the case of crimes committed in the Italian territory in the interest of legal entities which have their headquarters in a foreign State.

4. The negligent conduct of the juridical person.

The problem concerning the individuation of the legal person's negligence arises when the legislator, broadening the catalogue of the crimes which may trigger corporate

[17] Cassazione penale [2010] Le Società, [2010] 1241. Tribunale di Trani [2010] Dir. proc. pen. 7, [2010] 848.

[18] Cassazione penale [2020] Cass. pen. 12, [2020] n. 4706. Different opinion is expressed by Cassazione penale SS.UU. [2014] Cass. pen. 2 [2015] n. 38343, acconding to which «Il Collegio considera che, senza dubbio, il sistema di cui si discute costituisce un corpus normativo di peculiare impronta, un tertium genus, se si vuole. Colgono nel segno, del resto le considerazioni della Relazione che accompagna la normativa in esame quando descrivono un sistema che coniuga i tratti dell'ordinamento penale e di quello amministrativo nel tentativo di contemperare le ragioni dell'efficienza preventiva con quelle, ancor più ineludibili, della massima garanzia» [The Court considered that the system constitutes a normative corpus with a peculiar character, a tertium genus. The considerations contained in the Report that accompanies this legislation hit the mark when they describe a model that combines the pattern of criminal and administrative system to join the preventive efficiency with the highest level of guarantee].

[19] Decreto Legislativo 8.6.2001 n. 231, para 36. See Stefano Manacorda (n 5), cit. 96.

liability, includes in this list negligent crimes of event.

Without lingering too much on the peculiar structure of such crimes, it seems difficult to overcome the systemic incongruence descending from the fact that in a negligent misconduct, the event is not wanted by its author. As a matter of fact, if the legal person is called to respond for the conducts of its agents (in a directive as well as in a subordinate position) when the crime is committed in its interest, it is quite difficult to imagine this same self-interest whenever the consequences of the misconduct are not wanted by the author of the crime.[20]

Therefore, since it is not conceivable that the above mentioned extension is the consequence of a legislator's mistake, it is necessary to question ourselves on two different issues: a) the compatibility of a negligent crime (of event) with corporate liability; b) the verification of a negligent conduct by the legal person.

In order to ascribe to the responsibility of the legal body also the hypothesis of the negligent crime of event, judges verify the existence of the interest (or advantage) that the legal entity gains from the crime of its agent exclusively with regards to the violation of the precautionary rules from which the crime has derived. By doing this, the judge does not ask himself if the harmful event – which, standing to its same definition, is not wanted by the author of the crime – was committed in the interest of the legal body, but only if such interest was (or was not) behind the violation of the precautionary rules that brought to the harmful event.[21]

As proof of this, in a case concerning the violation of rules on workplace safety, the Court stated that «established case-law (although only by courts of first degree) sets that the condition of the interest or advantage must be related not to the whole offence, comprehensive of the harmful event, but only to the misconduct of workplace safety rules».[22]

This interpretation, which is quite well established, does not only overshadow the exam of the legal person's conduct, but also carries negative effects with regards to the evaluation of the negligence of the legal entity.

As it was often recalled, the legal person, in which interest the crime (also a negligent one) has been committed, can avoid the conviction by demonstrating that it has taken al the organisational arrangements suitable to prevent that specific crime.

However, the particular attention dedicated to the conduct of the agent in the presupposed crime in the interest of the company, and the assimilation of the disfunctional organisation to negligence intended as violation of precautionary rules, induced judges to believe that the absence (or non application) of a valid organisational model does not matter as an element of the sanctioning case against the legal entity, but as a subjective

[20] A Alessandri, 'Reati colposi e modelli di organizzazione e gestione', in N. Abriani, G Meo, G Presti (eds), 'Società e modello "231": ma che colpa abbiamo noi?' (2009) 2 AGE 342, «immaginare che un fatto (illecito) non voluto dall'autore si possa dire commesso nell'interesse di qualcun altro appare una contraddizione in termini» [to imagine that an illicit unwanted by the author can be said to be committed in the interest of someone else appears to be a contradiction in terms].

[21] MN Masullo, Colpa penale e precauzione nel segno della complessità (Edizioni Scientifiche Italiane 2012) 77, according to which the Court shall «estrapolare dal "reato" quell'unica parte del fatto tipico, la condotta, compatibile con il dover essere commessa nell'interesse o a vantaggio» [extrapolate from the "crime" the only part of the fact, the conduct, compatible with having to be committed in the interest or to the advantage].

[22] Tribunale Torino [2013] www.dejure.it [2013] n. 91211. Decision reinforced by Cassazione penale, Sezioni Unite [2014] www.giurisprudenzapenale.com [2014] n. 38343.

requirement of imputability. In this sense, the presence of a valid business compliance can be evaluated as an objective cause of exclusion of guilt.[23]

This interpretation has turned into the constant statement, made by judges, that «it is true that there is no obligation to set a specific organisational model, but this difference does not appear fundamental because, in the Italian legal order, the adoption of such organisational models is identified as a cause of exclusion of responsibility».[24]

Such a thesis was recently repeated by the Supreme Court, which, once focused the attention on the structure of the crime committed by the agent, confines the organisational negligence as a simple criterium for imputation, essential in order to charge the legal person for that same crime committed in its interest (or advantage).[25]

This reasoning, although considered inevitable by judges «in order to permit to the legal provision to find enforcement even in case of negligent crimes of event, because if the interest or advantage should be related also to the negligent event, it would be obvious that such profiles would never occur»,[26] carries along many problems.

It can be easily objected, indeed, that this interpretation betrays the letter of the law, and also the *ratio*, of the discipline set in artt. 5 and 6 of decree n. 231/2001. In this sense, it is possible to observe that, on one hand, art. 5 relates the double criteria of the interest and the advantage to the whole criminal offence of the agent, and not only to the sole element of his conduct; on the other hand, the setting of an organisational model suitable to prevent criminal activities represents an element that seems to pertain to the fact constituting an offence of the legal person, and should therefore not be considered an objective cause of exclusion of guilt.

5. Corporate crime liability of the foreign legal person for crimes committed in Italy.

There is no doubt that the problem of corporate criminal liability for crimes committed, in its interest or advantage, in a foreign country – different from the one in which the legal person has its headquarter – is quite marginal in those legal orders in which this case has been expressly regulated by the law, while it can become particularly sneaky when legislators has not intervened on the matter.

In this second hypothesis, it seems necessary to verify if, and to which extent, the principle of territoriality of criminal law can find enforcement.[27]

The answer to this question, obviously, seems to depend on the reconstruction of relationship that, in the considered legal order, links the crime of the agent with the legal person's responsibility. The attraction of corporate crime liability to criminal law, and the recognition of the responsibility of the legal person for the crime committed in

[23] S. Dovere, 'La responsabilità amministrativa degli enti di diritto straniero per reati commessi in Italia' (2021) 4 Riv. 231 9, 17.
[24] Corte d'Appello Firenze [2019] www.giurisprudenzapenale.com [2019] n. 3733.
[25] Cassazione penale Sez. IV [2020] Cass. Pen 12, [2020] 4706.
[26] Tribunale Torino [2013] www.dejure.it [2013] n. 91211.
[27] S. Manacorda (n. 5) cit., 91. See also, A. Fiorella, 'Principi generali e criteri di imputazione all'ente della responsabilità amministrativa' in G Lancellotti (eds), *La responsabilità della società per il reato dell'amministratore* (Giappichelli 2003), 102.

its interest (or advantage), reinforce the belief that it is the State in which the crime of the agent has been committed that has jurisdiction, not being relevant where the organisational disfunction has happened.

The Supreme Court arrives to this conclusion, which is widely agreed on in jurisprudence, basing this opinion on two main considerations.

First of all, what is important, in the reasoning of the Court, is that corporate crime liability is necessarily derived from the criminal responsibility of the physical person. Consequently, jurisdiction must be recognised with regards to the agent's crime, not being relevant that the organisational malfunction (which has facilitated or it has not prevented the crime) has happened in a foreign country.

Secondly, but as a consequence of the first, the Supreme Court observes that there are no valid reasons to differentiate the treatment reserved to the legal person from the one of the physical one. Therefore, also legal entities are subject to the principles of obligatoriness and territoriality of criminal law, and are called to respond of corporate crime liability, no matter their nationality and the place where they have their headquarters.

Finally, the Court expresses the principle according to which the legal persons can always be charged for corporate crime liability by Italian judges as long as these do have jurisdiction for the related crime committed by their agents.[28]

Other judges, in the past, already clarified that, by agreeing on a different interpretation – excluding corporate crime liability for foreign legal persons –, the result would be an unequal treatment with respect to the one accorded to foreign legal entities with offices in the Italian territory. In particular, in this way the economic activity of the first would be facilitated, this appearing in contrast not only with the Italian Constitution, but also with the European principle of non-discrimination in the freedom of establishment.[29]

With these reasonings, judges are able to close a flaw in the Italian law on corporate crime liability, emphasizing the relationship of dependency to the crime committed by the agent. In this way, Italian judges are able to charge foreign legal persons all the times they have jurisdiction on the presupposed crime.

To add coherence to the above mentioned reconstruction, there is also the reconduction of the organisational malfunction of the legal body to the figure of the exemption, as a cause that excludes guiltiness. By doing this, it becomes irrelevant either the choice, taken in a foreign country, to not adopt a certain model of compliance, and the place where the criminal intent arised.

Furthermore, in deciding on the jurisdiction of the national judge, it is not important that the sanctions charged on the legal body should be considered as criminal ones according to the Engel's criteria. The enforcement of such criteria, as a matter of fact, affects only the extent of the guaranties of the trial, and not the identification of the jurisdiction, as rules on this matter are still in the domain of the national legal order.

[28] Cassazione penale [2020] Cass. pen. 12, [2020] 4706.

[29] Corte d'Appello di Firenze [2019] www.giurisprudenzapenale.com [2019] n. 3733. See also: Tribunale Lucca [2017] www.giurisprudenzapenale.com [2017] n. 222; G.i.p. Milano [2004] Riv. trim. dir. pen. econ. 3-4, [2004] 989.

6. The administrative nature of the legal person illicit activity.

The present investigation has so on shown that the reconduction of corporate crime liability to the sphere of criminal law truly raises many concerns.

What we will now try to verify is if, by attracting corporate crime liability in the sphere of the administrative sanction, we could reach, with no prejudice in the efficiency of the punitive response, much more coherent solutions.[30]

Firstly, it cannot be doubted that the preference for the administrative sanction model has the merit of fully respecting the juridical qualification given by the legislator to this particular type of responsibility.

Furthermore, this choice does not imply that the sanctionary response of the State would be assisted by a minor degree of effectiveness and afflictiveness with respect to a criminal one. On the contrary, it is well agreed by legal scholars that the administrative sanction, both in a general and in a special-preventive perspective, represents, with respect to financial crimes, a much more efficient deterrent – also in terms of proportionality – than the criminal one.

The organs of criminal jurisdiction, as a matter of fact, are only rarely able to convict those who are at the top of criminal organisations, this meaning that these subjects normally continue to benefit of the incomes of their criminal activities.[31] Even more, it is necessary to highlight that it is quite difficult for national judges to attack considerable assets and/or incomes of criminal activities.[32]

There is no doubt, then, that the reaction of the legal system against this type of criminal activities would be more efficient if it would be directed against economic assets instead of the physical person's freedom, as what seems to guide (or inhibit) motivation to commit such crimes is the hope for income much more than the fear of a detenctive sanction.[33]

These issues, therefore, can truly justify the legislative preference for the administrative sanction.

Once reconducted the illicit of legal persons in the *genus* of administrative sanction, perhaps, it is evident that much more coherent solutions can be found with regards to issues concerning the relationship with the crime of the physical person, the role of the organisational disfunction that has facilitated (or not prevented) the commission of the

[30] On the other hand, the stigma typical of the criminal sanction does not seem an indispensable element to guarantee the afflictivity of the sanction to be imposed on the legal person.

[31] FJ McKenna, K Egan, 'Ireland: The Multi-Disciplinary Approach to Proceeds of Crime' in Young, NM Simon (eds), *Civil Forfeiture of Criminal Property* (Edward Elgar Publishing, 2009) 52, 56, according to which «it was legitimate to take account of the international phenomenon of organized crime and the characteristic ability of those in the higher echelons of criminal organization to evade the arm of the law».

[32] Working Group on Confiscation, Third Report: Criminal Assets (London, Home Office 1998) para 4.13, as well as the subsequent Report, Recovering the Proceeds of Crime (London, Cabinet Office 2000) 38, where are recalled the word of Willie Hofmeyr, Head of the Asset Forfeiture Unit, South Africa, according to which «[Offenders] smiled when they got a 15 or 20-year jail sentence, which they regard as an occupational hazard I suppose, but they literally burst into tears when they lost their favorite Rolls-Royce, the family home, the kids' private education and the wife's luxurious lifestyle. Police have started seeing forfeiture as a way of hurting and getting at these guys».

[33] HM Advocate v. McIntosh (United Kingdom Privy Council), in http://uniset.ca/other/cs4/20031AC1078.html, «it is desirable to deprive traffickers of their illgotten gains, so that the hope of profit is heavily outweighed by the fear of punishment». See also Thomas Jaggar – Mark Sutherland Williams 'Civil recovery: then and now' [2010] 2 CBQ 5, 6: «recovery of the proceeds of crime through the civil courts looked to be an expedient method of appropriating criminals' ill-gotten gains when compared to the 118 clumsy and expensive unpredictability of the full criminal trial».

presupposed crime, and, finally, ones concerning the identification of the jurisdiction in cases of crimes committed in Italy in the interest (or with advantage) of a foreign legal person.

With regards to the first, by recognising the administrative nature of the legal persons' illicit, there would be a definitive cut of the (inseparable) connection – that criminal liability inevitably presupposes – from the crime committed by the physical person, confining the latter (and the related event) to the role of simple element of the sanctioning case. In other words, the legal person will no longer be charged for the crime committed in its interest (or in its advantage), which will continue to represent only a condition for the configuration of corporate crime liability.

In this way, the legal person will be charged only with the failure to provide a system of controls on the activity of its employees and administrators, which has allowed (or even only facilitated) the commission of a crime in its own interest.

Therefore, moving the analysis to the doubt concerning the role of the organisational misfunction in the structure of the illicit, it would necessarily be a consequence to consider a suitable business compliance not as a cause of exclusion of guiltiness, but as a negative element of the fact constituting an offence.

This means that the adoption by the legal person of internal arrangements which are suitable, at least in abstract, to prevent the commission of a crime in its interest, would imply the impossibility to charge the sanction because the (administrative) illicit is not conceivable, and not because it is not possible to ascribe a to the legal entity a reproach in terms of guiltiness.

Finally, once separated corporate crime liability from the responsibility of the *intraneus*, it becomes easier to reason on the individuation of the competent jurisdiction, in the hypothesis of a crime committed (in Italy) with benefit of a foreign legal person.

From the previous analysis of the jurisprudence, what has emerged is that the criminal nature of corporate crime liability has been used by judges to state national jurisdiction also when the sole event related to the crime has occurred in Italy (or even when only a part of the criminal conduct has happened in the Italian territory), not being relevant that the legal person does not have its headquarters in the Italian territory, and should therefore not be considered subjected to the organisational arrangements requested by the domestic legal system in order to avoid the enforcement sanctions.

On the contrary, once that corporate crime liability has been reconducted in the administrative sphere, the reasoning must necessarily be different, and needs, consequently, some clarification, able to avoid any misunderstanding.

What needs to be clarified is that the administrative nature of the sanction does not absolutely imply to exclude, priorly, corporate crime liability for legal persons, which have their headquarters in a foreign country, for crimes committed in their advantage by physical persons who have, with that same legal person, a qualified relationship (either a director or an employee). This conclusion, indeed, would lead to unjustifiable results, since it could undermine the whole enforcement of corporate crime liability provisions, not only facilitating elusive conducts of the considered legislation, but also risking to imply a minor effort in the prevention of crimes when committed outside the country in which the legal person has its headquarters.

On the contrary, however, also the opposite opinion – agreed on by the jurisprudence

– seems to bring some issues to the table. By believing that the sanctioning discipline is enforceable for the sole fact the presupposed crime has happened in the Italian territory, it seems that this opinion undervalues excessively the (still relevant) link with the legal system in which the legal person has its hesdquarters.

Once separated the conduct and the event of the physical person (that operates for the legal entity) from the ones of the legal person, indeed, it seems absolutely necessary to find a link between the Italian legal order and the legal person, in order to configure the obligation for the latter to respect Italian legislation, and to justify the subjection to Italian jurisdiction in case of violation of national law.

What can be argued, then, is the necessity to find at least a minimal (or occasional) connection between the legal person and the legal system in which the crime, or the criminal conduct, of the physical person has occurred. Perhaps, only the existence of such a connection, in accordance to the principle of territoriality of sanctioning provisions often stated in jurisprudence, could imply the obligation to enforce Italian legal provisions on organisational arrangements by the legal entity.

For this to happen, however, it would be sufficient that the foreign legal person operates, with or even without a stable secondary branch, in the Italian territory, in which the presupposed crime of the physical person has been committed. What would become relevant, then, would not be the location of the legal person's headquarters, but the performance of commercial activities in the national territory.

In this sense, it is not possible to agree with the thesis according to which it should be possible to extend the Italian sanctioning discipline even to those legal persons that not only do not operate in Italy, but also take advantage from a crime committed in Italy only in a foreign country. As a matter of fact, if the *ratio* of the discipline is to not discriminate companies operating in Italy, this must be considered as respected if the enforcement of national rules on corporate crime liability is excluded for legal persons which operate only in other States.

Furthermore, it must be considered that only in this way it would be possible to ensure to legislation on corporate crime liability a true deterrent effect. As an example, it would be very difficult to find any practical effect to a sanction, especially one of interdiction or compulsory administration, directed to a legal person which has its headquarters, and operates exclusively, in Brazil or in the Philippines.

7. Conclusions: which role for artificial intelligence.

At the end of the investigation, it is possible to argue that the exclusion of corporate crime liability from the sphere of criminal law leads, without doubts, to more linear and coherent solutions.

By avoiding an artificial overlap between the crime of the agent and the illicit of the legal person, indeed, it becomes possible not only to restore to corporate crime liability the level of autonomy stated in the letter of the law, but also to exclude legal solutions that should be considered at least at the limits of reasonableness, as it happens when the legal system expects to sanction – for presupposed crimes committed in Italy – a

legal person which does not have any branch nor performs any kind of activity in the Italian territory.

There is no doubt that the criminal perspective is facilitated by legal provisions which assign the competence on corporate crime liability to the criminal judge. Nonetheless, it appears difficult to imply univocal indications concerning the nature of corporate crime liability from a provision which has the sole purpose of guaranteeing the *simultaneous processus* of both the presupposed crime of the agent and the dependant illicit of the legal entity, and this even more when we consider that the letter of the law explicitly defines this illicit as one of administrative nature.

In a *de jure condendo* perspective, it then seems more preferable, also in the light of the jurisprudence, to remit to Public Administration the infliction of sanctions concerning the (administrative) illicit of the legal person, by this resolving any possible doubt on the (administrative) nature of corporate crime liability legislation. This would represent a model not entirely new in the Italian legal order, which, though needing some inevitable arrangements to coordinate it with the criminal prosecution of the physical person, is already put in place with regards to financial illicits, where, for the same illegal conducts sanctioned by criminal provisions, the Consob has quite incisive sanctioning powers.

What should be also considered is that, following the proposed solution, the creation of a specific Agency, with the same independency accorded to Consob, could not only guarantee the impartiality of the sanctioning procedure, but also the possession of that degree of knowledge which, due to the complexity and the mutability of business corporation's dynamics, could be lacked in comparison by the judge.

An important role in preventing and contrasting that type of crimes could come from the artificial intelligence.

A fact can be considered clear: economic crime is organized and evolves very quickly. Using increasingly sophisticated technologies, companies can develop organizational models, to simulate their functioning even before adopting them, in such a way as to hide the traces of their crimes behind particularly complex organizational and management mechanisms. Thus, making the activity of the investigative bodies particularly slow and, at the same time, devoid of substantial effectiveness.

In fact, where the reaction to a crime is not fast, the idea arises in the company that it has found the right way to evade the application of the law, and in the victims the conviction that justice can do nothing in the face of the giants of the market. In short, they are too big to convict.

Now, even if it is true that artificial intelligence is not able to replace the work of the judge and the public prosecution, there are excellent reasons for imagining that the same technology, which companies increasingly use massively, can be used, this time to discover their wrongdoings more easily.

The creation of databases that contain the most followed schemes to evade the laws, in the hands of highly efficient processing systems may be able to warn the public prosecutor, in the presence of anomalous situations, before they can come into effect.

Not only this, often for the prosecutor the biggest difficulty is to find the evidence of a crime within thousands, if not millions, of pages of documents. Also in this case, an artificial intelligence system could select, among the thousands of pages, those which,

due to their content (in alphanumerical terms), most likely constitute evidence of the crime. With great saving of resources and time, guaranteeing a rapid and therefore particularly effective punitive response.

Modern artificial intelligence systems are now capable of recognizing an organizational model at risk of criticality, of collecting and grouping information also in relation to their object, of reconstructing the phases of a given criminal action in time.

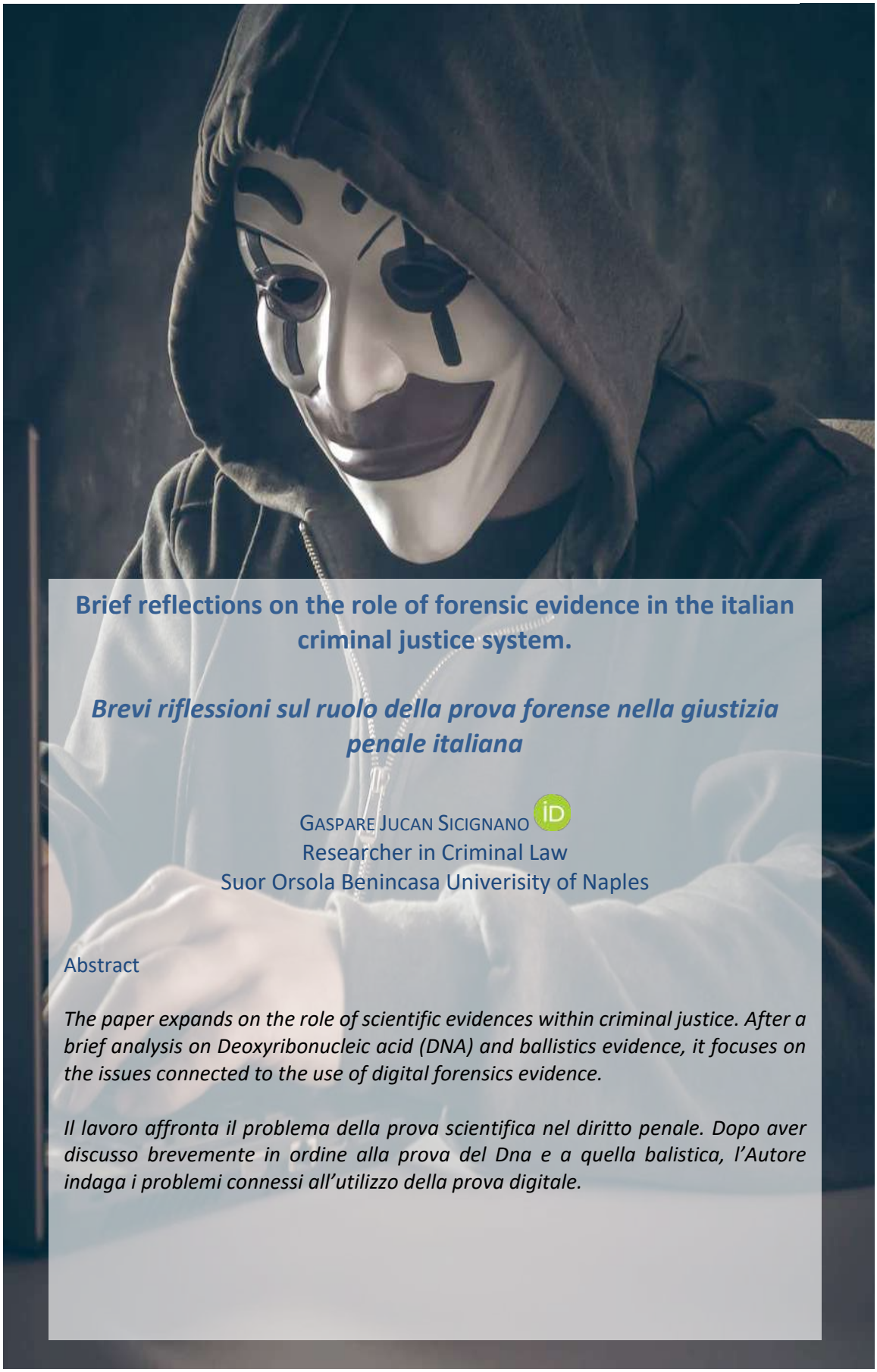
It is a tool that seems, by now, indispensable in order to establish an equality of arms in a conflict that, at the moment, seems clearly unbalanced in favor of those who work to violate the laws.

SECTION II

FOCUS PAPERS

Sicignano G. J., 'Brief reflections on the role of forensic evidence in the italian criminal justice system' (2023) 1 EJPLT, 118-127.
DOI: https://doi.org/10.57230/EJPLT231GJS

EJPLT
ISSN 2704-8012



Brief reflections on the role of forensic evidence in the italian criminal justice system.

Brevi riflessioni sul ruolo della prova forense nella giustizia penale italiana

GASPARE JUCAN SICIGNANO
Researcher in Criminal Law
Suor Orsola Benincasa Univerisity of Naples

Abstract

The paper expands on the role of scientific evidences within criminal justice. After a brief analysis on Deoxyribonucleic acid (DNA) and ballistics evidence, it focuses on the issues connected to the use of digital forensics evidence.

Il lavoro affronta il problema della prova scientifica nel diritto penale. Dopo aver discusso brevemente in ordine alla prova del Dna e a quella balistica, l'Autore indaga i problemi connessi all'utilizzo della prova digitale.

© The author(s) 2023, published by Suor Orsola Benincasa Università Editrice.
This contribution is licensed under a Creative Common Attribution 4.0 International Licence CC-BY-NC-ND, all the details on the license are available at: https://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/4.0/

Keywords: Deoxyribonucleic acid (DNA) evidence; ballistics evidence; digital forensics evidence.

Summary: Introduction. – 1. Deoxyribonucleic acid (DNA) Evidence. – 2. Ballistic Evidence. – 3. Digital forensics Evidence. – 3.1. Satellite Tracking. –3.2. The so-called 'Trojan Horse' – 3.3. Artificial intelligence and criminal justice Conclusions.

Introduction.

The value of forensic sciences has been long established in criminal justice procedure.[1] The issues surrounding their use and applications are numerous and quite complex, and to adequately explore them in depth would require more than a 'short essay'. This speech, then, will focus on a few specific topics, with the aim of highlighting, in general terms, some of the issues related to contemporary innovations in forensic evidence for criminal justice procedure. The report is divided into three sections, each expanding on a specific topic: the first, on Deoxyribonucleic acid (DNA) evidence; the second, on ballistic evidence; the third, focused on digital forensics. For a brief and consistent presentation, the latter category will include computer inspection and search, satellite tracking and trojan horse. In the section dedicated to digital forensics, we will also briefly discuss the topic of utilizing artificial intelligence within the realm of criminal justice.

1. Deoxyribonucleic acid (DNA) Evidence.

The collection of Deoxyribonucleic acid (DNA) Evidence entails all those activities necessary to identify a specific genetic profile from a biological specimen (such as, but not limited to, saliva, blood or sperm). In recent time, Deoxyribonucleic acid (DNA) evidence have been identified also in extremely small quantities of organic materials collected on the crime scene, the so-called contact traces.[2]

[1] G Fiandaca, 'Il giudice di fronte alle controversie tecnico – scientifiche' (2005) Diritto e questioni pubbliche, 7; D Pulitanò, 'Diritto penale fra vincoli di realtà e sapere scientifico' (2006), Rivista italiana di diritto e procedura penale, 795; L De Cataldo Neuburger (ed), *La prova scientifica nel processo penale*, (Cedam, 2007); O Dominioni, 'Prova scientifica (diritto processuale penale)', Enciclopedia del diritto, Annali (2008), 976; C Conti, 'La prova scientifica', in P Ferrua, E Marzaduri and G Spangher (eds), *La prova penale*, (Giappichelli, 2013), 87; PP Rivello, La prova scientifica (Giuffré, 2014); F Giunta, 'Questioni scientifiche e prova scientifica tra categorie sostanziali e regole di giudizio', in M Bertolino and G Ubertis (eds), *Prova scientifica, ragionamento probatorio e decisione giudiziale,* (Jovene, 2015), 57; A Incampo and A Scalfati (eds), *Giudizio penale e ragionevole dubbio*, (Cacucci, 2017); G Canzio, G Carlizzi and G Tuzet (eds), *La prova scientifica nel processo penale* (Giappichelli, 2018); R Bartoli, 'Diritto penale e prova scientifica', in G Canzio and L Luparia Donati (eds), *Prova scientifica e processo penale* (Cedam, 2022), 77.

[2] R Orlandi, 'Il problema delle indagini genetiche nel processo penale' (1992), 3, Quaderni Camerti, 418; O Dominioni, *La prova penale scientifica. Gli strumenti scientifico – tecnici nuovi o controversi e di elevata specializzazione* (Giuffré, 2005), 25; C Fanuele, 'L'indagine genetica nell'esperienza italiana e in quella inglese' (2006), Rivista italiana di diritto e procedura penale, 732; U Ricci, C Previderé, P Fattorini and others, *La prova del DNA per la ricerca della verità*, (Giuffré, 2006) 114; F Caprioli, 'La scienza «cattiva maestra»: le insidie della prova scientifica nel processo penale' (2008), Cassazione penale, 3521; S. Lorusso, 'La prova scientifica', in A Gaito (ed), *La prova penale* (Giappichelli, 2008), 229; A Scarcella (ed), *Prelievo del DNA e Banca dati nazionale. Il processo penale tra accertamento del fatto e cooperazione internazionale* (Cedam, 2009); M Scoletta, 'La tutela penale dei dati e delle informazioni genetiche', in

When mentioning Deoxyribonucleic acid (DNA) identification in criminal justice, the first famous case that comes to mind is that of Yara Gambirasio. Yara was a 13-year-old girl living in a small town near Bergamo, in northern Italy. She disappeared on November 26th, 2010, and was then found dead on February 26th, 2011. The case immediately caught the attention of national media, both because it involved such a young girl and for the particular cruelty and brutality of the crime itself, but also because of the torturous progress of the investigations. First a suspect was taken in but quickly released: to arrest him the police had even forced a ferryboat to return back to port, but it later came out that the arrest had been ordered based on the mistranslation of a phone surveillance recording. Later, the law enforcement conducted extensive genetic research on the local population, performing 25,700 Deoxyribonucleic acid (DNA) tests. As is known, it was precisely thanks to the Deoxyribonucleic acid (DNA) evidence collected that the culprit was identified: Massimo Giuseppe Bossetti, a construction worker from the town of Mapello, sentenced to life imprisonment on October 12th, 2018.

When it comes to Deoxyribonucleic acid (DNA) evidence, however, several issues still stand out to attention.

Firstly, collection of Deoxyribonucleic acid (DNA) samples is not an easy and straightforward procedure. The judicial police have a duty to be on site and, with immediate urgency, to collect samples of everything that could be potentially related to the case, keep them in custody and store them.[3] The urgency of this first phase is necessary to properly carry out a number of investigations and processes, like collecting the corpus delicti, the body of evidence, and all related materials. Carrying out these operations as efficiently and urgently as possible allows investigators, on the one hand, to collect and preserve any evidence without the risk of being tampered with, and on the other hand, guarantees the privacy and personal freedom of all parties involved. The suspect's lawyer has a right to witness these operations, but not to be given notice of them in advance[4]. During this phase, the judicial police is free to autonomously perform only urgent examinations, not body inspections, which are solely performed by the judicial authority.[5] Urgent examinations include the collection of fingerprints data, anthropometric measurements, descriptions and pictures, as well as the collection of any biological materials inadvertently left at the crime scene (e.g., traces of sweat on fingerprints or saliva traces collected during a medical examination, or even fallen hair and cigarette stubs).

L Marafioti and L Lupària (eds), *Banca dati del DNA e accertamento penale* (Giuffré, 2010), 130; U Ricci, 'Limiti e aspettative della genetica forense', in C Conti (ed), *Scienza e processo penale. Nuove frontiere vecchi pregiudizi* (Giuffré, 2011), 254; A Camon, 'La disciplina delle indagini genetiche' (2014), Cassazione penale, 1437; F Taroni, J Vuille and L Lupària, 'La prova del DNA nella pronuncia della Cassazione sul caso Amanda Knox e Raffaele Sollecito' (2016), I, Diritto penale contemporaneo, rivista trimestrale, 155.

[3] G Ichino, 'L'attività di polizia giudiziaria', in M G Aimonetto (ed), *Indagini preliminari e istaurazione del processo*, (Utet, 1999), 182; S Bozzi and A Grassi, 'Il sopralluogo tecnico sulla scena del delitto', in M Picozzi and A Intini (eds), *Scienze forensi. Teoria e prassi dell'investigazione scientifica* (Utet, 2009) 40; S Lorusso, 'L'esame della scena del crimine nella contesa processuale' (2011), Diritto penale e processo, 261; D Curtotti, *Rilievi e accertamenti tecnici* (Cedam, 2013) 215.

[4] Art. 356 c.p.p.: *«Il difensore della persona nei cui confronti vengono svolte le indagini ha facoltà di assistere, senza diritto di essere preventivamente avvisato, agli atti previsti dagli articoli 352 e 354 oltre che all'immediata apertura del plico autorizzata dal pubblico ministero a norma dell'articolo 353 comma 2».*

[5] P Felicioni, *Accertamenti sulla persona e processo penale. Il prelievo di materiale biologico* (Ipsoa, 2007), 96.

The second issue pending on Deoxyribonucleic acid (DNA) evidence concerns the analysis of biological materials. After sample collection, judicial police will often refer to professionals with the relevant technical skills for sample analysis.[6] However, the best and most suitable course of action would be to entrust this process to the Public Prosecutor, who will appoint a consultant. In this case, and as provided for in article 360 of the Italian Code of Criminal Procedure (CCP), the Prosecutor shall appoint an expert in the presence of all parties involved in the proceedings; the parties appointed consultants may also witness any experts' activities.

The last and possibly most pressing issue relating to Deoxyribonucleic acid (DNA) evidence is their use within the proceeding itself. As is well known, the evaluation of Deoxyribonucleic acid (DNA) testing is subject to probabilistic laws and, as such, it almost never provides for certain results.[7] More in details, within the famous Franzese ruling,[8] the Supreme Court of Cassation has already stated the unreliable nature of statics laws and their related results, for the sake of safeguarding the principle requiring a ruling to be made 'beyond all reasonable doubt.' A significant portion of studies on this matter considers Deoxyribonucleic acid (DNA) evidence as merely circumstantial, meaning that they could lead to conviction only if supplemented by other evidence. The Franzese ruling could potentially provide a criterion to rule out this causality problem, which is the logical likelihood of the event. Within this framework, a judge would be free to use and leverage information coming from Deoxyribonucleic acid (DNA) evidence only if within the evidence gathered there are no elements suggesting a plausible and logical alternative scenario.[9] In any case, the debate on this issue is still open and ongoing.

2. Ballistic Evidence.

The Ballistics is the field of mechanics concerned with the launching and flight behaviour of bullets, where 'bullets' refers to free-moving objects subject to gravity, air drag and the friction acting on their surface. The bullet has its own momentum, an initial velocity generated by an impulsive force, and thus perseveres in its movement by the

[6] A Gaito, 'Le funzioni della polizia giudiziaria tra 'assicurazione' e 'valutazione' delle fonti di prova: il problema dell'esperto' (1996), II, Giurisprudenza italiana, 601; C Cesari, '«Prova del DNA» e contraddittorio mancato' (2003), III, Giurisprudenza italiana, 539.

[7] C Robino, 'Diversità di metodi, diversità di risultati: margini di errore e variabili nell'esecuzione del test del DNA', in M Chiavaro (ed), *Nuove tecnologie e processo penale* (Giappichelli, 2006), 51.

[8] Cassazione penale, Sez. Un., July 10 2002, (2002), II, Il Foro It., 602 ss.

[9] F Antolisei, *Il rapporto di causalità nel diritto penale*, (Cedam, 1934); F Stella, *Leggi scientifiche e spiegazione causale nel diritto penale* (Giuffré, 1975); CE Paliero, 'La causalità dell'omissione: formule concettuali e paradigmi prasseologici' (1992), Rivista italiana di medicina legale, 821; M Donini, 'La causalità dell'omissione e l'imputazione «per l'aumento del rischio»' (1999), Rivista italiana di diritto e procedura penale, 142; P Veneziani, 'Il nesso tra omissione ed evento nel settore medico: struttura sostanziale ed accertamento processuale', in E Dolcini and CE Paliero (eds), *Studi in onore di Giorgio Marinucci*, (Giuffré, 2006), 1969; M Romano, 'Nesso causale e concretizzazione delle leggi scientifiche in diritto penale', in *Scritti per Federico Stella*, (Jovene, 2007), 899; F Viganò, 'Riflessioni sulla c.d. 'causalità omissiva' in materia di responsabilità medica' (2009), Rivista italiana di diritto e procedura penale,1679; G Marinucci, 'Causalità reale e causalità ipotetica nell'omissione impropria' (2009), Rivista italiana di diritto e procedura penale, 523; R Bartoli, 'Responsabilità penale da amianto: una sentenza destinata a segnare un punto di svolta? ' (2011), Cassazione penale, 1712; R Blaiotta, 'L'educazione sentimentale del giudice. A proposito di giustizia, amianto, vittime diffuse' (2021), Sistema penale web;

principle of inertia. Such movement is at the centre of ballistics tests.[10]

When it comes to ballistic evidence, the case that instantly comes to mind is that of Marta Russo's murder. Marta, a 22-year-old law student, was in the courtyard of La Sapienza University in Rome on May 9th, 1997, when she was severely wounded by a gunshot, which ultimately led to her death five days later in the hospital. Her murder sparked a complex investigation and a long judicial proceeding, with wide media coverage, both because of the location of the crime and because of the difficulties met by investigators in understanding the motive behind this murder. In fact, several unconfirmed theories were aired: it could have been a case of mistaken identity, the so-called 'perfect crime', a terrorist attack or a simple firing accident. Finally, in 2003, Giovanni Scattone - assistant professor of philosophy of law - was convicted with a final ruling of aggravated manslaughter. Scattone himself has always claimed he was innocent. However, in the first judgement it was clearly stated that Scattone had inadvertently fired a shot while holding the gun for unknown reasons. It is possible he was going to test the weapon by firing it at a wall, or he didn't know it was loaded. The court ruled it as manslaughter based on evidence such as the ballistics tests, which stated that, based on his alleged position at the time, Scattone could not have fired a targeted shot.

As with DNA testing, ballistics tests and evidence also give rise to a number of controversial issues.

The first step is always the inspection of the crime scene, to check the number of shell casing present, the type of damages, craters, scratches or scorch marks on the surrounding objects, together with any residue from the gunshot or the explosion. In urgent cases, the same kind of exam can be performed on people, provided that it is a non-invasive examination, therefore ruling out inspection and limiting the exam to the outside of the body. In this specific context, the collecting gunpowder residue by swabbing the hands is considered a non-invasive act, granted that it is performed within a short time from the events. Pursuant to art. 365 of the Code of Criminal Procedure, the defence lawyer is allowed to witness the examinations and tests, but has not right to be given notice in advance.

Still, what was true for the DNA also stands for ballistic evidence: the main issue revolves around how this kind of evidence is used within the proceedings.[11] In general, ballistics reports are not considered a form of evidence, but rather a tool to better assess and understand the crime scene and the objects and traces related to it. Therefore, the court is not bound to the report and, actually, according to the renowned formula '*Iudex peritus peritorum*,' a judge is free to make a reasoned and directly opposing assessment

[10] D Compagnini, E Zernar and G Siscaro, *Balistica forense e processo penale* (Giuffré, 1999) 59; M Neri, S Di Donato, E Turillazzi and others, 'L'istopatologia nella diagnostica della lesività da arma da fuoco: contributo sperimentale su di un'ampia casistica' (2005), Rivista italiana di medicina legale, 106; V Milana and A Milana, 'La perizia balistica', in I Barbagallo (ed), *Le prove*, (Utet, 2007), 1073; G M Baccari, 'La rilevazione dei residui dello sparo: dal 'guanto di paraffina'' allo stub', in C Conti (ed), *Scienza e processo penale. Nuove frontiere vecchi pregiudizi* (Giuffré, 2011), 315; G Zambonini, 'La balistica come strumento d'indagine, gli accertamenti tecnici, i profili giuridici' (2015), Sicurezzagiustizia.it, 10.

[11] E. Aprile, 'Le indagini tecnico – scientifiche: problematiche giuridiche sulla formazione della prova penale' (2003), Cassazione penale, 4035.

to that of the expert. [12]

3. Digital forensics Evidence.

The widespread use of computers and digital devices led to the rise of a number of unlawful behaviours and conducts, generally classified in the main category of computer crimes. These offenses include cases where the device is used as a tool and where it is the 'victim'. In both cases, however, all evidence related to the crime are contained within the computer, or the device.[13]

The most famous and emblematic case revolving around digital forensics is certainly the one built around WikiLeaks, an international non-profit organization founded by Julian Assange that published many documents classified by the United States government thanks to document caches protected by a strong encryption system. Edward Snowden - former computer intelligence consultant of CIA and of the National Security Agency (NSA) - was inquired in the US in relation to WikiLeaks. Snowden used WikiLeaks to disclose detailed information on highly classified US and UK government programs, publishing classified documents on intelligence activities.

In 2013 Snowden was granted asylum by the Russian government and has been a Russian citizen since 2022. American investigators were able to trace the leak back to him thanks to the digital trace he left behind, which led them to his computer.

It is worth noting, however, that the use of digital evidence is also related to a number of serious issues.

Primarily, this type of evidence consists of virtual objects, records, files, source codes, digital traces, software and bitstreams. By its nature, it is not-material and, as such, almost impossible to convert into paper documents to be filed in court. There are records of different solutions to this, both in law theory and case-law. As of recent years, it has been argued that, even lacking the possibility for material apprehension of the evidence, just as other goods or energy, data streams should be considered a mobile

[12] PP Dell'Anno, 'Accertamento e valutazione nelle attività di consulenza disposta dal pubblico ministero' (1991), Giustizia penale, 241; R E Kostoris, *I consulenti tecnici nel processo penale* (Giuffré, 1993), 146.

[13] O Mazza, 'Recenti sviluppi nella repressione internazionale dei crimini informatici: la Convenzione di Budapest del 2001' (2004), Comunità internazionale, 91; F Novario, 'Criminalità informatica e sequestro probatorio: le modifiche introdotte dalla L. 18 marzo 2008, n. 48 al codice di procedura penale' (2008), Rivista di diritto processuale, 1071; A Logli, 'Sequestro probatorio di un personal computer. Misure ad explorandum e tutela della corrispondenza elettronica' (2008), Cassazione penale, 2956; E Vitale, 'La nuova disciplina delle ispezioni e delle perquisizioni in ambiente informatico o telematico' (2008), Diritto Internet, 509; A Macrillò, 'Le nuove disposizioni in tema di sequestro probatorio e di custodia ed assicurazione di dati informatici' (2008), Diritto di internet, 511; B. Braghò, 'L'ispezione e la perquisizione dei dati, informazioni e programmi informatici', in L Lupària (ed), *Sistema penale e criminalità informatica* (Giuffré, 2009), 190; S Carnevale, 'Copia e restituzione dei documenti informatici sequestrati: il problema dell'interesse a impugnare' (2009), Diritto penale e processo, 472; L Lupària, 'Computer crimes e procedimento penale', in G Garuti (ed), Modelli differenziati di accertamento (Utet, 2009), 369; C Conti, 'Il volto attuale dell'inutilizzabilità: derive sostanzialistiche e bussola della legalità' (2010), Diritto penale e processo, 790; R E Kostoris, 'Ricerca e formazione della prova elettronica: qualche considerazione introduttiva', in L Ruggeri and L Picotti (eds), *Nuove tendenze di giustizia penale di fronte alla criminalità informatica. Aspetti sostanziali e processuali* (Giappichelli, 2011), 180; F M Molinari, 'Questioni in tema di perquisizione e sequestro di materiale informatico' (2012), Cassazione penale, 696; G Corrias Lucente, 'Perquisizione e sequestro informatici: divieto di inquisitio generalis' (2012), Diritto dell'informazione e dell'informatica, 1146; C Costanzi, 'Perquisizione e sequestro informatico. L'interesse al riesame nel caso di estrazione di copie e restituzione dell'originale' (2016), Archivio nuova procedura penale, 269.

object and, as such, can be filed within legal proceedings.

The most common examples of forensics evidence are the reports and findings of computer inspection and searches. When performing a digital inspection, the investigators can only look and study the data contained in the device, but not acquire them, while a search consists in seizing the device to inspect it and acquire all relevant data. Even opening a file or a folder can be considered a search in itself.

It is clear that inspecting, searching or seizing a computer or any digital device requires different procedures compared to these same activities performed with regards to a physical object or location, which are limited in space and can be easily identified in advance.

Let us take the example of precautionary seizure web page. In this case, the precautionary measure does not entail a material seizing of the objects relating to the crime, as is the case, but rather it consists in forcing the suspect, the defendant or a third party to actually do something (e.g., performing the necessary technical operations to shut down a website). Often, the subjects of this kind of injunctions are internet providers, who are required to block access to a specific website or web page via a filter system.

3.1. Satellite Tracking

The still another example of digital forensics is satellite tracking. It represents the technological evolution of traditional tracking operations, such as stakeouts, and allows investigators to track a person's or a vehicle's movements from a distance, thus avoiding all risks and limitation naturally linked to classic stakeout and watching activities.

in the absence of a clear procedural discipline, the use of satellite technology in the context of investigations raises the question of how to properly define it within a legal framework. tracking is based on technologies similar to those used for eavesdropping and conversations recording to gather information, yet they are considered as two separate types of activities. Wiretapping concerns the covert acquisition of private information and, as such, it requires a substantiated decision and Court judgement to compensate for the necessary breach of individual rights to freedom and privacy. Satellite tracking, on the other hand, is a less intrusive activity since it consists in recording unencrypted and public information, free of any private attribute. Therefore, wiretapping and recording conversations is not comparable to satellite tracking and cannot constitute a suitable legal reference. The tracking, however, cannot be considered as 'urgent investigations' as defined in art. 354 of the Italian Code of Criminal Procedure, since it does not aim at preserving evidence, traces or objects relevant to the case. In conclusion, it would appear that satellite tracking falls under the macro category of atypical evidence, pursuant to art. 189 CCP, however the debate on this is still open.

3.2. The so-called 'Trojan Horse'.

Digital forensics also include the 'Trojan Horse'. Also known as spyware, a trojan horse is a software, or more accurately a malware, secretly installed in a computer or any cyber system with the aim of taking control of the device and the network it is

connected. In some case, using this software it is possible to transform a mobile phone into a working transceiver.[14]

The use of a tool like this obviously raises issues of compatibility with the founding principles of our national constitution.[15]

In 2016, the Criminal Division of the Court of Cassation has endorsed the use of information collectors «*within criminal proceedings regarding organized crime, also where the provisions of art. 614 of Italian Criminal Code apply and even if the specific location is not clearly stated in the authorization decree, without needing to provide justified reasons to believe that a criminal activity is ongoing at that location».* [16] Later, the lawmakers also weighed in on this topic with Law Decree no. 216, December 29th, 2017, stating that placing an information collector in mobile devices is 'always' permitted to intercept communications but only within those proceedings relating to crimes listed in art. 51, paragraph 3-bis and 3-quater, CCP. It is also possible to use Trojan viruses in proceedings related to crimes listed in art. 266, paragraph 1, CCP. The so-called Bonafede reform also moves along the same direction. The Law no. 3, January 19th, 2019, states that the amended art. 266, paragraph 2-bis of the Code of Criminal Procedure shall allow for the use of Trojan viruses also within investigations on crimes committed by public officers against the public administrations and punishable with a maximum penalty of at least five years of imprisonment. On December 30th, 2019, Law Decree no. 261 has extended the provisions listed in art. 266 paragraph 2-bis, CCP, also

[14] M M Correra and P Martucci, 'La fenomenologia dei «virus» nei computer crime. Aspetti criminologici e giuridici' (1996), Rivista di polizia, 545; A Valastro, 'La tutela penale delle comunicazioni intersoggettive, fra evoluzione tecnologia e nuovi modelli di responsabilità' (1999), Rivista italiana di diritto e procedura penale, 989; G Melillo, 'Le intercettazioni tra diritto alla riservatezza e efficienza delle indagini' (2000), Cassazione penale, 3488; C Parodi, 'Profili penali dei «virus» informatici' (2000), Diritto penale e processo, 632; A Macchia, '«Grande orecchio» e diritto di difesa. Il punto sull'utilizzabilità di quanto registrato in segreto' (2003), Diritto e giustizia, 31; A Innocenti, 'Le Sezioni Unite aprono all'utilizzabilità dei risultati di intercettazioni disposte in «diverso procedimento»' (2014), Diritto penale e processo, 148; M Torre, 'Il virus di Stato nel diritto vivente tra esigenze investigative e tutela di diritti fondamentali' (2015), Diritto penale processo, 1163; G Delvecchio, 'La «circolazione trasversale» delle intercettazioni eseguite in un diverso procedimento' (2015), Diritto penale e processo, 206; G Amato, 'Reati di criminalità organizzata: possibile intercettare conversazioni o comunicazioni con un «captatore informatico»' (2016), Guida al diritto, 76; F Cajani, 'Odissea de captatore informatico' (2016), Cassazione penale, 4139; A Cisterna, 'Spazio ed intercettazioni, una liason tormentata. Note ipogarantistiche a margine della sentenza Scurato delle Sezioni Unite ' (2016), Archivio penale web; G Corasaniti, 'Le intercettazioni «ubiquitarie» e digitali tra garanzia di riservatezza, esigenze di sicurezza collettiva e di funzionalità del sistema delle prove digitali' (2016), Diritto dell' informazione e dell'informatica, 88; P Di Stefano, 'Grande fratello sì, intercettazioni con lo smartphone ma solo per la criminalità organizzata' (2016), Il Foro italiano, 513; P Felicioni, 'L'acquisizione da remoto di dati digitali nel procedimento penale: evoluzione giurisprudenziale e prospettive di riforma' (2016), Processo penale e giustizia, 118; L Filippi, 'L'ispe- perqui- intercettazione «itinerante»: le Sezioni Unite azzeccano la diagnosi, ma sbagliano la terapia (a proposito del captatore informatico) ' (2016), Archivio penale web.; S Furfaro, 'Le nuove intercettazioni 'ambulanti': tra diritto dei cittadini alla riservatezza ed esigenze di sicurezza per la collettività' (2016), Archivio penale web; L Giordano, 'Sulle modalità esecutive dell'autorizzazione ad eseguire intercettazioni all'interno di un veicolo' (2016), Archivio penale web; E Lorenzetto, 'Il perimetro delle intercettazioni ambientali eseguite mediante «captatore informatico»' (2016), Diritto penale contemporaneo; L Picotti, 'Spunti di riflessione per il penalista dalla sentenza delle Sezioni unite relativa alle intercettazioni mediante captatore informatico' (2016), Archivio penale web; A Camon, 'Cavalli di Troia in Cassazione ' (2017), Archivio nuova procedura penale, 91; S Aterno, 'La Cassazione, alle prese con il captatore informatico, non convince sull'acquisizione mediante screen shot' (2018), Diritto penale e processo, 1065; M Caroleo Grimaldi, 'Spy software: gli oscillanti confini della legalità ' (2019), Cassazione penale, 3908.

[15] A Camon, 'Le riprese visive come mezzo di indagine: spunti per una riflessione sulle prove «incostituzionali»' (1999), Cassazione penale, 1192.

[16] Cassazione penale, Sez. Un., July 1, 2016, n. 26889.

to crimes performed by public services representatives, with the same penalty as defined by law. Recently, however, a new trend is emerging as Carlo Nordio, the current Minister of Justice, dubbed the Trojan virus as an ‘uncivilized weapon,’ announcing future legislative measures to limit its application.

3.3. Artificial intelligence and criminal justice.

Another example of digital forensics evidence pertains to data acquired through the application of artificial intelligence (AI). According to the 'European Ethical Charter on the use of artificial intelligence (AI) in judicial systems and their environment,' adopted by the European Commission for the Efficiency of Justice at its XXXI plenary meeting in Strasbourg, on December 3, 2018, AI is defined as follows: "a set of scientific methods, theories, and techniques designed to replicate, through a machine, the cognitive abilities of human beings."[17].

Focusing on the theme of forensic evidence, and leaving a more detailed exploration of the relationship between criminal law and AI to other studies, one of the most common applications of AI consists of identifying individuals based on their physical or behavioral traits. In this context, a distinction is made between: a) 'Physical biometric applications,' which harness distinct and measurable characteristics of specific parts of the human body, such as the face, iris, DNA, veins, fingerprints, and more, and b) 'Behavioral biometric applications,' which rely on unique behavioral traits, like typing rhythm, interactions with devices, gait, and vocal patterns.

Biometric applications have significantly broadened the scope of tasks that were once challenging. This encompasses 'facial recognition,' which entails identifying a person by analyzing facial features extracted from a digital image or frame, 'fingerprint recognition,' involving the identification of fingerprints based on ridge patterns on a finger, and 'voice recognition,' which entails recognizing a person's voice based on tone, cadence, or vocal tract characteristics[18]..

---

[17] L Floridi, ‘Etica dell’intelligenza artificiale. Sviluppi, opportunità, sfide‘ (Raffaello Cortina Editore, 2022), 40.

[18] A Bernasconi, ‘La ricognizione di persone nel processo penale. Struttura e procedimento probatorio‘ (Giappichelli, 2003); A Bertillon, ‘La photographie judiciaire. Avec un appendice sur la classification et l’identification anthropométriques‘ (Gauthier-Villars et fils, 1890); G Borgia, ‘Profili sistematici delle tecnologie di riconoscimento facciale automatizzato, anche alla luce dei futuribili sviluppi normativi sul fronte eurounitario‘ (2021), Legislazione penale; G Cecanese, ‘Aspetti problematici e snodi interpretativi dell’individuazione di persone e di cose‘ (2018), Archivio penale – Rivista web, 1; Q Bu, ‘The global governance on automated facial recognition (AFR): ethical and legal opportunities and privacy challenges‘ (2021), International Cybersecurity Law Review, 120; G Contissa, G Lasagni and G Sartor, ‘Quando a decidere in materia penale sono (anche) algoritmi e IA: alla ricerca di un rimedio effettivo‘ (2019), Diritto di internet, 620; E Currao, ‘Il riconoscimento facciale ei diritti fondamentali: quale equilibrio?‘ (2021), Diritto penale e uomo; J Della Torre, ‘Quale spazio per i tools di riconoscimento facciale nella giustizia penale? ‘, in G Di Paolo and L Pressacco (eds), *Intelligenza artificiale e processo penale. Indagini, prove, giudizio* (Università di Trento, 2022), 7; P Felicioni, ‘Il riconoscimento del parlante tra prassi e modelli normativi‘, in A Scalfati (ed), *Le indagini atipiche* (Giappichelli, 2019), 282; B Galgani, ‘Giudizio penale, habeas data e garanzie fondamentali‘ (2019), Archivio penale – Rivista web, 1; B Keenan, ‘Automatic Facial Recognition and the Intensification of Police Surveillance‘ (2021), Modern Law Review, 886; O S Kerr, ‘Digital Evidence and the New Criminal Procedure‘ (2005), Columbia Law Review, 279; M Leta Jones, ‘The right to a human in the loop: Political constructions of computer automation and personhood‘ (2017), Social Studies of Science, 216; R Lopez, ‘La rappresentazione facciale tramite software‘, in A Scalfati (ed), *Le indagini atipiche,* (Giappichelli, 2019), 239; A Mcstay,‘Emotional AI, soft biometrics and the surveillance of emotional

Nevertheless, AI serves not only as a tool for the prosecution but also as a resource for defense attorneys, in the examination of forensic evidence. The range of potential actions is very broad. For instance, this may involve formulating a potentially winning defense strategy, utilizing databases with advanced logical reasoning methodologies, or working in contexts demanding specialized linguistic or legal expertise, even if only to identify relevant regulations.

Conclusions.

It is important to highlight that while we should strongly promote and support the use of forensic science and research within criminal procedures due to the expedited investigative benefits they offer, we cannot overlook the limitations and potential infringements on constitutional freedoms of these technologies.

Although we have previously discussed the advantages of adopting new technologies, a glimpse into the concerns raised by this practice can be found in a recent and thought-provoking paper by William Lucy. The English philosopher predicts, "I foresee the demise of law, particularly the distinctive mode of judgment that modern law embodies, and I suggest it will occur sometime before 2061"[19].

Lucy identifies "technological management" as the culprit behind the future demise of law, which involves "the design of products or places, or the automation of processes... [that] seeks to exclude (i) the possibility of certain actions which, in the absence of this strategy, might be subject only to rule regulation [and/] or (ii) human agents who otherwise would be implicated in the regulated activities"[20].

To illustrate this contrast between rule regulation and technological management, he presents a standard hypothetical scenario related to road traffic regulation. Traditional rule regulators would set a maximum speed limit, publicize it, establish penalties for exceeding it, and enforce those penalties against violators. However, a technological management approach, driven by efficiency, might bypass these steps if cars can be designed not to exceed speed limits in specific areas. This approach would eliminate the need for human agency in both knowing and complying with the regulatory goal, as the vehicles themselves would ensure compliance. Lucy contends that technological managers would prefer this approach as it directly integrates the

---

life: an unusual consensus on privacy ' (2020), Big Data & Society, 1; G Mobilio, *Tecnologie di riconoscimento facciale. Rischi per i diritti fondamentali e sfide regolative* (Editoriale scientifica, 2021); I Neroni Rezende, 'Facial recognition in police hands: Assessing the "Clear view case" from a European perspective' (2020), New Journal of European Criminal Law, 2020, 375; F Nicolicchia, 'I controlli occulti e continuativi come categoria probatoria' (Cedam, 2020); U Pagallo, 'Algoritmi e conoscibilità' (2020), Rivista di filosofia del diritto, 93; F Paolucci, 'Riconoscimento facciale e diritti fondamentali: è la sorveglianza un giusto prezzo da pagare? ' (2021), Media Laws – Rivista di diritto dei Media, 208; L Parlato, 'Libertà della persona nell'uso delle tecnologie digitali: verso nuovi orizzonti di tutela nell'accerta- mento penale' (2020), Processo penale e giustizia, 298; E Sacchetto, 'Spunti per una riflessione sul rapporto tra biometria e processo penale' (2019), Diritto penale contemporaneo – Rivista trimestrale, 476; L Saponaro, 'Le nuove frontiere tecnologiche dell'individuazione personale' (2022), Archivio penale – Rivista web, 1; M Torre, 'Nuove tecnologie e trattamento dei dati personali nel processo penale' (2021), Diritto penale e processo, 1042; M. Zalnieriute, 'Burning Bridges: The Automated Facial Recognition Technology and Public Space Surveillance in The Modern State' (2021), The Columbia Science & Technology Law Review, 243.

