ISSN: 2704-8012

SUOR ORSOLA
BENINCASA
UNIVERSITÀ EDITRICE

EUROPEAN JOURNAL OF PRIVACY LAW & TECHNOLOGIES

www.ejplt.tatodpr.eu



2025/1

EJPLT
ISSN: 2704-8012

EUROPEAN JOURNAL OF PRIVACY LAW & TECHNOLOGIES

Directed by Lucilla Gatt

2025/1

SUOR ORSOLA BENINCASA
UNIVERSITÀ EDITRICE

European Journal of Privacy Law & Technologies
Italian R.O.C. n. 25223
ISSN: 2704-8012

On line journal
https://doi.org/10.57230/EJPLT https://doi.org/10.57230/EJPLT251

Web (free access)
www.ejplt.tatodpr.eu

Indexed in



EJPLT has been awarded Class A status by ANVUR. The journal is Open Access Diamond and is the scientific dissemination tool of the Research Centre in European Private Law (ReCEPL).

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).

From 2022-2025 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.

Code of Ethics: universitypress.unisob.na.it/ojs/index.php/ejplt/pages/view/codiceetico

Contacts
www.ejplt.tatodpr.eu ejplt@unisob.na.it
t +39 081.2522396

Editing
Luciana Trama

Design
Flavia Soprani

Development
Maria Teresa Lo Conte

© Copyright 2025 by Suor Orsola Benincasa Università Editrice, published in June 2025
The intellectual property of the individual contributions remain with the authors.
The Issue and the individual contributions are 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.

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

COORDINATOR OF THE EDITORIAL AND REFEREES BOARD

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

ADVISORY BOARD – SCIENTIFIC COMMITTEE

Prof. Pasquale Arpaia – Università degli Studi di Napoli Federico II, Italy
Prof. Giovanna Capilli – Università San Raffaele di Roma, Italy
Prof. Aurelia Colombi Ciacchi – University of Groningen, Netherlands
Prof. Jean-Sébastien Borghetti – Université Panthéon-Assas, France
Prof. Matthew Dyson, University of Oxford – United Kingdom
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 School of Law, United States
Prof. Antonios Karaiskos – Ryukoku University, Japan
Prof. Roberto Montanari – Università degli Studi Suor Orsola Benincasa, Italy
Prof. Roberta Montinaro – Università degli Studi di Napoli l'Orientale, Italy
Prof. Juan Pablo Murga Fernandez – Universidad de Sevilla, Spain
Prof. Nora Ni Loideain – Institute of Advanced Legal Studies of London, United Kingdom
Prof. Alex Nunn – Leeds Trinity University, United Kingdom
Prof. Avv. Salvatore Orlando – Sapienza Università di Roma, Italy
Prof. Vincenzo Ricciuto – Università degli Studi di Roma Tor Vergata, Italy
Prof. Emilio Tosi – Università degli Studi di Milano Bicocca, Italy

REFEREES

Prof. Carlos Antonio Agurto Gonzáles – Universidad Nacional Mayor de San Marcos, Peru
Prof. Jaime Alcalde Silva – Pontificia Universidad Católica de Chile, Chile
Prof. Jeremy Antippas – Université de Bretagne Sud, France
Prof. Miguel Álvarez Ortega – Kyoto University, Japan, and Universidad de Sevilla, Spain
Prof. Mahmood Bagheri – Institute of Advanced Legal Studies of London, United Kingdom
Prof. Marco Bassini – Tilburg University, Netherlands
Prof. Ettore Battelli – Università Roma Tre, Italy
Prof. Claudia Benanti – Università di Catania, Italy
Prof. Andrea Bertolini – Scuola Superiore Sant'Anna di Pisa, Italy
Prof. Consiglia Botta – Università degli Studi di Napoli Federico II, 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. Giuseppe Corasaniti – Universitas Mercatorum e Luiss, Italy
Prof. Lucila Inés Córdoba – Universidad de Buenos Aires, Argentina

EJPLT
ISSN: 2704-8012

European Journal of Privacy Law & Technologies

Prof. Gina Gioia – Università degli Studi della Tuscia, Italy
Prof. Alberto Giulio Cianci – Università degli Studi di Perugia, Italy
Prof. Maria Antonia Ciocia – Università degli Studi della Campania Luigi Vanvitelli, Italy
Prof. Valentina Vincenza Cuocci – Università di Foggia, Italy
Prof. Giovanna D'Alfonso – Università degli Studi della Campania Luigi Vanvitelli, Italy
Prof. Egidio De Benedetto – Università degli Studi di Napoli Federico II, Italy
Prof. Giuseppe Di Vetta – Scuola Universitaria Superiore Sant'Anna di Pisa, 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. Alessandro Ferrero – Politecnico di Milano, Italy
Prof. Gianluca Gentile – Università degli Studi di Napoli Suor Orsola Benincasa, Italy
Prof. Marco Giacalone – Vrije Universiteit Brussel, Belgium
Prof. Giovanni Iorio – Università degli Studi di Milano Bicocca, Italy
Prof. Arndt Künnecke – Hochschule des Bundes für öffentliche Verwaltung, Germany
Prof. Leysser Luggi Leon Hilario – Pontificia Universidad Católica del Perú, Peru
Prof. Paola Manes – Alma Mater Studiorum Università di Bologna, Italy
Prof. Giovanni Martini – Università degli Studi della Campania Luigi Vanvitelli, Italy
Prof. Stefano Mauro – Politecnico di Torino, 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
Prof. Beth Nosworthy – University of Adelaide, Australia
Prof. Taiwo Oriola – University of Derby, United Kingdom
Prof. Francesco Rossi – Università degli Studi di Napoli Federico II, Italy
Prof. Julio Álvarez Rubio – Universidad de Cantabria Santander, Spain
Prof. Gemma Rubio – Universitat de Barcelona, Spain
Prof. Silvia Salardi – Università degli Studi di Milano Bicocca, Italy
Prof. Fulvio Santarelli – Universidad de Palermo, Argentina
Prof. Serena Sileoni – Università degli Studi Suor Orsola Benincasa, Italy
Prof. Carla Solinas – Università degli Studi di Roma Tor Vergata, Italy
Prof. Avv. Laura Valle – Libera Università di Bolzano, Italy
Prof. Jiao Xue – Zhejiang Police College, China
Prof. Isabel Zurita Martin – Universidad de Cádiz, Spain
Prof. Lihong Zhang – East University of Political Science and Law, Shanghai, China

MEMBERS OF THE EDITORIAL BOARD

Prof. Sara Lorenzo Cabrera – Universidad de La Laguna, Spain
Prof. Manuel Pereiro Càrceles – University of Valencia Universidad Complutense de Madrid, Spain
Prof. Carlo Ciliberto –University College London, United Kingdom
Prof. Maria Ioannidou – Queen Mary University of London, United Kingdom
Prof. André Janssen – Radboud University Nijmegen, Netherlands
Prof. David T. Karamanukyan – Siberian University, Russian Federation
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

European Journal of Privacy Law & Technologies

EJPLT
ISSN: 2704-8012

Prof. Sara Tommasi –Università del Salento, Italy
Ph.D. Avv. Mark Giancaspro – University of Adelaide, Australia
Prof. Hakeem Yusuf – University of Derby, United Kingdom
Ph.D. Avv. Livia Aulino – Università degli Studi di Napoli Federico II, Italy
Ph.D. Irene Coppola – Università degli Studi Suor Orsola Benincasa di Napoli, Italy
Ph.D. Avv. Andrea D'Alessio – Università degli Studi di Teramo, Italy
Ph.D. Davide D'Aloia – Università degli Studi Suor Orsola Benincasa, 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. Paola Giacalone – Vrije Universiteit Brussel, 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. Valeria Manzo – Università degli Studi della Campania Luigi Vanvitelli, Italy
Ph.D. Avv. Anita Mollo – Scuola Superiore Meridionale, Italy
Ph.D. Avv. Michael William Monterossi – Università di Torino, Switzerland
Ph.D. Ph.D. Hans Steege – University of Stuttgart, Germany
Ph.D. Kamil Szpyt – Andrzej Frycz Modrzewski Krakow University, Poland
Ph.D. Emiliano Troisi – Università Suor Orsola Benincasa di Napoli, Italy
Ph.D. (c) Noel Armas Castilla – Universidad de Sevilla, Spain
Ph.D. (c) Florencia Ines Cordoba – Universidad de Buenos Aires, Argentina
Ph.D. (c) Alessandra Fabrocini – Sapienza Università di Roma, Italy
Ph.D. (c) Gabriela García Vera – Uniwersytet Rzeszowski, Poland
Ph.D. (c) Simona Ghionzoli – Università degli Studi di Napoli l'Orientale, Italy
Ph.D. (c) Pablo Guédon – Université Clermont Auvergne, France
Ph.D. (c) Luigi Izzo – Università degli Studi Suor Orsola Benincasa, Italy
Ph.D. (c) Maria Teresa Lo Conte – Università degli Studi di Roma Tor Vergata, Italy
Ph.D. (c) Marie Potus – Université Marie et Louis Pasteur, France
Ph.D. (c) Michele Scotto di Carlo – Università degli Studi di Napoli Federico II, Italy
Ph.D. (c) Chiara Vitagliano – Università degli Studi di Napoli l'Orientale, Italy
Ph.D.(c) Ruichen Zhang – Sapienza Università di Roma and Zhongnan University of Economics and Law, China

EUROPEAN JOURNAL OF PRIVACY LAW & TECHNOLOGIES
2025/1

Summary

Editorial

Introduzione al diritto delle piattaforme | Introduction to Platform Law
Aurelio Gentili

Articles

La Direttiva relativa al dovere di diligenza delle imprese ai fini della sostenibilità: la rivoluzione (promessa) e il compromesso (trovato). Riflessioni e interrogativi | Directive EU on corporate sustainability due diligence: the (promised) revolution and the (found) compromise. Reflections and questions
Lucia Bozzi

Tortious disinformation and digital platforms | Disinformazione dannosa e piattaforme digitali
Nicola Brutti

Large Language Models and Privacy in the Corporate Context | Large Language Models e privacy nel contesto aziendale
Guendalina Capece, Lucilla Gatt, Vittoria Bonino

Sujeto y solemnidad del testamento en el entorno digital y las nuevas formas digitales | Soggetto e solennità testamentaria in ambiente digitale e nuove forme digitali
Marco Mauricio Córdoba

Considerazioni brevi su «la didattica del diritto nel dialogo tra saperi» | Brief considerations on 'didactics of law in the dialogue between knowledge'
Massimo De Felice, Carlo Mottura

Data sharing and innovation in the insurance industry. First thoughts | Data sharing ed innovazione nel settore assicurativo. Prime riflessioni
Sara Landini

Nuove tecniche genetiche e tutela dell'embrione | New genetic techniques and embryo protection
Concetta Parriniello

Focus

Predittività genetica e potenziamento umano: questioni biogiuridiche | Genetic predictivity and human enhancement: bio-legal issues
Susanna Cappuccio

Navigare nell'Ombra della Legge: la sfida algoritmica nell'applicazione della legge oscura nel law washing dell'era digitale | Navigating the Shadow of the Law: The Algorithmic Challenge of Dark Law Enforcement in the Law Washing of the Digital Age
Irene Coppola

Legal Design through AI in banking contracts | Legal Design attraverso l'intelligenza artificiale nei contratti bancari
Lucilla Gatt, Ilaria Amelia Caggiano, Maria Cristina Gaeta, Livia Aulino, Emiliano Troisi, Luigi Izzo, Alessandra Fabrocini, Daniele Marino, Christiancarmine Esposito

Online sales and selective distribution in the luxury industry. Limits to private autonomy and protection of competition under the new VBER | Vendite online e distribuzione selettiva nel settore del lusso. Limiti all'autonomia privata e tutela della concorrenza nel nuovo VBER
Elenora Jacovitti

"Inventare il diritto": nuove categorie per nuovi soggetti? | "Inventing law": new categories for new subjects?
Chiara Magneschi

The contribution of digital assets in trust: a brief overview of the main challenges | Il conferimento di beni digitali in trust: brevi cenni alle principali sfide da affrontare
Filippo Rizzi

Technology, cyber and international offshore banks: financial services for asset recovery of indonesian convicts | Tecnologia, cyber e banche offshore internazionali: servizi finanziari per il recupero dei beni dei detenuti indonesiani
Bayu Sujadmiko, Intan Fitri Meutia, Anna Gustina Zainal, Devi Yulianti

Sadbor Dance and Digital Saweran: A Legal Review of Begging Practices in the Digital Era | Sadbor Dance e Digital Saweran: una revisione giuridica delle pratiche di mendicità nell'era digitale.
Muh. Akbar Fhad Syahril, Sadmir Karović, Ardiyanti Aris

Verso una Giustizia Aumentata: considerazioni sull'integrazione dell' Intelligenza Artificiale nel settore giuridico. Il progetto Algoritmo 12 | Towards Augmented Justice: considerations on the integration of Artificial Intelligence in the legal sector. The Algoritmo 12 project
Emiliano Troisi

Climate change: towards global law? | Cambiamento climatico: verso un diritto globale?
Valentina Zampaglione

List of author

SECTION I
EDITORIAL

Gentili A, 'Introduzione al diritto delle piattaforme' (2025) 1 EJPLT.
DOI: https://doi.org/10.57230/ejplt251AG

EJPLT
ISSN 2704-8012



Introduzione al diritto delle piattaforme

Introduction to Platform Law

AURELIO GENTILI
Professore emerito, Università Roma Tre

Abstract

L'informazione nella rete è dominata da scopi di profitto e di potere. La reazione del diritto a ciò è diversa negli USA, in Cina e in Europa.
Il modello europeo ha scelto di regolare le piattaforme. Ma le sue regole da sole non bastano: le persone debbono apprendere a far valere i loro diritti.

Information on the net is dominated by profit and power. The reaction of Law to this is different in the USA, China and Europe. The European Model is intended to regulate Platforms. But its rules alone are not enough: people shall learn to enforce their rights.

* Questo articolo è stato presentato al Convegno interuniversitario "L'informazione e il diritto", 29-30-31 maggio 2024, Università Federico II, Orientale, Parthenope, Suor Orsola Benincasa, Napoli.
Comitato scientifico: Prof. Francesco Romeo (Uni Federico II Napoli), Prof.ssa Vania Maffeo (Uni Federico II Napoli), Prof.ssa Roberta; Montinaro (Uni L'Orientale Napoli), Prof. Roberto Carleo (UNI Parthenope); Prof. Agostino De Caro (Uni Molise), Prof. Giuseppe Di Chiara (Uni Palermo), Prof.ssa Lucilla Gatt (Uni Suor Orsola Benincasa), Prof. Mariano Menna (Uni Campania).

© The author(s) 2025, 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: diritto delle piattaforme; diritto di internet

Summary: 1. L'informazione nella rete: scopi di profitto e esercizio del potere. – 2. L'approccio legislativo negli USA, in Cina e nell'UE. – 3. Progresso tecnologico e cultura dei diritti.

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

L'avvento di internet nella comunicazione era stato accompagnato da enfatici proclami di progresso. La possibilità per tutti di ricevere ed effettuare comunicazione[1] sembrava capace di produrre tre effetti altamente benefici.

Il primo è la messa a disposizione della manifestazione del pensiero di una risorsa illimitata[2].

Il secondo è la disintermediazione della comunicazione[3].

Il terzo è la sua sottrazione agli scopi di profitto, o di potere, degli intermediari tradizionali, in quanto imprese.

Nell'arco di un decennio è apparsa chiara la fallacia di questi due ultimi assunti.

La disintermediazione si è trasformata ben presto in una semplice sostituzione degli intermediari [4]. Le piattaforme oggi intermediano e controllano tutto il traffico comunicativo in internet [5]. E lo strumento con cui lo fanno, gli algoritmi (di cui nessuno conosce la formula, protetta da brevetto[6]), selezionando secondo criteri di *ranking* le comunicazioni[7] discriminano ciò che arriverà all'utente e assolvono funzioni di controllo e di manipolazione[8]. Motori di ricerca e social condizionano l'informazione[9]. E poiché lo scopo è trattenere l'internauta più possibile, privilegiano novità, emozioni, sensazionalismo, e

[1] M. Cavino, *Il triceratopo di Spielberg. Fake news, diritto e politica, in La disinformazione on line e il ruolo degli esperti nell'agorà digitale: una prospettiva transdisciplinare*, cit., p. 32 ss., p. 36; V. Zeno Zencovich, *Cosa intendiamo oggi per media?, in Il diritto dell'informazione. Temi e problemi*, cit., p. 11 ss., p. 16.; M. Barberis, *Ecologia della rete. Come usare internet e vivere felici, Sesto San Giovanni*, 2021, p. 81 s.

[2] Come si osserva, con la rete è venuta meno la scarsità delle risorse che caratterizzava gli altri media: A. Martusciello, *Le iniziative dell'AGCom in materia di pluralismo e di correttezza dell'informazione sulle piattaforme digitali*, in *Il diritto dell'informazione. Temi e problemi*, a cura di M. Manetti, R. Borrello, Modena, 2019, p. 47 ss., p. 48. Da ciò taluno deriva – non del tutto a torto, ma pericolosamente – il venir meno della necessità del pluralismo: O. Pollicino, *La prospettiva costituzionale sulla libertà di espressione nell'era di Internet*, in *Media Laws*, 2018, p. 48 ss., p. 80.
Sulla democratizzazione dell'accesso e la relativa sua disintermediazione v. anche G.L. Conti, *Manifestazione del pensiero attraverso la rete e trasformazione della libertà di espressione: c'è ancora da ballare per strada?*, in *Riv. AIC*, n.4, 2018, p. 200 ss., p. 203.

[3] G. Pitruzzella, *La libertà di informazione nell'era di internet*, in *Media Laws*, 2018, p. 19 ss., p. 22.

[4] M. Barberis, op. cit., p. 91.

[5] V. Zeno Zencovich, op. cit., p. 14; G. Pitruzzella, op. cit., p. 23.
Per un quadro sotto il profilo economico v. *L'economia delle piattaforme digitali in Italia*, Rapporto INAPP 30 marzo 2023 a cura di M. Deidda, reperibile in www.inapp.gov. It.

[6] G. Pitruzzella, op. cit., pp. 26-27.

[7] M. Barberis, op. cit., p. 93.

[8] F. Lagioia, G. Sartor, *Profilazione e decisione algoritmica: dal mercato alla sfera pubblica*, in *La disinformazione on line e il ruolo degli esperti nell'agorà digitale: una prospettiva transdisciplinare*, in Federalismi.it, 2020, p. 85 ss., p. 86.

[9] G. Pitruzzella, op. cit., p. 25.

contenuti corrivi verso i suoi gusti[10], resi noti attraverso una sua accanita profilazione[11]. Che manipola[12] l'utente, creando delle bolle di filtraggio, in cui ognuno è immerso in 'camere di eco', cioè mondi informativi personalizzati sui suoi orientamenti, ove lo raggiunge solo ciò che lo compiace[13], spesso attraverso *fake news*[14] e discorsi di odio, a tutto danno del confronto necessario al dibattito pubblico. E pazienza se tutto questo porta alla regressione cognitiva[15].

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

Anzitutto è determinante il profitto. Fornire servizi in internet è attività lucrativa, il cui scopo è il guadagno non certo la libertà di espressione[16]. Di cui del resto le imprese non sono neppure titolari[17]. Non è un caso che le cinque maggiori imprese di servizi in internet siano oggi i cinque maggiori capitalisti mondiali[18], protagonisti di un oligopolio[19]. La base dei loro profitti è il commercio dei dati[20]. Dati che così si trasformano in merci[21], di valore irrisorio all'origine, ma enorme quando assemblati nei c.d. *big data*. Dati che tuttavia gli utenti cedono senza preoccuparsene[22] in cambio dei servizi cui accedono. Gli opachi algoritmi lavorano per il profitto, secondo una logica proprietaria[23]. Il fatto che gli utenti sono trattenuti in rete dall'intrattenimento, che sono stuzzicati da *fake news* sensazionalistiche che producono più traffico e quindi rendono di più[24], e che tramite la profilazione ne sono noti i gusti, consente di attirare gli inserzionisti pubblicitari[25], messi così in grado di fare pubblicità esattamente mirata[26], e offre alle piattaforme enormi possibilità di guadagno.

Ma il sistema non genera solo enormi profitti ma anche potere. L'informazione – se è ancora tale – oggi viaggia soprattutto *on line*: la rete ne è

---

[10] Di servilismo verso i gusti del pubblico parla M. Barberis, op. cit., p. 93.

[11] La profilazione è la condizione della grande diffusione dei servizi on line (M. Barberis, op. cit., p. 33)

[12] F. LAGIOIA, G. SARTOR, op. cit., p. 87.

[13] In tema M. BARBERIS, op. cit., p. 71; F. LAGIOIA, G. SARTOR, op. cit., p. 102; R. Bracciale, F. Grisolia, Information Disorder: acceleratori tecnologici e dinamiche sociali, in La disinformazione on line e il ruolo degli esperti nell'agorà digitale: una prospettiva transdisciplinare, in Federalismi.it, 2020, p. 58 ss., p. 63-64;

[14] Il fenomeno non è nuovo, e molto deprecato anche se, come osserva V. ZENO ZENCOVICH, nessuno se ne curava granché per i media tradizionali.
Sulle fake news v. C. VALDITARA, *Fake news: regolamentazione e rimedi*, in *Dir. inf. e informatica*, 2021, p. 257 ss.; E. ANDREOLA, *Fake news e danno da false informazioni in internet*, I e II, in *Resp. civ. e prev.*, 2020, p. 1604 ss., p. 2000 ss.

[15] M. BARBERIS, op. cit., p. 95.

[16] M. CUNIBERTI, *Potere e libertà nella rete, in Il diritto dell'informazione. Temi e problemi, in Rivista di diritto dei media*, 2018, p.21 ss., p. 22.

[17] M. CUNIBERTI, op. cit., loc. ult. cit.

[18] M. BARBERIS, op. cit., p. 70.

[19] A. MARTUSCIELLO, op. cit., p. 48; G. PITRUZZELLA, op. cit., p. 23.

[20] M. BARBERIS, op. cit., p. 30.

[21] F. LAGIOIA, G. SARTOR, op. cit., p. 90. Osserva G.L. CONTI, op. cit., p. 204, che le imprese di servizi on line fanno mercato di ciò che non comprano e non vendono ma di cui estraggono il plusvalore. S. ZUBOFF, *Il capitalismo della sorveglianza. Il futuro dell'umanità nell'era dei nuovi poteri,* Roma, 2019, p. 73, parla di surplus comportamentale.

[22] Osserva M. BARBERIS, op. cit., p. 35, che gli utenti lavorano gratis per i social.
È da dire che una parte degli utenti è felice di rinunciare alla sua privacy ed essere schedata, perché ritiene che in questo modo le saranno offerti contenuti meglio mirati ai suoi interessi.

[23] A. MARTUSCIELLO, op. cit., p. 60

[24] M. BARBERIS, op. cit., p. 28.

[25] F. LAGIOIA, G. SARTOR, op. cit., p. 87.

[26] F. LAGIOIA, G. SARTOR, op. cit., p. 100.

la seconda fonte dopo la tv, e la prima per i più giovani[27]. E l'informazione forma l'opinione. Siamo di fronte, come è stato detto, a un capitalismo della sorveglianza[28]. La profilazione consente la manipolazione. La rete forma ormai l'agenda del dibattito pubblico, orienta le opinioni e enfatizza o deprime il consenso. E può farlo su scala enorme[29].

2. L'approccio legislativo negli USA, in Cina e nell'UE.

Di fronte a questo scenario i legislatori per anni sono rimasti inerti. Oggi la reazione va mutando. Ma gli atteggiamenti divergono. Per sintesi si può dire che predominino tre modelli differenti: quello statunitense, quello cinese, e quello europeo.

Il modello regolatorio USA privilegia il libero mercato, la protezione della libertà di espressione e gli incentivi all'innovazione, in opposizione a qualsiasi intervento da parte del potere pubblico. La regolazione viene considerata un ostacolo all'innovazione in quanto comporta costi più alti e pone limiti all'agire delle imprese[30]. I legislatori hanno perciò rinunciato a regolare il fenomeno qui denunciato. Il § 230 del *Communication Decency Act* esclude qualsiasi responsabilità degli *internet provider* per i contenuti che diffondono. Ma il giudizio va cambiando di fronte al ruolo e al potere che le imprese dell'economia digitale hanno raggiunto, e ci si chiede se non sia giunto il momento di riconsiderare questa impostazione, stata fondamentale per lo sviluppo di Internet, ma oggi forse non più adeguata.

Il modello regolatorio cinese mette al centro una precisa visione di società, da realizzare in linea con gli indirizzi del Partito e con i valori che propone. Il soggetto pubblico ha pertanto un ruolo particolarmente incisivo, ritenuto fondamentale per il mantenimento dell'ordine e della stabilità sociale e per il consolidamento del potere attraverso il controllo pervasivo della società. In ciò, la rete e le piattaforme diventano dunque delle infrastrutture essenziali, anch'esse soggette come parte integrante ad una strategia nazionale unitaria in cui lo Stato, e non la persona, è al centro.

Il modello proposto dall'Unione europea è invece improntato ad una penetrante regolazione. Essa apre a possibilità di *public enforcement* e di *private enforcement*.

In quanto imprese le piattaforme sono anzitutto assoggettate alla disciplina europea e domestica della concorrenza: intese, concentrazioni, abusi[31]. Qui la novità domestica è l'integrazione alla legge sulla subfornitura, che dal 2022 prevede che si presuma fino a prova contraria la dipendenza economica di chi utilizza i servizi di intermediazione di una piattaforma determinante per raggiungere gli utenti finali, e che siano pratiche abusive fornire dati

[27] A. MARTUSCIELLO, op. cit., p. 9.
[28] S. ZUBOFF, op. cit.
[29] Nel noto caso Cambridge Analytica gli utenti condizionati erano oltre ottantasette milioni.
[30] È di questi giorni la notizia che alcuni tra i massimi operatori del settore della telefonia mobile abbiano rinviato l'inserimento di sistemi di Intelligenza artificiale nei dispositivi a causa delle restrizioni imposte dalla normativa europea, di cui si dice più avanti.
[31] Un esame in E.R. RESTELLI, *Le piattaforme digitali. Dall'intermediazione all'impresa*, Milano, 2022, p. 137 ss.

insufficienti, pretendere prestazioni unilaterali non giustificate, inibire il ricorso ad altra piattaforma.

Sono poi assoggettate ad una disciplina dei servizi. Qui nel tempo l'approccio è cambiato. La direttiva 2000/31/CE sul commercio elettronico escludeva anch'essa la responsabilità dei prestatori di servizi[32]. Oggi invece un duplice compendio normativo, il *Digital Markets Act* e il *Digital Services Act*, responsabilizza le piattaforme[33].

Il DMA individua le piattaforme di significativo impatto sul mercato interno, c.d. *gatekeepers*, e *a*) vieta loro di trattare, combinare ed incrociare i dati personali degli utenti finali, se non con il loro consenso (quando necessario), *b*) vieta poi di impedire agli utenti di ricorrere ad altri intermediari o ai propri servizi, *c*) impone loro piena trasparenza delle condizioni contrattuali, *d*) impone loro di consentire agli utenti libertà di disinstallare o modificare applicazioni, o ricorrere a quelle di terzi, *e*) impone poi di garantire l'interoperabilità; *f*) impone loro di applicare condizioni trasparenti, eque e non discriminatorie (qui rafforzato e specificato dal regolamento n. 1150 del 2019). E attribuisce alla Commissione europea poteri di indagine, di esecuzione come il concordare con i *gatekeeper* impegni di comportamento, e di sanzione.

Il DSA da un lato ribadisce che le piattaforme non hanno obblighi di sorveglianza e responsabilità per i contenuti, ma dall'altro le vincola a reagire alle segnalazioni di contenuti illegali esercitando una funzione di moderazione[34], attraverso la sospensione del fornitore, e a predisporre mezzi di attenuazione dei rischi sistemici. Incoraggia inoltre l'adozione di codici di condotta.

La regolazione consente l'*enforcement*. Per quanto concerne il *public enforcement* si è già detto dei poteri della Commissione europea. Per quanto concerne il *private enforcement* la regolazione abilita i fruitori dei servizi a contestare sia in sede di mediazione sia in sede giudiziaria i comportamenti non

---

[32] Sul tema: S. GRISANTI, *Internet Service Providers: una rassegna giurisprudenziale europea ed italiana ai tempi del Covid-19,* in Il dir. industriale, 2020, p. 491 ss.; R. PETRUSO, *Responsabilità delle piattaforme on line, oscuramento di siti web e libertà di espressione nella giurisprudenza della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo*, in *Dir. dell'inf. e dell'informatica*, 2018, p. 511 ss.; R. PANETTA, *Il ruolo dell'internet service provider e i profili di responsabilità civile*, in *Resp. civ. e prev.* 2019, p. 1017 ss.; M. COCUCCIO, *La responsabilità civile per fatto illecito dell'internet service provider*, ivi, 2015, p. 1312 ss.; M.R. ALLEGRI, *Alcune considerazioni sulla responsabilità degli intermediari digitali, e particolarmente dei social network provider, per i contenuti prodotti dagli utenti*, in *Informatica e dir.*, XXVI, 2017, p. 69 ss.; L. TORMEN, *La linea dura della Cassazione in materia di responsabilità dell'hosting provider (attivo e passivo*), in *Nuova giur. civ. comm.*, I, 2019, p. 1039 ss.; L. ALBERTINI, *Sulla responsabilità civile degli internet service provider per i materiali caricati dagli utenti (con qualche considerazione generale sul lore ruolo di gatekeepers della comunicazione)*, in *Media Laws*, n. 4, 2020, p. 1 ss.; F. PIRAINO, *Spunti per una rilettura della disciplina giuridica degli internet service provider*, in AIDA. *Annali italiani del diritto d'autore, della cultura e dello spettacolo*, 2017, p. 468 ss.; A. BELLAN, *Piattaforme, obblighi di monitoraggio e risoluzione delle controversie on line*, in *Il dir. industriale*, 2020, p. 184 ss.; E. TOSI, *L'evoluzione della responsabilità civile dell'internet service provider passivo e attivo*, ivi, 2019, p. 590 ss.

In giurisprudenza: Corte di Giust., 3 ottobre 2019, n. C-18/18, ivi, 2020, p. 281 ss.; Trib. Napoli Nord, 3 novembre 2016, in *Dir. inf. e informatica*, 2017, p. 243, con nt di M. MONTANARI, e in *Giur. it.*, 2017, p. 629 ss., con nt. di R. BOCCHINI; Cass., 19 marzo 2019, n. 7708, ivi, 2019, p. 2604 ss., con nt. di R. Bocchini

[33] G. FINOCCHIARO, *Responsabilità delle piattaforme e tutela dei consumatori*, in *Giornale dir. ammin.*, 2023, p. 730 ss.

[34] A. PUNZI, *Governance condivisa: la regolazione dei contenuti in rete oltre la separazione tra pubblico e privato*, in *Giur. It.*, 2024, p. 457 ss.; U. RUFFOLO, *Piattaforme e content moderation negoziale*, in *Giur. It.*, 2024, p. 442 ss. Sulle clausole che consentono di moderare contenuti sospendendo l'account si è pronunziato Trib. Varese, 2 agosto 2022, n. 1181, in Giur. it., 2023. 1542, con nt. di A. AMIDEI, *Il vaglio di validità delle clausole contrattuali di content moderation online*, ritenendole non vessatorie.

conformi alla disciplina di legge e ai codici di condotta.

Ma occorre aggiungere che la regolazione realizza una sorta di *enforcement ex ante*, consistente in particolare nella maggiore trasparenza, in termini di certezza e chiarezza, garantita agli attori del mercato, capace di scoraggiare, per il timore di uscire dal perimetro del consentito e rischiare di essere sanzionati, i soggetti regolati dal porre in essere condotte invece vantaggiose per il mercato; nonché nella possibilità di superare i limiti dell'*enforcement* antitrust, in quanto sono contestabili anche pratiche di per sé non lesive della concorrenza.

3. Progresso tecnologico e cultura dei diritti.

La domanda che sta al fondo della questione mi pare sia la seguente: il progresso tecnologico è sempre progresso sociale? E la risposta che proviene dall'approccio europeo è chiara: no, se non si prende atto degli effetti perversi che accompagnano i progressi e non si frappone lo scudo del diritto.

È quanto la legislazione europea sta facendo. Separare il rovescio dalla medaglia però non è semplice. E – se posso esprimere un'opinione personale – non dipende solo da una cultura *legislativa* dei diritti (come visto propria solo dell'ambito europeo rispetto ad un fenomeno globale), ma anche e molto da una cultura *popolare* dei diritti: inutile attribuirli se gli interessati non li esercitano.

Da sola la legge non può cambiare la società. Il miglior freno agli eccessi di un capitalismo maturo è una società anch'essa matura.

SECTION II
ARTICLES

Bozzi L, 'La Direttiva relativa al dovere di diligenza delle imprese ai fini della sostenibilità: la rivoluzione (promessa) e il compromesso (trovato). Riflessioni e interrogativi' (2025) 1 EJPLT.
DOI: https://doi.org/10.57230/EJPLT251LB

EJPLT
ISSN 2704-8012



La Direttiva relativa al dovere di diligenza delle imprese ai fini della sostenibilità: la rivoluzione (promessa) e il compromesso (trovato). Riflessioni e interrogativi*

Directive EU on corporate sustainability due diligence: the (promised) revolution and the (found) compromise. Reflections and questions

LUCIA BOZZI
Professore ordinario Diritto privato
Università degli studi di Foggia

Abstract

Il contributo indaga sulla sostenibilità muovendo dall'analisi della recente direttiva relativa al dovere di diligenza delle imprese, ripercorrendone l'iter normativo, soffermandosi sugli aspetti più qualificanti e tentando di metterne in rilievo punti di forza e criticità. Vengono infine formulati alcuni interrogativi in merito alla efficacia e al realismo delle scelte politiche e normative euro unitarie in tema di sostenibilità.

The paper investigates sustainability starting from the analysis of the recent directive on corporate sustainability due diligence. It traces the legislative process of the Directive and focuses on its most qualifying aspects, attempting to highlight its strengths and weaknesses. Finally, it raises some questions regarding the effectiveness and realism of the EU's political and regulatory choices on sustainability.

* L'articolo è stato pubblicato nel volume CAGGIANO I.A., MOLLO A.A. (a cura di), *Il diritto della sostenibilità nella prospettiva europea e italiana: testi di riferimento*, Napoli, Suor Orsola Benincasa Università Editrice, 2024, e rientra nell'ambito delle attività della Cattedra Jean Monnet "*European Green rights: reshaping fundamental rights for next generations*" (EUGREENEXT) presso l'Università degli Studi Suor Orsola Benincasa (UNISOB), titolare della cattedra Prof.ssa Ilaria A. Caggiano, 2022-2025, bando ERASMUS-JMO-2021-HEI-TCH-RSCH, progetto n. 101047962. www.eugreenext.eu

© The author(s) 2025, 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: Sustainability; Directive EU on corporate sustainability due diligence; effectiveness of EU choices on sustainability

Summary: 1. Sostenibilità: un nuovo totem di difficile traduzione normativa. – 2. La Direttiva relativa al dovere di diligenza delle imprese ai fini della sostenibilità. Ruolo dello Stato e ruolo delle imprese nella realizzazione della sostenibilità. – 3. I contenuti della Direttiva, tra versione originaria e versione approvata: il bicchiere è mezzo pieno o mezzo vuoto? – 4. Tra velleità e realismo, molti interrogativi.

1. Sostenibilità un nuovo totem di difficile traduzione normativa.

La sostenibilità rappresenta uno dei *totem* del nostro tempo: tutti sono d'accordo sulla sua desiderabilità e tutti convengono sulla necessità di operare, in ogni campo, scelte "sostenibili".

Il passo successivo alla celebrazione (cui non è estranea una certa dose di autoassoluzione) di tale desiderabilità, ovvero declinare la nozione in chiave politica, e conseguentemente normativa, e decidere quindi chi, in quale misura e come debba accollarsi i costi (imprescindibili) di tale sostenibilità risulta invece (inevitabilmente) maggiormente divisivo e problematico.

Si preferisce pertanto parlare di sviluppo sostenibile, orientando così la sostenibilità in una direzione meno difficile da accettare. In modo per nulla casuale, infatti, i testi normativi in tema di sostenibilità sono per lo più dedicati allo sviluppo sostenibile[12]: la sostenibilità deve qualificare sì lo sviluppo, ma è

---

[*] Il testo riproduce, con qualche minima differenza il contributo pubblicato su I.A. CAGGIANO, A.A. MOLLO (a cura di), *Eu Green Rights: ridistribuzione dei diritti fondamentali per le generazioni future*, Suor Orsola Benincasa Università Editrice, 2024, ISBN 979-12-5511.

[2] E. CHITI, *Oltre la disciplina dei mercati: la sostenibilità degli ecosistemi e la sua rilevanza nel Green Deal* europeo, in *Rivista della Regolazione dei mercati*, n. 2/2022, p. 9; A FANTINI, *Sostenibilità e regime remediale nella vendita dei beni di consumo*, in *Actualidad Jurídica Iberoamericana* No 18, febrero 2023, p. 435; F. FRACCHIA, *Sviluppo sostenibile e diritti delle generazioni future*, in *Rivista Quadr. Diritto dell'ambiente*, 2010, p. 9 ss.; F. FRACCHIA-S. VIRNILE, *Lo sviluppo sostenibile oltre il diritto ambientale*, in *Regioni*, n. 1-2/2022, p. 44 «il principio dello sviluppo sostenibile, principio cardine della tutela ambientale, ma anche paradigma di carattere più generale che, richiamando i doveri imprescindibili di solidarietà e responsabilità, si presta a un'applicazione più estesa, per tutte le sfide che coinvolgono gli interessi delle generazioni future». M. PENNASILICO, *Ambiente e iniziativa economica: quale "bilanciamento"?*, in *Leggi civ. comm.*, 2024, p. 76, osserva «Il problema, dunque, è se la tutela ambientale sia ancillare allo sviluppo o se, al contrario, lo sviluppo sia strumentale alla tutela dell'ambiente, al punto da parlarsi non già di «sviluppo sostenibile», inteso come utilizzazione economica degli ecosistemi "compatibile" con la conservazione della natura, bensì, in una prospettiva rovesciata, di «protezione sostenibile» per indicare –…– l'interesse "superprimario" di evitare il sacrificio dell'ambiente naturale fino al limite della sostenibilità economica". Osserva tuttavia M. LIBERTINI, *Gestione "sostenibile" delle imprese e limiti alla discrezionalità imprenditoriale*, in *Contratto e impr*esa, 2023, pp. 76- 77, che lo sviluppo sostenibile rappresenta «obiettivo tendenziale, non traducibile pienamente e immediatamente nella realtà, alla luce dell'attuale esperienza della civiltà umana...». La lett. c) al num. 1 dell'art. 1, aggiunta nel testo approvato a marzo 2024 e poi confermato a giugno suggerisce del resto con chiarezza la necessità di "compatibilità" tra le esigenze della sostenibilità e dello sviluppo (economico, quindi del business) («obblighi che incombono sulle società di adottare e attuare un piano di transizione per la mitigazione dei cambiamenti climatici volto a garantire, con il massimo impegno possibile, la compatibilità del modello e della strategia aziendali della società con la transizione verso un'economia sostenibile e con la limitazione del riscaldamento globale a 1,5 oC in linea con l'accordo di Parigi»).

comunque forgiata in funzione di esso [3]. Nella prospettiva dello sviluppo sostenibile sembra del resto muoversi anche la nostra carta costituzionale, che nel modificare l'art. 41 stabilisce che l'iniziativa economica privata non possa svolgersi in danno alla salute e all'ambiente, premettendo questi due limiti a quelli già vigenti, ovvero la sicurezza, la libertà e la dignità umana e riservando alla legge la possibilità di indirizzare e coordinare l'attività economica, pubblica e privata, a fini non solo sociali, ma anche ambientali[4].

[3] F. FRACCHIA-S. VERNILE, *op. cit.*, p. 6. Il riferimento alla sostenibilità e in particolare allo sviluppo sostenibile è recente, ma non recentissimo. Lo sviluppo sostenibile è infatti definito già nel rapporto finale della Commissione mondiale sull'ambiente e lo sviluppo, istituita in ambito ONU nel 1983 e presieduta da Gro Harlem Brundtland (tale definizione «Lo sviluppo sostenibile è uno sviluppo che soddisfi i bisogni del presente senza compromettere la possibilità delle generazioni future di soddisfare i propri", è divenuta una sorta di modello a cui si sono poi ispirate tutte le definizioni successive») e si trova citato nella Carta di Nizza (Art. 37, Tutela dell'ambiente, «Un livello elevato di tutela dell'ambiente e il miglioramento della sua qualità devono essere integrati nelle politiche dell'Unione e garantiti conformemente al principio dello sviluppo sostenibile»), nel trattato di Amsterdam (Articolo 2, «La Comunità ha il compito di promuovere nell'insieme della Comunità, mediante l'instaurazione di un mercato comune e di un'unione economica e monetaria e mediante l'attuazione delle politiche e delle azioni comuni di cui agli articoli 3 e 3 A, uno sviluppo armonioso, equilibrato e sostenibile delle attività economiche, un elevato livello di occupazione e di protezione sociale, la parità tra uomini e donne, una crescita sostenibile e non inflazionistica, un alto grado di competitività e di convergenza dei risultati economici, un elevato livello di protezione dell'ambiente ed il miglioramento della qualità di quest'ultimo, il miglioramento del tenore e della qualità della vita, la coesione economica e sociale e la solidarietà tra Stati membri»), nel Trattato di Lisbona (Preambolo, «DETERMINATI a promuovere il progresso economico e sociale dei loro popoli, tenendo conto del principio dello sviluppo sostenibile nel contesto della realizzazione del mercato interno e del rafforzamento della coesione e della protezione dell'ambiente, nonché ad attuare politiche volte a garantire che i progressi compiuti sulla via dell'integrazione economica si accompagnino a paralleli progressi in altri settori»; art. 3, «3. L'Unione instaura un mercato interno. Si adopera per lo sviluppo sostenibile dell'Europa, basato su una crescita economica equilibrata e sulla stabilità dei prezzi, su un'economia sociale di mercato fortemente competitiva, che mira alla piena occupazione e al progresso sociale, e su un elevato livello di tutela e di miglioramento della qualità dell'ambiente. Essa promuove il progresso scientifico e tecnologico. L'Unione combatte l'esclusione sociale e le discriminazioni e promuove la giustizia e la protezione sociali, la parità tra donne e uomini, la solidarietà tra le generazioni e la tutela dei diritti del minore …. 5. Nelle relazioni con il resto del mondo l'Unione afferma e promuove i suoi valori e interessi, contribuendo alla protezione dei suoi cittadini. Contribuisce alla pace, alla sicurezza, allo sviluppo sostenibile della Terra, alla solidarietà e al rispetto reciproco tra i popoli, al commercio libero ed equo, all'eliminazione della povertà e alla tutela dei diritti umani, in particolare dei diritti del minore, e alla rigorosa osservanza e allo sviluppo del diritto internazionale, in particolare al rispetto dei principi della Carta delle Nazioni Unite»), e ancora definito nell'art. 2 del Reg. CE 2493/2000 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 7.11. 2000 (Art. 2, «Ai fini del presente regolamento: per «sviluppo sostenibile» si intende il miglioramento delle condizioni di vita e del benessere delle popolazioni interessate, entro i limiti della capacità degli ecosistemi, attraverso la salvaguardia del patrimonio naturale e della sua biodiversità a vantaggio delle generazioni presenti e future»), per non richiamare che alcune fonti

[4]La legge costituzionale 11 febbraio 2022, n. 1, ha anche modificato l'art. 9, introducendo tra i principi fondamentali la tutela dell'ambiente, della biodiversità e degli ecosistemi, anche nell'interesse delle future generazioni. La costituzionalizzazione della sostenibilità è tema che merita un approfondimento che non può essere svolto in tale sede e che pertanto si è deciso di richiamare soltanto. Sarebbe velleitario anche pretendere di fornire sul punto riferimenti bibliografici esaustivi, v. tuttavia T. GROPPI, *Sostenibilità e costituzioni: lo Stato costituzionale alla prova del futuro*, in *DPCE online*, n.1/2016, 43 e ss.; D. PORENA, *Il principio di sostenibilità. Contributo allo studio di un programma costituzionale di solidarietà intergenerazionale*, Torino, 2018; M. FRANCAVIGLIA, *Le ricadute costituzionali del principio di sostenibilità a dieci anni dal Trattato di Lisbona. Spunti ricostruttivi alla luce della giurisprudenza europea e costituzionale*, in *Federalismi,* n. 19/2020, p. 54 ss.; D. IACOVELLI, *La riforma degli artt. 9 e 41 della Costituzione nell'ecologia delle idee*, in *Jus Vita e pensiero*, 29.06.2022; A. LAMBERTI, *Ambiente, sostenibilità e principi costituzionali: questioni aperte e prospettive alla luce della legge cost. 1/2022*, in *Nomos* 3-2022**;** M. CECCHETTI, *La revisione degli articoli 9 e 41 della Costituzione e il valore costituzionale dell'ambiente: tra rischi scongiurati, qualche virtuosità (anche) innovativa e molte lacune*, in *Quad. cost.*, 2021, 285 ss.; Id, *Virtù e limiti della modifica degli articoli 9 e 41 della Costituzione*, in *Corti supreme e salute*, 1/2022; E. DI SALVATORE, *Brevi riflessioni sulla revisione degli articoli 9 e 41 della Costituzione*, in *Costituzionalismo*, 1, 2022; L. CASSETTI, *Riformare l'art.41 della Costituzione: alla ricerca di "nuovi" equilibri tra iniziativa economica privata e ambiente?*, in *Federalismi*, 2 febbraio 20222, p. 188 ss.; V. CARIELLO, *Per un diritto costituzionale della sostenibilità (oltre la "sostenibilità ambientale")***,** in *Orizzonti del dir. comm.*, 2/2022**;** M.

Il collocamento della sostenibilità nella prospettiva dello sviluppo - una prospettiva, dunque, non eversiva rispetto all'attuale assetto politico, sociale ed economico, ed anzi perfettamente in sintonia con esso - non è tuttavia sufficiente a risolvere tutte le questioni. Anche declinare la sostenibilità in termini di sviluppo sostenibile non esime infatti dall'individuare chi debba accollarsi i costi connessi a tale qualifica.

La direttiva relativa al dovere di diligenza delle imprese ai fini della sostenibilità (da adesso anche, la Direttiva) rappresenta un tentativo di tradurre sul piano normativo la "sostenibilità"[5].

La versione originaria risalente al febbraio 2023 non è mai stata approvata. Merita tuttavia di essere illustrata in quanto esprime in modo paradigmatico quanto prima accennato circa la problematicità connessa a ogni tentativo di lasciare il rassicurante piano della retorica della sostenibilità - dove è facile essere d'accordo - per avventurarsi in quello, assai più accidentato (e a forte rischio di impopolarità), della traduzione normativa della sostenibilità.

2. La Direttiva relativa al dovere di diligenza delle imprese ai fini della sostenibilità. Ruolo dello Stato e ruolo delle imprese nella realizzazione della sostenibilità.

L'*incipit* della Relazione, dove vengono indicati motivi e obiettivi della (allora proposta di) Direttiva, si presenta rivelatore dell'approccio del legislatore europeo: «La condotta delle società in tutti i settori dell'economia è fondamentale per il successo della transizione dell'Unione a un'economia verde e climaticamente neutra, in linea con il Green Deal europeo, e per il conseguimento degli obiettivi di sviluppo sostenibile dell'ONU, compresi i rispettivi obiettivi in materia di diritti umani e ambiente. A tal fine è necessario attuare processi globali di attenuazione degli impatti negativi sui diritti umani e degli impatti ambientali negativi nelle catene del valore, integrare la sostenibilità nei sistemi di governo societario e di gestione e inquadrare le decisioni aziendali in termini di diritti umani, impatto climatico e ambientale, oltre che in termini di resilienza della società a più lungo termine».

Obiettivi estremamente ambiziosi, per il raggiungimento dei quali è necessaria una gestione globale e, in particolare, il coinvolgimento della compagine "produttiva" societario/imprenditoriale[6]. Di questo il legislatore europeo si mostra perfettamente consapevole, come emerge chiaramente nei Cons. 7 e 8 e più ancora nel Cons. 14, che recita «La presente direttiva mira a che le società attive nel mercato interno contribuiscano allo sviluppo sostenibile e alla transizione economica e sociale verso la sostenibilità

MELI, *In tema di ricadute privatistiche della riforma degli artt. 9 e 41 Cost.*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2022, p.549; M. BENVENUTI, *La revisione dell'articolo 41, commi 2 e 3, della costituzione, i suoi destinatari e i suoi interpreti,* in *Riv. AIC*, 2, 2023; V. DE SANTIS, *La Costituzione nella transizione ecologica. Considerazioni intorno al novellato art. 41 della Costituzione*, in *Nomos* 1-2023; C. BUZZACCHI, *Attività economiche e ambiente nel prisma (o mantra?) della «sostenibilità»*, in *Riv. AIC*, 4, 2023; C. CAMARDI, *Diritto civile e nuovi valori costituzionali. Qualche suggestione da recenti riforme*, in *Jus civile*, 2023, 557 ss.

[5] Dir. 2024/1760 CE del Consiglio del 13.6.2024 relativa al dovere di diligenza delle imprese ai fini della sostenibilità e che modifica la direttiva (UE) 2019/1937 e il regolamento (UE) 2023/2859.

[6] M. PENNASILICO, *op. cit.*, pp. 81-82, rileva che «l'attività d'impresa a scopo di lucro è destinata ad essere superata da una nuova nozione di c.d. "lucro sostenibile"».

attraverso l'individuazione, la prevenzione, l'attenuazione, l'arresto e la minimizzazione degli impatti negativi, siano essi potenziali o effettivi, sui diritti umani e sull'ambiente connessi alle attività delle società stesse, alle loro filiazioni e alle catene del valore cui partecipano»[7]. Fin qui, tuttavia, nulla che possa considerarsi assolutamente nuovo [8].

Destinatari della Direttiva, nella sua "vecchia versione" sono, ai sensi dell'art. 2, solo le «società che sono costituite in conformità della normativa di uno Stato membro e soddisfano una delle condizioni seguenti: (a) avere avuto, in media, più di 500 dipendenti e un fatturato netto a livello mondiale di oltre 150 milioni di EUR nell'ultimo esercizio per il quale è stato redatto il bilancio d'esercizio; (b) pur senza raggiungere i limiti minimi di cui alla lettera a), avere avuto, in media, più di 250 dipendenti e un fatturato netto a livello mondiale di oltre 40 milioni di EUR nell'ultimo esercizio per il quale è stato redatto il bilancio d'esercizio, purché almeno il 50 % di tale fatturato netto sia stato generato in uno o più dei settori seguenti», ritenuti particolarmente "impattanti", ovvero «i) fabbricazione di tessuti, pellami e relativi prodotti (calzature comprese) e commercio all'ingrosso di tessuti, abbigliamento e calzature; ii) agricoltura, silvicoltura, pesca (acquacoltura compresa), fabbricazione di prodotti alimentari e commercio all'ingrosso di materie prime agricole, bestiame, legname, alimenti e bevande; iii) estrazione di risorse minerarie indipendentemente dal luogo in cui sono estratte (tra cui petrolio greggio, gas naturale, carbone, lignite, metalli e minerali metalliferi, tutti gli altri minerali non metallici e prodotti di cava), fabbricazione di prodotti in metallo di base, altri prodotti minerali non metallici e prodotti in metallo (macchinari e attrezzature esclusi) e commercio all'ingrosso di risorse minerali, prodotti minerali di base e intermedi (compresi metalli e minerali metalliferi, materiali da costruzione, combustibili, prodotti chimici e altri prodotti intermedi)»[9].

Inoltre, «si applica alle società che sono costituite in conformità della normativa di un paese terzo e soddisfano una delle condizioni seguenti: (a) avere generato un fatturato netto di oltre 150 milioni di EUR nell'Unione nell'esercizio precedente l'ultimo esercizio; (b) avere generato un fatturato netto di oltre 40 milioni di EUR, ma non superiore a 150 milioni di EUR, nell'Unione nell'esercizio precedente l'ultimo esercizio, purché almeno il 50 % del fatturato netto della società a livello mondiale sia stato generato in uno o più dei settori elencati al paragrafo 1, lettera b)».

Resterebbero quindi escluse dall'ambito applicativo le piccole e medie imprese (pmi), presumibilmente perché si vuole evitare di imporre loro oneri

[7] Quanto riportato nel testo è stato confermato, con qualche modifica, nel cons. 16 della Direttiva definitivamente approvata.

[8] M. PENNASILICO, *op. cit.*, p. 82, «Del resto, la "sostenibilità" è divenuta quasi una *condicio sine qua non* di esistenza dell'impresa: basti pensare che, se è quotata, è tenuta a perseguire il "successo sostenibile" in base al Codice di Corporate Governance di Borsa Italiana (109), che ha assunto valenza prescrittiva e non più di *soft law*; se vuole operare nel settore del public procurement, il nuovo Codice appalti (d.lgs. 31 marzo 2023, n. 36) impone di "incrementare il grado di ecosostenibilità degli investimenti pubblici e delle attività economiche", e di "garantire il rispetto dei criteri di responsabilità energetica e ambientale" nonché "l'introduzione di sistemi di rendicontazione degli obiettivi energetico- ambientali» (art. 1, comma 2, lett. f, l. 21 giugno 2022, n. 78, che ha delegato il Governo in materia di contratti pubblici); se intende ottenere finanziamenti dal sistema bancario, l'impresa è tenuta a certificare molteplici requisiti di sostenibilità e di adesione a codici e principi di matrice ESG; se non vuole, infine, perdere quote di mercato e clienti, deve dimostrare che prodotti o servizi rispettino elevati standard di sostenibilità».

[9] Cfr. art. 2 n. 1, lett. b) e Cons. 22, testo "originario".

organizzativi eccessivi. Una scelta ragionevole e a ben vedere perfino condivisibile. L'esclusione, tuttavia, è solo apparente. Le pmi rientrano infatti nell'ambito applicativo della Direttiva in via per cd indiretta, nella misura in cui rappresentano una parte della catena del valore di imprese più grandi. Gli obblighi previsti non vincolano infatti solo la società direttamente investita ai sensi dell'art. 2, ma si estendono, per il tramite il tramite di questa, anche a tutti i soggetti, comprese le pmi, con i quali l'impresa intrattiene rapporti consolidati. Ai sensi dell'art. 7, la società è infatti tenuta a «chiedere a ciascun partner commerciale con il quale intrattiene un rapporto d'affari diretto garanzie contrattuali quanto al rispetto del codice di condotta della società e, se necessario, di un piano operativo di prevenzione, anche chiedendogli di chiedere a sua volta ai partner garanzie contrattuali equivalenti per quanto le loro attività rientrino nella catena del valore della società ("sistema a cascata contrattuale")»; è altresì tenuta anche ad «effettuare gli investimenti necessari per conformarsi" a tale modello nonché ad «d) offrire sostegno mirato e proporzionato alla PMI con la quale ha un rapporto d'affari consolidato qualora il rispetto del codice di condotta o del piano operativo di prevenzione ne metta a repentaglio la sostenibilità economica»[10].