[19] W Lucy, 'The death of law: another obituary' (2022), Cambridge Law Journal, 110.

[20] R Brownsword, 'In the Year 2061: From Law to Technological Management' (2015), Law, Innovation and Technology, 1, 18.

regulatory goal into the means (the vehicle), while rendering human agency redundant[21].

Lucy's hypothetical scenario is indeed thought-provoking and captivating from one perspective. However, from a broader standpoint, it raises significant concerns. The importance of law as a foundational element for the stability and cohesion of society cannot be understated. As emphasized in Plato's 'Protagoras', justice and morality are not mere optional skills but are fundamental to the very existence of thriving societies. As we navigate the integration of new technologies and artificial intelligence into our legal systems, it is imperative that we remain vigilant in upholding these core principles of justice and fairness, ensuring that they continue to serve as the cornerstone upon which our societies are built.

[21] W Lucy, 'The death of law: another obituary' (2022), Cambridge Law Journal, 115.

Santoni G, 'Personal data as a market commodity: legal irritants from China'experience' (2023) 1 EJPLT, 128-146.
DOI : https://doi.org/10.57230/EJPLT231GS

EJPLT
ISSN 2704-8012



Personal data as a market commodity: legal irritants from China'experience.

I dati personali come merce di scambio: questioni legali dall'esperienza cinese.

GIULIO SANTONI
Ph.D. at Università degli Studi Roma Tor Vergata

Abstract

This paper examines the legal challenges surrounding the treatment of personal data as a market commodity, with a specific focus on China's experience. The study begins with a comprehensive literature review and outlines the methodology employed.The paper then delves into the gradual construction of personal data protection in China, highlighting the evolution of laws and regulations in response to the growing importance of personal data protection in the digital age. It explores the development of legal frameworks and the establishment of regulatory bodies to safeguard individuals' personal information.This paper provides a comprehensive analysis of the theoretical framework surrounding the treatment of personal data as a market commodity in China. It highlights the gradual construction of personal data protection, explores the use of private law tools, and examines the economic circulation of personal data. Additionally, it discusses the role of public governance tools and offers insights into the challenges and potential solutions in this evolving landscape.

Il presente lavoro esamina le questioni legate all' inquadramento dei dati personali come bene, con un'attenzione specifica all'esperienza cinese. Lo studio inizia con un'ampia rassegna della letteratura e delinea la metodologia impiegata. Si addentra poi nella graduale costruzione della protezione dei dati personali in Cina, evidenziando l'evoluzione di leggi e regolamenti in risposta alla crescente importanza della protezione dei dati personali nell'era digitale. L'articolo fornisce infine un'analisi completa del quadro teorico che circonda il trattamento dei dati personali come merce di mercato in Cina. Mette in evidenza la graduale costruzione della protezione dei dati personali, esplora l'uso di strumenti di diritto privato ed esamina la circolazione economica dei dati personali. Inoltre, discute il ruolo degli strumenti di governance pubblica e offre approfondimenti sulle sfide e sulle potenziali soluzioni in questo panorama in evoluzione.

© The author(s) 2023, published by Suor Orsola Benincasa Università Editrice. This contribution is licensed under a Creative Common Attribution 4.0 International Licence CC-BY-NC-ND, all the details on the license are available at: https://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/4.0/

Keywords: China; data protection; personal data; PIPL.

Summary: Introduction: Literature review and methodology. – 1. The gradual construction of personal data protection in China. – 2. Personal data protection through private law tools. – 3. Economic circulation of personal data circulation. – 4. Public governance tools for the protection of personal data and the data market. – Conclusions.

Introduction: Literature review and methodology.

The Chinese legal thinking has long been considered indifferent or at least less attentive to the protection of privacy, if compared to the Western one [1]. The promulgation of the Personal Information Protection Law (PIPL)[2], roughly comparable to the European GDPR, challenged this assumption[3]. The first Western reviews on the PIPL juxtaposed it with the GDPR, noting similarities and differences[4]. Others, while more attentive to the peculiarities of the Chinese legal system, and warning from an excessive methodological reliance on the similarity between the GDPR and the PIPL, did

[1] See. L Wang, B Xiong, 'Personality rights in China's New Civil Code: A Response to Increasing Awareness of Rights in an Era of Evolving Technology' (2021) 46, Mod. Chin., who argue that the concept of privacy, which was unknown in rural China, where "each peasant knew the number of eggs laid by his neighbor", found continuity in the legal system of socialist China. On the unfamiliarity of the concept of privacy in the Chinese legal system, see also G Zhu, 'The Right to Privacy: An Emerging Right in Chinese Law' (1997) 18, Stat. L. Rev, p. 208, noting that "shameful secrets" and "privacy" are homophonic words in Mandarin, both being spelled "*yinsi*". See also E Pernot-Leplay, 'China's Approach on Privacy Law: A third way between the U.S. Law and the EU?' (2020) 8, Penn S. J. of Law & Int. Aff., p. 66, who notes how, in fact, China's alleged cultural indifference to privacy is downsized by the fact that other jurisdictions rooted in traditional Chinese values, such as Hong Kong and Taiwan, actually offer more advanced forms of privacy protections and disciplines for personal data than most OECD countries. Some, as T Shtub, M Gal, 'The competitive effects of China's legal data regime', (2022) 18 [4] J. of Comp. and Econ., p. 3, contextualize the assumption of Chinas cultural indifference towards privacy protection, as they state that the Chinese legal culture is not indifferent to privacy per se, but that it does not fully conceive a right to privacy towards the State.

[2] The PIPL is denominated "个人信息保护法" in Chinese.

[3] Many sources translate 个人信息 (*geren xinxi*) as "personal information" in English translations and "personal information" in Italian. The term "information" is closer to the literal meaning of the Chinese expression, consisting of the words *geren* (personal) and *xinxi* (information). See, for example, Stanford University's DigiChina observatory https://digichina.stanford.edu/work/translation-personal-information-protection-law-of-the-peoples-republic-of-china-effective-nov-1-2021/, which is perhaps the most authoritative source of English translations of Chinese laws in topics related to the digital economy. The usage of the expression "personal information" however, is since the expression personal information, in the reference legislative text, which is the RGPD, is used in an a-technical sense, only in recital 6. Information "concerning an identified or identifiable natural person" is defined by Article 4 of the RGPD as "personal data" and not "personal information." As will be discussed more fully below, the *geren xinxi* referred to by the Chinese legislature was first defined by the 2018 Network Security Law and later more precisely by in the 2021 Personal Data Protection Law as "any kind of information (...) concerning identified or identifiable natural persons." The translation of *geren xinxi* as "personal data" therefore has the added merit of emphasizing the proximity to the RGPD. In the English language, the term "personal information" has sometimes been used to refer to personal data in North American legislations, such as in §312 of the Code of Federal Regulations, on the protection of minors' personal data online, and the Canadian Privacy Acy, which define "*personal information*" as "*individually identifiable information about an individual collected online.*" Since the definition of *geren xinxi*, is borrowed from the RGPD, the use of the expression personal data would also be preferable in English translations, to emphasize this difference. In any case, in English, the use of "*personal information*," which has been established as the official translation of *geren xinxi,* is not incorrect.

[4] See E Pernot-Leplay, 'China's Approach on Privacy Law', (n 1), p. 51, C Moriconi, 'Recent Evolution of the Personal Privacy Legal Protection in People's Republic of China' (2019) 9, NNJLSR, p. 248.

not deflect from the focus on the dichotomy between the two regulations[5]. Clementi, while centering his analysis on the comparison between the PIPL and the GDPR, also includes Civil Code provisions into the picture drawing a dual system[6]. He identifies two parallel sets of mechanisms for the protection of personal data and other personality rights. This allows to contextualize personal data protection, within a broader array of private law tools, while also enabling to interpret the Chinese legislator's stance on the issue of the abstract issue of whether personal data protection is a personality right. The author also sheds some light on a peculiar characteristic of the Chinese legal system that is the role of a supervisory body, the Cyberspace Administration of China. This has both regulatory and control prerogatives, which are unparalleled in the European legal system.

The tendency to overlap the GDPR and the PIPL was conclusively criticized by Creemers[7]. Indeed, the PIPL is only a brick in the complex structure of Chinese data regulations. Important provisions on personal data are included in the 2018 Cyber security Law (CSL)[8], the 2021 Data Security Law (DSL)[9], and the Civil Code, also entered in force in 2021. More importantly, the CSL and the DSL, while mentioning personal data, shift the main focus on other categories of data. The purposes of these laws are, respectively, the strategic security of China's Internet infrastructure and the promotion of a sustainable development of the data economy. As such, they deeply impact data handling activities, including those that rely on personal information.

Finally, some studies focus on the functional role of data regulations in China. Shtub and Gal make an argument for the competitiveness of China's data regulation, as it favors aggregation[10]. Chinese scholarship on the issue of data regulation is vast. Due to the difficulty in both translating material in Mandarin and also in retrieving Chinese legal documents from Europe, the reliance on Chinese sources must be limited. This study therefore focuses on such sources, understand three peculiar aspects of the Chinese market regime of data. These are the contextualization of personal data transaction within the framework for the protection of personality rights, the legal qualification of the aggregation of personal data and the unique role of the CAC. Particular emphasis is given to the scholarly debate on the systematization of personal data protection within Part IV of the Civil Code.

The purpose of this analysis is to contribute to the European debate, where the commodification of data is implied, even if data cannot be treated as any subject's

[5] See R Burkart and J Recha, 'Das neue chinesische Datenschutzrecht und die europäische DSGVO' (2022) 1, ZChinR, p. 19, while offering a comprehensive comparison between the German system, centered on the European RGPD, and the Chinese PIPL, argue that China does not possess a truly unified system of personal data protection laws. Even after the Personal Data Protection Law came into effect, China's system of laws continues to be fragmented. Cf A Geller, 'How comprehensive is Chinese Data Protection Law? A Sytematisation of Chinese Data Protection Law from a European Perspective' (2020) 69 [12] GRUR Inter., p. 1191, whose analysis predates the issuance of the PIPL and is therefore centered on the Civil Code, the Cybersecurity law and the Draft of the PIPL.

[6] See D Clementi, 'La legge cinese sulla protezione delle informazioni personali: un GDPR con caratteristiche cinesi?' (2022) 1, Rivista di diritti comparati, p. 194.

[7] See R Creemers, 'China's Emerging Data Protection Framework' (2022) 8 [1] J. of Cybersec., p. 1.

[8] The CSL is denominated "网络安全法" in Chinese.

[9] The DSL is denominated "数据安全法" in Chinese.

[10] See T Shtub, M Gal, 'The competitive effects of China's legal data regime', (n 1), p. 7.

property[11]. Article 1 of the GDPR states that the regulation couples the need to protect natural persons with the need to enable the free movement of personal data. Free movement of data within the Union, similar to other commodities, cannot be restricted or prohibited for reasons connected with the protection of personal data. At the same time, the legal nature of data movement is not agreed upon.

This essay does not aim to mirror the juxtaposition between the PIPL and the GDPR, by claiming that the European legal system can transplant Chinese categories into its own[12]. However, it is grounded on the idea that the same way European civil law has long represented a legal irritant in the Chinese experience, European scholars may benefit from being exposed to data regulation in China, even though the Chinese institutes may not be directly transplanted in the European legal system. While doing so, the essay also aims to offer a deeper understanding of the market of information and digital services in China, whose characterization as a mere tool to "crackdown" on enterprises challenging the absolute power of the Chinese Communist Party (CCP) has already been effectively contested[13], but it regrettably keeps captivating Western observers.

A last methodological note is that this essay does not take into account policy documents. In this sense, the Author disassociates from all other major contributions by Western scholars. Chinese policy documents have been consistently quoted, either in order to provide a comprehensive understanding of Chinese law or to empirically fill in the many gaps that Chinese regulations on the ever-evolving platform economy inevitably leave open. A number of reasons suggests however to reject this choice. Firstly, unlike laws, the hierarchy of policy documents and programmatic declarations is unclear and its understanding would go beyond the purposes of this article. Secondly, the final purpose of this article is to provide insights to European lawyers, through the tools of comparative law. While Chinese policy documents can often provide insights in how to interpret the law, they usually have a generic and programmatic tone and do not explicitly refer to legal remedies and tools. Third, also Chinese laws are often described as, and criticized for, their generic and programmatic provisions. Indeed, most Chinese policy strategies can be tracked down in the laws, especially in the CSL and the DSL, which are characterized by a large number of programmatic provisions[14]. Finally, and perhaps most importantly, come terminological issues. The pillar on which comparative law relies is legal terminology. Difficulties in legal translation are not to be understated, starting from the very concept of personal data/ personal information (个人信息), in Chinese law. However, referring to policy documents would open new issues, related to

[11] See V Ricciuto, *L'equivoco della privacy, persona vs. dato personale*, ESI, 2022, p. 62.

[12] For the perils of legal transplants see A Watson, *Legal Transplants: An Approach to Comparative Literature* (2nd edition), The University of Georgia Press, 1997, p. 21.

[13] For a broad perspective on the efficiency of the Chinese data market, refer to T Shtub, M Gal, 'The competitive effects of China's legal data regime', (n 1), pp. 7 - 9. R. Creemers et al., 'Is China's Tech 'Crackdown' or 'Rectification' Over?', (2023), Digichina, available at: https://digichina.stanford.edu/work/is-chinas-tech-crackdown-or-rectification-over/, (last access on 16 June, 2023), openly contests the usage of the expression crackdown to describe China's approach to the platform economy, noting that: "Rather, regulators see the sector as so important that the excesses that had built up around it could no longer be tolerated".

[14] See R Creemers, 'China's Emerging Data Protection Framework' (n 7), pp. 9, who notices how all Chinese laws (PIPL, DSL and CSL) are indeed vague and required integration through implementing provisions released by the CAC.

the usage of concepts that can have radically different political implications in the two systems, such as cyber sovereignty[15].

1. The gradual construction of personal data protection in China.

The constitutional protection of the individual right to privacy in China is weak[16]. Article 38 of the 1982 Constitution enshrines the right to personal dignity of citizens of the People's Republic of China, which translates, in essence, into the protection of reputation[17]. Articles 39 and 40 of the Constitution, on the other hand, provide for the inviolability of home and correspondence, respectively[18]. These constitutional principles have long remained unimplemented and deprived of effective protections. From 1982 to 2010, the protection of personality rights was limited to the few provisions contained in the 1986 General Principles of Civil Law. Here, included in the list of personal rights were the right to a name (Art. 99), the right to image (Art. 100), the right to reputation (Art. 101), as well as the right to honor (102)[19].

With reference to continental European legal systems, scholarship noted a shift in the objective of the protection of privacy rights. In the 1960s-70s, it was aimed at tempering the risk of surveillance by public authorities. Subsequently, after the commercialization of digital technologies enabled a data economy, it focused on the problem of the circulation of personal data in a free market of information[20]. In China, where subjective rights suffer from a serious deficit of protection when the infringer is an agent of the public authority, a discipline to protect personal data was formed only after the establishment of an information market raised issues related to the usage of

[15] For a thorough comparison of AI policies in China and the USA, refer to E Hine, L Floridi, 'Artificial Intelligence with American Values and Chinese Characteristics: A Comparative Analysis of American and Chinese Governmental AI Policies', [2022] AI & Soc., pp. 2 - 5.

[16] See R Cavalieri, *Il diritto nella Cina socialista e postsocialista,* in M Scarpari (ed.), *La Cina*, vol. III, Einaudi, 2009, p. 465, which points out that Chinese citizens are guaranteed, in addition to equality and dignity, a number of political rights (voting, freedom of expression, press, assembly, association), personal rights (inviolability of the person and his dignity, domicile and correspondence), social and economic rights (work, religious freedom, retirement, education and material assistance). It should be added, however, that the practical scope of the listed rights is significantly compressed both by the fact that their free exercise is subordinated by Article 51 of the Constitution to state interest and by the fact that their regulation is generic and often lacking tools for implementation.

[17] Article 38 of the Constitution of the People's Republic of China: The personal dignity of citizens of the People's Republic of China is inviolable. Insult, defamation, false accusation or false incrimination against citizens by any means is prohibited.

[18] Article 39 of the Constitution of the People's Republic of China: The residence of citizens of the People's Republic of China is inviolable. Illegal search or intrusion into the residence of citizens is prohibited.
Article 40 of the Constitution of the People's Republic of China: The freedom and secrecy of correspondence of citizens of the People's Republic of China, shall be protected by law. No organization or individual may, for any reason whatsoever, infringe upon the freedom of citizens and the secrecy of correspondence, except in cases where, in order to meet the needs of state security or criminal investigation, public security organs and public prosecutors' offices are permitted to censor correspondence, subject to procedures prescribed by law.

[19] The 1986 General Principles contained only general provisions on torts, which was only comprehensively regulated in 2010 through the Law on Torts. In 2021, it was replaced by the relevant rules of the Civil Code, Book VII of which is devoted to torts.

[20] See V Ricciuto, *Circolazione e scambio di dati personali*, in V Ricciuto, C Solinas (ed.) *Forniture di servizi digitali e pagamento con la prestazione dei dati personali*, Milan, 2022, p. 8 -12.

personal data for commercial purposes[21].

Chinese scholars divide the path regulation of digital platforms in China into two phases, characterized by different macroscopic trends. The first runs from 1994 to 2012 and the second from 2012 to the present[22]. According to this historical reconstruction, *online* content regulation activity initially focused on censoring politically controversial material. This would have led to the exclusion of most foreign enterprises, thus resulting in a form of protectionism that allowed Chinese network operators to thrive in an outwardly closed but internally highly deregulated market internally. Against this backdrop of encouraging the creation of a domestic digital industry, personal data was not specifically regulated until 2012.

While the second phase was characterized by a greater reliance on legislation, in the years prior to 2012, network regulation was often contained in directives, decisions, decrees, administrative measures, and even "opinions" and "circulars". Moreover, these referred to a large number of ministries, formally coordinated by the Ministry of Industry and Information Technology (MIIT), but in reality reporting to conflicting interests of different branches of the state[23].

The evolution of Chinese legislation on personal data protection is complex, but it allows for better understanding the choices made by the legislature[24]. Besides being

[21] On the deficit of protection of individual rights vis-à-vis public authority in China, see F Spagnoli, 'The revision of the Chinese Constitution: an analysis of the 2018 constitutional amendment and its major features', in DPCE Online, (2019) 38 [1], available at https://www.dpceonline.it/index.php/dpceonline/article/view/647, who notes how not only in China, but in all constitutions referring to Marxist-Leninist ideologies, the protection of individual rights is conceived as instrumental to the long-term objectives of the system. The realization of social rights is preferred over liberal political and civil rights (seen as necessarily influenced by the underlying economic power relations (pp. 132). Nonetheless, it would be unfair to dismiss such protections as merely formal recognition. The Chinese state, however subservient to the principle of the democratic dictatorship of the proletariat, established by the Prologue of the Constitution, recognizes the protection of individual rights as having a dual function. On the one hand, the protection of subjective rights is directed toward other private subjects, but mainly toward the territorial and peripheral articulations of the state. See also Y Su, (苏永钦) '私法自治中的国家强制 --**从功能法的角度看民事**规范的类', (State Coercion in Private Law Autonomy - A Class of Civil Norms from a Functional Law Perspective) [2001] **中外法学** (Peking University Law Journal), available at https://www.legal-theory.org/?mod=info&act=view&id=17895, in which civil law is also considered as a regulatory tool by which the central state can ensure that peripheral State bodies comply with the law. The Chinese Constitution finds its fundamental principles in the primacy of the Communist Party, the provision of political lines to guide its action, the democratic dictatorship of the people, and adherence to the socialist way. A constitution based on such principles can only repudiate the idea of separation of powers, F Spagnoli, *Ibid.* (p. 134) and thus resolves itself "(in)The lack of constitutionality review of laws by a body other than the legislature means that in China more than "constitutional justice" one can speak of "constitutional supervision".

[22] See W Miao, M Jiang. Y Pang, 'Historicizing Internet Regulation in China: A Meta-Analysis of Chinese Internet Policies', (2021) 15, Int. J. of Comm., pp. 2015-2016.

[23] See W Miao, M Jiang. Y Pang, *Ibid* pp. 2005 - 2007, who use the Chinese proverb "too many cooks in the kitchen" to describe the fragmented situation that justified the creation of the CAC, placed under the direct control of the Chinese Communist Party Politburo Standing Committee. Since than, secondary legislation has been made more rational and coherent, partly through the establishment of a centralized Internet governing body, the Cyberspace Administration China. See also W Miao, M Jiang, Policy review: the Cyberspace Administration of China, [2016] Global Media and Communication.

[24] For a more comprehensive listing of the complex system of secondary sources that preceded the post-2012 reform season, see E Pernot-Leplay, China's Approach on Privacy Law (n 4), pp. 64 ff. See also, for a detailed review of the evolution of Chinese regulations, in Italian language, E Toti, 'Dalla Decisione per il rafforzamento della protezione delle informazioni su internet alla Legge sulla tutela delle informazioni personali della RPC con caratteristiche cinesi', in Media Laws, pp. 213, ff.

consistent with the overall trend of having improved in quality after 2012[25], China's creation of a legal framework on personal data can be appreciated under two distinct perspectives. On one hand, a right to personal data protection was gradually carved out, from a set of public Internet governance tools, implemented through administrative means, which emerged from the need to ensure State governance over online activities. On the other hand, the notion that personal data protection emerged is projection of an individual right to privacy also progressively emerged. In this latter perspective, personal data protection is framed within a broader toolset of personality rights, which can be protected through online intermediary liability provisions contained in the Civil Code.

The so-called Telecommunications Regulations, No. 291/2000, adopted by the State Council in 2000, while reaffirming the objective of ensuring telecommunications and information security, did not contain any provisions on the protection of personal data[26]. This is not to say that the law was blind to the problem of the growing circulation of information about Chinese citizens in digital format. Article 6 of the Regulations prohibited the use of telecommunications to disseminate information that harmed state security, public and social interests and the legitimate rights and interests "of others"[27].

The protection mechanisms provided by the Regulations were based on public law instruments. They relied, in particular, on a licensing system, which, in the case of telecommunication service providers required 51 percent state participation[28].

The first regulations specifically dedicated to the phenomenon of data circulation were contained in the "Decision of the National People's Congress on Strengthening Information Protection," dated Dec. 28, 2012. Like the 2000 Regulations, the 2012 Decision continued to respond to the need for the affirmation of public interest objectives, which, in this case, was to realize national sovereignty over cyberspace[29]. The preamble of the Dec. 28, 2012 Decision continued to identify the primary objectives in network security, the protection of national security and social order, relegating only to the last position the legitimate rights and interests of citizens and legal persons.

Nevertheless, the decision, which straddles the two phases of network regulation identified by Chinese doctrine, had the merit of ending the legislature's apparent blindness to the phenomenon of personal data processing. The very notion of "personal data," 个人信息, appears for the first time in the 2012 Decision, in Article 2[30] . Although lacking a definition, the notion of personal data could be reconstructed from Article 1 of the 2012 Decision, which actually contained a programmatic rule: "the State shall protect electronic information that can identify the personal identity of citizens and affects their privacy." This provision revealed a conception in which the planes of the

[25] See E Toti, *Ibid* p. 214.

[26] Art. 1 of the 2000 Regulation, which is known in Chinese as 电信条例.

[27] Article 6 of Regulation No. 291/2000 used the expression "他人," literally "other persons," to identify the holders of those other rights and legitimate interests that the regulation deemed worthy of protections of an indefinite nature.

[28] Article 10(1) of Regulation No. 291 of 2000 speaks of 经营基础电信业务, an expression that can be traced back to the notion of basic telecommunication services proper to U.S. law.

[29] **全国人民代表大会常**务委员会关于加强网络信息保护的决定.

[30] The first definition of the concept of personal data was introduced into Chinese law only in 2018, with the Cybersecurity Law (see *below*).

regulation of personal data protection as a public interest and privacy protection were still confused, and which, as will be discussed, was overcome with the 2021 reforms[31].

The 2012 Decision also provided for a primitive framework for the processing of personal data: it provided for principles of "lawfulness, legitimacy, necessity, and determinacy of the purposes of the processing of personal data," but these were entirely lacking in definition. The legitimacy of processing was conditional on the consent of the individuals involved, without including this provision in a broader regulation of the legal bases of processing.

The protection of protected personal data was limited to those belonging to Chinese citizens. Some Western scholars questioned, based on this latter element, whether Chinese regulations shifted from the U.S. model of data protection, characterized by the fact that data protection is reserved for citizens and lawful residents of the United States, towards the European model, which instead guarantees the personal data of individuals as such[32].

The object of protection, personal data, was defined as information through which Chinese citizens were identified or identifiable, as well as all information involving the confidentiality of Chinese citizens (Article 1 of the 2012 decision). The mention of the right to privacy of citizens betrays a conceptual overlap of the subject of the circulation of personal data with that of privacy. It is interesting to note as of now that in the definitions of personal data in the most recent laws, which replaced the one just quoted, the reference to confidentiality has disappeared (see *below*, § 3). The document did not indicate whether there were categories of sensitive data, nor, more generally, did it address whether there were types of data deserving of reinforced protection. In terms of the protections themselves, there were also no particular obligations placed on the data controller. Article 8 of the decision allowed Chinese citizens to have their data erased, but only when the information violated their rights, or resulted in telephone harassment[33]. In conclusion, the 2012 Decision was but an intermediate step, where the extreme vagueness of the provisions was obviated by a multitude of lower-ranking sources[34].

---

[31] Previously, the Ministry of Public Security's Coordinated Regulation No. 43 of 2007, titled "Management Measures for the Protection of the Degree of Information Security," included an interesting provision in Article 23(2). It imposed certain obligations on qualified entities such as "the organizations engaged in the determination of security systems" to respect, in addition to state secrets and trade secrets, individual confidentiality.

[32] See E Pernot-Leplay, 'China's Approach on Privacy Law: A third way between the U.S. and the EU?' (n 4). p. 65.

[33] The 2012 decision contains numerous provisions aimed at preventing aggressive marketing practices through telephone calls.

[34] The extremely vague tenor of the provisions contained in the 2012 decision was partly obviated by the Ministry of Industry and Information Technology's (MIIT) Guideline, "On Telecommunications and the Protection of Personal Data of Internet Users," dated September 1, 2013 (电信和互联网用户个人信息保护规定.) The Guideline strongly incentivized the adoption of certain technical standards, which, while not mandatory, clarified numerous principles set forth in the legislative provisions reviewed thus far. Interestingly, the MIIT did not merely specify the vague provisions contained in the law, but on the contrary went so far as to introduce new institutions and categories that did not exist in the latter. In particular, it introduced a distinction between personal data and sensitive data. In terms of discipline, the approach provided by the decision has already been superseded in 2014, with the enactment of the Consumer Protection Act. This law, while limited to the aspects of data circulation related to consumer contracts, affirms in Article 14 that consumers have the right, and no longer a mere legitimate interest, that their personal data be protected, as well as providing in Article 29 a more detailed regulation of the circulation of personal information collected in the context of consumer contracts. Coeval with the Consumer Protection Act is the important

2. Personal data protection through private law tools.

The regulation of personal data is currently contained in the PIPL, which has a similar structure to the RGPD and adopts several solutions borrowed from the European regulation. However, it operates against a backdrop of other important laws, which manifest the continuing existence of multiple legislative goals. The Chinese Civil Code, which also came into effect in 2021, outlines the relationship between personal data protection and privacy protection. The CSL responds to strategic needs, such as "ensuring network security, safeguarding national sovereignty over cyberspace, national security, and social and public interests." Since it came into effect three years earlier than the other laws, it also contained some generic provisions on personal data, which, in some cases have been superseded in the 2021 PIPL[35]. The DSL, also implemented in 2021, imposes numerous technical measures on data controllers and takes into account several categories of data. The CSL and the DSL also take into account the protection of personal data, but they do so in the angle of protecting the State interest to the security of citizen's data[36]. The definition of personal data (个人信息) was first introduced in art. 76 (5) of the 2018 Cyber security law, before being restated in art. 4 of the 2021 PIPL and in the Civil Code (art. 1033)[37]. All the definitions are slightly different, but overall similar to the GDPR. Personal data is defined as data that enables the identification of a natural person[38]. Nevertheless, the remedies that the two laws offer are centered on

---

interpretation of Supreme People's Court No. 11/2014 on injuries to personality rights through the web(审理利用信息网络侵害人身权益民事纠纷案件).

[35] Please refer to E Pernot-Leplay, 'China's Approach on Privacy Law: A third way between the U.S. and the EU?' (n 4). p. 74, and T Shtub, M Gal, 'The competitive effects of China's legal data regime', (n 1), p. 13, who agree that data protection discipline contained in the 2018 Network Security Law was intended to maintain some freedom of interpretation in the early stages of reform.

[36] Article 1 of the CSL defines the purposes of the law, stating that: "This Law is formulated in order to: ensure cyber security; safeguard cyberspace sovereignty and national security, and social and public interests; protect the lawful rights and interests of citizens, legal persons, and other organizations; and promote the healthy development of the informatization of the economy and society".

[37]Article 76 (5), unlike PIPL, includes a non-exhaustive list of personal data "including name, date of birth, ID card number, personal biometric information, address, telephone number, and so on." The Supreme People's Court has recently had to clarify that the use of camera images for the purpose of identifying subjects in public places such as hotels, shopping malls, stations, airports, and recreational or sports facilities is a form of personal data processing, see the Supreme People's Court's Forecasts on Various Issues Concerning the Application of the Law in Civil Law Cases Concerning the Processing of Personal Data through Facial Recognition Technologies of July 27, 2021.

[38] The 2012 decision, in Article 1, also referred to information that made the subjects of the processing identified or identifiable, but with two important differences. The first is that, in the decision, "information involving the confidentiality of the same" was also taken into account. The reference to confidentiality was thus removed from the definition, perhaps coherently with the more general trend, which, as will be discussed below, the Chinese Civil Code enshrines, of separating the regulation of personal data from the regulation of confidentiality. The second novelty is that not only data referable to Chinese citizens are subject to protection, but to all natural persons. As mentioned above, part of the doctrine has seen this as evidence of the Chinese legislature's decision to abandon the North American model of data protection in favor of the European model. The Privacy Act, 5 U.S.C. § 552a(a)(2) clarifies that: "the term 'individual' means a citizen of the United States or an alien lawfully admitted for permanent residence." The shift from the former to the latter would also be evidenced by the decision to adopt a personal data regulation based on a general data law, PIPL. Indeed, the regulation of data protection in the U.S. system is based only on sector-specific rules, such as those contained in 15 U.S.C, § 41 et seq. which may in fact have been the inspiration for the earlier Chinese legislature, in the consumer protection provisions recalled *supra* in paragraph 1. An innovation made by the PIPL, and perhaps borrowed from the GDPR, concerns the introduction of the notion of a personal data controller, rendered in Chinese as 个人信息处理者. Earlier laws, including the Network Security Act,

the supervisory role of public organs[39].

Book IV of the Chinese Civil Code addresses the issue of the relationship between personal data protection and the right to privacy. Article 990 enumerates personality rights. They include the right to life, the right to physical integrity, the right to health, the right to a name, the right to reputation, the right to honor, and the right to privacy (隐私权). The list is not exhaustive, as Article 990 concludes with the phrase "and other rights." The second paragraph of Article 990 adds, "in addition to the rights listed, the individual shall enjoy all other rights and interests of personality derived from personal freedom and human dignity." A further list of rights, headed as "civil rights," is included in Article 110. It overlaps with the list in Article 990, from which it differentiates only in the addition of the right to spousal autonomy, that is, the right of the individual to freely choose his or her spouse[40]. The protection of personal data is again excluded from the list. However, they appear in the subsequent Article 111, which states that personal data are subject to protection by law, without openly stating the existence of an individual right to the protection of personal data.

The exclusion of the protection of personal data from the list of subjective rights, has led Chinese jurists to wonder about the nature of the subjective legal situation in the hands of the person affected by the processing and the possible practical consequences of denying the nature of subjective right to personal data[41].

In the Civil Code, the right to privacy is defined as the right to the undisturbed conduct of private life and the protection of the intimate sphere of natural persons, its private activities and its private information[42], which it does not want to be disclosed to others

---

had used the concept of network service provider, 网络**运**营者 or 网络服务提供者, borrowed from the discipline, strongly marked by public elements, of the liability of network service providers.

[39] See H Zhao (赵宏), "《民法典》时代个人信息权的国家保护义务" (The Nation's duty to protect the right to personal information in the era of the Civil Code), Vol. 1 /2021, 经贸法律评论 (Economic and Trade Law Review), pp. 6 - 8, draws a dual system of data protection, where public law and private law tools coexist.

[40] The right to decide on one's own spouse aims to solve the practice of arranged marriages, which is still extremely widespread in the country.

[41] See L Wang, (王利明), '论《个人信息保护法》与《民法典》的适用关系', (On the relation of the application of the "Personal Information Protection Law" and the "Civil Code"), (2021) 中国民商法律网, (China Civil and Commercial Law), available from https://mp.weixin.qq.com/s/BTEYEWcNfLPFyxzmJgv3Pw. Wang Limin is one of the most influential proponents of the argument that personal data are also protected through private remedies. According to the A., the fact that personal data are subject to public protection does not exclude their civil law nature. See also H Zhao, The Nation's duty to protect the right to personal information in the era of the Civil Code (n 39), reaffirms that the Civil Code purposefully does not define data protection as an individual right. Incidentally, the author also points out that the expression used by Art. 111 of the Civil Code, which obligates "any organization or entity that has a need to obtain data of others," also includes the Chinese government, against whose data collection activities civil remedies would thus be available. [41] The very placement of personality rights in an autonomous book of the Civil Code, precisely the fourth, has been sharply criticized by German doctrine, on the grounds that it entails a departure from the scheme of the BGB, not justified by the addition of forms of protection other than compensation for non-contractual damage [41]. Moreover, the use of compensation actions is also recognized by Chinese jurisprudence to protect legal situations falling under the category of civil legitimate interests, see H. von Senger, 'Vom Code Napoleons zum Zivilgesetzbuchs Xi Jinpings' (2020) 2, ZChR, p. 144, who points out that Book IV of the Code is essentially declaratory in nature, since it adds no practical remedies to those provided in the other books, and in particular in Book VII on the protection of torts.

[42] The concept of private information is the result of a semantic choice by the Chinese legislature, on which it is appropriate to dwell. The expression used by article 1032 is 私密信息, the translation of which is particularly problematic. The literal translation of the concept is "private information," a translation, however, that does not

(Art. 1032, c. 2). Acts detrimental to privacy, are listed in Art. 1032 and are the investigation, intrusion, disclosure, publicizing and handling of private information (私密信息 – *simi xinxi*).

The notion of private information is of pivotal importance, because it establishes the boundary between tools for the protection of privacy and personal data protection. Its boundaries, however, are blurred. They do not overlap with the concept of sensitive personal data (敏感个人信息), which is defined in Article 28 of the PIPL, as the information which, if illegally used or leaked, could cause harm to the dignity of natural persons or harm their personal security or property[43].

The concept of private information is more blurred. The code qualifies it as information that the individual does not want to disclose to others, but without further elaborating[44]. Article 1033 of the civil code lists some conduct that infringes on the right to privacy, including the "handling of other people's private information."[45] . Since the handling of others' private information is in itself an infringement of the individual's right to privacy, it is to be understood as an activity that is substantially restricted. It is in this sense that Chinese doctrine has warned interpreters against confusing private information with sensitive data, clarifying that "since the concept of private information is very broad, (...) it also risks weakening the foundation for the development of big data

capture the closeness of the expression to the categories proper to personal data protection. "Data," as noted above, is rendered in Chinese as 数据, - *shuju* -, but personal data is referred to as 个人信息 - *geren xinxi*, literally "personal information." The term used by the code to denote private information is *simi xinxi, which* precisely uses the same word, *xinxi*, by which personal information is denoted. Some authors have therefore translated the concept of *simi xinxi* as "sensitive data". This is a solution that cannot be accepted. Detailed regulation of sensitive data was introduced only with the Data Protection Act of November 1, 2021, which followed the Code by a few months (which came into effect on January 1, 2021). Here, sensitive data is referred to as 敏感个人信息 or *mingan geren xinxi*, literally sensitive personal information. The concept of *mingan geren xinxi*, unlike the more problematic expression used by the code, *simi xinxi,* is immediately relatable to the category of personal data, with respect to which it is in a species to *genus* relationship. Consistently, Article 28 of the Personal Data Protection Law defines sensitive data as those personal data that, if disclosed or improperly processed, may harm the dignity or security of the person or property of the person concerned. The standard includes an illustrative list of sensitive data, which are biometric data, religious beliefs, special identity (特定身份), health data, financial data, and geolocation data. All personal data referable to individuals under the age of 14 are also considered sensitive. The mandatory standard GBT35273, released in 2017 and updated in 2020, also refers to personal information. It is worth adding that the definition of sensitive information therein is partially different from that in Article 29 of the Personal Information Protection Act. Paragraph 3.2. of the Standard defines sensitive data as data whose loss, disclosure in ways contrary to law, or misuse, could endanger the personal or financial security of the data subjects or result in damage to reputation, physical and mental health, or discrimination against the data subject.

[43] Article 28 includes also a list of information which represent sensitive data: “information on biometric characteristics, religious beliefs, specially-designated status, medical health, financial accounts, individual location tracking, etc., as well as the personal information of minors under the age of 14”.

[44] The definition is undoubtedly insufficient, as the right holder cannot be allowed to define its scope. X Cheng, (程啸), ‘我国民法典对隐私权和个人信息的保护‘ (Protection of privacy and personal information in our Civil Code) [2020] China Court, available at: https://www.chinacourt.org/article/detail/2020/07/id/5383094.shtml,. Moreover, the term "private data" also appears in Article 45 of the Network Security Act, where it also lacks a definition.

[45] The provision by prohibiting "intruding into a person's private life through phone calls, sending text messages, using instant messaging tools, sending e-mails and flyers and the like"; "taking photographs or spying on the intimate parts of another person's body" and others, helps to define the content of the tortious activities mentioned in Article 1032 (investigation, intrusion, disclosure, publicizing).

and artificial intelligence."[46] .

The boundary between the regulation of personal data, which can be legitimately controlled within the scope of the exercise of an economic activity, and that of private information, which falls within the scope of the right to confidentiality, subject to the protection of personality rights, is clarified by Article 1034 of the Civil Code[47]. The rule states that "to those personal data that represent private information the rules on the protection of confidentiality, or, failing that, those on the protection of personal data, shall apply."[48] . Personal data can thus be private information, when, for example, a combination of personal data reveals private information[49]. In this case, the plans for protection overlap and priority should be given to the instruments for protecting private information[50].

Civil Code provisions on private information, despite the uncertainties of the terminological and systematic framework, have the merit of placing the regulation of data circulation in the broader context of the protection of personality rights and of separating with some clarity the sphere in which the protections of the right to privacy operate from the regulation of personal data.

The difference is relevant not only in terms of protection, but also in terms of economic exploitation, which are limited for personality rights, and allowed for personal data, albeit within the contours established by the PIPL of 2021[51]. The regulation of personal data is characterized by the fact that the profiles focused on protection are accompanied by the provision of numerous principles dedicated to the processing of the same, that is, on a form of economic exploitation. It is in terms of the economic exploitation of personal data that Article 1 of the Personal Data Protection Act, which supplements and expands the codicil principles (Art. 1, see, *amplius, infra*)[52]. The practical effect of denying that personal data fall within the scope of personal rights is

---

[46] Along these lines, K Ran, (冉克平), '论《民法典》视野下个人隐私信息的保护与利用', (On the protection and usage of private information in the Civil Code) [2021], Soc. Sci. J., pp. 103 - 111, who argues that: "由于隐私信息的范围非常广泛，《民法典》第 1034 条第 3 款为隐私信息提供单一的权利优先保护模式，不仅难以为不同类型的个人隐私信息提供差异化保护，而且会削弱大数据和人工智能创新发展的基础".

[47] Cf. with X. Cheng, (程啸), '个人信息保护中的敏感信息与私密信息', (Sensitive and Private Information in Personal Information Protection), [2022] Zhengzhou Intermediate People's Court Webpage, available at http://zzfy.hncourt.gov.cn/public/detail.php?id=27359.

[48] See K Ran, 'On the protection and usage of of private information in the Civil Code' (n 46) who also considers the provision in Article 1034, c. 3, too vague to be able to reconstruct how the privacy provisions concretely apply to private data, considers, for example, that nude photos and photos depicting the individual in the course of sexual relations are personal information and therefore cannot be legitimately collected and used by third parties.

[49] See X Cheng, 'Protection of privacy and personal information in our Civil Code' (n 44).

[50] See Z Gu, (**谷兆阳**), '**民法典中**隐私权与个人信息保护的关系', (The relationship between privacy and personal data protection in the civil code) [2021] Supreme People's Procuratorate Webpage, available at: https://www.spp.gov.cn/spp/llyj/202108/t20210825_527513.shtml, who clarifies that these are limited hypotheses, such as the case where a combination of personal data allows it to be traced back to the fact that a person has contracted AIDS.

[51] See L Wang, B Xiong, "Personality rights in China's New Civil Code", (n 1). p. 712 who point out that limited forms of exploitation of personality rights are allowed in the Civil Code. This distinguishes them from the right to bodily integrity, which is completely excluded from the individual's autonomy.

[52] The code also devotes some provisions to negotiated acts involving the exploitation of the right to the name (Art. 1013) and image (Arts. 1021, 1022). However, these are not accompanied by detailed rules or principles governing the use of the name and image.

to exclude their qualification as absolute rights and insusceptible to economic exploitation by third parties[53].

3. Economic circulation of data circulation in China.

The main goal of personal data protection, to which both the GDPR and the PIPL respond, is a consequence of the fact that personal data have now become a key economic resource[54]. The provisions on the processing of personal data and the individual rights that have been listed above respond to the need to ensure that economic activities involving personal data are carried out in deference to the principle of limited negotiability of personality rights. A further problem is that of the circulation of rights of economic exploitation of personal data.

In European law, that an economic regulation of the circulation of personal data accompanies privacy reflections of the regulation is now a widely held view in doctrine and accepted in case law[55]. Article 1 of the GDPR not only states, in paragraph 3, that "the free movement of personal data in the Union may not be restricted or prohibited on grounds relating to the protection of natural persons with regard to the processing of personal data," but also provides that the regulation shall lay down rules relating to the free movement of personal data (Art. 1, c.1). Moreover, the original core of the recognition of the proprietary nature of personal data was already contained in Directive No. 95/46 EC[56].

In China, the Personal Data Protection Law in Article 1 "promotes the rational exploitation of personal data"[57]. Earlier laws, while not expressly mentioning the economic exploitation of personal data, seem to assume such lawfulness. For example, the E-Commerce Act of 2018 prohibits acts of disposition involving the personal data of others, but only when a public official is selling it (Article 85). Moreover, the same law seems to implicitly admit the existence of a market for personal data when regulating the use of personal data collected by e-commerce platforms for promotional

[53] See X Cheng, (程啸), '民法典编纂视野下的个人信息保护', (Protection of personal information in the perspective of civil code codification.) in 中国法学 (China Law), 2021.

[54] Not surprisingly, the doctrine has been reported to find that the main purpose of the current generation of regulations is to define the private relationships that exist between the person identified by personal data and the economic operator who makes a profit from it, V Ricciuto, Circolazione e scambio di dati personali *cit.*, p. 8.

[55] See V Ricciuto, *Circolazione e scambio di dati personali, cit.*, p. 12; G Resta, *I dati personali oggetto del contratto*, in V Ricciuto, C Solinas (ed.) *Forniture di servizi digitali e pagamento con la prestazione dei dati personali*, CEDAM, (2022), p. 56.

[56] On the progressive recognition of the patrimonial nature in EU law, and the resistance of Italian legal science, V Ricciuto, 'La patrimonializzazione dei dati personali. Contratto e mercato nella ricostruzione del fenomeno', [2018], in Il diritto dell'informazione, pp. 689, ff.

[57] Article 1 Personal Data Protection Law: "This law is adopted in implementation of the Constitution, in order to protect rights and interests over personal data, standardize personal data processing activities, and promote rational exploitation of personal data. Note that the term 利用 presents a certain degree of ambiguity. The most authoritative translation of the Data Protection Act currently available (from Chinese to 'English), by R Creemers, available at https://digichina.stanford.edu/work/translation-personal-information-protection-law-of-the-peoples-republic-of-china-effective-nov-1-2021/, translates *liyong*, as "use."

purposes[58].

In this essay, we avoid to delve into the web of proclamations by political figures and policy documents, which are often redundant and lack the immediate force of law. But even from a rapid and non exhaustive overview, it is clear that the Chinese policy-makers acknowledge the existence of a data market and admit its lawfulness. The document entitled *Outline of Operations to Stimulate the Development of Big Data*, adopted by China's State Council on August 31, 2015 is dedicated to the purpose of encouraging greater use of *big data* by private industry, as well as complementing public market regulation activities through *big data*[59] . The importance of big data is emphasized also in the *Opinions to Build a More Improved Production Factor Allocation System-Guiding Factors in Advanced Production Forces*, published by the State Council on April 10, 2020. The Opinions do not only focus on digitization, but on perfecting China's data economy toward a market economy. Here data, understood not as personal data but generically as *shuju*, is taken into account as a factor in industrial production, an assessment that entered formal law through Article 7 of the 2021 Data Security Law.

All the sources mentioned mainly refer to big data, that is, aggregated and often anonymous data. Explicit references to the circulation of personal data in the market are lacking. More generally, neither the title nor the contract according to which economic exploitation rights over individuals' personal data may be assigned or transferred to third parties is clear[60].

In the Chinese context, the multitude of policy documents emphasizing the importance of the *data economy* is contrasted with the uncertainty of the law on the legal basis that enables contractual circulation of personal data[61]. Article 23 of the PIPL merely confirms the validity of transfers (the provision uses the verb 提供 - *tigong*, which means supply or offer) of data by a data controller to another data controller, conditioning them on a mere obligation to notify the data subject[62] . Interestingly, the same term, *tigong*, appears in Article 111 of the Code, which in establishing that personal data are subject to protection by law, prohibits organizations that process personal data from "buying, selling, or supplying (*tigong*) it in a manner contrary to law".

PIPL, art. 23, makes it clear that not only does the data subject have the right to be

---

[58] The use of individual information for profiling to reconstruct individual-consumer preferences is one of the most important and lucrative commercial uses of personal data. See A Acquisti, C Taylor, L Wagman, The Economics of Privacy (2015) 54 [2] Journal of Economic Literature, pp. 443, ff.

[59]国务院关于印发促进大数据发展. GF No. 50/2015. In this policy document, in Chapter 2, with reference to the government's use of big data to accelerate industrial development, the Chinese government uses the phrase "stimulate the creation of market services using big data technologies."

[60] See C Peng, (彭诚信), '论个人信息的双重法律属性', (On the two sorts of legal qualification of personal data*)* [2021], Tsinghua Law Journal, p. 79.

[61] See A Fei (费安玲), '论买卖合同标的物规则的形成理念——以人格尊严和无体物为分析视角', in 环球法律评, (On the Concept of the Formation of the Subject Matter Rule for Sale and Purchase Contracts - An Analytical Perspective on Human Dignity and Incorporeality), [2022], 环球法律评论, (Global law review), pp. 117, who makes an extensive critique of the code's provision, noting how the Chinese legislature misrepresented the content historically given to contracts of sale and purchase in Roman law systems, in which the distinction between res *corporales* and *res incorporales* was central.

[62] More explicit is Article 7 of the DSL, which, however, does not refer to personal data, but to data in general. In fact, the provision states that the state "shall protect the data-related rights and interests of natural and legal persons (...), ensure a free flow of data, and promote the digital economy with data as a key factor."

informed of the transfer, but that the new processing may not exceed the purpose of the original one. The literal sense of Article 23 would seem to open up the possibility that personal data can be the subject of acts of disposition. Chinese doctrine has clarified in this sense that buying and selling represents the archetypal contractual scheme of rights transfer[63]. At the same time, article 595 of the Civil Code provides that the object of purchase and sale is a tangible object (物). It is uncertain, whether the Chinese legislature's choice to limit the object of sale and purchase to the "thing" makes the provisions on sale and purchase contracts that could be adapted radically inapplicable to the circulation of personal data. The Supreme People's Court indirectly touched on the issue in the aforementioned Case No. 9 in its April 11, 2022 interpretation, titled "large-scale buying and selling of personal information violates personality rights and social public interests." The use of the term, implies that transfers of personal data are sale contracts, which in the present case are held to be unlawful not because they are being sold, but because they were originally acquired without the consent of the data subjects.

Even allowing for a broad interpretation of Article 595, that is, an interpretation that understands the term 物 as “good” and not as “physical thing”, does not solve the additional problem of whether personal data qualify as a good.

Buying and selling is expressly prohibited only if it diminishes the person's physical integrity (Art. 1017, Civil Code). The sale of parts of the human body is prohibited even when it does not involve a permanent injury or otherwise a relinquishment of the integrity of the body itself, but by the very fact that the thing being bought and sold is composed of human tissue[64].

Personality rights are excluded from the prohibition just reported. From comparison with common law systems, Chinese jurists have observed how, in Chinese law, personality rights can be only subject to very limited economic exploitation[65].

Although a piece of information may be stored in an electronic data, it is not embedded in it and remains an intangible asset, can be copied and is not consumable, indeed its value increases by virtue of repeated use[66] . The same information can be collected and processed in the form of electronic data by more than one party, without being the subject of an exclusive right by any of them. Starting from this consideration,

---

[63] See A Fei, ‘On the Concept of the Formation of the Subject Matter Rule for Sale and Purchase Contracts’ (n 61).

[64] See L Wang, B Xiong, ‘Personality rights in China's New Civil Code’, (n 1) p. 712 claim that womb surrogacy is a widely debated issue in China. This is partly because of the respect that legal traditions from ancient times enjoy in the Chinese legal culture. In ancient China, as indeed in contemporary Greece and Rome, maternal surrogacy, in the form of wife rental, was permitted. This legal institute, known in classical Chinese law as 借腹生子 (literally "renting a belly to give birth to a child"), is described, in the version adopted in Sparta, by Plutarch: "if an honored man admired a prolific woman married to another he could, with the consent of her husband join her, so as to sow fertile ground, and procure valiant sons, who would be brothers and blood relatives of valiant men" (Lyc, 15:11-13). Cf. also A Fei, “On the Concept of the Formation of the Subject Matter Rule for Sale and Purchase Contracts - An Analytical Perspective on Human Dignity and Incorporeality” (n 61), according to whom there were more than 500 trials related to the buying and selling of human tissue in China in 2022. This bleak picture also emerges from the pages of Chinese novelist Yu Hua, who in his collection of short stories titled "China in Ten Words" describes how in the 1990s, during China's economic boom, there were underground blood exchanges.

[65] See J Xue (薛军), ‘人的保护: 中国民法典编撰的价值基础’, (The protection of human beings: the value basis of the Chinese civil code) [2006] 中国社会科学 (Chinese Social Sciences), p. 122.

[66] See C Peng, ‘On the two sorts of legal qualification of personal data’, (n 60), p. 80.

it has been noted, that if from the "raw" personal data, through processing, more elaborate information about the individual is derived (and susceptible to more lucrative commercial uses), the data may acquire a new nature as a finished good, susceptible to forms of exclusive ownership referable to the data controller, without prejudice to the personality rights attached to them[67] .

The issue of the nature of property rights, the subject of lively doctrinal debate, has only been touched upon in case law. It is therefore appropriate to merely mention the case of *Weibo v. Maimai*, although it predates the promulgation of recent data protection laws, as it has had some resonance in China. Weibo is a service that blends some features of Facebook with some of Twitter. It allows its users, whether individuals or companies, to create profiles, through which they can interact. Maimai is a service roughly equivalent to LinkedIn, which also operated through Weibo. Cooperation between the parties was governed by meticulous agreements, which Maimai violated through the collection of data regarding education and professional experience, as well as Weibo users' most frequently used profile photos, names, and *tags*. On Maimai's defense, which argued that Weibo cannot prevent third parties from using its users' data, which moreover is visible to any user, the appellate court noted that the data was not acquired by virtue of an autonomous algorithm, but by cross-referencing users' personal data, such as phone numbers, with those registered on Weibo. In condemning Maimai, censuring its conduct, however, the Beijing court applied unfair competition rules. The Weibo v. Maimai case, which dates precisely from 2016, demonstrates that, in fact, data controllers' property rights were protected in China even before the enactment of the main laws on the subject, which came into effect between 2017 and 2021[68].

4. Public governance tools for the protection of personal data and the data market.

The PIPL, while maintaining several Chinese characteristics is based on a foreign law, which of course is the GDPR. The CSL and DSL, on the other hand, are distinctly Chinese. They create a legal regime applicable to all data, regardless of whether they are personal, important or sensitive. Unlike the PIPL, these two laws use a programmatic language and objectives. Indeed, it could be argued that the impact of the GDPR on the PIPL is not only its content, but also the legislative methodology[69].

The first major law to enter in force after the creation of the CAC was the

[67] See C Peng, *Ibid* p. 83.

[68] Others have noted an opposing tendency of Chinese judicial authorities to thwart monopolistic attitudes on the part of major market players, C Boullenois, 'China's data strategy' [2021] in ISS Europa, available at: https://www.iss.europa.eu/sites/default/files/EUISSFiles/Brief_21_2021.pdf, p. 4. This trend is about to find express legislative recognition in Article 9 of the Law Against Monopolies, which will go into effect on August 24, 2022 and provides: Operators shall not use data and algorithms, technologies, capitalization advantages, and rules to engage in monopolistic conduct prohibited by this law.

[69] See R Creemers, (n 7) p. 8, who, in comparing the PIPL and GDPR, claims that "While this model resembles, and hasderived ample inspiration from, the GDPR, it misses the generalityof the European approach: where China has recreated the consumerprotection aspect of the GDPR to a significant degree, it has not emulatedthe European foundational principle that privacy is a fundamentalright. Most importantly, the PIPL largely leaves the powerof government bodies untouched, as it does not impose any meaningfulconstraints on their ability to collect and process data".

Cybersecurity law (2017), which forms the true cornerstone of the Chinese data protection regime. The CSL encompasses different elements, ranging from content control to the protection of strategic infrastructures, to security of network products.

The storage of important and personal data in Chinese territory is a major concern of the legislator, which is also reflected in the detailed and restrictive regulation regarding the transfer of data out of China[70]. The CSL, which is overall vague and imprecise, did not provide for a detailed regime on data localization requirements, which were later introduced by the CAC through regulations. Most importantly, data localization requirements were further specified through the PIPL.

The CSL regulates not only data processing activities, but network operators more in general. The regulation of network access service providers in China requires them to exclude intermediary peripheral service providers identified by the government. This exclusion primarily affects numerous Western newspapers, and more generally websites that depict the Chinese government's actions as human rights violations[71]. But censorship limited to measures to remove specific websites or content would be bound to be ineffective. The sheer volume of material disseminated through the Internet imposes can only be filtered through the control of vital nodes of the network, i.e., Internet sites, such as search engines, social platforms, etc., that are instrumental to the operation of other sites, as well as to cooperation between subjects[72].

Chinese scholars described how the blocking of Google, Facebook, Amazon and several other vital nodes in the Western information system has opened up market space for Chinese Internet industry players[73]. The exclusion of major Western platforms allowed the Chinese industry to fill the void left by the censorship of Western online service providers[74]. As a result, numerous alternative platforms, Chinese intermediaries offering online services parallel to those offered by Western counterparts, have emerged.

The dynamics of expansion and contraction of the freedom of private economic initiative in China are particularly evident precisely in the field of offering network intermediation services[75]. The CSL further identifies some categories of data holders

---

[70] See D Clementi, 'La legge cinese sulla protezione delle informazioni personali: un GDPR con caratteristiche cinesi?' (n 6).

[71] See H Zheng, 'Regulating the Internet: China's law and practice' (2013) 4 [1] Beijing L. Rev., p. 1.

[72] A significant citation from the people's newspaper, the renmin ribao is made by J A Lee and C.Y. Liu 'Forbidden City enclosed by the great firewall: the law and power of internet filtering in China' [2012] Minn. J. of L., Sci.. & Tech., p. 144: "*As long as we use more ways of properly looking at the Internet, we can make use of the best parts, we go for the good and stay away from the bad and we use it for our purposes, then we can turn it around on them . . . [W]e won't be defeated in this huge Internet war by the various intranational and international reactionary ideological trends in the various areas.*" The Authors go on to comment that "*In sum, the Chinese government praises efforts to benefit from digital technology's advantages, but declares that use of digital technology must not undermine state control.*"

[73] This aspect is frequently stressed by Chinese doctrine, see, for example, W Miao, M Jiang, Y Pang 'Historicizing Internet Regulation in China' (n 22), p. 2022.

[74] For a careful reconstruction of Chinese industrial policies implemented for the purpose of closing the gap with Western competitors, see C Foster, S Azmeh, 'Latecomer Economies and National Digital Policy: An Industrial Policy Perspective', [2020] The Journal of Development Studies, pp. 1247-1262.

[75] A well-known case is that of the *online shadow banking* sector in China. As mentioned earlier, China's banking sector is dominated by the presence of the so-called big *four*, large state-owned banks whose main function is to direct savings toward the financing of strategic enterprises, that is, those instrumental in achieving the government's policy goals, see S Sen, 'Finance in China after the WTO' [2005] Economic and Political Weekly p. 565. Cf. D Elliott, A

that are defined as critical information infrastructure. According to the definition provided for in relevant administrative regulations, such infrastructure includes, but is not limited to important network infrastructure. Important industries in critical sectors, such as energy, transportation and finance are also included[76]. Such industries are subject to strengthened security measures, clarified in the Regulations.

The DSL and CSL also provide for a categorization of data based on their relevance for China's strategic and economic interests. It is parallel to private law classifications, adopted by the PIPL and the Civil Code, which is instrumental to modulate data protection on its impact on personality rights. The CSL mentions personal data, but not sensitive data, nor private information. On the other hand, it speaks of "important data", which are data that are not necessarily related to a physical person, but cannot be stored abroad without the CAC's approval. However, because the draft of the CSL talked about important business data and the final version of important data, the legislator likely wanted to include data that are important in a strategic perspective. The DSL also includes another category of data, which are "core national data". These are data related to "national security, the lifelines of the national economy, important aspects of people's livelihoods, major public interests, etc".