Inevitabile, a questo punto, chiedersi se, per come concepita, l'esclusione delle pmi dall'ambito applicativo della Direttiva sia davvero funzionale allo scopo di evitare di imporre a tali soggetti oneri organizzativi eccessivi.

Quanto al profilo oggettivo, gli obblighi previsti nella Direttiva consistono, in sostanza, nell'obbligo di diligenza, che viene declinato dal legislatore europeo in modo puntuale. Questo obbligo, che deve essere integrato in tutte le politiche aziendali comprende «a) descrizione dell'approccio della società al dovere di diligenza, anche a lungo termine; b) codice di condotta che illustra le norme e i principi cui devono attenersi dipendenti e filiazioni della società; c) descrizione delle procedure predisposte per l'esercizio del dovere di diligenza, comprese le misure adottate per verificare il rispetto del codice di condotta ed estenderne l'applicazione ai rapporti d'affari consolidati»[11]. E ancora, ciascuna società deve adottare misure adeguate per individuare gli impatti negativi sui diritti umani e gli impatti ambientali negativi, siano essi effettivi o potenziali, causati dalle proprie attività o da quelle delle sue filiazioni e, se l'impatto è collegato alla catena del valore cui partecipa, dai suoi rapporti d'affari consolidati, deve altresì adottare misure adeguate per prevenire i potenziali impatti negativi sui diritti umani e impatti ambientali negativi che sono stati o avrebbero dovuto essere individuati a norma dell'articolo 6 o, qualora la prevenzione non sia possibile o non lo sia immediatamente, per attutirli sufficientemente (artt. 6-7[12]).

La Direttiva interviene poi, in maniera incisiva, sulla stessa autonomia della società, la quale «è tenuta ad astenersi dall'allacciare un rapporto nuovo o prolungare un rapporto esistente con il partner in collegamento con il quale o nella catena del valore del quale è emerso l'impatto e, se permesso dalla legge che disciplina le relazioni con detto partner, adotta le azioni seguenti: (a) sospensione temporanea delle relazioni commerciali con il partner in

[10] Cfr. art. 10 testo definitivo.
[11] Cfr. art. 7 testo definitivo.
[12] Cfr. artt. 10 e 11 testo definitivo.

questione, combinata con la contestuale prosecuzione delle iniziative di prevenzione e minimizzazione, se è ragionevole attendersene un risultato positivo a breve termine; (b) cessazione del rapporto d'affari per le attività in questione se l'impatto negativo potenziale è grave»[13].

Il disegno che emerge da questa complessa architettura è, in sostanza, basato sulla convinzione che le società "grandi", in virtù della loro forza contrattuale, dovrebbero essere in grado di "imporre" comportamenti virtuosi anche ai propri partner commerciali, che dovrebbero essere scelti solo tra partner virtuosi e dai quali, in ogni caso, la società "grande" può comunque sciogliersi, si direbbe "per giusta causa", nel corso del rapporto.

Si prevede poi che ciascuno Stato membro designi una o più autorità di controllo incaricate di vigilare sul rispetto degli obblighi previsti dalle disposizioni nazionali. Tali autorità dovranno disporre di poteri e risorse adeguate a realizzare i compiti loro assegnati, compreso il potere di richiedere informazioni e di svolgere indagini in collegamento con il rispetto degli obblighi stabiliti dalla Direttiva.

Come detto, nulla di assolutamente nuovo, almeno per quanto riguarda il nostro ordinamento[14]. Un giudizio sul rilievo della proposta limitato a tale aspetto sarebbe tuttavia riduttivo. Il testo presenta infatti, comunque, profili di interesse, che prescindono dalla novità. Basti pensare alla puntuale (e, volendo, ci si potrebbe addirittura chiedere se anche pervasiva) declinazione dell'obbligo di diligenza, all'obbligo per la società capofila di evitare di stringere rapporti commerciali con partner rispetto alla cui attività sia emerso un impatto negativo, di interrompere il proprio rapporto d'affari con la partner qualora questa non si sia adeguata agli standard richiesti, al potere dell'autorità di controllo di adottare «provvedimenti correttivi proporzionati alla violazione e necessari per porvi fine» nonché di «adottare misure provvisorie per scongiurare il rischio di danni gravi e irreparabili». Intervenire in modo così incisivo su scelte proprie dell'autonomia privata, quali l'instaurazione e la prosecuzione del rapporto contrattuale con il proprio partner non rappresenta, a ben vedere, un tratto tipico della nostra tradizione giuridica. Così come del resto, non lo è attribuire ad autorità di controllo, cioè a soggetti terzi, l'individuazione di misure correttive direttamente incidenti su scelte relative a politiche di impresa, anch'esse tipica espressione di autonomia privata.

3. I contenuti della Direttiva, tra versione originaria e versione approvata: il bicchiere è mezzo pieno o mezzo vuoto?

Certamente, la prospettiva tradizionale della "autosufficienza del mercato"[15], fondata sul presupposto che ai pubblici poteri spetti solo il compito di consentire il corretto funzionamento del mercato stesso e di vigilare su esso, non sembra adeguata al raggiungimento degli obiettivi, estremamente

[13] Cfr. art. 10 testo definitivo.
[14] V. *supra*, nt. 6 e *infra*, testo e note.
[15] C. MIGNONE, *Diritti e sostenibilità. Una ricostruzione per immagini*, in *Actualidad Jurìdica Iberoamericana* N°14, febrero 2021, p. 217, «cade anche la mitologia liberista del mercato concepito come una realtà naturale che si regola da sé, in assenza di un bene comune sovraordinato al benessere economico».

ambiziosi, posti a fondamento della Direttiva[16]. Obiettivi, del resto, che si collocano ben oltre la "tradizionale" prospettiva del mercato, finalizzato al mero conseguimento del profitto. E di tale inadeguatezza il legislatore europeo sembra (a giudicare dalla formulazione del testo normativo) perfettamente consapevole. Nel disegno legislativo, infatti, l'impresa non può limitarsi a conseguire il proprio profitto, ma è chiamata a concepire un sistema di produzione sostenibile secondo gli standards dettati dal legislatore, che coinvolgono l'intera catena di valore dell'impresa stessa. L'impresa dovrebbe cioè valutare *ex ante* i possibili rischi in ambito ambientale e di diritti umani connessi alla attività che intende svolgere e progettare quindi la propria politica aziendale in modo da eliminarli o quanto meno, ove ciò non sia possibile, mitigarli. Dovrebbe inoltre monitorare continuamente il proprio modello organizzativo e produttivo, eventualmente individuando, di concerto con i portatori di interessi, le necessarie azioni correttive e corredando tali azioni con un piano che preveda scadenze ragionevoli e precise per gli interventi e indicatori qualitativi e quantitativi che consentano di misurare i progressi. Una sorta di sostenibilità by design modellata sullo schema del D. lgs. 231/2001 e di molte altre norme di derivazione europea, tra cui lo stesso Reg. 679/2016 in tema di protezione dei dati personali. Forse, l'unica opzione praticabile, visto che buona parte della "filiera" produttiva è delocalizzata in paesi terzi, dove è impossibile per l'autorità statuale effettuare controlli e imporre sanzioni.

L'apparato rimediale si svolge su un triplice piano: "pubblico", contrattuale e aquiliano. Sul piano pubblico si prevede che gli Stati stabiliscano, per il caso di violazione degli obblighi della Direttiva, sanzioni «effettive, proporzionate e dissuasive» e che laddove si tratti di sanzioni pecuniarie si fondino sul fatturato della società (art. 20)[17]. Sul piano contrattuale si prevede, come accennato, che le imprese possano chiedere garanzie contrattuali ai propri partner commerciali circa l'osservanza del codice di condotta da questi sottoscritto e che debbano astenersi dall'allacciare un rapporto, ed eventualmente sciogliersi da esso qualora sia stato dimostrato «l'impatto negativo» (art. 7)[18]. Sul piano aquiliano, le società saranno ritenute responsabili dei danni se non hanno ottemperato agli obblighi previsti dagli artt. 7 e 8 e se «a seguito di tale inadempienza si è verificato un impatto negativo che avrebbe dovuto essere individuato, prevenuto, attutito, arrestato o minimizzato nell'entità mediante le misure adeguate previste agli articoli 7 e 8, e che ha causato danni». La società "capofila" non sarà tuttavia considerata «responsabile dei danni causati da un impatto negativo prodotto dalle attività di un partner indiretto con il quale intrattiene un rapporto d'affari consolidato, a meno che, nello specifico caso, fosse irragionevole attendersi che il concreto intervento, anche per quanto riguarda la verifica della conformità, fosse atto a prevenire, attutire o arrestare l'impatto negativo o minimizzarne l'entità»[19].

[16] A. Lalli, *Implicazioni istituzionali ed economiche delle regolazioni e dei programmi del* green deal *europeo*, in *Ambiente e diritto*, n. 2/2024, p. 13 ss.; E. Chiti, *op. cit.*, p. 5.
[17] Cfr. art. 27 testo definitivo.
[18] Cfr. art. 11 testo definitivo.
[19] Cfr. art. 12 testo definitivo.

La versione della proposta di Direttiva presentata nel febbraio 2023, come anticipato, non è stata approvata. In prossimità della data fissata per la definitiva approvazione l'annunciata astensione di alcuni paesi (che avrebbe avuto il valore di voto contrario), tra cui la Germania, ha infatti indotto la Commissione a rinviare la votazione per tentare di trovare un compromesso. La circostanza che la contrarietà alla Direttiva provenisse dalla Germania non è un dato privo di rilievo. La Germania è un paese che già può vantare richiami normativi alla tutela ambientale[20], una legge relativa alla vigilanza sulla catena del valore, una consolidata sensibilità green e una struttura industriale importante, ma è un paese in recessione. La contrarietà della Germania riflette quindi la preoccupazione, che sarebbe ingenuo confinare alla Germania (se non altro in considerazione del peso della stessa all'interno dell'economia UE) e che può ragionevolmente estendersi all'intera UE, per i costi derivanti dalla applicazione della Direttiva e rende decisamente incalzanti gli interrogativi sulla reale capacità della Ue di sostenerla. Il 19 marzo 2024 è stato infine approvato un testo di "compromesso", qualcuno potrebbe maliziosamente dire "al ribasso", e il 13 giugno 2024 la Direttiva è stata definitivamente approvata.

L'impianto normativo è confermato e il testo, apparentemente, non subisce alcuno stravolgimento. Risulta tuttavia (significativamente) ridimensionato l'ambito applicativo della norma, che prevede, secondo un approccio graduale, per le aziende con 5.000 dipendenti e un fatturato annuo di 1.500 milioni di euro un processo di applicazione di tre anni; per le aziende con 3.000 dipendenti e un fatturato di 900 milioni di euro quattro anni; per le aziende con 1.000 dipendenti e un fatturato di 450 milioni di euro cinque anni. I settori ritenuti ad alto rischio, con conseguente assoggettabilità alla Direttiva anche per imprese con soglie di fatturato e di dipendenti inferiori per le imprese attive in tali settori, sono stati momentaneamente eliminati dalla sfera di applicabilità della Direttiva stessa, anche se con una clausola che potrebbe permetterne la reintroduzione in futuro. Per quanto riguarda la catena di valore, la responsabilità a valle è stata circoscritta alle sole relazioni commerciali dirette. Sono state, inoltre, escluse dal perimetro della due diligence le attività di smaltimento, smantellamento e riciclaggio dei prodotti, nonché quelle di compostaggio e di smaltimento di rifiuti in discarica. Un mutamento per nulla marginale, che, secondo le prime stime, dovrebbe escludere dall'ambito applicativo della Direttiva oltre il 50% delle imprese che nella versione precedente sarebbero invece risultate coinvolte.

L'individuazione degli stakeholders continua ad essere caratterizzata da una certa vaghezza e, in particolare, non è chiaro a chi tale individuazione spetti[21].

---

[20] V. l'art. 20a della *Grundgesetz*, introdotto nel 2002. Sul punto cfr. M. ATRIPALDI, *Il principio di sostenibilità nelle Costituzioni: la disciplina dell'ordinamento tedesco*, in *Nomos*, 1-2022.

[21] Cfr. art. 3, Definizioni, 1, lett. n) «"portatori di interessi": dipendenti della società, dipendenti delle sue filiazioni, sindacati e rappresentanti dei lavoratori, consumatori e altre persone fisiche, gruppi, comunità o soggetti i cui diritti o interessi sono o potrebbero essere lesi dai prodotti, dai servizi e dalle attività della società, delle sue filiazioni e dei suoi partner commerciali, compresi i dipendenti dei partner commerciali e i rispettivi sindacati e rappresentanti dei lavoratori, le istituzioni nazionali in materia di diritti umani e ambiente, le organizzazioni della società civile le cui finalità includono la protezione dell'ambiente e i legittimi rappresentanti di tali persone fisiche, gruppi, comunità o soggetti». La definizione è stata integrata nella versione approvata nel marzo 2024 e in via definitive in giugno). Sul punto, F. DEGLI INNOCENTI, *Nuove sfide regolatorie del diritto privato europeo nel prisma della sostenibilità. La proposta di direttiva sulla* Corporate Sustainability Due Diligence, in *Actualidad Jurìdica iberoamericana*, N°18 febrero 2023, p. 827.

Qualora sia la stessa impresa a effettuarla, il rischio di "scelte" opportunistiche, volte a preferire categorie più "docili" e maggiormente "in sintonia" con le esigenze produttive, a scapito di altre, più organizzate e bellicose, risulta infatti evidente. Ancora più problematica può risultare l'individuazione di criteri che stabiliscano la prevalenza dell'una o dell'altra categoria di portatori di interessi nell'ipotesi (tutt'altro che meramente ipotetica) in cui tali interessi si presentino tra loro insanabilmente confliggenti e non sia pertanto possibile addivenire a una composizione[22]. Si pensi all'esempio classico, e nient'affatto di scuola, di portatori di interessi desiderosi di salvaguardare l'ambiente e altri decisi invece a tutelare il posto di lavoro o comunque i benefici economici derivanti per il territorio dalla presenza di un'impresa inquinante. E ancora, una certa impresa potrebbe rappresentare un vantaggio dal punto di vista della concorrenza e quindi della sostenibilità economica, contribuendo all'abbassamento dei prezzi, ma, al contempo, rappresentare un problema dal punto di vista ambientale, quale "sostenibilità" deve prevalere? Senza contare che anche la salvaguardia ambientale può presentare diverse declinazioni ed essere guardata da diversi punti di vista: sacrificare l'ecosistema di una comunità indigena per estrarre un materiale che consente la costruzione di elementi informatici, magari meno inquinanti di altri costruiti con diverso materiale, è sostenibile? Ed è eticamente accettabile? Ed eventualmente entro quali limiti? Anche al prezzo del "sacrificio" della comunità indigena? E, soprattutto, a chi spetta decidere? Affidare in tali ipotesi il bilanciamento degli opposti interessi alla composizione privata (impresa e vari portatori di interesse, specie dalla stessa individuati) appare a ben vedere_soluzione alquanto problematica.

L'impianto dell'apparato rimediale è rimasto, nella sostanza, invariato. Valutarne adesso l'efficienza appare senz'altro prematuro. Sembra pertanto più opportuno limitarsi a qualche brevissima riflessione di carattere generale e inevitabilmente prospettico.

Per quanto riguarda le controllanti, l'efficacia delle sanzioni derivanti dalla violazione degli obblighi di diligenza dipenderà in larga misura dalla efficacia del lavoro delle autorità di controllo[23]. La procedura di reclamo, prevista dall'art. 14, anche se teoricamente è possibile l'attivazione anche per iniziativa di singoli, sarà infatti, con ogni probabilità per lo più intrapresa da sindacati o organizzazioni della società civile o, eventualmente, ad opera dell'autorità di controllo.

La responsabilità risarcitoria di tipo aquiliano, in sostanza prevista, come accennato, nei limiti della prevedibilità del danno, non sembra invece destinata a giocare un ruolo di primo piano. Al suo utilizzo su larga scala si rivelerà probabilmente di ostacolo la difficoltà di individuare il soggetto eventualmente leso e ancor più di provare che il danno prodottosi è

[22] F. DEGLI INNOCENTI, *op. cit.*, p. 827.

[23] The Corporate Sustainability Due Diligence Directive (CSDDD): an analysis of the potential economic and legal impacts, by Audinga Baltrunaite, Romualdo Canini, Francesca Chiarelli, Enrica Consigliere, Piera Coppotelli, Federico Fornasari, Tommaso Loizzo, Sauro Mocetti, Chiara Muraca, Raffaele Parrella, Federico Schimperna and Enrico Sette, in Questioni di Economia e Finanza (Occasional Papers), Number 869 – July 2024, reperibile su www.bancaditalia.it, p. 32, «Finally, appropriate public supervision of the due diligence obligations is key to ensuring effective, rather than formal, compliance with the Directive».

conseguenza immediata e diretta della inosservanza dell'obbligo di diligenza[24]. L'effetto più importante del rimedio sembra quindi da rintracciare sul versante reputazionale e di promozione di un comportamento corretto e "sostenibile" da parte dell'impresa convenuta piuttosto che su quello risarcitorio.

Per quanto riguarda le controllate, ovvero le imprese a valle della catena del valore, in linea di massima, l'apparato rimediale sconta una debolezza di fondo: il sistema di controllo laddove, come di frequente, queste abbiano la propria sede ed operino in un paese terzo si presenta obiettivamente problematico. Consentire, anzi, *rectius*, imporre alla società "capofila" di interrompere il rapporto contrattuale con le controllate in caso di violazione degli obblighi di sostenibilità, a meno che ciò non rischi di generare (sembrerebbe, a giudizio della controllante) un impatto ancor più negativo[25] pare rimedio sulla carta molto incisivo ed efficiente. Tuttavia, a ben vedere, la sua efficienza risulta non poco ridimensionata dalla difficoltà di controllo.

È molto probabile, anzi praticamente certo, che le controllanti, in ossequio al Cons. 39, chiederanno alle controllate di sottoscrivere un codice etico di condotta, tuttavia, o si ritiene (con approccio alquanto formalistico) l'obbligo della controllante esaurito nell'ottenimento di tale sottoscrizione, oppure, muovendo dalla consapevolezza dei limiti di efficienza di tale rimedio, è necessario interrogarsi sugli strumenti per verificare (non la conformità alle necessarie prescrizioni ma) l'osservanza del codice da parte delle imprese della catena del valore. Il potere di indagine delle autorità di controllo, infatti, si arresta ai confini dell'UE e quindi, in sostanza, il controllo, che deve essere necessariamente effettuato nel paese terzo dove la società opera, sarebbe affidato ad organizzazioni di lavoratori o appartenenti alla società civile, anche operanti nel paese UE in cui ha sede la controllante, o alla stessa società "capofila". Con criticità evidenti in ambedue le ipotesi.

Per quanto riguarda la società "capofila", il rischio di comportamenti opportunistici - sia perché volti a sciogliere un rapporto contrattuale divenuto ormai troppo oneroso o, comunque, meno conveniente di altri, sia perché volti alla conservazione del rapporto contrattuale ritenuto particolarmente

[24] The Corporate Sustainability Due Diligence Directive (CSDDD): an analysis of the potential economic and legal impacts, cit., p. 12, «Indeed, it may be difficult for the alleged injured party, who is not part of the company's organization, to prove that the company has breached its due diligence duty».

[25] Cfr. art. 10, Prevenzione degli impatti negativi potenziali, «6. Per quanto riguarda gli impatti negativi potenziali di cui al paragrafo 1 che risulti impossibile prevenire o attenuare sufficientemente con le misure previste dai paragrafi 2, 4 e 5, come opzione ultima la società è tenuta ad astenersi dall'allacciare un rapporto nuovo o prolungare un rapporto esistente con un partner commerciale in collegamento con il quale o nella catena di attività del quale è emerso l'impatto e, se permesso dalla legge che disciplina le relazioni con detto partner, adotta, come opzione ultima, le azioni seguenti: a) adozione e attuazione senza indebito ritardo di un piano d'azione in materia di prevenzione rafforzato per lo specifico impatto negativo, utilizzando o aumentando l'effetto leva della società attraverso la sospensione temporanea dei rapporti d'affari in relazione alle attività in questione, purché sia ragionevole attendersi che tali iniziative vadano a buon fine; il piano d'azione comprende un calendario specifico e adeguato per l'adozione e l'attuazione di tutte le azioni ivi contenute, durante il quale la società può anche cercare partner commerciali alternativi; b) se non è ragionevole attendersi che tali iniziative vadano a buon fine, o se l'attuazione del piano d'azione in materia di prevenzione rafforzato non è riuscita a prevenire o attenuare l'impatto negativo, cessazione del rapporto d'affari per le attività in questione se l'impatto negativo potenziale è grave. Prima di sospendere temporaneamente o cessare un rapporto d'affari, la società valuta se si possa ragionevolmente prevedere che gli impatti negativi di tale sospensione o cessazione siano manifestamente più gravi dell'impatto negativo che non era possibile prevenire o attenuare sufficientemente. In tal caso, la società non è tenuta a sospendere o cessare il rapporto d'affari e deve essere in grado di riferire all'autorità di controllo competente in merito alle ragioni debitamente giustificate alla base di tale decisione».

conveniente, a costo di "chiudere un occhio" sulla inosservanza del codice di comportamento - non può essere sottaciuto. Né può essere sottaciuto il rischio di complessiva inadeguatezza delle organizzazioni che dovrebbero vigilare, istituzionali e/o appartenenti alla società civile. Perché tali organizzazioni possano adempiere efficacemente il compito che la Direttiva affida loro è infatti indispensabile un particolare "*humus*", dato da molteplici fattori: presenza di media indipendenti, una società civile vivace e animata da organizzazioni non solo attive, ma anche autonome dal potere politico ed economico, ben strutturate e capaci di impegnarsi in campagne che sovente esigono sforzi considerevoli e protratti nel tempo[26]. Quasi superfluo osservare che si tratta di fattori non presenti in uguale misura tra i Paesi Ue e non di rado molto poco presenti nei paesi terzi dove è più frequentemente collocata la "catena di valore" e dove tali controlli (effettivi ed efficienti) sarebbero più necessari: un risultato davvero paradossale.

4. Tra velleità e realismo, molti interrogativi.

Prematuro, in questa fase, trarre delle conclusioni, sia pure provvisorie[27]. Qualche interrogativo, tuttavia, appare inevitabile. Non tanto con riguardo alle soluzioni tecniche, sicuramente migliorabili ma certamente non peggiori che in altri testi normativi. Né con riguardo all'impatto dogmatico/sistematico, non certo rivoluzionato né dall'ampliamento – frutto di lenta e costante evoluzione – della responsabilità aziendale fino a comprendere, in talune ipotesi, la catena dei subappalti[28], né dalla conformazione dell'autonomia privata per l'interesse

[26] P. FRANZINA, *Il contenzioso civile transnazionale sulla* corporate accountability, in *Riv. dir. int. priv. e proc.*, 2022, *passim* ma spec. p. 845 ss.

[27] The Corporate Sustainability Due Diligence Directive (CSDDD): an analysis of the potential economic and legal impacts, cit., p. 6, «Under the CSDDD, companies will have to bear the costs of carrying out due diligence and of setting up the organizational structure to perform this activity. These costs cannot be estimated on the basis of the data currently available», e ancora, p. 31 «The effectiveness of the Directive in pursuing its goal is difficult to assess at this stage based on the available data. It will depend on how the chain of activities will be defined, how private enforcement rights will be exercised and how public supervision will be carried out».

[28] Si pensi al caso "Alviero Martini", società nei cui confronti il Tribunale di Milano, Sezione Misure di Prevenzione, ha recentemente disposto l'amministrazione giudiziaria, ai sensi dell'art. 34 D.Lgs. n. 159/2011 (c.d. Codice Antimafia), pur non essendo i vertici della società indagati. Tuttavia, il Tribunale ha ritenuto di adottare tale misura avendo ravvisato un possibile caso di "caporalato" e sfruttamento del lavoro nella "filiera" produttiva. O si pensi al caso Brt, società posta per un certo periodo in amministrazione giudiziaria, sempre dal Tribunale di Milano, per "capolarato" riguardante la "filiera". O, più di recente, alla notizia dell'apertura di un'istruttoria, da parte dell'AGCM, «nei confronti di alcune società del Gruppo Armani …e … di alcune società del Gruppo Dior … per possibili condotte illecite nella promozione e nella vendita di articoli e di accessori di abbigliamento, in violazione delle norme del Codice del Consumo. In entrambi i casi, le società potrebbero avere presentato dichiarazioni etiche e di responsabilità sociale non veritiere, in particolare riguardo alle condizioni di lavoro e al rispetto della legalità presso i loro fornitori. Inoltre, le società avrebbero enfatizzato l'artigianalità e l'eccellenza delle lavorazioni. A fronte di tali dichiarazioni, per realizzare alcuni articoli e accessori di abbigliamento, le società si sarebbero avvalse di forniture provenienti da laboratori e da opifici che impiegano lavoratori che riceverebbero salari inadeguati. Inoltre opererebbero in orari di lavoro oltre i limiti di legge e in condizioni sanitarie e di sicurezza insufficienti, in contrasto con i livelli di eccellenza della produzione vantati dalle società» (AGCM, Comunicato stampa, 17 luglio 2024). Recentemente (14 luglio 2025) organi di stampa hanno riferito che è stata disposta l'amministrazione giudiziaria per Loro Piana s.p.a., azienda italiana specializzata nel settore del tessile e dell'abbigliamento di lusso, in quanto, secondo i magistrati milanesi, la produzione di alcuni capi, affidata a sub appaltatori, sarebbe stata «effettuata in contesti lavorativi operanti in regime di sfruttamento dei lavoratori». In particolare, «Loro Piana nell'affidare l'appalto…, non può non sapere, sia da semplici riscontri camerali che

generale: da tempo il contratto è chiamato e conformato nel senso di contribuire al raggiungimento di interessi solidaristici esterni alle parti, basti pensare alla copiosa legislazione lavoristica.

Gli interrogativi riguardano soprattutto il profilo "politico" e si svolgono su vari piani, ovviamente interconnessi tra loro.

La transizione verso lo sviluppo sostenibile ha un costo, di questo è bene essere consapevoli. Un costo che non sembra destinato a venire meno neanche ammettendo che dall'applicazione di norme più stringenti riguardo alla catena del valore possa derivare un vantaggio per le imprese [29], specie le pmi domestiche, la cui conformità agli standards fissati dal legislatore è certamente maggiore, e comunque più facilmente controllabile rispetto alla filiera produttiva interamente dislocata in un paese terzo. A prescindere infatti da ogni considerazione - comunque necessaria in un mondo sempre più globalizzato (e da ultimo esposto anche al rischio dell'ulteriore tsunami di una guerra commerciale combattuta a suon di dazi) - sull'impatto che l'effetto ipotizzato potrebbe avere nei paesi terzi dove la filiera è delocalizzata, i costi di produzione, comunque, saranno molto probabilmente più alti, e il prodotto finale avrà quindi, molto probabilmente, un costo maggiore. Un costo che dovrà essere pagato dal consumatore finale.

Il ruolo del consumatore nella transizione verso lo sviluppo sostenibile non è stato ancora adeguatamente approfondito, ma certamente non pare affatto secondario. I maggiori costi che le imprese saranno chiamate a sopportare saranno infatti pagati (quanto meno) anche dal consumatore finale. È vero che i consumatori mostrano una certa sensibilità per politiche green, e per sistemi

---

dalle successive attività di audit, che …[l'] appaltatrice non ha la pur minima capacità di produzione e che, dovrà esternalizzare i processi produttivi a società terze (…) che a loro volta non hanno le capacità produttive per evadere i volumi commissionatigli». Ciò, precisa la procura «non significa che Loro Piana abbia piena consapevolezza delle condizioni di grave sfruttamento in cui operano i lavoratori, ma quantomeno è certo che non ha una struttura organizzativa adeguata ad impedire di aver rapporti commerciali con soggetti indagati per il reato di caporalato». La società Loro Piana ha dichiarato in una nota che «in violazione dei suoi obblighi legali e contrattuali, il fornitore non ha fornito informazioni in merito all'esistenza di questi sub-fornitori» …e che [la stessa Loro Piana], non appena messa al corrente della situazione, ha … «interrotto ogni rapporto con il fornitore coinvolto in meno di 24 ore. Loro Piana - prosegue la nota - condanna fermamente qualsiasi pratica illegale e ribadisce il proprio continuo impegno nella tutela dei diritti umani e del rispetto di tutte le normative vigenti lungo l'intera filiera produttiva ed esprime la propria totale disponibilità a collaborare con le autorità competenti in merito alla vicenda». Per il Tribunale tuttavia tale «meccanismo è stato colposamente alimentato dal grande marchio, che non ha verificato la reale capacità imprenditoriale delle società appaltatrici e sub-appaltatrici». Il risultato è un «sistema tossico» basato sullo «sfruttamento di manodopera irregolare e clandestina», in cui l'azienda appaltatrice «può competere sul mercato solo esternalizzando le commesse agli opifici cinesi, riuscendo ad abbattere i costi grazie all'impiego di manodopera irregolare».

[29] The Corporate Sustainability Due Diligence Directive (CSDDD): an analysis of the potential economic and legal impacts cit., p. 6, «Notwithstanding the costs of compliance, the CSDDD is likely to have positive economic effects by increasing the product, labour, and financial market attractiveness of compliant companies falling within its scope and by encouraging operational improvements», e ancora, p. 34 «The Directive could also affect the geographical localization of production activities – with an impact that is not clearly predictable in advance – depending on how evenly the CSDDD is applied across jurisdictions, on business assessments of compliance costs and benefits of due diligence, and on the. degree of enforcement by foreign suppliers of European businesses. On the one hand, the Directive may encourage the reshoring of activities, increasing output and employment in the EU at the expense of production and supply partners previously located in areas with lower standards of human rights and environmental protection. Furthermore, second-order effects may arise from the higher cost of sourcing intermediate inputs from outside the EU. On the other hand, if compliance with the Directive is considered excessively costly and the degree of enforcement by suppliers located in other parts of the world is lower, offshoring to areas outside the EU could occur».

di produzione ecosostenibili, ma questa sensibilità non è, per cd, illimitata. E non a caso, la politica finora "utilizzata" di affidare la responsabilità sociale dell'impresa al deterrente rappresentato dal danno reputazionale che alla stessa potrebbe derivare dalla conoscenza da parte del consumatore di politiche aziendali poco o nulla sostenibili, non ha dato i frutti sperati. I consumatori, infatti, sono, per lo più, perfino disposti a pagare un prezzo maggiore un prodotto o un servizio se sostenibile, se green, ma fino ad un certo limite, rappresentato dalla possibilità, comunque, di acquistarlo. Pagare qualche euro in più un detersivo ecologico o donare qualche euro di compensazione per l'uso dell'aereo non rappresenta in genere per il consumatore un problema (anzi, forse aiuta persino a mettersi la coscienza a posto, ad un costo in fondo basso). Dovere ritornare al vecchio (sicuramente molto ecologico ma poco piacevole) "olio di gomito", o rinunciare ad aggiornare il proprio guardaroba o a viaggiare potrebbe, invece, non avvenire in modo altrettanto sereno.

In ogni caso, operare scelte non di facciata, autenticamente *green* e in grado di determinare in tempi ragionevoli un impatto sull'ecosistema umano e ambientale, potrebbe richiedere decisioni ben più radicali e sacrifici per il consumatore ben più significativi dei pochi spiccioli che gli sono richiesti negli esempi citati. I costi necessari a rendere quel bene o quel servizio autenticamente sostenibile potrebbero rivelarsi talmente elevati da finire con l'escludere una fetta significativa di consumatori da quel bene o quel servizio. Eliminare dalla filiera produttiva del tessile chi produce al di sotto degli standards previsti potrebbe rivoluzionare la moda low cost, "costringendo" i consumatori ad un virtuoso "riciclo". Un risultato che molti potrebbero giudicare auspicabile (e con non poche ragioni, basti pensare alle cataste di abiti abbandonate in luoghi una volta incontaminati), ma i cui effetti sarebbe ingenuo immaginare confinati nel mero voluttuario. Vi sarebbero probabilmente ricadute, non solo economiche, da non sottovalutare, sia nei paesi dove tali beni sono prodotti, sia dove sono consumati, e quindi anche nella UE.

In altri ambiti, le conseguenze potrebbero essere anche più gravi, almeno per i paesi dove quei prodotti sono consumati, e segnatamente la UE. Eliminare chi, per esempio, produce in modo "insostenibile" le (inquinantissime) microchip potrebbe avere effetti tutt'altro che insignificanti. Il drastico aumento del costo dei devices informatici interamente prodotti secondo le stringenti regole dettate dal legislatore europeo, dato il rilievo crescente assunto da questi strumenti nella vita di tutti, potrebbe infatti comportare la progressiva marginalizzazione dell'ampio numero di chi non è in grado di acquistare il modello più nuovo e performante. In buona sostanza, il rischio di allargare la forbice di diseguaglianza, o quanto meno di renderla più evidente (anche questo, a ben vedere, un effetto da non sottovalutare) a chi non potrà più accedere a quel bene non può essere ignorato o trascurato.

Superfluo osservare che per "sostenere" questa sostenibilità sarà necessario un forte intervento pubblico di supporto alle imprese europee, che rischiano altrimenti di uscire fuori dal mercato, ormai (e tutt'ora, ma ci si potrebbe forse chiedere fino a quando) globale e reso ancor più incerto da politiche commerciali non decise dalla UE e non certo ad essa favorevoli. Tale intervento,

tuttavia dovrà fare i conti da un lato, oltre che con le regole in tema di aiuti di stato, con i trattati internazionali (qualora si scelga di imporre dazi su merci provenienti da paesi terzi e prodotte senza gli standard prefissati dalla Direttiva[30], che potrebbero aggiungersi a quelli esito delle attuali tensioni commerciali planetarie), dall'altro con la sostenibilità economica del sostegno, che rischia, specie per i paesi con forte indebitamento, di essere limitata[31].

Occorrerà infine una forte coesione politica per imporre scelte inevitabilmente impopolari e gestire questa trasformazione[32]. Superfluo a questo punto ricordare che, al netto di ogni valutazione se si tratti di un compromesso inutilmente al ribasso o del miglior compromesso realisticamente raggiungibile, la direttiva è stata fortemente ridimensionata. Con malizia, certamente biasimevole, ci si potrebbe chiedere se tale ridimensionamento non esprima una (certamente sempre) apprezzabile consapevolezza circa la propria reale capacità di "sostenere" tutto questo.

Sotto altro profilo, la Direttiva, e a ben vedere buona parte della politica UE in tema di sostenibilità, e non solo, appare ispirata dalla convinzione che, così come il potere contrattuale dell'impresa capofila può costringere la controllata ad adeguarsi agli standards richiesti, così la UE, in virtù del proprio peso politico ed economico, è in grado di indurre paesi terzi a scelte maggiormente virtuose. Difficile stabilire se si tratti di convinzione ragionevole e pienamente fondata o inquinata da una sopravvalutazione del proprio peso politico ed economico nell'attuale scenario mondiale che la rende un poco velleitaria. Certamente, una "bella scommessa".

Sullo sfondo, un interrogativo di fondo, che investe (anche questa volta) non solo la Direttiva ma tutta la politica UE in tema di sostenibilità: la stessa idea di sviluppo sostenibile appare costruita su alcuni presupposti la cui fondatezza, tuttavia, si presenta più auspicata che provata. Tra questi, che l'innovazione tecnologica possa non solo rendere possibile uno sfruttamento più efficiente delle risorse, ma che possa compensare integralmente il loro esaurimento, che sia possibile, anche grazie all'innovazione tecnologica, individuare nuove risorse che non producano alcun impatto negativo sull'ambiente e anzi sull'ecosistema umano, che il danno all'ambiente, anche futuro, possa essere sin da ora esattamente previsto, valutato e monetizzato, che sia possibile il riciclo illimitato dei materiali utilizzati, che un sistema di produzione ispirato alla logica della costante espansione possa svolgersi in sintonia con l'ecosistema umano. E così via in un crescendo di confortanti e (almeno apparentemente) granitiche, speranze.

Ma uno sviluppo compatibile con l'aspirazione a standard di vita sempre più alti e per una popolazione sempre più ampia, in sostanza, uno sviluppo sostenibile[33] è davvero possibile o si tratta di una contraddizione in termini, di

---

[30] Sul punto cfr. anche L. LIONELLO, *Il Green Deal europeo. Inquadramento giuridico e prospettive di attuazione*, in *Jus-online*, n. 2/2020, p. 138.

[31] L. LIONELLO, *op. cit.*, pp. 28-29, A. LALLI, *op. cit.*, p. 22.

[32] A. LALLI, *op. cit.*, p. 23. La direttiva si inserisce nel Green deal europeo, un progetto estremamente ambizioso che dovrebbe trasformare «la UE in un'economia moderna, efficiente sotto il profilo delle risorse e competitiva, garantendo che: - nel 2050 non siano più generate emissioni nette di gas a effetto serra; - la crescita economica venga dissociata dall'uso delle risorse; - nessuna persona e nessun luogo siano trascurati».

[33] Dubbi in merito alla possibilità di coniugare sviluppo e sostenibilità sono espressi anche da M. LIBERTINI, *op. cit.*, p. 75 ss. «Vi è una contraddizione irrisolta fra l'idea dello sviluppo sostenibile e la valenza positiva che si

una rassicurante illusione alimentata in parte dalla prospettiva (o, forse, dalla speranza) di nuove opportunità economiche e soprattutto dall'inconfessato timore di dovere abbassare i nostri standard di vita?

continua ad attribuire allo sviluppo demografico e alla crescita economica misurata mediante il PIL, senza considerare le conseguenze che ciò comporta in termini di uso di risorse naturali e di trasformazioni energetiche necessarie» (p. 77) e S. BALDIN, *La sostenibilità ecologica e i principi eco-giuridici per la salvaguardia del sistema Terra*, in *Riv. diritti comparati*, n. 3/2022, p. 249. Sul punto v. anche F. D'ALESSANDRO, *Il mantello di San Martino, la benevolenza del birraio e la Ford modello T, senza dimenticare Robin Hood (divagazioni semi-serie sulla cd responsabilità sociale dell'impresa e dintorni)*, in *Riv.dir.civ.*, 2022, p. 409 ss.

Brutti N, 'Tortious disinformation and digital platforms' (2025) 1 EJPLT.
DOI: https://doi.org/10.57230/EJPLT251NB

EJPLT
ISSN 2704-8012



Tortious disinformation and digital platforms

Disinformazione dannosa e piattaforme digitali

NICOLA BRUTTI
Associate Professor of Comparative Private Law
University of Padua

Abstract

The spread of false and harmful speech has always existed but it has often fallen within the protection afforded to freedom of expression as a fundamental right. In the Internet era, extending civil liability to digital platforms for the dissemination of unlawful contents has always been regarded with skepticism and disfavor, also because of the potential chilling effect. Since the dissemination of dangerous fake news has been increasing in recent years, the idea of preventing them through an expansion of torts has gained ground. As a part of EU soft law (COM(2018) 236 final), a "catch-all provision" focuses on instrumentalizing the spread of disinformation for profit purposes. To this extent it should be noted that the most serious threat does not depend so much on the peculiar content disseminated, but rather on the algorithm that govern digital platforms. The EU "Digital Services Act" (DSA) tries to cope with such complex issue, enhancing a co-regulatory approach in order to mitigate this technological and systemic risk. If the DSA opts mainly for public enforcement, on the other hand it still acknowledges the coexistence of civil liability, which could derive precisely from a breach of cooperation duties and would recall the interpretative value of the aforesaid "catch-all provision".

© The author(s) 2025, 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
*La diffusione di discorsi falsi e dannosi è un fenomeno da sempre esistito, ma spesso rientra nell'ambito della tutela garantita alla libertà di espressione, quale diritto fondamentale. Nell'era di Internet, l'estensione della responsabilità civile alle piattaforme digitali per la diffusione di contenuti illeciti è stata tradizionalmente accolta con scetticismo e sfavore, anche a causa del possibile effetto dissuasivo ("*chilling effect*"). Tuttavia, poiché negli ultimi anni si è registrato un incremento nella diffusione di* fake news *pericolose, si è affermata progressivamente l'idea di prevenirle mediante un ampliamento delle fattispecie illecite in ambito extracontrattuale. Nell'ambito della* soft law *dell'Unione Europea (COM(2018) 236 final), una clausola di tipo generale ("*catch-all provision*") si concentra sulla strumentalizzazione della disinformazione a fini di lucro. A tal proposito, occorre rilevare che la minaccia più grave non risiede tanto nel contenuto specifico diffuso, quanto piuttosto negli algoritmi che regolano il funzionamento delle piattaforme digitali. Il* "Digital Services Act" *(DSA) dell'UE affronta tale questione complessa mediante un approccio co-regolatorio, volto a mitigare tale rischio tecnologico e sistemico. Sebbene il DSA privilegi principalmente l'enforcement pubblico, esso riconosce, tuttavia, la coesistenza di una responsabilità civile, la quale può derivare da una violazione degli obblighi di cooperazione e richiama, in tal senso, il valore interpretativo della suddetta clausola generale.*

Keywords: Fake news; Disinformation; Free Speech; Social Networks; Digital Services Act; Defamation; Systemic Risk; Co-regulation; Civil Liability

Summary: 1. 'Fake news' and freedom of expression. – 2. The EU approach to "online disinformation" as a soft law instrument. – 3. Algorithm-amplified disinformation and systemic risk. – 4. Cooperation duties and the role of the EU Commission.

1. 'Fake news' and freedom of expression.

Online disinformation is one of the issues that has caused great concern in recent years, with particular reference to large search engines and social networks. The severity of such risks became clear during the recent pandemic and in the 2020 US presidential election. On the other hand, France and Germany had already adopted legislation specifically aimed at obtaining rapid feedback from platforms in the event of reports of news aimed at spreading discredit and political hatred against minority groups and democratic institutions. [1] In particular, the French law (*Loi contre la manipulation de l'information* [2]) was born from the need to control the use of robotized

[1] See *Gesetz zur Verbesserung der Rechtsdurchsetzung in sozialen Netzwerken* (Netz DG) - «Law of 1 September 2017 on the enforcement of networks (Federal Official Gazette I p. 3352), last amended by Article 29 of the Law of 6 May 2024 (Federal Official Gazette 2024 I no. 149)- conceived precisely to counter the wave of far-right hate speech, artificially fomented by fake news spread on social networks (in particular, Facebook).

[2] Law n. 2018-1202 of 22 December 2018. Among the most significant legal cases: *TGI Paris, 17 mai 2019, n° 19/53935*: the court considered that "while the message written by Mr. Christophe Castaner appears exaggerated in that it mentions the term attack and injuries, this exaggeration relates to facts that are real, namely the intrusion of demonstrators into the grounds of the Pitié-Salpêtrière hospital on May 1, 2019." The information is therefore not without any link with real facts and the allegation is not "manifestly inaccurate or misleading." (case note by Pierre Januel, Marine Babonneau, 'Loi Fake news : première application du référé', *Dalloz Actualité. Le quotidien du droit*, (21 May, 2019); *Tribunal correctionnel de Paris,*

information on social networks (social bots) for electoral propaganda, fearing interference from foreign States. Both measures have raised criticism and opposition, especially from platforms, due to the short time left to them to act and the very heavy sanctions envisaged in the event of delays or omissions.[3] Among the most recent events, we can highlight the blocking of the social network "X" by the Brazilian Supreme Court (30 August 2024)[4]. The latter stated that the owner, Elon Musk, had supported the systematic dissemination of fake news and political hate speech and thus he was responsible of malicious instrumentalization of social networks for criminal purposes[5]. Jurists are nowadays faced with new concepts that are difficult to trace back to consolidated legal categories. In fact, it has been highlighted that 'fake news' and 'disinformation' are expressions unknown in legal language, belonging, more properly, to 'journalistic jargon'.[6] In these pages, I will try to explain how the theme of countering disinformation is nothing new; on the contrary, it is well known in legal systems, even if it is dealt with in a fragmentary way and with various facets. At the same time, information technologies are undergoing an extraordinary acceleration that quickly makes regulation obsolete. Therefore, with the emergence of phenomena in many ways distant from those of the past, this pre-existing framework may appear inadequate. For this reason, it is worth reflecting and developing conceptual formulas and legal disciplines, which are more useful for dealing with new risks.

Thinking of a question provocatively posed by Ronald Coase: if information competes in the free market of ideas, why should it not be regulated, like any other commodity or service, to avoid failures of that same market?[7] Freedom of expression, however, constitutes an inalienable fundamental right of the person and it is extremely difficult to regulate or classify its contents, like any consumer good or commodity. Above all, the idea of relying on automated classification systems, which involve a sort of oppressive labeling of information, is a cause for concern.[8]

In modern democracies, a central role is assigned to the free expression of thought, incompatible with any test of truth. The US experience provides an

---

12 septembre 2024: two women were founded liable (defamation) for having spread the rumor that Brigitte Macron was a transgender woman (see 'Infox sur Brigitte Macron femme transgenre : deux femmes condamnées', *Le Figaro* 12 September, 2024); *Tribunal correctionnel de Senlis, 2 novembre, 2020*: the Senlis Criminal Court found the author of a false video- posted on March 17, 2020 and claiming that the Pasteur Institute had invented Covid-19- liable for public defamation against the Pasteur Institute (https://www.pasteur.fr/fr/journal-recherche/actualites/covid-19-tribunal-correctionnel-senlis-condamne-diffamation-auteur-video-fake-news).

[3] For critical references also to the German experience, D de Bellescize, 'Fake news: une loi polémique, qui pose plus de questions qu'elle n'en résout' (2018) 4 *Constitutions* 559-570.

[4] The original and full version of the decision, *Pet. 12.404/DF*, can be found in attachment to the article by T Angelo, 'Alexandre de Moraes determina bloqueio do X no Brasil', *ConJur-Consultor Jurídico* (30 August 2024) (http://www.conjur.com.br/2024-ago-30/alexandre-de-moraes-determina-bloqueio-do-x-no-brasil/).

[5] See *Pet. 12.404/DF* (n 5) 17.

[6] See V Zeno-Zencovich, 'The EU Regulation of Speech. A Critical View' (2023) 1 Media Laws 5-6.

[7] See A Nicita, *Il mercato delle verità. Come la disinformazione minaccia la democrazia* (Il Mulino, 2021) 203 quoting R H Coase, 'The market for goods and the market for ideas' (1974) 64 (2) American Economic Review 384-391.

[8] See Vincenzo Zeno-Zencovich, *The EU Regulation* (n 7) 1: "expression is seen not as a freedom – in the sense we have forged this notion over the centuries, and in particular over the last two centuries – but a regulated activity, similar to the production of goods or the provision of services.".

emblematic case of constitutionally protected freedom of expression.[9] In fact, the first amendment makes it a milestone of advanced democratic systems. Metaphorically imagining a free market of opinions, Judge Oliver Wendell Holmes affirmed, in a famous dissenting opinion of 1919, that the goal of truth is best pursued through the free trade of ideas.[10] So the idea of strict legislation on disinformation is not convincing. In fact, limitations on freedom of expression risk becoming censorship, if not punctually substantiated in cases of serious threats to interests equally worthy of protection. In certain cases, some limitations on freedom of expression are not only appropriate, but necessary. Again, Justice Holmes, resorting to another imaginative metaphor and thus outlining the pioneering "clear and present danger test", warned that free speech cannot be guaranteed when someone falsely shouts "fire!" in a crowded theater, causing panic.[11]

Especially in the post-war German constitutional experience, there is also a tendency to attribute to other rights of the person, especially dignity, the ability to counterbalance freedom of expression.[12] Think about tort of defamation, damage to reputation, but also of more disputed rules about 'publication or dissemination of false, exaggerated or tendentious news' (e.g. art. 656 of the Italian Criminal Code).[13] Furthermore, with post-industrial development, the number of disciplines aimed at promoting better quality and correctness of information has progressively expanded. Beyond the laws on the press, which entail gatekeeping positions and control obligations, one can mention other examples: i. the standards of journalistic conduct; ii. corporate governance and financial transparency; iii. access to information in the public sector (e.g. freedom of information act, access to environmental information); iv. Consumer's right to be correctly informed on safety, health and

[9] In a comparative perspective, see: W Brugger, 'Bans On or Protection of Hate Speech? Some Observations Based on German and American Law', (2002) 17 Tulane European and Civil Law Forum 3-4, 15-16, where the differences between German and American Law emerge plastically in the treatment given to the Holocaust denial theses and the apologia of Nazism (p. 15); and, for an effective synthesis, M Luciani, *La libertà di espressione, una prospettiva di diritto comparato* (EPRS, European Parliament Research Service, 2019) 18; A Baldassarre, *Privacy e Costituzione. L'esperienza statunitense* (Bulzoni, 1974) 178.

[10] Justice Holmes found in that case that, although the defendant had disseminated harshly critical ideas about the US government's intervention in World War I, as well as protests against increased military spending, this did not constitute a conspiracy against United States, punishable under the *Espionage Act* of 1917. See *Abrams v. United States*, 250 U.S. 616 (1919). The expression "free market place of ideas", already in essence in Holmes' speech, was coined later, in the case *United States v. Rumely* 345 U.S. 41 (1953), by Justice Douglas. See R Coase, 'Markets for Goods and Market for Ideas' (1974) 64(2) American Economic Review 384.

[11] See *Schenck v. United States*, 249 U.S. 47, 52 (1919), on which cf. Leslie G. Jacobs, 'Freedom of Speech and Regulation of Fake News', (2022) 70 The American Journal of Comparative Law 292; Carlton F.W. Larson, 'Shouting 'Fire' in a Theater: The Life and Times of Constitutional Law's Most Enduring Analogy', (2015) 24 Wm. & Mary Bill Rts. J 181.

[12] Some have highlighted a risk of dehumanization of the person, faced with the decision-making substitution of the algorithm: Stefano Rodotá, 'Antropologia dell'"homo dignus"', in G Alpa and M R Marella (eds.), *Critica del diritto privato. Editoriali e saggi della Rivista Critica del Diritto Privato*, (Jovene 2017) 352; G Resta, *'Capitolo 5. La dignità'*, in *Trattato di biodiritto diretto da* P Zatti, S Rodotá*, Ambito e fonti del biodiritto*, (eds. S Rodotá and M Tallacchini (Giuffrè 2010) 259.

[13] About such limitations, V Zeno-Zencovich, *La libertà d'espressione, Media, mercato, potere nella società dell'informazione*, (Il Mulino 2004) 119-120. The art. 656 of the Italian criminal code provide a "crime of pure danger" for the existence of which it is not relevant "the fact that no disturbance of public order has occurred, it being sufficient that there was an abstract possibility that such a disturbance in effects were to occur" (Criminal Court of Cassation, Section I, sentence no. 9475 of 7 November 1996). Cf. S Latorre, 'Fake News: la pubblicazione di notizie false' (5 December 2021) http://lamagistratura.it.

environmental issues in advertising communications, including the 'greenwashing' issue.[14] Considering their specificity, these rules represent not so much a perspective of public censorship, but rather the result of inclusive and participatory policies, so as to theorize a more general right to be informed, as an element of citizenship.[15]

Given the aforementioned examples, we can agree that freedom of expression has been transformed, over time, from an exclusively negative freedom (the right not to be subject to censorship interference by public authority), into a positive freedom (the right to have correct information, at least in certain areas).[16] Of course, this sparks a debate about the meaning and scope of free speech today, given a profoundly transformed media system.[17] One of the main objectives of EU Digital Services Act (DSA) is to harmonize "diligence requirements for providers of intermediary services as regards the way they should tackle illegal content, online disinformation or other societal risks".[18]

2. The EU approach to "online disinformation" as a soft law instrument.

If there has always been a difficulty in assimilating the hosting activity of very large online platforms (VLOP) to publishers, [19] on the other hand it does not seem plausible to limit its responsibilities to those of a simple carrier, due to

[14] For example, see A P J Mol, 'Environmental governance in the Information Age: the emergence of informational governance' (2006) 24 (4) Environment and Planning C Government and Policy 497-514; C R Sunstein, 'Informational Regulation and Informational Standing: Akins and Beyond', (1999) 147 U. Pa. L. Rev. 615. Regarding misleading advertising and unfair commercial practices, recent jurisprudence has recalled that the legal basis of consumer protection is to be found in art. 153 of the EEC founding Treaty, as a precursor of today's art. 169, TFEU according to which in order to promote the interests of consumers and ensure a high level of consumer protection, the Union contributes to protecting the health, safety and economic interests of consumers as well as to promoting their right to information, education and organization for the protection of one's interests. It was highlighted that as well as the Greenwashing phenomenon expands, there is the convergence of a plurality of regulatory subjects and reference regulations, all functional to the objective of guaranteeing compliance with a general principle of truth of the message which also has an advertising nature.». See Ord. Trib. Gorizia, 25 November 2021 (Judge Dr. F. Clocchiatti), https://www.dirittobancario.it/art/greenwashing-primi-orientamenti-giurisprudenziali/. See also: L Evans, 'The Green Claims Directive: The Future Legal Framework for Advertising with Environmental Claims' (2024) 19 Eur Food & Feed L Rev 174.

[15] Cf. V Zeno-Zencovich, 'Il diritto ad essere informati quale elemento del rapporto di cittadinanza' (2006) 1 Dir inf 1-10.

[16] A key to understanding free speech based on the search for truth, beyond the mere external non-interference, dates back to J Stuart Mill, *On Liberty*, 43-44 (Elizabeth Rapaport ed., Hackett Publ'g Co. 1978) (1859); T I Emerson, 'First Amendment Doctrine and the Burger Court'(1980) 68 Calif L Rev, 422, 423 and, more recently, S G Gey, 'The First Amendment and the Dissemination of Socially Worthless Untruths', (2008) 36 *Fla. St. U. L. Rev.* 1, 3; H Norton, *Distrust, Negative First Amendment Theory, and the Regulation of Lies* (Knight First Amendment Institute at Columbia University 2022).

[17] See R A Cass, 'The Perils of Positive Thinking: Constitutional Interpretation and Negative First Amendment Theory' (1987) 34 UCLA L Rev 1405, 1412; G Lakier, 'The First Amendment's Real Lochner Problem' (2020) 87 U Chi L Rev 1243, 1332; J M Balkin, 'Digital Speech and Democratic Culture: A Theory of Freedom of Expression for the Information Society' (2004) 79 N.Y.U. L. Rev. 1, 3–4 (freedom of expression must not be separated from the actual possibility of participating democratically in public debate); M Lavi, 'Do Platforms Kill?' (2020) 43(2) Harv Journ of Law & Public Policy 526; H Micklitz *et al.* (Eds.), *Constitutional Challenges in the Algorithmic Society* (Cambridge University Press 2022).

[18] See Recital no. 2, Regulation (EU) 2022/2065 of the European Parliament and of the Council of 19 October 2022 on a Single Market for Digital Services and amending Directive 2000/31/EC (Digital Services Act).

[19] Cf. W Oremus, 'How social media 'censorship' became a front line in the culture war' (*The Washington Post*, October 9, 2022).

the huge interferences on the content conveyed. Think of moderation actions, the possibility of filtering illegal content, now enhanced by the use of artificial intelligence.

In the US model, the priority is evidently not to penalize the development potential of the Internet ("chilling effect") and to highlight the value of free speech. Thus, the notice and take down procedure is essentially limited to copyright protection, leaving the fight against other wrongful acts to the provider's free choice, through the 'Good Samaritan Clause'.[20] This relegates content moderation policies and prevention measures to the discretionary power of providers, protecting them from liability.

In the EU, on the other hand, from an initially pro-neutral approach we have gradually move to the less favorable case-law on active hosting.[21] Although the Digital Services Act confirms that it does not impose general control duty on platforms, thus immunizing them from strict liability (art. 6), there is an obligation to act, as soon as such violations become known. In this way, the notice and take down system, already established for copyright infringements in the US model, is consequently expanded.[22]

The many opportunities created by the massive, and sometimes chaotic, dissemination of information on the Internet has also led to the proliferation of harmful content. Given the danger of the spread of fake news on the internet, the EU elaborates the concept of "online disinformation", as emerges in the EU Commission's Communication "Tackling online disinformation: a European approach" (COM/2018/236)[23], and also in the EU Report, "A Multi-dimensional approach to disinformation" of 2018, recalled in the preamble of the enhanced Code of Practice on Disinformation (2022). Due to such a provision, "online disinformation" must be objectively false or misleading, conceived and then disseminated (design, presentation and promotion of content) for profit purposes or to intentionally deceive the public. A further requirement is then mentioned: it may cause public harm, that comprises

[20] Think of Section 230, *Communications Decency Act* (CDA) 1996, see J Kosseff, *The Twenty-Six Words That Created the Internet* (Cornell University Press 2019).

[21] See, among many, E Andreola, 'Fake news e danno da false informazioni in internet - II Parte' (2020) 6 Resp civ prev, 2002 and the case-law cited therein. In the case "Glawischnig-Piesczekc. Facebook Ireland" C-18/18, decision on a preliminary ruling of 3 October 2019, taken on the basis of Directive 2000/31/EC, the Court of Justice of the EU stated that the court of a Member State may order the hosting provider to remove information stored with content equivalent to other information previously declared illegal and extend the effects of the injunction worldwide. However, it also clarified that hosting service providers are not subject to a general obligation to monitor the information they transmit or store, just as they do not have a general obligation to actively seek out illegal comments (2020) 3 Dir ind, 284-285, case note by E Tosi, 'Obblighi di filtraggio "ex post" di contenuti digitali illeciti equivalenti e responsabilità civile degli "hosting provider"'. The Court's decision has also been quoted by *Tribunale di Roma, Sentenza n. 17909,* 5 December 2022 (*Casapound Italia v Facebook*), (2023) 2 Dir inf, 245, commented by B Mazzolai, '"Hate speech" e comportamenti d'odio in rete. "Casapound vs Facebook": atto III'.

[22] See V Zeno-Zencovich, 'The EU Regulation' (n 7), who, with regard to the initial exclusion of liability referred to in art. 6, highlights: «these rules are set aside by the subsequent art. 16 which mimics the "notice and take-down" procedures common to online copyright infringement.»

[23] Par. 2.1 (3-4): "Disinformation is understood as verifiably false or misleading information that is created, presented and disseminated for economic gain or to intentionally deceive the public, and may cause public harm. Public harm comprises threats to democratic political and policy making processes as well as public goods such as the protection of EU citizens' health, the environment or security. Disinformation does not include reporting errors, satire and parody, or clearly identified partisan news and commentary. This Communication is without prejudice to the applicable legal rules at Union or national level relating to the issues discussed, including disinformation containing illegal content.".

threats to democratic political and policy making processes as well as public goods such as the protection of EU citizens' health, the environment or security. Wrongs already provided for by other laws, such as defamation, are excluded, as well as all those manifestations, such as satire and parody or clearly partisan political communications which, in a self-evident way, are outside the news function. [24] Such a broad definition almost seems to expand the tort of defamation so as to include any false or misleading information capable of causing public harm, thus resembling to a "catch-all provision". The reference to the purpose of profit, as a requirement for considering disinformation illegal, seems to refer to the behavior of big digital platforms to tolerate harmful contents whenever disseminating them appears particularly profitable. The possible plurality of offended parties appears evident, just as the protected interests involve the public as well as the private dimension.[25]

This provision rather than constituting a tort, takes on a predominantly descriptive meaning. Coming from soft law, and not being mandatory, it is not assisted by any sanction. The breadth and potential vagueness of the protected interests could also raise concerns. Even if not contemplated as a binding rule, the aforementioned code of conduct on disinformation has been voluntarily accepted by Big Tech, so it can at least be attributed a value of moral suasion if not of standards of conduct, based precisely on the authority of the actors involved. But the question remains how this type of provision can be integrated into a more articulated policy to tackle online disinformation and whether Courts can enhance it without compromising the rule of law.[26]

3. Algorithm-amplified disinformation and systemic risk.

If the users of the traditional mass media were essentially passive recipients of information involved in a one-to-many relationship, in the digital platforms' era we are witnessing a change of paradigm.[27] The circulation of information is

[24] In the Italian case law, see C. App. sez. III Turin, Sent. June 22, 2021, n. 727 (The inauthentic phone call reproduced in a video does not constitute fake news with a defamatory and offensive scope of the Egyptian Museum, but falls within the right to political criticism, as it serves to argue with a promotional campaign, the contents of which are faithfully described), https://globalfreedomofexpression.columbia.edu/wp-content/uploads/2022/03/Corte-dappello-Torino.pdf.

[25] See V Zeno-Zencovich, 'La disciplina della comunicazione in base al suo contenuto. Una proposta di inquadramento sistematico' (2020) 3 Dir inf 520-551; G Delannoi, 'De l'utilité de la notion de post-vérité', (2017) 197 Le débat, 4-12. For a renewed trust in the free marketplace of ideas, C Melzi D'Eril and G E Vigevani, 'Ma il mercato delle idee è proprio al capolinea? Considerazioni sparse a partire dal volume "il mercato delle verità" di Antonio Nicita (Recensione a Antonio Nicita, "Il mercato delle verità", Bologna, Il Mulino, 2021, pp. 240)', (2021) 3 MediaLaws, 279. Regarding the need for specific measures to combat online disinformation, see the most critical opinions of Vladimiro Giacché and Benedetto Ponti, while, in the opposite sense, Antonio Nicita, in the conference above: *La disinformazione: tra vecchi e nuovi media*, 24 maggio 2019, https://asimmetrie.org/eventi/la-disinformazione-tra-vecchi-e-nuovi-media/. See also B Ponti, 'La libertà di informazione al tempo della pandemia. Rilievi critici in margine all'istituzione dell'«unità di monitoraggio per il contrasto della diffusione di fake news relative al CoViD-19 sul web e sui social network»' (2020) 1 BioLaw Journal – Rivista di BioDiritto 636.

[26] About the legal relevance of the 'soft law', with particular reference to codes of conduct, G Teubner, 'Self-Constitutionalizing TNCs? On the Linkage of "Private" and "Public" Corporate Codes of Conduct', 18 Indiana Journal of Global Legal Studies (2011) 617; T E Frosini, 'Introduzione', in Id. (ed.), *La* Rule of Law *come costituzionalismo* (Bologna: Il Mulino, 2023) 14.

[27] About the concerns raised by the potentially global scale and the unprecedented velocity of the dissemination of false and extreme content, O Pollicino and G Pitruzzella, *Disinformation and hate speech*

here driven by a new business model: the hosting service is offered to users, in exchange for the raw material, i.e. the data and preferences that allow profiling for advertising purposes. [28] This exchange is carried out with constant interaction which could become surveillance and control over people.

Systemic risks are those phenomena, such as disinformation and electoral manipulation, discrimination against minorities and prejudice against minors online, which present a harmful potential amplified by the size of the platform (number of users in the European Union) and by the presence of systems or other elements that can significantly contribute to it, including all relevant algorithmic systems and their recommendation and advertising systems, with particular reference to the related data collection and use practices.[29] Thus the occasional risk of defamation, which was hidden behind the journalistic news, has given way to much more complex phenomena that are currently being studied and have yet to be fully understood. In particular, it has been observed that algorithms, through an analysis of the interactions that the user has had with VLOP or very large online search engines (VLOSE), present him with information that reflects and refers (echo-chambers) to the tastes, preferences

(Bocconi University Press, 2020); for a look at the civil liability of traditional media, see V Zeno-Zencovich and V Ricciuto, *Il danno da mass media*, (Cedam, 1990); C Verardi, 'Trasmissione di notizie inesatte e nesso di causalità del danno', case note to *Trib. Roma,* 22 June 1982, (1983) I Giust. civ. 636.

[28] See S Sica, G Giannone, 'I social network sites e il "labirinto" delle responsabilità', (2012) 12 Giur Merito, 2714; M Brenncke, 'A Theory of Exploitation for Consumer Law: Online Choice Architectures, Dark Patterns, and Autonomy Violations' (2024) 47 Journ Cons Policy 127-164.

[29] The categories of systemic risks identified are essentially: risks associated with the dissemination of illegal content, such as the dissemination of child sexual abuse material or illegal forms of hate speech or other types of abuse of their services to commit criminal offences, and the carrying out of illegal activities, such as the sale of products or services prohibited by Union or national law, including dangerous or counterfeit products and illegally traded animals (Recital n. 80); the actual or foreseeable effects of the service on the exercise of the fundamental rights protected by the Charter, including but not limited to human dignity, freedom of expression and information, including media freedom and pluralism, the right to privacy, data protection, the right to non-discrimination, the rights of the child and consumer protection (Recital n. 81); the real or foreseeable negative effects on democratic processes, civic debate and electoral processes, as well as on public security (Recital n. 82); similar concerns related to the design, operation or use, including by manipulation, of very large online platforms and very large online search engines, with actual or foreseeable negative impacts on the protection of public health and children and serious negative consequences for the physical and mental well-being of the person or for gender-based violence. Such risks may also arise from coordinated public health disinformation campaigns or from the design of online interfaces that may stimulate the behavioral addictions of service recipients (Recital n. 83). As highlighted by Recital n. 79: "In determining the significance of potential negative effects and impacts, providers should consider the severity of the potential impact and the probability of all such systemic risks. For example, they could assess whether the potential negative impact can affect a large number of persons, its potential irreversibility, or how difficult it is to remedy and restore the situation prevailing prior to the potential impact.". See also Recital n. 84, DSA: "When assessing such systemic risks, providers (…) should focus on the systems or other elements that may contribute to the risks, including all the algorithmic systems that may be relevant, in particular their recommender systems and advertising systems, paying attention to the related data collection and use practices. They should also assess whether their terms and conditions and the enforcement thereof are appropriate, as well as their content moderation processes, technical tools and allocated resources. When assessing the systemic risks identified in this Regulation, those providers should also focus on the information which is not illegal, but contributes to the systemic risks identified in this Regulation. Such providers should therefore pay particular attention on how their services are used to disseminate or amplify misleading or deceptive content, including disinformation. Where the algorithmic amplification of information contributes to the systemic risks, those providers should duly reflect this in their risk assessments.". Recently, it has been acutely highlighted by the jurisprudence that: "The reasons behind the increase in hatred, even in the absence of differences in content between online and offline hate speech, have been identified in some structural components of the network, which are considered to act as facilitating factors of discriminatory messages, consequently increasing their harmful potential (....)" (*Tribunale di Roma. Sent. n.* 17909/2022, n 22).

and beliefs of the user himself (cherry picking and confirmation biases). Regardless of the truthfulness and reliability of the contents, they suggest those that are most capable of stimulating attention and reactions. Thus, a psychological mechanism called "intermittent positive reinforcement" is produced, which stimulates the release of dopamine, a neurotransmitter hormone that causes comfort and euphoria.[30] These techniques had already been experimented in slot machines, then transposed into computer games and, finally, adapted to the websites design. [31] This, in order to induce a strong need to be connected with that medium, favors a progressive social isolation (filter bubble) and, in the most serious cases, the onset of a real addiction.[32] It was emphasized that the mechanism tends to produce a polarization of opinions, with the consequent formation of conflicting factions. At the same time, this is highly desirable by providers as it generates an exponential growth in communications and attention to online content, resulting in increased advertising revenue.[33]

Due to the aforementioned experience of VLOP, two levels of analysis of online disinformation can be distinguished. If fundamentally the wrongful acts are based only on the analysis of the single content disseminated, today there are further detrimental effects caused by the peculiarities of the medium used. [34] In the latter case we have a specific element, compared to simple dissemination, as it is the method of conveying content that is, first of all, under

[30] Cfr. V R Bhargava and M Velasquez, 'Ethics of the Attention Economy: The Problem of Social Media Addiction', (July 2021) 31:3 *Business Ethics Quarterly*, 327 and the specialist bibliography cited therein; D T Courtwright, *The Age of Addiction: How Bad Habits Became Big Business* (Harvard University Press, 2019). For confirmation of the deleterious effects of the social network Instagram on minors, see the impressive report of the experiments conducted by the same company: G Wells *et al.*, 'Facebook Knows Instagram Is Toxic for Teen Girls, Company Documents Show. Its own in-depth research shows a significant mental-health issue that Facebook play down in public' (*The Wall Street Journal*, *Sept.* 14, 2021). About the case of Tiktok, see T D Hobbs *et al.*, ''The Corpse Bride Diet': How TikTok Inundates Teens With Eating-Disorder Videos. The app's algorithm can send users down rabbit holes of narrow interest, resulting in potentially dangerous content such as emaciated images, purging techniques, hazardous diets and body shaming' (*The Wall Street Journal, Dec.* 17, 2021).

[31] See D Spohr, 'Fake News and Ideological Polarization: Filter Bubbles and Selective Exposure on Social Media', (2017) 34 Bus Info Rev 150, 151; A Gordon-Tapiero and Y Kaplan, 'Unjust Enrichment by Algorithm', (2024) 92 Geo Wash L Rev 305-358. See also Recital n. 69 (DSA): "When recipients of the service are presented with advertisements based on targeting techniques optimised to match their interests and potentially appeal to their vulnerabilities, this can have particularly serious negative effects. In certain cases, manipulative techniques can negatively impact entire groups and amplify societal harms, for example by contributing to disinformation campaigns or by discriminating against certain groups. Online platforms are particularly sensitive environments for such practices and they present a higher societal risk".

[32]Scientific evidences in Bhargava, Velasquez, 'Ethics of the Attention Economy' (n 31), 321-322; Ursula Oberst *et al.*, 'Negative consequences from heavy social networking adolescents: The mediating role of fear of missing out', (2017) 55 Journal of Adolescence 51-60; N A Farahani, *The Battle for Your Brain: Defending the Right to Think Freely in the Age of Neurotechnology* (St. Martin's Press 2023). On rhetorical devices of online disinformation campaigns, Carlos Diaz Ruiz *et al.*, *Disinformation and Echo Chambers: How Disinformation Circulates on Social Media Through Identity-Driven Controversies*, 42 (1) *Journal of Public Policy & Marketing,* 18-35 (2023) and 20-24 on identity driven controversy and anti-scientific reasoning supported by an alignment with previous traditions (such as the biblical tradition). See also Vladimiro Giacché, *La fabbrica del falso. Strategie della menzogna nella politica contemporanea* (DeriveApprodi, 2011).

[33] Cf. E Pariser, *The Filter Bubble. What the Internet Is Hiding from You*, 16 (Viking 2011); C R Sunstein, *#Republic: Divided democracy in the age of social media* (NJ: Princeton University 2017); L M Kahn, 'The Separation of Platforms and Commerce' (2019) 119 Colum L Rev 973, 987.

[34] About the radical changes induced by paradigm shift in communication technologies, M McLuan, *Understanding media. The Extension of Man*, (Mc Graw-Hill Book Company 1964).

discussion, and which enhances the cognitive distortion effects that the disseminated content would have in itself.

4. Cooperation duties and the role of the EU Commission.

The DSA deals extensively with disinformation, which it considers an important emergency. The regulation does not seem to opt for the creation of an ad hoc tort, and the doubt remains that it is a phenomenon with uncertain contours, capable of remaining in limbo. In fact, knowledge or awareness of the illegality of the content is not always required.[35] In short, the DSA does not introduce a broad concept of disinformation that is illegal in itself: the obligations of the platforms concern only the reporting of manifest and specific violations. Nonetheless, certain harmful developments of the fake news are amplified by the same operating mechanisms of digital platforms, based on artificial intelligence and user profiling. Although online disinformation is not unlawful in itself, it can amount to a systemic risk, and attention is drawn to the need to contain its possible pathological and dangerous developments. In this regard, providers are required to adopt a series of preventive measures, under threat of penalties and other corrective sanctions in the event of non-compliance.

It ranges from active dissemination measures[36] to forms of blocking and demonetization of accounts, but also the targeted use of artificial intelligence in the positioning of information within search engines.[37] In this sense, in addition to the labelling obligations regarding AI-generated content, imposed on large platforms by the Artificial Intelligence Regulation, the duties of transparency and disclosure become as relevant as the outputs of AI systems are artificially generated or manipulated.[38]

It can be underlined that, in addition to focusing on command and control, here entrusted mainly to the European Commission, the deregulation method is increasingly followed. That is, the aim is to obtain compliance from the operators themselves, who are asked to adopt codes of conduct and action

[35] Cf. Recital n. 53 and art. 6 (Hosting).

[36] For example, by providing that "where a provider of an online platform allowing consumers to conclude distance contracts with traders becomes aware, irrespective of the means used, that an illegal product or service has been offered by a trader to consumers located in the Union through its services, that provider shall inform, insofar as it has their contact details, consumers who purchased the illegal product or service through its services of the following: (a) the fact that the product or service is illegal; (b) the identity of the trader; and (c) any relevant means of redress." (art. 32, Right to information).

[37] See L McIntyre, *On disinformation. How to fight for truth and protect democracy* (MIT Press 2023); K Kertysova, 'Artificial intelligence and disinformation. How AI changes the way disinformation is produced, disseminated, and can be countered' (2018) 29(1-4) Security and Human Rights 55-81; N Bontridder and Y Poullet, 'The role of artificial intelligence in disinformation' (2021) Jan 3 Data & Policy 32.

[38] Cf. Recital n. 136, Regulation (EU) 2024/1689 of the European Parliament and of the Council of 13 June 2024 laying down harmonised rules on artificial intelligence. Cf. C Marsden and T Meyer, *Regulating disinformation with artificial intelligence: effects of disinformation initiatives on freedom of expression and media pluralism* (Brussels: European Parliament 2019). The issue of labeling invests, for example, the dangerous phenomenon of deep fakes: fake images and videos artfully passed off as originals, but born from AI, which, in some cases, can produce very harmful deceptive and confusing effects. See also M Cazzaniga, 'Una nuova tecnica (anche) per veicolare disinformazione: le risposte europee ai "deepfakes"' (2023) 1 MediaLaws 170-187; M Mezzanotte, '"Fake news", "deepfake" e sovranità digitale nei periodi bellici' (2022) 33 *federalismi.it* 44-65.

plans that prevent such risks. As already happened with regard to personal data in the GDPR, also the systemic risks related to disinformation can be treated in terms of regulation by design.[39] In this sense, it can be underlined that the DSA provides that compliance with its rules must be guaranteed by VLOP through independent audits. [40] As stated by art. 72 (Monitoring actions) "The Commission may take the necessary actions to monitor the effective implementation and compliance with this Regulation by providers of the very large online platform and of the very large online search engines. The Commission may order large online platform to provide access to, and explanations relating to, its databases and algorithms. Such actions may include, imposing an obligation on the provider of the very large online platform or of the very large online search engine to retain all documents deemed to be necessary to assess the implementation of and compliance with the obligations under this Regulation".

Although a general obligation of preventive surveillance has not been introduced, providers will have to cooperate in a more structured and qualified way to prevent wrongful activities, by operating transparently, especially with regard to the algorithms used, collecting reports and intervening promptly. The requirements to equip themselves with internal procedures and algorithms adequate to address the so-called systemic risks (articles 34 et seq.) now deeply bind VLOP. [41]

According to the DSA, the EU Commission's power clearly prevails over the powers attributed to the authorities of the Member States on the subject of VLOP and VLOSE (Chapter IV, section 4) [42]. Precisely because of the complexity of the phenomenon, the activity of sanction constitutes only a part of a more complex system.

The first step consists in seeking information about possible violations, which allows to agree with the providers a series of corrective measures and intervention plans that will then be checked out in their actual implementation.

Unless there are specific precautionary needs, the application of prohibitory injunctions, such as the suspension of a social network, seems to represent only the last resort since it can only be ordered in court.

---

[39] Cf. P Hacker, 'Manipulation by algorithms. Exploring the triangle of unfair commercial practice, data protection, and privacy law' (2023) 29 Eur Law Journ 170: "When algorithmic manipulation operates not through hidden influence, but (also) through the impairment of rational choice, withdrawal rights will likely not suffice. Vulnerable consumers may not necessarily exercise these rights, for various cognitive reasons (e.g. endowment effect; status quo bias; procrastination; or simple convenience). Hence, it seems worthwhile to discuss strategies for mitigating such influence ex ante, rather than attempting to correct distorted outcomes ex post via traditional UCPD enforcement or withdrawal rights. In this vein, an important strategy is what will here be termed 'non-manipulation by design'". See also Trib. Roma, Sent. n. 17909/2022 (n 22): "The DSA regulation provides for obligations proportionate to the size of the platform and a new culture of prevention of systemic risks, from disinformation to illegal content. The Regulation, which will come into force in 2023 and is therefore not applicable in the present case, confirms the path taken by the provider regarding the initiatives to also discourage the spread of hate speech, especially through the internet (as well as providing for a control more stringent public on the platforms)".

[40] See Recital n. 92 and art. 72 (Monitoring actions), par. 2 (DSA).

[41] It is worth noting the criticisms of those who consider the DSA's approach as potentially authoritarian, since it would give the EU Commission excessively broad discretionary powers, to the detriment of freedom of expression. See, for example, A Chander, 'When the Digital Services Act Goes Global' (2023) 38 (3) Berkeley Technology Law Review 1071, 1082, noting that "an authoritarian state could use the recommendation and guidelines powers to pressure platforms to implement rules to control speech".

[42] Articolo 51 (Powers of Digital Services Coordinators).

Penalties can reach up to 6% of the of the annual worldwide turnover of the provider of intermediary services concerned in the preceding financial year.[43] This centralization of powers on the Commission corresponds to the need for efficiency and cost-effectiveness of the control and sanction system, also in terms of the use of technological resources. Given the transnational dimensions of the providers, it would be better to join forces since it is cost-ineffective to multiply the proceedings in all the Member States. However the system designed by the DSA does not seem easy to implement, especially where it provides for coordination mechanisms between national authorities and the Commission (art. 66).

The active role of other social actors, in particular trusted flaggers and fact checkers, is considered strategic, but some aspects still need to be properly assessed[44]. Consider the problem of the priority to be given to reports from such accredited subjects[45].

On a practical level, the first interpretative role seems to be up to digital platforms. In fact, their terms of service usually provide private powers of moderation and removal of misleading or harmful contents (e.g. those contrary to overriding public interests). But, absent a specific legislative provision, such clauses could be considered void, in the light of the fundamental right to freedom of expression.[46]

---

[43] See art. 52(3), DSA.

[44] In this regard, a role in the study and promotion of regulatory initiatives is recognized to the European Digital Media Observatory (EDMO), an independent observatory that brings together fact checkers and academics operating in the field of online disinformation, social media platforms, journalists and other experts in the media sector.

[45] Think about the figure of 'trusted flaggers', introduced by art. 22 of the DSA which, for example, in Italy has found a complete regulation in Annex A to the AGCOM resolution no. 283/24/CONS, 'Procedure Regulation for the recognition of the qualification of trusted flaggers pursuant to art. 22 of the Digital Services Regulation'.

[46] See *Tribunale di Roma, Sentenza n. 17909* (n 22). The Italian Judge, dealing with the directive 2000/31/EC, stated that "Even if there is no general obligation of supervision - except that the latter could be the result of a free choice of the intermediary -, nevertheless art. 14 of the Directive imposes surveillance obligations on these intermediaries in specific cases with the result that, in certain cases, the host provider must prevent a breach and must contribute to avoiding new violations". And so on: "In the wake of these initiatives, the new European regulation on digital services, approved on 5 July 2022, with the declared aim of ensuring a safe and responsible online environment to protect users' fundamental rights. The regulation provides for obligations proportionate to the size of the platform and a new culture of prevention of systemic risks, from disinformation to illegal content. It will enter into force in 2023 and is therefore not applicable in the present case, but it confirms the path taken by Facebook with regard to initiatives to also discourage the spread of hate speech, especially through the network (as well as providing for more stringent public control over platforms)". In the same sense, Trib. Varese, Ord. sec. I. civ., 2 August 2022, no. 1181 (Facebook's general terms and conditions of contract - so-called community standards -, which already provided for the prohibition of "disinformation and unverifiable rumors that contribute to the risk of violence or imminent physical harm", had been updated to also counter disinformation related to the pandemic, providing for the protection of public health as a limit to freedom of expression. Therefore, the removal of posts and suspension of accounts by Facebook are not illegal if they are aimed at countering misinformation harmful to public health, with particular reference to content tending to discredit the safety of the vaccination campaign and to spread unjustified alarms). For a critical view on the binding effect of standard terms, see G Alpa, 'On Contractual Power of Digital Platforms' (2023) 34 (3) EBLR 377-390. On this point, see the very recent *Trib. Rome (sec. XVII civ), Sent. no. 9653* of 5 June 2024 (unofficial copy of the Judgment available at the permalink https://apps.dirittopratico.it/sentenza/tribunale/roma/2024/9653.html#829cc) which condemned Google to reactivate monetization and to compensate the broadcaster Radio Radio (200,000 euros, equal to 5,000 euros per month) for the damage resulting from the deactivation of the monetization service on YouTube (which allowed the well-known broadcaster to benefit from paid ads). This deactivation had been ordered by Google, alleging that some "misinformative" videos in the Covid-19 health sector were uploaded to that channel "not compliant with the policies of the platform's Partner Program - and,

Theoretically, social networks themselves could spontaneously correct their algorithms, privileging quality information and mitigating the mechanism of personalization. [47] But it is certainly more likely that they will neglect to do so, if this conflicts with their economic interests. [48] So civil deterrence could be useful in encouraging such a task. But there could be many doubts about how to concretely achieve it.
For example, take the anti-evolutionism and denialist theories of climate change with respect to which the following question could be asked: if scientific evidence must necessarily guide judicial decisions, to the detriment of other beliefs and convictions, why should such reasoning not apply in the marketplace of ideas, when they serve to influence movements of opinion and political majorities? [49] Although the environmental issue does not appear among the systemic risks considered in the DSA, it is included in the public goods enshrined in the Code of Conduct on Disinformation that has been voluntarily accepted by the main platforms. Would this be enough to make climate change denial theses illegal? What remedy should be adopted, if any? Perhaps removal or blocking could appear excessively sharp and, at least in certain cases, it would be sufficient to accompany those messages with warnings that recommend turning to more reliable sources, available with a specific link. Of course, this ability to analyze and act *cum grano salis* has a cost, which the platforms should be able to absorb more easily given their better and more solid position.[50]

therefore, contrary to the contractual provisions - which would have allowed the manager of the social network to exercise the right to unilaterally deactivate the monetization function". However, the judge considered such behavior unlawful, and compensable for the related damage, reasoning: "it is quite clear that these rules were introduced after the conclusion of the contract between the parties, i.e. after the occurrence of the well-known epidemic, so that the negotiating consent of the contracting parties cannot have been formed on them. That consent was instead essential so that the contractual provisions could be effective and have the force of law between the parties (art. 1372 of the Italian Civil Code)". Skeptical towards a new digital information ecosystem based on ad hoc rules and more optimistic towards the civil law system based on the judicial control over the fairness of the terms of service, U Ruffolo, 'Piattaforme e "content moderation" negoziale' (2024) 2 Giur it 442-452.

[47] Recital 88 of the DSA provides for the following: "Providers of very large online platforms and of very large online search engines may need to reinforce their internal processes or supervision of any of their activities, in particular as regards the detection of systemic risks, and conduct more frequent or targeted risk assessments related to new functionalities. In particular, where risks are shared across different online platforms or online search engines, they should cooperate with other service providers, including by initiating or joining existing codes of conduct or other self-regulatory measures. They should also consider awareness-raising actions, in particular where risks relate to disinformation campaigns.".

[48] See D M J Lazer *et al.*, 'The Science of Fake News. Addressing fake news requires a multidisciplinary effort' (2018) 359 (6380) 1094-1096.

[49] See B Leiter, 'The Case Against Free Speech', (2016) 38 Sidney Law Review 407, 415.

[50] Some recall the famous theory of the 'cheapest cost avoider', by G Calabresi, *The Cost of Accidents: A Legal and Economic Analysis* (Yale University Press 1970) and hope that, also thanks to deterrence, a proactive function of social media on issues of pressing public interest can be strengthened. See K Tokeley, 'The Power of the "Internet of Things" to Mislead and Manipulate Consumers: A Regulatory Challenge', (2021) 2 Notre Dame J on Emerging Tech 135: "The advertiser and the AI creator are also in a better position than the consumer to both bear the loss caused by the misinformation (by spreading the costs via price adjustments) and prevent misinformation (by abandoning a black box AI system if it is too unpredictable)".

5. Civil liability of digital platforms.

The DSA does not deal with disinformation by directly prohibiting certain harmful illegal content (false, misleading, deceptive etc.). This aspect is, in fact, already addressed by various provisions in each Member State, which also reflects the different value choices of each one. According to the DSA, the focus is rather on operational obligations aimed at mitigating systemic risk. This essentially concerns the failure to prevent a wide circulation of that dangerous content, precisely by omitting preventive measures, or subsequent measures required by the administrative or judicial authority. Such systemic disinformation could affect both public and private interests. In the latter case, compensation would play an important role. The basis for this type of damage does not refer to the 'notice and take down' mechanism, but is instead based on the failure to mitigate the risk. In other words, it is the negligence of the providers for not having adapted the design and algorithms that govern the functioning of the platform and the organization of its contents.

As the DSA shows, effective public command and control does not preclude but rather helps to protect collective interests, with particular reference to groups homogeneously affected by the violation of the law. There is a close relationship, and a mutual feeding, of the two phenomena, fake news and hate speech and the case history is multifaceted. [51] In the events of Capitol Hill, the false accusations of electoral fraud formulated by Trump, and amplified by Facebook algorithms, have fomented the assault on Congress by groups of his followers. This has led to the hypothesis of the remedy of class actions for unjust enrichment, aimed at obtaining the reversion of profits (disgorgement of profits) unduly obtained by the platforms.[52] The profits obtained through manipulative information and unlawful processing of personal data may seem negligible, if considered individually, but would reach considerable sums, aggregating millions of user data. [53]

---

[51] The cases are different. Just think of the dissemination of prejudices against ethnic minorities, or scientifically unfounded news that harms the dignity and safety of certain entities or people.

[52] For an analysis of the U.S. litigation which focuses on the active dissemination of content based on discrimination, disinformation, extremism and polarization and democratic erosion, see Gordon-Tapiero and Kaplan, *Unjust Enrichment by Algorithm* (n 32) 328-329; V Ndior, 'Les réseaux sociaux et l'administration Trump' (2022) 184 *Hérodote* 201-215; Y Benkler *et al.*, 'Mail-In Voter Fraud: Anatomy of a Disinformation Campaign' (2020) 6 Berkman Center Research Publication 1-49. On the consequences of the vulnerability induced by robots and apps in consumers, W Hartzog, 'Unfair and deceptive robots' (2015) 74 Maryland Law Rev 785-788. The original perspective of the waste of time suffered by the unsuspecting user, subject to algorithmic information manipulations, refers to the difficult, and necessarily equitable, judicial evaluation, probably to be resolved on the level of collective deterrence. Cf. L T Visscher, 'Time is Money? A Law and Economics Approach to 'Loss of Time' as Non-Pecuniary Loss' (2014) 5 (1) Journal of European Tort Law, 35-66. An action for damages can also be envisaged in which the damage would be identified in the undue exploitation of the consumer's vulnerability, thanks to the use of systems that take advantage of consumer biases. Cf. Brenncke, 'A Theory of Exploitation' (n 29) 131 ss.

[53] Cf. Gordon-Tapiero, Kaplan, *Unjust Enrichment by Algorithm*, (id.) 351 ("(…) when distribution of class action awards to individual users is impracticable or inappropriate, courts can use cy pres relief as an alternative to traditional class action remedies. Under this doctrine, courts can have the class defendant donate part of the award to a charitable cause related to the substance of the lawsuit. In the context of platform personalization, such charitable causes might include digital literacy and online safety among vulnerable groups. Another venue for recovery would be for courts to order uid class recovery. Under this doctrinal alternative, courts can obligate the platform to award users with goods, services, future price reductions, or other monetary equivalents as a substitute to a monetary award."), citations omitted. On the

It is worth noting that art. 54 (Compensation) of the DSA states that recipients of the service have the right to request compensation, in accordance with Union and national law, from intermediary service providers for damages or losses suffered as a result of a violation of the obligations established by this Regulation. Despite a generally little role of private remedies compared to public enforcement, in the EU approach to disinformation risk, this provision is important. If read together with the further indication of Recital no. 121,[54] it means that, in terms of compensatory remedy, all pre-existing options remain open, for example, those of pecuniary and non-pecuniary damages (e.g. art. 2043 and 2059 Italian Civil Code).

A potential convergence of protections regarding personal data and the commercial/consumer aspect, that is "unfair commercial practices", should not be underestimated. If we observe the phenomenon of disinformation intended, through algorithms, to influence minors or psychologically more exposed subjects, this could be traced back to aggressive commercial practices. There is no doubt that some groups of people can become targets more than others, precisely thanks to common characteristics that the algorithm itself detects and that this leads to homogeneous prejudicial effects. They concern both the economic choices made and the non-pecuniary losses suffered by the manipulated users.[55] However, proving collective damages in this type of circumstances can be more complex than simply reporting individual harmful contents, which are detectable *ictu oculi*. In addition to external fact checking, the evidence of unlawful practices may come from within the provider's company, as is the case with the exhibition of documents, testimonies of former employees, anonymous reports and whistleblowers. EU policies have developed important tools to raise alarms and provide useful details to report violations perpetuated by large digital platforms and search engines under the DSA.[56] Moreover, it should be underlined that the quantification of compensation can be linked, in addition to the damage suffered, to the seriousness and nature of the unfair commercial practice, and to other relevant circumstances, with a view to deterrence.[57]

Since dealing with large platforms, in terms of algorithms intelligibility, requires large investments and very specific technical skills, this goal can be better achieved through public enforcement.[58] Nevertheless, there is also

---

intertwining of economic and moral interests in the all-encompassing relationship between users and platforms, see P Hacker, 'Manipulation by algorithms' (n 40) 142-175; N Helberger *et al.*, 'Choice Architectures in the Digital Economy: Towards a New Understanding of Digital Vulnerability' (2022) 45 Journ Cons Policy 175-200.

[54] "(…) a provider of intermediary services should be liable for the damages suffered by recipients of the service that are caused by an infringement of the obligations set out in this Regulation by that provider. Such compensation should be in accordance with the rules and procedures set out in the applicable national law and without prejudice to other possibilities for redress available under consumer protection rules.".

[55] See *supra* note 52.

[56] See, for example, the recent DSA whistleblower tool, launched by the Commission (Press release, 30 April 2024, Directorate General for Competition. Directorate General for Communications Networks, Content and Technology: Commission launches Whistleblower Tools for Digital Services Act and Digital Markets Act).

[57] See, for example, art. 27, par. 15-*bis*, Consumer code (Italy).

[58] The Commission has already undertaken investigations to verify the compliance of large platforms with the DSA rules. On October 2, 2024, a control initiative was announced against TikTok, YouTube and Snapchat aimed at understanding the way in which videos and information are suggested to users, as well as the prevention measures taken by the aforementioned platforms in order to spread harmful content. See *EU requests info from YouTube, Snapchat, TikTok on content algorithms,* Reuters, October 2, 2024. In particular,

room, at the state level, for compensatory actions, both individual and collective.

In order to address collective harm resulting from unfair commercial practices, reference should be made to the EU Directive 2020/1828 on representative actions[59] recently transposed into national law (e.g. art. 27, paragraph 15-bis, and arts. 140-ter to 140-quaterdecies, Italian Consumer Code).[60] The latter, although still far from the more efficient and rapid US class action model, allow, among other things, to bring the case before the national jurisdiction, without having to wait for the response of the EU Commission. Although the DSA seems to prefer gradual solutions, like the enhancement of co-regulation with large digital platforms which is akin to self-regulation, it leaves open the possibility that violations of cooperation duties may give rise to damages referable to the collective interests of consumers. It lies within the competence of Member States to deal with such tortious liability of digital platforms for failing to deal with systemic risk. Examining EU soft law, we have seen that a "catch-all provision" significantly focuses on the malicious spread

---

the hypothesis is that people considered vulnerable are offered fake news related to political issues, or content that promotes behaviors that can generate eating disorders, or lead to depression or drug abuse. Platforms should, therefore, be induced to introduce corrective measures, such as allowing users to hide certain types of contents. Another investigation was launched in May 2024, against Meta, the parent company of Facebook and Instagram, to verify whether the algorithms had been set up in such a way as to induce addictions in children, exploiting their ingenuity and lack of experience. With regard to the proceedings previously launched against the social network X, on 12 July 2024, the Commission notified the preliminary findings, which show some violations of the DSA, in particular of Articles 25 (Online interface design and organisation), 39 (Additional online advertising transparency) and 40(12) on freedom of information and accessibility of data: "Providers of very large online platforms or of very large online search engines shall give access without undue delay to data, including, where technically possible, to real-time data, provided that the data is publicly accessible in their online interface by researchers (…)". First of all, the investigation ascertained the use of the Blue Checkmark system which compromises the authenticity and integrity of accounts, furthermore it detected specific characteristics (design features) of the algorithms which prevent the detection of risks inherent to online advertising, also because their archiving and traceability are omitted. Finally, in contravention of the DSA, X impedes independent access to public data for researchers by imposing high fees and dissuasive procedures for access. These conclusions were reached through a detailed investigation, which included: review of internal company documents, expert advice, and collaboration with national authorities. If these preliminary findings are confirmed, the Commission could impose fines of up to 6% of annual turnover and order corrective measures. Failure to comply with the latter can lead to enhanced enforcement, as well as further penalties to induce compliance. Cf. *Commission sends preliminary findings to X for breach of the Digital Services Act, Press Release 12 July 2024*. In recent times, in addition to the moratorium imposed on the TikTok platform by January 2025, there has been news of the intensification of lawsuits against it, both at the federal and state level, for unfair and deceptive practices and violation of the privacy of child consumers: the social network would be designed to induce addiction through the scrolling mechanism with harmful effects both psychological, as physical. On the platform's side, defensive arguments are exposed such as the many initiatives put in place to mitigate these risks and the danger to the freedom of expression of content creators. See S Maheshwari and D McCabe, 'TikTok Faces Barrage of Lawsuits Around Teens and Mental Health. More than a dozen states sued TikTok on Tuesday for creating an app designed to be addictive to children and teenagers' (The New York Times October 8 2024).

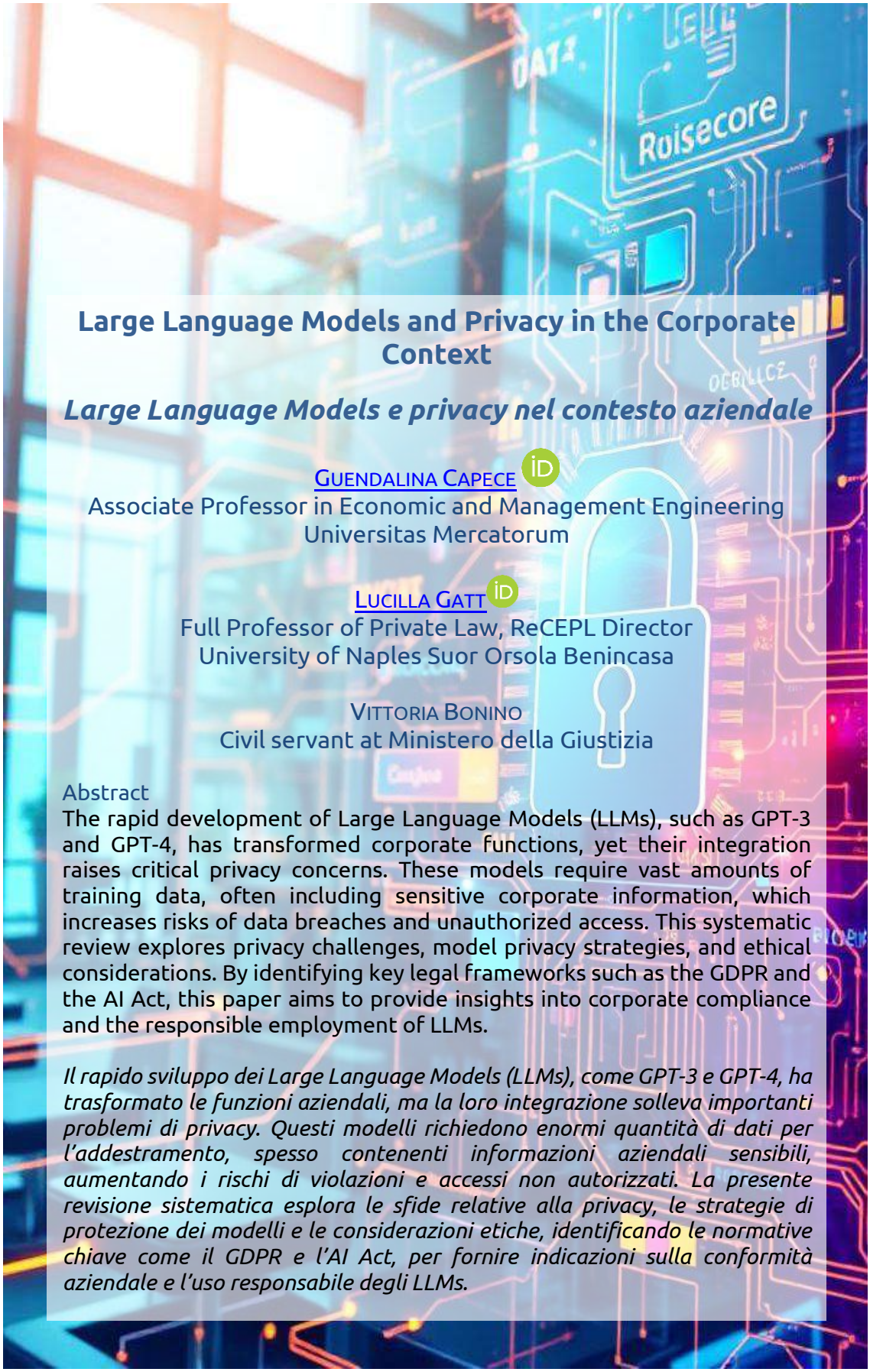
[59] As implied by art. 2 (1), the Directive applies to representative actions brought against such infringements referred to in Annex I (14), including such provisions as transposed into national law, that harm or may harm the collective interests of consumers.

[60] About class actions in the European Union, see D Fairgrieve and R Salim, 'Collective Redress in Europe: Moving Forward or Treading Water?' (2022) 71(2) International and Comparative Law Quarterly 465-479; for a look at tortious liability in EU private law, see G Alpa and M Andenas, *European Private Law* (Pacini editore 2022, 283-285). On representative actions and online damages, see X Kramer and E Silva de Freitas, 'International tech litigation reaches the next level: collective actions against TikTok and Google' (Conflict of laws. Net. Views and News in Private International Law, March 12, 2024) and Id., 'Who can bite the Apple? The CJEU can shape the future of online damages and collective actions' (id. Jan. 18, 2024).

of harmful disinformation for profit purposes. And yet that “catch-all provision”, even if not binding, could be a useful key to understanding the materialization of a public harm especially when there is a persistent breach of duty to cooperate.

Capece G, Gatt L, Bonino V, 'Large Language Models and Privacy in a Corporate Context' (2025) 1 EJPLT.
DOI: https://doi.org/10.57230/EJPLT251GCLGVB

EJPLT
ISSN 2704-8012



Large Language Models and Privacy in the Corporate Context

Large Language Models e privacy nel contesto aziendale

GUENDALINA CAPECE
Associate Professor in Economic and Management Engineering
Universitas Mercatorum

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

VITTORIA BONINO
Civil servant at Ministero della Giustizia

Abstract
The rapid development of Large Language Models (LLMs), such as GPT-3 and GPT-4, has transformed corporate functions, yet their integration raises critical privacy concerns. These models require vast amounts of training data, often including sensitive corporate information, which increases risks of data breaches and unauthorized access. This systematic review explores privacy challenges, model privacy strategies, and ethical considerations. By identifying key legal frameworks such as the GDPR and the AI Act, this paper aims to provide insights into corporate compliance and the responsible employment of LLMs.

Il rapido sviluppo dei Large Language Models (LLMs), come GPT-3 e GPT-4, ha trasformato le funzioni aziendali, ma la loro integrazione solleva importanti problemi di privacy. Questi modelli richiedono enormi quantità di dati per l'addestramento, spesso contenenti informazioni aziendali sensibili, aumentando i rischi di violazioni e accessi non autorizzati. La presente revisione sistematica esplora le sfide relative alla privacy, le strategie di protezione dei modelli e le considerazioni etiche, identificando le normative chiave come il GDPR e l'AI Act, per fornire indicazioni sulla conformità aziendale e l'uso responsabile degli LLMs.

© The author(s) 2025, 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: LLMs; Privacy; GDPR; AI Act; Corporate Compliance; Data Protection

Summary: 1. Introduction. – 2. Methodology. – 3. Results. – 4. Analysis of the Results. – 4.1 Data Privacy Concerns. – 4.2 Model Privacy Concerns. – 4.3 Ethical Considerations. – 4.4 Regulatory and Compliance Issues. – 4.5 Mitigation Strategies. – 5. Conclusion.

1. Introduction.

The evolution of Large Language Models (LLMs) such as GPT-3 and GPT-4 has had a significant impact on various business functions, ranging from customer service to data analysis. However, the integration of LLMs into corporate environments brings with it important concerns regarding information privacy and the huge amounts of data required to train these models, which frequently tend to include sensitive corporate information, thus increasing the risks of data breaches and unauthorised access, and not to be overlooked are the ethical implications of using LLMs, including bias and transparency issues. This systematic literature review aims to examine the privacy implications of implementing LLMs in business contexts. Data privacy concerns, model privacy strategies as well as ethical considerations will be explored, with the aim of providing a comprehensive overview of the current state of knowledge and identifying areas for future research.

2. Methodology.

In order to conduct a comprehensive literature review on the intersection between Large Language Models (LLMs) and privacy in the business context, a systematic approach was followed. The selection of studies was based on criteria defined with the aim of including only relevant research in the field in question and, more specifically, studies were selected that focus on the use of LLMs and their close correlation with the violation of data protection regulations and legislation both at national and European level without neglecting, however, the corporate context in which these tools are increasingly used and employed not only to improve production activities but also to speed up the decision-making processes of employees in the performance of their duties. Thus, peer-reviewed articles, conference papers and normative documents between 2020 and 2024 were selected, while, on the contrary, non-academic studies, such as blog posts and opinion articles, as well as those not directly addressing privacy issues were excluded.

The search was conducted using numerous databases to collect relevant literature, including *Google Scholar, IEEE Xplore, PubMed, Scopus, Web of Science and legal databases such as Westlaw, LexisNexis, the European Journal of Privacy Law & Technologies archive, DeJure and Wolters Kluwer*. The aim was to select the studies starting with the selection of keywords such as Large Language

Models, LLMs, privacy, data protection, business context, GDPR, General Data Protection Regulation, AI ethics, data security, regulation, EU regulation, AI, AI privacy, AI Act, Data Act and Digital Services Act and, to refine the search and ensure a broader coverage of studies related to the topics under study, Boolean operators (AND, OR, NOT), synonyms and alternative terms were used.

For the proper selection of studies, an initial assessment of the titles and abstracts was carried out by identifying potentially relevant and topic-related articles. Only afterwards, a detailed review of the texts of the individual articles was carried out to assess their eligibility on the basis of the previously selected criteria and to eliminate duplicates and irrelevant content accordingly.

3. Results.

A PRISMA guideline system was used as shown in Figure 1. Based on this methodology, in the first phase, 800 records were identified from multiple databases, including legal archives as indicated above. After the removal of duplicates (n = 117) and records marked as ineligible by automated tools (n = 20) and records removed for other reasons (n = 89), 574 unique records remained. consequently, through an initial screening based on titles and abstracts, 527 studies were selected on the basis of a careful assessment of the relationship of keywords, titles and abstracts.

To this end, a detailed analysis of the full texts was conducted, resulting in an evaluation of 444 records, of which 403 studies were excluded for various reasons: insufficient relevance to the topic (n = 138), exclusive focus on technical aspects without in-depth analysis on privacy (n = 56), non-business contexts (n = 75), lack of correlation with LLMs and privacy (n = 33) or irrelevant publication date (n = 101). With reference to the period of analysis used and with reference to the North American and European studies, it can be seen that the largest number of articles was produced in the last two years.

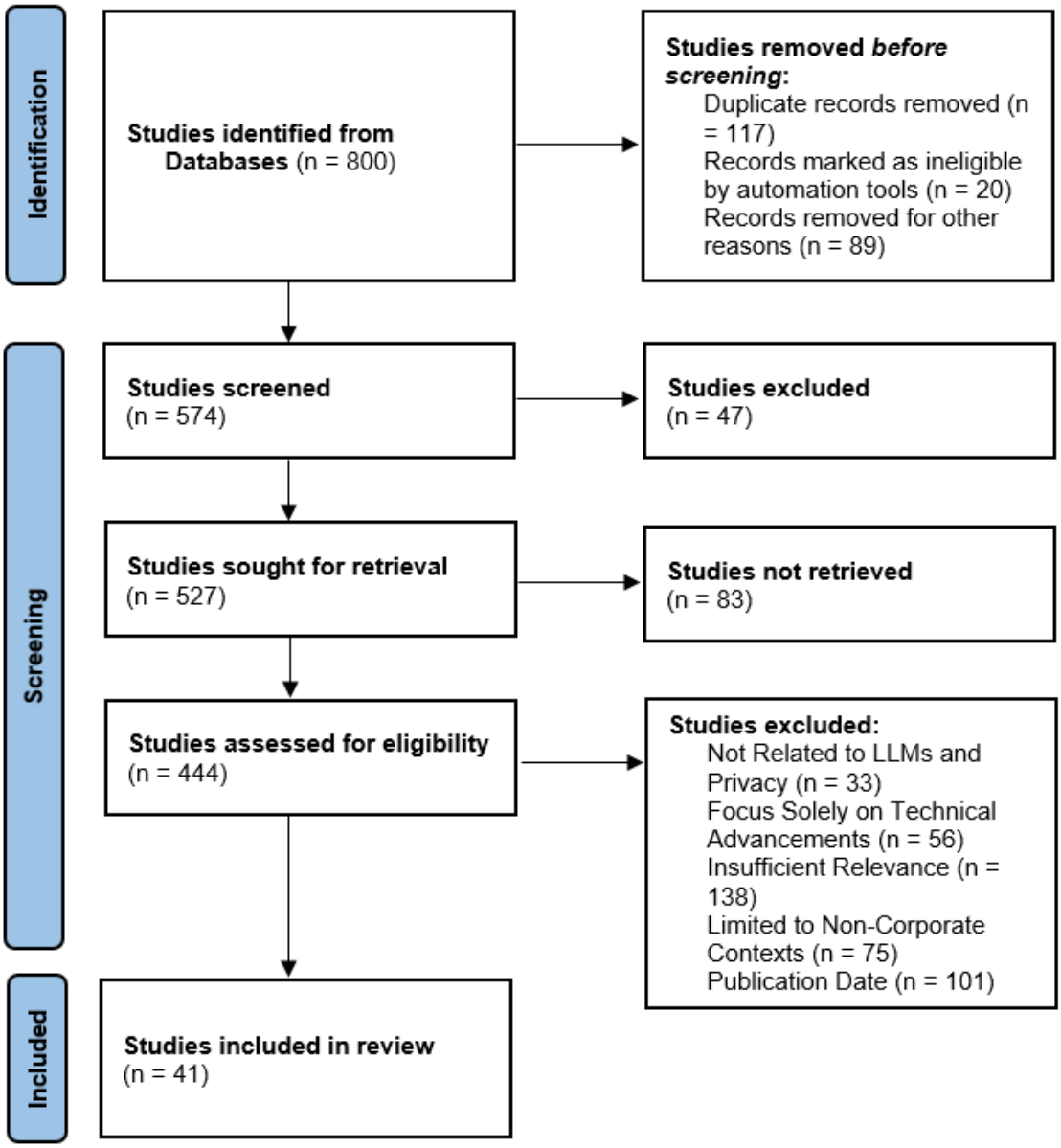


Fig 1: PRISMA flow diagram for new systematic reviews which includes searches of databases

4. Analysis of the Results.

4.1 Data Privacy Concerns.

The protection of data privacy particularly in the implementation of Large Data Models (LLMs) in corporate organisations entails a number of critical issues highlighted in recent literature outlining the complications and vulnerabilities associated with data breaches involving LLMs that produce significant risks in the implementation of such technologies in corporate

contexts.[1] Some authors[2] point out that a concrete risk is unauthorised access to sensitive corporate data used to train LLMs and if not adequately protected, such data could be exposed or misused with potential legal and reputational risks for the company. There is therefore a need to mitigate these risks through the implementation of appropriate security measures, including advanced security measures such as encryption, secure data storage systems and stringent access controls to limit or totally eliminate the danger of data leakage.