Kroeber, Q Yu, 'Shadow banking in China: a primer, in, Economic Studies' , [2015] The Brookings-Tsinghua Center, p. 1, who point out that the dynamic just described has prevented the Chinese banking system from operating in the market and reduced its ability to finance the growth of private firms. The Chinese government has thus allowed the *shadow* banking system, so-called *shadow banking*, to flourish in the form of financial intermediation services offered through the network and highly deregulated. . These consisted largely of *matchmaking* mechanisms that allowed savers to view credit applications submitted by companies. In a few years they evolved into full-fledged institutions dedicated to credit collection, to which, however, the onerous rules of Chinese banking law were not applied. Even broader exceptions, however, have been granted to *crowfunding* platforms, which in fact often end up engaging in the business of offering financial products to the public, as defined by Article 15 of the Financial Products Law, an activity which, according to Interpretation 18/2010, if carried out without the permission of the competent authority, the CRSC, constitutes the crime of misappropriation of savings of the public, as defined in Article 176 of the Criminal Law. *Crowdfunding* companies have put in place measures to prevent the activity carried out from falling under the definition in Article 15. These are merely cosmetic measures, such as the creation of membership lists. The turning point in both the regulation of online financial services and the market dynamics of the same came with the Guidelines of the National Bureau of Information through the Internet (Yin Fa 2015 - No. 221) on promoting the healthy development of Internet finance. The Guidelines enshrined the principle that the development of the industry would benefit from greater involvement of authorities and more centralization in the hands of a small number of large (and therefore more reliable) companies. It should be emphasized that the Guidelines aimed not only to improve the security of the fintech market, but to increase its economic and innovative potential. They thus introduced a wide range of new legislation and enforcement practices. In fact, they ordered (a) banks and other institutional entities, to invest more in the sector and to fund internet platforms that complied with progressive legal requirements; (b) market regulators, to encourage mergers or other forms of cooperation among Chinese fintech companies (c) administrative departments for industry and market to encourage the registration of de facto entities operating in the sector; (d) to apply taxation regulations to companies active in the sector; (e) to establish physical infrastructure, such as databases, to support the expansion of the sector; and (f) to banks to put in place agreements with payment service intermediaries in order to enable networked payments and to stand as guarantors of the legitimate development of such payment systems.

They also divided the *online* lending system between P2P loans, i.e., between individuals and thus subject to the lending rules contained in the Contracts Act (now absorbed into the Civil Code that went into effect on January 1, 2021), and loans that took place through aggregate networks of creditors and debtors, which were instead subject to supervision by financial market regulators.

[76] Article 2 of Regulation No. 745/2021, issued by the State Council, Critical Information Infrastructure Security Protection Regulations, translation available at: https://digichina.stanford.edu/work/translation-critical-information-infrastructure-security-protection-regulations-effective-sept-1-2021/.

Conclusions.

The personal data protection system erected by the PIPL resembles, in many aspects, the GDPR. It was pointed out that the main difference between the PIPL and the GDPR is that the Chinese personal data protection regime is clearer about the distinction between data protection and privacy. This is indeed confirmed by the Civil Code provisions, which frame data protection as a matter parallel, but not overlapping privacy and other personal rights. Such a comparison could convoy the idea that overall the Chinese data protection regime is lacking, if compared to the European one.

On the other hand, the Chinese PIPL is framed in a broader data regulation, which takes into account both the handling of personal information that affects the individual, as well as the regulation of data in the perspective of the protection of national security and economic interests.

Tartaro A, 'Regulating by standards: current progress and main challenges in the standardisation of Artificial Intelligence in support of the AI Act' (2023) 1 EJPLT, 147-174.
DOI: https://doi.org/10.57230/EJPLT222AT

EJPLT
ISSN 2704-8012



Regulating by standards: current progress and main challenges in the standardisation of Artificial Intelligence in support of the AI Act.

Regolare con gli standard: gli attuali progressi e le sfide principali nella standardizzazione dell'intelligenza artificiale a sostegno dell'AI Act.

ALESSIO TARTARO
Ph.D. candidate in Humanities and Social Sciences
University of Sassari

Abstract

The AI Act provides a risk-based framework for the regulation of Artificial Intelligence, delegating the implementation of essential requirements to harmonised standards. This regulatory approach raises several issues concerning the alignment of standards with regulation's requirements, the legitimacy of the European standardisation system, and the ability of harmonised standards to ensure fundamental rights protection. This paper discusses and analyses the regulatory approach underlying the AI Act, the main issues surrounding the proposed regulation, and the implications for the AI Act's ability to achieve its goals.

L'AI Act propone un quadro legislativo basato sul rischio per la regolamentazione dell'IA, che delega l'attuazione dei requisiti essenziali alle norme armonizzate. Questo approccio solleva diverse questioni riguardanti l'allineamento degli standard ai requisiti del regolamento, la legittimità del sistema della standardizzazione europea e la capacità degli standard armonizzati di garantire la protezione dei diritti fondamentali. Il presente articolo discute e analizza l'approccio normativo alla base dell'AI Act, le principali questioni relative alla regolamentazione proposta e le implicazioni per la capacità dell'AI Act di

© The author(s) 2023, published by Suor Orsola Benincasa Università Editrice.
This contribution is licensed under a Creative Common Attribution 4.0 International Licence CC-BY-NC-ND, all the details on the license are available at: https://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/4.0/

Keywords: AI Act; harmonised standards; European Standard Organisation; conformity assessment; legitimacy; fundamental rights.

Summary: Introduction. – 1. The European standardisation system. – 2. The role of standards in the AI Act. – 3. Main challenges. – 4. Discussion. – Conclusions.

Introduction.

As the digital age progresses and artificial intelligence (AI) becomes increasingly integrated into various sectors of society, the need for comprehensive and effective regulation has emerged as a critical concern in Europe.[1] In response, the European Commission has proposed the AI Act,[2] a ground-breaking piece of legislation that is poised to shape the future of AI in Europe.[3] The AI Act establishes a risk-based regulatory framework to develop and use AI systems in Europe, providing different regulatory regimes for AI applications according to their category of risk.[4] The proposed regulation identifies four categories of risk, i.e., unacceptable risk, high risk, limited risk, and minimal risk, determined according to the impact of AI systems on health, safety, or fundamental rights of individuals.[5]

Unacceptable risk AI systems are forbidden under the proposed regulation.[6] AI systems that fall under the unacceptable risk category include those that can manipulate individuals through subliminal techniques or exploit vulnerabilities of particular groups, such as children or persons with disabilities. These practices may cause significant

[1] European Commission, 'On Artificial Intelligence - A European Approach to Excellence and Trust' (White Paper, COM(2020) 65 final).

2 Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council Laying down Harmonised Rules on Artificial Intelligence (Artificial Intelligence Act) and Amending Certain Union Legislative Acts.' COM/2021/206 final. At the time of penning this piece, the AI Act is currently in the 'trialogue' phase. This means that amendments suggested by the Council of the European Union and the European Parliament may alter the Commission's initial proposal. Upon examining these proposed amendments, it's evident that the principle of relying on harmonised standards for implementing the regulation's requirements and demonstrating compliance hasn't been challenged. Consequently, this aspect of the regulation will very likely remain unchanged. Regardless of any potential change during the trialogue stage, the analysis in this article will continue to hold relevance. We will focus on the European Commission's original proposal and any noteworthy amendments to other areas of the AI Act will be pointed out when necessary. For the general approach by the Council of the European Union, see Council of the European Union, Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council laying down harmonised rules on artificial intelligence (Artificial Intelligence Act) and amending certain Union legislative acts - General approach, available at https://data.consilium.europa.eu/doc/document/ST-14954-2022-INIT/en/pdf. For the amendments proposed by the European Parliament, see Amendments adopted by the European Parliament on 14 June 2023 on the proposal for a regulation of the European Parliament and of the Council on laying down harmonised rules on artificial intelligence (Artificial Intelligence Act) and amending certain Union legislative acts (COM(2021)0206 – C9-0146/2021 – 2021/0106(COD)), available at https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-9-2023-0236_EN.html

3 For a high-level overview of the AI Act see G Resta, 'Cosa c'è di 'europeo' nella Proposta di Regolamento UE sull'intelligenza artificiale?' (2022) Diritto dell'Informazione e dell'Informatica (Il), fasc.2, 1.

[4] For an analysis of the risk-based approach in European digital technology regulation, including the AI Act, see G De Gregorio and P Dunn, 'The European risk-based approaches: connecting constitutional dots in the digital age' (2022) 59 Common Market Law Review.

5 The amendments made by the European Parliament include the protection of "democracy, rule of law, and the environment" as part of the overall objectives of the AI Act. See Amendments adopted by the European Parliament, Amendment 3, Recital 1.

6 See AI Act, Title II.

psychological or physical harm to the affected individuals. Furthermore, the regulation prohibits AI-based social scoring for general purposes by public authorities[7]. AI systems cannot be used for evaluating or classifying the trustworthiness of individuals based on their social behaviour, personal or personality characteristics, leading to detrimental or unfavourable treatment in unrelated social contexts or unjustified treatment disproportionate to their behaviour. This prohibition aims to prevent invasive and unjust social consequences that may result from AI-driven assessments. Lastly, the use of real-time remote biometric identification systems in public spaces for law enforcement purposes is also banned. However, there are some exceptions to this ban. Real-time remote biometric identification systems can be used under certain limited circumstances, such as searching for potential crime victims (e.g., missing children), preventing substantial and imminent threats to life or physical safety, or detecting and prosecuting perpetrators or suspects of severe criminal offenses. To ensure the rights and freedoms of individuals, the use of these systems must be necessary, proportionate, and subject to authorisation from a judicial or independent administrative authority of the Member States.[8]

AI systems that pose a serious risk to the health, safety, or fundamental rights of individuals fall under the category of "high risk".[9] These AI systems are allowed in the European market, provided they meet mandatory requirements and undergo ex-ante conformity assessment. The requirements cover the following areas: risk management, data quality and governance, technical documentation, record keeping, transparency and provision of information to users, human oversight, accuracy, robustness, and cybersecurity.[10] Aligning with existing product safety legislation, classification as high-risk depends on the AI system's intended purpose.[11] Based on the classification rules for high-risk AI systems,[12] the AI Act identifies two different types of high-risk AI systems. On the one hand, high-risk AI systems are those used as safety components in products,

7 Concerning prohibited AI practices, in Article 5 the compromise text of the Council contains the extension of the prohibition of using AI for social scoring also to private actors.

8 The European Parliament has significantly broadened the list of prohibited practices. The amendments further include the following banned applications: 1) Remote biometric identification systems that operate in "real-time" within publicly available spaces; 2) Remote biometric identification systems operating in "post" mode, with the only permissible use being by law enforcement in the investigation of severe crimes, subject to judicial approval; 3) Systems for biometric categorisation that utilise sensitive attributes such as gender, race, ethnicity, citizenship status, religion, and political inclination; 4) Predictive law enforcement systems that draw conclusions based on profiling, geographical location, or past criminal activity; 5) Systems for emotion recognition employed in law enforcement, border management, workplaces, and educational institutions; and 6) Unrestricted collection of biometric information from social media platforms or CCTV recordings to construct facial recognition databases, which infringes human rights and the right to privacy. See Amendments adopted by the European Parliament, Amendments 215-231, Article 5.

9 High-risk systems, according to the European Parliament, also include those that could potentially harm the environment. In addition, the European Parliament categorize AI systems used for manipulating voter preferences in political campaigns, and those used in social media platforms' recommendation algorithms, as high-risk. See Amendments adopted by the European Parliament, Amendment 234, Article 6, and Amendments 739-740, Annex III. The Council's general approach have deleted three high-risk applications (deep fake detection by law enforcement authorities, crime analytics, verification of the authenticity of travel documents), and added two new ones (critical digital infrastructure and life and health insurance).

10 See AI Act, arts. 9-15.

11 For an analysis of the relationship between the AI Act and safety legislation see T de Graaf and G Veldt, 'The AI Act and Its Impact on Product Safety, Contracts and
Liability' (2022) European Review of Private Law 5.

12 See AI Act, art. 6.

or are themselves products, covered by Union harmonisation legislation listed in Annex II and requiring third-party conformity assessment. On the other hand, stand-alone AI systems with significant health, safety and fundamental rights implications are also considered high-risk. They include, among others, those used in education and vocational training, employment, workers management and access to self-employment, law enforcement, administration of justice and democratic processes.[13]

AI systems that interact with humans (e.g., chatbots), detect emotions or determine association with social categories based on biometric data, generate or manipulate content, are considered limited-risk and are subject to transparency obligation.[14] These transparency measures ensure that individuals are aware when they interact with an AI system or when their emotions or characteristics are recognised automatically. When AI systems generate or manipulate content, such as image, audio, or video, that closely resembles authentic content, there is an obligation to disclose that the content is produced through automated means.[15] Exceptions apply for legitimate purposes, such as law enforcement or freedom of expression. Transparency enables individuals to make informed choices or disengage from a situation involving AI systems and AI-generated content.

Finally, all AI systems that do not fall into the previously mentioned categories are considered minimal risk and are not subject to any mandatory requirements. However, these systems can still adhere to voluntary measures, such as codes of conduct, aimed at enhancing excellence and trust in AI applications.[16] These codes are designed to encourage providers of non-high-risk AI systems to voluntarily adopt the mandatory requirements specified for high-risk AI systems. By adhering to these codes, providers can demonstrate their commitment to additional requirements related to environmental sustainability, accessibility for persons with disabilities, stakeholder participation in AI system design and development, and diversity within development teams. By integrating these aspects into their codes of conduct, providers can foster greater trust and confidence in their AI systems, ensuring that they not only adhere to high standards of safety and transparency but also contribute positively to society and the environment.

The AI Act is partially based on the regulatory approach outlined by the New Approach[17] and reinforced by the New Legislative Framework.[18] Both the New

13 See AI Act, Annex III for a complete list.

14 See AI Act, Title IV.

15 The European Parliament extends these transparency obligations also to general-purpose and generative AI systems. See Amendments adopted by the European Parliament, Amendment 399, Article 28b (new). The Council's general approach delegates the application of requirements for general purpose AI systems to implementing acts specifying how these requirements should be applied in relation to general purpose AI systems.

16 See AI Act, Title IX.

17 Council Resolution of 7 May 1985 on a New Approach to technical harmonisation and standards [1985] OJ C 136. For a detailed analysis of the "New Approach" see J Pelkmans, 'The New Approach to Technical Harmonization and Standardization', (1986-1987) 25 J. Common Mkt. Stud. 249.

18 The New Legislative Framework consists of:

a. Regulation (EC) No 765/2008 of the European Parliament and of the Council of 9 July 2008 setting out the requirements for accreditation and market surveillance relating to the marketing of products and repealing Regulation (EEC) No 339/93 [2008] OJ L 218/30.
b. Decision No 768/2008/EC of the European Parliament and of the Council of 9 July 2008 on a common framework for the marketing of products, and repealing Council Decision 93/465/EEC [2008] OJ L 218/82.

Approach and the New Legislative Framework aim at creating a more streamlined and effective regulatory environment for products and services within the single market. The New Approach, initiated in 1985, stipulates that harmonised legislation is limited to the definition of the essential requirements to which products must conform in order to be marketed and enjoy free movement within the European Union. Rather than establishing detailed technical specifications for implementing essential requirements in the legislation, the New Approach entrusts the task of developing harmonised standards to competent European standardisation organisations (ESOs), i.e., CEN, CENELEC and ETSI. While harmonised standards are voluntary, they play a crucial role in ensuring product safety and compliance. National authorities are obliged to recognise that products manufactured in conformity with harmonised standards are presumed to conform to the essential requirements established by the corresponding legislation. Since industry players are directly involved in the creation of harmonised standards, this approach amounts to a form of co-regulation that fosters close cooperation between public authorities and market operators. [19] By distinguishing between essential requirements and technical specifications, the New Approach has provided a more flexible and effective way to ensure product safety and compliance within the European Union, while promoting innovation and technological progress. In 2008, the New Approach was reinforced by the New Legislative Framework, which introduced a set of measures to improve market surveillance, strengthen the conformity assessment system and the accreditation of conformity assessment bodies, and clarify the roles and responsibilities of various economic operators.

The New Approach and the New Legislative Framework have been successful in achieving the European Union's policy objectives, including the promotion of consistency and coherence in EU harmonisation legislation, the enhancement of the conformity assessment system, and the reinforcement of the clarity and credibility of the CE marking. [20] Nevertheless, the application of this approach to the regulation of artificial intelligence raises several challenges. This paper discusses and analyses these challenges as follows. Section 1 provides background information on the European standardisation system. Section 2 outlines the role of standards in the AI Act. Section 3 examines the three primary challenges identified: 1) ensuring the implementation of standards aligned with the regulation's requirements; 2) evaluating the legitimacy of ESOs in determining how to implement these requirements; 3) assessing the capacity of the standards to provide adequate protection of fundamental rights, which is one of the specific objectives of the AI Act. Section 4 presents a discussion regarding these challenges. Finally, the conclusion summarises the main findings and suggests potential avenues for future research.

---

c. Regulation (EU) 2019/1020 of the European Parliament and of the Council of 20 June 2019 on market surveillance and compliance of products and amending Directive 2004/42/EC and Regulations (EC) No 765/2008 and (EU) No 305/2011 [2019] OJ L 169/1.

For a detailed analysis of the "New Legislative Framework" see L Gorywoda, 'The New European Legislative Framework for the Marketing of Goods', (2009-2010) 16 Colum. J. Eur. L. 161.

19 For an analysis of the role of co-regulation in the AI Act see A Simoncini, 'La co-regolazione delle piattaforme digitali' (2022) Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico, fasc.4, 1. For a more general analysis of the co-regulatory approach in European legislation see L A J Senden, 'Soft Law, Self-Regulation and Co-Regulation in European Law: Where Do They Meet?' (2005) 9(1) Electronic Journal of Comparative Law.

20 Evaluation of the New Legislative Framework, Commission Staff Working Document, SWD(2022)364, 2022.

1. The European standardisation system

The Regulation (EU) No 1025/2012 on European standardisation (henceforth, RES) establishes the main principles and procedures of European standardisation.[21] The regulation's primary objective is to ensure the effectiveness and efficiency of standards and standardisation as policy tools for the Union through cooperation between ESOs, national standardisation bodies, Member States, and the European Commission.

The principles guiding European standardisation are drawn from the standardisation principles of the World Trade Organisation.[22] They include coherence, transparency, openness, consensus, voluntary application, independence from special interests and efficiency. To ensure ESOs adhere to these principles, the RES provides for specific measures to enhance transparency and participation in the standardisation process within ESOs. As part of these measures, ESOs are required to create and publicly share an annual Work Programme, which outlines the standards and standardisation deliverables they plan to develop or revise, are currently developing or revising, and have adopted during the previous Work Programme period. Moreover, ESOs are encouraged to promote and enable appropriate representation and active participation from all interested parties. This includes small and medium-sized enterprises (SMEs), consumer organisations, public authorities as well as environmental and social stakeholders, ensuring that their voices are heard and considered in standardisation activities.

In order to clarify how standards and standardisation are expected to support European legislation and policies, the RES mandates that the European Commission adopt an annual Union work programme for European standardisation. This program identifies strategic priorities, taking into account the Union's long-term growth strategies. Based on this, the Commission can then request ESOs to produce standards specified in the annual work programme. This process, called standardisation request, is outlined in Article 10 of the RSE and further detailed in the Vademecum on European standardisation.[23]The process includes four main steps: issuance of a standardisation request by the Commission, acceptance and execution of the standardisation request by the ESOs, assessment of ESOs documents, and adoption.

The Commission's standardisation request details the objectives, scope, and deadlines for drafting the standards. In certain situations, a standardisation request is necessary to ensure compliance with relevant legislation and maintain transparency in

21 Regulation (EU) No 1025/2012 on European standardisation [2012] OJ L316/12. The RES was recently amended by the Regulation (EU) 2022/2480 of the European Parliament and of the Council of 14 December 2022 amending Regulation (EU) No 1025/2012 as regards decisions of European standardisation organisations concerning European standards and European standardisation deliverables [2022] OJ L 323/1. However, the amendments did not affect the fundamental principles of the European standardisation system discussed in this section and are therefore not discussed here.

22 WTO, 'Decision of the Committee on Principles for the Development of International Standards, Guides and Recommendations with Relation to Articles 2, 5 and Annex 3 of the Agreement', Available at: https://www.wto.org/english/tratop_e/tbt_e/principles_standards_tbt_e.htm. For a detailed analysis of WTO principles for standardisation in the context of TBT agreements see Steve C 'International Standards and the WTO' (2005) GW Law Faculty Publications & Other Works, 394.

23 Vademecum on European standardisation in support of Union legislation and policies, Commission Staff Working Document, SWD(2015) 205.

the standard-setting process. For example, it is required in the case of harmonised standards, where legislation mandates the publication of references in the Official Journal of European Union (OJEU). Likewise, issuing a standardisation request is compulsory for European standards that offer a presumption of conformity or other legal effects under the applicable sectoral legislation. After the Commission issues a standardisation request, the ESOs must respond within one month, indicating whether it accepts the request. If the ESOs accept it, it begins its activities and keeps the Commission informed about the progress in developing the requested documents. The primary responsibility of ESOs is to guarantee that the request is carried out correctly, and that the subsequent harmonised standards adhere to it and the corresponding legislative act. Once the ESOs have developed the harmonised standard, it undergoes a series of checks and assessments before its reference is published in the OJEU. The assessment process may involve external third parties such as harmonised standards (HAS) consultants.[24]If the assessment is positive and a standard fulfils the requirements set out in the standardisation request and the corresponding Union harmonisation legislation, the Commission publishes a reference to that standard in the OJEU. A European standard adopted on the basis of a request submitted by the Commission is defined as a "harmonised standard".

When a harmonised standard is referenced in the OJEU, it can be used to demonstrate compliance with the relevant legislation. As detailed in the "Blue Guide" on the implementation of EU product rules 2022,[25]applying a harmonised standard provides a presumption that a product or service complies with the relevant essential or other legal requirements. This applies only if the harmonised standard matches the relevant requirements according to the standardisation request and if it is referenced in the OJEU. Since ESOs can produce harmonised standards based fully or partially on international ISO or IEC standards,[26] it is crucial to note that the presumption of conformity is only applicable when using the European version published by reference in the Official Journal. This is because the European version might require technical modifications to ensure compliance with the legal requirements. Furthermore, the ISO and IEC versions do not contain information about which clauses of the standard are relevant for which essential requirement, as this information is only included in their European version. These standards play a critical role in helping manufacturers and other economic operators demonstrate compliance with the applicable legal requirements. However, manufacturers and providers are not obliged to use

24 CEN, 'HAS Assessment Process', Available at: https://boss.cen.eu/developingdeliverables/pages/en/pages/has_assessment_process/

25 The Blue Guide is a crucial guidance document for EU product rules. It applies to a wide range of products covered by Union harmonisation legislation, including CE-marked products such as radio equipment, medical devices, toys, and machinery, among others. While not legally binding, it provides significant interpretative guidance on many areas of product regulation and is heavily relied upon by market surveillance authorities. The 2022 revision addresses new regulations, challenges of new technologies, and new marketing structures, including online sales. It also reinterprets some fundamental principles of European law, such as the "right to repair" and how software updates to products are handled under EU product safety regimes. See The 'Blue Guide' on the Implementation of EU Product Rules, Commission Notice, 2022/C 247/01, OJ C 247/1.

26 Today, out of around 3 500 CEN and CENELEC Standards cited in the Official Journal, 44% are based on International Standards. See Feedback from CEN-CENELEC to Standardisation strategy, Available at: https://ec.europa.eu/info/law/better-regulation/have-your-say/initiatives/13099-Standardisation-strategy/F2665566_en.

harmonised standards and can choose alternative means to demonstrate conformity with the essential requirements.

Since harmonised standards are instrumental to the presumption of conformity, this latter concept is intimately linked with this regulatory approach.[27] Presumption of conformity is a legal principle that arises from the assertion that a product adheres to harmonised standards published in the OJEU. This principle establishes that the product meets the essential requirements of an EU legislation based on that claim. When all relevant parties across Europe concur that a specific technical solution described in a harmonised standard represents the best practice for a certain essential requirement, authorities will generally accept this determination. In this way, harmonised standards promote product conformity and streamline the conformity assessment process. "Product conformity" under Union harmonisation legislation refers to a product's compliance with applicable essential requirements, as outlined in a relevant European directive or regulation. "Conformity assessment" is a procedure carried out under the manufacturer's responsibility, involving a choice among various optional or mandatory conformity assessment procedures during the design and production phases.[28] In some cases, manufactures may autonomously carry out all checks needed to ensure the conformity of the product. In other cases, this process may require the involvement of a third-party conformity assessment body, which is independent of the manufacturer, to examine the product and/or various phases of the manufacturer's design and production process. Although adopting standards is voluntary and alternative methods exist to benefit from the presumption of conformity, such as the certification of the product by an independent third party, adhering to harmonised standards is often the most convenient option for manufacturers and providers.

The presumption of conformity provides two key advantages. Firstly, it increases legal certainty. By adhering to harmonised standards, manufacturers gain a favourable opinion from market surveillance authorities. This confirmation of proper conduct is vital to manufacturers' business operations. In the *Global Garden Products Italy SpA (GGP Italy) v European Commission* case,[29] the European Court of Justice (ECJ) criticised the Commission for depriving economic operators of the benefits associated with using harmonised standards. The ECJ also underscored that corrective actions from competent authorities must always be based on established non-compliance with essential requirements. Secondly, the presumption of conformity partially reverses the burden of proof of non-compliance in favour of manufacturers. When manufacturers adhere to the specifications in the standard(s) addressing all the essential requirements of the applicable legislation, they can assume they have met those requirements, obliging enforcement authorities to prove otherwise.

However, the presumption of conformity also has some limitations that affect manufacturers claiming this benefit. While designing a product in compliance with harmonised standards enables the presumption of conformity to serve as a crucial

27 For a detailed analysis of "presumption of conformity" see P Portalier, 'Myths and realities of the presumption of conformity. Scope and relevance of the presumption of product conformity with Union harmonisation legislation in 10 questions and answers', version 1c of 15/5/2017.

28 For a detailed analysis of the functioning of conformity assessment processes under the New Approach see H Delaney and R van de Zande, 'A Guide to EU Standards and Conformity Assessment', NIST Special Publication 951.

29 Case T-474/15, Global Garden Products Italy SpA v. Commission, 2017 E.C.R. 36.

indicator of adherence to EU legislation, it does not constitute a definitive proof. It contributes to establishing the manufacturer's good faith but remains a rebuttable presumption, as market surveillance authorities and Member States can still act if risks arise. The legal effect of the presumption of conformity is also limited in terms of granting free circulation rights within all Member States without additional administrative burdens. Nonetheless, it does not guarantee safety or compliance. Manufacturers of products not covered by Union harmonisation legislation might be required to demonstrate an equivalent level of public interest protection in the target country compared to the country of origin. Additionally, conformity with a standard does not necessarily imply conformity with the law. The presumption of conformity represents a claim made by the manufacturer, not a guarantee that the harmonised standard meets the relevant request(s) from the European Commission and covers the essential requirements it claims to cover. Standards serve as useful indicators but are not infallible.

The legal status of harmonised standards remains contentious.[30] On one hand, they are voluntary, non-binding, tools established by private organisations, while on the other hand, they are referenced in European laws and produce legal effects, such as the presumption of conformity. These ambiguities are reflected in the judgment of the European Court of Justice in the case of James Elliott v. Irish Asphalt.[31] On that occasion, the Court regarded harmonised standards as "part of EU law", but simultaneously, it recognised that these measures are not acts of the institutions, bodies, offices, or agencies of the Union. Consequently, the Court integrated harmonised standards into the legal framework of the European Union, while maintaining the European Standardisation Organizations on the outskirts of the Union's institutional structure. This ambiguity, which has not yet been resolved at the legislative or jurisprudential level, underlies many of the legitimacy issues explored in Section 3.b.

2. The role of standards in the AI Act

The AI Act leverages the regulatory approach described in the previous section. It recognises that harmonised standards should play a key role in providing technical solutions to suppliers to implement the essential requirements and demonstrate compliance with the regulation.[32]This is explicitly provided for in Article 40, according to which high-risk AI systems that comply with harmonised standards, or parts thereof, are presumed to comply with the requirements of the regulation.[33] Since harmonised

30 See C Colombo and M Eliantonio, 'Harmonized Technical Standards as Part of EU Law: Juridification with a Number of Unresolved Legitimacy Concerns?: Case C-613/14 James Elliot Construction Limited v. Irish Asphalt Limited, EU:C:2016:821', (2017) 24 Maastricht Journal of European and Comparative Law 323.

31 Case C-613/14, James Elliott Constructiong Ltd. v. Irish Asphalt Ltd., 2016 E.C.R. I-821.

32 See AI Act, Recital 61.

33 The European Parliament has proposed minor amendments to Article 40 in order to clarify that actors involved in the standardisation process shall take into account the general principles for Trustworthy AI, shall seek to promote investment and innovation in IA and the competitiveness and growth of the Union market, contribute to strengthening global cooperation on standardisation and take into account existing international standards in the field of AI that are consistent with the fundamental values, rights and interests of the Union and ensure a balanced representation of interests and effective participation of all stakeholders, in accordance with Articles 5, 6 and 7 of Regulation (EU) No 1025/2012. The Council's general approach makes similar remarks.

standards play a key role in providing technical solutions that enable providers to implement the requirements of the regulation, they serve as a preferred, though not the only, means for suppliers to demonstrate compliance with the regulation.

This has practical implications for providers of high-risk AI systems. Once the AI Act becomes applicable, they will have to comply with the essential requirements before releasing high-risk AI systems on the market. One way to do this is to follow the guidance offered by the harmonised standards that implement the essential requirements. By following these standards, providers of high-risk AI systems can benefit from a presumption of conformity with the requirements of the regulation. Although this is not the only way to comply with the requirements and benefit from the presumption of conformity, it is particularly convenient for providers for several reasons. First, it is cheaper than other alternatives, such as the certification of the product by an independent third party. Furthermore, as discussed above, the presumption of conformity resulting from the application of harmonised standards provides greater legal certainty for providers, as they benefit from a favourable opinion from the market surveillance authorities. Finally, the presumption of conformity reverses the burden of proof of non-compliance to the benefit of providers.

The AI Act's dependence on harmonised standards highlights the necessity for their development. This is crucial to ensure that the regulation's requirements can be implemented by providers. To address this need, the Commission needs to issue a standardisation request to the ESOs. As the AI Act explicitly refers to harmonised standards, the Commission is, in fact, obligated to initiate a standardisation request, as discussed in the previous section. At the time of writing this article, the Commission has only submitted a draft standardisation request.[34] This is expected to be transformed into an official request in the near future. Since the AI Act is now in trialogue stage, it will likely undergo changes compared to the original Commission proposal. Consequently, the Commission may revise the standardisation request to accommodate any changes in the final text of the AI Act.

The draft standardisation request contains the rationale and terms of the request, a ten-item list of standards and standards deliverables to be drafted, and a set of requirements for the prospected standards. CEN and CENELEC are the primary recipients of the request, with ETSI mentioned as contributor to fulfil the request. The draft identifies ten areas on which CEN and CENELEC are to produce or adopt standards. They correspond to some of the requirements and obligations put forward in Chapters II and III of the AI Act. The following table shows the list of new European Standards and/or European standardisation deliverables to be drafted and maps them to the corresponding articles of the AI Act.[35]

Standardisation area	AI Act	Standardisation area	AI Act
risk management system for AI systems	Art. 9	accuracy specifications for AI systems	Art. 15

34 Draft Standardisation Request to the European Standardisation Organisations in Support of Safe and Trustworthy Artificial Intelligence, Available at: https://ec.europa.eu/docsroom/documents/52376.
35 *Ibid.*, Annex I.

governance and quality of datasets used to build AI systems	Art. 10	robustness specifications for AI systems	Art. 15
record keeping through logging capabilities by AI systems	Art. 12	cybersecurity specifications for AI systems	Art. 15
transparency and information to the users	Art. 13	quality management system for providers of AI systems, including post-market monitoring process	Art. 17
human oversight of AI systems	Art. 14	conformity assessment for AI systems	Art. 19

In the draft standardisation request, the Commission requires ESOs to involve SMEs and civil society organisations in the standardisation process and requires that the standards produced in response to the request should be aligned with the Commission's policy objectives in the field of AI. They include, in addition to the specific objectives of the AI Act, the safety of AI products and services, the respect of fundamental rights and European Values, the digital sovereignty of the Union, the growth of the AI market, the public interest, and the rights of persons with disabilities.

Finally, the Commission encourages collaboration between ESOs and International SDOs, and the possible adoption of standards by ISO/IEC on the basis of the Vienna and the Frankfurt agreements. The Vienna Agreement and the respective implementing guidelines set out the terms of technical cooperation between ISO and CEN.[36] The Frankfurt Agreement describes the cooperation arrangements between IEC and CENELEC.[37] Under the Vienna and Frankfurt Agreements, CEN and CENELEC can adopt ISO and IEC standards as European standards through a streamlined process, known as the "parallel procedure". Thanks to the parallel procedure, CEN and CENELEC can adopt an ISO and IEC standard respectively without the need to undertake a full standardisation process. The standards jointly developed by ISO and IEC in the joint technical committee ISO/IEC JTC 1 are covered by the Frankfurt and Vienna Agreements as well. These institutional arrangements will be crucial to avoid duplication of effort, reduce time, and bring together the expertise needed to realise AI standards.

Thanks to existing agreements, ESOs can leverage the proliferation of international standards in the field of artificial intelligence. Besides developing their own homegrown standards, ESOs can also adopt international standards to support the AI Act. At the international level, standardisation in the field of artificial intelligence has been progressing for several years. ISO/IEC JTC 1 established Subcommittee 42 on Artificial Intelligence in 2017. In 2016, IEEE launched the Global Initiative on Ethics of Autonomous and Intelligent Systems, which includes the P7000 series of standards.[38] ITU has focus groups dedicate to AI since 2017. According to AI Standard Hub,[39] a UK initiative dedicated to monitoring the field of standardisation for AI technologies, these

36 ISO, 'Agreement on Technical Co-Operation between ISO and CEN (Vienna Agreement)'.

37 CENELEC, 'Guide 13. IEC-CENELEC Agreement on Common Planning of New Work and Parallel Voting (the Frankfurt Agreement)'.

38 R Chatila and J C Havens, 'The IEEE Global Initiative on Ethics of Autonomous and Intelligent Systems' in MI Aldinhas Ferreira et al. (eds), Robotics and Well-Being (Springer International Publishing 2019).

39 Standards Database (AI Standards Hub), Available at: https://aistandardshub.org/ai-standards-search/.

three standard development organisations (SDOs) alone have published or are developing nearly 150 AI-related standards. Several of these international standards, especially by ISO/IEC and IEEE, could support the AI Act.

The significance of standards within the AI Act's regulatory framework cannot be overstated. In line with the New Approach and the New Legislative Framework, where legislative acts define only essential requirements, the requirements delineated in the AI Act are frequently expressed in a high-level and generic fashion. This necessitates the use of harmonised standards, which can provide a more precise interpretation of specific requirements and their practical implementation. For example, Article 10 of the AI Act establishes criteria for high-quality training datasets. However, as highlighted in some responses to the public consultation on the AI Act conducted by the European Commission,[40] the quality of a dataset is a normative concept, challenging to assess objectively. As a result, these stakeholders advocate for the establishment of EU standards to define what qualifies as 'high-quality' dataset and which desirable attributes it should have.

Because of this interplay between standards and regulation, it is reasonable to concur with Veale and Zuiderveen Borgesius' claim that "standardization is arguably where the real rule-making in the Draft AI Act will occur".[41] However, this introduces several challenges, which will be examined in the remainder of this paper. These challenges can be categorized into three groups. First, alignment challenges (Section 3.a) concern the ability to bring the content of the standards in line with the requirements of the regulation. Second, legitimacy issues (Section 3.b) address the appropriateness of ESOs - private entities - in producing documents that become part of EU law and carry legal implications, such as the presumption of conformity. Lastly, the protection of fundamental rights (Section 3.c) revolves around the ability of harmonised standards to adequately safeguard these rights.

3. Main challenges

a. Alignment challenges

The development and adoption of harmonised standards brings forth the challenge of aligning their content with the requirements of the AI Act, in order to ensure that they effectively operationalise these requirements. The process described in previous sections, where legislative acts establish essential requirements and harmonised standards provide technical specifications for their implementation, is not as simple and straightforward as it may appear. Frequently, the standards proposed by ESOs for adoption as harmonised standards in support of European legislation do not align with the legislative acts they are intended to support. In the *Report on the Implementation*

40 Artificial Intelligence – Ethical and Legal Requirements. Feedback from: OpenAI, Available at: https://ec.europa.eu/info/law/better-regulation/have-your-say/initiatives/12527-Artificial-intelligence-ethical-and-legal-requirements/F2665231_en.

41 M Veale and F Zuiderveen Borgesius, 'Demystifying the Draft EU Artificial Intelligence Act' (2021) 22 Computer Law Review International 97.

of Regulation (EU) No 1025/2012 from 2016 to 2020,[42] the European Commission revealed that only 27.58% of the HAS assessments were deemed positive, primarily due to inconsistencies with EU law and misalignment with policy and legal requirements. This resulted in over 50% of the harmonised standards proposed by ESOs being rejected by the European Commission. Furthermore, a small number of standards face formal objections in accordance with Article 11 of Regulation 1025/2012 on European standardisation. Under this provision, a Member State or the European Parliament may lodge an objection to withdraw or prevent the publication of a harmonised standard in the OJEU if they believe that the standard does not fully satisfy the requirements it aims to address and outlined in the relevant Union harmonisation legislation.

The issue of alignment is especially critical when considering the adoption of international standards as harmonised standards in the context of the AI Act. International standards are typically designed to be as neutral as possible with respect to national and regional interests, in compliance with the principle of impartiality outlined in the WTO's Principles for the Development of International Standards. As such, international standards may not be tailored to meet the specific requirements of the AI Act. Therefore, it is essential to address potential misalignments when adopting international standards as European harmonised standards. Harmonised standards should reinforce the objectives of the AI Act by providing comprehensive processes, procedures, and technical specifications to fulfil its requirements. Failure to adequately address these concerns may lead to the rejection of the harmonised standards by the European Commission, non-publication in the OJEU, and a subsequent unavailability of the presumption of conformity for providers of high-risk AI systems. Such an outcome would significantly complicate and increase the cost of compliance for providers, ultimately undermining the AI Act's effectiveness in safeguarding the health, safety, and fundamental rights of individuals while promoting responsible innovation in field of artificial intelligence.

A review of the existing international standardisation landscape indicates that some standards may effectively cover certain AI Act requirements, while others may not. To evaluate the appropriateness of a specific standard for a particular AI Act requirement, it is essential to conduct a comprehensive comparison between the requirement and the content of the standard in question.[43] This analysis, however, is currently limited to published standards. With this in mind, our illustrative examination will focus on two examples: ISO/IEC 23894:2023 in relation to Article 9 of the AI Act on risk management, and IEEE 7001 concerning Article 13 on transparency.

i. Risk Management: Article 9 and ISO/IEC 23894:2023

Article 9 of the AI Act requires the establishment of a risk management system (RMS) for high-risk AI systems to be implemented, documented and maintained throughout their entire lifecycle. The RMS shall be a methodical process, comprising several steps.

42 Report from the Commission to the European Parliament and the Council on the Implementation of the Regulation (EU) No 1025/2012 from 2015 to 2020, COM(2022) 30.

43 This comparative analysis is conducted here according to the methodology outlined in J Soler Garrido et al., 'AI Watch: Artificial Intelligence Standardisation Landscape Update', JRC Publications Repository, Jan. 09, 2023.

It starts with identifying and analysing known and foreseeable risks associated with high-risk AI systems, followed by estimating and evaluating risks emerging from the intended use and any reasonably foreseeable misuse. The RMS shall also evaluate other possible risks based on data gathered from post-market monitoring. Upon completion of this analysis, suitable risk management measures shall be adopted.[44]

The goal of the RMS is to ensure that the overall residual risk is acceptable. These residual risks shall be communicated to the user. When implementing risk management measures, the focus should be on eliminating or reducing risks through appropriate design and development choices, implementation of mitigation and control measures for risks that cannot be eliminated, and provision of adequate information and training to users. Article 9 also provides that high-risk AI systems shall be tested to identify suitable risk management measures and ensure they perform consistently. The testing procedures shall be appropriate for the intended purpose of the high-risk AI system and performed at suitable points during the development process, before placing on the market.

Presently, the only published standard concerning AI risk management is ISO/IEC 23894.[45] An examination of this standard reveals that although it integrates certain aspects of Article 9 and the corresponding area of the draft standardisation request, it fails to incorporate others. On the one hand, the standard aligns with Article 9 by establishing that risk management is executed iteratively throughout the entire life cycle, documented comprehensively, and aimed at reducing risk to acceptable levels. On the other hand, it does not mandate communication of residual risks to users or consideration of risks associated with foreseeable misuses. Additionally, it lacks specific testing procedures for identifying risk management measures and does not provide metrics or probabilistic thresholds for conducting testing. Nevertheless, guidance on this matter may be found in standards for testing of AI system like ISO/IEC TR 29119-11.[46]

Another element that misaligns ISO/IEC 23894 from Article 9 is the different conception of risk that underlies the standard compared to the AI Act. The standard focuses on organisational risks, which are uncertainties that could impact an organisation's objectives, while the regulation considers risk as the combination of likelihood and magnitude of harm to individuals' health, safety, and fundamental rights. This factor limits the adequacy of ISO/IEC 23894 in operationalising the AI Act's RMS requirements.

Finally, a key limitation of the ISO/IEC 23894 is that it provides recommendations rather than requirements. In the standardisation field, the distinction between requirements, typically introduced by "shall", and recommendations, introduced by "should", is crucial because only standards containing requirements can be used for conformity assessment. Standards supporting the AI Act must be suitable for conformity assessment in order to verify that an AI system comply with the regulation's requirements. However, since it is not possible to demonstrate compliance with ISO/IEC

44 In addition to the risks for health, safety and fundamental rights, the European Parliament's amendments propose that risks for democracy and rule of law or the environment should also be taken into account when performing risk management under Article 9. See Amendments adopted by the European Parliament, Amendment 263, Article 9.
45 ISO/IEC 23894 - Information technology - Artificial intelligence - Guidance on risk management.
46 ISO/IEC AWI TS 29119-11 - Software and Systems Engineering - Software Testing - Part 11: Testing of AI Systems.

23894, this standard is not an appropriate solution for operationalising the requirements of the AI Act on risk management.

ii. Transparency: Article 13 and IEEE 7001

Requirements on transparency and provisions of information to users are provided in Article 13 of the AI Act. It requires that high-risk AI systems be designed and developed to ensure a sufficient level of transparency that allows users to interpret the system's output and use it properly. High-risk AI systems shall also be accompanied by instructions providing concise, complete, correct, and clear information that is relevant, accessible, and easy for users to comprehend.

The information provided shall include several elements concerning the characteristics, capabilities, and performance limitations of the high-risk AI system, including its intended purpose, the level of accuracy, robustness, and cybersecurity tested and validated for the system, and any known or foreseeable circumstances that may impact these levels. The information shall also specify any known or foreseeable circumstances that could pose risks to health, safety, or fundamental rights. Moreover, the system's performance concerning the persons or groups it is intended to be used on shall be described. Additionally, Article 13 establishes that human oversight measures, including the technical measures implemented to facilitate users' interpretation of AI system outputs, be detailed. Lastly, the high-risk AI system's expected lifetime should be disclosed, along with necessary maintenance and care measures to ensure proper functioning, including software updates.

IEEE 7001 is pertinent to Article 13 of the AI Act and the corresponding area of the draft standardisation request. The standard defines six levels of transparency, ranging from level 0 (no transparency) to level 5 (highest attainable level), and specifies these levels for three stakeholder groups: users of autonomous systems, the general public and bystanders, and expert stakeholders. For each group, criteria are given to assess the transparency level of an AI system from 0 to 5. The standard can serve two purposes: evaluating the transparency of an existing AI system through a System Transparency Assessment (TSA) or guiding the design of a new system by addressing the transparency needs of each stakeholder group. However, IEEE 7001 does not provide specific guidance on incorporating transparency into AI systems.

IEEE 7001 aligns with Article 13 in multiple ways. Firstly, it considers transparency as the disclosure of information concerning the system's purpose, context of use, capabilities, and limitations. Secondly, the standard assumes that the goal of transparency is to enable users understand the AI system. Thirdly, it acknowledges the necessity to differentiate the type of information provided according to users. This is in line with the requirements of Article 13. In addition, IEEE 7001 explicitly mandates information disclosure on AI system performance, particularly for the expert stakeholder category at transparency level 3. As required by Article 13, IEEE 7001 also requires the release of information about data and maintenance instructions at transparency level 1 for the users stakeholder category. Accordingly, IEEE 7001 may be suitable for assessing whether an AI system is compliant with the requirements of Article 13 of the AI Act. To achieve this, it is essential to determine the appropriate level of

transparency required for each stakeholder category in accordance with the AI Act's requirements. The highest transparency levels in IEEE 7001, such as levels 4 and 5, establish requirements that go far beyond those of the AI Act, for example on explainability. In some cases, level 1 is sufficient for compliance with some of AI Act's requirements, while in other instances, it is necessary to reach level 3, depending on the stakeholder category.

iii. Factors contributing to alignment challenges

These two examples enable us to pinpoint key challenges in ensuring that future harmonised standards align with the requirements of the AI Act.

First, the current alignment, or lack thereof, between international standards and the AI Act's requirements is coincidental. Both ISO 23894 and IEEE 7001 were being developed prior to the European Commission's release of the AI Act's initial draft. As a result, the alignment of IEEE 7001, for example, is unintentional. Nevertheless, IEEE 7001 demonstrates that international standards can be adopted as harmonised standards when their requirements are more stringent than those of the AI Act. In such instances, it is possible to identify which clauses of the standard are to be followed to meet the requirements.

Rather than adopting international standards, better alignment can be achieved through the development of new standards by ESOs, which can explicitly consider and operationalise the AI Act's requirements within the standards. Moreover, this approach promotes greater alignment with European specificities, such as EU policy objectives and European values and fundamental rights. However, this seemingly straightforward solution encounters significant practical obstacles, such as time constraints, lack of expertise, and market resistance to regional standards in favour of global ones.

Another challenge lies in linking the AI Act's requirements to appropriate standards or their respective sections. The complexity of this task arises from the low probability that a single standard will match exactly with one of the AI Act's requirements. Often, an article in the AI Act contains provisions that are operationalised across multiple standards. For example, Article 9, which focuses on risk management, also covers testing requirements that are separately dealt with in the standardisation process. On the other hand, a single standard may be relevant to several AI Act requirements, as illustrated by IEEE 7001's connection to parts of Articles 12, 13, and 14 of the AI Act.

When determining the compliance of ESOs' documents with the standardisation request and the AI Act's requirements, fundamental rights and European values will be of utmost importance. In areas where technical and value concerns intersect, such as risk management, data quality and governance, and human oversight, ensuring the adequacy of standards can be challenging. For example, Article 10 requires datasets to be complete and error-free.[47] This requirement, however, seems difficult if not

47 Both the Council and the European Parliament suggest modifications to this article, with the goal of enhancing the practicality of the implementation of these requirements. Their proposal is to add provisions stating that datasets should be free of errors and be as complete as is achievable. The Council suggests this should be done "to the best extent possible", whereas Amendment 278, Article 10, proposed by the European Parliament, prescribes that it should be done "as far as this is technically feasible".

impossible to implement.[48] In addition, Article 10 mandates an examination of training datasets for high-risk AI systems for potential bias. However, it is uncertain whether the technical specifications of the standards can provide a clear determination of what bias are and how to identify them, and especially whether they are entitled to do so.[49] This problem highlights broader issues: the capacity of standards to sufficiently protect fundamental rights and European values and their legitimacy in doing so. These topics are further explored in the subsequent sections.

b. Legitimacy issues

The delegation of powers implied by the European standardisation system has raised a debate on the legitimacy of this regulatory approach.[50] Following the distinction proposed by Schmidt,[51] three types of issues can be identified: input, output, and throughput legitimacy issues.

i. Input legitimacy issues

Input legitimacy concerns the representativeness of the decision-making process to ensure responsiveness to people's preferences. It emphasises political participation, representation, and the responsiveness of government to the needs and desires of the citizens. In the context of standard-making, input legitimacy concerns the involvement of all affected stakeholders in the development of standards that directly impact them. This element ensures that their perspectives and interests are taken into consideration. This form of legitimacy necessitates the inclusion and protection of all citizens' interests in the establishment of private standards, as well as in the development of rules and procedures that ensure equal representation and balance competing interests.

Consequently, the input legitimacy of the European standardisation primarily concerns the inclusiveness of the standardisation process within the ESOs. This process is often dominated by industry large players. The European Commission acknowledges this when it states that the industry is “the key stakeholder in standardisation, the engine of all standardisation and the main influencer of European standardisation”.[52] As a result, large industry actors typically wield significantly more influence than other market participants. Small and medium-sized enterprises (SMEs) are often effectively excluded from participating due to financial and time constraints.[53] The standardisation process is generally organised into Technical Committees (TCs) comprised of Working

48 For a more detailed analysis on this topic see F F Liza, ‘Challenges of Enforcing Regulations in Artificial Intelligence Act - Analyzing Quantity Requirement in Data and Data Governance’, CEUR Workshop Proceedings, 2022.

49 See N Maccabiani, ‘The European path towards Data Quality and its standardisation in AI: a legal perspective’ (2022) 4 BioLaw Journal - Rivista di BioDiritto.

50 For an extended analysis of this debate see M Eliantonio and C Cauffman, ‘The Legitimacy of Standardisation as a Regulatory Technique: A Cross-Disciplinary and Multi-Level Analysis’ (Edward Elgar Publishing 2020).

51 See V A Schmidt, ‘Europe’s Crisis of Legitimacy: Governing by Rules and Ruling by Numbers in the Eurozone’ (Oxford University Press 2020).

52 Vademecum on European Standardisation in Support of Union Legislation and Policies. PART I - Role of the Commission’s Standardisation Requests to the European Standardisation Organisations, Commission Staff Working Document, SWD(2015) 205.

53 European Commission, Directorate-General for Enterprise and Industry, ‘Using standards to support growth, competitiveness and innovation’, Publications Office, 2014.

Groups (WGs). Each WG consists of a group of experts, and the time and financial costs of participation are substantial enough that only market players with adequate resources can actively engage in the process. This presents a barrier to the effective and efficient participation of other stakeholders, such as SMEs, which frequently lack the necessary funds and skilled personnel to influence the standardisation process. The situation is even more challenging for social stakeholders like civil society organisations.[54]

The underrepresentation of SMEs and civil society organisations results in their interests not being adequately represented in the standardisation process, and subsequently in the resulting standards, to the benefit of large industry players. The RSE includes explicit measures to encourage the participation of SMEs and civil society organisations, such as Annex III organisations representing consumers (ANEC), the environment (ECOS), trade unions (ETUC), and smaller companies (SBS). This demonstrates that the participation and representation of these stakeholders are recognised as issues and sources of concern within the European standardisation system. The *Report on the Implementation of Regulation (EU) No 1025/2012 from 2016 to 2020* also reveals shortcomings in terms of participation in the standardisation process, particularly within one of the ESOs, ETSI.

The input legitimacy issues raised by the lack of inclusiveness in the European standardisation system are further exacerbated when international standards not developed by the ESOs are adopted at the European level. As a matter of fact, these international standards are not required to comply with the procedural prerequisites outlined in the RES. When an international standard is adopted as a European standard, there is no guarantee that all stakeholders' interests have been considered in the process. However, when these standards are adopted as harmonised standards to implement European legislative acts, they produce legal effects, such as the presumption of conformity, which have public relevance and impact on all stakeholders.

Similar issues of input legitimacy are present in the standardisation of artificial intelligence. During the public consultations on the AI Act conducted by the European Commission, numerous SMEs and civil society stakeholders expressed concerns about their ability to participate in and influence the standardisation process. For instance, the Confederation of Laboratories for AI Research in Europe (CLAIRE) voiced concerns about the underrepresentation of SMEs, startups, and entrepreneurs in standardisation organisations due to insufficient resources (in terms of money, time, network, or expertise).[55] Consequently, standards are often primarily developed by large companies with limited understanding of the small business sector's needs and challenges. As a result, a standards-based conformity assessment scheme may further disadvantage SMEs and startups.

54 For an analysis on the topic of participation in European standardisation see M Kallestrup, 'Stakeholder Participation in European Standardization: A Mapping and an Assessment of Three Categories of Regulation' (2017) 4 Legal Issues of Economic Integration 44.

55 Artificial Intelligence – Ethical and Legal Requirements. Feedback from: Confederation of Laboratories for AI Research in Europe (CLAIRE), Available at: https://ec.europa.eu/info/law/better-regulation/have-your-say/initiatives/12527-Artificial-intelligence-ethical-and-legal-requirements/F2665643_en.

The Centre for Democracy & Technology shares this concern, suggesting that the draft AI Act disproportionately empowers private actors.[56] The self-assessment and standardisation approach could risk exempting public authorities from policymaking by transferring responsibilities to private SDOs. Similarly, Digital SME argues that SMEs are excluded from standards development due to their underrepresentation in standardisation organisations, often resulting in impractical and inapplicable standards for SMEs.[57] According to Digital SME, it is crucial to develop standards with the active participation of SMEs and avoid a one-size-fits-all approach frequently adopted by research organisations and large companies.

Small Business Standards, one of the Annex III organisations, echoes these sentiments, stating that SMEs are excluded from developing standards due to their underrepresentation in standards bodies, resulting in impractical and inapplicable standards.[58] Academics, such as those from the Legal, Ethical & Accountable Digital Society (LEADS) Lab at the University of Birmingham, have also expressed doubts about the legitimacy of the standardisation process, arguing for a democratic deficit in standard-setting and conformity assessment.[59] Unsurprisingly, major players like Huawei[60] and Facebook[61], as well as standards development organisations such as ETSI[62] and DIN,[63] welcome the AI Act's reliance on standards and the standards-based conformity assessment approach.

Concerns about the input legitimacy of the standardisation process are further substantiated by a recent report from the Ada Lovelace Institute on "Inclusive AI Governance"[64]. In the report, ANEC representatives express concerns that consumer perspectives are often absent and disregarded during standardisation processes. The report highlights that societal stakeholders face significant obstacles in effectively participating in CEN/CENELEC JTC 21, the technical committee responsible for AI

56 Artificial Intelligence – Ethical and Legal Requirements. Feedback from: Centre for Democracy & Technology, Europe, Available at: https://ec.europa.eu/info/law/better-regulation/have-your-say/initiatives/12527-Artificial-intelligence-ethical-and-legal-requirements/F2665242_en.

57 Artificial Intelligence – Ethical and Legal Requirements. Feedback from: European DIGITAL SME Alliance, Available at: https://ec.europa.eu/info/law/better-regulation/have-your-say/initiatives/12527-Artificial-intelligence-ethical-and-legal-requirements/F2665574_en.

58 Artificial Intelligence – Ethical and Legal Requirements. Feedback from: Small Business Standards (SBS), Available at: https://ec.europa.eu/info/law/better-regulation/have-your-say/initiatives/12527-Artificial-intelligence-ethical-and-legal-requirements/F2665497_en.

59 Artificial Intelligence – Ethical and Legal Requirements. Feedback from: Legal, Ethical & Accountable Digital Society (LEADS) Lab, University of Birmingham, Available at: https://ec.europa.eu/info/law/better-regulation/have-your-say/initiatives/12527-Artificial-intelligence-ethical-and-legal-requirements/F2665480_en.

60 Artificial Intelligence – Ethical and Legal Requirements. Feedback from: Huawei Technologies, Available at: https://ec.europa.eu/info/law/better-regulation/have-your-say/initiatives/12527-Artificial-intelligence-ethical-and-legal-requirements/F2665442_en.

61 Artificial Intelligence – Ethical and Legal Requirements. Feedback from: Facebook Ireland Limited, Available at: https://ec.europa.eu/info/law/better-regulation/have-your-say/initiatives/12527-Artificial-intelligence-ethical-and-legal-requirements/F2665607_en.

62 Artificial Intelligence – Ethical and Legal Requirements. Feedback from: ETSI, Available at: https://ec.europa.eu/info/law/better-regulation/have-your-say/initiatives/12527-Artificial-intelligence-ethical-and-legal-requirements/F2665289_en.

63 Artificial Intelligence – Ethical and Legal Requirements. Feedback from: DIN Deutsches Institut Für Normung e.V., Available at: https://ec.europa.eu/info/law/better-regulation/have-your-say/initiatives/12527-Artificial-intelligence-ethical-and-legal-requirements/F2635987_en.

64 C Galvagna, 'Discussion Paper: Inclusive AI Governance', Available at: https://www.adalovelaceinstitute.org/report/inclusive-ai-governance/.

standardisation. These challenges include factors such as the required time commitment, the opacity and complexity of the standardisation process, industry dominance in decision-making, and a general lack of awareness of the relevance of European standards for AI.

ii. Throughput legitimacy issues

In Schmidt's definition, throughput legitimacy concerns the quality of policymaking processes. It encompasses the internal processes and practices of governance, the accountability of decision-makers, the transparency of information, and the openness to consultation with interest groups of civil society. Throughput legitimacy requires that rule-makers demonstrate trustworthiness, integrity, fairness, impartiality, and credibility, along with competence and respect for citizens' prerogatives.[65]

As private entities, ESOs are not subject to the same transparency requirements as public authorities, nor are they held to the same level of oversight and accountability as government bodies. While this is not inherently problematic, it raises concerns about throughput legitimacy, especially considering that these standards are part of EU law and produce legal effects. Therefore, it is essential to assess whether appropriate mechanisms are in place to ensure that ESOs' internal procedures satisfy the established criteria for throughput legitimacy. In this discussion, we will focus solely on oversight, accountability, and transparency, since the openness and inclusiveness of the standardisation process have already been addressed in terms of input legitimacy.

Appropriate oversight by public authorities, such as the European Commission, over the standardisation process could enhance throughput legitimacy of European standardisation, given that the ESOs are private organisation. As per RSE, "the Commission, in collaboration with the European standardisation organization, is responsible for evaluating the conformity of documents created by the European standardisation organisation with the initial request". As specified in the Vademecum on European Standardisation, the assessment of a document's compliance with the standardisation request and any related legal requirements should focus on two main issues: identifying and assessing the extent to which the document covers and addresses the requirements specified in the standardisation request, and evaluating whether the document thoroughly addresses the corresponding requirements of the legal act. This assessment should mainly occur during the drafting phase to ensure the draft standards align with the requirements established in the corresponding standardisation request. Based on this evaluation, the Commission has the final say on whether to include the references of harmonised standards, or portions of them, in the OJEU.