According to Authors[3] , corporate organisations should invest in monitoring and detection systems proactively in order to achieve a faster level of detection of such breaches and, in addition, regular audits and compliance checks may be essential to ensure that data protection protocols are aligned with industry standards and current regulatory requirements.

Going further, unauthorised access poses a critical threat in LLMs in corporate environments and, in particular, in large ones where data leakage or misuse can occur more easily due to the presence of a larger number of operators in the technology systems. The involvement of different operators amplifies the possibility of data leakage, particularly sensitive data, as well as illicit access to data used to train LLMs by compromising confidentiality and integrity. [4] Consequently, among the various tools placed in support of organisations is the implementation of systems aimed at catching suspicious activities at an early stage by protecting access to training data and developing increasingly comprehensive security protocols to help companies reduce and mitigate the risk of legal access while also protecting sensitive data through the ethical and legal use of LLMs technologies during their operations. [5] Organisations, in these terms, should also take care to outline and establish clear policies for the collection, storage and application of sensitive data for the training of such technologies as well as develop compliance controls to verify adherence to certain protocols and thereby mitigate the risks of unauthorised exposure or misuse of data.[6]

4.2 Model Privacy Concerns.

Inversion attacks represent one of the most serious threats to data privacy in the development of large language models, as they can compromise sensitive information used in their training. In fact, such attacks aim to extract

[1] L Gatt, IA Caggiano, MC Gaeta, AA Mollo, 'BCI devices and their legal compliance: A prototype tool for its evaluation and measurement' (2022) Proc IEEE Int Conf MetroXRAINE 551- 556.

[2] E Troisi, 'Automated Decision Making and right to explanation. The right of access as ex post information' (2022) 1 Eur J Privacy L & Tech 186.

[3] A Lombardi, 'Data protection regulation and artificial intelligence regulation: relationships, similarities and differences between GDPR and AI Act' (2023) 2 Eur J Privacy L & Tech 242.

[4] SS Yilmaz, HD Seval, 'Mind Over Matter: Examining the Implications of Machine Brain Interfaces on Privacy and Data Protection under the GDPR' (2022) 347 Eur J Privacy L & Tech 349-350.

[5] R Caso, 'Law, policy and economics of technological innovation: 1940, 1980, 2020' (2023) 2 Eur J Privacy L & Tech, 58-59.

[6] Gatt et al, 'BCI devices and their capacity to express human will having legal value' (2022) 1, Eur J Privacy L & Tech 291-292.

sensitive information by exploiting the vulnerable parts of such models[7] by being able to reconstruct parts of the original training data, putting the confidentiality of corporate information at risk.[8]

The use of differential privacy is an effective strategy that could be used to protect both corporate and personal data as it prevents attackers from isolating specific information within a dataset and thus reducing the risk of exposure.[9] In a study on data protection[10] demonstrated the effectiveness of differential privacy by making it a benchmark for training compliance with stringent data protection regulations. The crucial breakthrough of this type of implementation lies in giving stakeholders greater trust while promoting the responsible and safe use of advanced machine learning technologies in business contexts.[11]

4.3 Ethical Considerations.

The adoption of Large Language Models in the business context has also had repercussions in the ethical sphere with regard to bias, transparency and accountability in the use of data. Biases in training data outline an influence in the behaviour of LLMs generating, in most cases, discriminatory outcomes in business processes as well. Recent research has shown how biases in datasets considerably widen inequalities and negatively delineate business decisions. In order to avoid the emergence of biases, proactive measures such as, for example, the curation of diverse datasets, algorithmic audits and continuous monitoring are required to mitigate discriminatory impacts.[12]

Transparency plays a crucial role. Transparent practices can ensure accountability and build trust among practitioners as well as limit concerns about opacity and potential inappropriate use of LLMs' outputs in business environments.[13] However, knowledge of the training process through outputs as well as the decision-making process can be very complex.[14] In fact, assigning responsibility for the outcomes generated by LLMs makes it difficult to determine who is responsible for errors, biases or highly discriminatory

[7] A Di Cerbo, 'La tutela dell' identità nell' ambiente digitale alla luce delle norme europee' (2024) 2 Eur J Privacy L & Tech, Eur J Privacy L & Tech 255-257.

[8] MG Caraceni, 'Digital surveillance technologies. Ethical, anthropological and political issues' (2022) 1 Eur J Privacy L & Tech, Eur J Privacy L & Tech 347.

[9] A Winograd, 'Loose-lipped large language models spill your secrets: The privacy implications of large language models' (2022) 36 Harv JL & Tech, 615-656.

[10] MAK Raiaan et al, 'A review on large Language Models: Architectures, applications, taxonomies, open issues and challenges' (2024) IEEE Access 26839-26874, doi: 10.1109/ACCESS.2024.3365742.

[11] Y Yao et al, 'A survey on large language model (LLM) security and privacy: The good, the bad, and the ugly' (2024) High-Confidence Comput 100211, https://doi.org/10.1016/j.hcc.2024.100211.

[12] S S Yilmaz and Seval, 'Mind Over Matter' (n 4) 347.

[13] U Pagallo, J Ciani, 'Anatomy of Web Data Scraping: Ethics, Standards, and the Troubles of the Law' (2023) Standards 15-17.

[14] S Guida, 'New machine behavior's evolutionary approaches between AI learning, control and ethics promoting cooperative Human-Machine Intelligence' (2022) 1 Eur J Privacy L & Tech 329.

consequences. The solution may lie in the integration of frameworks assigning the degree of responsibility, not only among developers, but also between users and regulators to ensure greater protection in the development of LLMs.[15]

4.4 Regulatory and Compliance Issues.

Currently, the regulation of the use of data in Large Language Models (LLMs) is mainly based on the General Data Protection Regulation (GDPR), as the main European privacy and security regulatory reference. The latter outlines specific requirements for the processing and protection of personal data as it can directly influence how LLMs secure sensitive information.[16]

In recent years, the regulation of AI has found an initial shape in various regulatory sources such as the IA Act and the Digital Services Act (DSA) developed at European level with the aim of controlling the activity of these technologies by structuring a different degree of risk of different intelligences. The AI Act and the DSA were introduced to establish a clear regulatory framework with a preventive security attitude that regulates both artificial intelligence technologies and digital platforms. Consequently, through a preliminary analysis assessing the context of reference, the AI Act sought to regulate the use of AI technologies, including LLMs, establishing the necessary and very stinging requirements for transparency, accountability and human oversight, thus shaping the needs in the various sectors.[17] [18] However, existing regulations remain deficient if overly stringent to address the new challenges posed by LLMs, fuelling insecurities regarding algorithmic accountability, cross-border data flow and the appropriateness of today's rapidly evolving technologies. For example, the GDPR imposes restrictions on the transfer of data out of the EU, but does not explicitly address how LLMs process cross-border information, creating regulatory and legal grey areas.[19] The hope is to address these gaps through legislative updates and collaborative efforts between different industry players to develop comprehensive guidelines that increasingly align with technological advances and ethical considerations surrounding the use and development of such technologies.[20] [21]

Despite the uncertain framework in which both operators and users, including companies, move, the latter could work to limit the damage by

[15] M G Caraceni, 'Digital surveillance technologies' (n 8) 142.

[16] P Konstantina, 'The implications of the General Data Protection Regulation (GDPR) on cross-border data transfer of the companies' (2021) [master's Thesis] Int Hellenic Univ, https://repository.ihu.edu.gr//xmlui/handle/11544/29826.

[17] A Lombardi, 'Data protection regulation and artificial intelligence regulation' (n 3) 215.

[18] A Tartaro, 'Regulating by standards: current progress and main challenges in the standardisation of Artificial Intelligence in support of the AI Act' (2023) Eur J Privacy L & Tech 147.

[19] M Mylrea, N Robinson, 'Artificial Intelligence (AI) trust framework and maturity model: applying an entropy lens to improve security, privacy, and ethical AI' (2023) 25(10) Entropy 1.24, https://doi.org/10.3390/e25101429.

[20] SF Dicorato, M De Pamphilis, 'Stretching the Rules: How Racing Design May Drive the Evolution of the Technological and Legal Environment' (2022) Eur J Privacy L & Tech 169.

[21] R Caso, 'Law, policy and economics of technological innovation' (n 5) 1940.

providing for privacy impact assessments (PIAs) and data anonymisation techniques as well as the integration of privacy by design principles in AI development processes.[22] [23]

4.5 Mitigation Strategies.

The need for the development of advanced technologies therefore arises in order to strengthen the protection of data privacy and models in LLMs' business applications. Methods such as homomorphic encryption, secure multiparty computing and federated learning allow sensitive data to be processed without compromising confidentiality.[24] Authors[25] point out that these techniques allow LLMs to work on encrypted data, reducing the risk of unauthorised access and data leakage.[26] [27] Indeed, more recent research has been concerned with outlining the interactions of LLMSs in cybersecurity by outlining how big data analytics systems improve the ability to detect cyber threats through advanced anomaly detection techniques applied to network logs and attack patterns.[28]

Among the various strategies to limit the outflow of data, companies should focus on establishing strict data governance, perform regular audits and implement stringent access controls.[29] Furthermore, the need to integrate ethical guidelines into AI development cycles should not be overlooked and fostering a culture of responsible data management among employees is crucial to creating a privacy-conscious corporate environment.[30]

5. Conclusion.

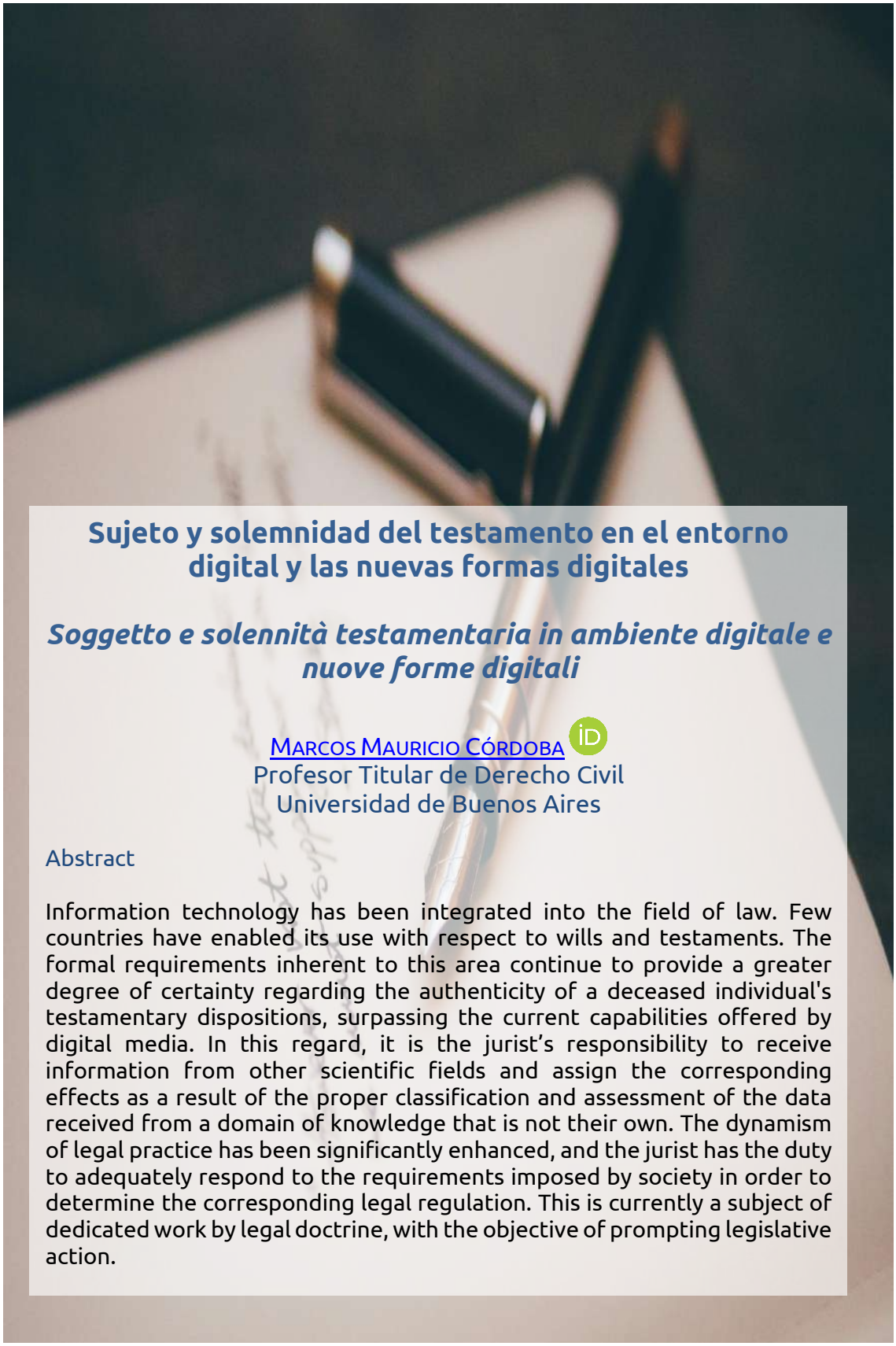
The integration of Large Language Models (LLMs) into businesses is transforming operational and decision-making processes, offering advanced tools for data analysis and business automation. It should not be underestimated, however, that their use raises crucial issues of data protection

[22] S Guida, 'Enisa' s last technical analysis of data pseudonymization advanced measures in data protection and privacy' (2021) Eur J Privacy L & Tech 262.
[23] M G Caraceni, 'Digital surveillance technologies' (n 8) 142.
[24] S F Dicorato and M De Pamphilis, 'Stretching the Rules' (n 21) 169.
[25] A Lombardi, 'Data protection regulation and artificial intelligence regulation' (n 3) 215.
[26] M Hassanin, N Moustafa, 'A Comprehensive Overview of Large Language Models (LLMs) for Cyber Defences: Opportunities and Directions' (2024) Cryptography and Security (cs.CR) 1, https://doi.org/10.48550/arXiv.2405.14487.
[27] S Wairimu et al, 'On the Evaluation of Privacy Impact Assessment and Privacy Risk Assessment Methodologies: A Systematic Literature Review' (2024) IEEE Access 1-26, doi:10.1109/ACCESS.2024.3360864.
[28] N Sharma, EA Oriaku, N Oriaku, 'Cost and effects of data breaches, precautions, and disclosure laws' (2020) 8(1) Int J Emerg Trends Soc Sci 33, doi:10.20448/2001.81.33.41.
[29] A Del Forno, 'Artificial Intelligence in Business Processes Management' (2022) Eur J Privacy L & Tech 119.
[30] R Caso, 'Law, policy and economics of technological innovation' (n 5) 1940.

and ethical responsibility, particularly with regard to the management of sensitive information and the transparency of algorithms. In order to mitigate these risks, it is crucial to adopt advanced data protection strategies, such as differential encryption and anonymisation, as well as to define clear ethical guidelines for the responsible use of LLM. In this way, adequate data protection not only reduces the risk of breaches and information leaks, but also ensures the reliability of LLMs, preventing distortions in models and ensuring greater transparency in decision-making processes. The hope is that future research will focus on the development of more robust regulatory standards and the evolution of ethical practices that allow for the safe and responsible use of LLMs in companies, contributing to a more secure and compliant digital ecosystem with data protection regulations.

Córdoba MM, 'Sujeto y solemnidad del testamento en el entorno digital y las nuevas formas digitales' (2025) 1 EJPLT.
DOI: https://doi.org/10.57230/EJPLT251MMC

EJPLT
ISSN 2704-8012



Sujeto y solemnidad del testamento en el entorno digital y las nuevas formas digitales

Soggetto e solennità testamentaria in ambiente digitale e nuove forme digitali

MARCOS MAURICIO CÓRDOBA
Profesor Titular de Derecho Civil
Universidad de Buenos Aires

Abstract

Information technology has been integrated into the field of law. Few countries have enabled its use with respect to wills and testaments. The formal requirements inherent to this area continue to provide a greater degree of certainty regarding the authenticity of a deceased individual's testamentary dispositions, surpassing the current capabilities offered by digital media. In this regard, it is the jurist's responsibility to receive information from other scientific fields and assign the corresponding effects as a result of the proper classification and assessment of the data received from a domain of knowledge that is not their own. The dynamism of legal practice has been significantly enhanced, and the jurist has the duty to adequately respond to the requirements imposed by society in order to determine the corresponding legal regulation. This is currently a subject of dedicated work by legal doctrine, with the objective of prompting legislative action.

* This article was presented at the ReCEPL Annual Conference "Diritto privato e sviluppo tecnologico sostenibile: le nuove categorie tra Italia e Argentina", 21 October 2024, Università degli Studi Suor Orsola Benincasa.

© The author(s) 2025, 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
La tecnología informática se ha incorporado al derecho. Pocos países lo han habilitado en el ámbito testamentario. Son las solemnidades propias de esta materia las que aún proveen de un mayor grado de certeza de autenticidad del contenido de la voluntad del de cujus en comparación a las que el medio de estas nuevas tecnologías ofrece. Es en esto que le compete al jurista recibir la información de la otra ciencia para adjudicarle los efectos correspondientes, como consecuencia de la debida clasificación y calificación del dato que recibe desde un ámbito del saber que no le es propio. El dinamismo del derecho se encuentra dinamizado y el jurista tiene el deber de responder adecuadamente al requerimiento que la sociedad le efectúa, a efectos de determinar la regulación jurídica correspondiente. En ello trabaja fervorosamente la doctrina en la actualidad, con la intención de motivar al legislador.

Keywords: soleminidades testamentarias; tecnologia; testamento; informatica

Summary: 1. Solemnidades testamentarias.– 2.Tecnología digital. – 3. Tareas del jurista. – 4. La evolución actual. – 5. Testamento e informática. – 6. La Pandemia del COVID 2019 y el derecho. – 7. Ineptitud de la legislación sucesoria frente a la crisis de salud. – 8. Entusiasmo tecnológico. – 9. Otras opiniones. – 10. El derecho sucesorio vigente en Argentina. – 11. Síntesis. – 12. El estado de la cuestión en los países con los que existe mayor transferencia intelectual. – 13. Propuestas de Reforma. – 14. La construcción de la evolución jurídica. – 15. Conclusión.

1. Solemnidades testamentarias.

Las solemnidades testamentarias tienen como finalidad esencial la protección de la voluntad del causante.

Entre los actos formales existen los absolutos, los relativos y los no solemnes. En el tema que nos ocupa, es decir los negocios formales de solemnidad absoluta, referimos aquellos en que la forma es propiamente constitutiva de modo que, de no satisfacerse, el acto es nulo, o como prefieren decir algunos autores, de nulidad total.

Las formas testamentarias admitidas en ordenamientos jurídicos modernos mantienen una disciplina estricta en razón que cotidianamente suceden actos de violación de la intimidad informática y de la alteración en el contenido del material transmitido, tal lo ocurrido cuando un hacker logró infiltrarse en la red de un centro de la NASA con una minicomputadora de 35 dólares de precio, sustrayendo unos 500 megabytes de datos con dos documentos clasificados, uno de ellos sobre registros de la misión Curiosity, de Marte, obligando a la agencia estadounidense a desconectar temporalmente los sistemas de control de los vuelos espaciales del centro afectado, ataque que comenzó en 2018 y tuvo una duración aproximada de un año, con un instrumento que es utilizado principalmente por niños para aprender a codificar .

Lo dicho no implica crear un dique de contención al avance tecnológico, sino la advertencia de que es necesario realizar una comparación entre el valor seguridad como un elemento estable no posible de resignar o permitir que

cuestiones circunstanciales provoquen un salto en la evolución que relaciona la certeza y la tecnología.

2. Tecnología digital.

Nos convoca un Congreso de Derecho destinado a la tecnología. En la actualidad la palabra tecnología es mayormente utilizada en referencia a un amplio sector de investigación compuesto por diferentes disciplinas que tiene como objeto la aplicación y uso de herramientas técnicas, incluyendo conocimiento matemático, informático y científico, que se puede aplicar a la solución de problemas, a la optimización de procedimientos, a la toma de decisiones, a la elección de estrategias y determinación de objetivos. Es posible sintetizar la idea de su contenido como un conjunto de teorías y de técnicas que permiten el aprovechamiento práctico del conocimiento científico, prestando atención a que en el uso vulgar la referencia es a la informática.

Es necesario también determinar cuál es la tarea que nos corresponde realizar a aquellos que nos dedicamos al derecho, el deber del jurista.

3. Tareas del jurista.

Al respecto Mirzia Bianca ha sostenido que la cuestión sobre el deber de la doctrina no está ligada al tiempo y a la evolución de la sociedad, sino a la comprensión de la función y papel del jurista en la sociedad. El derecho y por tanto los escritos de la doctrina no son solo elaboraciones intelectuales cultas y refinadas sino poderosas herramientas para lograr una mejor organización del orden público. intereses del individuo y por tanto de la sociedad. La idea básica de que el derecho es el principal instrumento para la realización de los intereses del hombre y que el hombre está en el centro de todas las elaboraciones doctrinales, es el mensaje. No se trata de recuperar un papel de primacía de la doctrina, en competencia con el de la jurisprudencia y el legislador, sino de comprender que, hoy más que ayer, dada la complejidad del ordenamiento jurídico, los objetivos de justicia, solidaridad e igualdad solo pueden perseguirse mediante un diálogo entre doctrina, legislador y jurisprudencia.

4. La evolución actual.

Alpa ha sostenido que, en determinado momento, los cambios en el mundo del derecho no eran repentinos, sino más bien lentos y majestuosos; estos devenían en traumáticos solo por efecto de las revoluciones o por la alteración de los modelos sociales y de la producción económica. Agrego que hoy en día, nos hemos adaptado a los nuevos ritmos de la vida moderna, a una legislación de urgencia, volátil e imprecisa, a una información (jurídica) transmitida en tiempo real, cambiante y sintética, a una circulación de praxis, modelos y técnicas de dimensión planetaria, a una economía y a tecnologías en continua y rápida transformación, y a menudo nos vemos obligados a encontrar *ad-horas*

la solución a nuevos problemas que se suceden a ritmos acelerados. Asimismo, nos preguntamos sobre los criterios de desciframiento de estos fenómenos: ¿debemos usar las antiguas categorías o crear nuevas? ¿Debemos adaptarnos al cambio o resistir a las innovaciones? Debemos usar el pasado para entender el presente, pero también debemos proyectarnos hacia el futuro. Y, ¿cuál es el futuro que espera al derecho privado?[1]

El derecho, en sí mismo considerado, cambia, se transforma, se adapta como si fuese un organismo viviente, acompañando y facilitando, o contrastando las transformaciones y cambios de las relaciones sociales y económicas. Aparte de su contenido, los propios confines que marcan las divisiones del derecho cambian en el tiempo y en el espacio. Cambian también la terminología, las nociones, el lenguaje del derecho, así como el método de estudio, la función de los protagonistas (el legislador, el juez, el estudioso y el abogado) y la praxis.[2]

El magnífico profesor, pocos años atrás alertaba respecto a una nueva revolución en el pensamiento y la acción humana[3] al exponer que el nuevo milenio ha presenciado una aceleración en el desarrollo de tecnologías que han refinado la ciencia informática. El autor agregaba que el derecho ha tenido que dotarse de nuevas herramientas conceptuales. Los juristas han promovido una reflexión sobre el lenguaje, sobre la interacción hombre-máquina. Cada sistema jurídico nacional ha dado sus primeros pasos en este sector. De ahí el examen de las cuestiones fundamentales que preocupan a los juristas actuales y que dirigen su mirada hacia el futuro.

5. Testamento e informática.

El avance tecnológico ha transformado múltiples aspectos de la vida cotidiana, incluyendo la manera en que las personas manifiestan su voluntad jurídica *post mortem*. En este contexto, se invoca la necesidad de reconocer y regular los testamentos realizados por medios electrónicos. La doctrina y la legislación se encuentran en proceso de adaptación, ofreciendo diversas respuestas normativas y jurisprudenciales.

La transformación digital ha alcanzado a interesar en el ámbito sucesorio, planteando la posibilidad de introducción de nuevas formas de expresar la voluntad *post mortem* a través de medios electrónicos.

Intentaré un breve análisis jurídico-comparado sobre el testamento electrónico en el derecho argentino y en los principales sistemas jurídicos europeos y americanos, abordando sus desafíos.

6. La Pandemia del COVID 2019 y el derecho.

El derecho de la actualidad ha sido vigorosamente influido por las consecuencias de la pandemia del COVID-19. Circunstancia mundial posterior a la redacción y entrada en vigor del Código Civil y Comercial argentino que

[1] G. ALPA, *¿Qué es el derecho privado?*, Zela, Puno 2017, pp. 28-29.
[2] G. ALPA, *¿Qué es el derecho privado?*, Zela, Puno 2017, pp. 27-28.
[3] G. ALPA, *L'intelligenza artificiale in contesto giuridico*, Mucchi Editore, Modena 2021, pp. 7-9.

comenzó su vigencia el 1 de agosto de 2015.

Expresa Irene Coppola que la crisis de salud ha puesto de manifiesto la fragilidad de los seres humanos; destacó la debilidad de los sistemas modernos; dio concreción y énfasis al principio esencial de la solidaridad; ha creado un fuerte impacto en el derecho sucesorio y ha puesto en primer plano la urgencia de recoger las últimas voluntades de los sanos y de los enfermos, todos encerrados y confinados en una dramática soledad. Una reflexión sobre la voluntad privada como valor de un pueblo civil hacia el redescubrimiento, a través de las cuestiones críticas, de un nuevo vigor de la institución, con el estudio del contenido y la búsqueda de nuevas herramientas para la redacción y conservación de la voluntad del causante de la herencia .

La misma autora advierte que, la propia epidemia ha sacado a la luz problemas que la axiología normativa solo podía devaluar. Soledad y sociabilidad, aislamiento y comunicación, privacidad y participación son solo algunos de los sentimientos que han aflorado en sus conflictos que no parecen fáciles de conciliar por la ley.

Al respecto, la profesora Costanza explica que la epidemia nos ha puesto cara a cara con la necesidad de regulaciones exitosas o incluso fallidas, pero necesarias. ¿El después? Es difícil sostener la hipótesis de que pueda establecerse por ley, en la perspectiva de un plan lineal, en presencia de muchas variables, de intereses también conflictivos y tal vez irreconciliables. Lo cual no excluye la importancia de las reglas, pero es necesario plantearse una pregunta sobre ellas. La pregunta debe responderse con reglas que no se pierdan en su aplicación. Esta es la prueba. La epidemia dejará muchas señales y entre ellas, se cree que la realidad guía las leyes, no al revés .

Es en el ámbito de las normas que rigen la forma de la expresión de la voluntad privada donde la tecnología adquiere mayor relevancia en los impulsos en que se intentan modificaciones legales.

Simultáneamente, advierte Sandra Winkler, respecto a que la era digital está provocando profundas transformaciones en la sociedad y, en consecuencia, también cambios significativos en el derecho .

Se ha dicho que "… las circunstancias del presente reclaman de la ciencia jurídica y de sus operadores las reflexiones que aporten herramientas para reafirmar el deber ser, aun ante la preexistencia de reglas del derecho positivo". Tal como sostiene Vettori, solo de esta manera podemos descubrir una correcta función del derecho en una época trágica, cuya historia nos colocó frente a nosotros de repente, con fuerzas devastadoras .

En circunstancias en que la sociedad, como consecuencia de una crisis mundial de salud, requirió del jurista los aportes necesarios provenientes de la ciencia jurídica, las profesoras de derecho lograron unir el conocimiento de Europa y América, combinándolo adecuadamente en una relación de virtudes que a su vez fueron brindadas desde los ámbitos de los diversos saberes descriptos, sustentados todos en estrictos respetos a los valores morales que rigen la conducta socialmente adecuada para lograr la satisfacción universal . Una de las funciones fundamentales del derecho consiste en proveer soluciones específicas a tales problemas, así lo enseña la jurista italiana, Irene Coppola respecto de la necesidad de crear ideas de investigación para la formación del pensamiento jurídico crítico y la progresión social y económica

de los Estados .

7. Ineptitud de la legislación sucesoria frente a la crisis de salud.

Coppola sostiene que el virus que ha invadido la tierra no solo ha puesto de relieve la vulnerabilidad humana, sino que ha descubierto, entre otras cosas, el *vulnus* de la legislación *mortis causa*, ya que, para quienes han sido afectados por la infección mortal, quedó restringida la posibilidad de testar. La misma autora informa que el artículo 609 del Código Civil italiano, presupone la redacción de una forma en presencia de testigos, seres humanos que no pueden asistir en el momento de un contagio muy extendido como el que caracteriza la pandemia de COVID-19. Llegando así a sostener que es necesario que «la tecnología se ponga al servicio de la ley y, por tanto, al servicio de la voluntad del ser humano que no tenga otra posibilidad de expresarla», justificando una "nueva" formalidad que no es mera y simplemente oral, sino que consiste en confiar la voluntad a un sistema de grabación de video que pueda actuar como prueba equivalente al de escritura ológrafa. De no ser así, se produciría un daño grave e irreparable a la conservación y garantía de un bien inconfundible e irrepetible: la última voluntad[4].

Se advierte sobre la ineptitud de la ley vigente para atender las consecuencias de la crisis de salud y en ello ha dicho que no ha sido debidamente custodiada la última voluntad del ser humano encerrada en una "regla o mandato" a fin de permitir la continuación de las relaciones personales y patrimoniales del fallecido, por la vida que continuará para el tiempo posterior a su muerte.

Lo ocurrido con COVID-19 suscito profundas reflexiones encaminadas a configurar una necesaria modernización del ordenamiento jurídico de un Estado de Derecho que, entre las principales tareas de garantía, no puede dejar de tener en cuenta la destinada a asegurar, para todos los ciudadanos, el ejercicio del derecho a hacer un testamento antes de dejar esta tierra[5].

8. Entusiasmo tecnológico.

Tobías, destacado doctrinario argentino, indica que en todo estudio relacionado con las nuevas tecnologías, los avances científicos y el derecho, se efectúan advertencias de que, a la par de las ventajas y las virtudes de los primeros, la magnitud de los riesgos de su empleo para los derechos personalísimos, no solo el de la intimidad – aunque se lo vincule generalmente con él, probablemente por ser el más comúnmente susceptible de ser afectado – sino la vida, la salud, el honor, la reputación, la identidad, la imagen .

Mario Bunge, filósofo argentino del que se sostiene que tiene por meta recomponer la unidad de la ciencia, en una época en la que ésta parece

[4] I. COPPOLA, *La scheda testamentaria in Italia al tempo del Covid-19. È stata tutelatala la funzione sociale del diritto successorio?,* in COVID-19: ambiente, salute e diritti umani (il virus che ha tolto il respiro alla terra), Editoriale Scientifica, Napoli 2020, pp. 33-55.
[5] Ibidem.

mortalmente amenazada por el rapidísimo desarrollo de las especializaciones, expone que «es un lugar común el hecho de considerar que estamos pasando por una revolución técnica tan radical como las iniciadas por la máquina a vapor, el motor eléctrico, las telecomunicaciones y la píldora anticonceptiva, a saber, la revolución informática. Nos hemos habituado a ver solamente los aspectos positivos de esta revolución, tales como la difusión casi instantánea de información, la emergencia de "colaboratorios" científicos, el ahorro en trabajo aburrido y las transacciones comerciales por internet. Sin embargo, la historia tendría que habernos prevenido que toda innovación, sea técnica o de otro tipo, tiene aspectos negativos, así como positivos.

Un motivo de esto, en lo que respecta a la revolución informática, es que no todos están tan bien educados y situados, ni económicamente tan bien dotados, para aprovechar los nuevos medios. Otro motivo es que la www, o red electrónica mundial, amenaza la intimidad (o privacidad, como se dice en espanglés). Baste pensar en todas las empresas y todos los individuos cuyos mensajes no solicitados atiborran nuestras pantallas, porque están ansiosos de compartir con nosotros sus valiosas ofertas y sus ideas geniales. La revolución informática es, pues, tan ambivalente como las revoluciones técnicas anteriores. Esta ambivalencia no presenta problemas a los creyentes en la inevitabilidad y deseabilidad de algunas innovaciones técnicas. Pero debiera dar que pensar a cualquiera que se inquiete por las consecuencias imprevistas y a veces perversas de las acciones humanas . Alpa afirma que debemos acostumbrarnos a la idea de que el jurista debe enfrentarse a un derecho móvil, en el que las pautas encaminadas a proteger los intereses fundamentales y preservar los pilares del estado de derecho permanezcan fijas. Por lo tanto, debemos razonar teniendo en cuenta que, dado que no se puede eliminar la incertidumbre, es necesario establecer hasta qué umbral puede elevarse para no comprometer todo el sistema. Este umbral también es móvil, dependiendo de circunstancias externas, contingencias, eventos .

Es atendiendo a que las nuevas circunstancias se encuentran incididas, no solo por la existencia de un hecho posible, pero de difícil probabilidad como es la crisis de salud, sino también porque la tecnología, en su acepción común actual, ha asistido a ella en la crisis, permitiendo que se cumplieran las finalidades del derecho aún en casos en que ello implicara hacerlas prevalecer sobre ciertas reglas no esenciales. No se trata de que ante la crisis dejen de observarse los objetivos del derecho, sino que la confluencia de la crisis con la estructura jurídica permita sostener las finalidades esenciales. La cuestión es plantearse cuáles de esas flexibilizaciones de las reglas deberán permanecer eficaces y cuáles deberán ser dejadas de lado para retornar a la aplicación de todo aquello que debe subsistir para permitir que el derecho cumpla de manera más eficiente su función de ser un elemento de armonía en la relación inter social. Cuestión que le impone al jurista la tarea de establecer los elementos que busquen certezas aún en aquellos casos en que ello parezca una utopía, ya que, aunque no se logre de manera absoluta esa determinación precisa de consecuencias, al menos se producirá un acercamiento a ellas que habilite una mayor previsibilidad respecto a las consecuencias de los actos jurídicos.

Antes aún de identificar las consecuencias que estos cambios conllevan en los sistemas jurídicos individuales, es necesario reconocer en un nivel abstracto

cómo está sucediendo esta interacción entre tecnología y derecho y cuáles son sus ventajas y desventajas, con la intención de llegar a una distinción entre efectos positivos y negativos.

9. Otras opiniones.

Desde cierta doctrina se sostiene que la tecnología aún no se encuentra en condiciones de brindar la seguridad necesaria que resguarde algo respecto de lo que el derecho ha tomado las mayores precauciones. De hecho, una respuesta contraria implicaría una reordenación continua del marco jurídico existente que podría socavar la seguridad jurídica. Debe darse una interpretación respetuosa de la "digitalización" de los intereses protegidos. Sin embargo, esto no justifica un replanteamiento continuo de las reglas existentes. Frente a un cambio tan dinámico como el que está sucediendo en el presente en la era digital, en lo que a nosotros nos concierne, en el derecho de sucesiones, se correría el riesgo de que la discrepancia entre lo virtual y la disciplina jurídica de los derechos personales ejercidos "en los dos mundos" llegara a ser tal que haría coexistir a disciplinas paralelas.

El impacto de las nuevas tecnologías no debe conducir a una alteración radical de los derechos protegidos. La protección de vinculaciones jurídicas debe garantizarse en el cumplimiento de las finalidades de la normativa vigente que responde a la convicción estándar de la sociedad como consecuencia de la evolución de sus costumbres.

La tendencia a introducir novedades a la disciplina jurídica para cada nueva manifestación de la realidad en el contexto social, especialmente si es resultado de insumos tecnológicos, corre el riesgo de disminuir la función de dar certeza a la consecuencia de los actos.

10. El derecho sucesorio vigente en Argentina.

El Código Civil y Comercial argentino, en vigor desde el 1 de agosto de 2015, se ha estructurado con base en tratados de derechos humanos, atendiendo la protección de los débiles, entre ellos las personas con discapacidad, en el marco de la solidaridad; el respeto de la autonomía de la voluntad; la reformulación de principios de contratación y circulación de bienes; el reconocimiento de nuevas formas de propiedad; la protección de la empresa familiar[6]. En tal construcción, fue esencial la transmisión de nociones jurídicas italianas, fundamentalmente las que son consecuencia de la imposición de solidaridad que resulta del artículo 2 de la Constitución italiana.

A este respecto la reforma creó, en algunos casos, un nuevo orden moral asumiendo para la sociedad argentina una identidad práctica diferente. La instalación de este nuevo orden surge de las prácticas colectivas que la sociedad viene desarrollando y también del atractivo que presentan los diversos enfoques, visiones e identidades de las sociedades y grupos que nos

[6] G. MEDINA, *El derecho de sucesiones y los principios del Código Civil y Comercial*, DFyP, Año VII, Nº 8, septiembre 2015, p. 101.

informan.

Atento el tema que convoca a este congreso, corresponde atender que el nuevo Código argentino ha incorporado dentro del Capítulo de hechos y actos jurídicos una categoría de los que son producto de la aplicación de tecnologías y la informática y su valor legal, arts. 286, 319 y concordantes. Pero ello no ha sido considerado respecto de los que se vinculan con las formas testamentarias. En esto es importante tener en consideración el elemento cronológico. Los textos que dieron origen a las normas del derecho de sucesiones argentino los propusimos en conjunto con el profesor Alberto A.M. Ferrer en el año 2012 y comenzaron a regir como ley el 1 de agosto de 2015. A fines del año 2019 se registraron los primeros casos de COVID y sus consecuencias, entre ellas las producidas al respecto por la doctrina autoral de la materia sucesoria.

11. Síntesis.

Conceptualización del Testamento Electrónico.

Se entiende por testamento electrónico aquel acto de última voluntad otorgado mediante medios digitales, ya sea un documento en formato electrónico, un archivo audiovisual o mediante plataformas de gestión digital de sucesiones. Este concepto plantea interrogantes sobre su validez y reconocimiento en los distintos ordenamientos jurídicos.

Anuncios de ventajas del Testamento Electrónico.

Las ventajas del testamento por medios electrónicos son numerosas y reflejan la necesidad de modernizar el derecho sucesorio frente a la realidad digital.

1. Accesibilidad y facilidad de otorgamiento

• Permite que personas que viven en zonas alejadas o con dificultades de movilidad puedan otorgar testamento sin trasladarse físicamente a una notaría.

• Facilita el otorgamiento para personas que se encuentran en situaciones excepcionales, como durante una pandemia o en contextos de urgencia.

2. Rapidez en la formalización

• La posibilidad de redactar, firmar y registrar un testamento en formato digital agiliza el proceso y reduce los tiempos y costos notariales, especialmente si se implementa con tecnologías como la firma digital.

3. Almacenamiento seguro y respaldo digital

• A través de registros digitales seguros (por ejemplo, blockchain o plataformas notariales estatales), el testamento puede conservarse de manera inviolable y con acceso regulado.

• Evita extravíos, destrucciones accidentales o manipulaciones que pueden ocurrir con documentos físicos.

4. Integración con la vida digital del testador

• Permite incluir disposiciones específicas sobre bienes digitales (cuentas de redes sociales, criptomonedas, dominios web, archivos en la nube), lo que muchas veces no se contempla en testamentos tradicionales.

5. Mayor actualización y flexibilidad

• El testador puede actualizar fácilmente su voluntad mediante un nuevo archivo firmado digitalmente, sin necesidad de rehacer todo el procedimiento notarial físico.

6. Reducción de costos

• A largo plazo, el uso de medios electrónicos puede abaratar los costos notariales y de conservación documental.

12. El estado de la cuestión en los países con los que existe mayor transferencia intelectual.

Italia: Se reconoce el testamento ológrafo y notarial; el testamento electrónico aún no es admitido legalmente.

España: El Código Civil español mantiene las formas clásicas de testamento, pero la Ley Orgánica 3/2018 reconoce la figura del 'testamento digital' en cuanto a disposición de bienes digitales *post mortem*.

Francia: El Código Civil francés reconoce testamentos en formato físico; el testamento electrónico no está regulado, pero hay propuestas doctrinarias para su incorporación.

Estados Unidos: Algunos estados como Nevada, Florida, Arizona y California admiten testamentos electrónicos con requisitos tecnológicos específicos.

Australia: En algunos estados como Queensland, se permiten testamentos informales en formato digital si se prueba la intención del testador.

Canadá: En provincias como Columbia Británica se aceptan testamentos electrónicos informales bajo el principio de intención del testador.

China: Desde 2021 se permiten testamentos electrónicos con soporte sonoro.

México y Brasil: No hay regulación formal, aunque durante la pandemia se aplicaron soluciones tecnológicas transitorias que abrieron el debate jurídico.

13. Propuestas de Reforma.

Quienes con mayor entusiasmo impulsan la habilitación de testamentos electrónicos exponen que:

1. Seguridad Jurídica: Garantizar autenticidad e integridad del documento.
2. Identificación del Testador: Validar de forma cierta la identidad.
3. Almacenamiento Seguro: Crear registros digitales con acceso post mortem.

Propuestas de reforma: Sobre la base de lo anterior se pueden plantear las siguientes propuestas:

- Reformar los Códigos Civiles u otras leyes para reconocer el testamento electrónico.
- Crear un Registro Notarial o Estatal Digital Seguro.
- Unificar criterios a nivel europeo y americano para posibilitar los testamentos transnacionales.
- Desarrollar firmas digitales avanzadas con validación notarial remota.
- Establecer garantías de confidencialidad y disponibilidad del contenido.

Su incorporación no debe implicar el abandono de los principios clásicos del derecho sucesorio, sino su adaptación y adecuada modernización.

14. La construcción de la evolución jurídica.

El reconocimiento del testamento electrónico se anuncia como ineludible en la era digital.

Debe tenerse en consideración que "la evolución jurídica debe constituirse armonizando el estado antecedente del conjunto que compone la estructura jurídica con los elementos que se incorporan sin causar merma al mérito previo".

La cuestión es determinar cómo se compensan los desequilibrios causados por la supremacía de un extremo y no solo en términos de las ciencias sociales sino también en otros.

Algunos autores exponen la necesidad de la búsqueda del equilibrio que requiere de la aplicación de otro extremo, pero opuesto. Es que el equilibrio se logra cuando fuerzas encontradas se compensan destruyéndose mutuamente. Se produce así un contrapeso, contrarresto entre elementos diversos. No obstante, ese contrapeso no es indicativo de funcionamiento adecuado de elementos disimiles si entre ellos no existe una combinación apta para la obtención de una nueva construcción que cause mejora respecto a los elementos precedentes. Considero que esa búsqueda debe proporcionar resultado armónico. Esa composición requiere de ecuanimidad, mesura y sensatez.

La compleja relación de elementos que deben ser considerados con la finalidad de poder aportar en la evolución que a la cuestión indicada en el título del presente le corresponde, exige de un encuadre preciso y por eso resulta útil determinar con exactitud qué significa

15. Conclusión.

La aplicación de la norma moral me indica que son las palabras de la profesora Mirzia Bianca las que deben iluminar el camino que le corresponde construir al jurista "la tecnología al servicio del hombre, fundamentalmente atendiendo a los vulnerables"[7].

"La norma morale esprime un dovere assoluto che l'uomo avverte come necessario a prescindere dalla propria convenienza e dall'altrui giudizio. Alcuni doveri morali sono recepiti e tipizzati dalla coscienza collettiva che dalla generalità dei consociati, e posti a basse dei rapporti di convivenza. Questi doveri designano la morale sociale, che può appunto definirsi come l'insieme dei doveri morali generalmente riconosciuti nei rapporti di convivenza"[8].

La interpretación de las normas debe estar orientada a los valores. La cuestión surge espontáneamente ante el clima generalizado de positivismo

[7] M. BIANCA, su exposición en ReCEPL Annual Conference: Diritto privato e sviluppo tecnologico sostenibile: le nuove categorie tra Italia e Argentina, 21 ottobre 2024.
[8] C.M. BIANCA, *Istituzioni di diritto privato*, 3ª ed., Giuffre, Milano 2022, p. 6

jurídico normativo en el que se encuentra la actual cultura jurídica italiana, orientada a reiterar la clara separación entre derecho y moral. La explicación hay que buscarla en el hecho de que los más altos valores éticos se han traducido en principios socialmente garantizados y, por tanto, en principios jurídicos[9].

Ocurre que la pandemia ha dado impulso y fuerza a nuevas necesidades testamentarias del ser humano, la enfermedad, la infección, el contagio y el aislamiento han obligado al sujeto infectado y también al sano a mantenerse lejos de sus seres queridos[10].

Estas conclusiones no obstan, además, a la advertencia de mesura que se requiere en la elaboración del derecho futuro en la materia. No debo extenderme en esta oportunidad pues no se trata del tema específico, pero sí relacionado. En la actualidad la doctrina discute respecto a las facultades del sujeto del derecho para clausurar post mortem sus contenidos digitales y el otorgamiento de esa facultad es apto para violar porciones reservadas que les corresponde a ciertos y determinados herederos o incluso afectar derechos de acreedores hereditarios.

Lo hasta aquí expuesto, de consideraciones propias y ajenas, me acerca a la conclusión que indica que el proceso hacia la habilitación de la tecnología informática en el ámbito testamentario resulta universalmente irreversible.

Ante ello, el estudioso del derecho debe cumplir la función que impone la determinación de las consecuencias jurídicas atribuibles. Por ello el estado tecnológico obliga a advertir que las solemnidades del sistema establecido en origen respecto de las testamentarias aún proveen de mayores certezas en cuanto al respeto a la voluntad del *de cujus*, que el que proponen quienes resultan ser los más fervientes impulsores de la incorporación de la tecnología informática al ámbito testamentario.

Ello no indica que las ideas de éstos últimos deban ser descartadas, por el contrario, deben ser respetadas y considerarse que la incorporación al ámbito del derecho positivo de su habilitación testamentaria debe producirse, pero tan solo en la medida en que no merme la seguridad.

Debemos tener en cuenta que las personas testan, generalmente, en una edad avanzada, donde su aptitud de dominio del medio informático resulta disminuida, es decir, en general la persona que testa es vulnerable en el uso de la tecnología informática.

Es frecuente que los correctores de estilo u ortográficos modifiquen lo que la voluntad quiso escribir y que ello no sea oportunamente advertido por el autor del texto, dada su fragilidad de aptitud en el uso de esta tecnología específica.

También es cierto que pericias realizadas sobre los textos son aptas para la determinación certera de la producción de cualquier modificación en los textos, como consecuencia del funcionamiento del elemento técnico que haya modificado lo que en origen insertó el autor.

---

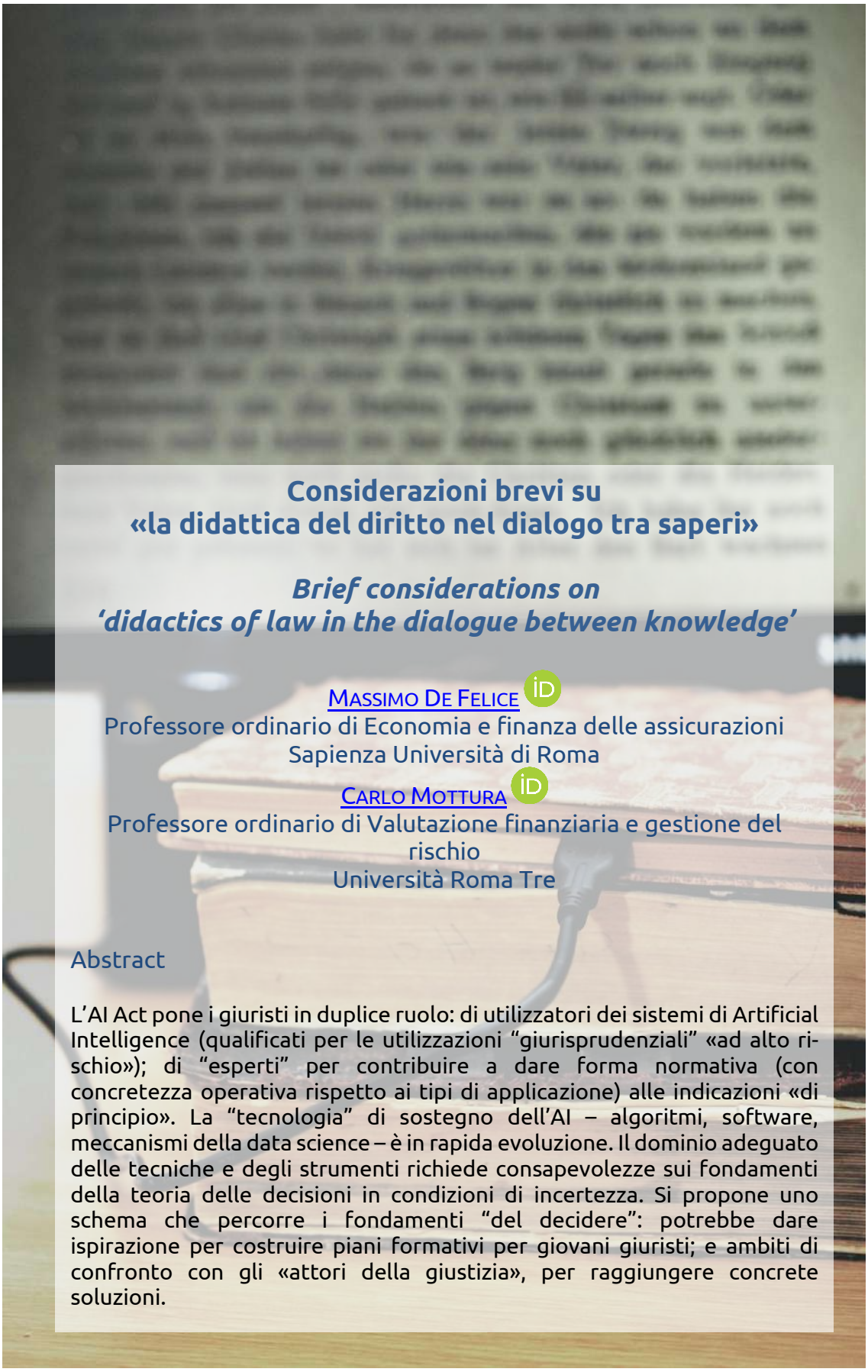
[9] C.M. BIANCA, *Realtà sociale ed effettività della norma*, G. Giappichelli Editore, Torino 2023, pp. 25-28.

[10] I. COPPOLA, E*ffetto della pandemia sulla cultura testamentaria in Italia e notazione sul contenuto, sulla scrittura e sulla conservazione del testamento olografo. Verso una buona pratica del diritto successorio?,* en M. M. CÓRDOBA (coord.), *Crisi pandemica e suo impatto sul sistema socio-giuridico-economico e culturale delle nazioni*, Editoriale Scientifica, Napoli 2022, pp. 71-74.

Por lo tanto, en un progreso del derecho frente a esto, podrían ser convalidados todos los textos testamentarios informáticos que den certeza de su inalterabilidad de origen.

De Felice M, Mottura C, 'Considerazioni brevi su «la didattica del diritto nel dialogo tra saperi»' (2025) 1 EJPLT.
DOI: https://doi.org/10.57230/EJPLT221MDFCM

EJPLT
ISSN 2704-8012



Considerazioni brevi su «la didattica del diritto nel dialogo tra saperi»

Brief considerations on 'didactics of law in the dialogue between knowledge'

MASSIMO DE FELICE
Professore ordinario di Economia e finanza delle assicurazioni
Sapienza Università di Roma

CARLO MOTTURA
Professore ordinario di Valutazione finanziaria e gestione del rischio
Università Roma Tre

Abstract

L'AI Act pone i giuristi in duplice ruolo: di utilizzatori dei sistemi di Artificial Intelligence (qualificati per le utilizzazioni "giurisprudenziali" «ad alto rischio»); di "esperti" per contribuire a dare forma normativa (con concretezza operativa rispetto ai tipi di applicazione) alle indicazioni «di principio». La "tecnologia" di sostegno dell'AI – algoritmi, software, meccanismi della data science – è in rapida evoluzione. Il dominio adeguato delle tecniche e degli strumenti richiede consapevolezze sui fondamenti della teoria delle decisioni in condizioni di incertezza. Si propone uno schema che percorre i fondamenti "del decidere": potrebbe dare ispirazione per costruire piani formativi per giovani giuristi; e ambiti di confronto con gli «attori della giustizia», per raggiungere concrete soluzioni.

© The author(s) 2025, 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
AI Act places jurists in a dual role: as users of artificial intelligence systems (qualified for high-risk legal applications); as experts helping to give normative form to principles (with operational specificity in terms of types of application). The technology supporting AI – algorithms, software, data science mechanisms – is evolving rapidly. Proper management of techniques and tools requires an awareness of the foundations of decision theory under uncertainty. A schema is proposed that runs through the foundations of decision-making: it could provide inspiration for building curricula for young jurists; and areas for discussion with stakeholders in the justice community to reach effective solutions.

Keywords: law education; decision making; uncertainty; probability; data science; AI act; machine learning; process management

Sommario: 1. Premessa. – 2. Avvertimenti non recenti, per una didattica (del diritto). – 3. Itinerario di parole, per scandire un percorso culturale (e formativo). – 4. Approfondimenti tematici, sui nodi del grafo. – 5. Annotazioni.

1. Premessa.

Queste considerazioni poggiano sull'esperienza (fascinosa) dei «Seminari Leibniz per la teoria e la logica del diritto». Ci fu dialogo tra giuristi e "praticanti" di finanza matematica e teoria delle decisioni. La partecipazione a quell'«incontro intellettuale» portò (ai "praticanti") lettura di nuovi testi e conoscenza di nuove problematiche; aprì un percorso di dialogo che continua (sui temi dell'Artificial Intelligence, l'AI).

Si trovarono inaspettate concordanze sull'individuare questioni di metodo rilevanti, sui «nessi storici e logici»: importanza dell'astrazione e della «tecnica di trattamento» delle informazioni, sul valutare i "fatti", sulla precisione del linguaggio, sul ruolo dei «metodi d'indagine», sul ruolo essenziale della probabilità, sugli «schemi normativi», addirittura sul riferimento a Hume [1][1].

Il dialogo continua per precisare parole e metodi, per fronteggiare nuovi sviluppi tecnici e tecnologici, sui modi del fare.

Queste considerazioni riprendono i risultati e sviluppi di quell'esperienza[2]. Delineano collegamenti tra parole-chiave e frasi che potrebbero dare corpo a itinerari di approfondimento (a un corso? per giovani giuristi) sui fondamenti "del decidere", con lo stile della didattica "per problemi". È un'ipotesi progettuale per avviare un percorso che dia qualificazione – linguaggio e strumenti – all'AI actor (iniziando dall'università per eventualmente estendere ai gruppi delle professioni [2]).

2. Avvertimenti non recenti, per una didattica (del diritto).

Un'università ardita – Da anni si auspica «una nuova e diversa figura di

[1] I numeri tra parentesi quadre identificano il rimando alle "annotazioni".
[2] Motivazioni e traccia della linea argomentativa di queste considerazioni sono state presentate alla "Giornata di studi su *La formazione del giurista e il potere degli algoritmi*", Roma, LUISS, 18 novembre 2024.

avvocato […] un tecnico del diritto, un membro […] della *struttura tecnocratica della società industriale*. Questa società chiede all'avvocato una *prestazione* tecnica, che confluisce, insieme con altre (di economisti, aziendalisti, esperti finanziari o di mercato) nell'*unità della decisione* imprenditoriale»: c'è bisogno di «un'università audace e sensibile»[3].

Fu auspicio che anticipava il progetto della «legal alchimy», rimasta – purtroppo – ridotta a come realizzare un buon parere tecnico, come giudicarlo e utilizzarlo, nell'azione di giudici, e di legislatori, e di burocrati; senza arrivare all'integrazione dei saperi [3].

Difendere l'anti-disciplinarietà – Per soddisfare l'esigenza di «*unità della decisione*», una forma debole ma efficace di integrazione dei saperi può essere conquistata con l'attitudine «anti-disciplinare».

L'atteggiamento anti-disciplinare prescrive di uscire dal proprio dominio culturale e costruirne uno nuovo comune, per la collaborazione operativa, seguendo l'indicazione di Norbert Wiener: appropriarsi di conoscenze rigorose disciplinari, ma essere poi capaci di lavorare negli "spazi di confine" tra discipline (là dove è necessario situarsi per la risoluzione del problema) [4].

La probabilità, via preferenziale – Scriveva Ascarelli: «[n]onostante il largo ricorso al concetto di probabilità nel diritto attuale esso non risulta approfondito dai giuristi»[4]. Sebbene di probabilità già si leggeva, nei primi dell'Ottocento, addirittura nel titolo di un pregevole saggio giuridico (*Principj del codice penale e logica de' probabili*), ove si diceva anche delle «lunghissime dispute che si son agitate ne' tempi addietro» su quel termine[5].

3. Itinerario di parole, per scandire un percorso culturale (e formativo).

Quali parole – Si può provare a organizzare i fondamenti "del decidere" costruendo una tassonomia (grafo) di "parole-chiave e frasi" (nodi), collegate (con archi) per dipendenza logica e/o operativa, su cui trascegliere percorsi culturali (semi-autonomi – per via di intersezioni funzionali – tra loro collegati).

I termini primari (nodi, segnalati dalla marca ▪) sono specificati da "descrittori" tra parentesi quadre.

Sono individuati dodici nodi:

▪ incertezza [logica del certo, logica dell'incerto, causalità, possibilità];

▪ modello [astrazione, parsimonia, formalizzazione];

▪ informazione [generale, specifica (← rilevanza), dati (← *cross-section*, serie storica, *training data development*, *data labeling*, *data quality*: correttezza, completezza)];

[3] N. IRTI, *Profilo dell'avvocatura nella società industriale*, in *Giust. Civ.*, 1984, II, 323; anche in N. IRTI, *Scuole e figure del diritto civile*, Milano, 2002, 474-475, 478.

[4] T. ASCARELLI, *Hobbes e Leibniz e la dogmatica giuridica*, in T. HOBBES, *A dialogue between a philosopher and a student of Common Laws of England*, G.W. LEIBNIZ, *Specimen quaestionum philosophicarum ex iure collectarum – De casibus perplexis – Doctrina conditionum – De legum interpretazione*, Milano, 1960, 60, nt. 181.

[5] Il saggio è di Francesco Mario Pagano; la citazione è ripresa dall'edizione del 1828, pubblicata col titolo *Principj del codice penale e logica de' probabili. Per servire di teoria alle pruove nei giudizj criminali. Opera postuma con alcune note*, Napoli, Da' Torchi di Raffaello di Napoli.

▪ probabilità [previsione di un evento (← «quota di scommessa»), di un numero aleatorio, qualità della previsione (← *scoring rules*); inferenza (← *bayesianism*)];

▪ decisione [norma, schema normativo (← obiettivo, vincoli), dalla previsione alla "predizione", convenzioni, media di opinioni e non media di decisioni; *agire imprenditoriale*; *Corporate Technologies*];

▪ rischio [criteri di quantificazione, convenzioni nella pratica finanziaria];

▪ algoritmo [formula di calcolo, successione di formule, organizzazione di un procedimento "per passi", anche i «nomodotti […] *procedure produttive di leggi*», «algor-etica», trasparenza, consapevolezza];

▪ intelligenza artificiale (← *machine learning*), sistemi «ad alto rischio», contrappeso all'intelligenza artificiale];

e poi sulla strumentazione (logica e fisica):

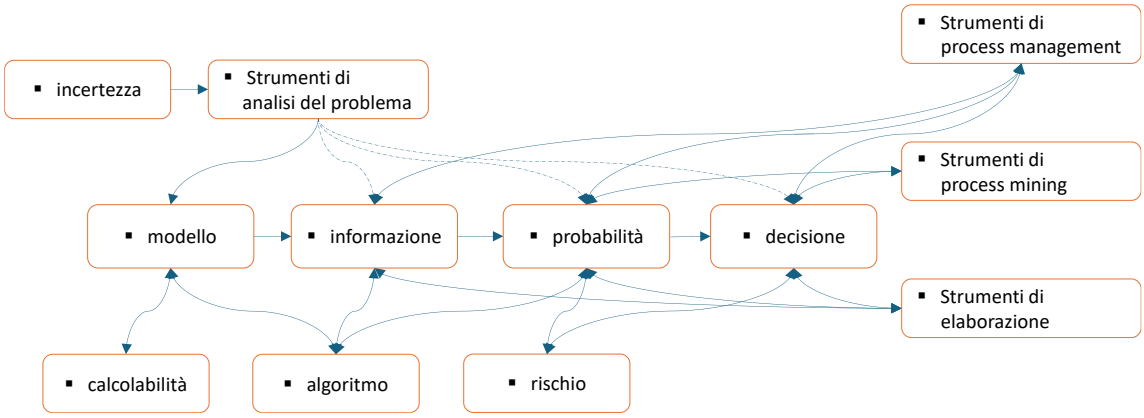
▪ strumenti di analisi del problema [il *calculemus* di Leibniz, la «macchina di carta» di Turing, l'«euristica» di George Pólya, linguaggio «operazionale»];

▪ strumenti di elaborazione [*database* (← architetture dei dati), *stored procedure*, *computer* (← *high performance computing*)];

▪ strumenti di *process management* [formalizzazione dei "flussi di lavoro", nodi di elaborazione, localizzazione dello *human-in-the-loop* (autorizzazioni a fare: soggetto-ruolo-azione-risorsa)];

▪ strumenti di *process mining* [*event logs* per verifica di conformità alle norme, allo schema decisionale normativo].

Collegamenti tra termini – La struttura "a grafo" (rappresentata nella figura) istituisce una possibile rete di collegamenti tra nodi.



Grafo per una sperimentazione del dialogo

Si hanno quattro nuclei principali: modello-informazione-probabilità-decisione (la traccia centrale del grafo).

L'ambientazione è data dalla "condizione di incertezza"; lo stile di analisi è "per problema". Le altre etichette denotano ambiti di approfondimento, con contenuti specifici in funzione dei collegamenti. Oltre a un percorso "completo" (da modello a decisione), possono essere percorsi itinerari "parziali", su sottoinsiemi di nuclei. Definito il problema e il nucleo di ingresso, si seleziona l'insieme dei descrittori (che restano d'interesse).

Il nodo *probabilità* (giustificato dall'incertezza) mantiene un condizionamento pervasivo sulla fisionomia degli altri nodi da percorrere; il nodo *decisione* sintetizza completamente lo «schema normativo» del decidere, potendo essere esteso a comprendere (come sotto-processo) il ramo dell'inferenza, per gestire l'«additional information» (utilizzando la "regola di Bayes") [5].

Relazioni col dibattito giuridico – Quelle della rete sono tutte parole, primarie e descrittori, che ricorrono (in modo esplicito, alcuni implicito) nel dibattito giuridico; e spesso richiedono di scendere in un "sottosuolo" di metodi ampio e profondo, e meritano precisazioni.

Il descrittore "serie storica" è a sostenere la problematica dei precedenti (sul ruolo dei precedenti – per prevedere l'esito della sentenza – è stato richiamato il concetto statistico di "mucchio"[6]). Le premesse generali alla rilevanza giuridica: «mezzi rilevanti per un fine», «elementi rilevanti per un giudizio» perfettamente delineano alcuni principî dello schema normativo di decisione[7]. L'importanza data all'astrazione nella costruzione del modello interpretativo si conferma nel ruolo della fattispecie. L'aspettativa di un numero aleatorio è strumentale al calcolo dei valori monetari attesi (problema richiamato elegantemente da De Nova col riferimento a un «celebre scritto di Calamandrei del 1931»[8], e da Bruno Leoni per la definizione da dare al «*giusto prezzo* delle *chances*»[9]). L'algoritmo entra nel contratto: dice una sentenza che il contratto di sottoscrizione di un derivato dovrebbe arrivare a definire il «modello matematico di *pricing* condiviso *ex-ante* dall'intermediario e dal cliente», per garantire la valutazione "*mark-to-market*"; si dovrebbe far riferimento agli «scenari probabilistici» per elicitare i profili di rischio[10]. C'è poi la vaghezza operativa che pesa sull'espressione «ragionevole probabilità» (rilevante per decidere l'«inammissibiltà all'appello»); e su «probabilità qualificata» e su «requisito di elevata probabilità che integra il nesso causale»[11]: come si valuta la probabilità? Qual è la soglia di "ragionevolezza" o di "qualificazione"?

Preliminare è la definizione «operazionale» dei termini, per conquistare precisione, evitare ambiguità che spesso offuscano il dibattito [6]; e per orientarsi – leggendo le sentenze – in quella che è stata definita una «valle di Giosafat linguistica» [7].

La preoccupazione di Gadamer può acquistare (almeno in particolari ambiti) valenza positiva di auspicio: che «l'istanza mediatrice del mondo dei computer» porti a «un codice che erigerà una barriera per la facoltà linguistica, imponendo le sue regole rigide con la violenza di una macchina» (ove *codice*

[6] B. DE FINETTI, *Teoria delle probabilità*, Torino, 1970, 569-570.
[7] N. IRTI, *Rilevanza giuridica*, in *Jus*, 1967; poi in N. IRTI, *Norme e fatti. Saggi di teoria generale del diritto*, Mlano, 1984.
[8] G. DE NOVA, *Lo stato di informazione circa le future sentenze finanziarie*, in Carleo, A., (a cura di), *Calcolabilità giuridica*, Bologna, 2017, 66.
[9] B. LEONI, *Norma, previsione e "speranza" nel mondo storico*, 1943, nt. 4; anche in B. LEONI, *Scritti di scienza politica e teoria del diritto*, 2009, 234-236.
[10] Sentenza della Corte d'Appello di Milano, 3459/2013, pag. 15.
[11] Le espressioni sono nella Sentenza della Cassazione Civile, 12 ottobre 2012, n. 17438 – uso di telefoni nel corso dell'attività lavorativa e patologia tumorale.

assume piena forza se inteso nell'accezione che ha nel linguaggio speciale dell'informatica)[12].

Linguaggio comune vs *linguaggio speciale* – In molti casi l'"uso comune" del termine deve essere revisionato per ben fondare e rispettarne il profilo tecnico. Un caso emblematico è dato dal termine *rischio*: nel linguaggio comune (ne *Il dizionario della lingua italiana*, di De Mauro) si definisce rischio la «possibilità prevedibile di subire un danno, un evento negativo, un inconveniente, una perdita e sim., come conseguenza del proprio comportamento o di difficoltà oggettive; circostanza o evento a cui è connessa tale possibilità, situazione critica in cui ci si trova»; nel linguaggio speciale (tecnico) con rischio si deve intendere «la possibilità che si verifichi qualcosa che abbia effetto sugli obiettivi»; il rischio quindi «è misurato in termini di conseguenze e di probabilità […] può comportare effetti sia positivi che negativi»[13].

4. Approfondimenti tematici, sui nodi del grafo.

Una primazia culturale da sfruttare – Centrare il progetto culturale sulla probabilità sfrutta una storia illustre della cultura italiana.

È una storia che si può fare iniziare negli anni Trenta del secolo scorso, col *probabilismo* di de Finetti [8]; procede nel vasto dibattito internazionale su fondamenti e metodi; si conferma efficace e innovativa nelle applicazioni a casi concreti: all'economia, alla finanza, alla gestione dell'impresa e delle istituzioni[14]; il quadro metodologico "definitivo" è in un libro che è stato giudicato «uno dei più grandi libri al mondo», un libro «about life», «un libro che nessuna università dovrebbe ignorare», e prezioso anche per i politici («sarebbe bello – è una speranza vana? – vedere i politici con un approccio assennato verso l'incertezza; sarebbe un dono del cielo se essi potessero apprezzare la differenza tra predizione e previsione»)[15].

È un libro sul quale – per temi, precisione operazionale del linguaggio, avvertenze – sarebbe auspicabile aprire un confronto tecnico anche nelle facoltà di giurisprudenza con gli studenti, con i giuristi: per riprendere antiche intuizioni e disciplinare più recenti dibattiti.

Per il disciplinare il "*reasoning under uncertainty*" (nel processo penale), al *probabilismo* di de Finetti si rimanda, riconoscendo «la formulazione (davvero preziosa anche per il giuristi) della moderna interpretazione soggettiva della

[12] H-G. GADAMER, *Linguaggio*, Roma-Bari, 2005, 68 (testo della conferenza *Grenzen der Sprache* tenuta nel 1984).
[13] International Actuarial Association, *A global framework for insurer solvency assessment*, 2004, 26.
[14] M. DE FELICE, F. MORICONI, *Le idee di de Finetti sui fondamenti e sull'organizzazione dei processi decisionali, sui computer, e sulla riforma della pubblica amministrazione*, La Matematica nella Società e nella Cultura – Rivista della Unione Matematica Italiana, vol. 8, II, 2015.
[15] Giudizio e auspicio sono di David Lindley (anch'egli illustre probabilista e statistico); si legge nella *Foreword*, all'edizione inglese della *Teoria della probabilità*: B. DE FINETTI, *Theory of probability*, I, New York, 1974, vii-ix.

probabilità»[16]. Ampi riferimenti al probabilismo (e al *bayesianism*) si ritrovano in dibattute problematiche della "forensic science"[17].

L'"analogia", per precisare una tesi – La tesi: è la concezione "totalitaria" del soggettivismo («la simmetria di un dado, la conoscenza di una frequenza osservata, non dànno luogo di per sé alla definizione di probabilità […], ma sono elementi di giudizio che ogni individuo vaglierà […] agli effetti del suo giudizio da cui scaturisce l'unica probabilità esistente in tutti i casi: la probabilità soggettiva»). L'"analogia": «[i]l tentativo di erigere a teorie la diretta grossolana utilizzazione di elementi obiettivi equivale all'idea di considerare come un verdetto il parere tecnico di un perito. È logico invece che sussista ben netta la divisione di competenze e attribuzioni: i periti forniscono dati di fatto ed elementi di giudizio, ma è solo la corte che, utilizzandone e coordinandone come meglio crede le risultanze, valuta e decide.»[18].

Su "giustizia predittiva" – Il raffinato slogan «previsione non è predizione» (sintesi estrema del *probabilismo*) è premessa metodologica fondamentale: va chiarito che, in condizioni di incertezza, non ci si propone di indovinare nulla, si riconosce – semplicemente e coerentemente – che l'incerto è incerto.

Il termine "predizione" (e quindi "predittivo" associato a "giustizia") è forse cedimento ricorrente alla traduzione per assonanza del *prediction* inglese. Popper precisa introducendo il termine *prophecy* («I shall call such a prediction [la predizione] a 'prophecy'»[19]). Il termine *prediction* di un numero aleatorio X non può quindi che essere tradotto con previsione di X, e inteso come "valore atteso", o "aspettativa", di X; cioè, tecnicamente, come media della distribuzione di probabilità di X. D'altra parte, la notazione $E(X)$, generalmente usata per indicare questa previsione, evoca la "e" di *expectation of* X.

La ricorrenza di "predizione" (e "predittivo"), nella letteratura giuridica (ove tradizionalmente pregevole è la precisione linguistica), lascia l'impegno alla verifica di appropriatezza rispetto al contesto (per fugare il dubbio del malinteso tecnico, che escluda il profilo probabilistico).

In un libro spesso citato (ma poco emendato) – scrivendo di giustizia digitale – si risponde con ambigue oscillazioni tecniche alla domanda «una funzione predittiva?»; auspicando peraltro «un nuovo approccio: diritto e matematica» (anche qui oscillando tra «paradigma determinista della prevedibilità», e «le previsioni e le correlazioni»)[20].

In altro testo, in alcuni punti, si emenda: l'espressione «predizione automatica» viene esplicitata chiedendo «quale decisione futura è maggiormente probabile?»; e poi si precisa: «un sistema "predittivo", o anzi

---

[16] G. CANZIO, *La motivazione della sentenza e la prova scientifica: "reasoning by probabilities"*, in G. CANZIO, L. LUPÁRIA DONATI (a cura di), *Prova Scientifica e Processo penale*, Milano, 2022, 5.

[17] Un caso: F. TARONI, P. GARBOLINO, A. BIEDERMANN, C. AITKEN, S. BOZZA, *Reconciliation of subjective probabilities and frequencies in forensic science*, in *Law, Probablity and Risk*, 2018, vol. 17.

[18] B. DE FINETTI, *La nozione di evento*, Atti del Congresso di Metodologia 17-20.12.1952, Torino, 172-173.

[19] K.R. POPPER, *The Poverty of Historicism*, London, 1957, 43.

[20] A. GARAPON, J. LASSEGUE, *Justice digitale. Révolution graphique et rupture anthropologique*, Paris, 2018; edizione italiana: A. GARAPON, J. LASSEGUE, *La giustizia digitale. Determinismo tecnologico e libertà*, Bologna, 2021; la domanda è il titolo del capitolo ottavo; per «diritto e matematica» v. 93-95.

previsionale», sino a utilizzare "predizione" sinonimo di "elicitazione" (*elicitation of probability*): sostenendo che «il sistema predirebbe la probabilità»[21].

Finalmente esplicita, anche nella letteratura giuridica, si legge della necessità «innanzitutto di abbandonare il suggestivo binomio "giustizia predittiva", che rimanda più a una sfera di cristallo […] che all'esercizio della funzione giurisdizionale, e di sostituirlo con la più appropriata nozione di "prevedibilità" delle decisioni»[22].

Calcolabilità – La "calcolabilità", nella forma più preziosa, sintetizza la condizione che permette, nella situazione di incertezza, di rappresentare «immagini di futuro»: probabilità di eventi, distribuzioni di probabilità di numeri aleatori (avendo, col modello, individuato i fattori che portano l'incertezza, i *risk driver*). È sulla valutazione delle probabilità che, in generale, si fonda il giudizio, si prende la decisione (il sì o il no, fare o non-fare) .

Anche l'esito di una sentenza può essere calcolabile (nel senso di attribuire una probabilità al multi-evento esito); il diritto diventa «incalcolabile» (o l'esito del calcolo inaffidabile) quando viene meno lo schema normativo (fondante il modello) perché «la calcolabilità esige un diritto formale, che si appoggi a fattispecie ed a giudizi sussuntivi»[23].

Pericolose associazioni – L'"euristica" caratterizza, nel grafo, il nodo "strumenti di analisi del problema".

A causa di una lettura semplificata e del titolo di un articolo molto citato, l'"euristica" è stata associata alle "anomalie" rilevate dal *behaviourism*[24].

Si diagnostica che i soggetti (decisori) non sempre sono capaci di analizzare in modo coerente le situazioni in condizione di incertezza, e non dispongono di risorse computazionali adeguate per svolgere i calcoli richiesti dai modelli di decisione; percorrono perciò «scorciatoie mentali (*heuristics*); cedono alle «illusioni cognitive» (errori del pensiero intuitivo): l'«effetto inquadramento», l'avversione alle perdite, il «condizionamento iniziale», i «conti mentali», la «vista breve».

Le analisi di laboratorio di Vernon Smith hanno affiancato alla «razionalità costruttivista» (sostanzialmente normativa) la «razionalità ecologica», portando in primo piano il ruolo dell'ambiente[25].

Sono tutti risultati interessanti (come lo è il folklore); in casi particolari hanno aiutato a definire norme meglio-applicabili (Vernon Smith cita a esempio la *uniform price double auction*); difficile però attribuire loro validità generale: le rilevazioni sono da gruppi di individui "occasionali" (in genere studenti), i questionari sono spesso ambigui, gli esiti non decisivi (in alcuni casi

---

[21] G. SARTOR, *L'intelligenza artificiale e il diritto*, Torino, 2022, 135 - 137.
[22] M.G. CIVININI, *Nuove tecnologie e giustizia*, QG-Questioni di giustizia, 19 dicembre 2023, v. in particolare 12.
[23] N. IRTI, *Un diritto incalcolabile*, Torino, 2016, 15.
[24] L'associazione (da evitare) è stata inaugurata da Tversky e Kahneman con l'articolo *Judgment under Uncertainty: Heuristics and Biases*, pubblicato su *Science* [New Series, Vol. 185, No. 4157 (Sep. 27, 1974)]. È diventata usuale anche nelle "guide" e nei manuali (si ritrova, a esempio, in G. PASCUZZI, *Il problem solving nelle professioni legali*, Bologna, 2017, 39; e in C. BONA, R. RUMIATI, *Psicologia cognitiva per il diritto. Ricordare, pensare, decidere nell'esperienza forense*, Bologna, 2013, v. in particolare 151).
[25] V. L. SMITH, *Rationality in Economics. Constructivist and Ecological Forms*, New York, 2008; edizione italiana: V. L. SMITH, *La razionalità nell'economia. Fra teoria e analisi sperimentale*, Torino, 2010, 33, 38, 345.

l'andamento delle osservazioni – sperimentazioni – è "ribaltato" da studi successivi) [9].

La «razionalità limitata», le «illusioni cognitive» (l'«errore di Cartesio»), sono (ri)entrate nel dibattito giuridico, non soltanto riguardo alla *law and economics*[26].

Si argomenta che anche i giudici possono soffrire di «cognitive illusions», utilizzano heuristics che possono produrre giudizi viziati da errori sistematici[27]. Si parla e si scrive di «giudice emotivo»; si presume (suscitando qualche preoccupazione) che «la teoria del realismo giuridico americano, che voleva la sentenza del giudice come frutto quasi esclusivo di intuizioni e non del ragionamento, a distanza di più di ottant'anni potrebbe trovare una sua conferma scientifica»[28]. Il «diritto muto» evoca qualche analogia con la «razionalità ecologica», collegamento forse di qualche interesse, ma soltanto per sostenere un dibattito critico[29].

A ben valutare, l'associazione «heuristics and biases» è fuorviante. C'è bisogno di ripristinare il buon-uso del termine euristica.

Il buon uso dell'euristica, lo «schema di soluzione», l'«insegnamento per problemi» – Il termine "euristica" va liberato dall'associazione con le "distorsioni" (dai cedimenti al *folklore*), e riportato all'originaria potenza: come auspica George Pólya. Si può ri-scoprire che l'euristica ha effetti normativi: è «lo studio dei metodi e delle leggi di invenzione e di scoperta», definisce il modo adeguato e corretto del fare, per risolvere i problemi.

Anche una trascrizione sommaria mostra che lo schema algoritmico dell'*How to solve it* vale in generale per i problemi di decisione (non soltanto per «problemi di matematica»). È "algoritmo" un modo di procedere composto da "fasi". *Prima fase: comprensione del problema* – Si deve comprendere il problema: qual è l'incognita? quali sono i dati? qual è la condizione? *Seconda fase: compilazione di un piano* – Si determinino i legami che intercorrono tra i dati e l'incognita. Può essere necessario ricorrere a problemi ausiliari, quando non si trovi una connessione evidente. Infine si compili un piano di risoluzione (se non si riesce a risolvere il problema, si sa inventare un problema connesso più accessibile? si è fatto uso di tutti i dati? si possono trovare altri dati? sono stati presi in esame tutti i concetti essenziali che intervengono nel problema?). *Terza fase: sviluppo del piano* – Sviluppando il piano, si verifichi ogni passaggio: si può riconoscere manifestamente che ogni passaggio è esatto? Si può dimostrarne l'esattezza? *Quarta fase: alla fine* – Bisogna esaminare

[26] C. JOLLS, C.R. SUNSTEIN, R. THALER, *A Behavioral Approach to Law and Economics,* in *Stanford Law Review*, 1998, 50. Fronteggia con sapiente naturalezza l'interpretazione comportamentale Richard Posner in *Behavioral law and economics: A critique, Economic Education Bulletin,* XLII (2002), 8, riprendendo in più punti un'estesa analisi di Gregory Mitchell *(Taking behavioralism too seriously? The unwarranted pessimism of the new behavioral analysis of law,* in *William & Mary Law Review*, 2002, 43, 5). La conclusione è netta (a pagina 33): «Behavioralist treat the irrationalities that form the subject matter of behavioral economics as unalterable constituents of human personality. Their suggestions for legal reform are of devices for getting around, rather than dispelling, our irrational tendencies».

[27] C. GUTHRIE, J.J. RACHLINSKI, A.J. WISTRICH, *Judging by Heuristic: Cognitive Illusions in Judicial Desicion Making*, Cornell Law Faculty Publications, Paper 862. Sono rilevate e discusse "illusioni" provocate da *anchoring*, *framing*, *hindsight bias*, *inverse fallacy*, *egocentric biases*.

[28] A. FORZA, G. MENEGON, R. RUMIATI, *Il giudice emotivo. La decisione tra ragione e emozione*, Bologna, 2017, 18.

[29] R. SACCO, *Il diritto muto. Neuroscienze, conoscenza tacita, valori condivisi*, Bologna, 2015, in particolare v. 68, 72-73, 128-129.

attentamente la soluzione ottenuta: si può verificare il risultato? Si può verificare il procedimento? Si può ottenere il risultato in altro modo? Lo si può vedere a colpo d'occhio? Si può sfruttare il risultato, oppure il metodo, per qualche altro problema?[30].

Tutto torna nello spirito dell'impostazione «formalmente normativa»: garantisce il modo più appropriato di agire in accordo con le finalità, riconosce fondamentale lo stato di informazione e le opinioni del soggetto decisore, la logica delle soluzioni *soddisfacenti* e dell'agire "al meglio". D'altra parte, il «sillogismo euristico» che Pólya pone alla base della sua «logica del plausibile» non indebolisce il *probabilismo* (che caratterizza l'impostazione «formalmente normativa»): con qualche specificazione «la teoria della plausibilità coincide perfettamente con la teoria delle probabilità quale viene concepita dal punto di vista soggettivo»[31].

Alcune chiose sull'«intelligenza artificiale» (*da approfondire, con qualche contrappeso*) – L'espressione «intelligenza artificiale» non è recente, e sempre spunto per un groviglio di pareri (anche nelle specificazioni «forte», e «debole» o «cauta»)[32].

Un parere di Turing: «Mi propongo di considerare la domanda: "Possono pensare le macchine?" Si dovrebbe cominciare col definire il significato dei termini "macchina" e "pensare". [...] Credo che la domanda iniziale "Possono pensare le macchine?", sia troppo priva di senso per meritare una discussione»[33].

L'obiettivo del "Dartmouth research project on artificial intelligence": «The study is to proceed on the basis of the conjecture that every aspect of learning or any other feature of intelligence can in principle be so precisely described that a machine can be made to simulate it. [...] For the present purpose the artificial intelligence problem is taken to be that of making a machine behave in ways that would be called intelligent if a human were so behaving»[34].

Sull'intelligenza e l'apparire artificiali: «La scienza sta tentando di costruire l'intelligenza. Questa operazione è animata da due sottintesi di fondo: che si

---

[30] G. PÓLYA, *How to solve it*, Princeton, 1945; edizione italiana: G. PÓLYA, *Come risolvere i problemi di matematica. Logica ed euristica nel metodo matematico*, Milano, 1967, in particolare v. 11-13, 119-120. L'euristica di Pólya fu ispirazione anche per Simon, tramite la collaborazione con Allen Newell (un richiamo si ha in H.A. SIMON, *Models of my life*, Dunmore, 1991, 282).

[31] B. DE FINETTI, *La «logica del plausibile» secondo la concezione di Pólya*, in Atti della XLII Riunione della Società Italiana per il Progresso delle Scienze, Roma, SIPS, 1951, vol. I; anche in B. DE FINETTI, *La logica dell'incerto*, (a cura di Marco Mondadori), Milano, 1989, v. in particolare 259-260: il «'sillogismo euristico' […] riconduce al 'teorema di Bayes' (o eventualmente, in una forma più debole, a una sua traduzione nell'ambito della formulazione qualitativa)»; il tema è ripreso e la diagnosi è confermata in B. DE FINETTI, *Recent suggestions for the reconciliation of theories of probability*, Proceedings of the Second Berkeley Symposium on Mathematical Statistics and Probability, Berkeley, 1950, 224.

[32] Nucleo centrale del groviglio e propaggini del dibattito ben si colgono già in D.R. HOFSTADTER, D.C. DENNET, *The Mind's I. Fantasies and Reflections on Self and Soul, Basic Books, 1981*; edizione italiana: D.R. HOFSTADTER, D.C. DENNET, *L'io della mente. Fantasie e riflessioni sul sé e sull'anima*, Milano, 1985.

[33] A. TURING, *Computing Machinery and Intelligence*, Mind, 1950, 59; edizione italiana in A.M. TURING, *Intelligenza meccanica*, Torino, Boringhieri, 1994, capitolo 4: *Macchine calcolatrici e intelligenza*, le citazioni dalle pagine 121 e 133.

[34] J. MCCARTHY, M.L. MINSKY, N. ROCHESTER, C.E. SHANNON, *A proposal for the Dartmouth Summer Research Project on Arificial Intelligence*, 1955, 1, 11.

sappia che cos'è l'intelligenza e che l'intelligenza – insieme all'uomo e alle cose – sia qualcosa di costruibile. Non è poco.»[35].

Da un «libro meraviglioso per profani intelligenti» – È insostenibile il punto di vista che il pensiero umano sia «fondamentalmente equivalente all'azione di qualche computer» anche se molto complesso e molto potente; la mera esecuzione di un algoritmo non può suscitare la «consapevolezza cosciente». In un quadro puramente computazionale manca qualcosa di essenziale: «le qualità più poetiche o soggettive che associamo al termine "mente"»[36].

Sulla consapevolezza. Il termine «consapevolezza» merita precisazioni. Penrose propone precisa graduatoria di significati. Ne distingue quattro: «**A** Il pensiero è computazione; in particolare, il sentimento di conscia consapevolezza è evocato dalla semplice esecuzione dei calcoli appropriati [è il punto di vista che talvolta viene qualificato Intelligenza Artificiale forte o funzionalismo (computazionale)]. **B** La consapevolezza è espressione dell'azione fisica del cervello; e, mentre qualunque azione fisica può essere simulata computazionalmente, le simulazioni computazionali non possono di per sé evocare consapevolezza [qui si richiama il punto di vista di John R. Searle]. **C** L'azione fisica del cervello evoca consapevolezza, ma questa azione fisica non può mai essere simulata computazionalmente nel modo appropriato [Penrose ne è convinto fautore. Precisa distinguendo, C-debole: non è necessario indagare al di fuori della fisica conosciuta per trovare un'appropriata azione non computazionale; C-forte: la nostra conoscenza fisica è inappropriata per la descrizione della consapevolezza, forse la scienza futura spiegherà la natura della coscienza]. **D** La consapevolezza non può essere spiegata in termini fisici, computazionali, o di qualsiasi altro tipo scientifico.». Va premesso che «con il termine computazione (o calcolo) indichiamo le operazioni eseguite da un computer [...] uno ideale, noto come macchina di Turing.»[37].

L'AI Act – Lo *status* dell'intelligenza artificiale (*artificial intelligence*, AI) è lontano, per concretezze, dalle genericità e dagli offuscamenti del dibattito "sociale" [10]; sistemi cosiddetti di AI sono già utilizzati, e in rapido sviluppo [11].

Con l'*AI Act*[38] è stata avviata ufficialmente la definizione del quadro normativo, definita la catena dei controlli per garantire qualità e sicurezze: le

[35] E. SEVERINO, *La filosofia futura. Oltre il dominio del divenire*, Milano, 2014, 138.
[36] La sintesi del punto di vista è tratta da R. PENROSE, *Emperor's New Mind: Concerning Computers, Minds and The Laws of Physics*, Oxford, 1989*;* edizione italiana: R. PENROSE, *La mente nuova dell'imperatore. La mente, i computer e le leggi della fisica,* Milano, 1997, 564-565; fu Martin Gardner a recensirlo «libro meraviglioso per profani intelligenti». Interessante è il confronto R. PENROSE, E. SEVERINO, *A Dialogue on Artificial Intelligence Versus Natural Intelligence,* in *Artificial Intelligence Versus Natural Intelligence*, a cura di F. SCARDIGLI, Berlino, 2022. È di Lord Kelvin l'ambizione molto meccanicistica «to subsitute brass for brain», con cui qualificava il suo analizzatore armonico (precisazioni in H.H. GOLDSTINE, *The computer from Pascal to von Neumann*, Princeton, 1993(1972), didascalia alla «Lord Kelvin's tide predictor», dopo pagina 120).
[37] R. PENROSE, *The Large, the Small and the Human Mind*, Cambridge, 1999; edizione italiana: R. PENROSE, *Il grande, il piccolo e la mente umana,* Milano, 2000, 103-108.
[38] Regolamento (UE) 2024/1689 del Parlamento europeo e del Consiglio *che stabilisce regole armonizzate sull'intelligenza artificiale*, Gazzetta ufficiale dell'Unione europea, 12.7.2024.

Autorità preposte, gli enti di accreditamento, gli organismi notificati (possibilmente accreditati) che valutano la conformità dei sistemi [12].

I giuristi si trovano a dover contribuire alla definizione delle normative[39].

La "*Standardization Request*" (rivolta dalla Commissione europea al Comitato Europeo di Normazione, al Comitato Europeo di Normazione Elettrotecnica, all'Istituto europeo per le norme di telecomunicazione) è finalizzata a produrre schemi che diano modalità operative (prassi d'azione) al "testo regolamentare"; individua dieci gli ambiti di lavoro: *1*. sistemi di gestione del rischio; *2*. governance e qualità dei data set utilizzati; *3*. tracciamento e monitoraggio delle attività; *4*. obblighi di trasparenza e informazioni agli utenti; *5*. requisiti di supervisione umana; *6*. accuratezza; *7*. specifiche di robustezza; *8*. requisiti in tema di cybersicurezza; *9*. gestione del monitoraggio della qualità, incluso il monitoraggio post commercializzazione; *10*. valutazione della conformità. Se specificati con parole-chiave e descrittori si collocano con naturalezza nel grafo della figura, e si disvelano con relazioni e dipendenze. Lavorare negli spazi di confine tra discipline è inevitabile. Non può essere sottovalutata la difficoltà indotta dalla dipendenza dai dettagli: sarà difficile prescindere, per normare, dai riferimenti agli ambiti specifici (a classi "omogenee" di casi concreti).

Come utilizzatori, i giuristi, si trovano a dover gestire sistemi qualificati (nell'allegato III, dell' *AI Act*) «ad alto rischio» [13].

Nell'*AI Act* rischio (definito nell'articolo 3) riprende la definizione d'uso: è «la combinazione della probabilità del verificarsi di un danno e la gravità del danno stesso».

Governare i dati – È disponibile ampia varietà di tecniche per la gestione dei dati ("training and data development", procedimenti di data quality); problematiche nuove si hanno per costruire richieste finalizzate all'addestramento dei sistemi automatici (anche le richieste – i *prompt* – sono forme di trasferimento e poi controllo d'informazione)[40]. Sistematizzata è la relazione tra dati, tecniche statistiche e macchinari di AI[41]. Vasto ed elegante è stato il dibattito metodologico sul se i dati "sono muti" o "parlano da soli" (si è lavorato sul confronto tra "algorithmic modeling" *vs* "data modeling", mediato se non concluso con la «*veridical data science*») [14]. Problematico è anche il controllo di "stabilità": «of statistical results […,] in statistical inference»[42].

[39] Anche se ci si limita ai volumi collettanei già ampia è la produzione: U. RUFFOLO, (a cura di), *Intelligenza artificiale. Il diritto, i diritti, l'etica*, Milano, 2020; U. RUFFOLO, (a cura di), *XXVI Lezioni di Diritto dell'Intelligenza Artificiale*, Torino, 2021; AA. VV., *Intelligenza artificiale e diritto: una rivoluzione?*, a cura di A. PAJNO, F. DONATI, A. PETRUCCI, Volume 1: *Diritti fondamentali, dati personali e regolazione*; Volume 2: *Amministrazione, responsabilità, giurisdizione*; Volume 3: *Proprietà intellettuale, società e finanza*; Quaderni Astrid, Bologna, 2022; C. PINELLI, U. RUFFOLO, *I diritti nelle piattaforme*, Torino, 2023.

[40] Ampia rassegna di strumenti, modalità d'azione, e problematiche sulla gestione dei dati si ha in D. ZHA, et Al., *Data-centric Artificial Intelligence: A Survey*, arXiv:2303, 11 Jun 2023.

[41] T. HASTIE, R. TIBSHIRANI, J. FRIEDMAN, *The Elements of Statistical Learning. Data Mining, Inference, and Prediction*, Berlin, 2009; B. EFRON, T. HASTIE, *Computer Age Statistical Inference. Algorithms, Evidence, and Data Science*, Cambridge, 2018 (in particolare *Part III – Twenty-First-Century Topics*).

[42] Il tema non è nuovo, e ampiamente sondato; per una partenza: B. YU, *Stability*, Bernoulli 2013, 19, 4.

Le Corporate Technologies – L'«*unità della decisione* imprenditoriale» (richiamata a motivare l'auspicio di un'«università ardita») apre ai temi delle *Corporate Technologies* a considerare l'utilizzazione della tecnologia algoritmica – non soltanto di particolari strumenti – nel governo d'impresa[43] (sollecitando così anche «fundamental changes in the law»[44]). E riguardo all'algoritmo (di qualsiasi forma) si pone il problema della adeguatezza rispetto all'obiettivo dell'utilizzazione, della "bontà" (la *goodness*, caratterizzata – oltreché, ovviamente, dalla correttezza – dal tempo necessario alla sua esecuzione).

In particolare nel *corporate context* si esalta e risalta il tema della conformità a norme e regole; della interpretabilità/comprensibilità del risultato (e del processo che lo genera); della responsabilità dell'utilizzatore (e/o del produttore? dei meccanismi).

È qui che assume rilevanza la formalizzazione del procedimento decisionale (col *Process Management*), e la verifica della sua corretta esecuzione (col *Process Mining*)[45]; diventano temi cruciali il giudizio su quanto è affidabile la stima di probabilità; trovare modi per trattare operativamente la funzione di utilità (le preferenze) e l'avversione al rischio, magari ricorrendo a convenzioni, com'è nella normativa sul *Risk Appetite Framework*; definire il criterio per passare dalla probabilità alla decisione (come discriminare il fare dal non-fare). C'è bisogno di richiamare anche la teoria dei *teams*, se nella decisione sono coinvolti più soggetti[46] (e riconoscere che il procedimento corretto è nel mediare le opinioni per decidere *unitariamente*, e non procedere con la media delle decisioni).

Casi concreti – È utile il riferimento a un caso concreto con qualche vicinanza alle valutazioni e decisioni di ambito giuridico: per documentare un tipo di collaborazione tra algoritmo e decisore, e dare un senso operativo all'espressione «computer partner».

Un sistema di machine learning (denominato *Claim Watching*[47]) consente, tra l'altro, di rispondere alla domanda «qual è la probabilità che il sinistro automobilistico A_i entri in causa entro un anno»?; di calcolare l'«incremento di costo in caso di contenzioso» (definito dalla differenza tra valore atteso condizionato all'evento entrata in causa e valore atteso non condizionato), e l'«incremento di costo atteso» (dato dall'incremento di costo moltiplicato per la probabilità di entrata in causa).

Il sistema utilizza la serie storica dei sinistri e dei loro esiti (se: in-causa-si, in-causa-no, e quando in-causa); ciascun sinistro "descritto" da un insieme di variabili che ne caratterizzano la tipologia (le *features*). Oltre a probabilità e

---

[43] M. DE FELICE, F. MORICONI, C. MOTTURA, *Sulle CorpTech. Spunti dalla governance dell'impresa di assicurazione*, Sapienza Università di Roma, Rapporto tecnico, numero 1, anno 2023.

[44] L. ENRIQUES, D.A. ZETZSCHE, *Corporate Technologies and the Tech Nirvana Fallacy*, in *Hastings Law Journal*, vol. 72, 55, 2020, 55, 59.

[45] Istruzioni di sicuro riferimento si hanno in M. WESKE, *Business Process Management. Concepts, Languages, Architectures*, Heidelberg, 2019; in VAN DER AALST, *Process Mining. Data Science in Action*, Heidelberg, 2016.

[46] J. MARSCHAK, R. RADNER, *Economic Theory of Teams*, New Haven and London, 1972; riguardo ai fondamenti del decidere c'è l'evocazione del «a man's "beliefs" about the "probabilities" of uncertain events to his choices between actions that have uncertain outcomes and are viewed as "bets"», pagina 3.

[47] I meccanismi algoritmici della versione originaria del sistema sono descritti in M. DE FELICE, F. MORICONI, *Claim watching and individual claims reserving using classification and regression trees*, in *Risks*, 2019.

valori il sistema calcola "indici di qualità" delle valutazioni, utilizzando "matrici di confusione", curva ROC (*Receiver operating characteristic*), *proper scoring rule*[48].

Il sistema sfrutta automatismi, ma nei limiti dello strumento tecnico di servizio. Essenziale è il ruolo dello *human-in-the-loop*: il soggetto "previsore" sceglie l'ampiezza della serie storica e le *features* (il modello di riferimento: struttura e semantica dell'input all'algoritmo); giudica la qualità delle valutazioni; il soggetto "decisore" definisce – o contribuisce a definire – la *soglia* in base alla quale la probabilità dell'evento è trasformata nell'indicatore binario (in 0, o in 1) (potendo arricchire il criterio di trasformazione con considerazioni di *trade-off* tra costi e vantaggi) [15]. Anche l'algoritmo di machine learning è oggetto di scelta (nel caso: se utilizzare i *Classification and Regression Trees*, o le *Random Forests*, o entrambe le tecniche per avvalersi del confronto tra i risultati).

Funzionalità, modalità di utilizzazione (effetti sull'organizzazione) del sistema *Claim Watching* possono essere sfruttate anche come strumento per documentare problematiche di scelta, per sperimentare e normare processi della «decisione semi-automatica», di cui si discute in ambito giuridico[49].

Analogo ruolo collaborativo (struttura, semantica e gestione dell'input, produzione e uso dell'output) hanno i sistemi diagnostici, in ambito medico [16]; analoga esigenza della «valutazione dei valutatori» è nella «Central Bank Perspective»[50].

Diversa e più complessa problematica pongono sistemi con altra struttura: con rilevazione di informazione per via automatica (con sensori) e meccanismi per decisioni immediate e automatiche (come sono alcuni nelle automobili a guida autonoma)[51].

Risalta l'importanza di considerare i contesti applicativi e le modalità d'uso per ben-giudicare le utilizzazioni dell'intelligenza artificiale. E anche il *momentum*: la rapida innovazione tecnologica cambia (con intensa dinamica) fisionomia e potenzialità dei sistemi, va dilatando gli ambiti di applicazione.

5. Annotazioni.

[1] Due casi di concordanza.

L'astrazione – Richiama Natalino Irti il ruolo fondamentale dell'*astrazione* («*distanza* dalle particolarità», mezzo per costituire «le forme», per «disegni di eventi possibili»), citando «un finissimo (ed a torto obliato) filosofo del

[48] In G. Castellani, M. De Felice, F. Moriconi, C. Mottura, *Sulle Corporate Technologies. La tecnologia del decidere, nell'impresa di assicurazione*, preprint, 2025, (nella *parte terza*) sono definiti, formalizzati e illustrati – col commento a casi concreti – procedimenti algoritmici per il giudizio sull'affidabilità delle previsioni, criteri (modalità) per il passaggio dalla previsione alla decisione.

[49] A. Santosuosso, G. Sartor, *Decidere con l'IA. Intelligenze artificiali e naturali nel diritto*, Bologna, 2024, 113-118 (resta qui viva l'avvertenza di interpretare con accortezza il termine "predizione/i").

[50] F. Columba, F. Orsini, S. Tranquillo, *Rating the Raters. A Central Bank Perspective*, Banca d'Italia, Mercati, infrastrutture, sistemi di pagamento, 55, December 2024.

[51] A. Carcaterra, *'Machinae' autonome e decisione robotica*, in *Decisione robotica*, a cura di A. Carleo, Bologna, 2019, in particolare pagine 36-37, 43, 49; U. Ruffolo, *Intelligenza Artificiale ed automotive: le responsabilità da veicoli self-driving e driverless*, *Intelligenza artificiale. Il diritto, i diritti, l'etica*, a cura di U. Ruffolo, Milano, 2020.

diritto», Max Ascoli: «Senza l'astrazione, il mondo umano sarebbe un universo di infinite monadi»; «il diritto non conosce che norme; e i fatti, per divenire intellegibili e superabili devono dissoggettivarsi, cioè rendersi norme»[52].

Nei primi momenti di un indimenticabile corso di *matematica logico-intuitiva*, Bruno de Finetti aprì e chiuse il tema con poche frasi: «a differenza di quella che è forse l'opinione più comune, l'astrazione […] non significa distacco dai problemi concreti e dagli scopi pratici, ma è proprio il mezzo necessario per trattare i problemi concreti nel modo più pratico, che consiste nel depurarli dagli accessori che ne turbano la visuale, e nel riconoscere l'identità logica di problemi apparentemente diversi […]. Anziché significare distacco dal concreto e ridursi a vana costruzione nel vuoto, l'astrazione costituisce pertanto la quintessenza del concreto e lo strumento pratico più appropriato per dominarlo»[53]. Il giurista e il matematico concordano.

Fatti e dati, il richiamo a Hume – Il riferimento al "modello di lettura" dei dati si collega al problema fondamentale dell'inferenza statistica. Il senso del problema è stato posto argomentando su una frase di Pirandello: «un fatto è come un sacco; vuoto, non si regge»; per giudicare i fenomeni (e utilizzare i dati che li descrivono) serve altro: «occorre *in più* anche una qualche opinione per interpretarli e per utilizzarli sensatamente» [54]. C'è coincidenza con l'opinione del giurista: «che i fatti di per sé sono *muti*, non parlano né diritto né altro, e ricevono significato soltanto dal nostro sguardo […]; che secondo la legge di Hume (lo *Humes Gesetz*) è inconcepibile il salto logico da fatti a principî, da essere a dover essere, da descrizioni a prescrizioni. »[55].

E anche de Finetti richiama Hume, «che porta nella direzione giusta» il ragionamento induttivo, fuori dalle disquisizioni filosofiche «senza fine e senza costrutto, essendo rimaste inevitabilmente nel vago e nebuloso in difetto di adeguate strutture e conoscenze probabilistiche»[56].

[2] Non è recente la diagnosi che dice «One of the main areas of interest of so-called 'New evidence scholarship' is the application of probability theory to arguments about facts in legal cases»; e ripetuta è l'esigenza di «rendere […] intellegibili [ad avvocati e magistrati] le regole e le quantificazioni numeriche tipiche del ragionamento probabilistico»[57].

Per fronteggiare le «sfide» dell'AI si auspica l'"estensione" della «formazione giudiziaria digitale»; si giudicano «essenziali […] la diffusione delle conoscenze sia nelle sedi istituzionali che in quelle associative (le associazioni dei magistrati), la partecipazione dei magistrati all'ideazione, alla pianificazione e all'attuazione della strategia digitale e degli strumenti digitali, il coinvolgimento di tutti gli attori della giustizia (avvocati, dirigenti giudiziari,

---

[52] N. Irti, *Riconoscersi nella parola. Saggio giuridico*, Bologna, 2020, 67, 11, 200, 42.
[53] B. de Finetti, *Matematica logico intuitiva*, Roma, 1959(1943), 3-4.
[54] B. de Finetti, *Probabilità di una teoria e probabilità dei fatti*, in AA.VV., *Studi di probabilità, statistica e ricerca operativa in onore di Giuseppe Pompilj*, Gubbio, 1971, 97.
[55] N. Irti, *Per un dialogo sulla calcolabilità giuridica*, in *Calcolabilità giuridica*, a cura di A. Carleo, Bologna, 2017, 18.
[56] B. de Finetti, *Teoria delle probabilità*, Torino, 1970, 566.
[57] Le citazioni si leggono in *Prova Scientifica e Processo penale*, a cura di G. Canzio, L. Lupária Donati, Milano, 2022, 34 (nt 40) e 23 (nt 5), nell'ordine.

cancellieri) nella progettazione e nell'organizzazione del processo di digitalizzazione». Si dice necessario «rafforzare e rimodellare la formazione (giudiziaria)»: si richiama il ruolo degli «strumenti statistici», dei «grafi che rappresentano il flusso dei procedimenti», dei «sistemi software algoritmici»; la capacità di gestione dei dati, «"etichettati" per estrarre i sintagmi/informazioni significative»[58].

[3] Debole è rimasto l'"effetto alchemico", sebbene ben-dichiarato: «Science and the law are becoming increasingly intertwined and interdependent. Using scientific methods and knowledge in the courtroom and in public policy is very difficult, yet necessary. In order to meet the challenges posed by integrating science and the law, we must recognize that science is not to be confused with law, yet the two need to work together in order to achieve fair trial outcomes and appropriate public policies.»[59]. E diverso dall'integrazione dei saperi è il problema del migliorare la qualità del parere degli esperti a sostegno delle decisioni dei tribunali, sebbene siano da tempo disponibili eleganti argomentazioni tecniche su analisi di casi[60].

[4] Wiener considerava il rapporto tra matematici e fisiologi: «[n]on occorre che il matematico sia capace di condurre un esperimento fisiologico, ma deve essere in grado di comprenderlo, di criticarlo, di suggerirlo. Né occorre che il fisiologo sia capace di dimostrare un certo teorema matematico, ma deve saperne afferrare il significato fisiologico e deve saper dire al matematico che cosa cercare»[61].

D'altra parte andare oltre gli «scomparti», per ben affrontare i problemi, è insegnamento che viene – per restare in tema – anche dai cultori delle parole: Giorgio Pasquali si dice convinto che «almeno nelle scienze dello spirito non esistano discipline severamente delimitate, 'scomparti', *Fächer*, ma solo problemi che devono essere spesso affrontati contemporaneamente con metodi desunti dalle più varie discipline»[62].

[5] Lo «schema normativo» fu proposto da de Finetti in un memorabile seminario su *statistical methods and inference* (per introdurre la *discussion* con altri famosi scienziati: Zellner, Durbin, Savage e Malinvaud)[63].

---

[58] M.G. CIVININI, *Nuove tecnologie e giustizia*, in *QG-Questioni di giustizia*, 19 dicembre 2023, in particolare 5, 7, 8.

[59] D.L. FAIGMAN, *Legal Alchemy: The Use and Misuse of Science in the Law*, in *Yale Journal of law and Technology*, 2000, 3, 9.

[60] A esempio in A.P. DAWID, D.L. FAIGMAN, S.E. FIENBERG, *Fitting Science Into Legal Contexts: Assessing Effects of Causes or Causes of Effects?*, in *Sociological Methods & Research*, 2014, 43, 3, 359-390; A.P. DAWID, *Probability and statistics in the law*, Proceedings of the Tenth International Workshop on Artificial Intelligence and Statistics, January 6–8 2005.

[61] N. WIENER, *Cybernetics, or control and communication in the animal and the machine*, Cambridge, 1948; edizione italiana: N. WIENER, *La cibernetica. Controllo e comunicazione nell'animale e nella macchina*, Milano, 1968, 25.

[62] G. PASQUALI, *Storia della tradizione e critica del testo*, Firenze, 2003(1934), xiv.

[63] Commenti e considerazioni sull'utilizzazione dello schema normativo del decidere, nell' agire imprenditoriale, sono in M. DE FELICE, *La macchina della decisione. Colloquio con i giuristi*, Torino, 2021, capitolo II (*Calcolabilità e probabilità. Per discutere di "incontrollabile soggettivismo della decisione"*) e capitolo IV (*Su razionalità e ragionevolezza*).

[6] Il termine «operazionale» è di Bridgman, che lo utilizzò in *The Logic of Modern Physics* (New York, 1927); «operationalism» è stato precisato successivamente, nel senso di «dare la descrizione delle condizioni d'uso della parola», il «sapere come usarla»: «know how with regard to its usage»[64].

È da richiamare, comunque, cautela nel collegamento delle parole: per non cadere «curiosi di ardite simmetrie», né «compiacersi oltre misura del 'giuoco di arrendevoli analogie'» (come avvertiva Natalino Irti, con riferimento ai «giuristi, e non linguisti»[65]).

[7] Le sentenze escono – nota De Mauro – dal «gran teatro delle lingue, [d]al condensato, [d]all'amalgama linguistico rappresentato dal processo». Il precedente («le sentenze e la giurisprudenza che scavano nelle leggi e portano in luce alcuni sensi») contribuisce a definire questa «valle di Giosafat linguistica». Il problema dell'ermeneutica si evoca col ricordo dei seminari di teoria dell'interpretazione che «nel primo pomeriggio Emilio Betti teneva […] in un'auletta della facoltà di giurisprudenza della Sapienza di Roma»[66].

[8] Per fronteggiare l'incertezza, il *probabilismo* soggettivista offre preciso e potente senso «operazionale» al concetto di probabilità, col meccanismo della «quota di scommessa». *Probabilismo* è un "volumetto", di 57 pagine in ottavo, della Biblioteca di Filosofia, diretta da Antonio Aliotta presso la Libreria Editrice Francesco Perrella di Napoli, pubblicato da Bruno de Finetti nel 1931 (datato 24 novembre 1929), con il sottotitolo *Saggio critico sulla teoria delle probabilità e sul valore della scienza*. Fu quel saggio «senza formule né formulazioni matematiche» – come si legge in una nota autobiografica di de Finetti – «la prima illustrazione (in termini discorsivi, ma abbastanza completa come abbozzo introduttivo) del proprio punto di vista riguardo alla probabilità» [67] . Già nell'esergo richiamava (con un giudizio di Papini su Calderoni) la cultura del pragmatismo: l'attenzione al linguaggio, l'importanza delle cautele e degli accorgimenti per ottenere proposizioni «che abbiano un senso»; assoggettava la nuova originale visione della sua «teoria soggettiva della probabilità» al confronto filosofico e tecnico (si trovano citati e chiosati i lavori di Poincaré, Mach, Keynes, Fréchet, Lévy, Borel, di Bertrand e Castelnuovo, di Enriques, Burali-Forti e Russell, di von Mises, Khintchine e Kolmogorov). Era «senza formule», ma fondava le argomentazioni su risultati formali che sarebbero stati riconosciuti fondamentali per le decisioni in condizioni di incertezza, e per l'inferenza statistica (alcuni, e più rilevanti, erano già nella memoria presentata alla Regia Accademia Nazionale dei Lincei, «letta dal socio G. Castelnuovo relatore, a nome anche del socio T. Levi-Civita»).