Before the Court of Justice ruling on the Elliot case, the European Commission, due to a lack of resources and expertise, often accepted the standards produced by the ESOs without additional scrutiny.[66] However, starting from 2018, the European Commission

65 For a reflection on good governance principles for standardisation bodies see P Verbruggen, 'Good Governance of Private Standardization and the Role of Tort Law' (2019) 27(2) European Review of Private Law.
66 M Eliantonio, 'Alternative Forms of Regulation: Are They Really "Better" Regulation?: A Case Study of the European Standardization Process' (2017) 19 European Journal of Law Reform 141.

introduced the Harmonised Standards (HAS) consultants system.[67] HAS consultants are a group of experts provided by a Contractor, currently Ernst & Young, with the purpose of implementing the assessment mechanisms stipulated by the RSE. The depth of this assessment, though, remains contested.[68] A strict control by the Commission over the standards produced by the ESOs would contradict the core philosophy of the New Approach and New Legislative Framework, which promotes public-private partnerships and co-regulation as a means to develop better policies. Consequently, the assessment remains at a formal level and appears to be inadequate for ensuring a proper *ex-ante* control over the standards that could strengthen the throughput legitimacy of the standardisation process.

Due to the limitations of ex-ante assessment, some scholars have called for increased ex-post control through judicial review.[69] However, despite calls for a more incisive role of the Court of Justice in technical standardisation,[70] harmonised standards are not subject to legality review under Article 263 TFEU. This is because the legality review applies to "legislative acts, of acts of the Council, of the Commission and of the European Central Bank, other than recommendations and opinions, and of acts of the European Parliament and of the European Council intended to produce legal effects vis-à-vis third parties", as well as "acts of bodies, offices or agencies of the Union intended to produce legal effects vis-à-vis third parties". However, even if one were to accept the categorisation of harmonised standards as implementing acts, albeit atypical,[71] they would still not be subject to legality review under Article 263 TFEU, because harmonised standards do not autonomously produce legal effects, as they do only after being referenced in the OJEU. Other alternatives for judicial review, such as the preliminary reference procedure and the plea of illegality, involve complications that prevent them from offering a satisfactory alternative to legality review under Article 263 TFEU.[72] These issues highlight that ESOs lack accountability[73] and consequently weaken the throughput legitimacy of the standardisation process within ESOs.

---

67 Technical Assistance to the Commission for the Assessment of Harmonised Standard, Available at: https://etendering.ted.europa.eu/document/document-old-versions.html?docId=110066.

68 K Dingemann and M Kottmann, 'Legal Opinion On the European System of Harmonised Standards Commissioned by the German Federal Ministry for Economic Affairs and Energy ("BMWi")', Available at: https://www.bmwk.de/Redaktion/EN/Downloads/L/legal-opinion-on-the-european-system-of-harmonised-standards.pdf?__blob=publicationFile&v=3.

69 M Eliantonio, 'Judicial Control of the EU Harmonized Standards: Entering a Black Hole?' (2017) 44 Legal Issues of Economic Integration. On the same topic see R Van gestel and HW Micklitz, 'European integration through standardization: How judicial review is breaking down the club house of private standardization bodies' (2013) Common Market Law Review 50. For an analysis of how judicial review can legitimise the delegation of power to standard bodies see M Medzmariashvili, 'Delegation of Rulemaking Power to European Standards Organizations: Reconsidered' (2017) Legal Issues of Economic Integration 44(4).

70 P Cuccuru, 'European Judiciary and Harmonised Standards: Which Intersection?', Available at: https://www.stals.santannapisa.it/sites/default/files/Cuccuru.pdf.

71 C Tovo, 'Judicial Review of Harmonized Standards: Changing the Paradigms of Legality and Legitimacy of Private Rulemaking under EU Law' (2018) 55 Common Market Law Review.

72 L Jung, 'Juridification of Harmonised Technical Standards Regarding the Aspect of Judicial Review' (2019), Available at: https://www.researchgate.net/publication/349947978_Juridification_of_harmonised_technical_standards_regarding_the_aspect_of_judicial_review.

73 A Volpato, 'Controlling the Invisible: Accountability Issues in the Exercise of Implementing Powers by EU Agencies and in Harmonised Standardisation' (2019) 1 (september) 1 Review of European Administrative Law (REALaw).

A final issue that raises concerns of throughput legitimacy involves the lack of transparency in the standardisation process. As a matter of fact, the standardisation process within the ESOs is almost entirely opaque to the public. Despite the measures provided by the RES, it is challenging to argue that the European standardisation process is transparent. No information is publicly available on the technical committees, the participants in the standardisation process, or the decisions made.[74] Questions about transparency have also been raised concerning the fact that harmonised standards are protected by copyright[75] and are therefore only accessible upon payment of a fee.[76]

These concerns apply to the standardisation of artificial intelligence as well. In the absence of oversight, accountability, and transparency, delegating powers to ESOs could result in the "regulatory capture" phenomenon.[77] Regulatory capture is the process by which interest groups, including industries, influence government regulations to benefit their own interests. Both public rule-making and standardisation are susceptible to this issue, but the latter is more at risk due to the openness of the standardisation procedures. For example, ETSI, one of the ESOs, was excluded from the European Commission's draft standardisation request on the AI Act on the grounds of being overly influenced by the private sector.[78] This situation could lead to standards that reflect private rather than public interests in the implementation of the AI Act.[79]

iii. Output legitimacy issues

In Schmidt definition, output legitimacy describes the acceptance of coercive powers of government as long as their exercise serves the common good and is constrained by community norms. It focuses on the effectiveness of policies in solving problems and producing good results that serve not just individual interests but those of the public in general. Consequently, in the context of standardisation, the output legitimacy of standards and the standardisation process is to be assessed on the basis of their ability to meet political and economic objectives and to achieve positive results for the public.

The output legitimacy of standards is not questioned usually. Standards promote economic growth through the dissemination of technical knowledge and open access to this information, thus acting as a catalyst for innovation. Furthermore, the increase in productivity associated with the use of standards reinforces their positive impact on

74 M Eliantonio, 'Private Actors, Public Authorities and the Relevance of Public Law in the Process of European Standardization' (2018) 24 European Public Law 473.

75 For an analysis of intellectual property-related issues in European standardisation see M Granieri, 'Attività di standardizzazione, diritti di proprietà intellettuale e antitrust', (2004) Riv. dir. ind., fasc.4-5.

76 A Volpato, '"Part of EU Law" but only partially: The issue of accessibility of harmonised standards', *REALaw.blog*, Available at https://wp.me/pcQ0x2-7F.

77 M Ebers, 'Standardizing AI - The Case of the European Commission's Proposal for an Artificial Intelligence Act', in L A DiMatteom C Poncibò and M Cannarsa (eds), ' The Cambridge Handbook of Artificial Intelligence: Global Perspectives on Law and Ethics' (Cambridge University Press 2022).

78 L Bertuzzi, 'Commission leaves European standardisation body out of AI standard-setting', December 2022., Available at: https://www.euractiv.com/section/artificial-intelligence/ news/commission-leaves-european-standardisation-body-out-of-ai-standard-setting/.

79 For an analysis of how standards are a crucial element in the establishment of global private governance see H Schepel 'The Constitution of Private Governance; Product Standards in the Regulation of Integrating Markets' (Oxford Hart Publishing 2005).

economic growth.[80] Additionally, common global standards can promote trade and lower trade barriers by creating internationally recognised product quality characteristics.[81] In the European context, standards are trade-enhancing because of their cost-decreasing effect and the reduction of information asymmetries between the supply and demand sides, especially in the case of cross-border transactions. According to the European Commission,[82] the impact of standards on annual GDP growth could range from 0.3 to 1 percentage point.

However, standardisation can also have disadvantages. Among these, lock-in effects have the most significant consequences. Once a standard for a product or service is set, the marketplace dynamics that result in one standardised version of the technology becoming the dominant solution do not guarantee that this version is the optimal one. When manufactures and providers conform to the standard, they invest substantial resources in learning to absorb and use the standardised technology as well as complementary technologies and infrastructures. These sunk costs create a reluctance to switch to a new standard and related cluster of technologies. Considerable resources are then allocated to a possibly inferior technology, which can extend over long periods of time.

Assessing whether the benefits of standards outweigh their negative effects is beyond the scope of this paper. However, it should be noted that the pros and cons of standardisation need to be considered in relation to the maturity of the technology being standardised. The field of AI is rapidly evolving, and it is difficult to determine the Technology Readiness Levels (TRL) of AI technologies. A study on the subject shows that the TRL for AI technologies decreases as the generality level of the AI technologies increases.[83] Therefore, low-generality technologies focusing on narrow or specific abilities achieve higher TRLs, while AI technologies with more general capabilities still have low TRLs. A low TRL is also correlated with a low standardisation readiness level, as discussed by the IEC in the context of the standardisation of quantum information technologies.[84] As a result, initiating and promoting standards activities before the technology has matured can lead to standards that lock in inferior and immature technologies.

While this raises a question about the appropriateness of standardising artificial intelligence at this time, the AI Act's choice to adopt the conformity assessment mechanism underlying the New Approach and the New Legislative Framework acts as a form of regulatory pressure for the realisation and adoption of these standards. Since conformity assessment for high-risk AI systems is based on standards, this will push

80 G Swann, 'The Economics of Standardization: An Update' (2010), Available at: https://www.semanticscholar.org/paper/The-Economics-of-Standardization%3A-An-Update-Swann/f4713176e30f5b241f7c2506f4e3b2d2dd52ac32.

81 P Swann, P Temple and M Shurmer, 'Standards and Trade Performance: The UK Experience' (1996) 106 The Economic Journal 1297.

82 Communication from the Commission to the European Parliament, the Council and the European economic and social committee, A strategic vision for European standards: Moving forward to enhance and accelerate the sustainable growth of the European economy by 2020.

83 F Martinez Plumed, E Gomez Gutierrez and J. Hernández-Orallo, 'AI Watch: Assessing Technology Readiness Levels for Artificial Intelligence', EUR 30401 EN, Publications Office of the European Union, Luxembourg, 2020.

84 Quantum Information Technology | IEC, Available at: https://www.iec.ch/basecamp/quantum-information-technology.

providers to adopt them and designate their AI products and services according to these standards. Whether this will have positive or negative effects on technology development cannot be determined a priori. These considerations, however, seem sufficient to question the success story of standards' benefits when applied to emerging technologies like artificial intelligence, making further investigation of the impact that standards will have on technology development needed.

Finally, the output legitimacy of standards and standardisation should also be evaluated based on their ability to meet policy goals. In the case of AI standards, this means assessing their ability to protect health, safety, and, most importantly, the fundamental rights of individuals, as these are the overall objectives of AI. Given the importance of this issue, it will be addressed separately in the next section.

c. Fundamental rights protection

The potential adverse effects of artificial intelligence on fundamental rights have garnered the attention of academics, policymakers, and non-governmental organizations.[85] To address these concerns, the AI Act incorporates the protection of fundamental rights into two of its four specific objectives. The AI Act strives to, firstly, "ensure that AI systems placed on the Union market and used are safe and respect existing laws on fundamental rights and Union values", and secondly, to "enhance governance and effective enforcement of existing laws on fundamental rights and safety requirements applicable to AI systems". The potential impact of an AI system on fundamental rights serves as one of the critical factors in determining its classification as a high-risk system.[86] Moreover, certain requirements, such as those concerning human oversight, explicitly mention the protection of fundamental rights as a primary rationale.

While fundamental rights form the backbone of the AI Act, the regulation's ability to ensure their effective protection has been called into question.[87] Once again, the role of harmonised standards in implementing the AI Act's requirements has raised concerns in this context. Although the draft standardisation request mandates that ESOs adequately consider the protection of fundamental rights in their standards, this is a topic hitherto unknown to technical standardisation bodies. According to EDRI, fundamental rights are evidently beyond the expertise and authority of ESOs and should not be subjected to technical standardisation.[88] This position has been echoed by various stakeholders. According to BEUC, "harmonised standards must not be used to define or apply fundamental rights, legal or ethical principles. Their use should be limited to implement technical aspects. In this regard, a standard should, for example,

85 A common example in this context is discrimination produced by AI algorithms, see for example H Steege, 'Algorithm-based discrimination by using artificial intelligence. Comparative legal considerations and relevant areas of application' (2021) EJPLT 1.

86 See AI Act, Recital 28 and Article 7.

87 M Almada and N Petit, 'The EU AI Act: Between Product Safety and Fundamental Rights' (20 December 2022), Available at: https://papers.ssrn.com/abstract=4308072.

88 EDRI, 'The Role of Standards and Standardisation Processes in the EU's Artificial Intelligence (AI) Act', Available at: https://edri.org/wp-content/uploads/2022/05/The-role-of-standards-and-standardisation-processes-in-the-EUs-Artificial-Intelligence-AI-Act.pdf.

not be used to determine what types of biases are prohibited under Art. 10 (2) f".[89] According to Access Now, the significant role of ESOs and standards "risks undermining the fundamental rights protections' allowing a significant way for AI providers to lobby for weaker obligations that the Proposal itself mandates".[90] Similarly, the Center for AI and Digital Policy "is concerned that business interests will dominate these standard-setting organizations, and that the protection of fundamental rights and the voices and concerns of civil society and affected communities will not be effectively represented"[91]. In addition to NGOs and civil society organisations, academic scholars have also expressed concerns in this regard.[92]

These critical positions underscore three primary issues concerning the safeguarding of fundamental rights through harmonised standards. First, they emphasise the notable absence of expertise in fundamental rights within the ESOs. This deficiency can be attributed to the limited stakeholder involvement within these organisations, which predominantly consist of industry representatives. Second, the concerns raised by civil society organisations bring attention to the legitimacy deficit of private entities like ESOs when it comes to formulating rules that protect fundamental rights. In essence, these organisations may not be best suited for such responsibilities due to their inherently private nature and potential conflicts of interest. Lastly, the protection of fundamental rights cannot be a one-time, set-and-forget process, dependent solely on compliance with technical norms established within a standard. If so, the AI Act could be jeopardized by an overdependence on the efficacy of standards-based conformity assessments. We delve deeper into this issue in the subsequent section.

4. Discussion

The AI Act deserves credit for placing the need to regulate a technology with transformative potential, as well as significant risks to individual health, safety, and fundamental rights, at the forefront of public debate. The initiative's intentions have been largely well-received, with only a small minority arguing that regulating AI is unnecessary or even detrimental. This discuss begins by examining the objections raised by this minority and the arguments surrounding this contentious issue.

Some authors argue that the regulation of AI, driven by the precautionary principle, may stifle innovation in the field.[93] They contend that regulations slow down AI development and increase costs due to compliance, leading to higher prices for consumers, hampering adoption, and ultimately undermining potential benefits to

89 BEUC, 'Regulating AI to protect the consumer. Position Paper on the AI Act', Available at: https://www.beuc.eu/sites/default/files/publications/beuc-x-2021-088_regulating_ai_to_protect_the_consumer.pdf.

90 Artificial Intelligence – Ethical and Legal Requirements. Feedback from: Access Now Europe, Available at: https://ec.europa.eu/info/law/better-regulation/have-your-say/initiatives/12527-Artificial-intelligence-ethical-and-legal-requirements/F2665462_en.

91 CAIDP, 'Statement on Proposed EU AI Regulation', Available at: https://www.caidp.org/resources/eu-ai-act/.

92 I Barkane, 'Questioning the EU Proposal for an Artificial Intelligence Act: The Need for Prohibitions and a Stricter Approach to Biometric Surveillance1' (2022) 27 Information Polity 147.

93 D Castro and M McLaughlin. 'Ten Ways the Precautionary Principle Undermines Progress in Artificial Intelligence', Available at: https://itif.org/publications/2019/02/04/ten-ways-precautionaryprinciple-undermines-progress-artificial-intelligence/.

society and the economy. However, such arguments often stem from a distorted laissez-faire program,[94] which perceives any regulatory interference in the market as inherently negative. Once this bias is set aside, it becomes clear that regulation is not only unlikely to produce such detrimental effects but could actually help minimise them by fostering a positive impact on innovation.[95] Indeed, these authors often assume that, in the absence of regulatory constraints, the resulting technology would be safe and devoid of negative consequences for consumers. This assumption, however, is flawed. Consider the development of automobiles as an example. Since their inception, cars have been accompanied by social concerns and calls for regulation.[96] It is reasonable to assume that without safety regulations such as speed limits, seat belts, and driving licenses, cars would have become so dangerous that public sentiment would eventually turn against their presence on the roads. This demonstrates how appropriate regulation can positively influence innovation, promoting its adoption and social acceptance.

While the regulation of AI is both welcome and necessary, the AI Act's reliance on the New Approach and the New Legislative Framework, commonly adopted in safety legislation, raises several concerns, as discussed in Sections 3.a, 3.b, and 3.c. Basing conformity assessment on harmonised standards may weaken the regulatory framework and undermine the positive intentions behind it.

First, the AI Act appears to reverse the relationship between standards and technical regulation. According to the WTO TBT agreement, "where technical regulations are required and relevant international standards exist or their completion is imminent, Members shall use them, or the relevant parts of them, as a basis for their technical regulations".[97] However, the AI Act is not based on technical standards, but rather requires the standards to be based on the regulation's requirements. In other words, the AI Act sets regulatory requirements and then mandates standards to provide technical specifications for implementing these requirements. This could likely lead to misalignments between the regulation's requirements and the standards meant to implement them, as discussed in section 3.a. This is because the AI Act, while adopting the appearance of a technical regulation, addresses issues that extend far beyond this domain. For example, determining acceptable risk levels for fundamental rights posed by AI systems, the amount and type of bias permissible to avoid discrimination, and how to implement oversight are questions with a strong political and social dimension, not exclusively a technical one.

The type of questions that standardisation is now tasked with answering raises doubts about whether ESOs are legitimate providers of solutions to these issues. The discussion in section 3.b indicates that the short answer is "no", as legitimacy problems beset standardisation in support of the AI Act. Efforts to promote the participation of various stakeholders may mitigate these issues, but legitimacy concerns are likely to persist until the legal status of harmonised standards and the role of legitimate public authorities in their development and implementation are clarified.

94 JF Hanry, 'The Ideology of the Laissez Faire Program' (2008) Journal of Economic Issues, 42(1).
95 A Tartaro, AL Smith and P Shaw, 'Assessing the Impact of Regulations and Standards on Innovation in the Field of AI', Available at: http://arxiv.org/abs/2302.04110.
96 K Tranter, 'The history of the haste-wagons: the motor car act 1909, emergent technology and the call for law' 29 Melbourne University Law Review.
97 See Marrakesh Agreement, Available at: https://www.wto.org/english/docs_e/legal_e/17-tbt_e.htm.

Lastly, the question remains whether, aside from being legitimate, ESOs are capable of addressing these issues, as discussed in section 3.c. It is challenging to argue that harmonised standards are the most suitable instrument for enforcing the protection of fundamental rights. In addition, importing an instrument used in safety legislation into a regulation aimed at protecting fundamental rights may inadvertently reduce fundamental rights to a safety issue, as the AI Act seems to imply. The risk here is that the AI Act's conformity assessment mechanisms could permit systems with negative impacts on people's fundamental rights to be legally introduced to the EU market. This would create a clear disconnect between the Regulation's intentions and its practical effects.

Conclusions.

The AI Act is currently at the trialogue stage, but the date of its final enactment remains uncertain. However, the regulation's core framework is unlikely to undergo substantial changes. This means that the European Union will regulate AI based on the New Approach and the New Legislative Framework, with the AI Act establishing essential requirements whose implementation relies on harmonised standards produced by CEN/CENELEC.

This approach raises several concerns, as explored in this paper. While using standards to harmonise the European market and ensure product safety and quality has been successful in other fields, this paper shows that this choice may not be optimal for artificial intelligence. Beyond the economic implications of using standards in an emerging field like AI, which warrant further investigation, the AI Act's regulatory approach appears inadequate for achieving some of its goals.

However, this pessimistic conclusion can be counterbalanced by more optimistic considerations. The effectiveness of European legislation in ensuring that innovation does not compromise health, safety, and fundamental rights of people should be evaluated holistically, considering all European policies and legislation in the digital sector. The AI Act, along with existing legislation such as the GDPR and the Digital Service Act, as well as new proposals like the AI liability directive and the Data Governance Act, could collectively guide technological development for the benefit of society and individuals. Moreover, just as technology evolves, so does the law. There remains ample opportunity and time for further regulatory interventions on AI that genuinely prioritise fundamental rights in both intent and practice, and that provide individuals with the tools to challenge and seek redress for rights violations perpetrated by some AI systems.

Tuccillo C., 'Risoluzione per inadempimento nel leasing traslativo: gli ultimi interventi, l'equo compenso, la blockchain e il leasing immobiliare abitativo. Riflessioni a partire da Cass., 28 gennaio 2021, n. 2061 e Cass., 14 ottobre 2021, n. 28023' (2023) 1 EJPLT, 174-207.
DOI : https://doi.org/10.57230/EJPLT223CT

EJPLT
ISSN 2704-8012



Risoluzione per inadempimento nel leasing traslativo: gli ultimi interventi, l'equo compenso, la blockchain e il leasing immobiliare abitativo.

Riflessioni a partire da Cass., 28 gennaio 2021, n. 2061 e Cass., 14 ottobre 2021, n. 28023.

Termination for non-performance in transactional leasing: the latest interventions, fair compensation, blockchain and residential real estate leasing.

Reflections from Cass., 28 January 2021, no. 2061 and Cass., 14 October 2021, no. 28023.

CLARA TUCCILLO
Dottoranda di ricerca, Università degli Studi di Napoli "Parthenope"

Abstract

Il presente lavoro esamina le conseguenze della risoluzione per inadempimento di un contratto di leasing traslativo affrontando le questioni dell'efficacia intertemporale delle disposizioni della legge 124/2017 e della validità del patto di deduzione alla luce delle ultime pronunce della Cassazione. Prosegue, infine, con una breve indagine sulla natura della somma dovuta ai sensi dell'art. 1 comma 138 della legge 124/2017, in particolare sulla possibilità di rinvenire nella stessa una funzione compensativa; nonché sul rischio che la suddetta disciplina (e, a maggior ragione quella in materia di leasing immobiliare abitativo) possa costituire un mezzo per disciogliersi dal divieto del patto commissorio, che opera invece in materia di mutuo.

This paper examines the consequences of the termination for non-performance of a transfer lease by addressing the issues of the intertemporal effectiveness of the provisions of Law 124/2017 and the validity of the deduction covenant in light of the latest rulings of the Supreme Court. Finally, it continues with a brief investigation on the nature of the sum due pursuant to Article 1 paragraph 138 of Law 124/2017, in particular on the possibility of finding in it a compensatory function; as well as on the risk that the aforesaid rules (and, a fortiori, those on residential real estate leasing) may constitute a means of disengaging from the prohibition of the covenant of commission, which instead operates in the matter of mortgages.

© The author(s) 2023, published by Suor Orsola Benincasa Università Editrice.
This contribution is licensed under a Creative Common Attribution 4.0 International Licence CC-BY-NC-ND, all the details on the license are available at: https://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/4.0/

Keywords: transactional leasing; fair compensation; blockchain; residential real estate leasing.

Sommario: 1. Ricostruzione storico-giuridica. – 1.1. Le conseguenze della risoluzione sulle due tipologie di leasing e la disamina delle clausole inserite nei contratti di leasing traslativo. – 1.2. La clausola di ritenzione delle rate di cui all'art. 1526, comma 2°, cod. civ. – 1.3. La clausola di ritenzione delle rate tra penale e forfettizzazione dell'equo compenso. – 1.4. L'art. 72 quater della legge fallimentare e la legge n. 124/2017. – 2. L'efficacia intertemporale delle disposizioni della l. 124/2017 alla luce di Cass., 28 gennaio 2021, n. 2061. – 2.1. (*segue*) Il parametro del c.d. fatto compiuto. – 3. La validità del patto di deduzione alla luce di Cass., 14 ottobre 2021, n. 28023. – 3.1. I fatti di causa. – 3.2. La decisione della Corte. – 3.3. L'ordine pubblico economico e il principio di buona fede. – 4. Funzione e trasformazione dell'equo compenso. – 4.1. L'equo compenso ex art. 1526 c.c. – 4.2. La *blockchain* come strumento per verificare lo status del bene. – 4.3. Equo compenso e risarcimento del danno. – 4.4. Diverse occasioni in cui si fa uso dello strumento dell'equo compenso. – 5. Il leasing immobiliare abitativo e le differenze con il mutuo. – 5.1. Il divieto del patto commissorio. – 5.2. Il patto marciano.

1. Ricostruzione storico-giuridica.

È noto che già pochi anni dopo dall'emergere del contratto di leasing nella pratica degli affari, quale contratto di durata, dotato di causa di puro godimento, alla scadenza del quale il bene andava restituito al concedente, la giurisprudenza colse come alla radice dell'operazione aleggiasse una causa di finanziamento[1], data dall'esigenza da

[1] Si riportano, di seguito, una sequela di contributi che si sono succeduti in tema di leasing finanziario; senza alcuna pretesa di completezza si rinvia a R. Clarizia, *La locazione finanziaria (financial leasing) come contratto con causa di finanziamento*, in *Il Tremisse*, 1975, n. 19; Id., *La locazione finanziaria*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 1985, II, p. 35 e ss.; Id., *La Cassazione, la locazione finanziaria e i contratti di finanziamento*, in *Riv. it. leasing*, 1986, p. 348 e ss.; Id., *I contratti per il finanziamento dell'impresa: mutuo di scopo, leasing, factoring*, in V. Buonocore (diretto da), *Trattato di diritto commerciale*, Torino, 2002, p. 144 e ss.; Id., *Contratti di leasing,* in E. Gabrielli, R. Lener (a cura di), *I contratti del mercato finanziario*, in P. Rescigno, E. Gabrielli (diretto da), *Trattato dei contratti*, Torino, 2004, p. 311 e ss.; G. Mirabelli, *Il leasing e il diritto italiano*, in *Banca, borsa e tit. cred.*, 1974, I, p. 228 e ss.; G. De Nova, *Il tipo contrattuale*, Padova, 1974; Id., *Il leasing e il factoring come strumenti di finanziamento*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1983, p. 9 e ss.; Id., *Leasing*, in *Dig. disc. priv. sez. civ. X*, 1993; Id., *Il contratto di leasing*, Milano, 1995; V. Buonocore, A. Fantozzi, M. Alderighi, G. Ferrarini, *Il leasing, profili privatistici e tributari*, Milano, 1975; G. Ferrarini, *La locazione finanziaria*, Milano, 1977; Id., *Problemi della locazione finanziaria: esperienze giurisprudenziali e prassi contrattuale in Italia e all'estero*, in P. Verrucoli (a cura di), *Nuovi tipi contrattuali e tecniche di redazione nella pratica commerciale. Profili comparatistici*, Milano, 1978, p, 119 e ss.; V. Calandra Bonaura, *Orientamenti della dottrina in tema di locazione finanziaria*, in *Riv. dir. civ.*, 1978, II, p. 183 e ss.; E. M. Leo, *L'essenza del credito e il leasing finanziario*, in *Riv. soc.,* 1978, p. 72 e ss.; G. Gabrielli, *Sulla funzione del leasing*, in *Riv. dir. civ.*, 1979, II, p. 455 e ss.; A. Frignani, *Il leasing verso una disciplina legislativa completa*, in *Giur. it.*, 1983, p. 369 e ss.; Id., *La locazione finanziaria negli ordinamenti di civil e di common law*, in *Riv. it. leasing*, 1988, p. 19 e ss.; F. Santoro Passarelli, *Variazioni civilistiche sul "leasing"*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1984, p. 676 e ss.; G. Sbisà, D. Velo, *La giurisprudenza sul leasing in Europa*, Milano, 1984; G. Caselli, *Leasing*, in *Contr. e impr.*, 1985, p. 213 e ss.; A. Barenghi, *Osservazioni in tema di leasing*, in *Giur. comm.*, 1985, II, p. 158 e ss.; A. M. Marchio, *Atipicità e funzione economica del leasing*, in *Giur. it.*, 1985, p. 1143 e ss.; M. Bussani, *Locazione finanziaria*, in *Riv. dir. civ.*, 1986, II, p. 585 e ss.; F. Giorgianni, *Riflessioni sul contratto di leasing e fallimento dell'"utilizzatore"*, in *Riv. it. leasing*, 1986, p. 15 e ss.; A. Munari, *Il leasing come contratto atipico di durata*, in *Foro pad.,* 1986, I, p. 319 e ss.; F. Chiomenti, *Il leasing, il Tribunale di Milano e Donna Prassede*, in *Riv. dir. comm.*, 1980, p. 282 e ss.; id., *Il leasing finanziario e le scuole giuridiche ortopediche*, in *Riv. dir. comm*., 1988, II, p. 94 e ss.; A. Luminoso,

parte del conduttore di ottenere l'anticipazione di un capitale, pari al prezzo di acquisto di un bene, da parte del concedente, nonché il coinvolgimento di tre soggetti (fornitore, concedente e utilizzatore) e fu, così, indotta a scindere due figure contrattuali atipiche, aventi ciascuna una propria connotazione, in riferimento allo scopo pratico che l'assetto degli interessi predisposto dalle parti mirava a realizzare.

Si introdusse, in tal modo, la distinzione tra leasing di godimento e leasing traslativo: «nella prima figura, corrispondente a quella tradizionale, la utilizzazione della res da parte del concessionario dietro versamento dei canoni all'uopo previsti si inquadra, secondo la volontà delle parti, in una funzione di finanziamento a scopo di godimento del bene per la durata del contratto, conforme alla potenzialità economica del bene stesso, onde i canoni costituiscono esclusivamente il corrispettivo di tale godimento; nella seconda, invece, le parti, al momento della formazione del consenso prevedono che il bene, avuto riguardo alla sua natura, all'uso programmato e alla durata del rapporto, è destinato a conservare alla scadenza contrattuale un valore residuo particolarmente apprezzabile per l'utilizzatore in quanto notevolmente superiore al prezzo di opzione»[2]. La presenza di due fattispecie distinte all'interno della figura contrattuale della originaria locazione finanziaria fu confermata da un'altra pronuncia delle Sezioni Unite, n. 65 del 1993, la quale ravvisò, chiarendone i tratti caratteristici, una prima figura, caratterizzata da una stretta inerenza del contratto con le finalità dell'impresa e con una durata pari alla obloscenza tecnico-economica del bene, che presenta una funzione esclusivamente finanziaria, e una seconda fattispecie, con la quale le parti intendono realizzare un preminente e coessenziale effetto traslativo, senza che abbia più rilevanza la figura soggettiva dell'imprenditore e la durata contrattuale, notevolmente inferiore alla obsolescenza del bene.

Nel leasing di godimento, durante lo svolgimento del rapporto, sussiste un costante equilibrio economico tra le prestazioni delle parti, sicché sono ravvisabili i requisiti del contratto ad esecuzione continuata o periodica, comportando ciò l'applicazione del principio generale della irretroattività *inter partes* degli effetti della risoluzione ai sensi

---

Natura del leasing e oggetto dello scambio, in *Riv. it. leasing*, 1987, p. 525 e ss.; M. R. LA TORRE, *La natura giuridica del leasing secondo la Corte costituzionale*, in *Giur. it.,* 1988, p. 727 e ss.; N. LIPARI, *Leasing e vendita con patto di riservato dominio alla luce dei recenti orientamenti giurisprudenziali*, in A. MUNARI (a cura di), *Sviluppi e nuove prospettive della disciplina del leasing e del factoring in Italia*, Milano, 1988, p. 67 e ss.; F. DENOZZA, *Aspetti negoziali del leasing*, in *Aa.Vv*., *Il leasing verso gli anni '90: fra realtà negoziale e prospettive di cambiamento*, Brescia, 1988, p. 17 e ss.; G. ALPA, *Qualificazione dei contratti di leasing e di factoring e suoi effetti nella procedura fallimentare*, in *Nuova giur. civ. comm*., 1988, II, p. 370 e ss.; A. VIOLANTE, *La "locazione finanziaria" e la individuazione della disciplina*, Napoli, 1988; V. ZENO-ZENCOVICH, *Il "leasing" e la causa di finanziamento: una confutazione grafica*, in *Foro it.*, 1988, I, c. 2329; M. BUSSANI, P. CENDON, *I contratti nuovi. Casi e materiali di dottrina e di giurisprudenza. Leasing, factoring, franchising*, Padova, 1989, p. 7 e ss.; S. MONTICELLI, *Leasing, in Banca, borsa e tit. cred.*, 1989, II, p. 92 e ss.; N. CORBO, *Autonomia privata e causa di finanziamento*, Milano, 1990; R. PARDOLESI, *Leasing finanziario: si ricomincia da due*, in *Foro it*., 1990, I, p. 474 e ss.; D. VELO (a cura di), *Il leasing: manuale sugli aspetti giuridici, economici e fiscali*, Roma, 1991; M. GORGONI, *Sulla qualificazione giuridica del leasing*, in *Riv. not.*, 1993, p. 468 e ss.; F. VASSALLO PALEOLOGO, *I contratti di locazione finanziaria*, Padova, 1994; D. PURCARO, *La locazione finanziaria. Leasing*, Padova, 1998; N. VISALLI, *La problematica del leasing finanziario come tipo contrattuale*, in *Riv. dir. civ*., 2000, p. 643 e ss.; G. LENER, *La qualificazione del leasing fra contratto plurilaterale ed "operazione giuridica"*, in *Studium iuris*, 2001, p. 1152 e ss.; C. SCOGNAMIGLIO, *Problemi della causa e del tipo*, in *Trattato del contratto*, Milano, Giuffrè ed., 2006; M. IMBRENDA, *Leasing e lease bac*k, in P. PERLINGIERI (a cura di), *Tratt. dir. civ*., del Consiglio nazionale del Notariato, Napoli, 2008; G. IUDICA, *Globalizzazione e diritto*, in *Contr. e impr*. 867, 2008; V. VITI, *Il collegamento negoziale e la tutela dell'utilizzatore nel leasing finanziario*, in *Giur. it.*, 2016, 1, p. 36 e ss; L. BERTINO, *L'uniformazione del contratto di locazione nel diritto italiano e la stampa Unidroit Cippi*, in *Rivista di diritto commerciale europeo*, *Kluwer Law International BV*, Paesi Bassi, 2019.

[2] Cfr. Cass., 13.12.1989, n. 5569, in *Foro.it*, voce *Contratto in genere*, nn. 200, 199, 196.

del comma 1 dell'art. 1458 cod. civ., estendibile ai contratti innominati in forza dell'art. 1323 cod. civ.[3]

Nel leasing traslativo, di contro, le parti considerano l'economia complessiva del rapporto in ragione della natura del bene, del suo utilizzo, della relativa usura nonché della durata del contratto e, sulla base di tali parametri, prevedono che alla scadenza contrattuale il bene conservi un valore residuo apprezzabile per l'utilizzatore, notevolmente superiore al prezzo di opzione.

In tal caso, il trasferimento del bene all'utilizzatore non costituisce, come nel leasing tradizionale, un'eventualità del tutto marginale ed accessoria, rientrando viceversa nella funzione specificamente assegnata dalle parti al contratto. Ciascun canone costituisce, difatti, il corrispettivo sia della concessione in godimento sia del previsto trasferimento della proprietà del bene al termine del periodo di godimento, identificandosi il *discrimen* tra le due figure di leasing nel rapporto tra valore residuo del bene e prezzo di opzione alla scadenza del contratto, nel senso che nel leasing traslativo il primo è superiore al secondo[4].

A questo nuovo tipo di locazione finanziaria è stata negata la natura di contratto ad esecuzione continuata o periodica, poiché difetta di quella perfetta corrispettività tra le prestazioni reciproche e periodiche che caratterizza, per contro, il leasing di godimento. Le prestazioni di ciascuna delle parti non sono separabili giuridicamente ed economicamente dalle precedenti e dalle successive, e dunque costituiscono un *unicum* in cui è impossibile distinguere la corrispondenza tra prestazione e controprestazione.

Non sussiste, pertanto, l'equivalenza delle posizioni delle parti al momento dell'anticipata risoluzione del rapporto, difettando il presupposto essenziale per l'applicazione della disciplina dell'art. 1458 cod. civ.

Di conseguenza, al leasing traslativo è applicabile l'art. 1526 cod. civ. in materia di vendita con riserva di proprietà, in virtù di «tutta una serie di situazioni analogiche» esistenti tra i due contratti, tra cui assumono particolare rilevanza la causa finalizzata al trasferimento del bene e la garanzia per il finanziatore di poterne rientrare nella piena disponibilità materiale, fino all'integrale pagamento del prezzo[5]. La mancanza

[3] In tal senso ha argomentato Cass., 6.05.1986, n. 3023, in *Riv. it. leasing*, 1986: «al contratto di leasing finanziario, quale contratto privo di una particolare disciplina tipica, risultano direttamente applicabili, in forza del richiamato principio di cui all'art. 1323 c.c., le norme sulla disciplina generale del contratto, fra le quali vi è, in tema di risoluzione dei contratti di durata, quella di cui all'art. 1458, palesemente incompatibile con la previsione normativa di cui all'art. 1526, riferita al contratto nominato di vendita con riserva della proprietà».

[4] Cass., 7.01.1993, n. 65, in *Il Foro Italiano*, 1994, pp. 177/178-199/200, statuisce che «le […] conclusioni raggiunte dal più recente indirizzo giurisprudenziale [inaugurato dalle pronunce n. 5569-5574/89] conservino piena validità e meritino conferma […]. Ed invero, il discrimen tra leasing "di godimento" e leasing «traslativo» risiede nella previsione originaria, ad opera delle parti, di quello che sarà, alla scadenza del contratto, il rapporto tra valore residuo del bene e prezzo di opzione: nel senso che mentre la previsione di un'apprezzabile eccedenza di valore può essere rivelatrice – sia pur solo in via sintomatica ed indiretta – della originaria volontà delle parti volta essenzialmente al trasferimento della proprietà del bene inizialmente concesso in godimento, l'opposta previsione può invece indurre alla individuazione di una volontà negoziale finalizzata alla sola concessione in godimento».

[5] Gli stessi Giudici ritengono che «la risoluzione della locazione finanziaria, per inadempimento dell'utilizzatore, non si estende alle prestazioni già eseguite, in base alle previsioni dell'art. 1458, co.1, c.c. in tema di contratti ad esecuzione continuata e periodica ove si tratti di "leasing" cosiddetto di godimento, pattuito con funzione di finanziamento, rispetto a beni non Idonei a conservare un apprezzabile valore residuale alla scadenza del rapporto (con conseguenziale marginalità dell'eventuale opzione), e dietro canoni che configurano esclusivamente il corrispettivo dell'uso dei beni stessi. La risoluzione medesima, invece, si sottrae a dette previsioni, e resta soggetta all'applicazione in via analogica delle disposizioni fissate dall'art. 1526 c.c. con riguardo alla vendita con riserva della proprietà, ove si tratti di "leasing" cosiddetto traslativo, pattuito con riferimento a beni atti a conservare a quella

dell'effetto traslativo automatico della proprietà del bene non è ostativa all'applicazione della norma invocata, poiché in tal caso il patto di opzione assume una funzione meramente formale nella previsione delle parti che hanno fin dall'inizio considerato e voluto il trasferimento della proprietà del bene.

In definitiva, il profilo causale del leasing traslativo scaturisce dalla volontà delle parti di imputare i canoni anche a titolo di pagamento del prezzo, oltre che per il godimento *medio tempore* del bene[6].

1.1. Le conseguenze della risoluzione sulle due tipologie di leasing e la disamina delle clausole inserite nei contratti di leasing traslativo.

La differenza tra leasing di godimento – assimilato alla locazione – e leasing traslativo – equiparato alla vendita con riserva della proprietà[7] –, si concretizzava con forza nelle conseguenze della risoluzione nel contratto.

Se nel leasing di godimento, infatti, data l'applicazione analogica dell'art. 1458, comma 1, c.c.[8], si aveva l'irretroattività degli effetti della risoluzione, con la conseguenza che tutte le prestazioni sino a quel momento eseguite restavano ferme; nel leasing traslativo, vista l'applicazione dell'art. 1526 c.c.[9], a fronte della restituzione del bene al concedente, quest'ultimo avrebbe dovuto restituire le rate sino a quel momento riscosse, salvo un equo compenso per l'utilizzo del bene oltre al risarcimento del danno.

In quest'ultimo caso vi era, tuttavia, la possibilità di inserire delle clausole volte a consentire al concedente di trattenere i canoni già corrisposti oltre che ad ottenere la restituzione del bene (c.d. clausole di confisca), e non solo.

---

scadenza un valore residuo superiore all'importo convenuto per l'opzione, e dietro canoni che scontano anche una quota del prezzo in previsione del successivo acquisto (rispetto a cui la concessione in godimento assume funzione strumentale».

[6] Si veda Cass., 14.11.2006, n. 24214, in *Leggi d'Italia*, laddove si afferma: «Ricorre la figura di leasing di godimento, pattuito con funzione di finanziamento, rispetto a beni non Idonei a conservare un apprezzabile valore residuale alla scadenza del rapporto a fronte di canoni che configurano esclusivamente il corrispettivo dell'uso dei beni stessi, Si configura, invece, il leasing traslativo allorché la pattuizione si riferisce a beni atti a conservare a quella scadenza un valore residuo superiore all'importo convenuto per l'opzione ed i canoni hanno la funzione di scontare anche una quota del prezzo di previsione del successivo acquisto. L'accertamento della volontà delle parti trasfusa nelle clausole contrattuali in ordine al tipo di negozio posto in essere rientra nei poteri del giudice del merito e non è censurabile in sede di legittimità, se non per violazione dei criteri ermeneutici, ovvero per vizio di motivazione».

[7] La tesi che sosteneva l'esistenza di due tipi di locazione finanziaria è stata oggetto di critica, in quanto si è osservato che il leasing nella prassi si presenta in modo piuttosto uniforme. Cfr. R. CLARIZIA, *I contratti per il finanziamento dell'impresa. Mutuo di scopo, leasing, factoring*, cit., p.181, secondo il quale l'errore nel quale cade la Corte di Cassazione quando, a prescindere dalla qualificazione giuridica, sostiene l'esistenza di due tipi di locazione finanziaria «è quello di non dare il giusto rilievo alla struttura immutabile e costante dell'operazione ed al suo concreto svolgimento nella realtà del mercato italiano». In senso critico si è espressa anche una sentenza di merito (Trib. Milano, 17.06.2009, in *Mass. Giur. It*., 2009) che ha ritenuto non condivisibile la distinzione operata dalla Suprema Corte dato che la finalità di finanziamento – che costituisce la causa presente in ogni tipo di leasing – è sufficiente in quanto lecita e meritevole di tutela, a caratterizzare il contratto, anche quando il fine dell'utilizzatore sia quello di acquistare la proprietà del bene alla scadenza del contratto.

[8] Art. 1458, comma 1, c.c.: «La risoluzione del contratto per inadempimento ha effetto retroattivo tra le parti, salvo il caso di contratti ad esecuzione continuata o periodica, riguardo ai quali l'effetto della risoluzione non si estende alle prestazioni già eseguite».

[9] Secondo il comma 1 dell'art. 1526 c.c.: «Se la risoluzione del contratto ha luogo per l'inadempimento del compratore (utilizzatore), il venditore (concedente o società di leasing) deve restituire le rate riscosse, salvo il diritto a un equo compenso per l'uso della cosa, oltre al risarcimento del danno».

Le clausole relative alla risoluzione posso essere di diverso tipo e qui, ai fini espositivi, è perciò necessario differenziare le clausole che prevedono il diritto del concedente di trattenere canoni e quelle che prevedono – in forme molto diversificate – una sanzione ulteriore a carico dell'utilizzatore inadempiente. In presenza delle prime, il contraente inadempiente, più che essere tenuto ad una prestazione, perde il diritto alla ripetizione; non si tratta di una prestazione determinata, perché la somma non ripetibile sarà determinata soltanto a posteriori, al momento dell'inadempimento, ed anzi sarà tanto maggiore quanto maggiore sarà stato l'adempimento.

Come devono essere valutate queste clausole, nel leasing?

In passato, quando parte della dottrina riteneva si potesse applicare al leasing solo la disciplina della locazione, tali clausole erano considerate addirittura superflue perché il criterio della ritenzione dei canoni percepiti in caso di risoluzione è pienamente previsto dall'art. 1458, 1° comma, 2° ipotesi c.c., secondo cui nei contratti a esecuzione continuata «l'effetto della risoluzione non si estende alle prestazioni già eseguite».

Da quando è pacifica l'applicazione al leasing traslativo della disciplina della vendita rateale con riserva di proprietà, si applica la regola enunciata dal 2° comma dell'art. 1526 c.c., secondo cui «qualora si sia convenuto che le rate pagate restino acquisite a titolo d'indennità, il giudice, secondo le circostanze, può ridurre l'indennità convenuta».

Per ciò che concerne le seconde, il loro stesso tenore contrasta con l'idea del contratto di leasing come contratto di finanziamento, in base al quale l'utilizzatore deve restituire al concedente una somma determinata, corrispondente al totale dei canoni; per questo motivo il settore delle clausole penali ha visto, per anni, una giurisprudenza contraddittoria e divisa[10].

Da ultimo, la giurisprudenza ha affermato che in tema di leasing traslativo, in caso di risoluzione per inadempimento dell'utilizzatore, la clausola penale che attribuisca al concedente, oltre all'intero importo del finanziamento, anche la proprietà e il possesso del bene, è manifestamente eccessiva in quanto concede vantaggi maggiori di quelli conseguibili dalla regolare esecuzione del contratto, dovendo il giudice effettuare, ai fini della sua riducibilità ex art. 1384 c.c., una valutazione comparativa tra il vantaggio che

[10] Hanno coesistito decisioni che riducevano l'indennità consistente nella ritenzione dei canoni percetti, e di sentenze che all'opposto applicavano clausole penali che imponevano il pagamento dei canoni a scadere. Sul punto v. Cass., 27.09.2011, n. 19732, in *Diritto e Contenzioso Bancario*; Cass., 17.01.2014, n. 888 e Cass. 24.06.2002, n. 9161, in *Leggi d'Italia*. Secondo Cass., 27.09.2011, n. 19732, cit., la penale contrattuale che predetermina la liquidazione del danno da inadempimento attraverso un calcolo che prevede il cumulo dei canoni scaduti e di quelli a scadere è in contrasto con il principio di equo temperamento delle posizioni contrattuali che prevede un generico concetto di equo compenso per l'uso della cosa e risarcimento dei danni. La Corte ha chiarito che al leasing traslativo si applica la disciplina di carattere inderogabile di cui all'art. 1526 c.c. in tema di vendita con riserva della proprietà, la quale comporta, in caso di risoluzione per inadempimento dell'utilizzatore, la restituzione dei canoni già corrisposti e il riconoscimento di un equo compenso in ragione dell'utilizzo dei beni, tale da remunerare il solo godimento e non ricomprendere anche la quota destinata al trasferimento finale di essi; ne consegue che il concedente, mantenendo la proprietà del bene ed acquisendo i canoni maturati fino al momento della risoluzione, non può conseguire un indebito vantaggio derivante dal cumulo della somma dei canoni e del residuo valore del bene Quanto appena richiamato, serva ad individuare il potere del giudice di ridurre ad equità la penale predeterminata quando appaia eccessiva in rapporto a tutti gli aspetti economici del contratto ed in particolare quando la liquidazione anticipata scaturisca dalla sommatoria dei canoni locativi. Detta decisione, sia essa di riduzione o di conferma della penale, dovrà avvenire in ragione degli elementi probatori versati dalle parti nel processo e dovranno avere, come obbiettivo, la ricostruzione dei parametri economici del contratto di leasing. Con queste argomentazioni, Cass., 10.02.2015, n. 2491, hanno confermato la decisione del giudice di merito che aveva ridotto la clausola penale predeterminata condannando l'utilizzatore al pagamento dei canoni scaduti e non versati, oltre interessi e risarcimento dei danni.

detta clausola assicura al contraente adempiente e il margine di guadagno che il medesimo si riprometteva legittimamente di trarre dalla regolare esecuzione del contratto[11].

Le parti possono, viceversa, convenire con patto avente natura di clausola penale, l'irrepetibilità dei canoni già versati da quest'ultimo prevedendo la detrazione, dalle somme dovute al concedente, dell'importo ricavato dalla futura vendita del bene restituito, essendo tale clausola coerente con la previsione contenuta nell'art. 1526, secondo comma, c.c.[12]

1.2. La clausola di ritenzione delle rate di cui all'art. 1526, comma 2°, cod. civ..

Il secondo comma dell'art. 1526 c.c. contiene l'unica ipotesi di clausola di ritenzione delle rate espressamente disciplinata dal codice civile. Essa è collocata a chiusura della disciplina della vendita con riserva di proprietà e, nel contemplare la possibilità, per le parti, di far conseguire all'inadempimento del compratore la ritenzione delle rate versate in favore del venditore, tale disposizione accorda al giudice un potere equitativo di riduzione. Salve alcune posizioni isolate, dottrina e giurisprudenza non hanno mai dubitato che l'art. 1526, comma 2°, cod. civ. configurasse una particolare ipotesi di clausola penale (e ciò nonostante si siano correttamente messi in luce gli elementi comuni con la figura del deposito cauzionale e del pegno irregolare[13]). Il reale effetto di tale accordo è, infatti, (unicamente) quello di far conseguire all'inadempimento del promissario acquirente la possibilità, per il promittente venditore, di trattenere una somma di denaro proveniente dal suo patrimonio, secondo lo schema tipico della clausola penale.

La qualificazione della clausola alla stregua di penale trova conferma nella constatazione per cui, una siffatta clausola, finisce con l'attribuire al creditore una somma assai maggiore rispetto al danno prevedibile.

Occorre ora sgomberare il campo da due questioni che solitamente emergono in materia di clausola di ritenzione delle rate. La prima è che tale clausola, a prescindere dalla sua qualificazione, porrebbe problemi circa la determinatezza del suo oggetto, posto che essa non stabilirebbe il preciso ammontare dovuto in caso di inadempimento.

Si tratta di un argomento privo di fondamento, considerato che, ordinariamente, l'oggetto della clausola può facilmente desumersi *per relationem* dalle pattuizioni del contratto che regolano le rate[14].

La seconda questione è più complessa e concerne la contraddittorietà di cui, spesso, tale patto viene tacciato. Si sostiene, infatti, che rispetto allo schema presupposto dall'art. 1382 cod. civ., la clausola di ritenzione delle rate determini l'effetto paradossale di imporre una sanzione che aumenta in proporzione alla diligenza dimostrata dal compratore nell'adempimento dell'obbligazione di pagamento. La dottrina ritiene che tale contraddittorietà, spesso sottolineata, sia, in realtà, solo apparente[15]. La clausola

[11] Cass., 21.08.2018, n. 20840, in *www.laleggepertutti.it*.
[12] Cass., 12.06.2018, n. 15202, in *www.ilcaso.it*.
[13] V. G. CAZZETTA, *Il diritto di ritenzione tra funzione di garanzia e funzione solutoria*, in *Rivista di Diritto Bancario*.
[14] Cass., 12.10.2020, n. 2196, in *Leggi d'Italia*.
[15] Ne parla A. VERCELLONE, *Contratto preliminare - il patto di ritenzione delle rate tra penale e caparra confirmatoria*, in *Nuova Giur. Civ.*, 2021.

penale è pur sempre uno strumento di forfetizzazione del risarcimento, onde le valutazioni circa il suo ammontare vanno parametrate al danno prevedibile e non al grado di diligenza del debitore. Tale effetto "paradossale" è, in realtà, del tutto ragionevole posto che nei contratti in cui, solitamente, la clausola in esame viene inserita (preliminare a effetti anticipati[16], vendita con riserva di proprietà e leasing traslativo) il danno prevedibile tipicamente aumenta proporzionalmente alla durata del rapporto.

In queste tipologie contrattuali, la principale voce di danno consiste infatti nel lucro cessante derivante dal mancato utilizzo alternativo del bene, lucro cessante che, come ovvio, aumenta con il trascorrere del tempo. Allo stesso modo, anche la perdita di *chance* connessa al rifiuto di potenziali offerte alternative più vantaggiose – altra voce di danno ipotizzabile in questi casi – non solo è idonea ad aumentare con il passare del tempo, ma pure proporzionalmente al grado di adesione al contratto di mostrata dal debitore e al conseguente maggiore affidamento che questa ingenera nell'altro contraente[17].

1.3. La clausola di ritenzione delle rate tra penale e forfettizzazione dell'equo compenso.

Una volta correttamente qualificata come penale la clausola in esame, occorre chiedersi quale disciplina vada ad essa applicata. La dottrina tende a minimizzare le differenze tra la disciplina generale della clausola penale e quella di cui all'art. 1526, comma 2°, cod. civ., talvolta ritenendo alla seconda applicabili le regole previste per la prima, talaltra qualificando la norma speciale quale mera manifestazione di quanto già enunciato negli artt. 1382 ss. cod. civ.

È questo un approccio non da tutti condiviso[18]. L'applicabilità della disciplina generale di cui all'art. 1382 ss. cod. civ. al patto descritto dall'art. 1526 cod. civ. discenderebbe

---

[16] ID., *Contratto preliminare - il patto di ritenzione delle rate tra penale e caparra confirmatoria*, cit., p. 266, ritiene che le caratteristiche dell'art. 1526 c.c. ne hanno legittimato l'estensione analogica, nell'assenza di una disciplina speciale, non solo al leasing traslativo, ma anche preliminare di compravendita a effetti anticipati. Non si vede, dunque, alcuna valida ragione per escludere questo tipo di contratto dall'ambito di applicazione dell'art. 1526, comma 2°, cod. civ. Ed invero, delle due l'una: o si ritiene l'art. 1526 cod. civ. applicabile alla sola vendita con riserva di proprietà, e allora tutti gli altri contratti ne possono legittimamente restare esclusi, ovvero, come si è ritenuto che questo fosse applicabile al leasing traslativo, allora a tutti i contratti che recano gli stessi elementi del suddetto, incluso il preliminare a effetti anticipati, potrà essere applicata in via analogica la norma. Sull'applicabilità dell'art. 1526, comma 2°, cod. civ. al preliminare a effetti anticipati, si può consultare: G. GRISI, *Il deposito in funzione di garanzia*, 1999, pp. 510 ss.; G. D'AMICO, *La compravendita*, in *Trattato di diritto civile del Consiglio Nazionale del Notariato*, P. PERLINGIERI (diretto da), 2013, pp. 290 ss.; C. M. BIANCA, *La vendita e la permuta*, in *Tratt. Vassalli*, Torino, 1993; P. GRECO-G. COTTINO, *Della vendita*, in *Commentario Scialoja-Branca*, 1981, sub artt. 1470-1547; F. BOCCHINI, *La vendita*, in *Trattato Rescigno*, 2000. Per un primo inquadramento v. V. BUONOCORE, A. LUMINOSO, G. FAUCEGLIA, *Codice della vendita*, sub. art. 1526 c.c., 2018. Su art. 1526 e leasing traslativo v. M. BUSSANI, *Contratti moderni. Factoring, franchising, leasing*, in *Trattato di diritto civile*, R. SACCO (diretto da), 1998, pp. 296 ss.; V. BUONOCORE, *La locazione finanziaria*, in *Trattato Cicu-Messineo*, 2008, pp. 162 ss. Sulla cumulabilità tra azione generale di arricchimento e risarcimento del danno v. P. SIRENA, *La restituzione dell'arricchimento e il risarcimento del danno*, in *Riv. dir. civ.*, 2009, p. 65.

[17] Sull'alternatività tra ritenzione della caparra e risarcimento del danno: Cass., 14.01.2009, n. 553, in *Leggi d'Italia*; sulla natura del recesso di cui all'art. 1385 cod. civ. v., ex multis, Cass., 14.03.1988, n. 2435, in *Rep. foro.it*, 1988; sull'ammissibilità della penale a effetti reali v. Trib. Oristano, 14.04.2005, in *Rivista giuridica sarda*, 2006.

[18] Ne parla A. VERCELLONE, *Contratto preliminare - il patto di ritenzione delle rate tra penale e caparra confirmatoria*, cit., p. 266.

già, infatti, dalla qualificazione di quest'ultimo come clausola penale. Se questo fosse stato l'intento del legislatore, egli avrebbe semplicemente omesso l'art. 1526, comma 2°, cod. civ. o, al più, una volta descritto il patto, rinviato, per la sua disciplina, agli artt. 1382 ss., cod. civ. Così, tuttavia, non è. Al contrario, la norma di cui all'art. 1526, comma 2°, cod. civ. detta un'autonoma articolata regolamentazione della clausola, la quale reca due rilevanti deviazioni rispetto alla disciplina generale della penale. La prima concerne il profilo della forfetizzazione del risarcimento e la conseguente facoltà, per il creditore, di agire in giudizio per ottenere l'eventuale danno ulteriore. La seconda riguarda il potere giudiziale di riduzione. Muovendo dal primo profilo, occorre osservare come la norma in commento descriva la clausola oggetto della propria disciplina nei termini del patto con cui le parti convengono che «le rate pagate restino acquisite al compratore a titolo di indennizzo».

Quest'ultimo termine merita alcune riflessioni. Come sempre accade, anche in questo caso la parola «indennizzo», se isolatamente considerata, non assume un significato preciso, indicando semplicemente che ci si trova innanzi a una di quelle ipotesi nelle quali il legislatore non ha voluto usare il termine «risarcimento»[19]. Il contenuto di tale locuzione diviene tuttavia immediatamente chiaro non appena si guarda al disposto del primo comma della norma in esame, il quale prevede che, in caso di risoluzione del contratto addebitabile al compratore, il venditore ha il diritto ad ottenere un «equo compenso per l'uso della cosa, oltre al risarcimento del danno».

Com'è stato correttamente osservato[20] l'equo compenso di cui discorre l'art. 1526 cod. civ. svolge la funzione di agevolare il venditore, esonerandolo dall'onere di dimostrare la componente di danno relativa al lucro cessante, tipica di questo tipo di contratti, il cui risarcimento viene surrogato dalla sua corresponsione, ferma la possibilità per il creditore di agire per ottenere il ristoro di eventuali danni ulteriori.

L'indennizzo ex art. 1526, comma 2°, cod. civ. altro non è che la forfetizzazione convenzionale dell'equo compenso di cui al primo comma[21]. In altre parole, l'art. 1526 cod. civ., nel disciplinare l'inadempimento del compratore, prevede che le rate versate debbano essere restituite, ma che il venditore abbia diritto a ottenere un «equo compenso», il quale tiene luogo di risarcimento del lucro cessante, ovvero che tale «equo compenso» possa essere convenzionalmente forfetizzato dalle parti in misura pari alle rate versate, rate che il creditore sarà, in tal caso, legittimato a trattenere.

Ma proprio perché, nel quadro dell'art. 1526 cod. civ., la ritenzione delle rate non rappresenta la forfetizzazione dell'intero risarcimento, ma solo di una sua componente, la disciplina in esame non contiene una regola simmetrica a quella prevista dall'ultima parte dell'art. 1386, comma 1°, cod. civ., e non preclude quindi al creditore di agire per ottenere il ristoro del danno ulteriore. La regola di *default* è qui, dunque, ribaltata rispetto alla disciplina generale: salvo differentemente pattuito, il venditore sarà legittimato a trattenere le rate e a richiedere il risarcimento dell'eventuale maggior danno, il cui ammontare andrà, come ovvio, provato secondo le regole ordinarie[22].

---

[19] U. MATTEI, *Tutela inibitoria e tutela risarcitoria. Contributo alla teoria dei diritti sui beni*, Milano, 1987.

[20] F. P. PATTI, *La determinazione convenzionale del danno*, Napoli, 2015, p. 258.

[21] Si veda, sul punto, sebbene con esiti parzialmente differenti a quelli qui proposti, G. D'AMICO, *Il rent to buy: profili tipologici*, in *Contratti*, 2015, pp. 290 ss.

[22] Su questa posizione, ad es., S. MAZZARESE, *Clausola penale e pena privata*, in F. D. BUSNELLI e G. SCALFI, Milano, 1985, pp. 281-299; contra C. M. BIANCA, *La vendita e la permuta*, cit., p. 550; occorre, peraltro, osservare come un tale

Coerentemente a ciò, ed è qui la seconda differenza con la disciplina generale, l'art. 1526, comma 2°, cod. civ. accorda al giudice un potere di riduzione caratterizzato da una discrezionalità assai maggiore rispetto a quella prevista in via ordinaria dall'art. 1384 cod. civ. Se, in quest'ultimo caso, è necessaria la sussistenza di una «manifesta eccessività» dell'ammontare pattuito, l'art. 1526, comma 2°, cod. civ. si limita a stabilire che il giudice valutate «le circostanze, può ridurre l'indennità convenuta», secondo una formula che assicura i più ampi poteri di discrezionalità equitativa[23].

Così chiarite le differenze tra la disciplina generale della clausola penale e quella propria di quella particolare fattispecie di penale prevista dall'art. 1526 cod. civ., occorre ora verificare se le peculiarità sin qui esposte siano ravvisabili anche nella clausola contenuta nell'attualmente vigente art. 1 comma 138 della legge n. 124/2017, della quale arriveremo a parlare a breve.

1.4. L'art. 72 quater della legge fallimentare e la legge n. 124/2017.

Procedendo con ordine, nella ricostruzione storica, nel 2006 è nata la disciplina dell'art. 72 quater della legge fallimentare[24] che ha ricondotto ad unità il contratto di leasing distinguendolo specificamente dalla vendita con riserva di proprietà (il cui scioglimento è disciplinato dal successivo art. 73, mediante rinvio alla disciplina dell'art. 1526 c.c.), e valorizzandone la causa di finanziamento.

Nel 2017, con la legge del 4 agosto, n. 124, il legislatore italiano ha introdotto una disciplina generale del leasing finanziario (art. 1, 136-140 c.c.) che, ponendosi in linea di diretta continuità con la previsione dell'art. 72 quater l. fall., ha realizzato una perimetrazione del tipo, con la conseguente esatta individuazione delle principali prestazioni poste a carico delle parti, definendo i casi di grave inadempimento dell'utilizzatore e la relativa procedura di risoluzione del contratto[25]. Si è, dunque, evidenziato il bisogno di stabilire le sorti dei contratti di leasing nei quali i presupposti per la risoluzione si siano verificati prima dell'entrata in vigore della legge n. 124/2017 e che siano stati risolti prima della dichiarazione di fallimento dell'utilizzatore.

La questione ha suscitato un vivo dibattito in dottrina ed è stata affrontata più volte dalla Corte di Cassazione. Sul punto si erano diffuse due posizioni. L'orientamento costante della giurisprudenza aveva ritenuto di poter distinguere il leasing di godimento da quello traslativo e, anche dopo l'introduzione dell'art. 72 quater l. fall., aveva sempre

---

risultato potrebbe altresì giustificarsi alla stregua delle regole in materia di arricchimento senza causa, in base alla tesi che ammette la cumulabilità tra l'azione di cui all'art. 2041 cod. civ. e il risarcimento del danno: P. SIRENA, *Note critiche sulla sussidiarietà dell'azione generale di arricchimento senza causa*, in *R. trim. d. proc. civ.*, 2005.

[23] P. GRECO, G. COTTINO, *Vendita*, in *Commentario del Codice Civile*, A. SCIALOJA e G. BRANCA (diretto da), Bologna, 1981, p. 447.

[24] Art. 72 quater comma 1, 2 e 3, l. fall.: «Se è disposto l'esercizio provvisorio dell'impresa il contratto continua ad avere esecuzione salvo che il curatore dichiari di volersi sciogliere dal contratto. In caso di scioglimento del contratto, il concedente ha diritto alla restituzione del bene ed è tenuto a versare alla curatela l'eventuale differenza fra la maggiore somma ricavata dalla vendita o da altra collocazione del bene stesso avvenute a valori di mercato rispetto al credito residuo in linea capitale; per le somme già riscosse si applica l'articolo 67, terzo comma, lettera a). Il concedente ha diritto ad insinuarsi nello stato passivo per la differenza fra il credito vantato alla data del fallimento e quanto ricavato dalla nuova allocazione del bene. In caso di fallimento delle società autorizzate alla concessione di finanziamenti sotto forma di locazione finanziaria, il contratto prosegue; l'utilizzatore conserva la facoltà di acquistare, alla scadenza del contratto, la proprietà del bene, previo pagamento dei canoni e del prezzo pattuito».

[25] C. TRANQUILLO, *La nuova disciplina del leasing nella legge n. 124 del 2017*, in *Eur. dir. priv.*, 2018, p. 123.

sostenuto che la risoluzione del contratto di leasing finanziario traslativo fosse disciplinata dall'art. 1526 c.c.[26]

L'art. 72 quater l. fall., infatti, attiene allo scioglimento per il fallimento dell'utilizzatore e non alla risoluzione del contratto di leasing finanziario per inadempimento dell'utilizzatore[27].

Accanto a tale tesi, di contro, è emerso in tempi più recenti un orientamento diverso che tende a valorizzare, secondo un'interpretazione storico-evolutiva, la novella del 2017.

Secondo quest'ultimo, a seguito dell'intervento legislativo, non può più ritenersi applicabile l'art. 1256 c.c. neppure per la risoluzione del contratto di leasing finanziario che, *ratione temporis*, non rientri nell'ambito applicativo della novella, perché stipulato prima della stessa, e i cui effetti siano esauriti[28].

La dottrina giunge a tale conclusione facendo appello non già ad un'applicazione retroattiva della novella (non consentita) ma alle regole ermeneutiche che impediscono che l'interpretazione sia operata "ora per allora" e impongono che la stessa sia condotta alla luce della normativa vigente.

È per tale ragione che, secondo l'orientamento in esame, dovrebbe trovare applicazione analogica non più l'art. 1526 c.c. ma l'art. 72 quater l. fall., ripreso dal legislatore del 2017[29].

Alla luce di questa impostazione, il leasing deve essere considerato correttamente non tanto come un contratto di scambio, quanto piuttosto come uno strumento di cui si valorizzi la causa di finanziamento dell'impresa.

Stante la stretta analogia tra gli istituti della risoluzione e dello scioglimento del contratto, l'introduzione di una norma di diritto positivo volta a regolare gli effetti del fallimento dell'utilizzatore sul contratto di locazione finanziaria obbligherebbe a ripensare l'inveterata prassi giurisprudenziale.

Difatti, la natura giuridica della locazione finanziaria non può più essere individuata sulla base di presunte analogie con una determinata fattispecie tipica, dovendo necessariamente, per contro, scaturire dalla peculiare disciplina positiva dettata in tema di leasing finanziario ed essere ad essa coerente.

È il profilo tipologico del contratto in sé considerato ad imporre una simile lettura e la conseguente estensione del campo di applicazione al di fuori della materia fallimentare[30].

---

[26] Da ultimo Cass., 12 febbraio 2019, n. 3965, in *foroeuropeo.it*; Cass., 17.04.2019, n. 10733, in *Leggi d'Italia*.

[27] L'introduzione, tramite l'art. 59, del d. lgs. 9 gennaio 2006, n. 5, dell'art. 72 quater l. fall. non consente di ritenere superata la tradizionale distinzione tra leasing finanziario e traslativo, e le differenti conseguenze (nella specie, l'applicazione in via analogica dell'art. 1526 c.c. al leasing traslativo) che da essa derivano nell'ipotesi di risoluzione del contratto per inadempimento dell'utilizzatore. In tal senso v. Cass., 19.01.2015, n. 8687, in *www.ilcaso.it*.

[28] Cass., 29.03.2019, n. 8980, in *Giur. It*., 2019, p. 2361, con nota di V. VITI, e in *Fall*., 2019, p. 759, con nota di D. FINARDI, ove è pubblicata anche la conforme Cass., 10.05.2019, n. 12552 (stesso estensore della precedente); Cass., 10.07.2019, n.18543, in *Leggi d'Italia*.

[29] Al riguardo, si mette in luce come in sede di merito recenti pronunce abbiano aderito al secondo orientamento: cfr. Trib. Modena, 15.01.2019, in *www.expartecreditoris.it*; Trib. Napoli, 22.02.2019, *ivi*.

[30] I termini del contrasto sono ben evidenziati nell'ordinanza di rimessione della Terza sezione, 25.02.2020, n. 5022, in *Nuova Giur. Civ. Comm*., 2020, 1, p. 784, con nota di M. S. MAISANO.

2. L'efficacia intertemporale delle disposizioni della l. 124/2017 alla luce di Cass., 28 gennaio 2021, n. 2061.

Dunque, se da un lato la legge n. 124 del 2017 consente di ritenere superata la classica bipartizione tra leasing di godimento e traslativo, per altra via non sopisce del tutto le problematiche legate a tale schema negoziale.
Le difficoltà trovano la loro ragion d'essere nell'assenza di norme transitorie che avrebbero dovuto decidere la sorte di tutti quei rapporti risoltisi in epoca antecedente l'introdotta novella e di cui ancora si discutevano gli aspetti relativi al rapporto credito-debito tra concedente ed utilizzatore.

Chiarificatrice è stata la pronuncia delle Sezioni Unite, n. 2061[31], avente ad origine la vicenda processuale che segue.

Un contratto di leasing immobiliare concluso tra un istituto bancario e una società era giunto a naturale scadenza nel 2014**,** senza che la società utilizzatrice avesse esercitato il diritto di opzione né pagato le ultime rate dovute; la società concedente, pertanto, si avvaleva della clausola risolutiva espressa e chiedeva il pagamento dei canoni scaduti.

Nel 2016**,** tuttavia, la società utilizzatrice veniva dichiarata fallita e, a seguito dell'apertura della procedura fallimentare, la società mandataria rivendicava il bene concesso in leasing e chiedeva l'insinuazione nello stato passivo del fallimento per i canoni scaduti e non pagati.

Il giudice delegato respingeva la domanda, sul presupposto che la risoluzione del contratto era intervenuta prima del fallimento e che quindi dovesse applicarsi l'art. 1526 c.c. e non l'art. 72 quater l. fall.

A seguito del ricorso della concedente, la Suprema Corte ha ritenuto che la questione dell'efficacia intertemporale delle disposizioni della l. 124/2017, tra le altre, fosse meritevole di una pronuncia a Sezioni Unite al fine di affrontare e risolvere due questioni preliminari "di sistema": da un lato, il peso che rivestono nel nostro ordinamento i principi sovranazionali di certezza del diritto (di cui all'art. 6 CEDU) e tutela dell'affidamento; dall'altro, occorre chiarire se possa essere applicata, anche solo per analogia, una norma inesistente nel momento in cui c'è una fattispecie concreta non prevista dall'ordinamento ed in caso affermativo se, con riferimento al caso di specie, tale norma da applicarsi in via analogica, possa ravvisarsi nell'art. 72 quater l. fall.[32]

Occorre ricordare che il principio di certezza del diritto recepito dall'ordinamento comunitario possiede tre fondamentali corollari: il principio di irretroattività delle norme, il principio di tutela del legittimo affidamento ed il principio di salvaguardia dei diritti quesiti.

La Corte sottolinea sul punto come tra il 1983 (data della sentenza capostipite in materia di distinzione tra leasing traslativo e di godimento)[33] ed il 2019 (data della

[31] I principi espressi dalle Sezioni Unite sono stati in seguito ribaditi dalla terza sezione della Corte di Cassazione, con ordinanza n. 9211 del 22.03.2022.
[32] Ordinanza di rimessione alle Sezioni Unite, 25.02.2020, n. 5022.
[33] Sotto questo profilo sono chiare le parole di M. BUSSANI, *Contratti moderni,* in *I singoli contratti*, 2004, p. 312: «la Cassazione ha immediatamente dimostrato di aderire al proprio nuovo orientamento, con le sentenze rese, sempre in cause fallimentari, dalla sez. II, 5 giugno 1991, n. 6357 e 20 febbraio 1992, n. 2083: sentenze tutte che aderiscono pienamente, e senza spunti ulteriori, all'indirizzo binario inaugurato dalle pronunce del 1989 – finendo però nel primo

pronuncia n. 8980 sopra richiamata), la giurisprudenza di legittimità non si era mai allontanata dall'orientamento tradizionale, divenuto vero e proprio diritto vivente. Declinando tali principi in campo processuale, ricorda l'ordinanza di rimessione, il mutamento di un orientamento consolidato non può mai ledere imprevedibilmente situazioni e rapporti giuridici soggettivi[34].

La ricostruzione proposta dalla sentenza n. 8980 del 2019 non convince in quanto consentirebbe di applicare in via analogica una norma inesistente ad una fattispecie concreta non prevista dall'ordinamento, contravvenendo ai principi di certezza del diritto e al principio generale sancito dall'art. 11 delle c.d. preleggi, a norma del quale, ove non sia previsto diversamente, la legge non dispone che per l'avvenire.

Il ricorso all'analogia (contemplato dall'art. 12 delle stesse preleggi) incontra, infatti, pur sempre il limite sancito dal principio di irretroattività appena richiamato, di modo che la ricerca delle disposizioni che regolano casi simili o materie analoghe (o, ancora in subordine, di principi generali dell'ordinamento idonei a consentire la decisione della controversia) non pare poter aver altro punto di riferimento che le disposizioni vigenti nel momento in cui il rapporto contrattuale è sorto o comunque ancora in essere[35].

Ancora, si è osservato come pretendere di ricavare dalla legge fallimentare le regole da applicare in caso di risoluzione del contratto di leasing presupporrebbe che la legge non disciplinasse questa fattispecie, mentre così non è in quanto proprio la presenza dell'art. 1526 c.c. (che è norma generale rispetto all'art. 72 quater) rende impensabile il ricorso all'analogia, per mancanza del suo primo presupposto, cioè la lacuna nell'ordinamento (e ad ogni modo, anche ad ammettere che nell'ordinamento vi sia una lacuna, essa non potrebbe essere colmata con l'applicazione analogica dell'art. 72 quater, norma che non disciplina la risoluzione del contratto di leasing bensì il suo scioglimento quale conseguenza del fallimento dell'utilizzatore).

Le Sezioni Unite hanno ribadito che le modifiche normative di carattere sostanziale non sono retroattive per il principio sancito dall'art. 11 delle Preleggi, salvo che il legislatore non lo preveda espressamente (discorso diverso per le modifiche di carattere processuale e procedimentale, per le quali vige il principio *tempus regit actum*).

La particolarità della questione cui si è trovata di fronte la pronuncia deriva dalla distinzione, che si è imposta a livello interpretativo, fra piano di efficacia della novità qualificatoria e piano di efficacia della nuova disciplina della risoluzione.

L'intervento di cui alla l. 124/2017, infatti, ha dapprima introdotto una nozione generale di «locazione finanziaria» (comma 136, art. 1), per poi stabilire la disciplina della risoluzione (definizione di «grave inadempimento», comma 137, art. 1; pretese di

caso per confermare la decisione della corte d'appello che aveva applicato l'art. 1526 c.c., e cassando con rinvio, negli altri due giudizi, le decisioni di merito che avevano regolato lo scioglimento del rapporto bensì secondo i dettami dell'art. 1526 c.c., ma senza valutare compiutamente quel complesso di indici su cui la nostra cassazione ritiene ormai doveroso fondare la scelta della normativa applicabile».

[34] Cfr. Corte di Giustizia UE, 15.02.1986, Causa C-63/93, in *www.curia.europa.eu*.

[35] Per il richiamo al momento della stipulazione del contratto, v. *ex multis* Cass., 31.10.2018, n. 27993, in *Leggi d'Italia*, ove peraltro si riafferma l'esigenza – già sostenuta dalla Corte costituzionale e dalla Corte europea dei diritti dell'uomo – che le deroghe al principio di cui all'art. 11 delle preleggi trovino adeguata giustificazione in motivi imperativi di interesse generale.

credito regolare a seguito di risoluzione, commi 138 e 139, art. 1[36]) e terminare con una clausola di salvezza della disposizione dell'art. 72 quater l. fall. (comma 140, art. 1).

Il piano qualificatorio (comma 136, art. 1) e quello relativo agli effetti della risoluzione (comma 137, 138 e 139, art. 1), strutturati in maniera distinta, potrebbero così operare diversamente in funzione del momento in cui possa dirsi sorta la rispettiva fattispecie generatrice, il c.d. «fatto compiuto», per usare la categoria a cui fa ricorso la pronuncia in commento (nel nostro caso, rispettivamente, la stipula e la risoluzione del contratto di leasing).

Le Sezioni Unite ritengono, così, che non possa darsi seguito all'orientamento giurisprudenziale più recente (inaugurato, come detto, dalla sentenza n. 8980 del 2019) e che, invece, debba assicurarsi continuità al diritto vivente, di risalente formazione, ma ribadito negli anni, per il quale, alla risoluzione di una fattispecie qualificabile come leasing traslativo anteriore alla legge n. 124 del 2017 e allo stesso fallimento dell'utilizzatore, non potranno applicarsi, rispettivamente, la legge n. 124 o l'art. 72 quater l. fall., bensì, per analogia, la disciplina di cui all'art. 1526 c.c. sulla risoluzione della vendita con riserva di proprietà[37].

La legge n. 124 del 2017 non può, dunque, trovare applicazione per il passato, ossia per i contratti di leasing in cui si siano già verificati, prima della sua entrata in vigore, i presupposti della risoluzione per inadempimento dell'utilizzatore (essendo, quindi, stata proposta domanda giudiziale di risoluzione ex art. 1453 c.c. o avendo il concedente dichiarato di avvalersi della clausola risolutiva espressa ex art. 1456 c.c.), con la conseguenza che gli effetti risolutori non potranno essere, per detti contratti, quelli disciplinati dal comma 138 dell'art. 1 della medesima legge.

2.1. (*segue*) Il parametro del c.d. fatto compiuto.

Tutto ciò con la fondamentale precisazione che il fatto storico a cui riferire l'irretroattività della novità normativa non è costituito, nel caso di specie, dalla stipula del contratto, bensì dall'integrarsi della causa che comporta la risoluzione del rapporto,

[36] Art. 1 comma 138: «In caso di risoluzione del contratto per l'inadempimento dell'utilizzatore ai sensi del comma 137, il concedente ha diritto alla restituzione del bene ed è tenuto a corrispondere all'utilizzatore quanto ricavato dalla vendita o da altra collocazione del bene, effettuata ai valori di mercato, dedotte la somma pari all'ammontare dei canoni scaduti e non pagati fino alla data della risoluzione, dei canoni a scadere, solo in linea capitale, e del prezzo pattuito per l'esercizio dell'opzione finale di acquisto, nonché le spese anticipate per il recupero del bene, la stima e la sua conservazione per il tempo necessario alla vendita. Resta fermo nella misura residua il diritto di credito del concedente nei confronti dell'utilizzatore quando il valore realizzato con la vendita o altra collocazione del bene è inferiore all'ammontare dell'importo dovuto dall'utilizzatore a norma del periodo precedente"; comma 139: "Ai fini di cui al comma 138, il concedente procede alla vendita o ricollocazione del bene sulla base dei valori risultanti da pubbliche rilevazioni di mercato elaborate da soggetti specializzati. Quando non è possibile far riferimento ai predetti valori, procede alla vendita sulla base di una stima effettuata da un perito […] Nella procedura di vendita o ricollocazione il concedente si attiene a criteri di celerità, trasparenza e pubblicità adottando modalità tali da consentire l'individuazione del migliore offerente possibile, con obbligo di informazione dell'utilizzatore».

[37] In questo senso si era già espressa Cass., 15.01.2016, n. 2538, in *www.ilcaso.it*, sostenendo che l'art. 72 quater l. fall. trovi applicazione solo nel caso in cui il contratto di leasing sia pendente al momento del fallimento dell'utilizzatore. Laddove invece il contratto si sia già anteriormente risolto, occorre distinguere a seconda che si tratti di leasing finanziario o traslativo, solo per quest'ultimo potendosi utilizzare, in via analogica, l'art. 1526 c.c., con l'ulteriore conseguenza che, in tal caso, il concedente che intende insinuarsi al passivo del fallimento ha l'onere di proporre la corrispondente domanda completa in tutte le sue richieste nascenti dall'applicazione della norma da ultimo citata.

dal momento che quella della risoluzione costituisce, come visto, una fattispecie ontologicamente e funzionalmente distinta dalla stipula.

Si tratta del principio del c.d. «fatto compiuto», cui la pronuncia in commento fa ricorso e che è stato enunciato dalla giurisprudenza di legittimità come regolatore delle interferenze dello *jus superveniens* sui rapporti giuridici suscettibili di esservi incisi, inclusi quelli di durata come il leasing.

In forza di tale principio, deve ritenersi l'applicazione della nuova legge consentita, rispetto a un contratto di leasing concluso antecedentemente alla sua entrata in vigore, allorché, ancora in corso di rapporto, non si siano ancora verificati i presupposti (legali o convenzionali) della risoluzione per inadempimento dell'utilizzatore, ovvero non si sia verificato, prima dell'entrata in vigore di detta Legge, il fatto generatore degli effetti giuridici derivanti dalla applicazione del diritto previgente.

In altri termini, il «fatto compiuto» è, nella specie, quello che genera la responsabilità del debitore (utilizzatore) ai sensi dell'art. 1218 c.c. e cioè l'inadempimento – quale evento attinente al rapporto – che è idoneo a legittimare, come effetto, la risoluzione del contratto; inadempimento che la legge n. 124 del 2017 tipizza (plasmandolo come presupposto settoriale) in guisa tale da determinare il discrimine tra il "prima" e il "dopo" ai fini dell'applicazione della novella.

Pertanto, ai contratti di leasing stipulati anteriormente alla legge n. 124/2017, ma per i quali i presupposti della risoluzione per l'inadempimento dell'utilizzatore si siano verificati successivamente all'entrata in vigore di tale legge, potrà applicarsi la relativa disciplina statuita ai commi 138 e 139.

Laddove, per contro, i presupposti della risoluzione siano maturati antecedentemente, e il leasing sia qualificabile come traslativo, troverà applicazione la disciplina di cui all'art. 1526 c.c.

Infine, la speciale disciplina di cui all'art. 72 quater l. fall. non potrà mai trovare applicazione per regolare le conseguenze della risoluzione, trattandosi di «norma, di natura eccezionale, a valenza e portata endoconcorsuale e che presuppone lo scioglimento, per volontà del curatore e quale conseguenza del fallimento, del contratto ancora pendente a quel momento»[38].

3. La validità del patto di deduzione alla luce di Cass., 14 ottobre 2021, n. 28023.

La decisione di cui si è sin ora trattato, con la quale i Giudici di Cassazione hanno trovato composizione al contrasto circa gli effetti che la riforma della legge fallimentare (art. 72 quater) ha avuto sulla disciplina della risoluzione per inadempimento del contratto di leasing, confermando la distinzione tra leasing di godimento e leasing traslativo, ha costituito una solida base per dirimere il conflitto circa la validità del patto di deduzione.

[38] A esprimere il principio che l'art. 72 quater è "*norma, di natura eccezionale, a valenza e portata endoconcorsuale*", tra le altre, Cass., 9.02.2016, n. 2538, *ivi*; Cass., 13.02.2017, n. 3750, in *Leggi d'Italia*; Cass., 7.09.2017, n. 20890, *ivi*; Cass., 15.09. 2017, n. 21476, in *Diritto e Contenzioso Bancario*; Cass., 12.06.2018, n. 15202, in *www.ilcaso.it*; Cass., 18.06.2018, n. 15975, *ivi*; Cass., 17.04.2019, n. 10733, cit.; e anche dopo il revirement del 2019, v. Cass., 24.01.2020, n. 1581, in *foroeuropeo.it*.

La Suprema Corte ha, difatti, recentemente risposto al ricorso con il quale una società utilizzatrice lamentava la nullità della clausola contenuta nel contratto di leasing traslativo che stabiliva che, in caso di inadempimento dell'utilizzatore, il concedente potesse trattenere i canoni già versati, oltre quelli scaduti e non pagati e quelli futuri; nonché del c.d. patto di deduzione, ossia l'intesa in forza della quale si stabilisce che l'utilizzatore sia tenuto a restituire il bene e il concedente abbia il diritto di ritenere quanto ricavato dalla sua vendita o da altra collocazione sul mercato fino a concorrenza del credito, con l'obbligo di restituire l'eventuale residuo attivo.

3.1. I fatti di causa.

All'origine della vicenda in esame vi era la concessione in locazione finanziaria di un capannone industriale da parte di una società nei confronti di un'altra, le cui obbligazioni erano state garantite con fideiussione. Tuttavia, qualche anno più tardi, stante l'inadempimento, da parte dell'utilizzatrice, dell'obbligo di pagamento dei canoni e l'avvenuta risoluzione del contratto, la concedente aveva chiesto ed ottenuto un decreto ingiuntivo nei confronti dell'utilizzatrice e dei suoi fideiussori.

La società utilizzatrice si opponeva al decreto ingiuntivo, sostenendo la nullità del contratto, in quanto dissimulante un patto commissorio; in via subordinata, domandava la riduzione della penale e la nullità del saggio di interessi moratori previsti dal contratto.

A seguito di riunione del giudizio di opposizione a decreto ingiuntivo e di risoluzione del contratto, il Tribunale dichiarava risolto il contratto per inadempimento e condannava la società utilizzatrice a rilasciare l'immobile; inoltre, rigettava l'opposizione a decreto ingiuntivo.

La convenuta proponeva appello ma veniva rigettato. Si giunge così in Cassazione.

La ricorrente lamenta che la sentenza gravata gli abbia negato la restituzione dei canoni già corrisposti. Infatti, la regola generale dettata dall'art. 1526 c. 1 c.c. – in tema di vendita con riserva di proprietà – dispone che, in caso di risoluzione per inadempimento del compratore, il venditore debba restituire le rate già riscosse, fatto salvo un equo compenso per l'uso della cosa oltre al risarcimento del danno.

Mette, altresì, in discussione la validità della clausola contenente il c.d. patto di deduzione, ritenendo che questa sia contraria al principio dell'ordine pubblico economico, che impone un bilanciamento tra gli interessi economici di tutte le parti al fine di salvaguardare il corretto svolgimento dei rapporti tra i privati in materia economica[39].

Tale clausola, legittimando il concedente a detrarre il corrispettivo dal ricavato della vendita e lasciando del tutto libero quest'ultimo di vendere o meno il bene, o di farlo secondo le proprie condizioni – senza neppure indicare che la vendita dovesse avvenire "a valori di mercato" – si porrebbe in contrasto con il citato principio e, in particolare, con la previsione di cui all'articolo 1526 cod. civ., applicabile in via analogia a tutti i casi di risoluzione anticipata del contratto[40].

[39] V. Cass., 21.01.2020, n. 1184, in *Leggi d'Italia*.

[40] Invoca, al riguardo, le due decisioni di questa Corte: Cass., 31.10.2018, n. 27935, in *www.ilcaso.it*; Cass., 15.09.2017, n. 21467, in *Leggi d'Italia*, richiamata da Cass., 28.11.2018, n. 30820, *ivi*.

3.2. La decisione della Corte.

Ebbene gli Ermellini hanno, in primo luogo, affermato che la decisione delle Sezioni Unite della Corte di Cassazione, del 28 gennaio 2021, n. 2061, esclude che simili patti possano essere di per sé considerati nulli: «la validità del patto con cui si attribuisce al concedente, in caso di inadempimento dell'utilizzatore, di pretendere i canoni scaduti e quelli non ancora scaduti, previa detrazione del valore ricavato dalla vendita del bene oggetto del leasing, è stata ammessa dalle Sezioni Unite di questa Corte, nella decisione con cui è stato composto il contrasto circa gli effetti che la riforma della legge fallimentare (l. fall., art. 72 quater) ha avuto sulla disciplina degli effetti della risoluzione per inadempimento del contratto di leasing».

Per cui non è inibito alle parti del contratto di leasing prevedere che i canoni scaduti restino acquisiti al concedente così come disciplinato nel secondo comma dell'art. 1526 c.c. [41], nonché prevedere che i canoni futuri ancora non scaduti siano dovuti al concedente a titolo di penale ex art. 1382 c.c.[42].

La Suprema Corte ha, tuttavia, precisato che, in questi casi, è onere del concedente, nell'esigere il proprio credito verso l'utilizzatore, «indicare la somma ricavata dalla diversa allocazione del bene oggetto del contratto ovvero, in mancanza, allegare una stima attendibile del relativo valore di mercato all'attualità, onde consentire al giudice di apprezzare l'eventuale manifesta eccessività della penale, ai sensi e per gli effetti dell'art. 1526 c.c., comma 2».

Ha, inoltre, ribadito che, nell'ampia motivazione della stessa sentenza n. 2061 del 2021, è affermato che: «simili patti costituiscono espressione di una razionalità propria della realtà socio-economica; sono sorti nella pratica commerciale, e il legislatore li ha anche recepiti nella l. n. 124 del 2017».

3.3. L'ordine pubblico economico e il principio di buona fede.

Per quel che concerne il c.d. «ordine pubblico economico», infranto all'inadempimento dell'utilizzatore, la Cassazione si è soffermata su tale concetto sostenendo che la clausola contenente il patto di deduzione di certo non lo viola, tuttalpiù lo rispristina.

L'ordine pubblico pone limiti all'autonomia dei privati in funzione del rispetto dei valori fondamentali che caratterizzano l'ordinamento giuridico, e nel nostro sistema attuale è alla Costituzione che è d'uopo far capo per rinvenire i valori e i principi fondamentali dell'ordinamento, espressi in norme precettive o desumibili da norme programmatiche[43].

---

[41] Art. 1526 c.c. comma 2: «Qualora si sia convenuto che le rate pagate restino acquisite al venditore a titolo d'indennità, il giudice, secondo le circostanze, può ridurre l'indennità convenuta».

[42] L'art. 1382 c.c., rubricato «Effetti della clausola penale», stabilisce che: «La clausola, con cui si conviene che, in caso d'inadempimento o di ritardo nell'adempimento, uno dei contraenti è tenuto a una determinata prestazione, ha l'effetto di limitare il risarcimento alla prestazione promessa, se non è stata convenuta la risarcibilità del danno ulteriore».

[43] A. CATAUDELLA, *Il richiamo all'ordine pubblico ed il controllo di meritevolezza come strumento per l'incidenza della programmazione economica sull'autonomia privata*, ora in ID., *Scritti giuridici*, Padova, 1991, p. 161 e ss.; nonché A. FEDERICO, *Illiceità contrattuale e ordine pubblico economico*, Torino, 2004, pp. 156-157.

In tale contesto, con riguardo alla materia economica[44], sono riconducibili al concetto di ordine pubblico economico i limiti imposti all'iniziativa economica dal comma secondo dell'art. 41 della Costituzione per quanto riguarda la sicurezza, la dignità umana, la libertà, e, in particolare, il principio di utilità sociale, con la conseguenza della nullità, per illiceità della causa, del contratto contrario all'ordine pubblico economico, secondo il disposto dell'art. 1343 c.c.[45]

Le regole e i valori dell'ordine pubblico economico possono essere desunti dal settore in cui esso opera e possono anche rientrare nel sentimento comune.

All'ordine pubblico "economico" è, dunque, riservata la tutela di valori che spesso non trovano riscontro in previsioni di legge, considerato altresì che quest'ultimo non deriva da prescrizioni, ma designa le ragioni e i contenuti che oggettivamente giustificano un controllo sul contratto nel quadro dei principi di diritto, ancorché al di fuori di singole previsioni di legge[46].

Le nullità per contrarietà all'ordine pubblico "economico" sono, dunque, tipi di nullità collocate al di fuori del Codice civile, e dunque qualificabili come "speciali".

Se è vero che l'ordinamento garantisce la protezione contro gli abusi di posizioni dominanti[47], è altrettanto certo che assicura in egual misura il diritto di iniziativa economica.

L'imprenditore ha, dunque, il diritto di pianificare in piena libertà le proprie strategie imprenditoriali e commerciali[48], se pur nel rispetto delle regole del gioco.

La denuncia di nullità di una clausola contrattuale, motivata con la contrarietà di essa all'ordine pubblico economico, pertanto, dovrebbe essere spiegata individuando le

---

[44] Circa l'autonomia concettuale della nozione di ordine pubblico economico è nota l'avversione, da un lato, di chi – come G. B. FERRI, *L'ordine pubblico economico*, ora in ID., *Saggi di diritto civile*, Rimini, 1983, p. 341 – reputa superflua tale nozione, irriducibile ad una categoria ordinante unitaria; d'altro lato, di chi – come G. PANZA, *voce Ordine pubblico – I) Teoria gen*., in *Enc. giur. it.*, XXII, Roma, 1990, p. 5 – nega un'autonomia concettuale rispetto all'ordine pubblico generalmente inteso, stante la comune funzione di limite all'agire negoziale a garanzia dei valori fondamentali dell'ordinamento.

[45] Circa il rinvio all'art. 12 disp. prel. c.c. – attualmente riferibile al dettato costituzionale – per riempire di senso la clausola di ordine pubblico, cfr. G. B. FERRI, *Ordine pubblico, buon costume e la teoria del contratto*, Milano, 1970, p. 174 e ss.; nonché, con un'integrazione anche alla normativa di fonte sopranazionale, L. LONARDO, *Meritevolezza della causa e ordine pubblico*, Napoli, 1981, p. 30 e ss. L'art. 41 Cost., è stato ritenuto in dottrina una «norma che rispecchia, forse più di ogni altra, i termini della dialettica politica entro cui si svolge la realtà economica degli ordinamenti occidentali contemporanei». In questi termini E. CHELI, *Libertà e limiti all'iniziativa economica privata nella giurisprudenza della Corte costituzionale e nella dottrina*, in *Rass. Dir. Pubbl.*, 1960, I, p. 302 e ss., ma v. altresì, fra gli altri, A. Predieri, *Pianificazione e Costituzione*, Milano, 1963, p. 220 e ss.; M. S. GIANNINI, *Diritto pubblico dell'economia*, Bologna, 1985, p. 175 e ss.; G. MORBIDELLI, *Iniziativa economica privata*, in *Enc. Giur*., XVII, Roma, 1989. Contra, A. PACE, *Problematica delle libertà costituzionali*, Parte speciale, Padova, 1992, p. 459 e ss.

[46] L'art. 1418, comma 1, c.c. dinanzi richiamato detta, non a caso, una «norma di chiusura», facendo generico riferimento alla «contrarietà a norme imperative», salvo sia disposto diversamente dalla legge, in quanto espressione di un principio generale teso a disciplinare i casi in cui alla violazione di una norma imperativa non si accompagni una specifica previsione invalidante del contratto. Cfr. G. B. FERRI, *Ordine pubblico, cit.;* L. LONARDO, *Meritevolezza della causa, cit*.

[47] La definizione, tra le più accreditate a livello comunitario, di posizione dominante è quella offerta dalla Corte di Giustizia nella sentenza del 14.02.1978, n.27/76, *United Brands* c. *Commissione,* in *eur-lex.europa.eu,* secondo la quale la «posizione dominante» è quella «posizione di potenza economica grazie alla quale l'impresa che la detiene è in grado di ostacolare la persistenza di una concorrenza oggettiva sul mercato in questione ed ha la possibilità di tenere comportamenti alquanto indipendenti nei confronti dei concorrenti, dei clienti, e, in ultima analisi, dei consumatori»; v. M. R. MAUGERI, *Abuso di dipendenza economica e autonomia privata*, Milano, 2003, p. 105.

[48] Da ultimo, con ampiezza di motivazioni, Cass., 21.01.2020, n. 1184, cit.

concrete condotte od i concreti effetti che travalicano il legittimo esercizio dell'impresa commerciale, che nel caso di specie non si ravvisano.

A ciò la Corte ha aggiunto che la clausola oggetto del contendere costituisce una trascrizione quasi fedele dell'art. 13, commi 2, 3 e 4 della convenzione di Ottawa sul leasing internazionale (ratificata con l. 14 luglio 1993, n. 259): «ed è singolare che una clausola possa dirsi contraria all'ordine pubblico economico nazionale, ma coerente con l'ordine pubblico economico internazionale».

Circa il patto di deduzione e la cautela ad esso associata, la Cassazione ha, infine, chiarito che «la società concedente resta … proprietaria di quel bene, e ci mancherebbe che al proprietario non fosse consentito fare dei propri beni quel che vuole, giustappunto secondo le proprie insindacabili determinazioni. Il punto di diritto che viene in rilievo nel presente giudizio è ben diverso: e cioè come debba essere quantificato il "sottraendo" nel calcolo del credito residuo del concedente. Ma la mancanza di indicazioni in tal senso nel contratto non è affatto causa di nullità della clausola in esame».

Ha, dunque, chiarito, da un lato, che il proprietario della *res* possa disporre liberamente del bene e, dall'altro lato, che la fase esecutiva del contratto debba essere sorretta dalla buona fede.

I contratti, infatti, devono interpretarsi ed eseguirsi secondo buona fede[49], per cui il valore equo di mercato da portare in detrazione dal credito del concedente non potrà che essere il valore di mercato nel luogo ed al tempo della risoluzione del contratto di leasing.

Ne derivano precise conseguenze: se il concedente riuscisse a reimpiegare quel bene ad un valore maggiore, l'intero ricavato andrebbe portato in detrazione; se il concedente non riuscisse a realizzare il valore di mercato per propria trascuratezza, dovrebbe comunque detrarre dal proprio credito il valore di mercato; se il concedente non riuscisse ad ottenere il valore di mercato non a causa della propria negligenza ma per condizioni oggettive di mercato, avrebbe diritto di detrarre dal proprio credito l'effettivo valore realizzato.

In questo modo vi sarà un bilanciamento tra gli interessi economici di tutte le parti: il principio di buona fede assicura protezione contro abusi di posizioni di mercato dominanti e al contempo garantisce la libertà di iniziativa economica.

4. Funzione e trasformazione dell'equo compenso.

Abbiamo visto che la legge n. 124 del 2017 ha previsto l'attribuzione in capo al concedente, ferma restando l'irripetibilità dei canoni già riscossi, di una somma pari all'ammontare dei canoni scaduti e non pagati fino alla data della risoluzione, dei canoni a scadere, solo in linea capitale, e del prezzo pattuito per l'esercizio dell'opzione finale di acquisto (nonché delle spese anticipate per il recupero del bene, la stima e la sua conservazione per il tempo necessario alla vendita), deducibile dall'importo ricavato dall'allocazione del bene, la quale deve essere effettuata tenendo conto di una stima del bene ai valori di mercato al momento della restituzione dello stesso.

[49] Cfr. C. M. BIANCA, *La nozione di buona fede quale regola di comportamento contrattuale*, in *Riv. dir. civ*., 1983, p. 205; E. DELL'AQUILA, *La correttezza nel diritto privato*, Milano, 1980.

Non compare, all'interno di questo elenco, alcun riferimento all'equo compenso di cui, invece, v'è espressa menzione nell'art. 1526 c.c.

Dunque, per i contratti di leasing traslativo che non siano soggetti, *ratione temporis*, alla regolamentazione della novella[50], per cui resta valida la soluzione adottata dal diritto vivente di individuare, per analogia *legis*, nella disposizione dell'art. 1526 c.c. la disciplina della risoluzione per inadempimento dell'utilizzatore, resta l'attribuzione al concedente del suddetto equo compenso che, coerentemente con la causa in concreto del contratto di leasing, è da ravvisarsi nella remunerazione del godimento del bene, il deprezzamento conseguente alla sua incommerciabilità come nuovo e il logoramento per l'uso[51].

Per i contratti di leasing che, di contro, siano soggetti alla regolamentazione della legge n. 124 del 2017, appare interessante indagare sulla natura della somma dovuta, ovverosia chiedersi se si tratti di una mera penale o si possa invece ipotizzare che – in un'ottica di continuità rispetto a quanto precedentemente detto circa l'art. 1526 c.c. – la clausola penale prevista nel comma 138 dell'art. 1 abbia carattere particolare e costituisca un elenco di parametri utili alla quantificazione dell'equo compenso.

4.1. L'equo compenso ex art. 1526 c.c.

Partiamo, dunque, dall'approfondimento dell'equo compenso di cui all'art. 1526 c.c., rimedio adottato per evitare indebiti arricchimenti a danno dell'utilizzatore e dei suoi creditori, a cui risulta, peraltro, collegata la riduzione officiosa dell'indennità di cui abbiamo già trattato.

Ebbene, l'art. 1526 c.c. fu introdotto nel Codice civile del 1942 allo scopo, dichiarato, di ovviare a quei patti che assumevano o potevano assumere, in fatto, carattere usurario ai danni del compratore.

Mediante tale norma, invero, è stata introdotta nell'ordinamento una disposizione alla stregua della quale, in caso di risoluzione del contratto per inadempimento del compratore, questi risulta comunque tutelato nei rapporti con il venditore attraverso l'espresso riconoscimento del diritto di recuperare le rate già pagate, mentre il venditore ha diritto alla restituzione della cosa e a trattenere le rate di prezzo riscosse, a titolo di compenso per l'uso della cosa fatto dall'altro contraente.

---

[50] Si ricorda che la l. n. 124 del 2017 non può trovare applicazione per il passato, ovverosia per i contratti di leasing finanziario in cui si siano già verificati, prima della sua entrata in vigore, i presupposti della risoluzione per inadempimento dell'utilizzatore (essendo, quindi, stata proposta domanda giudiziale di risoluzione ex art. 1453 c.c. o avendo il concedente dichiarato di avvalersi della clausola risolutiva espressa ex art. 1456 c.c.), con la conseguenza che gli effetti risolutori non potranno essere, per detti contratti, quelli disciplinati dall'art. 1, comma 138 della medesima legge. Il regolamento di conflitti emergenti tra le parti, in tali casi di cessazione dei contratti di locazione finanziaria, sfugge, dunque, alle maglie applicative della nuova disciplina.

[51] In questo senso Cass., 27.09.2011, n. 19732, cit.; Cass., 8.01.2010, n. 73, *ivi*; Cass., 23.05.2008, n. 13418, in *ilfallimentarista.it*; Cass., 13.05.2008, n. 11893, in *MioLegale.it*; Cass., 28.08.2007, n. 18195, in *DirittoItaliano.com*; Cass., 2.03.2007, n. 4969, in *Leggi d'Italia*; Cass., 24.06.2002, n. 9161, *ivi*; Cass., 20.09.2017, n. 21895, *ivi*, secondo cui «nel leasing traslativo, al quale si applica la disciplina della vendita con riserva di proprietà, in caso di risoluzione per inadempimento dell'utilizzatore, quest'ultimo, restituita la cosa, ha diritto alla restituzione delle rate riscosse, mentre al concedente la norma riconosce, oltre al risarcimento del danno, il diritto ad un equo compenso per l'uso dei beni oggetto del contratto».

Tramite tale previsione si permette, ad un tempo, di perseguire la tutela del contraente debole senza peraltro determinare la riduzione degli utili che sarebbero derivati alla parte forte dalla regolare esecuzione del contratto.

Lo stesso legislatore ha, quindi, voluto contemperare gli interessi delle parti in seguito alla risoluzione del contratto, escludendo la possibilità per il concedente di ottenere, oltre alla restituzione dell'oggetto della locazione finanziaria, un valore economico rapportabile a quello che avrebbe ottenuto con l'esatto adempimento del contratto.

L'art. 1526 c.c., dunque, nel garantire al venditore un compenso equo per l'uso della cosa, modifica in parte la disciplina propria della risoluzione del contratto di vendita, in funzione del mantenimento della proprietà in capo al(l'originario) venditore e in relazione al fatto che le rate di prezzo pagate: ove non fossero restituite darebbero luogo ad un ingiustificato arricchimento del venditore (concedente); ove, per contro, fossero integralmente restituite (secondo i criteri applicabili in ipotesi di compravendita *tout court*) determinerebbero un ingiustificato arricchimento del compratore (utilizzatore), il quale, nel periodo intercorrente fra la consegna del bene e la risoluzione del contratto, avrebbe beneficiato delle utilità derivanti dal godimento della cosa (venduto con riserva della proprietà o locata), senza subire alcun costo[52].

L'obiettivo è quello di garantire il mantenimento dell'equilibrio contrattuale in un rapporto di "naturale" sinallagmaticità quale è la vendita con riserva di proprietà (leasing traslativo).

In seguito alla risoluzione del contratto, infatti, il concedente rientra in possesso del bene e, tramite il meccanismo dell'equo compenso, dovrebbe ottenere anche il deprezzamento derivante dalla sua non commerciabilità come nuovo e dal logoramento per l'uso.

4.2. La blockchain come strumento per verificare lo status del bene.

La tecnologia *blockchain* è un meccanismo di *database* avanzato che permette la condivisione trasparente di informazioni all'interno di una rete aziendale. *Blockchain* significa letteralmente "catena di blocchi", ovverosia una rete informatica di nodi che gestisce in modo univoco e sicuro un registro pubblico composto da una serie di dati e informazioni, come le transazioni, in maniera aperta e distribuita, senza che sia necessario un controllo centrale. Gli *assets* possono essere concreti (case, automobili, denaro contante, terreni) o astratti (proprietà intellettuale, brevetti, diritti d'autore, branding). Praticamente qualsiasi cosa di valore può essere monitorata e scambiata in una rete *blockchain*, riducendo i rischi e tagliando i costi per tutte le parti coinvolte.

Ogni volta che viene eseguita una transazione scatta un meccanismo di analisi ed approvazione (il consenso) e la modifica viene distribuita su tutti i nodi della rete. Tutti i nodi possono partecipare al processo di validazione delle transazioni da includere nel registro, così da aumentare le capacità di autenticazione offerte dalla singola *blockchain*. L'art. 8 ter del d.l. 14 dicembre 2018, n. 135 (il cd. «Decreto semplificazioni», convertito, con modificazioni, nella legge 11 febbraio 2019, n. 12) ci fornisce la definizione di DLT

[52] A riguardo, si vedano C. M. BIANCA, *La vendita e la permuta*, cit.; P. GRECO, G. COTTINO, *Della vendita*, in *Commentario del Codice civile*, V. SCIALOJA, G. BRANCA (a cura di), Bologna-Roma, 1981, sub artt. 1525-1526 c.c., p. 446; D. RUBINO, *La compravendita*, in *Trattato di diritto civile e commerciale*, A. CICU e F. MESSINEO (diretto da), Milano, 1971, p. 444.

(c.d. *distributed ledger technology*), ossia le tecnologie basate sui registri distribuiti, senza intermediazione di terzi, non alterabili e non modificabili – di cui la *blockchain* è un tipo – e, con essa, anche la definizione di "contratto intelligente", instaurando una diretta interazione tra le due nozioni.

Lo *smart contract*, infatti, anche detto "contratto intelligente", è un'evoluzione ulteriore del contratto cibernetico là dove venga eseguito in una *blockchain*, in assoluta assenza dell'intervento umano, giacché è autoesecutivo del codice, ossia del programma nel quale è inscritta la volontà contrattuale o meglio il regolamento pattizio. Del resto, è proprio questa interazione *smart contract*s/*blockchain* che il nostro legislatore ha assunto a paradigma della definizione del "contratto intelligente".

E', infatti, la tecnologia *Blockchain* a consentire al meglio la *self enforceability* del contratto: i termini e le condizioni del contratto, predeterminati dalle parti, si realizzano al verificarsi degli eventi iscritti nel codice (sovente anche con rinvio ad agenti esterni – umani o non -, che con quel codice interagiscono: i c.d. oracoli), e dell'esecuzione rimane traccia immodificabile. Di conseguenza, l'adempimento contrattuale scisso dalla volontà delle parti, in ordine all'esecuzione del regolamento pattizio, trova fonte, di per sé, nella realizzazione delle condizioni pattuite ed acquisite, in modo irreversibile, nel linguaggio del codice[53].

Un settore sicuramente interessato da queste tecnologie dirompenti è quello del leasing per l'attività di monitoraggio del bene che queste ultime consentono. La possibilità di verificare lo *status* di un bene durante tutta la sua durata di utilizzo, grazie alla scrittura su *blockchain* da parte di attori differenti che interagiscono nel ciclo di vita dell'*asset*, permette di accrescerne immediatamente la visibilità con un conseguente

[53] E. VINCENTI, *Contratto e nuove tecnologie: gli smart-contracts*, documento pubblico del corso straordinario "Il contratto o i contratti?", organizzato dalla Scuola Superiore della Magistratura in collaborazione con l'Accademia Nazionale dei Lincei, 2021, avvalendosi dell'aiuto dei seguenti autori: C. AMATO, *La "computerizzazione" del contratto (smart, data oriented, computable e self-driving contracts. una panoramica)*, in *Eur. dir. priv.*, p. 1259; E. BATTELLI, M. INCUTTI, *Gli smart contracts nel diritto bancario tra esigenze di tutela e innovativi profili di applicazione*, in *Contr. imp.*, 2019, p. 925; A. M. BENEDETTI, *Contratti, algoritmi e diritto civile transnazionale: cinque questioni e due scenari*, in *Riv. dir. civ.*, 2021, p. 411; I. A. CAGGIANO, *Il contratto nel mondo digitale*, in *N.G.C.*, 2018, p. 1152; P. CUCCURU, *Blockchain ed automazione contrattuale. Riflessione sugli smart contract*, in *N.G.C.C.*, 2017, I, p. 110; A. DE FRANCESCHI, R. SCHULZE, *Digital revolutions-new challenges for law*, C.H. Beck-Nomos, 2019; F. DELFINI, *Blockchain, Smart Contracts e innovazione tecnologica: l'informatica e il diritto dei contratti*, in *Riv. dir. priv.*, 2019, p. 167; F. DI GIOVANNI, *Intelligenza artificiale e diritto*, in *Giur. It.*, 2019, p. 1657; ID., *Intelligenza artificiale e rapporti contrattuali: spunti preliminari per l'indagine*, in *XXVI lezioni di diritto dell'intelligenza artificiale*, a cura di U. RUFFOLO, Torino, 2021, p. 185; D. DI SABATO, *Gli Smart contract: robot che gestiscono il rischio contrattuale*, in *Contr. imp.*, 2017, p. 377; D. FAUCEGLIA, *Il problema dell'integrazione dello smart contract*, in *Contr.*, 2020, V, pp. 591 ss.; G. FINOCCHIARO, *Intelligenza artificiale e responsabilità*, in *Contr. impr.*, 2020, p. 722; D. GAROFALO, *Blockchain, smart contract e learning machine: alla prova del diritto del lavoro*, in *Lav. giur.*, 2019, p. 873; M. GIACCAGLIA, *Considerazioni su blockchain e smart contracts (oltre le criptovalute*), in *Contr. impr.*, 2019, p. 941; M. GIULIANO, *Regolare l'infosferaI*, in *Contr. imp.*, 2021, p. 885; A.U.]ANSSEN, F.P. PATTI, *Demistificare gli smart contracts*, in *Oss. dir. civ. comm.*, 2020, p. 31; M. MAUGERI, *Smart contract e disciplina dei contratti*, Bologna, 2021; ID., *La Risoluzione del Parlamento europeo del 20 ottobre 2020 sugli Smart Contracts nella prospettiva del diritto dei contratti e della concorrenza*, in *Contr. imp. eu.*, 2021, p. 25; ID., *Mercato finanziario, cripto-attività, proposta di Regolamento MICA (Markets in Crypto-Assets) e tutela del consumatore*, in *Contr. imp. eu.*, 2022, p. 1; M.W. MONTEROSSI, *La tutela dell'utente commerciale nei mercati digitali*, in *Contr. imp.*, 2021, p. 921; S. MONTI, *Il contratto dall'uomo alla macchina e... viceversa?*, in *Contr.*, 2021, p. 452; E. PALMERINI, *Negozio e automazione: appunti per una mappa concettuale*, in *Decisione robotica*, a cura di A. CARLEO, Bologna, 2019, p. 291; L. PAROLA, P. MERATI, G. GAVOTTI, *Blockchain e smart contract: questioni giuridiche aperte, Contratti*, 2018, p. 681; S. ORLANDO, *Profili definitori degli "smart contracts*", in *Internet, contratto e persona: quale futuro?*, a cura di R. CLARIZIA, Pisa, 2021, p. 41; G. REMOTTI, *Blockchain smart contract. Un primo inquadramento*, in *Oss. dir. civ. comm.*, 2020, p. 189; S. RIGAZIO, *Smart contracts e tecnologie basate su registri distribuiti nella L. 12/2019*, in *Dir. inf.*, 2021, p. 369.

aumento del valore del bene stesso ed efficientamento dei vari processi di gestione[54]. In questo caso d'uso la *blockchain* opera come una tecnologia abilitante per una valutazione completa e dettagliata dell'uso e della manutenzione del bene[55], il che consente di quantificare agevolmente il deprezzamento conseguente alla sua incommerciabilità come nuovo e il logoramento per l'uso, elementi di cui, come anzidetto, è composto l'equo compenso di cui all'art. 1526 c.c.

4.3. Equo compenso e risarcimento del danno.

L'art. 1526 c.c., oltre all' «equo compenso per l'uso della cosa», espressamente riconosce a favore del venditore (concedente nel leasing), in caso di risoluzione del contratto per inadempimento dell'utilizzatore, il diritto al risarcimento del danno al pari di ciò che l'art. 1453, primo comma, c.c. dispone in termini generali (e quindi anche in materia di compravendita).

Non v'è dubbio che equo compenso e risarcimento del danno siano istituti fra loro molto diversi, che si fondano su titoli distinti ed autonomi essendo ontologicamente rivolti all'assolvimento di funzioni differenti: il primo funzionale a fornire una sorta di indennizzo a fronte di un uso della cosa locata in sé del tutto legittimo fino a quando il contratto non sia risolto; il secondo teso a compensare il venditore delle conseguenze pregiudizievoli derivatogli dall'inadempimento dell'utilizzatore e conseguenti alla risoluzione del contratto.

La lettera della disposizione, peraltro, è chiarissima nell'assegnare all'equo compenso dovuto al venditore (concedente) la funzione di risollevarlo non tanto da quei sacrifici patrimoniali che si pongono come conseguenza del rischio (indefettibilmente) connesso al contratto da lui concluso, ma soltanto da quelli che risultano eziologicamente riconducibili all'uso del bene da parte del compratore (utilizzatore) fino a che il contratto, in virtù della sua risoluzione, non abbia cessato di esistere[56].

Finanche autorevole dottrina[57] ha ritenuto non ammissibile ricomprendere nell'equo compenso poste patrimoniali che rappresentino il ristoro di danni liquidabili a titolo di risarcimento, a meno di non realizzare un'indebita e inammissibile confusione fra discipline applicabili.

Bisogna evitare che nell'equo compenso sia compreso anche il danno, considerando il saldo risultante dal conteggio complessivo, in quanto esso rappresenta una mera

---

[54] Immaginiamo, invero, la *blockchain* applicata al noleggio di autoveicoli, il continuo monitoraggio permette di verificarne lo stato, i chilometri percorsi, i precedenti conducenti, produrre dati di tracciamento per informazioni come incidenti, ispezioni o parti modificate. Il *database* della *blockchain*, sicuro e immutabile, offre maggiore trasparenza in caso di danni, uso improprio e furto, con informazioni accurate per conducenti e gestori di flotte. L'accesso ai dati è controllato ma soprattutto semplificato per altri fondamentali attori dell'ecosistema, come finanziatori, assicuratori ecc. Inoltre, sono evidenti i vantaggi per i potenziali acquirenti di un prodotto usato in quanto la *blockchain* permette di avere piena visibilità su informazioni spesso oggetto di frode come, ad esempio, programmi manutentivi, incidenti, ecc. A loro volta gli *smart contracts* rappresentano un ulteriore elemento in grado di portare efficienza al sistema perché possono automatizzare ed efficientare diversi processi, tra cui quello di verifica dell'idoneità alla guida del guidatore o riguardo il suo stato finanziario. Questo è solo uno dei casi di applicazione della *blockchain* nel mondo del leasing.

[55] C. BOZZOLINO, *Blockchain nel settore del Leasing: vantaggi e opportunità*, in *www.intesa.it.*

[56] Cfr. G. BARBIERI, *Appunti in tema di prestazioni restitutorie conseguenti alla risoluzione del contratto di leasing c.d. traslativo per inadempimento dell'utilizzatore*, in *ILCASO.it*, 2018.

[57] Cfr. ID., *Appunti in tema di prestazioni,* op. cit.

componente della sommatoria dalla quale risulta poi l'importo finale; né si può considerare l'equo compenso come sostitutivo al risarcimento del danno come invece è previsto nel contratto di appalto dagli artt. 1664 e 1660 cod. civ.[58]

Non residuerebbe, dunque, alcun ulteriore spazio per ampliare l'ambito dell'equo compenso in relazione ad eventi che in qualche modo influiscano – riducendolo – sul valore del bene oggetto del contratto; eventi quest'ultimi destinati – come accadrebbe nell'ipotesi di compravendita ad efficacia reale – ad essere per contro considerati (ancorché se si vuole in contesti diversi) in una prospettiva risarcitoria.

Nel complesso, quindi, l'ammontare dell'equo compenso andrà ricercato all'interno del contratto e comprenderà dunque la remunerazione del godimento del bene, il deprezzamento conseguente alla sua non commerciabilità come nuovo ed il logoramento per l'uso; non comprenderà, invece, né il mancato guadagno del concedente a causa della risoluzione, né il risarcimento del danno, che può derivare da un deterioramento anormale della cosa, sebbene in proposito appare dubbio l'inserimento di tale obbligazione nell'alveo della responsabilità per inadempimento derivante dalla violazione del dovere di conservare la cosa con ordinaria diligenza.

La remunerazione per il semplice godimento del bene rappresenta dunque la principale componente del suddetto compenso.

È opportuno in merito non limitarsi ad avere riguardo unicamente al periodo temporale intercorso tra la conclusione e la risoluzione del contratto ma considerare anche lo stato del bene stesso in seguito alla sua immissione nel possesso del proprietario; che si preoccuperà di inserirlo nuovamente all'interno del circuito economico appropriato allo scopo di ottenere un determinato utile.

Certa dottrina precisa, inoltre, che non bisogna tralasciare, nel calcolo dell'equo compenso, la remunerazione del finanziamento stesso e dell'intero capitale investito dalla società concedente comprendente sia gli interessi per il differimento dei singoli canoni, sia la remunerazione del capitale corrisposto integralmente[59]. Considerando la concreta determinazione dell'importo dell'equo compenso di cui all'art. 1526 c.c., quindi, esso potrà legittimamente superare il mero corrispettivo del temporaneo godimento del bene predetto, mentre – recuperato, da parte del concedente, il capitale monetario investito nell'operazione in vista del lucro corrispondente tramite il suddetto compenso ed il residuo valore del bene – il risarcimento del danno non sarà rapportato all'intera differenza necessaria per realizzare il guadagno previsto.