Nella *Memoria* [R. Acc. Naz. dei Lincei (s. 6, vol IV, fasc. V, 1930)], su *Funzione caratteristica di un fenomeno aleatorio*, de Finetti aveva tolto al problema «della valutazione della probabilità [...] tutto l'apparato metafisico di

---

[64] P.W. BRIDGMAN, *Words, Meanings, and Verbal Analysis*, capitolo 2 di *The Way Things Are*, Cambridge Mass., 1959; edizione italiana in P.W. BRIDGMAN, *La critica operazionale della scienza*, Torino, 1969, 232, 240-241.
[65] N. IRTI, *Testo e contesto. Una lettura dell'art. 1362 codice civile*, Padova, 1996, 165.
[66] T. DE MAURO, *Introduzione*, in P. BELLUCCI, *A onor del vero. Fondamenti di linguistica giudiziaria*, Torino, 2002, XI, XII.
[67] B. DE FINETTI, *Scritti (1926-1930)*, Padova, 1981, xxii.

'probabilità costanti ma incognite', di 'prove indipendenti', di 'valori ipotetici delle probabilità' [per] impostarlo in modo perfettamente sensato». I principali risultati erano stati presentati al Congresso Internazionale dei Matematici, Bologna 1928; già contenevano quello che poi fu battezzato «de Finetti's representation theorem». Nel maggio del 1935 il *probabilismo*, ulteriormente potenziato di risultati tecnici, fu consacrato in cinque conferenze tenute (da de Finetti) all'Institut Poincaré, in Parigi.

Quella del probabilismo è una soluzione *debole* e *totalitaria*: debole perché richiede che la valutazione di probabilità soddisfi soltanto la condizione di coerenza (lasciando – soddisfatta questa condizione – libertà alle valutazioni del soggetto valutatore); totalitaria perché accetta e applica tutte le altre nozioni di probabilità purché adeguate allo scopo – e quindi purché utili a aiutare le valutazioni di ciascuno – nelle situazioni particolari (non rifiuta la concezione classica, basata sulla simmetria: se si tratta di casi ugualmente probabili; né la concezione statistica, basata sulla frequenza: se è possibile considerare "prove ripetute di un fenomeno").

[9] L'ambiguità dei questionari è un punto rilevante, ampiamente rilevabile nei casi pratici. Un esempio: «pensiamo di chiedere "se c'è maggior divario fra una velocità di 20 e di 30 km/h o di 30 e 40"; l'interrogato può legittimamente pensare di dover rispondere che è uguale (pensando alle velocità) o che è maggiore nel primo caso (pensando all'aumento relativo 50% anziché 33%), o che è maggiore nel secondo (pensando all'aumento di forza viva, da 9 a 16 anziché da 4 a 9), ecc. Una frase del genere, insomma, non ha di per sé un significato univoco (anche quando nessun fattore soggettivo interviene nella risposta).»[68].

Comunque c'è chi giudica positivamente «[o]bservations of behavior, made principally by very sophisticated empirical psychologists, […] The data were powerful and extremely well documented.»[69].

[10] L'*Artificial Intelligence* è stata qualificata espressione dell'anno 2023 dal *Collins Dictionary*: «tema dominante di conversazione e speculazione». Per il *Cambridge Dictionary* la parola dell'anno 2023 è «hallucinate» («avere allucinazioni»). Il lemma ha un significato aggiunto, indotto dall'utilizzazione dell'AI: «When an artificial intelligence (= a computer system that has some of the qualities that the human brain has, such as the ability to produce language in a way that seems human) hallucinates, it produces false information: ▪ *LLMs are notorious for hallucinating – generating completely false answers, often supported by fictitious citations.* ▪ *The latest version of the chatbot is greatly improved but it will still hallucinate facts.».*

[11] Nel rapporto Draghi se ne rileva l'«uso massiccio» nel settore dell'energia, con oltre cinquanta casi che vanno dalla manutenzione della rete alla previsione del carico. E poi potenzialità di sviluppo nel settore automobilistico, nel miglioramento di efficienza della robotica industriale, nella farmaceutica e nella sanità, nello sviluppo di nuovi materiali,

[68] B. DE FINETTI, *Sulla preferibilità*, Giornale degli economisti e Annali di economia, XI (1952), 685-709, 693.
[69] G. CALABRESI, *The Future of Law Economics. Essays in Reform and Recollection*, New Haven, 2016, 4.

nell'elaborazione automatica di dati «per ridurre i costi amministrativi e di conformità per le PMI».

Altri impieghi – nei settori finanziario, assicurativo, del commercio, della pubblicità, dell'informazione, con ruolo tra le *corporate technologies* – sono ben noti, al centro del dibattito tecnico[70].

[12] Prime considerazioni per avviare il percorso di gestione dell'accreditamento sono nell' "Osservatorio" su *Norme tecniche e valutazione della conformità accreditata per lo sviluppo dei sistemi di Intelligenza Artificiale*, ottobre 2024, realizzato da Accredia in collaborazione con il Laboratorio Nazionale di Artificial Intelligence and Intelligent Systems (AIIS) del Consorzio Interuniversitario Nazionale per l'Informatica (CINI).

[13] Sono «ad alto rischio», tra gli altri, sistemi di AI «destinati a essere utilizzati da un'autorità giudiziaria o per suo conto per assistere le autorità giudiziarie nelle attività di ricerca e interpretazione dei fatti e del diritto e nell'applicazione della legge a una serie concreta di fatti. […] L'utilizzo di strumenti di IA può fornire sostegno al potere decisionale dei giudici o all'indipendenza del potere giudiziario, ma non dovrebbe sostituirlo: il processo decisionale finale deve rimanere un'attività a guida umana.».

È la soluzione del «computer partner» che utilizzi algoritmi di intelligenza artificiale "debole": e perciò assicura «il controllo dei requisiti di *fitness*, *discovery*, transparency, *corroboration*, *accountability*, *compliance*, *enforcement* in un quadro di autonomia e responsabilità del decisore»[71].

[14] La «*veridical* ("truthful") *data science* [...] encompasses a unified view of pure prediction and traditional regression approaches under the three principles of predictability, computability and stability (PCS). [...] Our "one culture" veridical PCS data science framework highlights the practice of veridical ("truthful") data science for reliable, reproducible and transparent datadriven decision making and knowledge generation from data for particular domain problem»[72].

[15] L'utilizzazione "agnostica" dei dati, senza un'opinione che ne discrimini la scelta, ha portato a risultati di riconosciuto insuccesso, nell'applicazione del *machine learning*. Due casi, tra i tanti, dal nome famoso: l'*Amazon's Recruiting Tool*, "allenato" su dati di assunzione dei 10 anni precedenti allo sviluppo, dette risultati viziati da forte discriminazione di genere[73]; la grande massa di informazioni utilizzate non portò il *sistema Watson* dell'IBM (nonostante il

---

[70] *The future of European competitiveness*. Part A | *A competitiveness strategy for Europe. The future of European competitiveness*, pagina 20. Part B | *In-depth analysis and recommendations*, September 2024.

[71] G. CANZIO, *Intelligenza artificiale e processo penale,* in AA.VV., *Prova Scientifica e Processo penale*, a cura di G. CANZIO, L. LUPÁRIA DONATI, Milano, 2022, 908-909.

[72] B. YU, R. BARTER, *The Data Science Process: One Culture*, (discussion all'articolo di Efron), in *Journal of the American Statistical Association*, 2020, vol. 115, n. 530, 673; altre utili considerazioni in B. YU, K. KUMBIER, *Veridical Science*, in *PNAS*, February 25, 2020 (vol. 117, 8).

[73] J. DASTIN, *Amazon scraps secret AI recruiting tool that showed bias against women,* in *Ethics of Data and Analytics. Concepts and Cases*, a cura di K. MARTIN, Boca Raton, 2022.

vasto impegno tecnico e economico) a fornire diagnosi mediche soddisfacenti[74].

[16] Limpida fu l'affermazione di sintonia: anche «il giudice, al pari del medico, *decide* la diagnosi e statuisce il correlativo trattamento»[75]. Oggi apre a nuove implicazioni. Per fare diagnosi medica inizia a diffondersi l'uso delle tecniche di *machine learning* (l'interrogazione di *PubMed* – il motore di ricerca "for biomedical literature" – con la frase "*machine learning diagnosis*" seleziona, per il 2024 poco più di sedicimila articoli). Non mancano segnalazioni di potenziali difficoltà e pericoli: difficile la selezione e formalizzazione dei dati necessari all'"addestramento" del processo algoritmico; difficile rappresentare informazioni rilevanti ma qualitative (di contesto); rischio di dequalificazione professionale (se si attribuisce fiducia eccessiva ai protocolli decisionali automatici); pericolo di «sclerosi epistemica» (il rallentare o bloccare le evoluzioni tecniche) indotta dall'assuefazione al sistema in uso.

D'altra parte è documentata l'elevata accuratezza diagnostica che con l'ausilio della macchina si consegue in specifici contesti clinici[76]. Va anche segnalato che tre dei cinque esempi utilizzati per illustrare le potenzialità dello *statistical learning*, nell'ormai classico trattato di Hastie, Tibshirani e Friedman riguardano prassi mediche: previsione di malattie, diagnostica, prevenzione[77].

Ancora precisazioni (utili al dibattito) vengono dal fronte medico, dall'articolo di un radiologo (esergo e conclusione). Nell'esergo si legge «The question of whether Machines Can Think is about as relevant as the question of whether Submarines CanSwim» (ripresa da un lavoro di Edsger Dijkstra, illustre produttore di pregiati algoritmi); la conclusione dice «"Will AI [l'intelligenza artificiale] replace radiologists?" is the wrong question. The right answer is: Radiologists who use AI will replace radiologists who dont.»[78].

[74] E. STRICKLAND, *IBMWatson, heal thyself: How IBM overpromised and underdelivered on AI health care*, in IEEE Spectrum, 2019, vol. 56, 4.
[75] La raffinata argomentazione sulla sintonia è del 1999; poi in N. IRTI, *Il salvagente della forma*, Roma-Bari, 2007, capitolo 12: *Legge e caso* (*diagnosi giuridica e diagnosi medica*); la citazione è dalla pagina 107.
[76] F. CABITZA, C. ALDERIGHI, R. RASOINI, G.F. GENSINI, *Potenziali conseguenze inattese dell'uso di sistemi di intelligenza artificiale oracolari in medicina*, in *Recenti Prog Med*, 2017, 108.
[77] T. HASTIE, R. TIBSHIRANI, J. FRIEDMAN, *The Elements of Statistical Learning. Data Mining, Inference, and Prediction*, New York, 2013, 1 ss.
[78] C.P. LANGLOTZ, *Will Artificial Intelligence Replace Radiologists?*, in *Radiology: Artificial Intelligence*, 2019.

Landini S, 'Data sharing and innovation in the insurance industry. First thoughts' (2025) 1 EJPLT.
DOI: https://doi.org/10.57230/EJPLT251SL

EJPLT
ISSN 2704-8012



Data sharing and innovation in the insurance industry. First thoughts*

Data sharing ed innovazione nel settore assicurativo. Prime riflessioni

SARA LANDINI
Full Professor of Business Law
Università degli Studi di Firenze

Abstract

The paper focuses on the increasing importance of data in insurance production and distribution and on the ongoing regulation of data sharing investigating the principles that should inspire the regulation of data sharing and its application: proportionality (balancing the enhancement innovation and the consumer empowerment) and free competition and consumer empowerment.

Il presente contributo si concentra sulla crescente importanza dei dati nella produzione e nella distribuzione assicurativa e sulla regolamentazione in itinere del data sharing, analizzando i principi che dovrebbero ispirare la regolamentazione del data sharing e la sua applicazione: la proporzionalità (che bilancia il potenziamento dell'innovazione e l'empowerment del consumatore) e la libera concorrenza e l'empowerment del consumatore.

Funded by the European Union. Views and opinions expressed are however those of the author(s) only and do not necessarily reflect those of the European Union or the European Education and Culture Executive Agency (EACEA). Neither the European Union nor EACEA can be held responsible for them.

PatrisEU UNIFI Jean Monnet Chair

Co-funded by the European Union

© The author(s) 2025, 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: data sharing; insurance; insurance industry; distribution; data; new technologies; open finance; Insurtech; IDD, NCAs; EIOPA; FiDA

Summary: 1. New risks and insurance. – 2. Governing complexity through new technologies. – 3. Data sharing as a tool and the technological response to complexity. – 4. The new open finance regulatory framework. – 5. Insurance and new technologies: What's next?

1. New risks and insurance.

One of the key words in the contemporary age is risk and risks are becoming increasingly catastrophal and systemic. Catastrophal risk is defined as the chance of a single event resulting in large numbers of injuries, fatalities, or extensive property damage. In the current era, however, the catastrophal risk seems to have changed its nature in frequency, becoming even more difficult to manage.[1]

Systemic risk is well known in finance and concerns the probability that the insolvency or failure of one or more intermediaries causes generalized insolvency or chain failures of other intermediaries. The concept of chain risk and domino effect, proper of systemic risk, is however proper not only to the players of the financial markets but it is also to other situations. Let's think to the probability of contagion in the event of a cyber-attack considering the strong interconnection of the devices.[2]

One of the most relevant risks in the contemporary age is the geopolitical risk which presents both the characteristics of catastrophality and of systematicity. As known, geopolitical risk relates to the dynamics of conflict between states or between states and other types of organizations, such as terrorist groups for example.

Insurance companies have always represented a risk management tool through the transfer technique. Today the players in the insurance market need to innovate to manage increasingly catastrophal and systemic risks.

The demand for insurance services is growing and the European legislator requires that production and distribution respond to the needs and requirements of policyholders. New technologies (AI and data analytics) can help to fill protection gaps in compliance with Eu Law.

The use of data analytics is not new to the insurance market, but today thanks to the use of artificial intelligence it can be more effective and strategic. However, this requires the use of large masses of data. True competitiveness of the market is played on the front of the circulation of data in respect of individuals rights.

---

[1] C Dole, R Hayashi, A Poe, A Sarat, *The Time of Catastrophe Multidisciplinary Approaches to the Age of Catastrophe* (1st eds, Routledge, 2016).

[2] S Hochrainer-Stigler, T M Deubelli-Hwang, J Parviainen, L Cumiskey, PJ Schweizer, U Dieckmann, *'Managing systemic risk through transformative change: Combining systemic risk analysis with knowledge co-production'* (2024) 7(5) One Earth, 771-81.

The paper in the first paragraphs checks the impact of new technologies in the insurance market and the importance of open insurance in terms of data sharing. The paper takes in consideration artificial intelligence only as a tool for innovation and does not treat the issues of regulation of artificial intelligence and the impact of the AI Act on the insurance market[3].

In the last paragraph we investigate the principles that should inspire the regulation of data sharing and its application: proportionality (balancing the enhancement innovation and the consumer empowerment) and free competition and consumer empowerment.

2. Governing complexity through new technologies.

Insurance production and distribution see technology as a tool for governing regulatory complexity – in strategic terms and not only for compliance purposes. This complexity is growing not only because of the sheer number of rules, but also because of the difficulty of applying them given the multiform nature of the demand. It also poses challenges for insurance customers due to the intricate nature of the products and markets, which cannot simply be compensated for by abundant and sometimes redundant information.

Complexity, and the consequent uncertainty, is one of the keywords where the protection of the parties' interests is concerned and complexity finds a response in new technologies which make it possible to simplify, through clustering, the application of regulations by identifying accurate correlations between the products offered and the interests of investors, to automate processes, and to detect discrepancies and inadequacies. New technologies solve the highlighted problems of complexity both through processes of simplification of the application of rules and by rendering the results given by regulations more effective.

In 2007, Zigmut Bauman observed in his book *Liquid Modernity: Living in an Age of Uncertainty*[4] that the transition from "solid" to "liquid" modernity has created new challenges never before encountered. Social forms, rules and institutions have not had enough time to become solidified and cannot serve as frameworks of reference for human actions and long-term life plans. Therefore, individuals need to find other ways to organise their life through an infinite series of short-term projects and episodes. This situation requires individuals to be flexible and adaptable, and ready and willing to change tactics at short notice, under conditions of endemic uncertainty. Can predictive analysis help? What is the impact on the distribution of risk in contracts and specifically in the insurance contract, which is "the" risk transfer contract? In what way can data

[3] The AI Act which was published in the Official Journal of the EU in July 2024. In the insurance sector, the AI Act identifies as high-risk those AI systems intended to be used for risk assessment and pricing in relation to natural persons in the case of life and health insurance. The AI Act establishes a comprehensive set of requirements that providers and users of high-risk AI systems will need to comply with. See P Marano, S Li, '*Regulating robo-advisors in insurance distribution: Lessons from the insurance distribution directive and the AI act'* (2023) 11.1, Risks, 12; P Marano, '*L'impatto del Regolamento Europeo sull'Intelligenza Artificiale ("AI Act") sulla distribuzione assicurativa: prime riflessioni'* (2024) 3, Assicurazioni, 501. About the use of AI in insurance sector M Riikkinen et al. '*Using artificial intelligence to create value in insurance',* (2018) 36.6, International Journal of Bank Marketing, 1145-68.

[4] Z Bauman*, Liquid Modernity,* (Polity Press, 2000).

analysis change the concept of information asymmetry in the insurance industry (the insurer is less informed about the risk than the insured, hence the latter has a duty to inform) and the concept of insurance itself?

3. Data sharing as a tool and the technological response to complexity.

Technology can help to speed up the response while reducing human error. In the insurance realm, new technologies have long been used to respond better to market demands and reduce costs. The term *InsurTech* refers to the application of digital technologies to the world of insurance. In particular, *InsurTech* is characterised by an innovative use of big data and predictive analysis. The areas of application range from production to distribution, to insurance governance itself.

In the insurance market, an innovative frontier in the sphere of production could be represented by *open insurance*, modelled after the *open banking* approach known for some time in the banking sector. As is well known, the term *open banking* refers to an open digital ecosystem which, even in the absence of preestablished agreements, enables an exchange of data and information – not only of a financial nature – among operators (banking, financial and other players) belonging to it. It is a system that has enabled the development of remote payment systems.

In the insurance industry, digitalisation has allowed the data collected from customers to be exploited together with big data to carry out clustering operations for the purpose of profiling customers and improving the ability of products to meet their insurance needs.[5]

The use of big data becomes important in the insurance sector. As is well known, the term "big data" indicates an enormously large, complex set of data that can be used to generate new knowledge through the relationships among knowable data. It is information which, by virtue of its volume and speed of acquisition, has a heuristic value, as it represents the starting point for identifying correlations that may be relevant for future developments.[6]

Various techniques are used:

1- "Data mining" is a process of analysing data from different viewpoints with the aim of obtaining useful information. It is a process of looking for correlations or patterns among the data gathered in relational databases.

2- "Data fusion" is a process of integrating multiple sources of data and knowledge. The expectation is that the "merged" data will contain information which is superior to that provided by the original data.

3- The "clustering" procedure has the aim of grouping data and organising it into groups so that the objects contained in the same cluster are more similar to each other than to those contained in different clusters.

[5] Regulated under recital 71 GDPR Regulation (EU) 2016/679 (General Data Protection Regulation).

[6] K Ashton, '*That 'internet of things' thing'*, [2009], RFID journal; L Atzori, A Iera, G Morabito, *'The internet of things: A survey*' [2010] Computer networks; AC Nazzaro, '*L'utilizzo dei Big data e i problemi di tutela della persona'* [2018] Rass. dir. civ.,1239 ff.

4- “Regression analysis” is used to estimate the strength and direction of the relationship between variables that are in a linear relationship with each other.[7]

In the conclusion of its “Report on Best Practices on Licensing Requirements, Peer-to-Peer Insurance and the Principle of Proportionality in an InsurTech Context” (Luxembourg 2019), EIOPA (European Insurance and Occupational Pensions Authority) highlighted that InsurTech has an impact across all steps of the value chain in the insurance and pension sectors, also through the emergence of start-ups, often in the framework of cooperation agreements with long-established undertakings.

EIOPA focuses on the importance of regulation because facilitating innovation does not mean deregulating. A key concept in regulation is technological neutrality in legislation. The principle of technological neutrality has been implemented and is one of the key principles of the European regulatory framework for electronic communications, introduced for the first time in 2002 and reinforced in the telecommunications package of 2009 (DIRECTIVE 2009/136/EC OF THE EUROPEAN PARLIAMENT AND OF THE COUNCIL of 25 November 2009 amending Directive 2002/22/EC on universal service and users’ rights relating to electronic communications networks and services, Directive 2002/58/EC concerning the processing of personal data and the protection of privacy in the electronic communications sector and Regulation (EC) No 2006/2004 on cooperation between national authorities responsible for the enforcement of consumer protection laws).

According to the European regulatory framework for electronic communications, Member States should ensure that national regulatory authorities take utmost account of the desirability of making regulation technologically neutral, meaning that it neither imposes nor discriminates in favour of the use of a particular type of communication technology.[8]

Another key concept is a proportionate approach in the assessment of conformity with the conditions of authorisation (for example in terms of expectations with respect to governance processes, systems and control requirements, which take account of the specificities and risks inherent to InsurTech).

For these reasons it is important to adopt the best practices. In its report, with recommendations aimed at the National Competent Authorities (NCAs), EIOPA sets out some best practices:

- NCAs, taking into account their exact mandate, are encouraged to use available measures to facilitate general consumer awareness (e.g. through publishing circular letters and issuing notices or warnings etc.) on non-supervised P2P insurance platforms, where possible.
- NCAs could encourage pure P2P insurance platform providers to disclose to consumers clearly and prominently that they are not providing or selling any insurance cover and hence are not under

[7] J Manyika, M Chui, B Brown, J Bughin, R Dobbs, C Roxburgh, and A Byers, ‘*Big data: The next frontier for innovation, competition, and productivity*’ [2011] The McKinsey Global Institute; A McAfee and E Brynjolfsson, ‘*Big Data: The Management Revolution.*’ (2012) 8, Harvard Business Review, 13.

[8] See Eiopa Discussion paper https://www.eiopa.europa.eu/browse/digitalisation-and-financial-innovation/open-insurance_en.

insurance regulation and to clearly disclose to consumers on their lack of access to the usual consumer safeguards such as independent dispute resolution and protection scheme, if applicable.

- NCAs exchange views on treatment of different P2P business models and national licencing approaches to those business models.

The application of blockchain technology to insurance contracts may produce multiple positive effects.[9]

Among the main effects, it is worth mentioning:

1- a possible reduction in costs and in the potential errors tied to manual human management of claims for damages;

2- greater contract transparency, which would enable a better comparability between the offerings of different firms, and the possibility of creating unique customer profiles;

3- a contribution to the fight against fraud;

4- a better flow of information, also for the purpose of implementing the product governance procedure as per Article 25 of the IDD Directive 97/2016.[10]

Particular blockchain applications may be exploited in the claims settlement phase in the case of index-based or parametric policies that allow for correlating the amount of compensation to certain indexes. The basic concept of parametric solutions is: instead of indemnifying for the actual loss incurred, parametric insurance covers the probability of a predefined event happening, and pays out according to a predefined scheme.

Insurance distribution sees a progression of procedural steps involving documentation, information, registration and communication obligations designed to ensure that insurance contracts are consistent with the policyholder's demands and needs. The fulfilment of such obligations could be guided and recorded, also for purposes of storing data and maintaining proof of correct execution, through the use of blockchains.[11]

Blockchain technology could also make it easier to find the most suitable products on the market.

Article 20 of the IDD (Directive (EU) 2016/97 on insurance distribution) provides that "[a]ny contract proposed shall be consistent with the customer's insurance demands and needs".

Recitals nos. 42 and 44 of the IDD read as follows:

---

[9] Legal scholars have addressed the impact of technology in relation to contract categories in general T J De Graaf, '*From old to new: from internet to smart contracts and from people to smart contracts'*, (2019), 35, Computer Law & Security Review, 9. M Cinque, '*La Blockchain smart contract-cripto attvità – applicazioni pratiche'*, (1stedn, Pacini Giuridica, 2022); G Gitti, '*La disciplina contrattuale del mercato, dall'autonomia all'automazione'*, [2021], Riv. Dir. comm., 28; A Gorassini, '*Il valore della cultura giuridica nell'era digitale'*, [2021], Tech. Dir., 49; S A Cerrato, '*Appunti su smart contract e diritto dei contratti',* (2020), 2, Banca borsa, 370 ff.; F Longobucco, '*Utopia di un'automa. Lex Criptgraphi(c)a e responsabilità del giurista'*, (ESI, 2023) in particular 71-2; according to the author, the categories existing under civil law already allow the problems posed by the new technologies to be resolved.

[10] A Camedda, '*Product Oversight and Governance nel sistema di governo societario dell'impresa di assumere',* (2021), 2, Banca borsa tit. cred*.,* 234 ff.; F Petrosino, *Le regole di product governance nei mercati finanziari,* (1stedn, Giappichelli, 2024), 1-15.

[11] K Noussia, 'The IDD and Its Impact on the Life Insurance Industry', in P. Marano, K. Noussia (eds) *Insurance Distribution Directive. AIDA Europe Research Series on Insurance Law and Regulation*, (1stedn, Springer, 2021),140.

> 'Insurance intermediaries and insurance undertakings are subject to uniform requirements when distributing insurance-based investment products, as laid down in Regulation (EU) No 1286/2014 of the European Parliament and of the Council. In addition to the information required to be provided in the form of the key information document, distributors of insurance-based investment products should provide additional information detailing any cost of distribution that is not already included in the costs specified in the key information document, so as to enable the customer to understand the cumulative effect that those aggregate costs have on the return of the investment. This Directive should therefore lay down rules on provision of information on costs of the distribution service connected to the insurance-based investment products in question.
>
> In order to avoid cases of mis-selling, the sale of insurance products should always be accompanied by a demands-and-needs test on the basis of information obtained from the customer. Any insurance product proposed to the customer should always be consistent with the customer's demands and needs and be presented in a comprehensible form to allow that customer to make an informed decision.'

As mentioned earlier, a blockchain functions as a decentralised encrypted ledger in which innumerable transactions are recorded in real time without anyone being able to modify what has been written centrally; any modification or update may take place only after consent has been received from all the parties involved in the transaction.

The blockchain could thus be considered like a third player, potentially replacing the functions we now usually attribute to notaries, who have for some time been looking at ways to exploit this technology for the purpose of carrying on their profession. A blockchain enables us to collect, verify and share data of varying nature in a secure and transparent manner.

This data can include customer demands and needs, the results of their profiling and product data.

As regards customer profiling and product suitability determined through algorithmic processes, it is necessary to make a distinction. In the life sector, suitability is more measurable. In the financial market, there are already metrics available for quantifying a product's suitability and appropriateness in relation to the customer profile. In the non-life sector, no metrics exist as of yet and suitability is still determined by non-quantitative means. We should consider possible measurements in this area as well.[12]

Since the Insurance Distribution Directive aims to strengthen the protection of retail customers – not customers in the coverage of major risks – some of its provisions are applicable only in business-to-consumer relationships. These include in particular the provisions laying down rules of conduct for insurance intermediaries or other sellers of insurance products.

Here the protection of insurance customers is tied to the issue of data protection, and it is necessary that the GDPR be applied taking into account the

[12] See P Perlingieri, '*Mifid II. Innovazione finanziaria e rapporti con la clientela*' [2019] DIMAF, 1-7

beneficial effects of new technologies in protecting the interests of policyholders.[13]

From the standpoint of the insurance sector, a greater exchange of data through open insurance solutions may facilitate innovation, openness and cooperation at a sectoral level and will probably enable the insurance industry to embrace data-driven innovation and the creation of innovative products for consumers and to increase efficiency and interaction with third parties (e.g. a better interaction with insurance platforms and ecosystems). Moreover, it could facilitate the emergence of greater competition within the value chain, with new players and new business models, possibly reducing some costs by improving efficiency.

In an industry perspective, the interaction between banks and insurers and the role of the bancassurance phenomenon should also be considered.

Another perspective worth considering is that of international organisations interested in obtaining data originating from the insurance market for social purposes, as in the case of health data.

There exist other possible uses of "open insurance" that are not considered in the EIOPA document:

1. Index-based insurance

Open insurance can have an important role in damage assessment procedures in the non-life insurance sector. The determination of losses may require long periods of time and could be costly both for the insurance undertaking and the policyholder. Index-based insurance could help. With this type of insurance, payouts are linked to an "index" and a rapid flow of information between insurers, insured, and distributors facilitates this.[14]

The development of index-based insurance depends on the collection of data which can make it easier to determine the amount of the insurance payout thanks to a predetermined index correlated to the amount of compensation.

The advantages of index-based insurance are:

- reduction of settlement costs;
- better possibility of determining losses in advance and hence better reinsurance capabilities;
- correction of adverse selection problems;
- all insured parties are subject to the same terms and conditions, which virtually eliminates the problem of adverse selection for insurers.

2. Better risk mapping and preventive measures

Insurance coverage can play a relevant role in risk mitigation. Insurance exclusions are policy provisions whereby coverage is denied for certain types of events. They are an important tool for introducing rules of prudential conduct for the insured. For instance, insurance contracts usually include clauses that exclude compensation if the policyholder is attempting to recoup losses deriving from lawless conduct or criminal acts. Insurance contracts can also provide for lower deductibles where the insured party adopts measures to

[13] S Landini, 'Privacy, rischio informatico e assicurazioni', in E Tosi (ed), *Privacy Digitale* (1st edn, Giuffré, 2019), 347-67. The GDPR is in any case also applied to small businesses, professionals and third sector organisations.

[14] B Collier, J Skees, B Barnett, '*Weather Index Insurance and Climate Change: Opportunities and Challenges in Lower Income Countries*' (2009) 34 Geneva Pap. Risk. Insur. Issues Pract., 401–24.

prevent losses. It is thus important to map the behavioural risk associated with the policyholder in order to introduce into the contract rules of conduct designed to prevent the insured event.

3. Insurance coverage for artificial intelligence and machine learning

Artificial intelligence can reduce human errors, but it cannot preclude damage. There is discussion as to who would be liable in the event of damage caused by artificial intelligence: the user, the owner, the manufacturer, or the programmer.

In the case of civil liability insurance, in order to mitigate the risk, it is important to improve the algorithms so as to reduce machine errors and the losses tied to actions of AI; under insurance contracts policyholders could be required to reach certain safety standards.

Sharing data about insurance claims can help in machine learning processes.

4. The new open finance regulatory framework.

On 18 April 2024, the Members of the European Parliament (MEPs) making up the Committee on Economic and Monetary Affairs (ECON) approved the draft of the Financial Data Access (FiDA) Regulation.[15]

It represents a response to the market developments highlighted thus far. The proposed regulatory framework seeks to ensure that the EU financial sector is fit for purpose and able to adapt to the digital transformation, as well as to the risks and opportunities it presents, particularly for consumers.[16]

The new legislative intervention is based on already existing "open banking" access to customer data held by account-servicing payment service providers and adopts a customer-centric approach. Its objective is to ensure that all consumers and firms possess tools for effective control over their financial data. It provides additional tools to guarantee the protection of personal data in line with the General Data Protection Regulation (GDPR) while applying the general principles of business-to-business data sharing in line with the Data Act proposal.

---

[15] We can recall the last steps:
On 9 December 2024 the joint statement: 'Avoid concluding the Financial Data Access (FiDA) Regulation before a thorough assessment of its impact across the entire value chain is completed.'
As the European Parliament adopted its position and the Council reached its General Approach, the Association for Financial Markets in Europe (AFME), the European Association of Co-operative Banks (EACB), the European Banking Federation (EBF), the European Fund and Asset Management Association (EFAMA), the European Savings and Retail Banking Group (ESBG), and Insurance Europe call on the co-legislators to deliver on commitments to boost European competitiveness and to avoid concluding the Financial Data Access (FiDA) Regulation before a thorough assessment of its impact across the entire value chain is completed.
2 December 2024 - Mandate for negotiations with the European Parliament, Proposal for a REGULATION OF THE EUROPEAN PARLIAMENT AND OF THE COUNCIL on a framework for Financial Data Access and amending Regulations (EU) 1093/2010, (EU) 1094/2010, (EU) 1095/2010 and (EU) 2022/2554 https://data.consilium.europa.eu/doc/document/ST-16312-2024-INIT/en/pdf .

[16] It should be noted that a European Data Strategy and Digital Finance Strategy were proposed in 2020, and work has continued in order to define rules for the collection, management and sharing of data. This led to the proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council on a framework for Financial Data Access (FiDA), which stands alongside the Data Act, in force as of 11 January 2024.

FiDA aims to improve the sharing of data and the protection of customers of financial operators. More specifically, FiDA regards data relating to the following categories of products:

- Mortgage credit agreements, loans and accounts (with the exception of payment accounts as defined in PSD2)
- Savings, investments in financial instruments, insurance-based investment products (IBIPs), real estate and other financial assets as well as the economic benefits derived from such assets, including data collected for the purpose of assessing suitability and appropriateness
- Pension products
- Non-life insurance products
- Data which forms part of a creditworthiness assessment

The regulatory framework establishes clear rights and obligations for managing the sharing of customer data in the financial sector beyond payment accounts, including:

- possibility but not obligation for customers to share their data with data users
- obligation on customer data holders to make such data available to data users
- full control by customers over who may access their data and for what purpose
- standardisation of customer data and the necessary technical interfaces

The result is a more complete regulatory framework for the sharing of data beyond payment account data in a dimension embracing all the strategic sectors deserving attention.

FiDA is based mainly on the customer's authorisation to share data. Indeed, consent is at the centre of this open finance regulation, as the obligation to share data arises at the request of customers themselves. In this regard, the regulation does not take account of existing scepticism towards the notion that simply obtaining initial informed consent to share data is sufficient to protect customers faced with complex choices. In this context, it would be appropriate to shift attention from the consensual approach to a governance of data processing founded on the protection of the data subject concerned.[17]

The regulation envisages three players, namely the customer: a natural or a legal person who makes use of financial products and services; the data holder: a financial institution that collects, stores and otherwise processes the data; and the data user, who, after obtaining permission from a customer, has lawful access to the data of that customer.

According to the proposal, any sharing of data must take place through so-called *financial data sharing schemes* (FDSS), which are essentially framework agreements concluded by data holders and data users, along with customer

[17] This subject has been recently addressed in relation to healthcare. SN Boers, AL Bredenoord, '*Consent for governance in the ethical use of organoids*', (2018) 20, Nat. Cell Biol., 642–45; 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] EMBO Rep., 938–41; 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'* [2016] J. Med. Ethics, 131-39.

organisations and consumer associations, with the aim of self-regulating the management of access to data among the members of the FDSS.

Within the European Union, the sharing of payment account data based on the customer's authorisation is transforming the way in which consumers and firms use and model banking services. From a regulatory standpoint, the revision of Directive (EU) 2015/2336 on payment services in the internal market has opened the way to data-driven open finance.

FiDA expands the type of data that may be shared beyond simple payment account data. With this legislative proposal, the European Commission intends to propose an effective open finance framework for sharing customer data across the whole financial sector, thus removing the existing barriers and improving the models existing within the scope of PSD2.[18]

In order that the goals pursued by FiDA may be achieved, the scope of application of the regulation should include a wide range of entities, acting as data holders or users, as well as types of data and entities.

5. Insurance and new technologies: what's next?

We have seen the impact of new technologies in the insurance sector: thanks to data analytics it is possible to arrive at a more precise risk assessment that allows for identifying the product that best meets a customer's demands. It is also possible to determine the level of insurability by overcoming the information asymmetry that typically characterises insurance contracts: the insurer usually has less information than the customer about the latter's actual risk status. For this reason, legislators have introduced disclosure obligations on the customer. Thanks to big data, insurers can close the information gap and even obtain more information than the customer has on their risk status.

From a production standpoint, it is possible to create tailor-made insurance contracts that also consider risk mitigation tools the customer must adopt to prevent or reduce the likelihood of an event occurring, as in the case of agricultural insurance. The insurance coverage thus becomes a sort of last resort in cases where damage occurs beyond what was forecast, despite the adoption of the measures provided for in the contract.

In themselves, the processes for determining damage through parametric policies make compensation faster on the one hand, and on the other make the payout in the event of a claim more predictable.

Uncertainty cannot be eliminated, but it can be reduced. Insurance contracts are increasingly contracts for the provision of risk management services rather than for risk coverage. The impact of the use of artificial intelligence and open insurance on cyber risk should also be considered in order to devise appropriate safeguards.

Such safeguards must address the new threats for individuals and for the economy in relation to new intangible assets which entail movements outside the ordinary economic and legal arrangements.

---

[18] A Dobrovinsky, '*The FIDA Proposal: Striking a Balance between Data Protection and Financial Innovation*', MS thesis, 2024. https://studenttheses.uu.nl/handle/20.500.12932/48185; U Morera, V Falce (eds), *Dall'open insurance all'open finance* (1st edn, Giappichelli 2024).

This was aptly highlighted in a document signed by the chairpersons of the competition authorities of the G7 countries in Rome in October 2024. It identifies competition problems tied to the possible concentration of relevant data in the hands of a few firms that are especially advanced on the ICT front, thanks also to cooperation agreements.

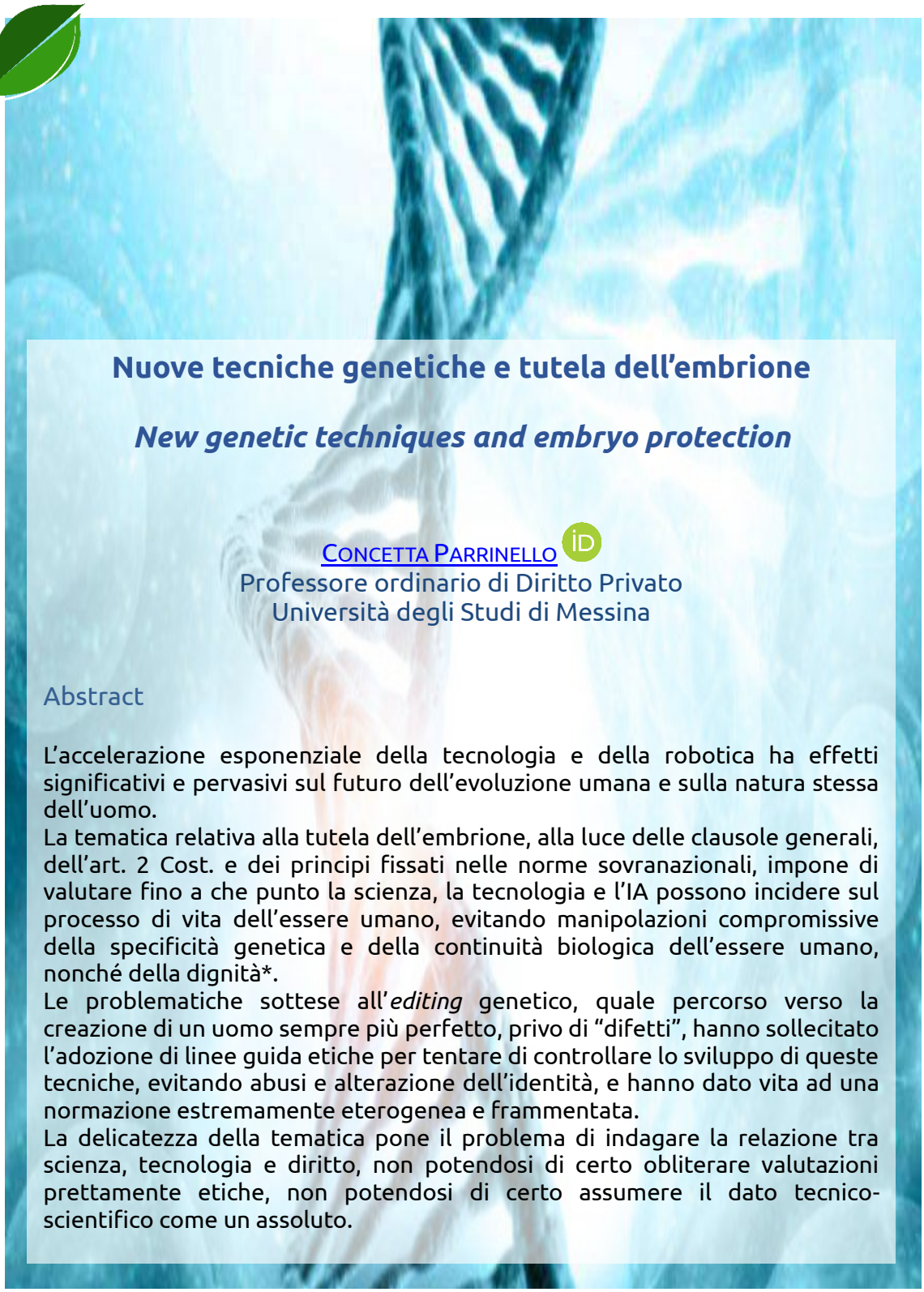
This aspect is amplified if one considers the content of financial data. As duly observed starting from the first comments, financial data contains strategically relevant information on the products and services offered by intermediaries and the know-how that underlies their development and management.[19]

[19] A Messore, A Travanini, *'FIDA: la proposta di regolamento in materia di open finance'* [2023] https://www.dirittobancario.it/art/fida-la-proposta-di-regolamento-in-materia-di-open-finance.

Parrinello C, 'Nuove tecniche genetiche e tutela dell'embrione' (2025) 1 EJPLT.
DOI: https://doi.org/10.57230/EJPLT251CP

EJPLT

ISSN 2704-8012



Nuove tecniche genetiche e tutela dell'embrione

New genetic techniques and embryo protection

CONCETTA PARRINELLO
Professore ordinario di Diritto Privato
Università degli Studi di Messina

Abstract

L'accelerazione esponenziale della tecnologia e della robotica ha effetti significativi e pervasivi sul futuro dell'evoluzione umana e sulla natura stessa dell'uomo.
La tematica relativa alla tutela dell'embrione, alla luce delle clausole generali, dell'art. 2 Cost. e dei principi fissati nelle norme sovranazionali, impone di valutare fino a che punto la scienza, la tecnologia e l'IA possono incidere sul processo di vita dell'essere umano, evitando manipolazioni compromissive della specificità genetica e della continuità biologica dell'essere umano, nonché della dignità*.
Le problematiche sottese all'*editing* genetico, quale percorso verso la creazione di un uomo sempre più perfetto, privo di "difetti", hanno sollecitato l'adozione di linee guida etiche per tentare di controllare lo sviluppo di queste tecniche, evitando abusi e alterazione dell'identità, e hanno dato vita ad una normazione estremamente eterogenea e frammentata.
La delicatezza della tematica pone il problema di indagare la relazione tra scienza, tecnologia e diritto, non potendosi di certo obliterare valutazioni prettamente etiche, non potendosi di certo assumere il dato tecnico-scientifico come un assoluto.

* L'articolo è stato pubblicato nel volume CAGGIANO I.A., MOLLO A.A. (a cura di), *Il diritto della sostenibilità nella prospettiva europea e italiana: testi di riferimento*, Napoli, Suor Orsola Benincasa Università Editrice, 2024, e rientra nell'ambito delle attività della Cattedra Jean Monnet "*European Green rights: reshaping fundamental rights for next generations*" (EUGREENEXT) presso l'Università degli Studi Suor Orsola Benincasa (UNISOB), titolare della cattedra Prof.ssa Ilaria A. Caggiano, 2022-2025, bando ERASMUS-JMO-2021-HEI-TCH-RSCH, progetto n. 101047962. www.eugreenext.eu

© The author(s) 2025, 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 exponential acceleration of technology and robotics has a significant and pervasive effect on the future of human evolution and the nature of man himself.
The issue relating to the protection of the embryo, in the light of general clauses, Article 2 of the Constitution and the principles laid down in supranational norms, requires an assessment of the extent to which science, technology and AI can affect the human being's life process, avoiding manipulations that compromise the genetic specificity and biological continuity of the human being, as well as dignity, and limits the economic profit deriving from the exploitation of scientific discoveries.
The issues underlying genetic editing, as a path towards the creation of an increasingly perfect human being, free of 'defects', have prompted the adoption of ethical guidelines in an attempt to control the development of these techniques, avoiding abuse and alteration of identity, and have given rise to an extremely heterogeneous and fragmented standardization. The delicacy of the issue poses the problem of investigating the relationship between science, technology and law, as purely ethical evaluations certainly cannot be obliterated, and technical-scientific data cannot be taken as an absolute.

Keywords: genetica; regolamentazione delle biotecnologie, manipolazione genetica; dignità dell'embrione

Summary: 1. Tecnologia e rispetto della vita nascente: un difficile connubio. – 2. *Editing* genetico e autodeterminazione dei genitori. – 3. L'intersezione fra diritto e genetica nella ricostruzione dei "nuovi" diritti fondamentali.

1. Tecnologia e rispetto della vita nascente: un difficile connubio.

L'accelerazione esponenziale della tecnologia e della robotica ha effetti significativi e pervasivi sul futuro dell'evoluzione umana e sulla natura stessa dell'uomo, mettendo in discussione la teoria della selezione naturale darwiniana[1].

La manipolazione che l'essere umano sta subendo impone di riflettere sulla rilevanza del momento della nascita[2] ai fini dell'attribuzione della soggettività, che si presenta profondamente modificato[3].

Se, infatti, tradizionalmente il momento della nascita ha rappresentato l'evento iniziale per l'acquisto di tutte le situazioni giuridiche a carattere personale, si assiste da tempo all'anticipazione della soggettività con specifico riguardo alla fase intrauterina dell'esistenza umana e il riferimento è alla legge

[1] C. DARWIN, On the origin of species by means of natural selection, or the preservation of favoured races in the struggle for life, London, 1859, 61-77.
[2] «La nascita era il concludersi di un evento naturale, cui il diritto rimaneva estraneo, se non (casualmente) per il momento in cui si era verificato il contatto che aveva originato l'antecedente dell'evento, o di cui si interessava se e in quanto si fosse verificato un intervento esterno impeditivo del dispiegarsi delle leggi biologiche»: A. GORASSINI, *Per un (bio)diritto semplificato della nascita e della morte,* in *Liber Amicorum per Francesco D. Busnelli. Il diritto civile tra principi e regole,* Milano, 2008, 229.
[3] Osserva S. RODOTÀ, *La vita e le regole. Tra diritto e non diritto,* Milano, 2006, 149, che «l'intreccio tra regole e vita si fa così particolarmente stretto, e proietta l'innovazione scientifica e tecnologica ben al di là della vicenda della nascita. Le opportunità offerte dalla genetica e dall'elettronica mettono di fronte a possibilità sempre più complesse di intervento sugli esseri umani con finalità di prevenzione, riparazione o ripristino, miglioramento, "riprogrammazione". Natura, caso e cultura si confrontano in giochi che ne mutano continuamente i contorni».

sulla interruzione volontaria di gravidanza (IVG), l. 194/1978e, più di recente, si registra la qualificazione dell'embrione come soggetto giuridico[4], caratterizzato da specificità genetica, unicità e unitarietà biologica, al quale deve essere accordata piena tutela[5].

Nel tema di indagine particolare significato assume la normativa in tema di procreazione medicalmente assistita, l. 40/2004, che nel Capo VI, rubricato «Misure di tutela dell'embrione» ha inteso promuovere la protezione e l'integrità dell'embrione, vita non ancóra nata, ma già determinata nella sua identità genetica e perciò nella sua unicità ed inconfondibilità, che merita, in ossequio ai valori del sistema ordinamentale, adeguata protezione[6].

Alla luce di ciò, come afferma la Consulta[7], all'embrione va accordata tutela e dignità, valore di rilievo costituzionale «riconducibile al precetto generale dell'art. 2 Cost.», perché si tratta di una entità che ha in sé il principio della vita, ancorché in uno stadio di sviluppo non predefinito dal legislatore e tuttora non univocamente individuato dalla scienza.

La tutela della dignità, «concetto propriamente normativo, dotato di intrinseca precettività»[8], da accordarsi anche all'embrione «quale che ne sia il,

---

[4] Dalla lettura combinata dell'art. 1 e dell'art. 6, 3° co., l. 40/2004, si potrebbe ritenere che il momento in cui si forma l'entità biologica rilevante per il diritto coincida con la fecondazione a seguito dell'unione del gamete maschile e di quello femminile, a prescindere dall'impianto in utero dell'embrione. Sulla questione, cfr., in dottrina, G. ALPA, *Lo statuto dell'embrione tra libertà, responsabilità, divieti, in La fecondazione assistita. Riflessioni di otto grandi giuristi*, Milano, 2005, 145-148; V. SCALISI, *Lo statuto giuridico dell'embrione umano alla luce della l. n. 40 del 2004, in tema di procreazione medicalmente assistita*, in *Famiglia e dir.*, 2005, 2, 203-220; F.D. BUSNELLI, *Cosa resta della legge 40? Il paradosso della soggettività del concepito*, in *Riv. dir. civ.*, 2011, 4, 459-476; S. AGOSTA, *Procreazione medicalmente assistita e dignità dell'embrione,* Roma, 2020, 1-296. Il tema è stato oggetto di riflessione anche prima dell'avvento della legge sulla PMA: P. ZATTI, *Quale statuto per l'embrione?,* in *Riv. critica dir. priv.*, 1990, 438-489; ID., *La tutela della vita prenatale: i limiti del diritto,* in *Nuova giur. comm.*, 17, 2001, 3, 149-160; C. FAVILLI, *Autodeterminazione procreativa e diritti dell'embrione*, in *Nuova giur. comm.*, 17, 2001, 5, 487-501. Nel secolo scorso secondo M. COMPORTI, *Ingegneria genetica e diritto: profili costituzionalistici e civilistici,* in AA.VV., *Manipolazioni genetiche e diritto*, Milano, 1986, n 164, «L'embrione non è più una parte staccata del proprio corpo, come il seme o l'ovulo, ma un essere umano con potenzialità, un uomo in divenire, un soggetto *in fieri*».

[5] In questa direzione rilevano diversi atti sovranazionali del secolo scorso tra i quali si segnala la Raccomandazione dell'Assemblea parlamentare del Consiglio d'Europa sull'uso degli embrioni umani, 24 Settembre 1986, n. 1046; la Raccomandazione dell'Assemblea parlamentare del Consiglio d'Europa sulla utilizzazione degli embrioni e feti umani nella ricerca scientifica, 12 aprile 1989, n. 1100; la Risoluzione del Parlamento europeo sui problemi etici e giuridici della manipolazione genetica, 5 maggio 1989; la Risoluzione del Parlamento europeo concernente la fecondazione artificiale in "vivo" e in "vitro", 5 maggio 1989; le Risoluzioni del Parlamento europeo sulla clonazione dell'embrione umano, 3 dicembre 1993, 15 gennaio 1998 e 7 settembre 2000; la Convenzione sui diritti dell'uomo e la biomedicina, Oviedo, 4 Aprile 1997, n. 16. Un cenno merita, altresì, la Convenzione sui diritti del fanciullo, stipulata a New York il 20 novembre 1989 e ratificata in Italia con l. n. 176/1991, che «assicura protezione sia prima che dopo la nascita» (art. 6). Parte della dottrina civilistica (C.M. BIANCA, *Istituzioni di diritto privato,* Milano, 2018, 70), invero, si interroga se l'embrione debba essere considerato alla stregua di un mero prodotto organico o se debba essere tutelato come il frutto del concepimento, potenziale iniziatore della vita umana.

[6] «La tutela dell'embrione si ispira al valore della persona e dell'essere umano, come essere umano in un *continuum* in un divenire che non consente di escludere che l'embrione sia da considerare una realtà non esistente, una realtà che non ha solo diritto alla vita, ma che dev'essere tutelata ancor prima, in considerazione della sua futura attitudine alla titolarità di situazioni giuridiche»: P. PERLINGIERI, *La persona e i suoi diritti. Problemi del diritto civile.*, Napoli, 2005, 318.

[7] C. Cost., 11 novembre 2015, n. 229, in *www.cortecostituzionale.it*.

[8] Secondo V. SCALISI, *L'ermeneutica della dignità*, Milano, 2018, 57, la dignità non è «individuabile *a priori* e neppure definibile una volta per tutte attraverso l'indicazione di una supposta soglia elementare, universale, di un non meglio definito contenuto minimo non bilanciabile, o, ancóra, come è stato detto, di un preteso nucleo duro resistente, quasi a prefigurare una sorta di scomposizione fra una parte statica, fissa, e una parte, invece, variabile e contingente. L'unità della persona nella storica e irripetibile individualità del suo

più o meno ampio, riconoscibile grado di soggettività»[9], siccome sottolineato dalla Consulta[10], impone il diniego di qualsiasi tentativo di sperimentazione o manipolazione, laddove non si agisca alla ricerca del suo *best interest*, bensì per il conseguimento di determinati obiettivi in àmbito scientifico[11], tenuto conto, peraltro, che allo stato non appare accertato il loro effettivo e reale potenziale terapeutico per la tutela della salute e lo sviluppo dell'embrione stesso né sono stati accertati gli eventuali effetti sui discendenti.

La tematica relativa alla tutela dell'embrione, enfatizzata anche dalla Corte di Giustizia[12], alla luce delle clausole generali, in particolare dell'art. 2 della Costituzione, dei princìpi fissati nelle norme sovranazionali[13] e delle linee guida[14], impone di valutare fino a che punto la scienza, la tecnologia e l'Intelligenza Artificiale possono incidere sul processo di vita dell'essere umano[15], stante l'obiettivo primario ed imprescindibile di evitare manipolazioni

essere non ammette scomposizioni o frazionamenti e il dover essere della dignità ha la funzione di riflettere e preservare siffatta unità».

[9] Parte della dottrina (A. D'Aloia, *Quel che resta della legge 40*, in *BioLaw Journal*, 2014, 2, 1-11; S. Prisco, *Il diritto e l'embrione come soggetto di narrazioni*, in *BioLaw Journal*, 2016, 2, 209-221; A. Ruggeri, *Procreazione medicalmente assistita e Costituzione: lineamenti metodico-teorici di un modello ispirato ai valori di dignità e vita,* in *federalismi.it*, 2016, 10, 1-28, ritiene che l'impianto della legge n. 40/2004 è fondato sul principio per cui l'embrione deve essere considerato persona. Secondo alcuni (R. Bin, *Libertà della ricerca scientifica in campo genetico*, in M. D'Amico - B. Randazzo (a cura di), *Alle frontiere del diritto costituzionale*, *Scritti in onore di Valerio Onida*, Milano, 2011, 215-230. Il divieto generalizzato di compiere qualsiasi attività di ricerca o sperimentazione sugli embrioni è sproporzionato e dettato unicamente da un preconcetto ideologico.