Sosteneva, infatti, una pronuncia della Corte di Cassazione, anticipando ciò che oggi espressamente prevede la l. 124/2017: «con l'anticipato recupero del bene e del suo valore, il concedente è di norma in grado di procurarsi, attraverso il reimpiego di quel valore, un proporzionale utile, che deve conseguentemente essere calcolato in detrazione rispetto alla somma che l'utilizzatore stesso avrebbe ancora dovuto corrispondere se il rapporto fosse proseguito»[60]. Da quanto premesso appare evidente che la nuova Legge di cui sopra, se pur non faccia espressa menzione dell'equo compenso, elenca tutte le componenti che di fatto lo costituiscono, prevedendolo,

[58] I. L. NOCERA, *Risoluzione per inadempimento e riduzione ex officio della clausola penale nel leasing*, in *La Nuova Giurisprudenza Civile Commentata*, 2009.

[59] F. INSINGA, *Guida pratica alle decisioni aziendali. La valutazione finanziaria delle alternative di investimento e di finanziamento*, in *Il Sole 24 Ore*, Milano, 1993.

[60] Cass., 13.01.2005, n. 574, in *Leggi d'Italia*.

dunque, alla stregua dell'art. 1526 c.c.; il risarcimento del danno riguarderebbe, viceversa, solo le ipotesi di deterioramento anormale della cosa, determinato da una violazione dell'obbligo di diligenza.

4.4. Diverse occasioni in cui si fa uso dello strumento dell'equo compenso.

Si pone all'attenzione la necessità di esaminare come si possa stabilire il criterio di determinazione dell'equo compenso attraverso l'approfondimento dei diversi casi in cui viene utilizzata l'espressione «equo compenso» di cui all'art. 1526 c.c.

Partiamo dal recentissimo Regolamento Agcom, approvato il 19 gennaio 2023, che dovrà disciplinare l'utilizzo *online* di pubblicazioni di carattere giornalistico per motori di ricerca, social e aggregatori.

Quest'ultimo detta i criteri e le procedure per l'intervento dell'Autorità ai fini della determinazione dell'equo compenso dovuto da parte dei prestatori di servizi della società di informazione agli editori per l'utilizzo *online* delle pubblicazioni di carattere giornalistico destinate al pubblico italiano e disciplina, altresì, gli obblighi di informazione e comunicazione e le conseguenti funzioni di vigilanza. Tutto ciò a garanzia del pluralismo e della correttezza dell'informazione nonché della libertà dell'iniziativa economica e del principio di libera concorrenza.

Vi sono alcuni passaggi del Regolamento, soprattutto quando si analizza il contesto di mercato, in cui si sottolinea come l'editoria, in particolare quella quotidiana, sia l'ambito con maggiori difficoltà di carattere strutturale e congiunturale, con una contrazione dei ricavi complessivi, da vendita di copie e da pubblicità e si lascia intendere che l'equo compenso si giustificherebbe anche per questo, come misura compensativa per restituire agli editori quanto perso e sottratto loro dagli intermediari/piattaforme.

Va, tuttavia, ricordato, come precisa la stessa Autorità, come non sono i ricavi perduti dagli editori l'oggetto dell'equo compenso, ma all'opposto, quanto ricavato in più dal prestatore/piattaforma, cioè «il divario fra i ricavi conseguiti dagli intermediari che distribuiscono in rete i contenuti e il valore riconosciuto ai titolari dei diritti», il cosiddetto *value gap*.

Quest'ultimo, come indicato dall'Autorità, ha come base di calcolo i ricavi pubblicitari del prestatore derivanti dall'utilizzo delle pubblicazioni di carattere giornalistico dell'editore, gli unici in qualche modo misurabili, a cui andranno sottratti i benefici economici derivanti all'editore dai servizi del prestatore sulla base di criteri che nella proposta iniziale erano stati individuati ma poi tutti inseriti tra i criteri per determinare l'aliquota (e che sarebbero probabilmente stati determinati per compensazione).

In questo modo sarebbe possibile determinare, seppur con qualche oggettiva difficoltà legata alla mancanza di un condiviso sistema di allocazione dei ricavi pubblicitari delle piattaforme, proprio il *value gap*/equo compenso, cioè la somma che ciascun prestatore/piattaforma dovrebbe mettere a disposizione dell'intera platea degli editori aventi diritto e da ripartire poi direttamente tra questi in base all'incidenza dei

diversi criteri di riferimento. Il tutto tenendo conto dei meccanismi di funzionamento dei servizi del prestatore e del relativo modello di business[61].

Alla luce di quanto sin ora esposto, si può concludere con una considerazione in merito alla possibilità di intendere l'elenco delle somme dovute al concedente – di cui all'art. 1 comma 138 della legge 124/2017 – come dei criteri per la quantificazione dell'equo compenso (così come quelli indicati dall'Agcom) e, pertanto, la loro natura compensativa, in continuità con quanto previsto dall'art. 1526, comma 1 e 2, c.c.

Alla conclusione che l'equo compenso di cui all'art. 1526 c.c. abbia la medesima funzione di quello di cui al Regolamento Agcom si può giungere prendendo in considerazione l'obiettivo che entrambi perseguono ovverosia quello del ripristino dell'equilibrio contrattuale attraverso la remunerazione del godimento del bene.

Sembrerebbe interessante, dunque, chiedersi se questi ultimi possano essere paragonati all'equo compenso del professionista inteso come compenso proporzionato alla quantità e alla qualità del lavoro svolto, al contenuto e alle caratteristiche della prestazione professionale. Il disegno di legge sull'equo compenso[62], che si avvia ora verso l'approvazione definitiva[63], ha stabilito che gli accordi in violazione della disciplina in materia di equo compenso determinano la nullità - rilevabile d'ufficio e a vantaggio del professionista - delle relative clausole, con conseguente conservazione delle altre parti del contratto[64]. In tal caso l'equo compenso è un compenso che per

[61] Ricordiamo sinteticamente i criteri adottati, in ordine di rilevanza: a) numero di consultazioni online; b) rilevanza dell'editore sul mercato, in termini di audience; c) numero di giornalisti, inquadrati ai sensi di contratti collettivi nazionali di categoria; d) costi comprovati sostenuti dall'editore per investimenti tecnologici e infrastrutturali; e) costi comprovati sostenuti dal prestatore per investimenti tecnologici e infrastrutturali dedicati esclusivamente alla riproduzione e comunicazione delle pubblicazioni di carattere giornalistico diffuse online; f) adesione e conformità, dell'editore e del prestatore, a codici di condotta, codici etici e standard internazionali in materia di qualità dell'informazione e di fact-checking maggiormente riconosciuti; g) anni di attività dell'editore, anche in relazione alla storicità della testata in ambito nazionale e locale.

[62] Il testo era stato approvato dalla Commissione Giustizia della Camera dei deputati, sempre all'unanimità, il 19 gennaio scorso senza modifiche rispetto alla proposta di legge presentata il 13 ottobre 2022.

[63] L'Assemblea della Camera dei deputati ha approvato, all'unanimità, la proposta di legge n. 338 recante disposizioni in materia di equo compenso delle prestazioni professionali, che ora passa all'esame del Senato.

[64] La norma che disciplina l'equo compenso del professionista nel nostro ordinamento è l'articolo 13 bis della legge professionale forense (L n. 247/2012), introdotto dall'articolo 19-quaterdecies del decreto fiscale, convertito nella legge 4 dicembre 2017, n. 172, entrato in vigore il 6 dicembre 2017. Secondo la lettera di tale articolo, in tutti i casi di incarico legale conferito da imprese bancarie e assicurative, nonché da imprese non rientranti nelle categorie delle microimprese o delle piccole o medie imprese, come definite nella raccomandazione 2003/361 CE della Commissione Europea (ovvero che occupino più di 250 persone, abbiano un fatturato annuo non superiore ad € 50.000.000,00, o un totale di bilancio annuo non superiore ad € 43.000.000,00), qualora le convenzioni che disciplinino il rapporto professionale siano unilateralmente predisposte da questi ultimi, il compenso si intenderà equo, solo qualora risulti «proporzionato alla quantità e alla qualità del lavoro svolto, nonché al contenuto e alle caratteristiche della prestazione legale, e conforme ai parametri previsti dal regolamento di cui al decreto del Ministro della Giustizia adottato ai sensi dell'articolo 13, comma 6». Ai sensi del comma 3, le convenzioni stipulate con i ridetti "clienti forti" "si presumono unilateralmente predisposte" dagli stessi "salva prova contraria". In assenza della prova contraria, le clausole delle convenzioni per incarico legale di cui all'art. 13 bis che debbano, agli effetti di legge, ritenersi unilateralmente predisposte, si intenderanno nulle, qualora determinino «anche in ragione della non equità del compenso pattuito, un significativo squilibrio contrattuale a carico dell'avvocato». L'art. 19-quaterdecies, comma 1, d.l. 16 ottobre 2017, n. 148, recante «Disposizioni urgenti in materia finanziaria e per esigenze indifferibili», convertito con modificazioni dalla legge 4 dicembre 2017, n. 172, ha inserito nella legge 31 dicembre 2012, n. 247, recante «Nuova disciplina dell'ordinamento della professione forense» (hinc inde: "legge forense"), l'art. 13-bis, recante «Equo compenso e clausole vessatorie». Al predetto art. 19-quaterdecies, d.l. 16 ottobre 2017, n. 148, sono state successivamente apportate ulteriori modificazioni – entrate in vigore il 1° gennaio 2018 – dall'art. 1, commi 487 e 488, legge 27 dicembre 2017, n. 205, recante «Bilancio di previsione dello Stato per l'anno finanziario 2018 e bilancio pluriennale per il triennio 2018-2020».

definizione deve essere proporzionato alla quantità, alla qualità, al contenuto e alle caratteristiche della prestazione oltre che conforme ai parametri applicabili alle diverse categorie di lavoratori interessati, sulla base dell'art. 36 della Costituzione che recita «il lavoratore ha diritto ad una retribuzione proporzionata alla quantità e qualità del suo lavoro e in ogni caso sufficiente ad assicurare a sé e alla sua famiglia un'esistenza libera e dignitosa(…)».

Ebbene, tale compenso potrebbe essere paragonato ai primi due in premessa solo qualora lo considerassimo alla stregua di una remunerazione per l'uso del tempo e delle competenze del professionista, dovendo però allora accogliere la teoria che da tale utilizzo derivi il logoramento e il conseguente deprezzamento del bene, e per tale intendere: quando si parla di leasing, il bene stesso oggetto dell'operazione; quando si parla di utilizzo delle pubblicazioni da parte delle piattaforme, gli articoli degli editori; e, quando si parla dell'ultimo caso trattato, quello delle prestazioni professionali, le competenze intellettuali dei professionisti coinvolti.

5. Il leasing immobiliare abitativo e le differenze con il mutuo.

Appare interessante, infine, approfondire la disciplina del leasing immobiliare abitativo, al fine di confrontarlo con il mutuo.

La legge di Stabilità 2016 ha, difatti, introdotto una rilevante novità destinata ad offrire alla platea di possibili acquirenti di una abitazione principale una nuova possibilità di finanziamento: il leasing immobiliare abitativo[65].

Destinatari della possibilità di stipulare contratti di leasing immobiliare abitativo, alle condizioni che, come vedremo, offrono interessanti opportunità e benefici fiscali, sono coloro che desiderano acquistare l'abitazione principale per la propria famiglia.

Si noti, dunque, che il legislatore non ha fatto riferimento al concetto di "prima casa" cui si applicano le odierne agevolazioni sull'acquisto: l'abitazione principale è il luogo ove la famiglia ha la propria abituale dimora indipendentemente dal fatto che i suoi membri posseggano altre unità abitative, anche nel medesimo comune[66].

Dunque, chi decide di acquistare l'abitazione principale può rivolgersi ad una società di leasing per richiedere la stipula di un contratto della specie: in questo caso la società di leasing, ove ritenga di dar corso all'operazione (resta fermo infatti il diritto del concedente a compiere ogni valutazione sul merito creditizio del suo cliente), procederà all'acquisto in proprio nome dell'immobile abitativo e lo concederà in locazione all'utilizzatore, che ne avrà quindi l'immediata disponibilità, assumendosene peraltro i conseguenti rischi, compreso quello del perimento[67]. Una volta concluso il pagamento delle rate standard, si può scegliere se pagare una maxi-rata finale – prestabilita in fase di stipula del contratto – per diventare proprietario a tutti gli effetti della casa o se restituire l'immobile alla proprietà. L'utilizzatore sarà, quindi, chiamato, nel corso di vita

[65] Come visto, si deve all'art. 1, commi da 76 ad 81, legge 28 dicembre 2015, n. 208, la disciplina ormai tipica del contratto di locazione finanziaria di immobile da adibire ad abitazione principale.

[66] E comunque la legge non richiama l'esclusione dai benefici fiscali, che invece è fatta a proposito delle agevolazioni prima casa, per le unità c.d. di lusso, oggi identificate in quella censite a catasto dei fabbricati con le categorie A1, A8, A9.

[67] Di solito i contratti di leasing prevedono l'obbligo per l'utilizzatore di stipulare un'adeguata copertura assicurativa per garantire tali rischi.

del contratto, a sostenere i seguenti oneri: un maxi canone iniziale, di solito fra il 10% e il 30% del prezzo d'acquisto dell'immobile, da versarsi contestualmente alla stipula del contratto di acquisto dell'immobile da parte del concedente; un canone mensile periodico che sarà determinato dall'ammontare del prezzo d'acquisto e dall'applicazione di un tasso d'interesse; un prezzo di riscatto alla fine del contratto, di solito compreso tra il 10% e il 20% del prezzo d'acquisto; le spese per eventuali commissioni ed oneri che risarciscono i costi dell'operazione in capo alla concedente; le spese per la copertura assicurativa dei rischi contrattuali.

Così descritta, questa particolare forma di contratto di finanziamento, presenta analogie sia con il mutuo che con il *rent to buy*, l'affitto con riscatto.

Concentrandoci sulle differenze rispetto al mutuo, si osservi preliminarmente che con il mutuo il soggetto diventa subito proprietario del bene, con tutte le conseguenze positive e negative (oneri fiscali) che ne derivano; con il leasing – come spiegato sopra – no. Non possiamo non notare, inoltre, come la prassi bancaria odierna offra ai clienti operazioni di durata molto più lunga, essendo comuni mutui di 25/30 anni e, per i soggetti più giovani, anche di durata superiore, mentre i tempi massimi relativi ai contratti di leasing immobiliare normalmente si attestano intorno ai 12/15 anni. Nel caso di mutuo ipotecario, però, è più difficile ottenere una copertura pari al 100% del prezzo d'acquisto, poiché la tendenza del mondo bancario è quella di richiedere una *equity* almeno del 20-25%. Viceversa, con il leasing è possibile finanziare fino al 100% del valore totale dell'immobile da acquistare, includendo anche i costi per l'arredamento. Inoltre, con il leasing il contraente è a conoscenza sin da subito della somma da pagare per la durata del contratto e il maxi-canone iniziale è generalmente inferiore rispetto all'anticipo del mutuo; tuttavia, i tassi di interesse dei mutui sono generalmente più vantaggiosi.

La maggiore appetibilità del contratto di leasing immobiliare abitativo rispetto ad altre forme di finanziamento deriva, invece, certamente da un regime fiscale ampiamente favorevole, in particolare per i soggetti di età inferiori a 35 anni; il legislatore ha quindi voluto favorire particolarmente l'accesso all'acquisto dell'abitazione principale per i più giovani.

Le agevolazioni fiscali previste dalla legge di Stabilità del 2016 riguardano sia le imposte dirette sull'atto d'acquisto e sull'atto di riscatto, che le imposte sul contratto di leasing che, ancora, l'imposta sui redditi dell'utilizzatore[68].

[68] Di seguito queste agevolazioni nel dettaglio: l'utilizzatore ha diritto di detrarre dalla propria dichiarazione dei redditi i canoni di leasing per un massimo di euro 10.000 in caso di under 35 anni, e di euro 4.000 in caso di over 35 anni (si ricordi che la detrazione per i mutui ipotecari riguarda non l'intera rata ma i soli interessi passivi con un massimo generalizzato di euro 4.000 annui); non è dovuta alcuna imposta sostitutiva sul contratto di leasing, mentre il mutuo ipotecaria sconta, quando finalizzato all'acquisto dell'abitazione principale, un'imposta pari allo 0,25% del capitale mutuato; pur essendo il contratto di leasing sostanzialmente un contratto di locazione con facoltà di riscatto; non è dovuta alcuna imposta di registro periodica, mentre i contratti di locazione scontano un'imposta di registro annuo; all'atto dell'acquisto, il concedente, in quanto acquirente, pagherà, se il venditore sarà una persona fisica o se comunque l'operazione sarà esente da IVA, un'imposta di registro proporzionale pari all'1,5% e, assieme ad esse, imposte ipotecari catastali nella misura fissa di euro 200 ciascuna (l'imposta proporzionale di registro per l'acquisto della prima casa ammonta oggi al 2%); al momento del riscatto dalla società di leasing, sarà l'utilizzatore a dover pagare imposta di registro, ipotecaria e catastale, tutte e tre nella misura fissa di euro 200 ciascuna; non sarà necessaria la stipula di un contratto di leasing in forma di atto pubblico, e quindi non ma- tureranno le relative spese notarili: la prassi odierna è che contestualmente all'atto di vendita venga stipulato in forma di atto privato, un contratto di locazione finanziaria che acquista data certa con la registrazione a tassa fissa di euro 200.

La differenza che più interessa chi scrive, in tale contesto, è che in caso di inadempimento contrattuale, rappresentato dalla mancata corresponsione dei canoni di locazione, non sarà necessaria una procedura esecutiva in quanto la concedente sarà già proprietaria dell'immobile: sarà semmai necessario, in questo caso, disciplinare la liberazione dell'immobile stesso da parte dell'utilizzatore, che comunque avrà diritto, alla vendita della proprietà, a percepire la differenza tra il prezzo realizzato ed il residuo credito della concedente[69].

Il comma 78 dell'art. 1, legge n. 208/2015, illustra, infatti, le conseguenze della risoluzione del contratto di locazione finanziaria per inadempimento dell'utilizzatore (in maniera analoga all'art. 72-quater della legge fallimentare), accordando al concedente il diritto alla restituzione del bene, ma obbligandolo a corrispondere all'utilizzatore quanto ricavato dalla vendita o ricollocazione del bene attuata secondo i valori di mercato ed in base a criteri di trasparenza e pubblicità, dedotta la somma dei canoni rimasti insoluti, dei canoni a scadere attualizzati e del prezzo pattuito per l'esercizio dell'opzione finale di acquisto.

Si tratta di una sorta di vendita in danno dell'utilizzatore, volta a tutelare più efficacemente l'interesse del concedente in via di autotutela, perciò condizionata dalla garanzia che il prezzo richiesto al terzo compratore sia effettivamente quello ricavabile in base al normale mercato dell'immobile. In tal modo, il concedente si assicura sul ricavato della vendita o della ricollocazione del bene un importo pari ai canoni maturati fino al momento della risoluzione sommati al prezzo d'opzione, ovvero l'intero profitto inizialmente atteso quale corrispettivo dell'operazione di finanziamento, pur senza perdere la proprietà del bene (a differenza di quanto previsto, ad esempio, dall'art. 1526 c.c. in tema di vendita con riserva della proprietà).

Tuttavia, il concedente non deve conseguire un indebito vantaggio derivante dal cumulo della somma dei canoni, del prezzo di opzione e del valore del bene, sicché, sul modello di un patto marciano, egli rimane obbligato a corrispondere all'utilizzatore quanto del prezzo ricavato dalla vendita o ricollocazione del bene risulti eccedente i propri crediti derivanti dalla locazione finanziaria.

Viene, infatti, da domandarsi – alla luce di quanto premesso – se la disciplina recata in materia di leasing immobiliare abitativo (art. 1, comma 78, l. 28 dicembre 2015, n. 208), nonché quella di cui all'art. 1, comma 138, della l. 4 agosto 2017, n. 124, non possano costituire un mezzo per svincolarsi dal divieto del patto commissorio, che opera invece in materia di mutuo.

5.1. Il divieto del patto commissorio.

Come è noto, il divieto del patto commissorio[70] è sancito dagli artt. 2744 e 1963 c.c. Secondo tali disposizioni, è vietato (a pena di nullità) il patto con cui si conviene che il

[69] M. GHIRLANDA, *Note sul leasing immobiliare abitativo*, in *Immobili & proprietà*, 2017.

[70] La letteratura sul tema è vastissima; limitandosi soltanto alle trattazioni monografiche o enciclopediche si segnalano (oltre ai lavori fin qui citati), ex multis: V. LOJACONO, *Il patto commissorio nei contratti di garanzia*, 1952; C. M. BIANCA, *Il divieto del patto commissorio*, Milano, 1957; ID., *Patto commissorio*, in *Nss. Dig.*, UTET, 1965, vol. XII, 711 ss.; U. CARNEVALI, *Patto commissorio*, in *Enc. Del Dir.*, XXXII, Milano, 1982, p. 502 ss.; M. IACUANIELLO BRUGGI, *Patto commissorio*, in *Enc. Treccani*, Roma, 1990; M. DI PAOLO, *Patto commissorio*, in *Dig. disc. priv.*, Torino, 1995, pp. 309 ss.; F. ANELLI, *L'alienazione in funzione di garanzia*, Milano, 1996; F. GIGLIOTTI, *Patto commissorio autonomo e libertà*

bene dato in pegno o ipotecato, o concesso a titolo anticretico, passi in proprietà del creditore in caso di mancato adempimento; è altrettanto noto, poi, che – nonostante l'esplicita delimitazione del divieto (e la sua espressa ripetizione per il creditore anticretico[71]) soltanto con riguardo a (patti che hanno ad oggetto) beni vincolati in garanzia – una diffusissima opinione, dottrinale e giurisprudenziale, reputa applicabile la proibizione anche agli accordi commissori aventi ad oggetto cose libere, cioè non preventivamente offerte in garanzia (c.d. patto commissorio autonomo).

Circa la ratio di siffatto divieto[72], soprattutto in merito al patto commissorio autonomo (svincolato da qualsiasi garanzia tipica), vi sono diverse interpretazioni.

Secondo l'impostazione tradizionale questa risiederebbe nell'esigenza di evitare di esporre la parte contrattuale presumibilmente più debole (il debitore) ad eventuali approfittamenti da parte del creditore che – lucrando sulle difficoltà economiche del primo in ipotesi d'inadempimento – potrebbe conseguire la titolarità di beni di valore ben superiore rispetto all'importo del credito garantito[73]. A tale ricostruzione si obbietta però che anzitutto la "debolezza" del debitore e la relativa lesione della sua sfera giuridica è soltanto potenziale, ben potendo questi essere in concreto molto più facoltoso, informato e avveduto del creditore. Inoltre, la tutela di una parte nei confronti delle possibili prevaricazioni dell'altra è di norma attuata dal sistema civilistico attraverso meccanismi azionabili unicamente su istanza della parte lesa.

Si pensi alla rescissione per lesione del contratto concluso in stato di bisogno ai sensi dell'art. 1448 c.c. oppure alla risoluzione per eccessiva onerosità sopravvenuta ex art. 1467 c.c. Si consideri inoltre la ben più recente disciplina delle c.d. clausole vessatorie di cui agli artt. 33 e segg. D. Lgs. n. 206/2005 (c.d. codice del consumo) imperniata sul sistema della c.d. nullità relativa, per cui spetta solo alla parte contrattuale ritenuta più debole optare o meno per la caducazione dell'assetto d'interessi potenzialmente lesivo della propria sfera giuridica[74], che è differente da quella prevista all'art. 2744 c.c. a norma del quale la nullità della pattuizione è indisponibile, assoluta e rilevabile d'ufficio dal giudice. Tale norma parrebbe pertanto posta a tutela di un interesse superindividuale.

---

dei contraenti, Napoli, 1997; ID., *Il divieto del patto commissorio*, Milano, 1999; A. SASSI, *Garanzie del credito e tipologie commissorie*, Napoli, 1999; N. CIPRIANI, *Patto commissorio e patto marciano. Proporzionalità e legittimità nelle garanzie*, Napoli, 2000; M. BUSSANI, *Il problema del patto commissorio. Studio di diritto comparato*, Torino, 2000; G. BOZZI, *Alienazione in garanzia e tipologie commissorie*, Milano, 2000; G. F. MINNITI, *Garanzia e alienazione*, Torino, 2007; D. MARINELLI, S. SABATINI, *Le alienazioni in garanzia*, Rimini, 2018. Per una trattazione di sintesi v. P. GALLO, *Divieto del patto commissorio*, in *Comm. al c.c.*, E. Gabrielli (diretto da), sotto artt.2643-2783 ter, Torino, 2016, pp. 959 ss.; A. BALTI, *Clausola di patto commissorio*, in *Clausole negoziali*, M. CONFORTINI (a cura di), Torino, 2019, pp. 578 ss.

[71] Sulle ragioni che danno conto della specifica utilità di una espressa ripetizione del divieto (art. 1963 c.c.) con riguardo al creditore anticretico – ripetizione che risulterebbe, invece, non agevolmente giustificabile a voler seguire l'idea, invero assai diffusa, che vede nell'art. 2744 c.c. una norma c.d. materiale – sia consentito rinviare a F. GIGLIOTTI, *Patto commissorio autonomo e libertà dei contraenti*, cit., pp. 127 ss.

[72] Cfr. L. MATTIANGELI, *Divieto di patto commissorio, ratio, fondamento ed analisi delle posizioni di dottrina e di giurisprudenza*, in *Vita Notar.*, 2006, pp. 1092 e segg.

[73] Sul punto V. ROPPO, *Note sopra il divieto del patto commissorio*, in *Riv. Notar.*, 1981, pp. 401 e segg. In giurisprudenza Cfr. Cass., 10.03.2011, n. 5740, in *Resp. Civ. e Prev.*, 2011.

[74] Gli apporti della normativa di fonte sovranazionale e comunitaria determinano peraltro nel momento attuale una progressiva destrutturazione della categoria concettuale della nullità. In argomento V. MANTOVANI, *Le nullità e il contratto nullo*, in *Tratt. Contr.*, V. ROPPO (diretto da), A. GENTILI (a cura di), Milano, 2006.

A tal proposito autorevole dottrina[75] rinviene la ratio del divieto di patto commissorio nella tutela della *par condicio creditorum*. In quest'ottica siffatto divieto sarebbe precipuamente posto a tutela degli eventuali ulteriori creditori, che correrebbero il rischio della sottrazione di un cespite alla garanzia comune dei loro crediti. Siffatta analisi ricostruttiva è stata non senza mordente criticata da chi sottolinea come anche in tal caso la lesione del ceto creditorio sarebbe meramente potenziale.

Altra visione [76] sostiene, poi, che alla base del predetto divieto vi sarebbe l'incompatibilità fra la causa di vendita e quella di garanzia e, pertanto, l'inammissibilità di un negozio a effetti traslativi atipici.

Ma per tale via si giungerebbe a ritenere nullo anche il patto marciano di cui dottrina e giurisprudenza costante e consolidata sostengono la validità.

Ulteriore prospettazione asserisce, viceversa, che il fondamento del divieto in esame riposerebbe sull'esigenza d'impedire la realizzazione di una forma di autotutela privata che sarebbe contraria al principio di ordine pubblico perché idonea a erodere il monopolio statuale sull'attività esecutiva [77] . Si è però, a contrario, rilevato che l'ordinamento ammette forme di autotutela consensuale diverse dall'esecuzione forzata[78] quale ad esempio la cessione dei beni ai creditori prevista dagli artt. 1977 e segg. c.c. oppure il sequestro convenzionale disciplinato dagli artt. 1798 e segg. c.c. Inoltre, ove si accogliesse la tesi dell'inderogabilità delle procedure esecutive si escluderebbero dall'ambito di operatività del divieto *de quo* gli accordi svincolati dalla costituzione di garanzie reali tipiche come i patti commissori c.d. autonomi.

Alla luce di quanto prospettato l'analisi ricostruttiva forse più condivisibile dal punto di vista letterale e sistematico sembrerebbe essere quella che identifica la ratio del divieto di patto commissorio nell'esigenza di tutela della *par condicio creditorum*[79].

5.1. Il patto marciano.

---

[75] In tal senso F. CARNELUTTI, *Mutuo pignoratizio e vendita con clausola di riscatto*, in *Riv. Dir. Proc*., 1946, pp. 146 e segg.; G. AMORTH, *Divieto del patto commissorio apposto a un mutuo ipotecario*, in *Riv. Trim. Dir. e Proc. Civ.*, 1949, pp. 717 e segg.

[76] Così N. CARIOTA FERRARA, *I negozi fiduciari*, Padova, 1933, pp. 13 e segg.; S. PUGLIATTI, *Precisazioni in tema di vendita a scopo di garanzia*, in *Riv. Trim. Dir. e Proc. Civ*., 1950, pp. 298 e segg.; C. M. BIANCA, *Patto di riscatto e alienazioni a causa di garanzia*, in *Tratt. Dir. Priv*., F. VASSALLI (a cura di), Torino, 1993, pp. 681 e segg.; V. MARICONDA, *Trasferimenti commissori e principio di causalità*, in *Foro It*., 1989, pp. 1428 e segg.

[77] In tal senso E. BETTI, *Sugli oneri e i limiti dell'autonomia privata in tema di garanzia e modificazione di obbligazioni*, in *Riv. Dir. Comm*., 1932, pp. 689 e segg.; U. MIELE, *Sul patto commissorio immobiliare*, ivi, 1946, p. 65.

[78] Lo rileva G. BONGIORNO, *L'autotutela esecutiva*, Milano, 1984, pp. 31 e segg., che sottolinea come nel nostro ordinamento non esiste un generale principio d'inderogabilità dell'espropriazione forzata giurisdizionale e d'inammissibilità dell'autotutela esecutiva di fonte convenzionale.

[79] La critica che si muove a questa tesi – come in precedenza evidenziato – risiede nell'argomento che la lesione della par condicio sarebbe soltanto potenziale. Occorre tuttavia rilevare che il sistema civilistico già conosce ipotesi in cui si sanziona con la nullità operazioni solo potenzialmente contrarie a determinati interessi superindividuali. Si pensi ad esempio ai divieti speciali di comprare previsti dall'art. 1471, nn. 1) e 2), c.c. Ciò in quanto in ipotesi di patto commissorio tipico perché accessorio a una garanzia reale oppure a un contratto d'anticresi la valutazione delle potenzialità lesive della *par condicio creditorum* sarebbe effettuata preventivamente dal legislatore ricorrendo al meccanismo della presunzione legale c.d. assoluta. In ipotesi di patto commissorio autonomo, invece, la valutazione dell'eventuale lesione della predetta *par condicio* spetterebbe all'interprete. Nel silenzio della legge e in ossequio al generale principio di conservazione del negozio parrebbe adeguato imperniare tale valutazione sull'effettività di siffatta lesione. Sembrerebbe allora opportuno - in ipotesi d'interpretazione estensiva del divieto di patto commissorio e dunque al di fuori dei casi previsti dalla legge - inserire alla tesi che ravvisa il fondamento di siffatto divieto nell'esigenza di tutela della *par condicio creditorum* il correttivo dell'effettività della lesione della stessa. Vd. G. RISPOLI, *Ai confini del divieto di patto commissorio*, in *Giur. It*., 2013.

Dalla figura tipizzata come patto illecito (quella commissoria) viene però tradizionalmente tenuta separata, appunto, quella di un accordo (c.d. marciano) attraverso il quale debitore e creditore concordano che, in caso di mancato adempimento, il creditore acquisterà (o consoliderà) la proprietà del bene promesso, con l'obbligo di restituire l'eccedenza (rispetto all'importo del debito) del valore stimato della cosa, e con la precisazione che la stima sarà effettuata – successivamente all'inadempimento – ad opera di un terzo, che proceda con criteri oggettivi[80].

Entrambi i patti sono alienazioni in garanzia, cioè volte a garantire un credito e rafforzare la posizione del creditore; tuttavia, è riconosciuta la liceità del patto marciano poiché solo nella struttura dello stesso è insito il vantaggio dell'accordo per il debitore (questo potrebbe sussistere anche nel patto commissorio, tuttavia, essendo esso solo eventuale non è in grado, in ogni caso, di renderlo lecito). Tale vantaggio, tipico del patto marciano, è garantito dalla valutazione del bene oggetto del trasferimento, che viene effettuata da parte di un soggetto terzo, successivamente all'inadempimento. Di conseguenza, attraverso il patto in questione è possibile scongiurare il realizzarsi delle conseguenze vietate dal legislatore e proprie del patto commissorio, cioè un'indebita locupletazione a danno del debitore derivante dall'assenza di un qualsiasi controllo sulla proporzione tra valore del bene e prezzo della compravendita. Il creditore che intenda acquistare il bene oggetto del patto marciano dovrà, pertanto, *in primis* procedere a far stimare lo stesso da un soggetto terzo e, nel caso in cui il valore del bene superi l'ammontare complessivo dovuto dal debitore, procedere al pagamento dell'importo eccedente l'entità del credito. Requisito qualificante del patto marciano, assolutamente indispensabile per non ricadere nella previsione di cui all'art. 2744 c.c., è, dunque, che il creditore sia obbligato a restituire al debitore l'eventuale eccedenza del valore del bene alienato rispetto all'ammontare del credito. Tale profilo non richiede particolare illustrazione corrispondendo esso ad una pressoché unanime indicazione da parte della dottrina e della giurisprudenza[81], che vedono in esso il tratto marcante della figura e al tempo stesso differenziale rispetto al patto commissorio. D'altro canto, tale indicazione è stata recepita dal nostro legislatore nel disciplinare i sottotipi di patto marciano in materia bancaria (v. sia l'art. 48-bis, comma 2 che l'art. 120-quinquiesdecies, comma 3,

[80] Una sintesi essenziale degli elementi caratteristici del patto marciano di diritto comune è tracciata da A. DIENER, *Introduzione al patto marciano*, nel volume di Associazione T.S.E.I., *Patto Marciano o "Marziano"?, Alcuni spunti critici circa l'applicabilità pratica del nuovo strumento legislativo di garanzia*.

[81] Cfr., in tal senso, in dottrina, C. M. BIANCA, *Il divieto del patto commissorio*, cit., pp. 218 ss.; F. ANELLI, op. cit., pp. 303 ss.; N. CIPRIANI, op. cit., pp. 209 ss.; U. CARNEVALI, *voce Patto commissorio*, in *Enc. dir. XXXII*, Milano, 1982, p. 505 ss.; P. GALLO, *Divieto del patto commissorio*, in *Commentario del cod. civ*., E. GABRIELLI (diretto da), sotto Artt. 2643-2783 ter, Torino 2016, pp. 972 s.; U. LA PORTA, *Il problema della causa del contratto. La causa e il trasferimento dei diritti*, Torino 2000, pp. 146 ss.; M. BUSSANI, *Il problema del patto commissorio*, cit., pp. 217 ss.; A. SASSI, op. cit., pp. 287 ss.; A. LUMINOSO, *Patto commissorio, patto marciano e nuovi strumenti di autotutela esecutiva*, in *Rivista di diritto civile*, p. 12; A. DOLMETTA, *La ricerca del «marciano utile»*, in *Rivista di diritto civile*, pp. 816 ss. Per la giurisprudenza, v. Cass. 28 gennaio 2015, n. 1625, in *R. not*, 2015, pp. 182 ss.; Cass. 9 maggio 2013, n. 10986, in *Vita not*., 2013, p. 719; Cass. 21 gennaio 2005, n. 1273, in *Leggi d'Italia.* Nel senso della nullita` del patto marciano, v. G. MINNITI, *Garanzia e alienazione*, Torino 2007, pp. 29 ss.; V. MARICONDA, *Trasferimenti commissori e principio di causalità*, in *F. it*., 1989. V., infine, Cass., 18 marzo 2015, n. 5440, in *Leggi d'Italia*.

TUB)[82]. Si comprendono, quindi, le ragioni per le quali la dottrina[83] e la giurisprudenza abbiano attribuito alla stima un rilievo di primo piano, segnalando la necessità che essa venga compiuta in un momento successivo all'inadempimento, ad opera di un perito indipendente ed esperto, in tempi certi e con modalità definite (che assicurino il diritto al contraddittorio delle parti) al fine di individuare il giusto prezzo del bene alienato, ossia il prezzo corrente[84].

È in conclusione possibile affermare che la stima del bene oggetto del trasferimento, che rispetti i canoni di obiettività e imparzialità, ricopre un ruolo centrale nel delineare i confini tra patto commissorio e marciano, permettendo così di stabilire la liceità o meno dell'alienazione in garanzia[85].

Alla luce di quanto premesso, possiamo ora tentare di offrire una risposta all'interrogativo inizialmente proposto, circa il rischio che la disciplina recata dall'art. 1, comma 78, l. 28 dicembre 2015, n. 208 (materia di leasing immobiliare abitativo), e dall'art. 1, comma 138, della l. 4 agosto 2017, n. 124, possa costituire un mezzo per disciogliersi dal divieto del patto commissorio, che opera invece in materia di mutuo.

Ebbene, ad opinione di chi scrive, che segue autorevole dottrina, un tale quesito non troverebbe seguito in quanto alla disciplina della risoluzione del contratto di locazione finanziaria ora recata dall'art. 1, comma 138, della l. 4 agosto 2017, n. 124 e, in materia di leasing immobiliare abitativo, dall'art. 1, comma 78, l. 28 dicembre 2015, n. 208, va attribuita una diversa qualificazione rispetto al patto commissorio, accostandola al patto marciano[86].

I sostenitori di questa tesi muovo dall'assunto che verrebbe qui consentita la soddisfazione (coattiva) del diritto (di credito, quale risultante dalla risoluzione del rapporto), attraverso il realizzo (del valore) del bene sul mercato, e con garanzia che il creditore non riceva più di quanto dovuto dal debitore.

Resta, tuttavia, la necessità, allora, che, così come per il patto marciano, anche il bene oggetto del leasing venga, prima della vendita da parte del concedente, sottoposto ad

[82] Il diritto del debitore a ricevere l'eventuale "supero" è previsto anche nei congegni marciani *ex lege* e segnatamente nel prestito vitalizio ipotecario regolato dall'art. 12 quater della l. 2 dicembre 2005, n. 248.

[83] Per la dottrina, v. A. DOLMETTA, *La ricerca del «marciano utile»*, cit., pp. 817, 820 ss.; per la giurisprudenza, cfr. spec. Cass. 28.01.2015, n. 1625, cit.

[84] Il legislatore, nel disciplinare i patti marciani bancari, ha statuito che il valore del bene sia stimato con perizia successiva all'inadempimento da un perito indipendente scelto dalle parti di comune accordo ovvero, in difetto di accordo, dal Presidente del Tribunale, con le modalità di cui all'art. 696, comma 3, c.p.c. (v. art. 120-quinquiesdecies, comma 4, lett. d), TUB) ovvero che il perito, nominato dal Presidente del Tribunale proceda alla stima secondo i criteri di cui all'art. 568 c.p.c., comunichi entro sessanta giorni dalla nomina la stima giurata al debitore (e, se diverso, al proprietario del bene), al creditore e agli altri creditori con titolo trascritto o iscritto, i quali possono inviare tempestivamente note al perito (v. art. 48 bis, comma 6, TUB). Quest'ultima disposizione inoltre, assai opportunamente, dichiara applicabile alla perizia contrattuale in discorso l'art. 1349, comma 1, c.c. Sui rimedi esperibili contro la stima, v. A. DOLMETTA, *La ricerca del «marciano utile»*, cit., pp. 817 ss.

[85] N. CIPRIANI, *Patto commissorio e patto marciano*, cit., pp. 151 ss.

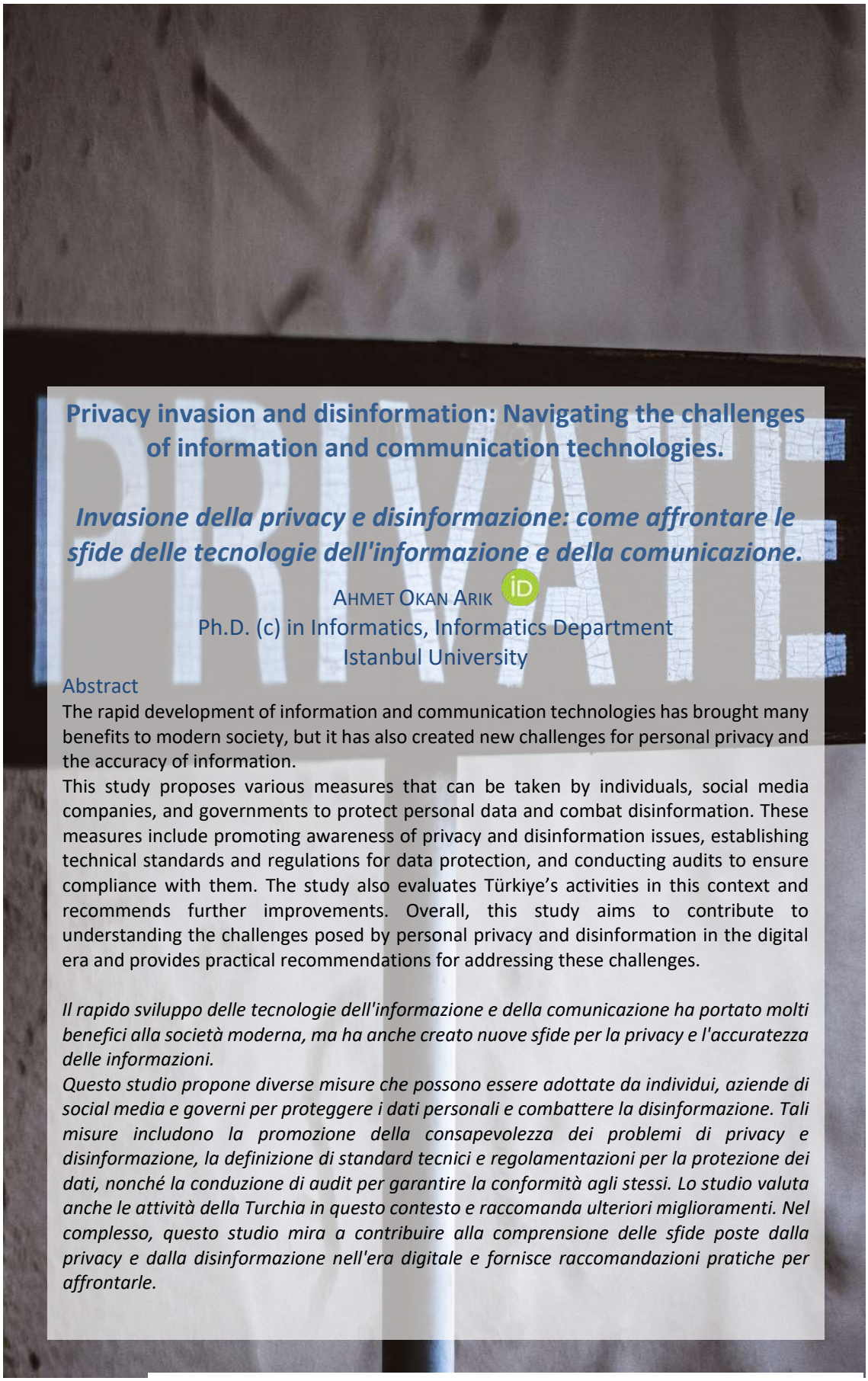
[86] D. POLETTI, *"Forme" del godimento con vocazione traslativa: appunti sul leasing immobiliare abitativo*, in *Annuario del Contratto*. 2017, A. D'Angelo e V. Roppo (dir. da), Torino, 2018, pp. 73 ss.; anche A. CHIANALE, *Alienazioni in garanzia e patti marciani*, 2021, pp. 459 ss. tratta del tema nell'ambito della considerazione delle "discipline marciane". Si tratta, peraltro, di una soluzione che evoca soltanto la tematica implicata dal patto marciano, nei limiti in cui contempla uno strumento di rapida realizzazione di una pretesa creditizia, senza, però, fornire elementi davvero significativi di confronto. V., infine, F. GIGLIOTTI, "Nuovi marciani" e alienazioni commissorie (tra discipline di settore e sistema codicistico), 2022.

una stima ad opera di un soggetto terzo; in mancanza verrebbe meno il principale elemento di distinzione tra il patto commissorio e quello marciano[87].

[87] Per una disamina più completa dei tratti distintivi v. A. LUMINOSO, *Patto marciano e sottotipi*, in *Rivista di diritto civile*, 2017.

Okan Arik A, 'Privacy invasion and disinformation: Navigating the challenges of information and communication Technologies' (2023) 1 EJPLT, 208-219.
DOI: https://doi.org/10.57230/EJPLT231AOA

EJPLT
ISSN 2704-8012



Privacy invasion and disinformation: Navigating the challenges of information and communication technologies.

Invasione della privacy e disinformazione: come affrontare le sfide delle tecnologie dell'informazione e della comunicazione.

AHMET OKAN ARIK
Ph.D. (c) in Informatics, Informatics Department
Istanbul University

Abstract

The rapid development of information and communication technologies has brought many benefits to modern society, but it has also created new challenges for personal privacy and the accuracy of information.

This study proposes various measures that can be taken by individuals, social media companies, and governments to protect personal data and combat disinformation. These measures include promoting awareness of privacy and disinformation issues, establishing technical standards and regulations for data protection, and conducting audits to ensure compliance with them. The study also evaluates Türkiye's activities in this context and recommends further improvements. Overall, this study aims to contribute to understanding the challenges posed by personal privacy and disinformation in the digital era and provides practical recommendations for addressing these challenges.

Il rapido sviluppo delle tecnologie dell'informazione e della comunicazione ha portato molti benefici alla società moderna, ma ha anche creato nuove sfide per la privacy e l'accuratezza delle informazioni.

Questo studio propone diverse misure che possono essere adottate da individui, aziende di social media e governi per proteggere i dati personali e combattere la disinformazione. Tali misure includono la promozione della consapevolezza dei problemi di privacy e disinformazione, la definizione di standard tecnici e regolamentazioni per la protezione dei dati, nonché la conduzione di audit per garantire la conformità agli stessi. Lo studio valuta anche le attività della Turchia in questo contesto e raccomanda ulteriori miglioramenti. Nel complesso, questo studio mira a contribuire alla comprensione delle sfide poste dalla privacy e dalla disinformazione nell'era digitale e fornisce raccomandazioni pratiche per affrontarle.

© The author(s) 2023, published by Suor Orsola Benincasa Università Editrice.
This contribution is licensed under a Creative Common Attribution 4.0 International Licence CC-BY-NC-ND, all the details on the license are available at: https://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/4.0/

Keywords: Protection of Personal Data; Disinformation; Fake News; Artificial Intelligence; Social Media.

Summary: Introduction. – 1. Personal Privacy & Personal Data. – 2. Protection of Personal Data and Disinformation. – 2.1. Social Media, Personal Data Breaches and Disinformation. – 2.2. The Use of Technology in the Creation and Detection of Disinformation. – 3. Result and discussion.

Introduction.

The concept of technology consists of the Greek words “techne” meaning craft, art, and “logos” meaning word, and it is known to mean talking about arts when it was first used.[1] Today, technology is a functional concept that has outputs to shape people's environment and facilitates people's lives day by day. The invention of writing, which laid the groundwork for the cumulative nature of science and followed by parchment and paper, facilitated the recording and dissemination of thoughts and actions. Mass production of information was achieved with the invention of block printing and its successor printing press. The following important technological development in the field of communication was the telegraph, which made communication independent from transportation boundaries. After developments such as the invention of electricity and the industrial revolution, the social structure changed significantly, and urban life emerged.

Today, the foundations of the Internet, which is one of the basic technologies of the modern world, were laid in 1962 with experiments within the scope of the Defense Advanced Research Projects Agency (DARPA) in the USA. With the development of the World Wide Web technology, an important milestone in communication and information technologies after the Internet by Tim Berners, the Internet has spread globally, and a worldwide information sharing network has been established.[2] When the web was first developed, users as consumers could only interact one-way with content on static websites. Then, users could create and share content thanks to the development of Web 2.0 technology. Thus, individuals who have become both consumers and producers have acquired a new communication tool that allows communication independent of location. Toffler defines these individuals with the concept of “prosumer” meaning content producer and consumer. On the other hand, Henry Jenkins states that Web 2.0 users will democratize the media.[3]

Disruptive technologies such as artificial intelligence, which has recently gained popularity, and the Internet of Things, which is one of the main reasons for the increase in the amount of data generated today by significantly increasing the number of internet-connected devices, the rapidly increasing rate of digitalization and the

[1] R Tulley, ‘Is There Techne in My Logos? On the Origins and Evolution of the Ideographic Term—Technology’ (2008) 4 International Journal of Technology, Knowledge and Society 93.

[2] K Jacksi and S Abass, ‘Development History Of The World Wide Web’ (2019) 8 International Journal of Scientific & Technology Research 75.

[3] H Jenkins, *Convergence Culture: Where Old and New Media Collide* (New York University Press 2006); A Toffler, *The Third Wave* (Bantam 1984).

cheapening data storage and processing costs are giving data a golden age. Apart from disruptive technologies, another development that has significantly increased the size of the data generated is the coronavirus outbreak that emerged in 2019 and affected the whole world. Following the coronavirus outbreak, the internet, which has become the most important tool for individuals to conduct their business and social lives, has significantly increased its influence and effectiveness in many areas. Search engines, satellites, researchers, security agencies, advertisers, and data professionals process terabytes of data every day. A considerable amount of such data is about people - their personal characteristics, ideas, habits, actions, conversations, and preferences - or might be used to generate such data.[4] As of April 2022, it is known that 63% of the world's population, approximately 5 billion people, have access to the internet, and 93% of them use social media.[5] In 2022, 347,200 tweets, 5,900,000 Google queries, 1,700,000 Facebook posts, and 231,400,000 emails were sent per minute. In 2022, the amount of data generated was 97 zettabytes, which is expected to increase to 181 zettabytes by 2025.[6]

The increase in the number of devices connected to the Internet and the increase in the use of social media with a participatory culture make it difficult to solve the problems of protecting personal privacy and accessing accurate information in the virtual environment, which are the problems of today's modern people. Cases such as Russia's manipulation and manipulative fake news on Twitter targeting the 2016 US elections and Facebook's Cambridge Analytica scandal, which involves personal data breaches for manipulation and propaganda purposes, are of great importance in terms of showing the impact and problems that these problems may cause.[7]

In the first part of the study, personal privacy and personal data privacy, privacy violations, and legal regulations established to prevent violations will be discussed. In the second part, the concepts of disinformation and fake news will be defined, and the role of technology in designing and detecting disinformation will be evaluated. Finally, in conclusion, the role of protecting personal data in the fight against disinformation and the steps taken by Türkiye in the fight against disinformation will be evaluated, and the actions to be taken by the stakeholders will be discussed.

1. Personal Privacy & Personal Data.

Confidentiality refers to the unknowability towards the part of the individual that is defined as confidential by others. Literature defines the concept of confidentiality into two main dimensions.[8] These are relational privacy and informational privacy.

[4] J Hoven, 'Information Technology, Privacy, and the Protection of Personal Data' in *Information Technology and Moral Philosophy* (Cambridge University Press 2008).
[5] 'Data Never Sleeps 10.0' (2023) <https://www.domo.com/data-never-sleeps> accessed 8 February 2023.
[6] Statista, 'User-Generated Internet Content per Minute 2022' (2022) <https://www.statista.com/statistics/195140/new-user-generated-content-uploaded-by-users-per-minute/> accessed 8 February 2023.
[7] N Grinberg and others, 'Fake News on Twitter during the 2016 U.S. Presidential Election' (2019) 363 Science (New York, N.Y.) 374.
[8] J Holvast, 'History of Privacy', in *The History of Information Security* (Elsevier 2007).

Relational privacy concerns the boundaries of people's relationships with other people. Examples could be provided for this type of privacy, such as determining who may or may not enter the property one owns or who may have physical contact with oneself. Accordingly, this type of privacy is also called territorial or bodily privacy.[9] Informational privacy is related to collecting, storing, and processing personal data. The common point in both privacy groups is that the individual has control over his/her privacy within the scope of explaining or withholding the information he/she wants and is free to exercise his/her control. For example, an individual may want his/her past to be unknown to others because he/she does not want his/her past decisions or experiences to affect his/her future and is afraid of being secretly watched or listened to. In this way, being able to choose the areas about oneself that one wants to keep private saves one from social pressure and allows one to lead a free life in line with one's own decisions.

Information privacy, defined by Westin as the right to choose by whom personal information is known, is now accepted as a valid definition for data privacy.[10] In the past, when the Internet was not developed or widespread, if personal data such as phone numbers, address information, or identity numbers were leaked or accessed by unauthorized persons, this leakage could only reach a limited geography. However, rapidly increasing mandatory digitalization on a global scale, especially with the coronavirus pandemic that started in 2019 leads to the global accessibility of individuals' communication, personal or any financial data in case of data leakage. [11] [12] However, due to the nature of the Internet, there are problems and risks associated with cybersecurity. Therefore, unauthorized access due to cybersecurity breaches can lead individuals to face fraud, identity theft, impersonation, discrimination, and even physical harm.

The first recorded violation of personal privacy, which determines the individual's freedom and is within the scope of fundamental human rights, dates back to the 15th century.[13] The violation was recorded as the interception of correspondence between two individuals for the purpose of the conspiracy by Governor Bradford in England. In addition, intrusion into the household for the purpose of eavesdropping, media activities that damage individuals' privacy, and wiretapping are among the frequent violations of personal privacy in the past.[14]

Today, advanced communication and information technologies increase the attack surfaces that will damage personal privacy and leave individuals vulnerable to cyber-attacks that many do not even know to exist. For example, video surveillance systems for security purposes, biometric systems used for secure access, genetic data used in deoxyribose nucleic acid analysis, global positioning systems used for location tracking, Bluetooth, a low energy consuming narrow range wireless communication technology,

[9] EPIC and Privacy International (eds), Privacy and Human Rights 2002: An International Survey of Privacy Rights and Developments (Epic 2002).

[10] A Westin, *Privacy and Freedom* (Ig Publishing 2015); J Ziegeldorf, O Morchon and K Wehrle, 'Privacy in the Internet of Things: Threats and Challenges' (2014) 7 Security and Communication Networks 2728.

[11] McKinsey, 'COVID-19 Digital Transformation & Technology' (2020) <https://www.mckinsey.com/capabilities/strategy-and-corporate-finance/our-insights/how-covid-19-has-pushed-companies-over-the-technology-tipping-point-and-transformed-business-forever> accessed 12 February 2023.

[12] C Bekara, 'Security Issues and Challenges for the IoT-Based Smart Grid' (2014) 34 Procedia Computer Science 532.

[13] R Hixson, *Privacy in a Public Society: Human Rights in Conflict* (1st Edition, Oxford University Press 1987).

[14] Holvast (n 8).

Wi-Fi within the scope of IEEE 802.11 wireless network protocols, database where data is kept in a virtual environment, digital twin, internet of things, artificial intelligence and other advanced technologies can contain many so-called zero-day vulnerabilities as well as the benefits they provide. Therefore, all organizations that collect, process, or store personal data should identify, analyze, evaluate, and assess the cyber risks they are exposed to and take action according to the assessment results. In this context, organizations should improve their cyber capabilities and comply with national and international legal regulations (e.g., Kişisel Verileri Koruma Kanunu (KVKK), General Data Protection Law (GDPR)), and sectoral technical standards. In addition, organizations should establish effective internal control and audit mechanisms for the control and supervision of these processes to ensure and increase effectiveness and efficiency of the processes. Otherwise, the money and power value of data, which has increased incomparably in the past, may cause the company responsible for data breach cases to lose brand value, lead to a decrease in the number of customers and revenues, and cause the organization to be fined severely by the authorities. Another result that shows the increasing data value is that the average cost of data breach cases reported in 2022 was determined to be 4.35 million dollars. This figure has been increasing continuously compared to previous years.[15]

In some way, all countries and societies in the past and present have limited access to various types of personal data. There are propriety, traditions, technologies, laws and regulations, as well as combinations of these, that forbid or restrict the usage or compromise of personal information.[16] The fact that violations of personal privacy and personal data undermine privacy, one of the most fundamental individual rights enshrined in the Universal Declaration of Human Rights in 1948, has forced lawmakers to take action on this issue. The US Privacy Act, one of the first and important laws in terms of anonymity and personal privacy, was passed in 1974 to cover mandatory practices for the anonymity and privacy of individuals.[17] The law in question covered the principles of notice, consent, individual access and control, purposeful use, adequate security, data minimization, and accountability. The European Union, on the other hand, included the principle of explicit consent among these principles with the comprehensive law enacted in 1995.[18] The main objective of the regulation was to align data protection laws across EU member states and guarantee the rights and freedoms of individuals in the processing of personal data. The law provided the data subject with rights of access, rectification, objection and deletion, as well as ensuring lawfulness, fairness and transparency. It also aimed to ensure data protection in cross-border data transfers. To implement the law, each EU member state was expected to establish a national data protection authority. The Directive laid the foundation for data protection in the EU and the General Data Protection Regulation in 2018 paving the way for

[15] IBM, 'Cost of a Data Breach' (2022) <https://www.ibm.com/reports/data-breach> accessed 12 February 2023; Security Magazine, 'Data Breaches in 2022' (2022) <https://www.securitymagazine.com/articles/98716-the-top-10-data-breaches-of-2022> accessed 12 February 2023.

[16] V Hoven (n 4).

[17] J Eden, 'When Big Brother Privatizes: Commercial Surveillance, the Privacy Act of 1974, and the Future of RFID' (2005) 4 Duke Law & Technology Review 1.

[18] Directive 95/46/EC on the protection of individuals with regard to the processing of personal data and on the free movement of such data, 1995.

subsequent regulations that further enhance privacy rights and data protection standards.

Today, the GDPR established by the European Union and the KVKK in force in Türkiye aims to ensure individuals' privacy and data by holding organizations responsible for the data they collect, process and store. The GDPR is a comprehensive data protection law that has developed in response to the need for stricter privacy regulations in the context of rapidly evolving technological developments.[19] Building on the Data Protection Directive of 1995, the GDPR was developed to address the challenges of the internet and social media in protecting personal data. In 2012, the European Commission proposed a reform to protect the privacy of individuals and make organizations that process personal data accountable for it. Following this, the GDPR was proposed by the European Parliament in 2016. The law includes stricter rules for consent, strengthened individual rights, stringent obligations for data controllers and processors, and strict penalties for non-compliance. The fact that international firms have EU citizen stakeholders extends the law beyond EU borders. In conclusion, the GDPR is an important development that puts individuals in an empowered position and emphasizes the importance of data protection and privacy rights with increasing digitalization. KVKK, like other data protection and personal privacy protection laws, was developed in response to individual privacy and data protection concerns.[20] Influenced by the EU's Data Protection Directive, Turkey recognized the need for a comprehensive legal framework for the collection and processing of personal data within its borders and jurisdiction. The law, modeled on the EU's GDPR, entered into force on April 7, 2016. The law sets out principles such as data subject rights, purpose limitation and strictly defines the roles of data controllers and processors. Following a two-year transition period following the law, compliance with the law is overseen by Turkey's Personal Data Protection Authority. With the law, Turkey aims to protect personal data, comply with international standards and ensure transparent and secure data processing within the country. Amendments and additional regulations are made to improve the law and to address subsequent challenges arising from technological developments, etc.

2. Protection of Personal Data and Disinformation.

Many disciplines have intensively studied the concepts of disinformation, misinformation and fake news. Misinformation is unintentionally false or misleading, while disinformation is intentionally false or misleading.[21] Claire Wardle and Hossein Derakhshan define misinformation as the unintentional dissemination of false photographs, dates, statistics, translations, and satire that is taken seriously, while disinformation is the intentional dissemination of manufactured or intentionally

[19] General Data Protection Regulation (GDPR) (2016/679).

[20] Kişisel Verilerin Korunması Kanunu 2016.

[21] C Jack, 'Lexicon of Lies: Terms for Problematic Information' [2017] Data & Society

manipulated audio or visuals.[22] Today, it is the most comprehensive definition close to current, considering technologies such as deep fake technology, which allows the imitation of another person created with deep learning technology, and ChatGPT, which can synthesize fictional text.

Although the concepts of disinformation and misinformation are often used interchangeably, they have differences, as seen in the definitions mentioned. Misinformation is a concept that has been discussed in the literature before the concept of disinformation, which has increased in popularity and academic interest in recent years.

Freelon and Wells state that while the mere inaccuracy of messages is sufficient to use the concept of misinformation, disinformation is created to produce various effects other than having false or misleading content.[23] The assumptions underpinning the political decision-making process are targeted at this point in order to create this effect. Therefore, disinformation is intensively studied in political contexts and issues. Apart from its impact on decision-making processes, disinformation is designed to create divisions between allies, conflict between ethnic groups, create dichotomies between individuals and groups, or manipulate the masses in national decision-making. Rubin defines disinformation for manipulation as three different factors: materialism, gaining domestic and foreign political influence, and causing problems.[24] In these concepts, both containing false messages, distinguishing disinformation from misinformation requires reading intentions. In summary, instead of working on the distinction between these two concepts, which require relative subjectivity, some studies in the literature examine the concepts of misinformation and disinformation under the umbrella of fake news.[25]

2.1. Social Media, Personal Data Breaches and Disinformation.

The history of content containing false and misleading information that we frequently encounter on social media platforms may be traced back to the invention of the printing press.[26] Depending on the context, such content can cause economic, political, and social harm and even influence elections by disseminating fake news, as in the US.[27] For example, Cambridge Analytica, which influenced the US elections, was established as a political consulting firm in the UK. The company collected the personal data of approximately 87 million people on Facebook and classified people into 200 different profiles using various data mining methods. As a result of the analysis, individuals

[22] C Wardle and H Derakhshan, 'Information Disorder: Toward an Interdisciplinary Framework for Research and Policy Making' (Council of Europe 2017) <https://edoc.coe.int/en/media/7495-information-disorder-toward-an-interdisciplinary-framework-for-research-and-policy-making.html> accessed 28 January 2023.

[23] D Freelon and C Wells, 'Disinformation as Political Communication' (2020) 37 Political Communication 145.

[24] V Rubin*, Misinformation and Disinformation: Detecting Fakes with the Eye and AI* (1st ed. 2022 edition, Springer 2022), 7-8.

[25] V Rubin, 'Disinformation and Misinformation Triangle: A Conceptual Model for "Fake News" Epidemic, Causal Factors and Interventions' (2019) 75 Journal of Documentation 1013; Rubin (n 20); Rubin.

[26] B Collins and others, 'Trends in Combating Fake News on Social Media – a Survey' (2021) 5 Journal of Information and Telecommunication 247.

[27] C Silverman, 'This Analysis Shows How Viral Fake Election News Stories Outperformed Real News On Facebook' (BuzzFeed News, 2016) <https://www.buzzfeednews.com/article/craigsilverman/viral-fake-election-news-outperformed-real-news-on-facebook> accessed 20 January 2023.

classified among the profiles were shown content and advertisements on Facebook to change their voting preferences. This scandal, which targets approximately one-third of the US population, has led individuals to think about and change their behavior regarding the internet and to protect their data.

Studies show that uninformed social media users undeniably contribute to the spread of disinformation, misinformation or fake news content. For example, in their study, Gabielkov, Ramachandran, Chaintreau, and Legout found that 59% of users shared shortened URL (bit.ly) links on Twitter without reading them, while Glenski, Pennycuff, and Weninger found that 73% did so on Reddit.[28] These data show how disinformation can easily reach large masses through bot networks and unconscious social media use.

As part of its fight against disinformation and manipulation, Facebook identified and removed 150 networks of fake accounts, pages and groups between 2017 and 2020 that exhibited Coordinated Inauthentic Behavior (CIB), which aims to mislead individuals.[29] The report found that CIB networks were most prevalent in Russia with secret services and media organizations, Iran with state institutions, Myanmar with military or police forces, the United States with political actors, public relations firms and media websites, and Ukraine with public relations agencies and political parties. The report states that the countries most targeted by CIB networks are the US, Ukraine, the UK, Libya and Sudan.[30]

2.2. The Use of Technology in the Creation and Detection of Disinformation.

The generation and dissemination of disinformation are some of the malicious use scenarios of technology. Bot networks consisting of a large number of internet-connected devices play an important role in the creation and dissemination of disinformation as well as distributed denial of service attacks. Artificial intelligence services capable of synthesizing text, such as deep fake technology that enables audio and video impersonation, clickbait content headlines, and ChatGPT, which can write fake news articles, may be used as sources of disinformation.[31] These technologies can play an important role in manufacturing consent by spreading to large masses through bot networks to influence and manipulate the masses or propaganda.

ChatGPT is a language model developed by OpenAI. ChatGPT uses the "Generative Pre-trained Transformer (GPT)" architecture based on deep learning techniques. It uses pre-trained transformer architecture to understand context when processing text data

[28] M Gabielkov and others, 'Social Clicks: What and Who Gets Read on Twitter?' (2016) 44 ACM SIGMETRICS Performance Evaluation Review 179; M Glenski, C Pennycuff and T Weninger, 'Consumers and Curators: Browsing and Voting Patterns on Reddit' (2017) 4 IEEE Transactions on Computational Social Systems 196.

[29] N McCarthy, 'Infographic: Russia & Iran Are Facebook's Top Sources Of Disinformation' (Statista Infographics, 2021) <https://www.statista.com/chart/24930/coordinated-inauthentic-behavior-networks-removed-by-facebook/> accessed 15 October 2022.

[30] Facebook, 'Coordinated Inauthentic Behavior Report' (2021) <https://about.fb.com/news/2021/11/october-2021-coordinated-inauthentic-behavior-report/> accessed 22 February 2023.

[31] N Dhanjani, 'AI Powered Misinformation and Manipulation at Scale #GPT-3' (O'Reilly Media, 25 May 2021) <https://www.oreilly.com/radar/ai-powered-misinformation-and-manipulation-at-scale-gpt-3/> accessed 20 January 2023; W Knight, 'AI Can Write Disinformation Now—and Dupe Human Readers' [2021] Wired <https://www.wired.com/story/ai-write-disinformation-dupe-human-readers/> accessed 20 January 2023.

and an enhanced self-attention mechanism to understand word relationships.[32] ChatGPT can interact with users naturally and fluently, thanks to the technologies mentioned. It may perform tasks such as answering user questions, following instructions, making suggestions, and creating text. ChatGPT, which may be integrated with a user-friendly interface, is used extensively for different purposes.

Another deep learning based technology, deep fake, can be applied to all areas of digital media. Therefore, there are many scenarios for the malicious use of these technologies: Users can place a target's face on another body in photos or videos and manipulate the target's facial expression by using their own face in a re-enactment application. Lip movements can be copied to a speaker in a video with a lip synchronization application, and fake video content can be circulated with audio generation. In addition, with the ability to generate automatic text, it is possible to make a topic a hot topic on social media, direct the masses, and trigger bot networks. With the ability to generate images, real-looking fake accounts can be created on social media by designing human faces that have never existed before. Through these fake accounts, communication can be established with the individuals to be defrauded, and various fraud or intelligence activities can be carried out using these methods.

Artificial intelligence also plays an important role in detecting disinformation as an antidote. Natural language processing, machine learning and deep learning methods, which are sub-fields of artificial intelligence, are used to detect disinformation and fake news in social media with artificial intelligence. According to Shu et al., there are two important stages in generating detection models using these methods.[33] The first stage is the feature extraction step. It involves extracting semantic and syntactic features of the text using natural language processing methods, as well as data such as the source, title, and whether there are images in the content. The second area of feature extraction is the user sharing the content and the network they are connected to. In order to determine the reputation and credibility of the user within the scope of the user and the content he/she produces, various attributes such as the demographic information of the user, the year of registration on the relevant social media platform, the number of followers and the number of people he/she follows, and the number of content he/she shares are extracted in this context.[34] The feature extraction within the scope of the network includes the attributes extracted from the interaction area created by the user according to their interests, topics and relationships. The next important stage after feature extraction is the detection model building stage.

Fake news detection models are divided into two different groups. These are content-based and social context-based models. Content-based models are used to detect misinformed content by examining studies involving information confirmation and the misinformed text's stylistic features. Social context-based models are auxiliary models usually used in conjunction with content-based models to increase the success of fake news detection. These models are divided into viewpoint-based and

[32] A Vaswani and others, 'Attention Is All You Need' (arXiv, 5 December 2017) <http://arxiv.org/abs/1706.03762> accessed 21 April 2023.

[33] K Shu and others, 'Fake News Detection on Social Media: A Data Mining Perspective' (2017) 19 ACM SIGKDD Explorations Newsletter 22.

[34] C Castillo, M Mendoza and B Poblete, 'Information Credibility on Twitter' (2011).

propagation-based models.[35] Viewpoint-based models are models that deal with the reactions to a post containing misinformation on social media. Propagation-based models, on the other hand, assume that content credibility is highly correlated with the credibility of related social media posts and examine related posts on social media to estimate content credibility.

3. Result and discussion.

Fake images, sounds and texts produced by artificial intelligence in a very realistic manner are used by states and organizations to manipulate and direct society by creating and disseminating fake news and disinformation on social media. Disinformation campaigns utilize the anonymity and connectivity features of the internet to create fear, anxiety and panic in society, disrupt social order, create social unrest, incite people to riot and create social division.

Social media platforms analyze users' posts and interactions to determine the preferences, behaviors and habits of the target audiences they define. By processing this data, which is used for advertising and marketing, it is aimed to offer product/service recommendations that match the target audience or similar content suggestions to ensure that they spend more time in the application. These recommendations cause users to encounter more content similar to their own views, thus increasing the likelihood of being exposed to false and misleading information. In order to prevent this problem, laws that set rules on the processing of personal data, such as KVKK and GDPR, restricting the collection of data that will enable users to be micro-targeted on social media will reduce the impact of fake news that cannot reach its target.[36] For example, in 2018, a study showed that organic sharing of anti-vaccine fake news decreased by 75% when accounts spreading disinformation about vaccines were blocked from advertising.[37] The sensitivity of these regulatory laws to transparent data processing processes and the continuity of audit activities are also important in combating disinformation. In addition to legal regulations, authorities should actively combat disinformation through public education and awareness-raising efforts to protect national security and interests, various internet regulations such as liability agreements with social media platforms, and international cooperation agreements.

In the context of combating disinformation and fake news, individuals should limit their data accessible on the internet in order not to be targeted in disinformation campaigns. Otherwise, publicly accessible personal data can create a convincing and trustworthy profile image on social media accounts that produce disinformation. In addition, individuals who use social media to get news should verify the news with fact-checking tools such as Google Fact Check before taking action following a news story and acting based on confirmed information. Individual measures can not only prevent

[35] Shu and others (n 33).

[36] A Campbell, 'How Data Privacy Laws Fight Fake News' (2019) NA Just Security <https://www.osti.gov/biblio/1598114> accessed 22 February 2023.

[37] L Chiou and C Tucker, Fake News and Advertising on Social Media: A Study of the Anti-Vaccination Movement (National Bureau of Economic Research 2018).

the spread of disinformation and fake news but also help protect personal data and create a healthy communication environment on social media platforms.

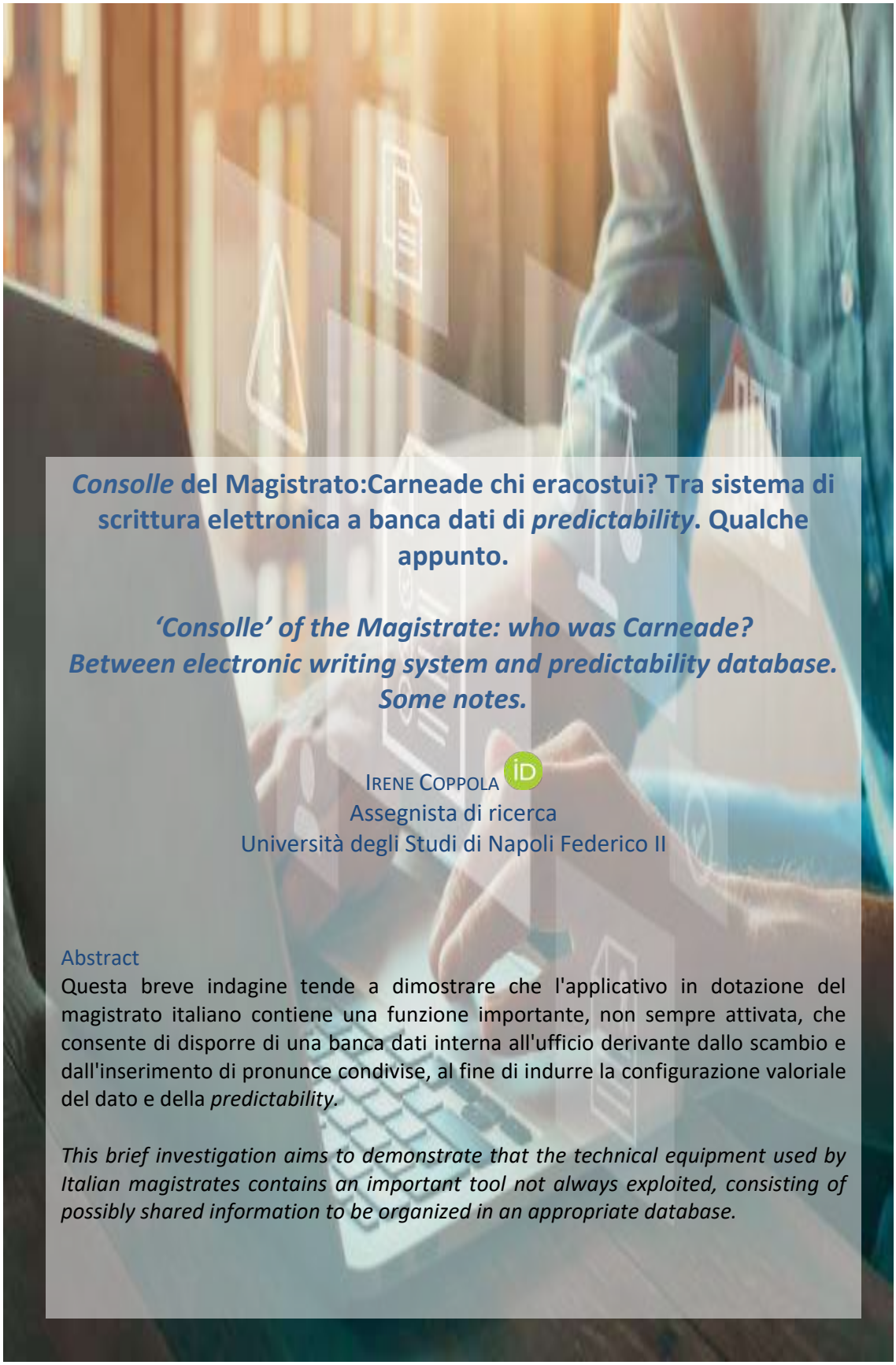
Social media organizations are one of the most important stakeholders in the fight against disinformation and fake news. Content that is very similar to the truth, which is the source of disinformation produced by artificial intelligence, significant amounts of social media flow data, the anonymity provided by the internet and the unconscious use of social media make it difficult to track and detect disinformation. Artificial intelligence, which plays a role in generating fake content that is very close to the truth, can also be used to detect and monitor disinformation. Real-time data processing technologies using natural language processing and deep learning methods can detect misinformation at a rate close to the real-time data flow of social media. The use of artificial intelligence by social media organizations and even intelligence agencies within the scope of social media intelligence is one of the technical measures that can be taken in the fight against disinformation and fake news. In addition to these, social media organizations should fulfill their responsibilities in combating disinformation by taking steps such as blocking fake accounts, labeling false information according to users' reporting and autonomous systems, and raising awareness among users.

Türkiye, which ranks 7th in the world among the most active social media users with its young population, is the target of intensive disinformation campaigns. [38] Disinformation campaigns carried out as fifth-column activities aim to create social unrest and divisions in Türkiye, which hosts various ethnic elements and many refugees, and to persuade the society. In addition to these reasons, sharing false reports and fake news on social media after the Kahramanmaras earthquake on February 6, 2023, interrupted search and rescue and relief activities in the field. As part of the fight against disinformation, the Center for Combating Disinformation was established on August 5, 2022, under the Communications Directorate of the Presidency of the Republic of Türkiye, the Center for Combating Disinformation started publishing a weekly disinformation bulletin on October 11, 2022, and on October 18, 2022, the Law on Amendments to the Press Law and Certain Laws introduced articles on combating disinformation and established various requirements for social media platforms, such as the obligation to open representative offices in Türkiye.[39] With these actions, Türkiye can be said to have an active anti-disinformation policy. In addition, providing personal data protection and media literacy training in schools will be effective in creating a society of conscious social media users.

[38] 'Reuters Institute Digital Report' (2018) <https://www.digitalnewsreport.org/./survey/> accessed 22 February 2023; 'Twitter Stats' (2023) <https://datareportal.com/essential-twitter-stats> accessed 22 February 2023.
[39] Basın Kanunu ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun 2022.

Coppola I, 'Consolle del Magistrato: Carneade chi eracostui? Tra sistema di scrittura elettronica a banca dati di predictability. Qualche appunto' (2023) 1 EJPLT, 219-229.
DOI: https://doi.org/10.57230/EJPLT231IC

EJPLT
ISSN 2704-8012



Consolle del Magistrato:Carneade chi eracostui? Tra sistema di scrittura elettronica a banca dati di *predictability*. Qualche appunto.

'Consolle' of the Magistrate: who was Carneade? Between electronic writing system and predictability database. Some notes.

IRENE COPPOLA
Assegnista di ricerca
Università degli Studi di Napoli Federico II

Abstract

Questa breve indagine tende a dimostrare che l'applicativo in dotazione del magistrato italiano contiene una funzione importante, non sempre attivata, che consente di disporre di una banca dati interna all'ufficio derivante dallo scambio e dall'inserimento di pronunce condivise, al fine di indurre la configurazione valoriale del dato e della *predictability*.

This brief investigation aims to demonstrate that the technical equipment used by Italian magistrates contains an important tool not always exploited, consisting of possibly shared information to be organized in an appropriate database.

© The author(s) 2023, published bySuorOrsolaBenincasaUniversitàEditrice.
This contribution is licensed under a Creative Common Attribution 4.0 International Licence CC-BY-NC-ND, all the details on the license are available at: https://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/4.0/

Keywords: dispositivo del magistrato; banca dati interna; magistrate device; internal database; predictability.

Summary: Introduzione.- 1.Ricostruzione terminologica di consolle *ab origine*.- 2. Funzioni dell'applicativo.- 3. La cultura del dato, da giurista umanista a giurista *cyborg*.- 4. Tra scrittura elettronica e banca dati *interna* all'ufficio verso la *predictability*.- 5. Osservazioni conclusive.

Introduzione.

Obiettivo di questo breve contributo è quello di cercare di evidenziare, con concretezza e con una certa auspicata precisione, qualche considerazione per meglio indirizzare risorse ed energie verso gli obiettivi di digitalizzazione della giustizia.

Per arrivare a qualche risultato (almeno si spera) condivisibile e ragionato, si intende indagare un applicativo da tempo in dotazione del magistrato italiano e titolato *consolle,* di cui poco o nientesi conosce o si rende noto.

In un'epoca pregna di informazioni digitali, di istanze su istanze verso banche dati, di tendenze ad una informatizzazione, sempre e comunque, che possa garantire ed, in certo qual modo, assicurare efficienza all'interno degli uffici giudiziari, con una incalzante attenzione sull'ufficio per il processo, si corre il rischio di scollarsi dalle reali contingenze e da sostanziali conoscenze delle stesse funzionalità dei supporti già in attivo presso gli uffici giudiziari come del dispositivo da tempo in dotazione al magistrato italiano: la consolle.

La ragione? *Arcana iuris.*

In definitiva si cerca di riflettere sulla indubbia circostanza che occorre prendere le mosse sempre da conoscenze per creare ed implementare altre conoscenze, evitando di incagliare risorse.

In questa prospettiva, ergo, andrebbe inquadrato il tema in discussione auspicando l'utilizzazione dì dispositivi e di banche dati per rendere efficiente il sistema giustizia attraverso il noto processo di digitalizzazione di derivazione europeista, pur senza trascurare che in Italia -sin dagli anni settanta -la digitalizzazione ha trovato cittadinanza nelle banche dati ITAL JURE del CED della Cassazione per poi transitare nel Processo telematico -con una decisa accelerazione verso il digitale - e con un rilevante valore aggiunto - durante il drammatico periodo pandemico- circa le udienze tenutesi da remoto su piattaforme dedicate al fine di assicurare la funzionalità dell'impianto -giustizia[1].

[1]M. Ciccarelli, *Le Banche dati di giurisprudenza e l'ufficio per il processo*, in *Questione Giustizia* 08/03/2022; l'autore sottolinea che realizzare banche dati di giurisprudenza è uno degli obiettivi dell'ufficio per il processo, sin dalla sua prima istituzione nell'ormai lontano 2015. Oggi realizzare queste banche dati è una delle *milestone* del PNRR, uno degli obiettivi vincolati dei progetti organizzativi dei nuovi UPP e, dunque, un incombente con cui tutti i magistrati, ciascuno secondo le proprie funzioni e responsabilità, devono misurarsi. Per centrare l'obiettivo è opportuno focalizzarsi – prima che sulle questioni scientifiche e tecniche – sulla funzione che devono assolvere queste banche dati; e domandarsi perché, in un contesto in cui già esistono numerose raccolte di giurisprudenza, realizzate professionalmente e disponibili a tutti i magistrati, la creazione di banche dati di giurisprudenza è indicata come necessario strumento di efficienza dei nostri uffici giudiziari. Rispondere a questo interrogativo è importante per

Ed è proprio in questo quadro di insieme che va ricercato *su cosa* e *su come* intendere la tensione digitale, atteso che il dibattito sulla necessità di introdurre banche dati per rafforzare la transizione digitale della giustizia, evidentemente, ha bisogno di nuovi significati in ragione degli applicativi già esistenti e pienamente funzionanti[2].

Ed individuare la sostanza e la struttura contenutistica di nuove banche dati finisce con il costituire una sorta di problema dei problemi.

Di certo non bisogna riprodurre supporti già in funzione, ma comprendere e prendere le mosse dal significato sostanziale della informatizzazione negli uffici giudiziari, tenendo presente che informatica significa "informazione automatica"; ergo l'informatica giuridica- va chiarito - è una sorta di valutazione del processo di informazioni in grandi numeri messi a disposizioni degli operatori secondo dispositivi o algoritmi al fine di trovare un miglioramento nella esplicazione della loro attività.

Ma procediamo con ordine su pochi, ma indispensabili passaggi.

1. Ricostruzione terminologica di consolle *ab origine.*

Prima di entrare *in medias res* nell'analisi delle funzioni dell'applicativo in argomento, per quanto sarà possibile, in ragione del fatto che ogni supporto digitale nasconde sempre ulteriori potenzialità e lo si conosce per davvero soltanto attraverso una frequentazione di utilizzo, la prima cosa che viene in mente ad un lettore abbastanza attento è l'interrogativo sulla denominazione.

In punto di definizione, la consolle è un programma che utilizza una base dati locale implementata in Apache derby, e che attinge ai dati dei registri di cancelleria custoditi ed aggiornati dai programmi SICID e SIECIC trasferendoli, attraverso un'operazione denominata "estrazione", dentro il personal computer di ogni magistrato (e, in prospettiva, in quello del Presidente di sezione per tutti i ruoli della sezione da lui diretta). L'accesso al programma richiede l'uso di una carta personale dotata di microchip e protetta da un codice di identificazione personale (*smart card).*

Ma perché consolle?

Partendo dalla premessa che prima della Consolle il magistrato aveva in dotazione un sistema denominato Polis, è possibile trovare le radici storiche del *nomen* nella lingua francese (consolle) e nella lingua latina (console), atteso che il *nomen* del dispositivo informatico dovrebbe derivare da una fusione tra console e consolle.

Consolle trae origini dal verbo *consulere* con il significato proprio del latino classico di *provvedere* e *consultare*[3]*;* per converso consolle deriva dal sostantivo francese per

---

capire quali caratteristiche dovranno possedere le nuove banche dati e, di conseguenza, come potranno essere realizzate.

[2]*Ministero della Giustizia,* Dipartimento dell'organizzazione giudiziaria, del personale e dei servizi direzione generale per i sistemi informativi organizzati*, Reingegnerizzazione ed evoluzione degli applicativi del settore civile della Giustizia finalizzata al Processo Telematico*, 2015, 42, 43.

[3]Enc. Treccani on line2023: Oltre a *consules* si adoperarono anche i termini *praetores e iudices*, e anzi - secondo testimonianze- il titolo di *consules* non sarebbe stato usato prima del 450 a.C. e sarebbe stato preceduto da quello di praetores (Livio, III,55,12; Zonar, VII, 19). Alcuni moderni ammettono questa successione di titoli e ne vedono una prova nella traduzione greca di *consulinteso* come stratega (segna l'avvicinamento di Roma al mondo greco nella

indicare il mobiletto con ripiano o, più genericamente, una mensola su cui poggiare "qualcosa" e, nella fattispecie, un dispositivo che si avvicina ad una plancia di comando virtuale[4].

Da questo innesto nasce il termine attuale *consolle* per esprimere un dispositivo o un supporto informatico inserito come applicativo nel calcolatore del singolo magistrato, poggiato su di un ripiano.

In tale ricostruito contesto, il sistema Polis, ieri, e Consolle del Magistrato, oggi, costituiscono il primo riuscito tentativo di sviluppare (e non soltanto) un software *per la gestione dei fascicoli elettronici e per la scrittura degli atti e dei provvedimenti* del Magistrato, capace di ausiliarne la fase di decisione attraverso una generale (ri)strutturazione informativa della relazione Magistrato-Ufficio.

Nello specifico, ergo, il sistema nato nell'esperienza degli uffici bolognesi Polis – programma di elaborazione, classificazione, pubblicazione e archiviazione dei provvedimenti giudiziari –ha avuto nell'ambito del P.C.T. la sua evoluzione nella consolle per la gestione dell'agenda del magistrato, del suo ruolo e per fornirgli tutti i dati e le informazioni delle quali possa avere bisogno per il proprio lavoro[5].

Va premesso, per intendere meglio l'applicativo investigato, che attraverso il sistema del processo civile telematico tutte le informazioni relative al fascicolo iscritto a ruolo entrano in una piattaforma comune, suddivisa o diffusa - in modo dipendente e comunicante- nella distribuzione tra magistrato, cancelliere ed ufficio per il processo; ciascuno di questi organi, per quanto di spettanza, finisce con l'avere tutte le informazioni relative al singolo processo e ciascuno di questi organi opera nella sfera di sua competenza, interagendo con l'altro.

Ormai è noto che il processo ha una nuova veste; esso è diventato elettronico e si è definitivamente allontanato dal documento cartaceo e dallo scambio di carte e documenti all'interno dell'ufficio - che qualche tempo fa si registrava nei tribunali con il passaggio *fisico* da una stanza all'altra e, sovente, con la lenta distribuzione di istanze, documenti ed atti da sottoporre alla firma degli addetti ai lavori, non di rado con lo smarrimento, seppur momentaneo (ma non sempre), di faldoni e fascicoli cartacei - per entrare nel concetto di *dato* studiato e ricercato in una stanza virtuale di trasmissione sita nel personale calcolatore d'ufficio, che offre *dati* processuali telematici o in formato digitale.

2. Funzioni dell'applicativo.

---

seconda metà del secolo IV a.C.) e nel fatto che il *praetor*è il titolo del sommo magistrato nelle iscrizioni delle colonie latine.

[4]Anche in tal caso la logica sperimentale e incrementale che presiede il progetto P.C.T. ha preso correttamente le mosse da un'analisi organizzativa del fabbisogno informatico del giudice civile, così individuando due aree operative di massima costituite dalla conduzione delle cause e dall'adozione di provvedimenti. Tali attività sono osservabili secondo diverse possibili ottiche, e tra queste la prospettiva del singolo procedimento e l'intero ruolo del giudice. In allegato è possibile consultare informazioni di dettaglio al riguardo. M. SCIACCA, *Informatica giudiziaria e organizzazione: l'esperienza nel distretto di Catania,* in *Informatica e Diritto*, 2017, I - II, 377.

[5]La recente voce di S. BRESCIA, P. LICCARDO, *Processo telematico*, in *Enciclopedia Giuridica,* Volume aggiornamento XIV, Istituto della *Enc. It. Treccani*, 2006, rappresenta autorevole descrizione del PCT.



Affrontando il tema in argomento ancor più da vicino, la Consolle del Magistrato è un'applicazione Java ed è l'unico programma, ormai divenuto indispensabile, che consente al magistrato ed ai suoi assistenti di gestire il Processo Civile Telematico (PCT). Tramite questo programma l'operatore, da un lato, ha la visione di tutto il suo ruolo, delle informazioni e degli elementi di ciascuna procedura presenti nei registri di cancelleria, dall'altro ha la possibilità di redigere provvedimenti, di firmarli digitalmente e di trasmetterli, per via telematica, al cancelliere per la pubblicazione all'interno del fascicolo informatico.

Va subito detto che la redazione dei provvedimenti è facilitata dalla possibilità di predisporre *modelli* di provvedimenti che, tramite l'inserimento dei cd. *placeholders* o dei frasari, sfruttano per la loro compilazione i dati presenti nei registri; si possono fare ricerche giurisprudenziali ed esaminare i fascicoli messi in visione da altri magistrati; il presidente della sezione può, inoltre, controfirmare i provvedimenti collegiali redatti dall'estensore. Sono state realizzate anche la Consolle di Udienza e la Consolle del PM (affari civili).

Il cambiamento è radicale.

Il magistrato di una volta aveva necessità di recarsi in ufficio per poter svolgere la sua attività: studio dei fascicoli materialmente presi in cancelleria; gestione dell'udienza pubblica in presenza delle parti e dei difensori; escussione dei testimoni; deposito di provvedimenti in cancelleria firmati in modo autografo; esame manuale dei fascicoli cartacei, etc. etc.[6].

Molte (se non quasi tutte) di queste attività adesso vengono fatte dal magistrato attraverso il proprio calcolatore (da casa o dall'ufficio) e per mezzo dell'applicativo.

Il Tribunale non è più affollato e la presenza fisica delle parti e dei difensori è di certo transitata da regola ad eccezione: dal fascicolo cartaceo al fascicolo elettronico; dalla carta al dato digitale.

E è proprio con l'avvio del Processo Civile Telematico che il magistrato italiano interagisce con il fascicolo elettronico proprio attraverso la consolle e *soltanto* per mezzo della consolle.



Dopo aver attivato il calcolatore ed inserito i personali codici di accesso, il magistrato entra nella stanza virtuale del dispositivo, o meglio nell'ufficio giudiziario virtuale e procede per svolgere la sua attività secondo nuove modalità. La consolle, difatti, si declina sostanzialmente in tre funzioni quali la gestione del ruolo, la gestione dell'agenda, la gestione della scrivania.

Con la gestione della funzione-ruolo, il magistrato ha piena e costante contezza del flusso di entrata e di uscita dei fascicoli sul proprio ruolo; viene indicata la scadenza dei provvedimenti; l'urgenza di atti; il numero delle cause sul ruolo; il tipo; l'oggetto. Con

[6] La recente voce di S.BRESCIA, P. LICCARDO, *Processo telematico*, in Enc. Giuridica, vol. aggiornamento XIV, Istituto della *Enc. It. Treccani*, 2006, rappresenta autorevole descrizione del PCT.

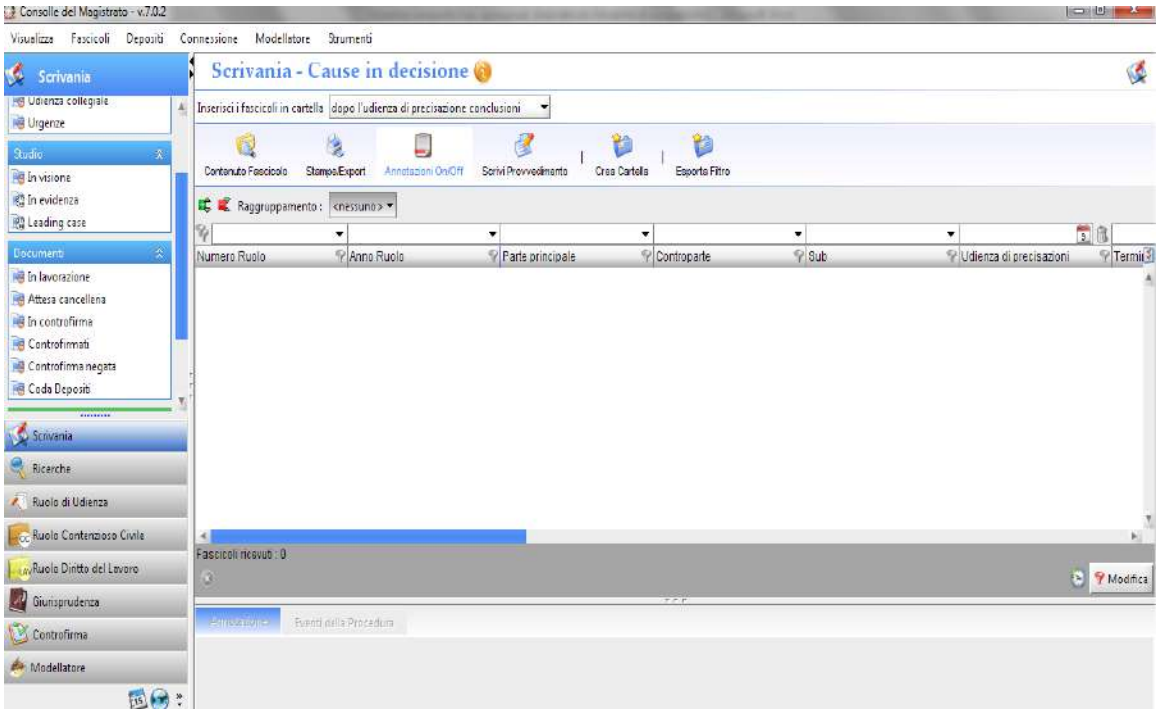
la gestione della funzione-agenda, il magistrato è a conoscenza della calendarizzazione delle udienze e degli impegni assunti nei singoli giorni dell'anno; delle camere di consiglio; degli appuntamenti di ufficio etc. etc. Con la gestione della funzione-scrivania, il magistrato ha sottomano la sostanza dell'attività giurisdizionale: entra nella causa, studia il fascicolo elettronico, legge gli atti ed i documenti in digitale; redige i verbali di udienza (da remoto o in presenza) e compila i provvedimenti richiesti e adeguati al caso di specie, fino alla pronuncia della sentenza, depositata, dopo l'apposizione della firma digitale, in modo telematico proprio attraverso l'applicativo consolle; egli ha tutto sotto controllo; può richiamare e vedere, uno per uno, gli atti processuali di parte attrice e di parte convenuta;può visionare i documenti allegati attraverso la funzione del collegamento ipertestuale; può studiarsi una consulenza tecnica di ufficio.

Insomma, l'operatore giuridico ha a disposizione tutti gli elementi in digitale per poter decidere e definire il giudizio.

In particolare, "la scrivania" rappresenta *l'ubiconsistam* del supporto della consolle, con l'ulteriore funzione che viene appellata modellatore.

Il modellatore consente al magistrato di avere a disposizione una serie di modelli di provvedimenti (decreti, ordinanze, sentenze) da utilizzare, di volta in volta, per il caso concreto.

I modelli (*template)* vengono predisposti dallo stesso magistrato che addestra l'applicativo in considerazione anche di pronunce afferenti magari a medesime materie o a medesimi oggetti; modelli che all'occorrenza provvede a richiamare o ad estrarre.



3. La cultura del dato, da giurista umanista a giurista *cyborg*.

Innegabile allora una utilità fondamentale: l'introduzione di una nuova tecnica di scrittura dell'atto giudiziario, un modo di scrivere e di pensare computazionale che si traduce nello *ius dicere* attraverso modelli standardizzati di sentenza (o anche di altri provvedimenti ad es. decreto e ordinanza) e modelli di motivazione (punti di motivazione) per lo più per problematiche plurime omogenee, tanto in punto di fatto che di diritto: una attestazione, ormai irreversibile, di scrittura elettronica, con caratteristiche precise di completezza, chiarezza, esaustività (e anche sinteticità). Si passa dalla scomposizione dell'iter decisionale, alla redazione di atti o di una sorta di sentenza-collage, frutto di un insieme di elementi estratti dal fascicolo elettronico (si pensi al nome delle parti, dei difensori, alle generalità, alla descrizione del fatto, alla domanda, alle conclusioni, ai verbali istruttori etcetc.); in aggiunta l'ausilio di scanner, correzione automatica di word, programmazione di software di integrazione.

La scrittura della sentenza transita da mera minuta fatta a mano, con annotazioni a margine, avantesti, pause e riprese, cancellazioni e riscritture, schemi, revisioni, postille e rimandi, ad una sorta di compilazione elettronica di taglia e cuci di parti di atti processuali; un montaggio in solitaria che supera il carattere dell'immutabilità della scrittura ad inchiostro[7]. Difatti, se l'informatica, da un lato è supporto, allo stesso tempo, senza tema di smentite, è anche portatrice di maggiore solitudine per l'operatore.

In altre parole, il magistrato non attende più il fascicolo portato dal cancelliere; non scrive con penna o con la macchina per scrivere; non è più intento a redigere il testo faticosamente riprodotto tra le varie *cartulae* processuali; egli ha attualmente, nella disponibilità, un sistema di scrittura elettronico una sorta di copia-incolla in una visione digitale dell'intero.

In definitiva, tutto è già pronto per essere inserito su di un modello, attraverso una scrittura elettronica che permette al magistrato la produzione di una sentenza da custodirsi all'interno della stessa consolle[8].

Il testo elettronico e la sua esistenza sullo schermo del calcolatore costruiscono una relazione profondamente diversa con la scrittura autografa, più immediata e diretta. La consapevolezza della eterna mutabilità del testo produce una scrittura senza interposizioni. Il testo elettronico, nella sua pulizia formale, unisce in una commistione unica scrittura e revisione tra ausilio fornito dai correttori sintattici, ortografici e stilistici e repertorio informatico, con ricerche full-text.

La formazione, poi, di un archivio di motivazioni da utilizzare nei punti di motivazione richiamabili, come prima accennato- con estrazione di motivazioni simili per casi simili- comporta, inevitabilmente, un ampio vantaggio, atteso che il magistrato

[7]Ministero della Giustizia, Dipartimento dell'organizzazione giudiziaria, del Personale e dei Servizi Direzione Generale per i Sistemi Informativi Automatizzati, *Reingegnerizzazione ed evoluzione degli applicativi del settore civile della Giustizia finalizzata al Processo Telematico*, 2015, 38 e ss.

[8]«L'insieme dei processi genetici che portano dal primo foglio bianco di una minuta al testo stampato finale, può essere descritto come il progressivo prendere forma di un oggetto che si costituisce, in rapporto allo scrittore, per distacco ed esteriorizzazione crescente. O anche come cammino che collega due oggetti, percettivamente così diversi tra loro: le pagine come brutta copia, ancora vicina alla nebulosa mentale dell'attore e la pagina stampata, che rappresenta la massima distanza tra l'autore e il suo testo». Così D. SCAVETTA, *Le metamorfosi della scrittura*, Firenze, 82; C. MAIOLI, *Il Sistema Informatico Civile nel Processo Civile Telematico*, in *Informatica e Diritto*, 2017, I-II, 23, 52.

ha libera possibilità di consultazione di provvedimenti per casi simili già predisposti[9].

Ma la consolle non è solo questo.

La consolle contiene anche una opzione informatica per raccogliere pronunce interne alla sezione che possa costituire precedente formante in quanto frutto di condivisione e discussione.

Quando la pronuncia diventa *dato,* allora si ha un elemento fondante in quanto idoneo o adeguato a formare un valore attualmente imprescindibile espresso dalla *predictability.*

In altri termini, la *predictability* è il valore derivante dalle pronunce-dato; le pronunce-dato sono quelle condivise da una sezione dello stesso ufficio giudiziario che tende a formare l'indirizzo come misura di efficienza e di uniformità.

Ed allora non vanno trascurate due possibilità estremamente utili: la ricerca giurisprudenziale nell'ambito del distretto per ordinanze, decreti, dispositivi e sentenze[10] ed il contenuto sostanziale delle cartelle personali anche attraverso la messa in comune di lavoro tra più magistrati dello stesso ufficio[11].

La funzione indispensabile per l'efficienza e per la *predactability*, difatti, è data dallo scambio di informazioni tra l'ufficio giudiziario competente verso l'uniformità del *dato* finale da utilizzare come banca di precedenti conformi in sede di giurisprudenza di merito.

Tale funzione è attivabile - e soprattutto realizzabile - attraverso la consolle[12].

Già nei primi anni del ventunesimo secolo si sosteneva che: «Molti giudici dispongono ed alimentano un archivio delle loro sentenze. Nella maggior parte dei casi si tratta di una directory su disco rigido che raccoglie semplicemente i files delle sentenze da loro prodotte. Nessun giudice ha citato l'esistenza di un archivio sentenze comune fra gruppi di giudici e neppure sulle decisioni inerenti all'applicazione della giurisprudenza prese a livello di sezione. In entrambi i casi l'assenza di tali strumenti sorprende in quanto tutti i magistrati intervistati reputano molto utile per il loro lavoro poter visionare sentenze di altri giudici. L'assenza di un archivio strutturato li costringe a cercare precedenti di sentenza sulle diverse riviste specializzate. Analogamente, come abbiamo detto, è curiosa l'assenza di un archivio "regole di sezione" visto che tutti i magistrati intervistati hanno affermato che le riunioni fra giudici di sezione servono in via quasi esclusiva ad assumere orientamenti comuni sull'interpretazione delle norme vigenti. La mancanza di una storia di sezione peraltro compromette il lento lavoro che i giudici fanno continuamente, in Camera di Consiglio, per uniformarsi l'un l'altro, nei comportamenti decisori. Basta che cambi un giudice (evento frequente)

---

[9] M. CICCARÉ, *La motivazione della sentenza civile nell'era dell'innovazione tecnologi*ca, in *Judicium* on-line del 05/05/2023.

[10] *Manuale della Consolle del Magistrato*, Corte d'Appello di Milano – Ufficio Innovazione, 15.

[11] M. SCIACCA, *Informatica giudiziaria e organizzazione: l'esperienza nel distretto di Catania*, in *Informatica e Diritto*, 2017, I-II, *passim*; *Manuale della Consolle del Magistrato*, Corte d'Appello di Milano – Ufficio Innovazione,12.

[12] G. XILO, *Gli strumenti di gestione del lavoro del giudice: la consolle del giudice (prime ipotesi)*, in S. ZAN (a cura di), *Tecnologia, Organizzazione e Giustizia. L'evoluzione del Processo Civile Telematico,* Bologna, 2004, 43 e ss.; G. XILO, *L'informatica come vettore di innovazione organizzativa della giustizia: Il caso del Processo Civile Telematico* in *Giustizia in Bilico*, *percorsi di innovazione giudiziaria: attori, risorse, governance* (a cura) di M. SCIACCA, Roma, 2013, *passim.*

che teoricamente si deve ricominciare da capo»[13].

4. Tra scrittura elettronica e banca dati *interna* all'ufficio verso la predictability.

Ecco che la consolle non è soltanto e non va utilizzata soltanto come agenda di gestione o di scrittura del fascicolo elettronico, come word processing, nel momento definito della solitudine onnipotente del magistrato.[14]

Essa è funzione –dato verso la *predictability*.

Una chiosa.

Se da un lato il magistrato moderno ha a disposizione strumenti utili e nuovi che hanno mutato il modo di lavorare e di pensare attraverso una organizzazione informatizzata di dati immediatamente disponibili e fruibili per dare risposte e trovare o ricercare soluzioni, dall'altro bisogna entrare in una nuova dimensione lavorativa considerato che la direzione non è *giuridico verso l'informatica*, quanto piuttosto *informatica verso giuridico*.

In altre parole, il processo di informatizzazione incide sul *modus* e sulla *forma mentis* dell'operatore che con un nuovo modo di processare informazioni tende al giusto processo, attraverso una gestione innovativa di dati.

Ora se il valore è il *giusto processo*, inevitabile conseguenza è l'affermazione del valore della *giusta decisione*.

Ma quando una decisione può dirsi giusta?

Il quesito non è di facile soluzione.

Però, sulla scorta dell'approccio di questa riflessione, ben potrebbe dirsi che la decisione appare "giusta" non solo quando viene resa in un tempo ragionevole, ma soprattutto quando è uniforme ad altre decisioni; quando in effetti in essa vada ad esprimersi la *predictability* della giustizia consentendo la stabilizzazione di una regola e di un orientamento che segni il traguardo tra diritto positivo e di diritto giurisprudenziale[15].

E tutto questo avviene attraverso il confronto con l'altro onde evitare che il magistrato moderno sia mera misura di sé stesso e diventi incontrollato strumento di potere.

Ed in questo nuovo approccio l'applicativo della consolle ben si inserisce in linea con le esigenze attuali: esso, dunque, giova ripetere, non è solo un applicativo di gestione del ruolo o di scrittura elettronica di una sentenza-collage (che non è cosa di poco momento), ma è, in special modo, strumento di formazione e di gestione di pronunce condivise suscettive di assumere dignità di dato e di costituire una banca -dati *interna* all'ufficio giudiziario.

Difatti, quando la pronuncia resa assurge a dignità giuridica *di dato*va inserita nella banca dati fornita dalla stessa consolle e vale a formare il precedente dell'orientamento di quella determinata sezione.

---

[13] M. SCIACCA, *Informatica giudiziaria e organizzazione: l'esperienza nel distretto di Catania*, in *Informatica e Diritto*, 2017, I- II, 371-398.

[14] G. BORRÈ, *Indipendenza e politicità della magistratura*, in P. L. ZANCHETTA (a cura di), *Governo e autogoverno della magistratura nell'Europa occidentale*, Milano, 1987, *passim.*

[15] F. COTTONE, *Convegno di Alghero 31 maggio 2013*.

In definitiva, gli uffici devono *parlare tra di loro* attraverso questa funzione e creare banche dati *interne* atte ad individuare il precedente che rappresenta un dato valoriale per creare l'orientamento della sezione e indurre la *predictability*.

Questa funzione è di estremo rilievo, anche se (va detto) poco frequentata dal magistrato italiano, forse perché ancora non ci si è avviati verso una *forma mentis* che ponga al centro dell'indefettibile ragionamento giuridico l'uso dei nuovi strumenti informatici per migliorare non tanto la quantità (come erroneamente si tende a credere), ma molto di più la qualità delle pronunce per mezzo della gestione corretta dei dati e del controllo del valore della certezza giuridica in armonia con un sistema che non crei abusi, discrezionalità o contraddizioni insostenibili tra un ufficio giudiziario e l'altro, tra un territorio e l'altro del Paese.

In altre parole, appare ormai imprescindibile una banca dati della consolle finalizzata a creare il precedente di merito internamente all'ufficio (non fornito da banche dati esterne e quindi centri di interesse privato) impattante sulle istanze dei *cives* ai fini della *predictability* su di un caso pratico, o meglio su casi pratici simili o analoghi, in ragione dell'indirizzo dell'ufficio giudiziario.

E la *predictability* si inserisce come valore di garanzia e validità nella sua oggettiva funzione deflattiva-deterrente e, conseguentemente, finalizzata certezza giuridica all'interno di procedimento armonico del diritto positivo, ormai necessario.

Né va sottaciuto che l'apertura ad una cultura giuridica occidentale verso il precedente formante soprattutto se innovativo, o che decida su una questione inusitata o che faccia applicazione di una giurisprudenza, costituzionale o di legittimità, nuova, appare il giusto approccio nel contesto delle linee guida fornite dal CSM, tanto da focalizzare l'attenzione sulla negletta raccolta della giurisprudenza di merito a cui, peraltro, non è estranea la funzione nomofilattica tradizionalmente evocata solo per la Suprema Corte[16].

E non è superfluo ribadire che, nel caso della banca dati inserita nella consolle, il provvedimento da inserire sarà quello discusso e condiviso nelle riunioni ex art. 47-quater Ord. Giud. - momento centrale di scambio, di punti di vista, di crescita e di confronto- che va ad arricchire la qualità del prodotto ed i punti di motivazione condivisi nella consolle; l'inserimento in banca dati, allora, diventa espressione di una scelta assunta dai giudici in un contesto istituzionalmente deputato allo «scambio di informazioni sulle esperienze giurisprudenziali».

Di qui la messa a disposizione di un serbatoio di decisioni a cui attingere in adesione ad un orientamento giurisprudenziale discusso e condiviso: una sorta di setaccio del dato *vero,* rilevante, importante, fondante, da inserire nell'archivio della consolle, dispositivo da addestrare in tal senso e con le analizzate modalità e funzioni, ormai utilissimo ed imprescindibile per evitare aporie di sistema di deriva non più sostenibile.

Senza escludere la accennata ricaduta deflattiva dello strumento nel momento del dialogo che si apre anche all'esterno tra cittadino e ufficio. Difatti la conoscenza all'esterno del precedente e dell'orientamento diventa non solo strumento di trasparenza, ma anche strumento di informazione di riflessione per chiunque voglia introdurre un giudizio.

[16] Delibera CSM 3 maggio 2017.

5. Osservazioni conclusive.

Verso qualche conclusione.
Conoscere la funzionalità della consolle è un imperativo categorico.
La funzione della banca dati *interna* all'ufficio giudiziario, gestibile attraverso la consolle, rappresenta un servizio indispensabile ed un vero e proprio compito di tipo informatico che spetta al magistrato come adempimento istituzionale al fine dell'esercizio corretto delle proprie funzioni verso la decisione giusta, verso un indirizzo conforme all'orientamento della sezione, in armonia con l'ordinamento, senza dissonanze, nell'affermazione della funzione nomofilattica della giurisprudenza di merito. C'è un momento centrale - come affermato da Cartabia in un recente convegno tenutosi all'Università di Genova il 08.05.2023- un momento in cui tutti devono tacere lasciando il magistrato *solo e da solo* a decidere[17].

Ed in questo momento che la banca dati della consolle deve funzionare per dare anima e vita all'art. 47-quaterdell'Ordinamento Giudiziario; una banca dati che non evochi l'idea di un mero raccoglitore, ma che si rappresenti come strumento di lavoro indispensabile: uno strumento di *predictability* e di uniformità decisionale[18].

Ed allora, ricordando l'apertura fondamentale sul precedente conforme ex art. 74 del codice del processo amministrativo e sottolineando la necessità di intervenire sull'area giustizia con un progetto di insieme, e non per singoli segmenti, ci piace concludere ricordando Calamandrei a proposito di decisioni diverse su casi analoghi nello stesso ufficio giudiziario, mentre il cliente *se la pigliava con il suo avvocato*: «Evidentemente lei ha sbagliato la difesa. No, disse l'avvocato, ho semplicemente sbagliato la porta»[19].

[17]M. CARTABIA, *L'Ufficio per il Processo. Un'opportunità storica per la Giustizia*, Convegno Università di Genova, 08.05.2023.
[18]*L'abbondanza di materiale*, come evidenzia M. CICCARELLI in *Le Banche dati di giurisprudenza e l'ufficio per il processo*, in *Questione Giustizia,* 08/03/2022, rischia di tradursi in rumore di ricerca e possibile causa di disorientamento. L'univocità delle decisioni, per casi simili, e la mancanza di contraddizioni tra un ufficio giudiziario e l'altro, appare essere ormai esigenza insopprimibili al fine di garantire armonia e certezze proprio di una sorta di indispensabile *predactability.*
[19]P. CALAMANDREI, *Elogio dei Giudici scritto da un avvocato*, Firenze 1959.

Tritto N. M., 'Aspetti problematici e di regolamentazione in relazione alla tutela della privacy e delle nuove tecnologie nell'ambito dell'attività di controllo della Corte dei conti' (2023) 1 EJPLT,230-246.
DOI: https://doi.org/10.57230/EJPLT231NMT

EJPLT
ISSN 2704-8012



Aspetti problematici e di regolamentazione in relazione alla tutela della privacy e delle nuove tecnologie nell'ambito dell'attività di controllo della Corte dei conti.

Problematic and regulatory aspects in relation to the protection of privacy and new technologies in the context of the Court of Auditors' audit activity.

NUNZIO MARIO TRITTO
Magistrato della Corte dei conti
Dottore di ricerca dell'Università LUM Jean Monnet (BA)

Nel presente contributo si esamina il rapporto tra tutela della riservatezza e attività di controllo della Corte dei conti a livello regionale, per comprendere se essa possa considerarsi assimilabile all'attività giurisdizionale, quale sia la normativa di riferimento, quali siano le relazioni tra tutela della privacy e dovere di trasparenza ed inoltre secondo quali modalità possa assicurarsi il rispetto del diritto di riservatezza nei confronti dei relativi titolari.

This contribution is focused on the question of the relationship between the protection of confidentiality and the control activities of the Court of Auditors at regional level, in order to understand first of all whether it can be considered similar to judicial activity, what is the reference legislation, what are the relationships between privacy protection and the duty of transparency and also how it can ensure respect for the right of confidentiality towards the relative owners.

© The author(s) 2023, published by Suor Orsola Benincasa Università Editrice.
This contribution is licensed under a Creative Common Attribution 4.0 International Licence CC-BY-NC-ND, all the details on the license are available at: https://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/4.0/

Keywords: privacy; trasparenza; controlli; Corte dei conti.

Sommario: 1. Considerazioni preliminari. – 2. Attività di controllo della Corte dei conti e relativa assimilabilità con l'attività giurisdizionale. – 3. La normativa di riferimento. – 4. Tutela della privacy e dovere di trasparenza. – 5. Le concrete modalità di salvaguardia del diritto di riservatezza nell'ambito delle attività di controllo della Corte dei conti. – 6. Conclusioni.

1. Considerazioni preliminari

Com'è noto, l'attività della Corte dei conti a livello di Sezioni regionali di controllo si sostanzia in numerose funzioni [1] (ad esempio, controllo preventivo di legittimità, verifiche sulle relazioni di fine mandato dei sindaci e dei presidenti di provincia, controlli sulle spese elettorali, sui rendiconti dei gruppi consiliari regionali, sulle relazioni annuali dei presidenti di Regione sui controlli interni all'ente, sulle spese di rappresentanza e sugli incarichi conferiti, ecc.) rispetto alle quali vengono in rilievo – in vari casi – plurime casistiche di dati afferenti a differenti soggetti, in relazione ai quali si pone, tra le altre, l'esigenza di garantire la tutela della riservatezza[2] dei medesimi.

Nel presente contributo verrà esaminata la questione del rapporto tra tutela della riservatezza e attività di controllo della Corte dei conti a livello regionale, al fine di comprendere in primo luogo se l'attività in esame possa considerarsi assimilabile all'attività giurisdizionale (anche ai fini che qui interessano), quale sia la normativa di riferimento, quali siano le relazioni tra tutela della *privacy* e dovere di trasparenza (correlato all'uso di denaro pubblico da parte dei vari soggetti – pubblici o assimilati – le cui attività vengono esaminate dalla magistratura contabile) ed inoltre secondo quali modalità possa assicurarsi il rispetto del diritto di riservatezza nei confronti dei relativi titolari (mediante la richiesta dell'interessato, la cosiddetta anonimizzazione *ex officio* ed il divieto generalizzato per alcune particolari fattispecie).

2. Attività di controllo della Corte dei conti e relativa assimilabilità con l'attività giurisdizionale.

Per quanto concerne nello specifico l'attività della Corte dei conti, com'è noto le funzioni che tradizionalmente vengono ricondotte alla magistratura contabile sono l'attività giurisdizionale (e la correlata funzione inquirente-requirente [3] dei pubblici ministeri contabili) e quella di controllo.

[1] L'elenco completo delle attività svolte dalle Sezioni regionali di controllo della Corte dei conti è contenuto nell'art. 2 Sezioni riunite Corte dei conti, deliberaz. 16.06.2000 n. 14 (e ss.mm.ii.) recante il «Regolamento per l'organizzazione delle funzioni di controllo della Corte dei conti».

[2] La bibliografia sulla tutela della riservatezza nell'ordinamento italiano è assai vasta, pertanto si rimanda alla bibliografica contenuta in: S. CALZOLAIO, *Protezione dei dati personali*, in *Dig. Disc. Pubbl*., Agg., Milano, 2017, 594-635.

[3] In generale, la funzione inquirente è esercitata dal pubblico ministero durante la fase preprocessuale mentre la funzione requirente viene esercitata ogni volta che l'Ufficio della Procura esprima richieste o pareri in vista delle decisioni degli organi giudicanti o partecipi ad attività in udienza.

Per quanto riguarda la prima funzione, ossia quella giudicante *tout court*, ai sensi del d.lgs. n. 174 del 26 agosto 2016[4] la tutela della riservatezza dei soggetti coinvolti nelle varie fasi del processo contabile è garantita da varie disposizioni, quali l'art. 6, comma 3 (ai sensi del quale le norme «che stabiliscono indicazioni tecniche, operative e temporali, disciplinano, in particolare, le modalità per la tenuta informatica dei registri, per l'effettuazione delle comunicazioni e notificazioni mediante posta elettronica certificata o altri strumenti di comunicazione telematica, le modalità di autenticazione degli utenti e di accesso al fascicolo processuale informatico, nonché le specifiche per la sottoscrizione in forma digitale degli atti e dei provvedimenti del giudice e per la formazione, il deposito, lo scambio e l'estrazione di copia di atti processuali digitali, con garanzia di riferibilità soggettiva, integrità dei contenuti e riservatezza dei dati personali»), l'art. 52, comma 1 (sull'obbligo di riservatezza relativamente alle generalità dei soggetti, pubblici o privati, che segnalino ipotesi di danni erariali[5]), l'art. 71, comma 1 (in base al quale «Il destinatario dell'invito a dedurre e, se nominato, il difensore dotato di procura alle liti hanno il diritto di visionare e di estrarre copia di tutti documenti inseriti nel fascicolo istruttorio depositato presso la segreteria della procura regionale, previa presentazione di apposita istanza, salva la tutela della riservatezza di cui all'articolo 52, comma 1»).