[10] C. Cost. 27 luglio 2023, n. 161, in *www.cortecostituzionale.it*, in tema di crioconservazione degli embrioni.

[11] In tal senso il Comitato di Bioetica nel parere su *Identità e statuto dell'embrione umano*, 22 giugno 1996, in *www.bioetica.governo.it*.

[12] Il riferimento è al noto caso *Olivier Brüstle contro Greenpeace e V. – divieto di brevettabilità dell'embrione*, Corte di Giustizia (Grande Sezione), 18 ottobre 2011, causa C-34/10, in *curia.europa.eu*. Per un commento, cfr., tra gli altri, F. Piergentili, *La Corte di giustizia e la tutela dell'embrione umano nei confronti dei brevetti. La supremazia della dignità della persona umana nella tutela europea dei diritti fondamentali*, in *federalismi.it*, 17 maggio 2013; G. Carapezza Figlia, *Tutela dell'embrione e divieto di brevettabilità: un caso di assiologia dirimente nell'ermeneutica della Corte di Giustizia*, in *Fam. pers. succ*, 2012, 1, 20-38; M. Casini, *La Corte di Giustizia dell'Unione Europea ed il superamento della c.d. "teoria del preembrione",* in *Fam. pers. succ.*, 2012, 1, 38-58; I. Rivera, *La tutela dell'embrione umano e la brevettabilità del vivente alla luce dei più recenti sviluppi giurisprudenziali,* in *BioLaw Journal*, 2015, 1, 29-44 e A. Scalera, *La nozione di "embrione umano" all'esame della Corte UE – il commento*, in *Famiglia e dir.*, 2012, 3, 221-232.

[13] Una lettura estensiva dell'art. 3 della Carta di Nizza che al secondo comma prevede "il divieto delle pratiche eugenetiche, in particolare di quelle aventi come scopo la selezione delle persone", potrebbe condurre a ritenere che nella previsione sia ricompresa anche la vita umana prenatale e le generazioni future, nei cui confronti si produrrebbero gli effetti degli interventi genetici a livello germinale.

[14] La creazione di un uomo sempre più perfetto, privo di "difetti", ha sollecitato l'adozione di linee guida etiche per tentare di controllare lo sviluppo di questa tecnica, evitando abusi e alterazione dell'identità e sul punto si rinvia alle raccomandazioni dell'OMS sull'*editing* del genoma umano per il progresso della salute pubblica (2018 e 2021).

[15] Occorre, invero, segnalare che nel 2018 alcuni scienziati cinesi hanno annunciato di aver lavorato al concepimento e alla nascita dei primi bambini geneticamente modificati; nel 2017 la startup spagnola Overture Life ha realizzato un robot per fecondare ovuli umani senza errore. È stato utilizzato un controller Sony PlayStation 5 per posizionare un ago robotico; attraverso una telecamera, il robot ha poi proceduto in autonomia, fecondando complessivamente una dozzina di uova. Nel 2013, una società californiana, la "23andMe" ha ottenuto il brevetto informatico per far nascere bambini su misura, attraverso un algoritmo, è possibile calcolare la probabilità che un bambino nasca con determinate caratteristiche genetiche e fisiche, siano queste la mancanza di geni associati a malattie, o un elevato quoziente intellettivo. Utilizzando queste informazioni, il calcolatore è in grado di stimare quali sono le probabilità che il nascituro erediti le caratteristiche fenotipiche prescelte.

compromissive della specificità genetica e della continuità biologica dell'essere umano[16], nonché della dignità[17].

2. *Editing* genetico e autodeterminazione dei genitori.

Gli sviluppi della genetica, nel consentire alla coppia di prendere decisioni informate e di pianificare con consapevolezza il loro futuro familiare, pongono gli aspiranti genitori di fronte ad opzioni che incidono sulle loro scelte riproduttive e in questa prospettiva si segnala il ricorso alla diagnosi preimpianto, all'inseminazione eterologa, all'interruzione di gravidanza, tecniche tutte dalle quali si può desumere la possibilità di effettuare scelte riproduttive consapevoli e responsabili anche in un'ottica di pari opportunità, fermo restando il rischio di potenziali danni derivanti da falsati o incerti risultati che incidono sulla dignità e sull'autonomia dei soggetti coinvolti.

Il progredire delle conoscenze sul genoma umano, l'accelerazione impressa dallo sviluppo tecnologico alle indagini genetiche, il processo robotico verso la fecondazione in vitro automatizzata, potrebbero determinare innovazioni più radicali, quali l'*editing* genetico[18] o persino uteri artificiali[19], i cui sviluppi finirebbero per incidere sulla categoria stessa del soggetto giuridico e sulla tradizionale declinazione della responsabilità genitoriale.

Le problematiche sottese all'*editing* genetico - tecnologia che permette di modificare specifici segmenti di DNA in modo preciso, come un "correttore di bozze" molecolare - impongono una regolamentazione giuridica della materia al fine di bilanciare le esigenze della ricerca biotecnologica con i diritti genetici dell'uomo, suscettibili di valenza autonoma nel novero dei diritti fondamentali[20].

---

[16] In tal senso dispone l'art. 13, 2° co., l. 19 febbraio 2004, n. 40.

[17] La Corte di Giustizia, 18 dicembre 2014, Causa C-364/13, *International Stem Cell Corporation v. Comptroller General of Patents, Designs and Trade Marks*, in *curia.europa.eu*, chiamata a pronunciarsi sulla protezione giuridica delle invenzioni biotecnologiche ai sensi della direttiva 98/44, ha rilevato che «il legislatore dell'Unione ha inteso escludere qualsiasi possibilità di brevettabilità quando il rispetto dovuto alla dignità umana potrebbe esserne pregiudicato e che conseguentemente la nozione di «embrione umano», ai sensi dell'articolo 6, paragrafo 2, lettera c), della suddetta direttiva, deve essere intesa in senso ampio». Per un commento, si rinvia a S. AGOSTA, *La Corte di Giustizia alle prese con la nozione eurounitaria di embrione umano (a margine della giurisprudenza Brüstle ed in previsione di futuri sviluppi*), in *dirittifondamentali.it,* 2016, 1, 1-21; C. DRIGO, *Il diritto della scienza e i diritti della vita. La Corte di Giustizia di nuovo sollecitata a definire il concetto di "embrione umano",* in *dirritticomparati.it* (15 settembre 2014).

[18] Lo sviluppo della tecnica CRISPR-Cas9, nota come *gene editing*, che consente di "correggere le bozze" del DNA umano e le implicazioni etico-giuridiche sono stato oggetto di un Parere critico sulla innovativa e discussa tecnica da parte del Comitato Nazionale per la Bioetica in data 23 febbraio 2017.

[19] Se questa tecnologia fosse definitivamente perfezionata, si prospetterebbero diversi profili di riflessione. Per un verso si potrebbe salvare la vita dei grandi prematuri, per altro verso la gravidanza extra-corporea potrebbe superare il divieto di maternità surrogata, aprire la strada a manipolazioni genetiche e alla nascita di bambini su misura e sollevare l'interrogativo se sussiste il diritto di interrompere lo sviluppo dell'embrione che potrebbe sopravvivere al di fuori del corpo umano. Inoltre, se l'utero artificiale potesse assicurare al bambino che nascerà le migliori condizioni di sviluppo, si potrebbe ritenere che, in ossequio al principio di procreazione responsabile, la scelta in tal senso dovrebbe essere privilegiata.

[20] Le implicazioni che la ricerca medica e le biotecnologie possono avere sulla garanzia dello sviluppo della persona e della dignità umana impongono il coinvolgimento del diritto nel campo della bioetica; sul punto cfr., G. AZZARITI, *Intervento al Seminario "La bioetica", del 13 giugno 2003*, in S.P. PANUNZIO (a cura di), *I costituzionalisti e la tutela dei diritti nelle Corti d'Europa*. Il dibattito nelle riunioni dell'Osservatorio costituzionale presso la LUISS "Guido Carli" dal 2003 al 2005, Padova, 2007, 174 s.

Invero, allo stato, il valore supremo della dignità umana ribadito anche dalle fonti sovranazionali, da un lato, e il percorso verso la creazione di un uomo sempre più perfetto, privo di "difetti", dall'altro, hanno sollecitato l'adozione di atti non vincolanti[21] e di linee guida etiche[22] per tentare di controllare lo sviluppo di queste tecniche, evitando abusi e alterazione dell'identità genetica, al fine di garantire che l'*editing* del genoma umano sia utilizzato in modo sicuro, efficace ed etico, tenuto conto, tra l'altro, dei rischi di alterare il genoma con la modifica della linea germinale ereditaria[23].

Si registra sul piano internazionale, seppur con strumenti di *soft law* che concorrono a delineare una cornice per la *governance* dell'*editing* genetico, un atteggiamento rigido e di tendenziale chiusura nei confronti delle tecniche - etichettate come «pratiche che potrebbero essere contrarie alla dignità umana»[24], all'ordine pubblico e al buon costume - anche al fine di tutelare l'interesse delle generazioni future[25].

Sebbene in un'epoca storica in cui ancóra non era sancito normativamente l'interesse delle generazioni future, appare significativo che la Dichiarazione sulle responsabilità delle generazioni presenti verso le generazioni future, adottata dall'Unesco nel 1997, pone l'accento sull'esigenza di tutelare il

---

[21] Nel secolo scorso sono state emanate risoluzioni e raccomandazioni volte alla protezione del genoma umano e sul punto cfr. Risoluzione del Parlamento Europeo sulle manipolazioni genetiche 16 marzo 1989; Risoluzione sulla tutela dei diritti umani e della dignità dell'essere umano in relazione alle attività biotecnologiche e mediche, 20 settembre 1996; Raccomandazione 26 gennaio 1982, n. 934 relativa all'ingegneria genetica e Raccomandazione 24 settembre 1986 n. 1046 relativa all'utilizzo di embrioni e feti umani a fini diagnostici, terapeutici e scientifici.

[22] Nel 2021 il Comitato esperto multidisciplinare dell'OMS ha realizzato raccomandazioni per bilanciare i rischi e l'innovazione dell'*editing* genetico con la sicurezza ed il libero accesso alla tecnologia.

[23] La possibilità di modificare il patrimonio genetico di un embrione, in modo da consentire la trasmissione del DNA modificato, è oggetto di riflessione da parte delle scienze mediche e bioetiche chiamate a risolvere il quesito circa l'esistenza o la assoluta negazione di un diritto a modificare il patrimonio genetico delle generazioni future.

[24] In tal senso l'art. 24 della Dichiarazione universale sul genoma umano e i diritti umani dell'UNESCO vieta in modo assoluto gli interventi genetici sull'embrione e l'art. 90, 2° co., del Regolamento 2014/536/UE che vieta *trials* clinici di terapia genica che abbiano come esito «modifiche dell'identità genetica germinale del soggetto».

[25] I problemi connessi alla terapia genica germinale sono stati oggetto di considerazione già nel 1991 nella Dichiarazione di Inuyama concernente la mappatura del genoma umano, lo *screening* genetico e la terapia genica. Nella Dichiarazione, i redattori, pur riconoscendo che la terapia genica sulla linea germinale fosse, all'epoca, priva di una concreta applicabilità clinica a causa dell'insufficiente sviluppo tecnico-scientifico, non escludono che essa possa, in un futuro prossimo, rappresentare una risorsa terapeutica imprescindibile per la prevenzione di patologie ereditarie di particolare gravità. Viene espressamente affermata la necessità che un'eventuale futura introduzione di tale tecnica nell'ambito clinico debba essere preceduta da una rigorosa e approfondita valutazione della sua sicurezza, fondata su evidenze scientifiche solide e su criteri di precauzione tali da garantire la tutela della salute individuale e collettiva, nonché la salvaguardia dei diritti delle generazioni future.
Il rischio che l'uomo si trasformi da soggetto a oggetto della manipolazione, a causa di una sperimentazione senza controllo è presente nella Convenzione di Oviedo del Consiglio d'Europa, rubricata «Interventi sul genoma umano», secondo la quale «un intervento che ha come obiettivo di modificare il genoma umano non può essere intrapreso che per delle ragioni preventive, diagnostiche o terapeutiche e solamente se non ha come scopo di introdurre una modifica nel genoma dei discendenti». Per un commento v. C. PICCIOCCHI, *La Convenzione di Oviedo sui diritti dell'uomo e la biomedicina: verso una bioetica europea?,* in *Dir. pubbl. comparato ed europeo*, 2001. 1301 ss. e R. SAPIENZA, *La Convenzione europea sui diritti dell'uomo e la biomedicina*, in *Riv. dir. int.,* 1998, 457 ss. Inoltre, l'esigenza di adottare canoni universali di riferimento per le pratiche biomediche, affinché possano implementarsi come fattori di miglioramento della tutela della dignità umana, dei diritti e delle libertà della persona, e non come minaccia alla sacralità di questi valori si ravvisa nella Dichiarazione Universale sulla Bioetica e i diritti umani del 2005 emanata con l'intento di soddisfare la domanda di criteri etici condivisi nel settore delle indagini sul genoma umano.

genoma umano e valorizza il legame intercorrente tra siffatta tutela e il rispetto della dignità e dei diritti fondamentali dell'uomo[26].

Le nuove possibilità di intervenire sulla vita umana e di modificare la struttura anche genetica degli esseri viventi, impongono di interrogarsi sullo sviluppo della scienza e della tecnologia nel settore dell'*editing* genetico, al fine di identificare opportunità e pericoli potenziali, anche imprevedibili, nell'ottica di valutare se l'intervento o la tecnologia sono «abbastanza sicuri» ed efficaci anche al fine di mitigarne i rischi, tenuto conto dei problemi etico-giuridici che genera l'acquisita capacità di intervenire sulla causalità dell'origine dell'uomo e sul patrimonio genetico anche a tutela delle generazioni future[27].

L'utilizzo dell'Intelligenza Artificiale e degli algoritmi predittivi, rendendo il processo della fecondazione in vitro più preciso e accurato, al contempo, potrebbe determinare un ampliamento della platea degli aspiranti genitori che desiderano un figlio sano e, specularmente, prospettare il riconoscimento del diritto a nascere sani, fermi restando i rischi connessi ad un possibile difetto del processo automatizzato, dovuto ad un eventuale errore nella programmazione dell'algoritmo o nella supervisione del processo stesso.

[26] Cfr. art. 3 Dichiarazione dell'UNESCO sulle responsabilità delle generazioni presenti verso le generazioni future, emanata il 12 novembre 1997.

[27] Le recenti acquisizioni scientifiche in materia di editing genetico, rese possibili grazie all'impiego della tecnologia CRISPR-Cas9, impongono una riflessione giuridica profonda, specie laddove tali interventi siano idonei a incidere direttamente sull'embrione umano, determinando potenziali effetti sulla dimensione giuridica dei diritti delle generazioni future. L'attuale impianto normativo, sia a livello nazionale che sovranazionale, si orienta verso un generale divieto di modificazioni della linea germinale, fondato in larga misura su preoccupazioni di ordine etico e giuridico, connesse al rischio di derive eugenetiche.
Tuttavia, la prospettiva della piena attuazione del principio personalista e della tutela della dignità umana suggerisce l'opportunità di un ripensamento critico delle suddette interdizioni, nella misura in cui le tecniche di editing genomico, una volta verificate sul piano della sicurezza e dell'efficacia, possano costituire strumenti utili per prevenire o curare patologie genetiche di eccezionale gravità.
In tale contesto, l'elaborazione di criteri giuridici chiari e rigorosi, idonei a delimitare l'ambito dell'ammissibilità dell'intervento genetico terapeutico, appare non solo auspicabile ma necessaria. Ciò consentirebbe di scongiurare il rischio di applicazioni selettive incompatibili con i valori costituzionali, salvaguardando al contempo il diritto alla salute e alla vita delle future generazioni, le quali rischiano, in assenza di una tale evoluzione normativa, di restare irragionevolmente escluse dai benefici offerti dal progresso biotecnologico. Sul punto cfr. A. VILLELLA, *Editing genetico e sperimentazione sugli embrioni tra vecchi problemi e nuove questioni*, in *Rass. dir. civ.*, 2023, 3, 1023-1044

È noto il dibattito che ha sollevato la questione del c.d. diritto a nascere sani[28] sin dalla ormai tralatizia pronuncia di merito[29] che aveva sancito il principio giuridico innovativo e dirompente del diritto del figlio al risarcimento dei danni per "essere venuto al mondo" con una menomazione fisica conseguente alla trasmissione genetica di una grave malattia ereditaria di cui i genitori erano a conoscenza.

Alla luce dei risultati cui è giunta l'Intelligenza Artificiale in siffatta materia, dell'ampliamento delle ipotesi di accesso alla diagnosi preimpianto[30] e della

[28] La questione relativa al c.d. diritto a nascere sano si presta a una riflessione articolata sotto un duplice profilo interpretativo. Da un lato, in forza dei princìpi sanciti dagli artt. 2 e 32 della Costituzione italiana nonché dell'art. 3 della Carta dei Diritti Fondamentali dell'Unione Europea, tale diritto viene riconosciuto nel caso in cui vi sia una concreta possibilità, per il concepito, di venire al mondo in condizioni di salute, e ciò in ragione della tutela della dignità umana e del diritto alla salute quale diritto fondamentale della persona. Dall'altro lato, tale diritto viene invece escluso nei casi in cui il soggetto in fieri sia affetto da una patologia grave e irreversibile già in fase intrauterina.
In questa prospettiva, merita attenzione l'evoluzione giurisprudenziale sul punto. In un primo momento, la Corte di Cassazione (Cass. 2 ottobre 2012, n. 16754, in *DeJure*) aveva riconosciuto in capo al nato affetto da malformazione congenita un diritto al risarcimento del danno, a condizione che l'omessa informazione da parte del medico in ordine alla disponibilità di test diagnostici prenatali più efficaci avesse impedito alla gestante di esercitare consapevolmente la facoltà di interrompere la gravidanza. Secondo tale impostazione, pur in assenza di soggettività giuridica del concepito prima della nascita, il nato avrebbe potuto agire, una volta venuto ad esistenza, per ottenere il ristoro del pregiudizio derivante dall'essere venuto al mondo in condizioni di disabilità, in considerazione dell'interesse ad alleviare la propria condizione esistenziale limitativa dello sviluppo della personalità. Né rilevava, secondo tale pronuncia, la natura congenita della patologia, né l'ipotetico ricorso all'aborto da parte della madre in caso di adeguata informazione.
Tuttavia, tale orientamento è stato successivamente superato dalla decisione delle Sezioni Unite della Corte di Cassazione (Cass. Sez. Un. 2 dicembre 2015, n. 25767 in *DeJure*), le quali hanno affermato, con chiarezza, che «il nato disabile non può agire per il risarcimento del danno, neppure sotto il profilo dell'interesse ad avere un ambiente familiare preparato ad accoglierlo», in quanto l'ordinamento giuridico non contempla un "diritto a non nascere se non sani", né è configurabile la vita stessa del minore quale danno conseguenza di un comportamento illecito, ancorché omissivo, del sanitario.
La giurisprudenza più recente ha ribadito questo approccio restrittivo: la Corte di Cassazione (Cass., ordinanza, 11 febbraio 2025, n. 3502, in *DeJure*), in linea con il proprio precedente orientamento (Cass.20 novembre 2020, n. 26426, in *DeJure*) ha confermato l'impossibilità di riconoscere al figlio un danno risarcibile, né in termini biologici né relazionali, evidenziando come l'unica alternativa alla nascita con disabilità sarebbe stata la non nascita — condizione che, ontologicamente, non può essere qualificata come situazione giuridicamente desiderabile né tutelabile. Si riafferma così il principio per cui non esiste un diritto a nascere soltanto sani, ossia non sussiste alcuna pretesa giuridicamente rilevante a venire al mondo esclusivamente in condizioni di integrità fisica e psichica.
Tale orientamento si fonda su un'interpretazione rigorosa dell'art. 1223 c.c., che subordina la risarcibilità del danno alla sussistenza di un danno-conseguenza effettivo, eziologicamente ricollegabile alla condotta illecita. In tale ottica, non può configurarsi come danno la stessa esistenza, seppur segnata dalla disabilità, e, per converso, non può assumere rilevanza risarcitoria una condizione di "non vita", estranea al sistema della responsabilità civile.

[29] Secondo Trib. Piacenza, 31 luglio 1950, in *Foro it.*, 1951, I, 987, «La vita è un grande dono, un immenso dono. Ora il trasmettere attraverso la generazione una condizione morbosa che questo grande dono trasformi in una immensa infelicità è illecito, contrario al diritto, contrario al comportamento della persona quale le è imposto dall'ordinamento giuridico che la riconosce e la eleva». In senso critico sulla pronuncia cfr. M. ELIA, *Responsabilità del genitore verso il figlio eredoluetico?,* in *Foro it.*, 1951, I, 988; F. CARNELUTTI, *Postilla a Tribunale di Piacenza 31 luglio 1950*, in *Foro it.*, 1951, I, 990; P. RESCIGNO, *Il danno da procreazione,* in *Riv. dir. civ.*, 1956, 614-624; R. LENER, *Mero diritto civile la paternità?,* in *Foro it.*, 1952, 12.

[30] La presenza accertata di malattie geneticamente trasmissibili nella coppia rappresenta un requisito di accesso di queste alla PMA, al fine di svolgere la diagnosi e selezionare gli embrioni che non hanno ereditato la malattia. La Corte costituzionale (C. Cost., 5 giugno 2015, n. 96, in *www.cortecostituzionale.it*), riprendendo il ragionamento della Corte EDU in *Costa e Pavan c. Italia* (Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, Grande Camera, *Parrillo c. Italia*, 27 agosto 2015, ricorso n. 46470/11), ha ritenuto illegittima per contrasto con gli artt. 3 e 32 della Costituzione la limitazione all'accesso alle tecniche di fertilizzazione in vitro alle sole coppie infertili o sterili o in caso di impossibilità di rimuovere altrimenti le cause impeditive della procreazione, contenuta negli artt. 1, 1° e 2° co., e 4, 1° co., della l. n. 40/2004, includendo le coppie fertili portatrici di

possibilità di conoscere lo stato di salute dell'embrione, si pone l'interrogativo se possa, paradossalmente, configurarsi in capo ai genitori l'obbligo di verificare l'esistenza di eventuali anomalie dell'embrione, effettuare l'*editing* genetico e richiedere le conseguenti "correzioni".

Se l'accesso all'*editing* genetico sembra sancire il diritto ad un'esistenza sana, nell'ipotesi in cui i genitori non avessero optato per la manipolazione del DNA - intervento volto a vivere una vita libera dalla malattia e a garantire almeno in via ipotetica la qualità della vita anche alle generazioni future - ci si chiede se possa configurarsi in capo ai genitori una responsabilità da "omesso intervento" di editing o se, piuttosto, si possa ritenere legittima la loro scelta tenuto conto del disposto dell'art. 13 della Convenzione di Oviedo[31]. Nel primo caso, tenuto conto del diritto in capo ai genitori ad essere informati sullo stato di salute degli embrioni prodotti, come espressamente prescritto dall'art. 14, comma 5, L. 40/2004, specificatamente con riguardo alla possibilità di sviluppo di malattie trasmissibili, si può ritenere che laddove la tecnica di *editing* non sia sufficientemente matura o incida sulla linea germinale, non può sussistere una responsabilità genitoriale; viceversa, laddove abbia raggiunto un certo grado di sicurezza scientifica e non comporti una modifica della linea germinale, si potrebbe concludere che il dovere di cura imponga ai genitori di intervenire.

Appare evidente che, ai sensi di quanto previsto dalla Carta di Oviedo, gli unici interventi ammessi sul genoma umano sono quelli assimilabili a trattamenti terapeutici, ossia finalizzati alla tutela della salute e che non comportino modifiche trasmissibili alla discendenza[32].

Se le operazioni selettive sono tese ad evitare la nascita di individui affetti da malattie geneticamente trasmissibili, andrebbe valutata altresì l'ipotesi in cui i genitori desiderino che il figlio sia portatore della loro stessa disabilità a presidio del diritto a vedere riconosciuta la propria differenza[33], della loro identità familiare e dell'identità genetica dell'embrione. In siffatta ipotesi occorre valutare come attuare il bilanciamento tra l'interesse degli aspiranti genitori e l'esigenza, in ossequio all'art. 32 Cost., di una precocissima terapia a vantaggio della salute dell'embrione interessato, da valutare alla luce del diritto all'identità genetica.

Se come afferma la Consulta[34] «sarebbe, comunque, giuridicamente inaccettabile la pretesa dei genitori di considerarsi "proprietari" degli embrioni che abbiano generato come se questi fossero mero materiale biologico e non

---

malattie genetiche trasmissibili, dal momento che per queste sarebbe stato comunque possibile avere accesso all'aborto terapeutico a seguito di esito positivo della diagnosi genetica prenatale.

[31] L'art. 13 della Convenzione di Oviedo recita «un intervento che ha come obiettivo di modificare il genoma umano non può essere intrapreso che per delle ragioni preventive, diagnostiche o terapeutiche e solamente se non ha come scopo di introdurre una modifica nel genoma dei discendenti».

[32] La Dichiarazione Universale sulla bioetica e i diritti umani, approvata dall'Unesco il 19 ottobre 2005, all'art. 16, rubricato protezione delle future generazioni, dispone che deve essere data la giusta attenzione all'impatto delle scienze della vita sulle future generazioni, compresa la loro costituzione genetica.

[33] Se le operazioni selettive possono evitare la nascita di individui affetti da malattie geneticamente trasmissibili, andrebbe considerata pure l'ipotesi in cui i genitori desiderino proprio che il figlio sia portatore della loro stessa disabilità (cfr. G. Baldini, *Eugenetica alla rovescia: selezione embrionaria per avere un figlio non udente*, in F. Giunta, P. Funghi, C. Paonessa (a cura di), *Medicina, bioetica e diritto. I problemi e la loro dimensione normativa,* Pisa, 2012, 32-38).

[34] C. Cost., 13 aprile 2016, n. 84, in *Giur. it.*, 2017, 307-315, con nota di D. Carusi, *La Corte costituzionale e lo statuto dell'embrione*, e di I. Rivera, *La Corte costituzionale torna sulla sperimentazione sugli embrioni.*

loro figli", residua, comunque il problema del necessario contemperamento tra esigenze contrapposte.

Si assiste, per un verso, alla necessità di garantire il diritto al rispetto della vita privata e familiare, in attuazione dell'art. 8 CEDU, riconoscendo la possibilità di esercitare una scelta consapevole e meditata sul destino degli embrioni, in linea con la tutela della vita personale e del diritto all'autodeterminazione e, per altro verso, di attuare le misure volte al rispetto dell'identità biologica dell'embrione anche nell'interesse delle generazioni future.

L'esigenza di contemperamento potrebbe attuarsi se si ammettesse la possibilità di nominare un curatore dell'embrione, chiamato a valutare se, nel caso specifico, sia opportuno presidiare l'identità genetica che rischia di essere compromessa dall'intervento, in ragione della modifica sul patrimonio genetico o, piuttosto, l'aspettativa a nascere come individuo privo di menomazioni psico-fisiche.

3. L'intersezione fra diritto e genetica nella ricostruzione dei "nuovi" diritti fondamentali.

La tecnologia volta alla correzione del DNA impone al giurista di interrogarsi sui confini tra scienza, etica e diritto, tenuto conto che lo sviluppo delle biotecnologie e la possibilità di intervenire direttamente sul genoma umano per modificarne i caratteri ereditari pongono problemi di tutela di nuovi diritti fondamentali emergenti in relazione agli interventi di ingegneria genetica[35].

Le sfide poste da una ricerca scientifica e da un avanzamento tecnologico sempre più incalzanti, coinvolgendo profili e aspetti in precedenza non considerati, sollecitano a riflettere sui contenuti dei "nuovi" diritti alla identità genetica e alla non manipolazione del corredo biologico individuale[36], - che rischiano di essere compromessi se la biotecnologica non è "regolamentata" alla luce delle fonti multilivello e delle regole etiche - onde evitare di incidere in modo non sicuro sul patrimonio genetico umano delle generazioni presenti e delle generazioni future.

Le più recenti scoperte nell'ambito della ricerca[37] creano nuovi diritti, nuovi doveri e nuovi problemi connessi all'identità genetica del soggetto che assume

---

[35] «La genetica porta a conseguenze radicali questa tendenza, perché massima si fa la possibilità di conoscenza e scelta, e la creazione di ulteriori figure di diritti mette precocemente in discussione parte dei nuovissimi cataloghi che si era appena finito di compilare": S. RODOTÀ, *La vita e le regole. Tra diritto e non diritto*, Milano, 2006, 165».

[36] È stato osservato che con l'alterazione del genoma «il confine tra caso e libera scelta che sta alla base dei nostri criteri di valore, diventa più labile e viene intaccata l'autocomprensione complessiva dell'essere umano, come singolo e come specie»: J. HABERMAS, *Il futuro della natura umana. I rischi di una genetica liberale*, Torino, 2010, 26-54 (traduzione a cura di L. CEPPA). Secondo lo studioso è particolarmente complicato tracciare una linea netta tra interventi terapeutici e migliorativi e dunque fra una genetica "negativa" (che implica modifiche al genoma dell'embrione per individuare eventuali alterazioni genetiche responsabili di malformazioni) ritenuta legittima, e una genetica "positiva" (in cui gli interventi sono finalizzati a potenziare o migliorare le caratteristiche del soggetto): ID, *Il futuro …* cit., 22.

[37] Già alla fine degli anni '70, i filosofi (H. JONAS, *Il principio di responsabilità*, Torino, 1990, 3) sottolineavano come «[...] i rapidi progressi della ricerca scientifica e l'innovazione qualitativa rappresentata dalla tecnologia genetica » avessero «dischiuso una nuova dimensione eticamente significativa, di cui non esistono

valenza autonoma e distinta dall'identità personale. «La genetica porta a conseguenze radicali questa tendenza, perché massima si fa la possibilità di conoscenza e scelta, e la creazione di ulteriori figure di diritti mette precocemente in discussione parte dei nuovissimi cataloghi che si era appena finito di compilare»[38], concettualizzando l'identità biologico/genetica, che rappresenta un aspetto dell'identità personale che giustifica l'interesse ad accedere e trarre beneficio dalle nuove pratiche biomediche sollecitando l'ordinamento giuridico a regolamentare tale opportunità prescrivendo limiti e divieti a garanzia dell'unicità del soggetto.

Il catalogo dei nuovi diritti connessi all'evoluzione della genetica nell'era tecnologica impone nuove richieste di tutela, tenuto conto che gli sviluppi sempre più invasivi della ricerca biologica saranno in grado di determinare manipolazioni del patrimonio genetico di ogni singolo individuo[39].

Il valore che l'ordinamento attribuisce allo sviluppo della singola vita umana, attraverso le norme che mirano ad assicurare la prosecuzione del processo vitale fino alla nascita, impone all'operatore, anche in ottica di precauzione, di attenersi al principio generale della tutela della vita umana sin dal suo inizio, adottando soluzioni volte alla salvaguardia dell'embrione, salvaguardia che trova il suo fondamento nella lettura combinata degli artt. 2, 3 e 32 Cost.

La circostanza che il patrimonio genetico è definito per ciascun essere conduce all'affermazione e al riconoscimento del diritto all'identità genetica[40], aspetto dell'identità personale; l'idea di identificazione del soggetto con il suo patrimonio inviolabile[41] comporta il riconoscimento del diritto all'unicità ed integrità del corredo genetico[42], bene giuridico meritevole di protezione da parte dell'ordinamento[43].

Il nuovo diritto assoluto, intangibile ed indisponibile, deve essere preservato da alterazioni e manipolazioni sollecitate da terzi in assenza di dati scientifici acclarati che procedano verso il miglioramento della salute[44] e non può mai giustificare interventi volti a migliorare gli attributi umani.

---

precedenti nei criteri e nei canoni dell'etica tradizionale, sollevando problemi di genere completamente nuovo, ai quali né la prassi, né le teorie precedenti ci hanno preparato».

[38] In tal senso S. RODOTÀ, *La vita e le regole. Tra diritto e non diritto*, cit., 165.

[39] Nel secolo scorso N. BOBBIO, *L'età dei diritti*, Torino,1990, registrava l'emersione di nuove richieste di tutela riguardanti gli effetti sempre più sconvolgenti della ricerca biologica che permetterà manipolazioni del patrimonio genetico di ogni singolo individuo

[40] Il dato genetico assolve un ruolo fondativo della dimensione «naturalistica, corporea, riduzionistica» dell'identità, cfr. L. LOMBARDI VALLAURI, *Identità, identificazioni*, in G. ALPA E P. ZATTI (a cura di), *Seminario di studi. L'identità nell'orizzonte del diritto privato*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 4, 2007, 12.

[41] Appare interessante richiamare un passaggio di una datata sentenza della Consulta nella quale si legge "è certamente vero che tra i diritti che formano il patrimonio irretrattabile della persona umana l'art. 2 Cost. riconosce e garantisce anche il diritto all'identità personale" … "L'identità personale costituisce quindi un bene per sé medesima, indipendentemente dalla condizione personale e sociale, dai pregi e dai difetti del soggetto, di guisa che a ciascuno è riconosciuto il diritto a che la sua individualità sia preservata" … "L'identità personale riassume ciò che rende una persona ciò che essa è (p. 5.1 del considerando in diritto): C. Cost., 3 febbraio 1994, n. 13, in *Foro it.* 1994, I.

[42] In questa prospettiva si segnala la Raccomandazione 1046/1978 nella quale, lettera I, si giustifica il divieto di clonazione dell'essere umano in quanto «ogni individuo ha diritto alla sua specifica identità genetica».

[43] A. FALCONE, *La tutela del patrimonio genetico umano fra Costituzione e diritti. Verso la formazione di un corpus iuris sul genoma umano*, Soveria Mannelli, 2012, 26.

[44] In questa direzione si può leggere il disposto dell'art. 45 del codice deontologico medico, rubricato «Interventi sul genoma umano» ai sensi del quale «Il medico prescrive e attua interventi al genoma umano per esclusivi fini di prevenzione, diagnosi e cura di condizioni patologiche o a queste predisponenti e per la ricerca di nuovi trattamenti diagnostico-terapeutici appropriati ed efficaci».

Il corpo normativo della legge sulla PMA potrebbe indurre a ritenere possibile la manipolazione genetica a fini terapeutici di un embrione prima dell'impianto; in tal senso depongono sia l'ampliamento dei soggetti che possono accedere alla diagnosi preimpianto[45], sia la derubricazione da fattispecie di reato delle condotte di selezione embrionale, anche nei casi in cui la finalità fosse quella di evitare l'impianto nell'utero della donna di embrioni affetti da malattie genetiche trasmissibili rispondenti ai criteri di gravità[46].

La *ratio* della legge potrebbe non prestare la necessaria attenzione alla salvaguardia della dignità e dell'integrità psico-fisica che impongono di preservare il patrimonio genetico nell'interesse dell'embrione e a vantaggio delle generazioni future.

Consegue che, in linea con le sollecitazioni sovranazionali[47], un'eventuale tecnica di manipolazione genetica è possibile solo con finalità terapeutiche[48], in quanto la protezione della vita umana importa il dovere di fare iniziare e proseguire il percorso di vita secondo la sua destinazione naturale[49].

La legittimità dell'*editing* genetico preimpianto[50] potrebbe essere riconosciuta esclusivamente nelle situazioni in cui l'intervento di modifica genetica sia finalizzato alla correzione di patologie ereditarie per le quali non esistono attualmente terapie alternative efficaci, che siano espressamente incluse in un elenco normativo appositamente approvato.

Le considerazioni svolte sollecitano la constatazione di un necessario dialogo tra la scienza, l'etica e il diritto[51], al fine di superare l'apparente conflitto tra valori e diritti, tenuto conto che nel rapporto uomo-biotecnologie, i diritti bioeticamente rilevanti impongono una peculiare attenzione.

«La svolta rivoluzionaria che la cultura scientifica e tecnica ha impresso al processo biologico di riproduzione della specie umana […] è di tale dimensione da non potere venire assorbita dal diritto costituito, modellato […] in funzione dei fenomeni coordinati della procreazione naturale e del vincolo di sangue […] richiede un radicale ripensamento di questo settore del diritto»[52].

La necessaria ed imprescindibile tutela dei nuovi diritti fondamentali rappresenta l'orizzonte epistemologico e il criterio regolativo per lo sviluppo del diritto di fronte all'avanzare del progresso scientifico e tecnologico, al fine di operare il bilanciamento tra promozione dello sviluppo delle tecnologie e istanze protezionistiche dell'embrione.

---

[45] Cfr. C. Cost. 5 giugno 2015, n. 96, cit.

[46] V. C. Cost., 11 novembre 2015, n. 229, cit.

[47] Cfr. Raccomandazione n. 934 (1982) sull'ingegneria genetica dell'Assemblea Parlamentare del Consiglio d'Europa.

[48] Le principali preoccupazioni etiche relative alla manipolazione genetica risiedono, per un verso, nel fatto che potrebbero essere commessi errori potenzialmente pericolosi e difficili da correggere e, per altro verso, nel rischio che qualsiasi alterazione negativa potrebbe potenzialmente essere trasmessa alle generazioni future.

[49] In tal senso G. Oppo, *Diritto di famiglia e procreazione assistita*, in *Riv. dir. civ.*, 2005, 329-336.

[50] I progressi compiuti dalla scienza hanno ampliato la possibilità di terapia genica - volta alla sostituzione dei geni mancanti o alla modifica dei prodotti della trascrizione genica - e di *editing* genomico con correzione del DNA direttamente sul feto in utero.

[51] L'assenza di una puntuale regolamentazione finirebbe per far sì che la tecnica diventi una potenza che si espande e sovrasta le altre e avvolge il mondo, domina la natura e lo stesso nascere e morire dell'uomo, diventando la regola che determina e incide sul contenuto dei diritti fondamentali: in tal senso N. Irti, *Gli eredi della positività*, in G. Alpa e F. Macario (a cura di), *Diritto civile del novecento: scuole, luoghi, giuristi*, Milano 2019, 19-26.

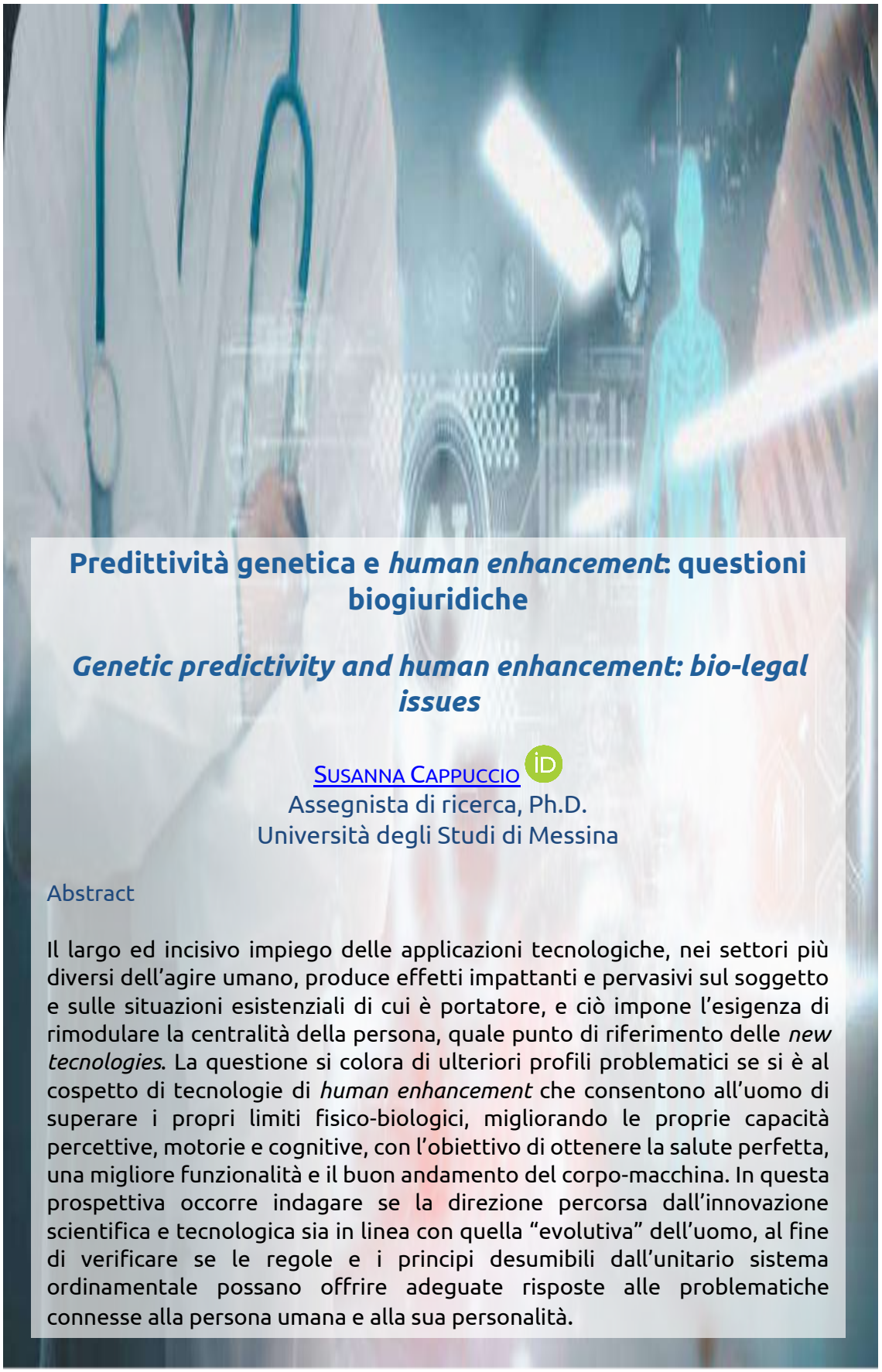
[52] A. Falzea, *Fatto vitale*, in *Teoria generale del diritto*, Milano, 1985, 509.

SECTION III

FOCUS PAPERS

Cappuccio S, 'Predittività genetica e human enhancement: questioni biogiuridiche' (2025) 1 EJPLT.
DOI: https://doi.org/10.57230/ejplt251SA

EJPLT
ISSN 2704-8012



Predittività genetica e *human enhancement*: questioni biogiuridiche

Genetic predictivity and human enhancement: bio-legal issues

SUSANNA CAPPUCCIO
Assegnista di ricerca, Ph.D.
Università degli Studi di Messina

Abstract

Il largo ed incisivo impiego delle applicazioni tecnologiche, nei settori più diversi dell'agire umano, produce effetti impattanti e pervasivi sul soggetto e sulle situazioni esistenziali di cui è portatore, e ciò impone l'esigenza di rimodulare la centralità della persona, quale punto di riferimento delle *new tecnologies*. La questione si colora di ulteriori profili problematici se si è al cospetto di tecnologie di *human enhancement* che consentono all'uomo di superare i propri limiti fisico-biologici, migliorando le proprie capacità percettive, motorie e cognitive, con l'obiettivo di ottenere la salute perfetta, una migliore funzionalità e il buon andamento del corpo-macchina. In questa prospettiva occorre indagare se la direzione percorsa dall'innovazione scientifica e tecnologica sia in linea con quella "evolutiva" dell'uomo, al fine di verificare se le regole e i principi desumibili dall'unitario sistema ordinamentale possano offrire adeguate risposte alle problematiche connesse alla persona umana e alla sua personalità.

© The author(s) 2025, 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 wide-ranging and incisive use of technological applications, in the most diverse sectors of human action, produces impacting and pervasive effects on the subject and on the existential situations of which he or she is the bearer, and this imposes the need to remodel the centrality of the person, as the point of reference of the new technologies. The issue is coloured by further problematic profiles if we are in the presence of human enhancement technologies that allow man to overcome his physical-biological limits, improving his perceptive, motor and cognitive abilities, with the aim of achieving perfect health, better functionality and the smooth running of the body-machine. In this perspective, it is necessary to investigate whether the direction taken by scientific and technological innovation is in line with the 'evolutionary' direction of man, in order to verify whether the rules and principles deducible from the unitary system of regulations can offer adequate answers to the problems connected to the human person and his personality.

Keywords: predictive medicine; human enhancement; human enhancement technologies; genetic manipulation

Summary: 1. Introduzione. – 2. Predittività genetica: possibilità e limiti. – 3. Il diritto di evolvere: opportunità e rischi del potenziamento umano. – 4. Conclusioni.

1. Introduzione.

Il progresso scientifico e l'avanzamento delle tecnologie più recenti hanno dato vita a realtà virtuali in cui l'agire dell'uomo e le vicende della sua personalità assumono fisionomie nuove e diversificate.

Nella società attuale, in cui si assiste ad una forte tensione tra tecnocentrismo e antropocentrismo, si avverte precipuamente il rischio di una vulnerazione del *grundwert* della persona umana[1] ed emblematica in tal senso è l'attenzione che parte delle scienze filosofico-giuridiche[2] ha inteso polarizzare sul rapporto tra etica e sviluppo tecnologico, al fine di cogliere l'interrelazione tra il mondo dei valori e delle norme e le potenzialità offerte dalle nuove tecnologie.

In questo contesto appare utile richiamare l'attenzione sull'etica della tecnologia[3] - tenuto conto della necessità di valutare i progressi e di rispondere

[1] V. SCALISI, *Ermeneutica dei diritti fondamentali e principio «personalista» in Italia e nell'Unione europea*, in *Riv. dir. civ.*, 2010, LVI, 1, 145-175. L'autore (ID., *L'ermeneutica della dignità*, Milano, 2018, 10-11) ha sottolineato come «il pervasivo e sempre meno controllabile sviluppo tecnologico, che, con la pretesa di mettere le mani anche sulla vita e sullo stesso nascere e morire, sembra avere messo ormai in crisi irreversibile lo stesso paradigma umanistico».

[2] L. PALAZZINI, *Dalla bio-etica alla tecno-etica: nuove sfide al diritto*, Torino, 2017, 333 ss.; ID, *Le tecnologie emergenti: le sfide etiche della tecnoscienza*, in *TCRS*, 2018, 81-95.

[3] Sul punto si richiama la Raccomandazione Unesco sull'etica dell'Intelligenza Artificiale, adottata il 25 novembre 2021, che rappresenta una tappa fondamentale nel processo di definizione di *standard* comuni, volto a tutelare e promuovere i diritti umani nell'utilizzo dei sistemi che impiegano le tecnologie di intelligenza artificiale.

agli interrogativi sollevati dai cambiamenti derivanti dall'evoluzione della robotica e dell'intelligenza artificiale - con l'obiettivo di proteggere l'essere umano da un uso tecnologico inadeguato ed incontrollato.

Il nuovo modo di interagire dell'essere umano con le tecnologie emergenti impone di riflettere sui progressi che si registrano nell'ambito della biotecnologia e della biologia molecolare, nell'ottica di evitare compromissioni[4] o lesioni alla persona umana in sé considerata[5].

Le potenzialità offerte dalla scienza e dalla tecnologia, in grado di modificare i dati biologici, portano ad una crescente ibridazione uomo-tecnica, interazione destinata ad espandersi ben oltre la semplice sostituzione o riparazione degli organi, aspirando a migliorare, potenziare e, persino, trasfigurare la struttura somatica dell'individuo. L'uomo grazie al progresso scientifico, infatti, potrà trasformarsi in un'umanità più intelligente, non più vulnerabile, più longeva, più ricca, dotata di capacità sensoriali estese e di una fisicità potenziata[6].

In quest'ottica, le prospettive aperte dalla tecnologia applicata alla genetica nel campo della salute, e, più in generale, del benessere e/o qualità della vita, trascendono i confini della dimensione terapeutica, aprendo la strada al miglioramento delle facoltà fisiche e cognitive[7].

2. Predittività genetica: possibilità e limiti.

Le nuove tecnologie applicate alla biologia molecolare hanno determinato una rivoluzione dei meccanismi della vita a livello cellulare e genetico.

La possibilità di esaminare in modo sempre più raffinato la massa di informazioni genetiche contenute nell'organismo umano[8], di accelerare il processo di sequenziamento del DNA, di identificare varianti genetiche associate a specifiche malattie e di sviluppare trattamenti più mirati e personalizzati, solleva questioni etico-giuridiche che necessitano di attenta considerazione, all'interno di un quadro complesso in continua evoluzione, tenuto conto dell'impatto che si ha sulla vita e sulla dignità delle persone[9].

---

[4] Un teorico del diritto (N. BOBBIO, *L'età dei diritti,* Torino, 1990, *passim*), oltre trent'anni fa osservava che le minacce alla vita, alla libertà e alla sicurezza possono venire dal potere sempre più grande che le conquiste della scienza e delle applicazioni che ne derivano danno a chi è in condizione di usarne.

[5] Si osserva (C. PERLINGIERI, *L'incidenza dell'utilizzazione della tecnologia robotica nei rapporti civilistici*, in *Rass. dir. civ.*, 4, 2015, 1235-1246), che l'interesse allo sviluppo della robotica non può prevalere sulle esigenze di tutela della persona, dando luogo ad ingiustificate esclusioni od attenuazioni della responsabilità.

[6] Come osservato da attenta dottrina, U. RUFFOLO e A. AMIDEI, *Intelligenza Artificiale e diritti della persona: le frontiere del "transumanesimo"*, in *Giur. It.*, 171, 2019, 7, 1658-1670, «il risultato è una progressiva tecnologizzazione dell'uomo, che rompe il confine tra naturale ed artificiale. Sino a travalicare le barriere della condizione umana, spaziando dal potenziamento di singole abilità fisiche dell'individuo all'incremento anche esponenziale delle capacità mnemoniche, di concentrazione e più in generale della ''intelligenza''». Cfr. altresì, L. D'AVACK, *Per un uso umano dell'*enhancement, in *XXVI lezioni di diritto dell'intelligenza artificiale: saggi a margine del ciclo seminariale Intelligenza artificiale e diritto*, in U. RUFFOLO, (a cura di), Torino, 2020, 83 s.

[7] Sul tema del potenziamento cognitivo si rinvia ad illustre dottrina: P. PERLINGIERI, *Note sul "potenziamento cognitivo"* in *Tecnologie e diritto*, 2021, 1, 209-216.

[8] I test genetici predittivi consentono di effettuare una previsione dell'insorgenza della malattia in presenza della mutazione di uno specifico gene, di identificare i geni che potrebbero esporre un soggetto all'insorgenza di determinate patologie.

[9] Alcuni studiosi di bioetica sono favorevoli alla immodificabilità e immutabilità del dato genetico a garanzia della persona e di tutti coloro con i quali si condividono i caratteri genetici, non rappresentando il patrimonio

Un problema chiave è se le rivoluzioni, genetica e genomica, che hanno caratterizzato l'inizio del terzo millennio, collegate alla libertà della scienza e alla promozione della ricerca[10], siano in grado di garantire al soggetto un reale beneficio nel rispetto dei suoi diritti fondamentali.

È evidente che le ricerche sul genoma umano vanno ben oltre l'ambito strettamente scientifico e tecnologico, avendo come oggetto di indagine la «natura» stessa dell'individuo e l'identità genetica, componente dell'identità personale[11]. In gioco è anche la «dignità», sicché la tutela dei diritti della persona nella biomedicina, inclusa la genetica umana, deve porsi come parametro fondamentale per valutare la liceità delle attività medico-scientifiche che incidono sulla sfera della persona, nelle sue componenti fisiche e informazionali.

In questo scenario una nuova frontiera è rappresentata dallo sviluppo della medicina predittiva[12], modello di medicina che consente l'identificazione e l'analisi statistica dei fattori di rischio genetici e ambientali, permettendo di anticipare la predisposizione a specifiche patologie e di sviluppare trattamenti su misura, aprendo nuove prospettive nella medicina personalizzata.

La predittività genetica rappresenta indubbiamente una grande potenzialità nell'ambito della prevenzione e del trattamento delle malattie; il ricorso a tali tecniche consente, infatti, al soggetto, rispetto al quale viene accertato un fattore di rischio nello sviluppare una determinata patologia derivante dal *deficit* genetico, di scegliere l'alternativa terapeutica ritenuta più idonea[13] per contrastare la c.d. "vulnerabilità genetica"[14], fino a giungere alle manipolazioni

genetico solo un insieme di fattori finalizzati all'insorgenza di patologie, ma un insieme di caratteri che contraddistinguono l'individuo in tutte le sue accezioni, in tutte le sue particolarità, e lo distinguono dagli altri individui, rendendolo peculiare proprio per le sue diversità: Secondo S. AMATO, *Il DNA è una molecola dotata di morale?,* in M. GENSABELLA, G. FURNARI (a cura di), *Le sfide della genetica – conoscere, prevenire, curare, modificare*, Soveria Mannelli, 2006, 149-172), «nessuno desidera essere trasformato in un computer a base proteica, mentre tutti vorrebbero una terapia genetica, sicura ed efficace, per i propri malanni, presenti e futuri».

[10] Sul rapporto di strumentalità tra la ricerca scientifica e gli altri valori consacrati nella Carta costituzionale, si rinvia a L. CHIEFFI, *Ricerca scientifica e tutela della persona. Bioetica e garanzie costituzionali*, Napoli, 1993, *passim*.

[11] A. FALCONE, *La tutela del patrimonio genetico umano fra Costituzione e diritto. Verso la formazione di un* corpus iuris *sul genoma umano*, Soveria Mannelli, 2012, 20.

[12] Tradizionalmente si fa riferimento alle potenzialità di utilizzo dei dati genetici al fine di valutare la predisposizione verso determinate malattie; in generale, cfr., C. BRESCIANI, *Genetica e medicina predittiva: verso un nuovo modello di medicina?*, Milano, 2000, *passim*.

[13] Osserva S. RODOTÀ, *La vita e le regole. Tra diritto e non diritto*, Milano, 2006, 9, che viviamo in una «*law – saturated society*, in una società strapiena di diritto, di regole giuridiche» con un diritto invadente in molti settori ed assente in altri. Secondo l'autore il corpo si moltiplica e si scompone, perde unità ed unicità: siamo ormai di fronte ad un doppio corpo, fisico ed elettronico, che modifica la percezione del sé ed il rapporto con gli altri.

[14] Per "vulnerabilità genetica" si intende l'aumento della probabilità, attraverso i geni ereditati, di presentare una malattia durante la vita.

genetiche, in attuazione della libertà di autodeterminazione[15] in ordine alla salute e del modo personale di intendere la dignità e quindi la vita dignitosa[16].

Tuttavia, è importante chiedersi se per l'individuo, soggetto "sano", sia sempre vantaggioso sottoporsi ad indagine genetiche per migliorare le proprie caratteristiche. L'interrogativo nasce se si considerano le criticità che sono state evidenziate in relazione alla medicina predittiva.