[4] Recante il Codice di giustizia contabile, poi oggetto di varie modifiche successive.

[5] Sul cosiddetto whistleblower in relazione ai danni erariali, si veda, ad esempio: F. PASCUCCI, *Il whistleblowing*, in *Diritti lavori mercati*, 2019, III, 590 ss..

Venendo alle funzioni del pubblico ministero contabile[6], nella fase istruttoria, ai sensi dell'art. 57[7] del codice di giustizia contabile:

[6] Per quanto attiene alle attività delle procure contabili, deve ricordarsi che la procura generale - avente sede legale ex lege in Roma - si compone del procuratore generale (che coordina pure l'attività dei procuratori regionali dirimendo eventuali conflitti di competenza territoriale in fase istruttoria), del procuratore generale aggiunto nonché di altri magistrati mentre presso la Sezione giurisdizionale d'appello della regione Sicilia funziona ed opera un ufficio distaccato della medesima procura generale. Tutti i magistrati operanti presso la procura generale assolvono funzioni requirenti nei giudizi di responsabilità in grado di appello. Essi svolgono, altresì, funzioni relative a: ricorsi proposti innanzi le Sezioni Unite della Corte di Cassazione per i soli motivi inerenti alla giurisdizione, ai sensi dell'art. 111, ultimo comma, della Costituzione; giudizi innanzi le Sezioni riunite in sede giurisdizionale, aventi ad oggetto conflitti di competenza, questioni di massima deferite dalle Sezioni giurisdizionali d'appello, dal Presidente della Corte dei conti, ovvero a richiesta del procuratore generale; giudizi in unico grado innanzi le Sezioni riunite in speciale composizione, aventi ad oggetto ricorsi in materia di piani di riequilibrio degli enti territoriali e ammissione al Fondo di rotazione per assicurare la stabilità finanziaria degli enti locali; di ricognizione delle amministrazioni pubbliche operata dall'ISTAT; di certificazione dei costi dell'accordo di lavoro presso le fondazioni lirico-sinfoniche; di rendiconti dei gruppi consiliari dei consigli regionali; nelle materie di contabilità pubblica e nel caso di impugnazioni conseguenti alle deliberazioni delle Sezioni regionali di controllo; nelle materie ulteriori attribuite dalla legge; innanzi le Sezioni giurisdizionali centrali: giudizi di responsabilità in grado di appello, giudizi ad istanza di parte e come parte pubblica interveniente a tutela dell'interesse della legge, giudizi di conto a carico di agenti contabili, giudizi pensionistici tramite proposizione di eventuale ricorso nell'interesse della legge; innanzi le Sezioni riunite in sede di controllo: giudizio annuale di parificazione del rendiconto generale dello Stato; adunanze delle Sezioni riunite in sede deliberante, di controllo, consultiva e di referto a Governo e Parlamento.
Presso le Sezioni giurisdizionali della Corte dei conti - a base regionale e, quanto alle Province Autonome di Trento e Bolzano, con competenza estesa ai rispettivi territori delle due province - le funzioni in esame sono esercitate da un procuratore regionale con qualifica di Presidente di sezione e dai magistrati assegnati all'Ufficio. L'azione di responsabilità amministrativa intestata al pubblico ministero presso la Corte dei conti è promossa d'ufficio sulla base di una *notitia damni*, specifica e concreta, che può essere assunta in base a denunzie trasmesse dalle amministrazioni o da segnalazioni inviate da singoli cittadini, nonché da notizie pubblicate dagli organi di stampa. Essa, diversamente dall'azione intentata da una parte privata, che si muove solo per la reintegra del proprio patrimonio leso, è tesa alla responsabilizzazione dell'attività dei pubblici dipendenti nei confronti dei cittadini sulla base di un principio generale di responsabilità – discendente dall'art. 28 della Costituzione - non solo e non tanto a fini ripristinatori di equilibri patrimoniali pubblici, ma soprattutto per scopi dissuasivi ed a fini emendativi del cattivo esercizio del potere autoritativo delle amministrazioni. Il pubblico ministero contabile dispone di una serie di poteri, strumentali rispetto all'acquisizione ed alla precostituzione delle prove da porre a fondamento della pretesa risarcitoria e da valutarsi nel corso del giudizio contabile: la possibilità di avvalersi del Corpo della Guardia di Finanza, presso la quale sono costituiti appositi nuclei specializzati per le indagini in materia di danni all'erario, ma anche degli altri Corpi di Polizia, nonché di funzionari delle Pubbliche Amministrazioni ivi compresi quelli delle Regioni e delle Province autonome, salvo, per quest'ultima ipotesi, della previa intesa con il Presidente della regione o della Provincia autonoma per rispetto all'autonomia di quest'ultimi enti territoriali. Le attività del pubblico ministero contabile sono attualmente disciplinate dal Codice di giustizia contabile approvato con il d.lgs. n. 174 del 26 agosto 2016, entrato in vigore il 7 ottobre 2016. L'azione di responsabilità amministrativa o contabile è promossa dal procuratore regionale d'ufficio, sulla base di una *notitia damni* che sia specifica e concreta, veicolata da denuncia dell'amministrazione pubblica danneggiata, da segnalazioni di persone fisiche (singoli cittadini), di persone giuridiche o di organi istituzionali che adempiano a propri obblighi previsti per legge, nonché tratta da fonti pubblicate dagli organi di stampa o comunque acquisita presso siti istituzionali di Pubbliche Amministrazioni. Diversamente dalle azioni giudiziali intentate da una parte privata in sede civilistica, che tendono unicamente alla reintegra del proprio patrimonio leso, l'azione del pubblico ministero contabile si riferisce all'attività di dipendenti o agenti pubblici in senso lato che rispondono dei loro comportamenti ai sensi dell'art. 28 della Costituzione e tende sia al ripristino di equilibri patrimoniali pubblici, sia a realizzare scopi dissuasivi avverso illiceità nello svolgimento dei compiti e delle attribuzioni pubbliche. Il pubblico ministero, al fine di promuovere l'azione, dispone di poteri strumentali esercitabili per acquisire prove da porre a fondamento della pretesa risarcitoria, che saranno poi oggetto di valutazione nel corso del giudizio contabile. In particolare, il pubblico ministero: compie ogni attività utile per l'acquisizione degli elementi necessari all'esercizio dell'azione erariale e svolge accertamenti su fatti e circostanze anche a favore della persona individuata quale presunto responsabile; può richiedere documenti e informazioni e, altresì, disporre esibizione di documenti, audizioni personali anche di persone informate sui fatti, ispezioni e accertamenti diretti presso le Pubbliche Amministrazioni e terzi contraenti o beneficiari di provvidenze finanziarie a carico dei bilanci pubblici, sequestro di documenti, consulenze tecniche; può delegare gli adempimenti istruttori alla Guardia di Finanza, alle altre Forze di polizia, anche locale, agli Uffici Territoriali del Governo e, in casi eccezionali e motivati, a dirigenti o funzionari di Pubbliche Amministrazioni individuati in base a criteri di professionalità e territorialità; può chiedere alla autorità giudiziaria

«1. Le attività di indagine del pubblico ministero, anche se delegate agli organi di cui all'articolo 56, comma 1, sono riservate fino alla notificazione dell'invito a dedurre.

2. Quando è necessario per la prosecuzione delle indagini, il pubblico ministero può consentire, con decreto motivato, la visione di singoli atti o parti di essi.

3. Nei casi di cui all'articolo 58, comma 1, anche dopo la notificazione dell'invito a dedurre, il pubblico ministero contabile dispone il differimento della visione e dell'estrazione di copia di singoli atti dell'indagine preliminare penale, fino a che non sia rilasciato nulla osta dal pubblico ministero penale. Durante il periodo di differimento, il termine per la presentazione delle deduzioni ai sensi dell'articolo 67 è interrotto e inizia nuovamente a decorrere dal perfezionarsi della notificazione dell'atto con cui il pubblico ministero revoca il decreto di differimento. Il termine non è interrotto qualora il pubblico ministero contabile ritenga inutilizzabili, ai fini dell'invito a dedurre, gli atti dell'indagine preliminare penale. La valutazione di inutilizzabilità non è rivedibile, salvo che ne faccia richiesta la parte interessata».

Se dunque per queste due funzioni della magistratura contabile l'applicabilità della disciplina in materia di tutela della riservatezza non costituisce una questione di particolare complessità, lo stesso non può dirsi per l'altro compito di cui è investita la Corte dei conti, ossia quello svolto ai sensi dell'art. 100, comma 2 della Costituzione.

Com'è noto, ai sensi dell'art. 100, comma 2 della Costituzione, «La Corte dei conti esercita il controllo preventivo di legittimità sugli atti del Governo, e anche quello successivo sulla gestione del bilancio dello Stato. Partecipa, nei casi e nelle forme stabilite dalla legge, al controllo sulla gestione finanziaria degli enti a cui lo Stato contribuisce in via ordinaria. Riferisce direttamente alle Camere sul risultato del riscontro eseguito».

Secondo la Corte costituzionale [8], come organo previsto dalla Costituzione in posizione di indipendenza e di neutralità al fine di svolgere imparzialmente, non solo il controllo preventivo di legittimità sugli atti del Governo, ma anche il controllo contabile sulla gestione del bilancio statale, e di partecipare, nei casi e nelle forme stabiliti dalla legge, al controllo sulla gestione finanziaria degli enti cui lo Stato contribuisce in via ordinaria (art. 100, comma 2 della Costituzione), la Corte dei conti è stata istituita come organo di controllo vòlto a garantire il rispetto della legittimità da parte degli atti amministrativi e della corretta gestione finanziaria.

Con lo sviluppo del decentramento e l'istituzione delle regioni, che hanno portato alla moltiplicazione dei centri di spesa pubblica[9], la prassi giurisprudenziale e le leggi di attuazione della Costituzione hanno esteso l'ambito del controllo esercitato dalla Corte

---

l'invio degli atti e dei documenti da essa detenuti; può chiedere, al Presidente della sezione competente a conoscere del merito del giudizio, il sequestro conservativo di beni mobili e immobili del presunto responsabile, comprese somme e cose allo stesso dovute, nei limiti di legge al fine di realizzare la tutela dei crediti erariali, può esercitare tutte le azioni a tutela delle ragioni del creditore previste dalla procedura civile, ivi compresi i mezzi di conservazione della garanzia patrimoniale di cui al libro VI, titolo III, capo V, del codice civile; ai fini dell'esecuzione dei titoli giudiziali di condanna, è titolare del potere di esercitare la vigilanza sulle attività volte al recupero del credito erariale e può indirizzare all'amministrazione o ente esecutante, anche a richiesta, apposite istruzioni circa il tempestivo e corretto svolgimento dell'azione di recupero in sede amministrativa o giurisdizionale.

[7] Rubricato infatti «Riservatezza della fase istruttoria».

[8] Sentenza 27.01.1995 n. 29.

[9] Sull'argomento si veda: B. STRATTA, Spesa pubblica per la cultura nelle regioni italiane: dinamiche recenti e modelli, in *Economia della Cultura*, 2009, II, 149-166.

dei conti[10], per un verso, interpretandone le funzioni in senso espansivo come organo posto al servizio dello Stato-comunità, e non già soltanto dello Stato-governo, e, per altro verso, esaltandone il ruolo complessivo quale garante imparziale dell'equilibrio economico-finanziario del settore pubblico e, in particolare, della corretta gestione delle risorse collettive sotto il profilo dell'efficacia, dell'efficienza e della economicità (qualificazione quest'ultima ribadita sia nella sentenza n. 470/1997, sia, dopo la riforma del titolo V della parte II della Costituzione, nella sentenza n. 267/2006, nonché nella sentenza n. 179/2007 e nell'ordinanza n. 285/2007). Secondo la Corte costituzionale, infatti, le funzioni della magistratura contabile, sia nell'ambito del controllo della legalità dell'amministrazione e sia quale organo di giurisdizione contabile, non soltanto risultavano chiaramente dal testo unico di cui al R.D. n. 1214 del 12 luglio 1934 ma erano ribadite in modo ancor più netto dallo stesso testo della Costituzione, ossia dagli articoli 100, comma 2 e 103, comma 2 Cost. (sentenza n. 110/1970 e sentenza n. 378/1996).

Appare dunque evidente che nel sistema costituzionale il ruolo della Corte dei conti sia stato inserito nell'ambito dell'effettuazione di controlli indipendenti esterni (rispetto al sistema amministrativo), fondati sul canone di terzietà che ingloba necessariamente l'imparzialità[11]; la sussunzione di tale funzione all'interno della più ampia categoria della giurisdizione può avvenire pure perché «l'organo può non chiamarsi giudice, la decisione può non chiamarsi sentenza, ma la necessità di rendere giustizia fra posizioni paritetiche implica comunque sia la decisione di un "terzo" (la terzietà) che l'effetto sostanziale della decisione che oggi chiamiamo "giudicato", sol che sia superata la fase della ragione del più forte» [12].

A tale riguardo può inoltre rilevarsi come la medesima Corte dei conti abbia espressamente ribadito la propria natura di organo magistratuale neutrale e indipendente che esclude ogni possibile assimilazione alla Pubblica Amministrazione, in quanto essa ricopre il ruolo di giudice della finanza pubblica e della tutela delle risorse pubbliche nello svolgimento di tutte le funzioni, sia di controllo che di giurisdizione, ad essa assegnate dalla Costituzione e dalla legge, le quali funzioni costituiscono un'attività rigorosamente ancorata a parametri legali, tanto che la stessa attività di controllo è sottoponibile al sindacato giurisdizionale delle Sezioni riunite in speciale composizione[13].

---

[10] Per l'evoluzione storica del ruolo della Corte dei conti, anche alla luce dell'ordinamento euro-unitario, si veda: N.M. TRITTO, *Storia contemporanea e della Pubblica Amministrazione italiana*, nuova edizione, Roma, 2022.

[11] In tal senso si esprime R. SCALIA, *La funzione di controllo della Corte dei conti. La giustiziabilità delle decisioni assunte dalle Sezione regionali nell' area della legittimità-regolarità della gestione finanziario-contabile*, in *Federalismi*, 2017, XIII.

[12] E. CAPACCIOLI, *Per la effettività della giustizia amministrativa*. (Saggio sul giudicato amministrativo), in *Diritto e processo*, Padova, 1978, 447 ss..

[13] Corte dei conti, Sezioni riunite in sede giurisdizionale in speciale composizione, sent. 20.02.2018, n. 7/2018/EL. Nel caso specifico, la Corte ha ritenuto non ammissibile un generale potere di riesame delle pronunce emesse dalle Sezioni regionali di controllo che possono unicamente essere giustiziabili nei modi e nei termini di legge, muovendo dal presupposto che siffatte pronunce emesse ai sensi dell'art. 148 bis del T.U.E.L. o all'esito dell'esame dei piani di riequilibrio finanziario pluriennale pur non essendo "sentenze" in senso stretto trattandosi di atti atipici promananti da un organo appartenente all'Ordine giudiziario, in posizione di indipendenza e terzietà intervengono all'esito di un'apposita fase di contraddittorio penetrante e pregnante instaurato con le amministrazioni territoriali in seguito alla contestazione di specifici parametri normativi. Di conseguenza, ai sensi dell'art. 11, comma 6, lett. e), del c.g.c. (ovvero ai sensi dell'art. 243 quater del T.U.E.L.), il Comune avrebbe dovuto proporre tempestivamente ricorso avverso le deliberazioni in quanto recanti per l'ente un grave pregiudizio, immediato e concreto e non limitarsi a ribadire le violazioni della normativa già contestate con le richiamate deliberazioni, per cui la deliberazione impugnata

Altro indizio della natura giurisdizionale (e dunque della possibilità di definire la Corte dei conti un'autorità giudiziaria pure quando svolga attività di controllo) dell'Istituzione è dato dalla storica sentenza n. 18 del 14 febbraio 2019 della Corte costituzionale con la quale è stata riconosciuta la legittimazione della Corte dei conti, in sede di esercizio di funzioni di controllo, a sollevare questioni di legittimità costituzionale[14].

Pertanto, anche quando svolge attività di controllo (un vero e proprio "giudizio") la Corte dei conti è un "giudice" (ossia l'autorità giudiziaria di cui all'art. 51 del d.lgs. 30 giugno 2003, n. 196 contenente il «Codice in materia di protezione dei dati personali, recante disposizioni per l'adeguamento dell'ordinamento nazionale al regolamento (UE) n. 2016/679 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 27 aprile 2016, relativo alla protezione delle persone fisiche con riguardo al trattamento dei dati personali, nonché alla libera circolazione di tali dati e che abroga la direttiva 95/46/CE», come si vedrà meglio infra), ciò in virtù del fatto che tale attività è caratterizzata da indipendenza di giudizio in quanto espressione di uno *ius dicere* sostanzialmente connaturato allo status magistratuale. Del resto, la Corte costituzionale[15] ha pure osservato che laddove le deliberazioni delle Sezioni regionali di controllo della Corte dei conti non abbiano effetti meramente collaborativi, bensì imperativi e/o inibitori, ai soggetti controllati deve essere riconosciuta la facoltà di ricorrere agli ordinari strumenti di tutela giurisdizionale previsti dall'ordinamento, in base alle fondamentali garanzie costituzionali previste dagli articoli 24 e 113 della Costituzione, espressamente qualificate come princìpi supremi dell'ordinamento[16].

Tale struttura del giudizio in esame (con un primo ed un secondo grado) ha trovato poi conferma legislativa con l'adozione del già ricordato Codice di giustizia contabile il quale, agli artt. 123 e ss. espressamente attribuisce alle Sezioni riunite in sede giurisdizionale in speciale composizione della Corte dei conti la competenza a decidere i giudizi nella materia di contabilità pubblica nel caso di impugnazioni conseguenti alle deliberazioni (di primo grado) delle Sezioni regionali di controllo della medesima Corte.

---

non poteva reputarsi giustiziabile poiché non rivestiva natura decisoria ma meramente dichiarativa dell'inammissibilità dell'istanza di riesame presentata dall'ente e si limitava a prendere atto della conferma da parte dell'ente dei saldi relativi al patto di stabilità e della mancata adozione dei provvedimenti correttivi.

[14] Secondo la Corte costituzionale, infatti, «Alla luce del contesto normativo da cui prende le mosse l'ordinanza di rimessione, al problema pregiudiziale della legittimazione della sezione di controllo della Corte dei conti a sollevare questioni di legittimità costituzionale ai sensi dell'art. 1 della legge costituzionale 9 febbraio 1948, n. 1 (Norme sui giudizi di legittimità costituzionale e sulle garanzie d'indipendenza della Corte Costituzionale), e dell'art. 23 della legge 11 marzo 1953, n. 87 (Norme sulla costituzione e sul funzionamento della Corte costituzionale), deve darsi risposta affermativa, in coerenza con i criteri individuati da questa Corte e in particolare con quelli contenuti nella sentenza n. 226 del 1976, che ha individuato i requisiti necessari e sufficienti affinché le questioni sollevate dalla Corte dei conti in sede di controllo preventivo di legittimità sugli atti – cui il controllo in considerazione va assimilato – possano considerarsi promanare da un «giudice» nel corso di un «giudizio» (art. 1 della legge cost. n. 1 del 1948). Detti criteri sono stati di recente ribaditi a proposito degli incidenti di costituzionalità sollevati nell'ambito dei giudizi di parificazione dinanzi alla Corte dei conti (sentenze n. 196 del 2018 e n. 188 del 2015)».

[15] Sent. 06.03.2014, n. 39. Per la Corte costituzionale «il controllo finanziario attribuito alla Corte dei conti e, in particolare, quello che questa è chiamata a svolgere sui bilanci preventivi e sui rendiconti consuntivi degli enti locali e degli enti del Servizio sanitario nazionale, va ascritto alla categoria del sindacato di legalità e di regolarità – da intendere come verifica della conformità delle (complessive) gestioni di detti enti alle regole contabili e finanziarie – e ha lo scopo, in una prospettiva non più statica (com'era il tradizionale controllo di legalità-regolarità), ma dinamica, di finalizzare il confronto tra fattispecie e parametro normativo all'adozione di effettive misure correttive, funzionali a garantire l'equilibrio del bilancio e il rispetto delle regole contabili e finanziarie».

[16] Si vedano in tal senso le sentenze della Corte costituzionale n. 26 del 1999, punto n. 3.1 del considerato in diritto, nonché n. 526 del 2000, n. 266 del 2009, n. 10 del 1993, n. 232 del 1989, n. 18 del 1982, n. 98 del 1965.

In effetti, anche ai sensi dell'art. 11, comma 6, lett. e) del Codice di giustizia contabile «Le sezioni riunite in speciale composizione, nell'esercizio della propria giurisdizione esclusiva in tema di contabilità pubblica, decidono in unico grado sui giudizi: … nelle materie di contabilità pubblica, nel caso di impugnazioni conseguenti alle deliberazioni delle Sezioni regionali di controllo».

Del resto, anche prima della codificazione contabile la Corte dei conti aveva espressamente statuito circa l'impossibilità di qualificare quali atti amministrativi le deliberazioni delle Sezioni regionali di controllo, affermando la loro natura di atti tipici promananti da un organo appartenente all'Ordine giudiziario, in posizione di indipendenza e terzietà [17] : sia pur non classificate col termine di "sentenze", le deliberazioni in questione contengono un *decisum* e sono conseguentemente giustiziabili.

Si pensi, ad esempio, al procedimento di cui all'art. 148-*bis* del T.U.E.L. che prevede che le Sezioni regionali di controllo della Corte dei conti esaminino i bilanci preventivi e i rendiconti consuntivi degli enti locali[18] per la verifica del rispetto degli obiettivi annuali posti dal patto di stabilità interno[19], dell'osservanza del vincolo previsto in materia di indebitamento dall'art.119 della Costituzione, della sostenibilità dell'indebitamento, della assenza di irregolarità suscettibili di pregiudicare gli equilibri economico-finanziari degli enti medesimi[20]: anche se la gran parte degli accertamenti riguardano gli enti locali coinvolti, non mancano occasioni nei quali vengono in rilievo dati personali relativi a vari soggetti (dipendenti dell'ente, consulenti esterni, fornitori, soggetti nei confronti dei quali pendono contenziosi, ecc.), nei confronti dei quali si pone la necessità di bilanciare le esigenze di trasparenza con quelle di tutela dei dati personali. A tale proposito, non può non ricordarsi quanto pure affermato più volte dalla Corte costituzionale[21], ossia come tale controllo della Corte dei conti (di tipo c.d. dinamico) avente ad oggetto l'evolversi fisiologico dei fenomeni gestionali-amministrativi, comporti, in primo luogo, quale effetto intrinseco, la piena responsabilizzazione degli organi degli enti territoriali all'adozione di misure autocorrettive (in relazione ai rilievi critici mossi dalla Corte dei conti quale controllore esterno, restando, tuttavia, nella totale disponibilità dell'Amministrazione l'individuazione delle iniziative correttive da apprestare all'uopo) e sotto altra angolazione sia modulata sotto un duplice aspetto, sia riguardo all'astratta adeguatezza correttiva della misura adottata, sia con riferimento all'effettività della stessa ed alla capacità di produrre effetti correttivi immediati, ovvero differiti, della criticità rilevata; sussistono, infatti, sia criticità contabili e/o gestionali che, per loro stessa natura, si prestano ad effetti correttivi immediati, sia ipotesi nelle quali, per la

[17] Corte dei conti, Sezioni riunite in sede giurisdizionale in speciale composizione, sent. 04.05.2017, n. 15/2017/EL.

[18] Ai sensi dell'art.1, commi 166 e seguenti, della legge 23.12.2005, n. 266, Disposizioni per la formazione del bilancio annuale e pluriennale dello Stato (legge finanziaria 2006).

[19] Quando era vigente.

[20] Il medesimo art.148-bis del T.U.E.L. dispone che l'accertamento, nell'ambito delle verifiche indicate, di squilibri economico-finanziari, della mancata copertura di spese, della violazione di norme finalizzate a garantire la regolarità della gestione finanziaria o del mancato rispetto degli obiettivi posti con il patto di stabilità interno comporta, per gli enti interessati, l'obbligo di adottare, entro sessanta giorni dalla comunicazione del deposito della pronuncia di accertamento, i provvedimenti idonei a rimuovere le irregolarità e a ripristinare gli equilibri di bilancio: è stata dunque prevista un'analisi basata su un sindacato contabile di legittimità-regolarità, avente come oggetto il rispetto dei parametri finanziari dell'Unione europea e, più in generale, l'equilibrio dei bilanci pubblici che concorrono al conto consolidato dell'Amministrazione nazionale.

[21] Sentenze n. 60 del 2013, n. 198 del 2012, n. 179 del 2007 e n. 267 del 2006.

realizzazione degli effetti correttivi, è necessario l'avvio di una propedeutica attività amministrativo-contabile, la cui astratta attitudine e/o idoneità a correggere le disfunzioni segnalate costituisce oggetto di valutazione da parte della Sezione regionale di controllo (con riferimento a queste ultime misure, aventi natura programmatoria, grava sull'Amministrazione l'onere di operare una continua attività di controllo e monitoraggio circa l'idoneità delle stesse a raggiungere gli effetti correttivi pianificati, ovvero, nell'ipotesi di rilevata inidoneità e/o inadeguatezza delle stesse, l'obbligo di individuare ulteriori e/o diverse misure, comunque finalizzate alla rimozione in concreto delle criticità riscontrate; e, a tal fine, non è necessaria una specifica sollecitazione da parte della Sezione regionale di controllo in quanto l'efficacia delle misure correttive costituirà oggetto di valutazione nei successivi cicli di bilancio): la *ratio* dell'art. 148-*bis* del T.U.E.L. è in effetti quella di rimuovere i pregiudizi agli equilibri di bilancio, rispetto ai quali le misure correttive risultano strumentali.

Come si vede, ancora una volta traspare la natura di "giudizio" e non di mero procedimento amministrativo delle attività di controllo svolte dalla Corte dei conti in tali casi, aventi carattere obiettivo e giustiziale.

Del resto, anche prima del riconoscimento da parte del legislatore, come si è accennato, la giurisprudenza (della Corte costituzionale e della Corte dei conti) aveva confermato la natura di potere dello Stato della magistratura contabile, da intendersi pure come organo dello Stato-comunità, quando svolga attività di controllo sia preventivo che successivo sulle gestioni delle Pubbliche Amministrazioni, territoriali e non (*ex* art. 100, comma 2 Cost.); ciò anche perché le materie di contabilità pubblica possono positivamente individuarsi «in un organico corpo normativo, inteso alla tutela dell'integrità dei bilanci pubblici, dotato di copertura costituzionale e presidiato da un giudice naturale, che è la Corte dei conti nelle sue varie attribuzioni costituzionali, similmente a quanto, del resto, avviene per i cosiddetti blocchi di materie riservati alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo (cfr. Corte cost., n. 204/2004)»[22].

In effetti, la progressiva ed inesorabile giurisdizionalizzazione [23] dell'attività di controllo della Corte dei conti determina la necessità di un'attività di revisione e studio interdisciplinare[24], al fine di meglio inquadrare alcuni fenomeni che sempre più spesso caratterizzeranno l'azione della magistratura contabile nel settore dei controlli. Dunque gli atti di sindacato della Corte dei conti hanno carattere pienamente giurisdizionale non solo dal punto di vista soggettivo ("presenza di un giudice") ma anche da quello oggettivo ("presenza di un giudice nel corso di un giudizio"): il carattere soggettivo, del resto, risulta insito dalla qualificazione della Corte dei conti quale giudice speciale (art. 103, comma 2 della Costituzione) mentre il carattere oggettivo può desumersi dal concreto atteggiarsi della funzione di controllo la quale: 1) non rappresenta espressione di norme generali e astratte (caratteristiche del potere legislativo), 2) non cura concretamente interessi pubblici (qualità propria della funzione amministrativa indirizzata dal potere esecutivo) e 3) non è ausiliaria rispetto all'attività amministrativa (per il difetto del carattere meramente collaborativo, potendo determinare effetti

[22] Corte dei conti, Sezioni riunite in sede giurisdizionale in speciale composizione, sent. 11.10.2013, n. 5.

[23] Di giurisdizionalizzazione del controllo parla espressamente A. GRIBAUDO, I controlli della Corte dei conti e la responsabilità, in AA.VV., *I controlli della Corte dei conti sugli enti territoriali e gli altri enti pubblici*, Santarcangelo di Romagna, 2018, 706 ss..

[24] Ad oggi, in effetti, studi relativi a tale "nuova frontiera" sono sostanzialmente inesistenti.

interdittivi alla capacità di azione dei soggetti controllati); può pertanto giungersi alla definizione dell'attività di controllo quale attività giurisdizionale di pieno diritto, caratterizzata da neutralità e terzietà (ossia indipendenza dalla cura di un interesse concreto, propria come detto dell'attività amministrativa) nonché dallo speculare diritto e/o onere, per i soggetti che si ritengano lesi dagli effetti della medesima attività, di far valere i vizi delle decisioni contabili tramite rimedi di carattere giurisdizionale (restando esclusa la possibilità di caducazione in autotutela, in quanto espressiva della cura concreta di un interesse pubblico che è propria dell'attività delle Pubbliche Amministrazioni).

Altro corollario della natura giurisdizionale delle deliberazioni della Corte dei conti è costituito poi dal rispetto dei princìpi di cui all'art. 111 Cost., nei limiti della compatibilità con le caratteristiche proprie del giudizio contabile di controllo e dalla possibilità di sollevare questioni di legittimità costituzionale[25], come si è già accennato.

La giurisdizione contabile di controllo, quindi, ha quale specifico obiettivo la tutela del pubblico erario e la conferma di ciò si ritrova, del resto, sia nelle norme processuali contabili in materia di giudizio di conto (artt. 137 e seguenti del Codice di giustizia contabile) sia nelle norme sulla c.d. parificazione (artt. 40 e seguenti del R.D. n. 1214 del 12 luglio 1934) sia nelle norme disciplinanti i controlli preventivi (art. 3 della legge n. 20 del 14 gennaio 1994), la cui caratterizzazione in termini di giurisdizione svolta da un'autorità giudiziaria terza e neutrale appare chiara.

Come si è accennato, poi, la Corte costituzionale ha più volte affermato che il controllo svolto dalla Corte dei conti è finalizzato alla tutela di «interessi costituzionalmente rilevanti, sia adespoti (e quindi di difficile giustiziabilità), sia inerenti alle specifiche situazioni soggettive la cui tutela è affidata, ratione materiae, alla giurisdizione a istanza di parte della magistratura contabile»[26]; il coinvolgimento di interessi peculiari, specifici e diversi da quelli dell'ente-apparato, non sussumibili neanche in quelli adespoti di cui si è detto, è dunque una caratteristica del controllo contabile e pure nell'ambito della giurisprudenza della Corte dei conti si evidenzia la presenza di simili interessi peculiari di altri soggetti che si ritengano direttamente incisi dalle decisioni delle Sezioni regionali di controllo. La giurisdizione di controllo della Corte dei conti, quindi, riflette pure la polivalenza funzionale dello strumento del bilancio, nelle sue molteplici espressioni (giuridica, politica, economica e sociale) con i numerosi interessi (generali e peculiari) che ad esse si collegano: in ognuno di questi ambiti è poi possibile ulteriormente distinguere gli interessi adespoti, quelli generali e quelli peculiari dei singoli, comunque collegati alla salvaguardia del bilancio, come primo e più rilevante bene pubblico, per la soddisfazione dei diritti inviolabili del cittadino anche «come singolo», oltre che «nelle formazioni sociali ove si svolge la sua personalità» (art. 2 Cost.).

In sintesi, il giudizio di controllo costituisce l'espressione di una giurisdizione configurabile *ratione materiae*, ma non delimitabile *a priori* quanto ai soggetti legittimati. Il punto essenziale è allora rappresentato dalla individuazione del *proprium* delle funzioni intestate alla Corte dei conti (in sede giurisdizionale come di controllo) in base alla Costituzione materiale comprensiva della *Grundnorm* ma anche dei princìpi ivi successivamente transitati; esso è ravvisabile nella tutela, preventiva e successiva,

[25] Si veda a proposito la precedente nota n. 12.
[26] Sent. 14.02.2019, n. 18.

dell'equilibrio finanziario pubblico sotto il profilo sostanziale (risarcimento dei danni, nella tradizionale formula della domanda di parte) e formale (veridicità e correttezza degli atti finanziari). Tali ultime caratteristiche, come si è accennato, sono già pienamente ravvisabili nelle funzioni (di controllo) di parificazione dei rendiconti (statali e regionali), di controllo preventivo e di controllo sui bilanci e sui rendiconti degli enti locali, nonché nel giudizio di conto. Non appare dubbio che analogo valore assumano i controlli sui gruppi consiliari regionali (art. 1, comma 12 del decreto-legge n. 174 del 10 ottobre 2012, convertito dalla legge n. 213 del 7 dicembre 2012) in quanto l'esito negativo del controllo (anche in questo caso, in realtà, un "giudizio") determina conseguenze decadenziali e restitutorie[27].

Chiarito dunque che la Corte dei conti, anche laddove ponga in essere attività di controllo, possa qualificarsi quale autorità giudiziaria, va analizzata la normativa di riferimento in materia di salvaguardia della riservatezza, per poi concentrare l'attenzione sui rapporti tra tutela della *privacy* e dovere di trasparenza e sulle concrete modalità di protezione del diritto di riservatezza nell'ambito delle attività poste in essere dalle Sezioni regionali di controllo della Corte dei conti.

3. La normativa di riferimento.

L'art. 52, comma 1 del d.lgs. 30 giugno 2003, n. 196 e ss.mm.ii., prescrive che «Fermo restando quanto previsto dalle disposizioni concernenti la redazione e il contenuto di sentenze e di altri provvedimenti giurisdizionali dell'autorità giudiziaria di ogni ordine e grado, l'interessato può chiedere per motivi legittimi, con richiesta depositata nella cancelleria o segreteria dell'ufficio che procede prima che sia definito il relativo grado di giudizio, che sia apposta a cura della medesima cancelleria o segreteria, sull'originale della sentenza o del provvedimento, un'annotazione volta a precludere, in caso di riproduzione della sentenza o provvedimento in qualsiasi forma, l'indicazione delle generalità e di altri dati identificativi del medesimo interessato riportati sulla sentenza o provvedimento», il successivo comma 5 si occupa di sentenze e provvedimenti giurisdizionali relativi a minori (le cui generalità, gli altri dati identificativi o gli altri dati anche relativi a terzi dai quali possa desumersi anche indirettamente l'identità di minori, oppure delle parti nei procedimenti in materia di rapporti di famiglia e di stato delle persone vanno omessi in caso di diffusione delle dette sentenze e provvedimenti giurisdizionali) ed il comma 7 stabilisce che, fuori dei casi indicati, «è ammessa la diffusione in ogni forma del contenuto anche integrale di sentenze e di altri provvedimenti giurisdizionali».

Pertanto, le sentenze e gli altri provvedimenti giurisdizionali possono essere diffusi nel loro testo integrale, salvo l'oscuramento delle generalità e degli altri dati

[27] Tali considerazioni sulla natura dell'attività di controllo della Corte dei conti e sulle molteplici correlazioni con l'attività giurisdizionale sono ampiamente trattate da: N.M. TRITTO, *La configurabilità del reato di cui all'art. 372 c.p. anche in relazione all'attività di controllo della Corte dei conti*, in *Rivista Penale*, 2023, III, 262-270.

identificativi sia stato disposto dal giudice *ex officio*, su istanza di parte o sia previsto dalla legge in casi specifici (per la tutela dei minori, ecc.). Le concrete modalità di salvaguardia del diritto di riservatezza verranno analizzate nel prosieguo[28]: per il momento può dirsi che la tutela della *privacy* costituisce un elemento importante di ogni attività posta in essere anche dalle autorità giudiziarie, tanto che secondo alcuni il diritto alla *privacy*, nell'esperienza italiana, sarebbe addirittura un diritto di creazione giurisprudenziale che «ha potuto nascere ed espandersi per merito delle decisioni dei giudici»[29], non senza travagli, fatti di orientamenti contrapposti tra le Corti di merito, più inclini ad ammettere il riconoscimento dei nuovi diritti, e la Suprema Corte di Cassazione, maggiormente orientata all'applicazione rigida delle disposizioni vigenti[30].

4. Tutela della *privacy* e dovere di trasparenza.

Come si è visto, anche nell'ambito giurisdizionale si pone la necessità di tutela il diritto alla riservatezza dei singoli, tuttavia a volte tale diritto potrebbe contrastare con l'esigenza di trasparenza, soprattutto per quanto riguarda l'uso di risorse pubbliche da parte dei vari soggetti – pubblici o assimilati – le cui attività formano oggetto di (varie) verifiche da parte della magistratura contabile. Prima di approfondire tale tematica, tuttavia, va ricordato come teleologicamente il principio di *transparency* trovi origine nella necessità che la Pubblica Amministrazione renda conto alla collettività del proprio operato, soprattutto quando essa utilizzi risorse pubbliche per il perseguimento dei propri fini istituzionali. Anche se non previsto all'interno della Costituzione, il principio di trasparenza[31], legandosi a quelli di efficienza[32] ed efficacia[33] nell'utilizzo di risorse pubbliche e buon andamento dell'azione amministrativa[34], concorre ad attuare i princìpi di democrazia[35], uguaglianza[36], imparzialità[37], responsabilità[38], integrità e lealtà nel

[28] Si veda a proposito il successivo paragrafo n. 5.

[29] B. MARKESINIS, G. ALPA, *Il diritto alla "privacy" nell'esperienza di "common law" e nell'esperienza italiana*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1997, 439 ss..

[30] Per una (tendenzialmente completa) ricostruzione storica del diritto alla riservatezza, si veda: D. CALDIROLA, *Il diritto alla riservatezza*, Padova, 2006.

[31] Si veda, a riguardo: D.U. GALETTA, *La trasparenza, per un nuovo rapporto tra cittadino e Pubblica Amministrazione: un'analisi storico-evolutiva in una prospettiva di diritto comparato ed europeo*, in *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*, 2016, V, 1019-1065.

[32] A. PETRETTO, *Riforma della Pubblica Amministrazione, riforma del bilancio ed efficienza economica*, in *Le Regioni*, 1998, V, 1161-1172.

[33] R. BETTINI, *Efficacia organizzativa, indicatori di funzionamento e indicatori di funzionalità della pubblica amministrazione a proposito dei giudizi di responsabilità e conto della Corte dei conti*, in *Rivista Trimestrale di Scienza dell'Amministrazione*,1996, II.

[34] C. MARZUOLI, *Il principio di buon andamento e il divieto di aggravamento del procedimento*, in *Codice dell'azione amministrativa*, Milano, 2011, 207-224.

[35] S. PAJNO, *Considerazioni su principio democratico e principio di legalità*, in *Diritto pubblico*, 2005, II, 467-524.

[36] M. MILITELLO, *Principio di uguaglianza e di non discriminazione tra Costituzione Italiana e carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea*, in https://csdle.lex.unict.it/working-papers/wp-csdle-m-dantona-int/principio-di-uguaglianza-e-di-non-discriminazione-tra

[37] I. PIAZZA, L'imparzialità amministrativa come diritto: osservazioni sul "rapporto complesso" tra cittadini e pubblica amministrazione, in P.A. Persona e Amministrazione n. 1/2022, 405-456.

[38] L. TORCHIA, La responsabilità, in Diritto amministrativo applicato, Milano 2005, 283-294.

servizio alla nazione[39]; esso, inoltre, salvaguardia le libertà individuali e collettive, nonché i diritti civili, politici e sociali, concorrendo alla realizzazione di un'amministrazione aperta ed al servizio del cittadino[40]. Altri princìpi che discendono da quello di trasparenza sono sicuramente la pubblicità[41], la partecipazione[42] e la tempestività[43] dell'azione amministrativa.

Numerose sono le norme che hanno a fondamento la necessità di salvaguardia della *transparency* pubblica: si pensi, ad esempio, al d.lgs. n. 150 del 2009[44], alla legge n. 190 del 2012 (in materia di anticorruzione), al d.lgs. n. 33 del 2013 (sulla trasparenza), al d.lgs. n. 97 del 2016[45].

Ai fini del completamento del quadro generale di riferimento, va rilevato come – soprattutto in tema di rapporto tra diritto alla riservatezza e dovere di trasparenza – il considerando n. 4 del Regolamento euro-unitario sulla protezione dei dati n. 679 del 2016 espressamente preveda che «Il diritto alla protezione dei dati di carattere personale non è una prerogativa assoluta, ma va considerato alla luce della sua funzione sociale e va contemperato con altri diritti fondamentali, in ossequio al principio di proporzionalità» ed anche l'art. 60 del d.lgs. n. 196 del 2003 stabilisce che «Quando il trattamento concerne dati genetici, relativi alla salute, alla vita sessuale o all'orientamento sessuale della persona, il trattamento è consentito se la situazione giuridicamente rilevante che si intende tutelare con la richiesta di accesso ai documenti amministrativi, è di rango almeno pari ai diritti dell'interessato, ovvero consiste in un diritto della personalità o in un altro diritto o libertà fondamentale» ed ai sensi dell'art. 92 «Eventuali richieste di presa visione o di rilascio di copia della cartella e dell'acclusa scheda di dimissione ospedaliera da parte di soggetti diversi dall'interessato possono essere accolte, in tutto o in parte, solo se la richiesta è giustificata dalla documentata necessità: a) di esercitare o difendere un diritto in sede giudiziaria ai sensi dell'articolo 9, paragrafo 2, lettera f), del Regolamento, di rango pari a quello dell'interessato, ovvero consistente in un diritto della personalità o in un altro diritto o libertà fondamentale b) di tutelare, in conformità alla disciplina sull'accesso ai documenti amministrativi, una situazione giuridicamente rilevante di rango pari a quella dell'interessato, ovvero consistente in un diritto della personalità o in un altro diritto o libertà fondamentale». Com'è stato rilevato dalla pressocché costante giurisprudenza[46], poi, è sempre necessaria una puntuale indagine al fine di vagliare se sussistano o meno le condizioni

[39] C. DE FIORES, *I pubblici impiegati sono al servizio esclusivo della nazione? Considerazioni sulla dimensione costituzionale del pubblico impiego tra privatizzazione del rapporto di lavoro e revisione del Titolo V*, in *Diritto pubblico*, 2006, I, 149-184.

[40] C. GELOSI, *La Pubblica Amministrazione al servizio del cittadino, in Sindacalismo: rivista di studi sulla rappresentanza del lavoro nella società globale*, 2018, I, 15-29.

[41] A. CLINI, *Freedom of Information Act: pubblicità e trasparenza nei rapporti tra cittadini e P.A.*, in https://www.dirittoaccesso.it/downloads/contributi/a0878468ec82416

[42] F. CIUCCI, *Valutazione e Pubblica Amministrazione: il contributo della partecipazione alla decisione*, in *Rivista trimestrale di scienza dell'amministrazione*, 2010, I.

[43] F. SAITTA, *Il potere cautelare della pubblica amministrazione. Tra principio di tipicità ed esigenze di tempestività dell'azione amministrativa*, Torino, 2003.

[44] In tema di «Attuazione della legge 4 marzo 2009, n. 15, in materia di ottimizzazione della produttività del lavoro pubblico e di efficienza e trasparenza delle pubbliche amministrazioni».

[45] Recante «Revisione e semplificazione delle disposizioni in materia di prevenzione della corruzione pubblicità e trasparenza correttivo della legge 6 novembre 2012, n.190 e del decreto legislativo 14 marzo 2013, n. 33 ai sensi dell'articolo 7 della legge 7 agosto 2015, n. 124, in materia di riorganizzazioni delle amministrazioni pubbliche»».

[46] Troppo numerose sono le decisioni in materia per poter essere citate.

per la tutela di diritti che abbiano lo stesso valore del diritto alla riservatezza affinché quest'ultimo possa sacrificarsi nel caso concreto. Pertanto, la compatibilità del principio della trasparenza con quello della riservatezza necessita di interpretazioni che garantiscano la "visibilità" dei dati in modo proporzionato rispetto all'ambito dell'interesse pubblico che di volta in volta si deve perseguire, nel rispetto dei princìpi di pertinenza e non eccedenza, di limitazione della finalità, di minimizzazione dei dati, di esattezza e di limitazione temporale della conservazione dei medesimi[47].

5. Le concrete modalità di salvaguardia del diritto di riservatezza nell'ambito delle attività di controllo della Corte dei conti.

Passando all'esame concreto delle fattispecie che possono venire a verificarsi nella prassi dell'attività di controllo delle Sezioni regionali della Corte dei conti, numerosi sono i casi nei quali potrebbe (teoricamente) porsi la questione della tutela del diritto alla riservatezza dei soggetti interessati: si pensi, ad esempio ad una pronuncia relativa all'operato di un amministratore locale o di un pubblico dipendente che abbiano determinato conseguenze patrimoniali (perlopiù negative) nei confronti di un ente territoriale a seguito dell'esame dei rendiconti dell'ente medesimo, oppure all'affidamento di consulenze a soggetti privi dei requisiti professionali per poter svolgere determinate attività, ecc..

In tutte le fattispecie portate all'esame dei magistrati contabili nelle quali sia ravvisabile una questione attinente alla *privacy* degli interessati, questi ultimi possono tutelarsi per il tramite di una specifica richiesta ai sensi dell'art. 52, comma 1 del d.lgs. 30 giugno 2003, n. 196 e ss.mm.ii.; oltre a tale modalità, vanno ricordate pure la cosiddetta anonimizzazione *ex officio* ed il divieto generalizzato per alcune particolari fattispecie, che adesso verranno analizzate singolarmente (e che pure potrebbero avere rilievo nell'ambito dei giudizi di controllo della Corte dei conti).

[47] Secondo quanto del resto previsto pure dal D.lgs 30.06.2003, n. 196, Codice in materia di protezione dei dati personali e ss.mm.ii..

Tornando al caso della specifica richiesta, essa – supportata da motivi legittimi[48] – può essere avanzata prima della definizione del giudizio dagli interessati[49] (e non solo dalle parti) in modo che sull'originale del provvedimento venga apposta una specifica annotazione che precluda, qualora il provvedimento venga pubblicato, l'indicazione delle generalità e degli altri dati identificativi degli interessati-richiedenti.

Per quanto riguarda invece la cosiddetta anonimizzazione *ex officio*, essa com'è evidente viene disposta dall'autorità giudicante di propria iniziativa, al fine di salvaguardare i diritti e/o la dignità dei soggetti interessati.

Ulteriore modalità di tutela della riservatezza di cui si è detto è costituita dal divieto *ex lege* di pubblicazione dei dati dei soggetti coinvolti in particolari fattispecie (si pensi ai minori, alle vittime di alcuni delitti particolarmente esecrabili – quali la violenza sessuale, la prostituzione, ecc. –, alle parti di procedimenti inerenti rapporti familiari, ecc., laddove per le ipotesi più gravi l'oscuramento dei dati deve riguardare non solo gli interessati, ma pure i terzi per il cui tramite si possa risalire all'identità degli interessati)[50].

Collegate all'attività di controllo della Corte dei conti, poi, sono varie norme del d.lgs. n. 33 del 2013 (recante il «Riordino della disciplina riguardante il diritto di accesso civico e gli obblighi di pubblicità, trasparenza e diffusione di informazioni da parte delle pubbliche amministrazioni»), ossia:

1) l'art. 14[51] che prevede la pubblicazione di vari dati (tra i quali, l'atto di nomina o di proclamazione, con l'indicazione della durata dell'incarico o del mandato elettivo; il *curriculum*; i compensi di qualsiasi natura connessi all'assunzione della carica; gli importi di viaggi di servizio e missioni pagati con fondi pubblici; i dati relativi all'assunzione di altre cariche, presso enti pubblici o privati, ed i relativi compensi a qualsiasi titolo corrisposti; gli altri eventuali incarichi con oneri a carico della finanza pubblica e l'indicazione dei compensi

[48] L'ordinanza 7.08.2020, n. 16807 della V Sezione della Cassazione civile, ad esempio, circa le condizioni che devono essere soddisfatte per ottenere l'omissione delle generalità e degli altri dati identificativi in caso di pubblicazione di un provvedimento giurisdizionale presentata, ai sensi dell'art. 52, comma 1 del d.lgs. 30 giugno 2003, n. 196, dopo aver ribadito che tale pretesa può essere avanzata dalla sola persona fisica che sia parte del procedimento, afferma che la locuzione motivi legittimi, in assenza di più puntuale indicazione del legislatore, vada apprezzata "come sinonimo di "motivi opportuni": donde la particolare ampiezza, opportunamente non predeterminata dal legislatore all'interno di schemi rigidi, delle ragioni che possono essere addotte a sostegno della richiesta ..., fermo restando che l'accoglimento della richiesta medesima interverrà ogniqualvolta l'autorità giudiziaria ravviserà un equilibrato bilanciamento tra le esigenze di riservatezza del singolo e il principio della generale conoscibilità dei provvedimenti giurisdizionali e del contenuto integrale delle sentenze, quale strumento di democrazia e di informazione giuridica. In tal senso, interessanti indicazioni conformi si traggono dalle linee guida dettate dal Garante della privacy il 2 dicembre 2010, "in materia di trattamento di dati personali nella riproduzione di provvedimenti giurisdizionali per finalità di informazione giuridica", pubblicate sulla G.U. n. 2 del 4 gennaio 2011, in cui al punto 3, con specifico riferimento alla c.d. "procedura di anonimizzazione dei provvedimenti giurisdizionali" di cui all'art. 52, commi da 1 a 4, del d.lgs. n. 196/2003, si indicano possibili "motivi legittimi", in grado di fondare la relativa richiesta (ovvero di indurre l'A.G. a provvedere d'ufficio), nella "particolare natura dei dati contenuti nel provvedimento (ad esempio, dati sensibili)", ovvero nella "delicatezza della vicenda oggetto del giudizio" (Cass. pen. 13 marzo 2017, n. 11959)"; quindi, non ricorrendo una di tali ipotesi e qualora le parti si limitino a richiedere l'oscuramento delle generalità e degli altri dati identificativi ad essi riconducibili affermando genericamente di "averne motivo legittimo", senza tuttavia esternare il medesimo, l'istanza non può essere accolta.

[49] Assai numerose – e difficilmente sussumibili in limitati casi – sono le ipotesi di soggetti interessati (e non "parti") relativamente a deliberazioni poste in essere dalle Sezioni regionali di controllo della Corte dei conti.

[50] Tali fattispecie, tuttavia, sono maggiormente ipotizzabili nei casi di giudizi penali.

[51] Relativo agli «Obblighi di pubblicazione concernenti i titolari di incarichi politici, di amministrazione, di direzione o di governo e i titolari di incarichi dirigenziali».

spettanti; ecc.) relativi agli amministratori e dirigenti statali e degli enti territoriali;

2) l'art. 15 [52] relativo a vari dati (estremi dell'atto di conferimento dell'incarico, curriculum vitae, compensi, comunque denominati, relativi al rapporto di consulenza o di collaborazione, con specifica evidenza delle eventuali componenti variabili o legate alla valutazione del risultato, ecc.) dei collaboratori e consulenti delle Pubbliche Amministrazioni;

3) l'art. 26[53] che tuttavia esclude la pubblicazione di dati identificativi delle persone fisiche destinatarie di sovvenzioni, contributi, sussidi ed ausili finanziari e per l'attribuzione di vantaggi economici di qualunque genere qualora da tali dati sia possibile ricavare informazioni relative allo stato di salute ovvero alla situazione di disagio economico-sociale degli interessati;

4) l'art. 31[54] in base al quale «Le pubbliche amministrazioni pubblicano gli atti degli organismi indipendenti di valutazione o nuclei di valutazione, procedendo all'indicazione in forma anonima dei dati personali eventualmente presenti. Pubblicano, inoltre, la relazione degli organi di revisione amministrativa e contabile al bilancio di previsione o budget, alle relative variazioni e al conto consuntivo o bilancio di esercizio nonché tutti i rilievi ancorché non recepiti della Corte dei conti riguardanti l'organizzazione e l'attività delle amministrazioni stesse e dei loro uffici».

Com'è evidente, dunque, tranne i casi di informazioni relative allo stato di salute ovvero alla situazione di disagio economico-sociale degli interessati (oltre che ovviamente quelli previsti dal d.lgs. 30 giugno 2003, n. 196), tutti gli altri formeranno oggetto di pubblicazione da parte delle Pubbliche Amministrazioni, in quanto «la trasparenza, nel rispetto delle disposizioni in materia di segreto di Stato, di segreto d'ufficio, di segreto statistico e di protezione dei dati personali, integra il diritto ad una buona amministrazione e concorre alla realizzazione di un'amministrazione aperta, al servizio del cittadino»[55].

6. Conclusioni.

La questione del rapporto tra tutela della riservatezza e attività delle autorità giudiziarie (ed in particolare delle Sezioni regionali della Corte dei conti), come si è visto, è alquanto complessa.

In effetti, il bilanciamento tra tutela della *privacy* e dovere di trasparenza (correlato all'uso di denaro pubblico da parte dei vari soggetti – pubblici o assimilati – le cui attività vengono esaminate dalla magistratura contabile) implica numerose e assai differenti considerazioni, soprattutto al fine di assicurare il rispetto del diritto di riservatezza nei

[52] Sugli «Obblighi di pubblicazione concernenti i titolari di incarichi di collaborazione o consulenza».

[53] Sugli «Obblighi di pubblicazione degli atti di concessione di sovvenzioni, contributi, sussidi e attribuzione di vantaggi economici a persone fisiche ed enti pubblici e privati».

[54] Rubricato «Obblighi di pubblicazione concernenti i dati relativi ai controlli sull'organizzazione e sull'attività dell'amministrazione».

[55] In tal senso è la Relazione illustrativa al decreto legislativo 14.03.2013, n. 33 recante il «Riordino della disciplina riguardante il diritto di accesso civico e gli obblighi di pubblicità, trasparenza e diffusione di informazioni da parte delle pubbliche amministrazioni».

confronti dei relativi titolari (mediante la richiesta dell'interessato, la cosiddetta anonimizzazione *ex officio* ed il divieto generalizzato per alcune particolari fattispecie).

In effetti, il bilanciamento tra riservatezza delle parti (e dei terzi) e pubblicità dell'attività di controllo svolta dalla magistratura contabile, appare funzionale sia al fine di salvaguardare i diritti (di difesa e contraddittorio) delle parti sia al fine di assicurare massima trasparenza nell'uso corretto delle risorse pubbliche (*ex* art. 81 della Costituzione, ad esempio). Del resto, anche la Corte costituzionale[56] ha avuto modo di affermare che il diritto alla riservatezza può subire deroghe o limitazioni le quali tuttavia, si devono ispirare ai princìpi di proporzionalità, pertinenza e non eccedenza nel trattamento dei dati personali, in modo da operare nei limiti indispensabili a consentire di raggiungere obiettivi legittimi, sottesi all'acquisizione e alla diffusione delle informazioni. E' quindi indispensabile individuare misure che incidano in modo limitato sul diritto alla riservatezza, contribuendo al contempo al raggiungimento di legittimi obiettivi informativi. D'altra parte, uguale rilievo deve essere riconosciuto ai princìpi di pubblicità e di trasparenza, rilevanti, non solo, quali corollari del principio democratico di cui all'art. 1 della Costituzione per tutti gli aspetti rilevanti della vita pubblica, ma anche ai sensi dell'art. 97 (per il buon funzionamento della Pubblica Amministrazione e per la gestione dei dati che la stessa possiede e controlla) e dell'art. 81(«baluardo rigoroso ed efficace voluto dal legislatore costituente [per] il pareggio sostanziale fra entrate e spese»[57] e quindi per la corretta gestione delle risorse pubbliche) della Costituzione, anche nella dimensione euro-unitaria del fenomeno[58].

[56] Sent. 21.02.2019, n. 20.

[57] L. EINAUDI, *Lo scrittoio del Presidente* (1948-1955), Torino, 1956, 201-207.

[58] Per un'analisi attuale della questione, si veda: N.M. TRITTO, *Contabilità pubblica, scienza delle finanze e diritto finanziario*, Roma, 2023, 28 ss..

LIST OF AUTHORS OF THIS EJPLT ISSUE

ROBERTO BOCCHINI – Full Professor of Private Law, Università degli Studi di Napoli Parthenope.

ALBINA CANDIAN – Full Professor of Private Comparative Law, Università degli Studi di Milano Statale.

GIOVANNA CAPILLI – Full Professor of Private Law, Università Telematica San Raffaele Roma.

ELISABETTA CERBAI – Full Professor of Pharmacology, Università di Firenze.

IRENE COPPOLA – Assegnista di ricerca, Università degli Studi di Napoli Federico II.

ILARIA GARACI – Associate Professor of Private Law, Università Europea di Roma.

LUCILLA GATT – EJPLT Director, ReCEPL Director, Full Professor of Private Law, Università degli Studi Suor Orsola Benincasa

FEDERICA GATTILLO – Ph.D. (c) Università degli Studi di Milano Statale.

EMILIA GIUSTI – Research fellow, Scuola Superiore Sant'Anna Pisa.

SARA LANDINI – Full Professor of Law of Economics, Università di Firenze.

VALENTINA LUNESU – Ph.D.(c) Università degli Studi di Milano Statale.

GIOVANNI MARTINI – Associate Professor of Admistrative Law, Università degli Studi della Campania Luigi Vanvitelli

CATERINA MUGELLI – Contract Professor, Ph.D., Univeristà di Firenze.

AHMET OKAN ARIK – Ph.D. (c) in Informatics, Informatics Department Istanbul University.

VINCENZO RICCIUTO – Full Professor of Civil Law, Università degli Studi di Roma Tor Vergata.

UGO RUFFOLO – Formerly Full Professor of Civil Law, Alma Mater Srudiorum Università di Bologna.

GIULIO SANTONI – Ph.D., Università degli Studi Roma Tor Vergata.

ANNA SCOTTI – Associate Professor of Private Law, Università degli Studi di Napoli Federico II.

GASPARE JUCAN SICIGNANO– Researcher in Criminal Law, Università degli Studi Suor Orsola Benincasa.

ALESSIO TARTARO – Ph.D. (c) in Humanities and Social Sciences, Univeistà di Sassari.

NUNZIO MARIO TRITTO – Magistrato della Corte dei conti, Dottore di ricerca dell'Università LUM Jean Monnet (BA).

CLARA TUCCILLO – Ph.D.(c), Università degli Studi di Napoli Parthenope.

SIMONA VICIANI – Associate Professor of Private Law, Univeristà di Firenze.