Innanzitutto, lo snodo critico è rappresentato dall'annosa questione che ruota attorno al tema del trattamento dei dati genetici, dati particolarmente sensibili rivelatori delle caratteristiche genotipiche di un individuo, dell'identità, delle abitudini, del sistema di vita e di relazione.

Se le nuove tecnologie e i test genetici predittivi possono essere di ausilio per prevenire le malattie o formulare diagnosi precoci e trattamenti specifici, un uso incontrollato di tali dati o una loro divulgazione può compromettere la *privacy* degli individui, oltre che dar vita alla discriminazione genetica[17], oggetto di attenzione nella Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea[18].

Terreno elettivo per suddetta forma di discriminazione - intendendosi per tale il trattamento discriminatorio di un soggetto determinato dalle informazioni circa il suo reale o presunto patrimonio genetico - sono i settori assicurativo e occupazionale, ambiti nei quali è stata particolarmente avvertita l'esigenza di contrastare il ricorso a quelle pratiche volte ad escludere o danneggiare il soggetto rispetto al quale i dati genetici si riferiscono.

In questa prospettiva si segnala l'inserimento all'interno del codice di deontologia medica, in linea con la Convezione di Oviedo[19], del divieto in capo ai medici di eseguire e prescrivere *test* predittivi di malattie genetiche a fini meramente assicurativi od occupazionali, trattandosi di dati estremamente

---

[15] Se in un primo tempo l'ambito precettivo dell'art. 13 Cost. (C. Cost., 5 febbraio 1975, n. 23, in *DeJure*), è limitato dagli «atti lesivi di quel diritto che trae la sua denominazione tradizionale dall'habeas corpus inteso come autonomia e disponibilità della propria persona», successivamente si assiste al passaggio dal "potere" alla "libertà" dell'individuo di disporre del proprio corpo, «sulla base del principio personalista in particolare» (C. Cost., 22 ottobre 1990, n. 471, con nota di R. ROMBOLI, *I limiti alla libertà di disporre del proprio corpo nel suo aspetto «attivo» ed in quello «passivo»*, in *Foro it.*, CXIV, 1991, I, 15-24), fino a giungere a ritenere (C. Cost., 15 dicembre 2008, n. 438, in *DeJure*) che «sul presupposto del valore unitario ed inscindibile della persona come tale», la questione si pone in «termini di libertà di decidere e di autodeterminarsi in ordine a comportamenti che in vario modo coinvolgono ed interessano il proprio corpo». Alla luce delle affermazioni della Consulta si può desumere «l'esistenza di un autonomo diritto all'autodeterminazione in ordine alla propria salute, distinto dal diritto alla salute stesso»: (R. BALDUZZI, D. PARIS, *Corte costituzionale e consenso informato tra fondamentali e ripartizione delle competenze legislative*, in *Giur. cost.*, 53, 2008, 6, 4953-4970.

[16] Taluno osserva che si sta intraprendendo "la strada di un'eugenetica attenta ai bisogni della singola persona e dei suoi discendenti": V. MENESINI, *Introduzione allo studio giuridico della nuova genetica*, Milano, 2003, 10.

[17] Il divieto di differenziazioni arbitrarie fra gli individui, sulla base di nuovi fattori identificativi della condizione umana, viene invocato per contrastare sofisticate e insidiose forme di classificazione sociale che si profilano come il riflesso di un illecito sfruttamento dei vantaggi offerti dalla ricerca biomedica, nel tentativo di 'piegarne' le potenzialità a danno del singolo e della stessa collettività: M. PETRONE, *Trattamento di dati genetici e tutela della persona*, in *Famiglia e dir.*, 2007, 8-9, 853-859.

[18] L'art. 21 della Carta di Nizza, rubricato «non discriminazione», fa espresso riferimento alla discriminazione basata sulle caratteristiche genetiche.

[19] L'art. 12 della Convenzione per la protezione dei Diritti dell'Uomo e della dignità dell'essere umano nei confronti dell'applicazioni della biologia e della medicina: Convenzione sui Diritti dell'Uomo e la biomedicina - 4 Aprile 1997, prevede che «Non si potrà procedere a dei test predittivi di malattie genetiche o che permettano sia di identificare il soggetto come portatore di un gene responsabile di una malattia sia di rivelare una predisposizione o una suscettibilità genetica a una malattia se non a fini medici o di ricerca medica, e sotto riserva di una consulenza genetica appropriata».

sensibili che richiedono una tutela specifica della *privacy* e della dignità dell'individuo[20].

Nella stessa direzione si pone il Regolamento UE 679/2016, il quale al considerando 54 prevede espressamente che "Il trattamento dei dati relativi alla salute effettuato per motivi di interesse pubblico non dovrebbe comportare il trattamento dei dati personali per altre finalità da parte di terzi, quali datori di lavoro, compagnie di assicurazione e istituti di credito", nonché la raccomandazione del Consiglio d'Europa[21] in cui si sollecitano gli Stati membri ad adottare misure appropriate per garantire il rispetto dei diritti fondamentali delle persone, senza discriminazioni, autorizzando il trattamento solo al ricorrere delle condizioni ivi previste e previa autorizzazione legislativa.

Dal quadro sopra delineato emerge la presa di coscienza della necessità di introdurre strumenti giuridici in grado di prevenire e reprimere abusi nell'uso delle informazioni genetiche.

Si potrebbe, invero, ritenere che gli *screening* genetici consentono al soggetto di acquisire una maggiore conoscenza del proprio *background* genetico, orientandosi verso decisioni più informate e consapevoli; tuttavia, si corre il rischio di medicalizzare chi è sano, cioè di generare in persone sane la preoccupazione di essere malate o di potere sviluppare una patologia; tale circostanza incide negativamente sulla qualità di vita e sulle relazioni sociali.

Le prospettive aperte dalla tecnologia applicata alla genetica nel campo della salute, e, più in generale, della qualità della vita, determinano il passaggio dalla medicina curativa a quella preventiva, fino a giungere alla medicina migliorativa[22] che ha come obiettivo quello di ottenere la salute perfetta, una migliore funzionalità del corpo[23].

Sul punto occorre però porre attenzione alle ricadute etiche e alle implicazioni esistenziali che le potenzialità e capacità della scienza e della tecnica possono produrre, specie con riguardo alle forme di potenziamento umano migliorative delle condizioni di vita che determinano, al contempo, una modificazione radicale dell'uomo e della stessa umanità.

3. Il diritto di evolvere: opportunità e rischi del potenziamento umano.

Il desiderio umano di auto-miglioramento, di elevare la qualità della propria vita e di potenziare le proprie *performance* psico-fisiche, ha portato alla nascita della corrente del transumanesimo[24] che intende promuovere il

[20] L'art. 46 del codice di deontologia medica, al comma 3, prevede che «il medico non prescrive né esegue test predittivi richiesti e prodotti a fini meramente assicurativi od occupazionali».

[21] Raccomandazione del 26 ottobre 2016 sul trattamento dei dati personali relativi alla salute a fini assicurativi, compresi i dati risultanti da test genetici.

[22] Secondo J. HABERMAS, *Il futuro della natura umana. I rischi di una genetica liberale*, Torino, 2010, le scienze e lo sviluppo delle biotecnologie cancellano il confine fra "ciò che noi siamo" e "ciò che noi ci diamo", e anche i confini tra caso e libera scelta sono ormai sottilissimi: l'uomo sta acquisendo la capacità ed il potere di disporre liberamente delle potenzialità offerte dalla scienza.

[23] Cfr. L. D'AVACK, *Per un uso,* cit.

[24] Il transumanesimo si afferma già a partire dalla metà del secolo scorso e si deve agli studiosi di biologia (J. HUXLEY, New Bottles for New Wine, Chatto & Windus, London, 1957, 13 ss.) l'idea di dare un nome allo sforzo con cui la razza umana può trascendere sé stessa. La loro concezione tendeva a delineare un futuro della specie umana destinato, anche nella linea dell'evoluzione, a trascendere molti limiti attuali, dando origine a

potenziamento umano[25] – intendendosi per tale quell'insieme di tecnologie volte al miglioramento delle capacità umane oltre il normale stato di salute o recupero da malattie - attraverso la scienza e la tecnologia in tutte le sue varianti, al fine di contrastare i meccanismi dell'invecchiamento cellulare per fermare lo scorrere del tempo biologico[26] e garantire, attraverso la bionica e la robotica, livelli superiori di performance, con la possibilità di operare il cosiddetto *mind uploading* che consentirebbe di salvare i contenuti della mente su un computer e di ampliare le capacità sensoriali, fino a giungere alla possibilità di conseguire un pieno governo del mondo emotivo[27].

Il ricorso alle tecnologie avanzate può essere giustificato sia da finalità riparative-terapeutiche, volte al trattamento e al miglioramento dello stato di salute, sia da finalità potenziative, terapeutiche e non, pur nella consapevolezza che è compito arduo riuscire a cogliere i rispettivi campi di applicazione[28].

---

una sorta di nuovo fenotipo antropologico. Questa corrente di pensiero ha dato vita ad «un movimento culturale, intellettuale e scientifico, che afferma il dovere morale di migliorare le capacità fisiche e cognitive della specie umana e di applicare le nuove tecnologie all'uomo, affinché si possano eliminare aspetti non desiderati e non necessari della condizione umana come la sofferenza, la malattia, l'invecchiamento, e persino, l'essere mortali» (N. BOSTROM, Intensive Seminar on Transhumanism. Yale University, 26 June 2003), dando vita all'"uomo transizionale", ovvero all'uomo in cammino dalla condizione attuale alla condizione postumana (F.M. ESFANDIARY, Are You a Transhuman? Monitoring and Stimulating Your Personal Rate of Growth in a Rapidly Changing World, New York, 1989).

[25] Sulla definizione di potenziamento umano cfr. C. COENEN, M. SCHUIJFF, M. SMITS, P. KLAASSEN, L. HENNEN, M. RADER, G. WOLBRING, Human Enhancement Study, European Parliament, Brussel, 2009. Il documento è consultabile in *www.europarl.europa.eu/stoa/en/document/IPOL-JOIN_ET(2009)417483*; L. PALAZZINI, *Il potenziamento umano, tecnoscienza, etica e diritto*, Torino, 2015, *passim*. Sull'uomo potenziato, cfr. S. CUCCHETTI, Homo creativus. *Nuove sfide per la bioetica*, in *Il Regno – Attualità,* LXXXV, 2019, 16, 475-478, il quale evidenzia che «Le questioni delle tecniche d'intelligenza artificiale, d'integrazione uomo-macchina, di gestione dei dati e di potenziamento umano richiedono una verifica attenta e un discernimento serio sulle strutture di governance che le guidano e le regolano. Il pericolo più grande che si possa realizzare è una gestione che non conosca il potenziale di queste tecniche e il loro funzionamento».

[26] N. BOSTROM, The fable of the dragon tyrant, in Journal of Medical Ethics, 31, 2005, 5, 273-277.

[27] Il prolungamento artificiale della vita sarà ottenuto, tramite l'ingegneria genetica, la criogenia, gli xenotrapianti, o innestando nel corpo degli uomini nanotecnologie e microchip o ancóra, tramite l'intelligenza artificiale e il riversamento delle memorie cerebrali in supporti informatici, sarà in grado, nel medio termine, di debellare qualsiasi patologia cognitiva, la fragilità fisica, la malattia e l'invecchiamento, di sconfiggere la morte e di garantire l'immortalità. Sul «transumanesimo» quale desiderio dell'uomo di andare di là dai suoi limiti, si rinvia a U. RUFFOLO E A. AMIDEI, *Intelligenza*, cit. Per un esame più diffuso sulle tipologie di potenziamento umano in base alla capacità o alla funzione che viene migliorata, si rinvia a E. PALMERINI, *Il potenziamento umano tra ideologia e mercato*, in BioLaw Journal – *Rivista di BioDiritto*, 2024, 1, 161-182.

[28] Per un approfondimento si rinvia alle distinzioni tra interventi preventivi o riparativi non migliorativi, potenziamenti terapeutici e potenziamenti non terapeutici, proposte dal Parlamento europeo in European Parliament, Science and Technology Options Assessment (STOA), Human Enhancement Study, 2009, 6. Nello stesso documento si sottolinea che «All these technologies signal the blurring of boundaries between restorative therapy and interventions that aim to bring about improvements extending beyond such therapy». Cfr., altresì, L. RICCI, B. DI NICOLÒ, P. RICCI, F. MASSONI, S. RICCI, *L'esercizio del diritto al di là della terapia:* lo human enhancement, in BioLaw Journal – *Rivista di BioDiritto*, 2019, 1, 497-512 e E. PALMERINI, *Il potenziamento,* cit., secondo la quale anche se la linea di discrimine tra ripristino della salute e vero e proprio *enhancement* «è certamente offuscata, e non sempre si può compiere un'attribuzione definitiva, il binomio sembra conservare un rilievo argomentativo e resistere agli approcci critici più radicali che ne farebbero completamente a meno nella valutazione del problema».

Obiettivo delle tecniche di miglioramento[29] e potenziamento[30] della specie umana è quello di superare i limiti biologici favorendo lo sviluppo di caratteristiche, in termini di resistenza, longevità e intelligenza, che oltrepassano la soglia delle capacità umane[31].

Si assiste ad un cambio di paradigma della medicina che si evolve in un insieme di interventi non esclusivamente terapeutici, ma orientati a potenziare e migliorare le capacità psico-fisiche dell'individuo. I rischi connessi alla circostanza che la medicina non sia più rivolta unicamente alla persona malata ma anche al soggetto sano per migliorarne le *performance*, unitamente alle questioni etico-giuridiche sottese, hanno sollecitato l'inserimento nel codice di deontologia medica di un articolo specifico sulla medicina potenziativa[32] che richiede ai medici di assicurarsi che gli interventi di miglioramento e potenziamento umano siano adottati in ossequio ai princìpi di proporzionalità e precauzione. Viene sottolineata, inoltre, l'importanza di informare adeguatamente i pazienti sui potenziali rischi e sui benefici di tali pratiche, assicurando che il potenziamento non comprometta la salute e il benessere individuale.

Il corpo umano "non più dato, ma costruito, non più trovato ma posto"[33], diviene una materia oggettiva regolabile e programmabile[34], assumendo una nuova identità, un nuovo statuto.

---

[29] Il miglioramento continuo della specie umana, riassunto con il termine human enhancement, indica il progresso delle capacità umane, il miglioramento delle funzioni naturali di una persona attraverso la tecnica o la cultura e viene inteso «come uso intenzionale delle conoscenze e tecnologie biomediche per interventi sul corpo umano al fine di modificarne, in senso migliorativo e/o potenziante, il normale funzionamento». Occorre, pertanto, valutare se l'applicazione delle tecnologie di valorizzazione è lesiva della dignità umana o se è uno strumento utile per migliorare la condizione della vita umana e quindi la sua dignità; sulla questione cfr., L. RICCI, B. DI NICOLÒ, P. RICCI, F. MASSONI, S. RICCI, *L'esercizio*, cit.

[30] Alcuni ritengono che si assista al passaggio da "restitutio ad integrum a trasformatio ad optimum", cfr. U. WIESING, The History of Medical Enhancement: From Restitutio ad Integrum to Transformatio ad Optimum?, in B. GORDIJN, R. CHADWICK, Medical Enhancement and Posthumanity, Springer, Berlino, 2008, 9-24; secondo qualche autore (C. DONISI, *Tecnoscienze*, human enhancement *e scopi della medicina*, in L. DE GIOVANNI, C. DONISI (a cura di), *Convergenza dei saperi e prospettive dell'umano*, Napoli, 2015, 255) sussiste un divieto di potenziamento umano rinvenibile nel disposto dell'art. 13 della Convenzione di Oviedo del 1997. Sui problemi etico-giuridici del potenziamento umano si rinvia a AA. VV., *Verso la salute perfetta.* Enhancement *tra bioetica e biodiritto*, in L. PALAZZINI (a cura di), Studium, Roma, 2015, *passim*; L. PALAZZANI, *Il potenziamento,* cit.; AA.VV., *La medicina potenziativa: intersezionie questioni,* atti del Workshop, Roma, 17 Marzo 2017, in *https://portale.fnomceo.it/wp-content/uploads/2017/11/La_Professione_1-2017._Medicina_potenziativa_Roma.pdf*; L. D'AVACK, *Il dominio delle biotecnologie. L'opportunità e i limiti dell'intervento del diritto*, Torino, 2018, 1-66.

[31] È stato, infatti, osservato in dottrina, E. PALMERINI, *Il potenziamento,* cit., come le forme di potenziamento naturale non sono in alcun modo problematiche rimanendo all'interno delle abilità proprie della specie.

[32] Il riferimento è all'art. 76 del Codice deontologico rubricato "medicina potenziativa" che recita «Il medico, sia in attività di ricerca, sia quando gli siano richieste prestazioni non terapeutiche ma finalizzate al potenziamento delle fisiologiche capacità fisiche e cognitive dell'individuo, opera nel rispetto e a salvaguardia della dignità dello stesso in ogni suo riflesso individuale e sociale, dell'identità e dell'integrità della persona e delle sue peculiarità genetiche nonché dei principi di proporzionalità e di precauzione».
Il medico acquisisce il consenso informato in forma scritta avendo cura di verificare, in particolare, la comprensione dei rischi del trattamento. Il medico ha il dovere di rifiutare eventuali richieste ritenute sproporzionate e di alto rischio anche a causa della invasività e potenziale irreversibilità del trattamento a fronte di benefici non terapeutici ma potenziativi». La norma ha suscitato divergenze di opinioni e sul punto cfr. C. DONISI, *Tecnoscienze*, cit. 249.

[33] N. IRTI, *L'uso giuridico della natura*, Roma-Bari, 2013, 23.

[34] A. SANTOSUOSSO, *Persone fisiche e confini biologici: chi determina chi*, in *Polit. dir.*, 2002, 525-547.

L'indagine genetica collegata ad uno stato di bisogno anche emozionale[35] del soggetto spinge verso una concezione della salute umana che presenta un connotato di soggettivismo tale da richiedere che le determinanti bio-fisiche, alle quali non è comunque possibile rinunciare, siano interpretate alla luce del particolare vissuto di ogni persona[36]. In questa prospettiva, la salute, intesa come percezione di pieno benessere psico-fisico, induce a ritenere che potenziamento e terapia siano un efficace binomio per favorire il miglioramento a cui il soggetto aspira, sicché il medico dovrebbe aderire alla richiesta di intervento del soggetto sul proprio corpo-oggetto, anche se ciò dovesse comportare una lesione psico-fisica, in funzione della scelta autonoma individuale[37].

Se, invece, si intendesse procedere verso la identificazione di parametri oggettivi, misurabili e verificabili, del concetto di salute, si dovrebbe ritenere che, in assenza di stati patologici, il medico non sia tenuto a dare attuazione *sic et simpliciter* alle direttive impartite dal paziente, quantomeno nella misura in cui l'invasività degli interventi finirebbe per generare modificazioni tali da ledere la dignità dell'essere umano[38].

Occorre infine interrogarsi sugli effetti che i miglioramenti genetici possono generare sia nei rapporti intergenerazionali sia sulle generazioni future.

In ordine ai primi, il ricorso alle tecnologie migliorative delle capacità fisiche e cognitive può, per un verso, creare disuguaglianze tra coloro che possono accedere alle tecniche di *human enhancement* e quanti invece, non disponendo di altrettante risorse finanziarie, non potranno beneficiare degli interventi di potenziamento - con ogni conseguenza in termini di equità[39] -, per altro verso, potranno determinare una pressione sociale tale da influenzare i comportamenti di tutti coloro che per "conformarsi" riterranno necessario migliorare le proprie *performance*.

---

[35] Non si può, invero, trascurare che, a volte, il soggetto ha interesse alla conoscenza delle modalità di trasmissione della malattia genetica ai fini di una scelta riproduttiva consapevole e informata: Sul punto si richiama un datato Comunicato del Garante della Privacy, *Privacy e dati genetici*, 7 maggio 1999.

[36] Taluno osserva che «L'orizzonte antropocentrico è già dissolto, perché il potere non è più dell'uomo, ma della tecnica, che detta al presunto detentore del potere (l'uomo) la sua utilizzazione, rendendo quest'ultimo un esecutore passivo delle possibilità tecniche, le quali si esercitano sulla natura che passivamente le subisce»: U. GALIMBERTI, *Psiche e techne. L'uomo nell'età della tecnica*, Milano, 1999, 484.

[37] Cambia il rapporto medico-paziente, non più fondato sull'alleanza terapeutica, ma sulla centralità dell'autodeterminazione del soggetto perfettamente sano, che sollecita l'intervento del medico.

[38] Questa chiave di lettura potrebbe risultare conforme anche alle norme del codice deontologico che impongono al medico di attenersi alle conoscenze scientifiche (art. 5), di non dovrà accedere a richieste del paziente in contrasto con i princìpi di scienza e coscienza allo scopo di compiacerlo, sottraendolo alle sperimentate ed efficaci cure disponibili (art. 12).

[39] L. PALAZZANI, Enhancement *e bioetica*, in Av.Vv. (a cura di), *La medicina potenziativa: intersezioni e questioni*, Roma, 16 marzo 2017, 58-80, secondo cui «[g]li alti costi di accesso alle tecnologie di potenziamento (oltretutto, proprio in quanto "oltre" la terapia non sostenuti dal servizio sanitario nazionale) lo rendono accessibile solo a chi se lo può permettere finanziariamente. Ciò solleva problemi di uguaglianza, introducendo inevitabilmente una differenziazione che aumenta le disparità e la discriminazione tra i ricchi e i poveri, aumentando e trasformando il divario tra gli avvantaggiati sempre più avvantaggiati (ricchi-potenziati) e gli svantaggiati sempre più svantaggiati (poveri-depotenziati), dividendo gerarchicamente i cittadini in classi superiori ed inferiori».

Con riferimento invece alla incidenza sulle generazioni future, basti considerare l'alterazione che dette forme di potenziamento[40] possono determinare sull'evoluzione naturale della specie.

Peraltro, la trasmissione ereditaria di miglioramenti genetici alle generazioni future, modificando le caratteristiche ereditarie, potrebbe potenzialmente comportare rischi per la salute e determinare un'alterazione delle capacità proprie dell'essere umano, prima fra tutte, la sua capacità di adattamento, con inevitabili ripercussioni che si estendono ben oltre l'ambito strettamente personale.

4. Conclusioni.

L'applicazione delle tecniche di miglioramento fisico, cognitivo e genetico, se per un verso, rappresenta una grande opportunità per accrescere la qualità della vita - attraverso la prevenzione e il trattamento di malattie genetiche che riducono al contempo le disabilità - per potenziare le fisiologiche capacità psico-fisiche, favorendo una società più sana, più longeva e potenzialmente più produttiva, per altro verso, sollevano significative questioni sociali[41], giuridiche ed etiche sul rispetto della "condizione umana", specie ove il ricorso a tali tecniche non sia giustificato da alterazioni anatomo-funzionali dell'individuo.

La conoscenza tecnico-scientifica deve rappresentare uno strumento al servizio del soggetto e non piuttosto il fine ultimo in ordine al quale tutto ciò che è possibile, in quanto conoscibile, deve essere altresì fattibile e, inevitabilmente, fatto.

Sotto quest'angolo prospettico si impone una individuazione di princìpi che, nell'ottica di garantire l'uguaglianza, la libertà e la dignità, possano fornire una regolazione giuridica dello *human enhancement* volta a salvaguardare la salute, la sicurezza e l'autodeterminazione del soggetto, per superare l'oggettiva difficoltà di coniugare la dimensione umana con la dimensione tecnologica, caratterizzata da un significativo impatto trasformativo nel settore di indagine, attuando un bilanciamento tra la salvaguardia dei diritti individuali e degli interessi collettivi e la promozione della ricerca e della innovazione.

La sfida è dunque quella - affinché si possa attuare una transizione verso il postumano che sia rispettosa dei princìpi di uguaglianza, libertà e dignità - di stabilire un quadro normativo, anche col proficuo intervento della normativa di settore, che, attraverso un giudizio di meritevolezza dei valori in gioco, in base alle circostanze specifiche del caso concreto, costruisca un diritto funzionale allo sviluppo e alla tutela della personalità umana, nell'ottica di far sì che le innovazioni siano programmate mettendo al centro l'uomo e il rispetto dei suoi

[40] Sul tema si rinvia a U. RUFFOLO e A. AMIDEI, *Intelligenza*, cit., secondo i quali «Inevitabile allora chiedersi se ed in che misura possano essere ipotizzabili limiti alla praticabilità di (talune) forme di *human enhancement* quando queste siano suscettibili di sortire siffatti effetti ultrattivi sul piano intergenerazionale; anche a tutela delle generazioni future quali ''soggetti deboli'', come protezione di un diritto ''super-individuale'' a non vedere alterata la natura della propria specie».

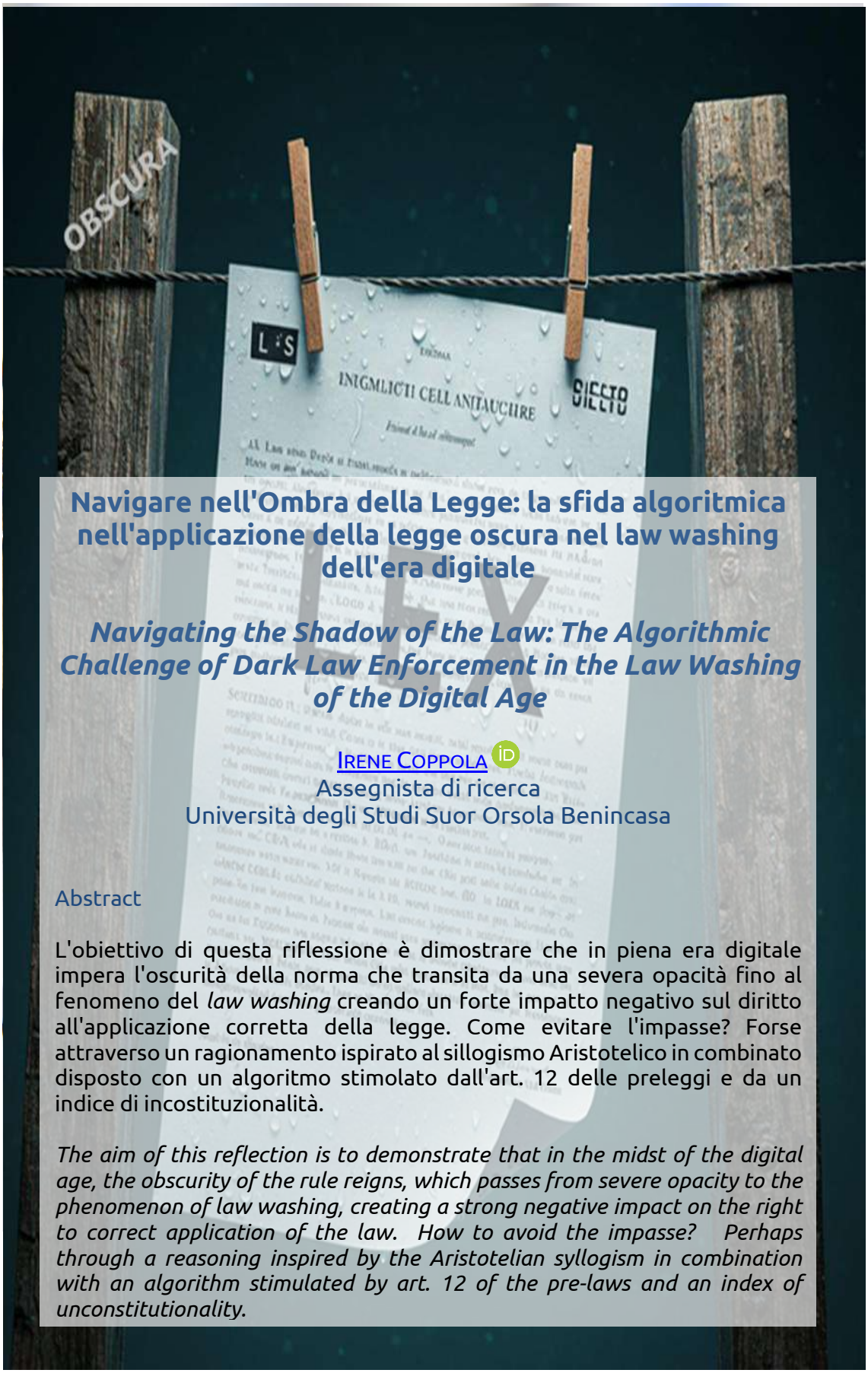
[41] Dal punto di vista sociale, il potenziamento umano potrebbe alterare profondamente le dinamiche lavorative, ridisegnando le aspettative di produttività e competenza e ampliando le distanze tra individui "potenziati" e non. Questo solleva domande sulla parità di opportunità e sulla possibile discriminazione in base alle capacità tecnologicamente ampliate.

diritti, in ossequio ai princìpi ed al complesso dei valori personalistici espressi dall'unitario sistema ordinamentale[42].

[42] Sul punto cfr. P. PERLINGIERI, *Lo studio del diritto nella complessità e unitarietà del sistema ordinamentale*, in *Foro nap.*, 2014, 1, 100-106.

Coppola I, 'Navigare nell'Ombra della Legge: la sfida algoritmica nell'applicazione della legge oscura nel law washing dell'era digitale' (2025) 1 EJPLT.
DOI: https://doi.org/10.57230/EJPLT251IC

EJPLT
ISSN 2704-8012



Navigare nell'Ombra della Legge: la sfida algoritmica nell'applicazione della legge oscura nel law washing dell'era digitale

Navigating the Shadow of the Law: The Algorithmic Challenge of Dark Law Enforcement in the Law Washing of the Digital Age

IRENE COPPOLA
Assegnista di ricerca
Università degli Studi Suor Orsola Benincasa

Abstract

L'obiettivo di questa riflessione è dimostrare che in piena era digitale impera l'oscurità della norma che transita da una severa opacità fino al fenomeno del *law washing* creando un forte impatto negativo sul diritto all'applicazione corretta della legge. Come evitare l'impasse? Forse attraverso un ragionamento ispirato al sillogismo Aristotelico in combinato disposto con un algoritmo stimolato dall'art. 12 delle preleggi e da un indice di incostituzionalità.

The aim of this reflection is to demonstrate that in the midst of the digital age, the obscurity of the rule reigns, which passes from severe opacity to the phenomenon of law washing, creating a strong negative impact on the right to correct application of the law. How to avoid the impasse? Perhaps through a reasoning inspired by the Aristotelian syllogism in combination with an algorithm stimulated by art. 12 of the pre-laws and an index of unconstitutionality.

© The author(s) 2025, published by Suor Orsola University Press. 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: Algoritmo; Ragionamento Giuridico; law washing

Summary: 1. Considerazione introduttiva. – 2. Premessa maggiore: tutte le leggi devono essere applicabili. – 3. Premessa minore: Le norme oscure o "lavate" sono leggi. – 3.1. Segue: tra linea di confine e linea di commistione. – 3.2. Segue: i Fattori di oscurità. – 3.3. Segue: i fattori di lavaggio della legge. – 4. Conclusione del ragionamento dimostrativo: anche le norme oscure o lavate devono essere applicate. – 5. Soluzione del ragionamento dimostrativo: raccordo tra sillogismo Aristotelico, algoritmo art. 12 preleggi e indici di incostituzionalità. – 5.1. Segue - Parte 1: L'Interpretazione "ordinaria" (basata sull'art. 12 delle preleggi). – 5.2. Segue - Parte 2: La "correzione Costituzionale". – 5.3 Segue: la formula completa. – 5.4. In sintesi. – 6. Il raggiungimento dell'obiettivo.

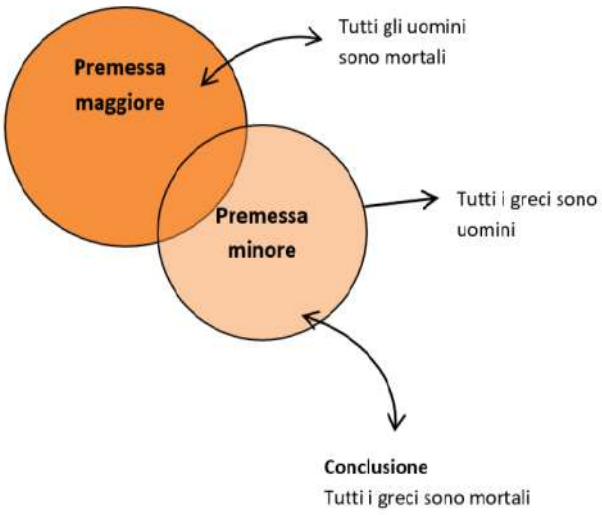
1. Considerazione introduttiva.

La tecnica di redazione e studio adottata da chi scrive per la stesura di questa agile riflessione per giungere a dimostrare la soluzione (sperabilmente condivisibile) della quaestio prospettata sarà impostata secondo lo schema di un sillogismo aristotelico: due premesse ed una conclusione; un intuibile ragionamento deduttivo in cui la conclusione appare intimamente connessa alle due premesse, dal greco συλλογισμός, syllogismòs, formato da σύν, *syn*, [insieme] e λογισμός, logismòs ,[calcolo: ragionamento concatenato].

In definitiva, trattasi di un ragionamento che contiene in sé un calcolo che giustifica in termini aritmetici la conclusione.

Esempio classico e semplice: Premessa maggiore = Tutti gli uomini sono mortali; Premessa minore = Tutti i greci sono uomini; Conclusione = Tutti i greci sono mortali.

Questa argomentazione viene adesso spostata ed applicata in altro ambito e, precipuamente, in ambito giuridico sul profilo indagato.



Procediamo con l'esperimento.

2. Premessa maggiore: tutte le leggi devono essere applicabili

Ogni individuo ha il diritto a che la legge sia applicata in modo corretto, imparziale e conforme al suo autentico significato da parte degli organi competenti ed, in primis, dal Giudice.

Il diritto all'applicazione della legge è il diritto sostanziale a che le norme giuridiche siano effettivamente operative e tutelino i diritti e gli interessi legittimi.

L'applicazione adeguata della legge trae la sua fonte da un intreccio di principi e norme che mirano a garantire che l'applicazione stessa sia fedele al dettato normativo, coerente con l'ordinamento giuridico e rispettosa dei diritti e delle garanzie fondamentali.

Possiamo identificare tre principali fonti che concorrono a definire l'applicazione appropriata della legge:

a) Il Principio di Legalità che governa il nostro ordinamento e rimane il pilastro fondamentale, atteso che un'applicazione è corretta se [e solo se] si basa su una norma giuridica esistente e viene esercitata nei limiti e secondo le modalità da essa previste.

b) L'art. 12 delle Preleggi secondo cui una norma va applicata secondo i criteri espressi in quest'articolo: √ attribuire alle parole il loro significato proprio secondo la connessione di esse; √ considerare l'intenzione del legislatore e il contesto in cui la norma si inserisce all'interno dell'intero ordinamento giuridico; √ verificare i casi analoghi o utilizzare i principi del diritto.

c) Il Diritto dell'Unione Europea e il Diritto Internazionale affermativo dell'applicazione corretta della legge nazionale in combinato disposto con le fonti sovranazionali, che possono prevalere o fornire criteri interpretativi rilevanti.

La prima regola, presupposto imprescindibile, per l'esercizio del diritto all'applicazione della legge è data da una scrittura chiara e sintetica del testo normativo che deve presentare un suo ordine[1].

Allo stato dell'arte, in Italia oggi si registra [*rectius*: continua a registrarsi] una difficoltà in sede di interpretazione e di applicazione della legge con porte eccessivamente spalancate per l'attività del giudicante che, si ricordi, non ha nessun potere in ordine alla creazione della norma in un sistema di *civil law*, mentre i cittadini annegano nelle norme a rischio delle proprie libertà[2].

---

[1] T.E. FROSINI, *Il mistero della legge*, in *Rivista AIC* (Associazione Italiana dei costituzionalisti), 2024, n. 3, 1-18. L'autore evidenzia, altresì, che In Polonia nel 1962 è stata promulgata la legge sui "Principi di tecnica legislativa"; in Austria l'Università di Vienna formò una Scuola di Cultori di Legistik (Prof. Robert Walter, Dottrina della tecnica legislativa (1963). Frosini sottolinea che il grave problema è dato dal disordine della legislazione. L'ordine nell'accezione connessa a quella di diritto significa: comando, volontà di imperio, oppure insieme ordinato di precetti; in definitiva un ordine può scaturire soltanto da un disordine; l'ordine è il limite del disordine sociale avente rilevanza giuridica . L''ordinamento giuridico di uno Stato ha come obiettivo quello di far prevalere l'ordine sul disordine e, in ambito giuridico, esso si associa a certezza del diritto. Il problema attuale è che la legislazione non appare più idonea a raggiungere obiettivi di ordine, attesa che essa stessa è disordine.

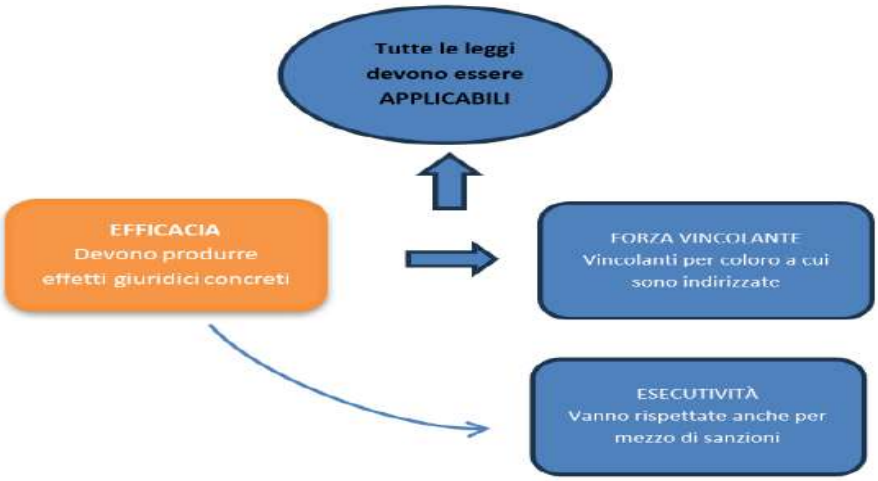
[2] M. BALESTRIERI, *Il Conflitto tra diritto e letteratura*, in *Conflitto e Diritto. Una prospettiva interdisciplinare* (a cura di) I. MASSA PINTO, in *Collana Quaderni del Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università di Torino - Atti del Seminario inaugurale del Dottorato in Diritti e Istituzioni dell'Università di Torino* XXXVIII ciclo svoltosi a Torino il 13 gennaio 2023, Torino, 2024, 32 : <Proprio il tema dell'interpretazione dischiude ancora l'agire potente della violenza e del confitto quali forze latenti all'interno di ogni comunità>; R. COVER, *Narrative,*

Ma cosa succede se la legge è oscura e se la sovrapposizione o la proliferazione eccessiva di norme crea confusioni e/o aberrazioni giuridiche finendo con l'impattare sul lavoro del giudice che attraverso la nebulosità e l'opacità potrebbe addivenire ad una vera e propria creazione della norma scollegata da un procedimento di contrapposizione dialettica di matrice democratica e distante dalla volontà del legislatore[3]?

Arcana iuris: il pericolo c'è', eccome; soprattutto in un'era che, da un lato, vede l'avanzare incontrastato delle innovazioni tecnologiche, dall'altro assiste ad una proliferazione di leggi e leggine poco chiare accatastate che creano un disordine sistematico all'interno del sistema difficilmente controllabile dal giurista provocando l'effetto tossico dell'ingestibilità normativa.

In altre parole, si tende ad esasperare ed a stressare l'attività dell'interprete che spesso travalica la volontà del legislatore per sostituirla con la propria nella fase più delicata e complessa che è quella dell'applicazione.

Ergo, il concetto di applicazione della legge non può essere disconnesso da quello di interpretazione che, a sua volta, non può essere allontanato da quello di legge o , meglio, dal testo scritto della legge.



Violence, and the law, University of Michigan Press ,1995, 203:< [l]egal interpretation takes place in a feld of pain and death. Tis is true in several senses. Legal interpretive acts signal and occasion the imposition of violence upon others: A judge articulates her understanding of a text, and as a result, somebody loses his freedom, his property, his children, even his life. Interpretations in law also constitute justifcations for violence which has already occurred or which is about to occur. When interpreters have fnished their work, they frequently leave behind victims whose lives have been torn apart by these organized, social practices of violence. Neither legal interpretation nor the violence it occasions may be properly understood apart from one another. Tis much is obvious, though the growing literature that argues for the centrality of interpretive practices in law blithely ignores it>.

[3] P. Bonini, *Il giudice e la legge. Contributo sulla funzione " paralegislativa" dei giudici*, Roma, 2022, *passim;* A. Gusmai, *Il giudice, il legislatore e l'opinione pubblica: appunti sulla razionalità sociale dell'ordinamento costituzionale*, in *Forum dei Quaderni Costituzionali*, 9 maggio 2016, 5; l'autore scrive testualmente: : <Da quanto detto è già possibile trarre una prima considerazione: uno scarto importante fra cultura giuridica degli interpreti-applicatori e cultura giuridica positivizzata in un testo scritto dal legislatore (su tutti la Costituzione), può privare il testo stesso di senso pratico, di ragion d'essere. Se l'una non corrisponde tendenzialmente all'altra, il rischio per un ordinamento giuridico non è soltanto quello contingente della sua ineffettività bensì, alla lunga, quello ben più drastico della sua tacita mutazione genetica>. Link: https://www.forumcostituzionale.it/wordpress/wp-content/uploads/2016/06/gusmai.pdf

3. Premessa minore: le norme oscure o “lavate” sono leggi.

Anche se ci sono norme <oscure> o <lavate> che tendono a creare una discrepanza tra ciò che è formalmente previsto e ciò che accade nella realtà, esse sono pur sempre leggi.

Il legislatore italiano utilizza l'aggettivo oscuro nell'art. 1371 cc. in sede di interpretazione del contratto: qualora, nonostante l'applicazione delle norme contenute in questo capo, il contratto rimanga oscuro, esso deve essere inteso nel senso meno gravoso per l'obbligato, se è a titolo gratuito, e nel senso che realizzi l'equo contemperamento degli interessi delle parti, se è a titolo oneroso.

Tale enunciato ci rappresenta tre ordini di argomenti: 1) L'oscurità non è aliena dall'ambito del giuridico; 2) l'oscurità appartiene ai soggetti che diventano protagonisti di operazioni negoziali [*rectius*: contrattuali]; 3) l'oscurità non appartiene [e non deve appartenere] al legislatore visto che non vi è alcuna menzione di tale quaestio in punto di legislazione[4].

La legge oscura, scritta male, infarcita di continui richiami ad articoli precedenti, densa di complessità e contrasti concettuali finisce con lo scontare una difficile, complessa e delicata attività di interpretazione che può arrivare a ribaltarne il significato letterale per favorirne lo spirito.

In più.

Iuvat repetere: l'oscurità consente l'implementarsi di attività creativa dell'autorità giudiziaria e la sentenza finisce con il sostituirsi alla legge.

Ed allora una chiosa: hanno ancora ragione di esistere i brocardi «*ignorantia legis non excusat», «iudex sub lege» oppure «dura lex sed lex*?»

All’idea dell'oscurità, ben può associarsi l'immagine di una legge obesa, eccessivamente lunga, complessa, farraginosa e magari ridondante, atteso che - come sopra detto- la chiarezza e la sinteticità degli atti normativi sono principi auspicabili per garantire l'effettività della legge e la certezza del diritto.

Tantissimi sarebbero gli esempi di oscurità legislativa [gli articoli del Codice del Consumo dedicati ai beni e servizi digitali, ad esempio, dall' art. 135octies all'art. 135vicies] ma citiamo l'articolo 33, comma 2, lettera u) del Codice del Consumo che presenta decisi punti di poca chiarezza; la norma utilizza un termine <eccessivamente breve> che non è quantificato in modo preciso. Cosa si intende esattamente per eccessivamente breve? Dipende dal tipo di contratto, dal bene o servizio offerto, dalle consuetudini del settore? Un termine di 24 ore potrebbe essere considerato eccessivamente breve per recedere da un contratto di multiproprietà, ma potrebbe essere ragionevole per segnalare un difetto su un bene deperibile appena acquistato e questo crea incertezza su quali altri termini di decadenza o comunicazione potrebbero essere considerati vessatori; in più la norma fa riferimento anche a «altri diritti del consumatore» senza specificarli.

Ancora. L'art. 113 del Codice del Consumo è tipico esempio di normazione di rinvio: sono fatte salve le specifiche norme di settore che, con riferimento a particolari categorie merceologiche, obbligano a specifici standard di sicurezza, e le disposizioni regionali che disciplinano i controlli di competenza.

---

[4]M. AINIS, *La legge oscura. Come e perché non funziona*. Roma-Bari, 1997, *passim*.

Ad aggiungersi, sempre nell'ambito del Codice del Consumo, l'art. 3, comma 1, lettera e) nella locuzione di pratica commerciale scorretta indugia in una indiscutibile vaghezza che ne compromette l'applicazione.

In più.

Lo stesso art. 6, paragrafo 1, lettera f) del GDPR ben può essere un esempio di regola che, pur essendo fondamentale per consentire trattamenti di dati necessari in contesti specifici, presenta una formulazione basata su concetti non definiti inducendo ad incertezze interpretative e alla necessità di un'attenta valutazione caso per caso, rendendo la sua applicazione pratica complessa e potenzialmente soggetta a problemi esegetici non utili per la certezza e l'effettività del diritto.

Ma sono soltanto alcuni dei moltissimi esempi.

Apparentemente diverso è il fenomeno del lavaggio della legge [*law washing*] perché, in termini pratici, gli effetti tossici sono analoghi in quanto sia la norma oscura che la norma lavata in effetti non contengono l'immediata percezione della sostanza nel precetto e nella sanzione immediatamente avvertibile e, dunque, suscettiva di applicazione[5].

A voler esemplificare basti pensare all'adesione a certificazioni ambientali o di sostenibilità [es. ISO 14001, SA 8000]: un'azienda potrebbe ottenere queste certificazioni e pubblicizzarle ampiamente per mostrare un impegno verso l'ambiente o i diritti dei lavoratori, anche se le sue pratiche operative quotidiane rimangono problematiche o al limite della legalità.

La certificazione diventa uno strumento di *law washing* se non accompagnata da un reale cambiamento culturale e operativo.

Il termine *law washing* pur non avendo una definizione giuridica univoca e consolidata, viene utilizzato, spesso in modo critico, per descrivere situazioni in cui la legge presenta stratificazioni o rinvii di tale rilievo da offuscare la sostanza normativa applicabile; in altri termini, se da un lato si tende ad agevolare l'accesso alla giustizia, dall'altro viene a diminuire il controllo sulla tecnica di redazione della legge che la rende se non inapplicabile, difficilmente applicabile anche quando organizzazioni varie del consorzio sociale cercano di sembrare conformi alla legge o di sostenere lo Stato di diritto in modo superficiale o fuorviante, senza un reale impegno o un cambiamento sostanziale nelle loro pratiche[6].

L'avverbio apparentemente non è stato un caso, atteso che Il *law washing*, a parere di chi scrive, in difetto di una puntuale concettualizzazione di un fenomeno che non trova radici nel diritto positivo [ancora], è una esondazione dal paradigma classico di redazione normativa fatto di regola e coazione; in poche parole si assiste ad una scrittura di un testo normativo attraverso una serie di stratificazioni normative o accumuli [un addensamento normativo] che neutralizzano l'essenza della legge rendendola lavata e quindi vuota, pur facendola apparire vagliata sotto il crisma della legalità.

---

[5] D. KENNEDY, M. KOSKENNIEMI, *Of Law and the World: Critical Conversations on Power, History, and Political Economy*, Harvard University, 2023, *passim*; gli autori criticano il formalismo giuridico e il modo in cui il diritto può perpetuare disuguaglianze, fornendo strumenti per smascherare forme di "law washing"; esplorano il rapporto tra interpretazione giuridica e coercizione statale, utile per capire come il linguaggio legale può mascherare la violenza o l'ingiustizia.

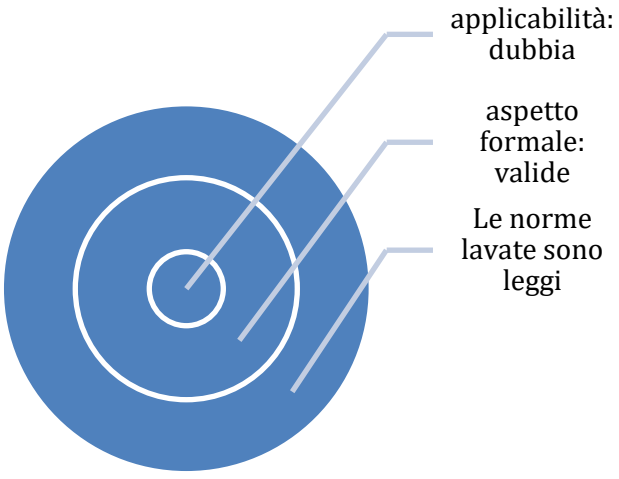
[6] M. BALESTRIERI, *op. cit.*, 32: <Ogni gesto ermeneutico racchiude un atto di violenza. Non esistono diritti o doveri "neutri": ciascuno di essi influenza materialmente una specifica economia sociale>.

In sostanza, il *law washing* implica una disconnessione nella legge: è una forma di comunicazione che mira a creare un'immagine di legalità e conformità senza un reale fondamento.

In recenti studi di analisi dello Stato di avanzamento dell'Agenda 2030 per lo sviluppo sostenibile, e in particolare dell'SDG16, che riguarda lo Stato di diritto in relazione ai progressi in merito all'SDG16.3 [accesso alla giustizia e allo Stato di diritto]si osserva una tendenza preoccupante: i Paesi si stringono attorno all'SDG16, ma molti sfruttano l'opportunità per "lavare lo Stato di diritto": riferiscono di aver compiuto progressi nell'accesso alla giustizia, ma non sono all'altezza dello Stato di diritto come principio di governance e come reale controllo e bilanciamento del potere arbitrario[7].

Per evitare che l'SDG16 diventi uno strumento di *law washing*, è fondamentale:

- Concentrarsi su indicatori qualitativi**:** oltre ai numeri sull'accesso, è necessario valutare l'effettiva qualità della giustizia, l'indipendenza del sistema giudiziario, il rispetto dei diritti umani e la presenza di meccanismi di controllo e bilanciamento.
- Promuovere la trasparenza e la responsabilità: richiedere ai governi di rendere conto dei loro progressi non solo in termini di accesso formale, ma anche di rispetto dei principi fondamentali dello Stato di diritto.
- Coinvolgere la società civile e le organizzazioni internazionali**:** monitorare attentamente la situazione sul campo e denunciare le pratiche di *law washing*.
- Rafforzare le istituzioni indipendenti**:** sostenere e proteggere le istituzioni che svolgono un ruolo di controllo sul potere, come la magistratura, le istituzioni per i diritti umani e gli organi di audit.
- Promuovere una cultura dello Stato di diritto**:** educare i cittadini e i funzionari pubblici sull'importanza dei principi dello Stato di diritto e sulla necessità di una governance responsabile[8].



[7] S. Queen, R. Sannerholm, Policy Brief, *Rule of law whasing and the Sustainable Development Goals*, in ILAC Policy, December 2019, 2-11.
[8] S. Queen, R. Sannerholm, *op. cit.*; trattasi di conclusioni a cui pervengono gli autori.

3.1 Segue: tra linea di confine e linea di commistione.

L'oscurità normativa può rappresentare un terreno fertile per il *law washing*, ma non è una condizione necessaria né sufficiente per la sua esistenza. Il *law washing* implica spesso un intento manipolatorio che va oltre la semplice difficoltà interpretativa di una norma oscura. Se rule of law va di pari passo con *supremacy* of the *law*, allora occorre calcare l'importanza della separazione dei poteri oggi per evitare incolmabili crepe di abusi[9].

3.2 Segue: i fattori di oscurità.

Linguaggio Tecnico/Burocratico; Termini specialistici non definiti o ambigui; Sintassi Complessa; Struttura della frase intricata, difficile da seguire; Riferimenti eccessivi; Rinvii ad altre norme senza chiarezza del collegamento; Concetti Indeterminati; Formulazioni vaghe, principi generali senza specificità; Pluralità di Interpretazioni; Possibilità di attribuire significati diversi alla norma; Mancanza di Definizioni Chiave; Termini cruciali non esplicitati; Costrutto troppo stringato o eccessivamente indefinito; Formulazioni troppo brevi che omettono dettagli necessari o proposizioni generiche; Contraddizioni Interne; Disposizioni che sembrano in conflitto tra loro; Evoluzione Normativa incontrollata; Modifiche e integrazioni che rendono difficile la lettura coordinata; Mancanza di Esempi/Chiarimenti; Assenza di indicazioni pratiche sull'applicazione; Obiettivo normativo poco chiaro; Difficoltà nel comprendere la finalità della norma; Destinatari Indeterminati; Difficoltà di Comprensione del testo; Incertezza Applicativa; Complessità del Quadro Normativo.

3.3 Segue: i fattori di "lavaggio" della legge.

Complessità di linguaggio; Adesione a principi legali di facciata; Utilizzo selettivo della legge per scopi di pubbliche relazioni; *Rule of law washing* a livello statale; *AIwashing* con implicazioni legali in violazione di regole etiche: Percezione positiva ingannevole; Comunicazione ingannevole di legalità; Dichiarazioni fuorvianti; Locuzioni fuorvianti; Adesioni di facciata; Apparenza di legalità; Rinvii e addensamenti con stratificazioni incontrollate e incontrollabili.

4. Conclusione del ragionamento dimostrativo: anche le norme oscure o "lavate" devono essere applicate.

Il dibattito sulla tecnica di normazione non è recente ed il fatto che, nonostante il passaggio del tempo, si stia ancora a discutere sul come arginare il triste fenomeno significa una cosa sola: il problema esiste e, purtroppo, senza un ordine del sistema esisterà sempre.

[9] A. Pin, *Il rule of law come problema*, Napoli, 2021, 47 e ss.

A riprova del fatto che esisterà sempre vi è la considerazione che il legislatore è un essere umano, con interessi, con dialettiche politiche, con formazione particolare, in una parola è un essere umano stressabile[10].

Quando il legislatore manifesta stress, lo ripercuote sul sistema e se il sistema si stressa significa che la legge, pur adottando criteri stringenti di redazione, che- sia chiaro non devono mai mancare - risentirà sempre di criticità umane.

Lo stress legislativo è un vulnus.

Ed allora occorre intervenire su due momenti: il primo che è quello redazionale; il secondo che è quello di verifica dell'applicazione adeguata.

Ed è proprio questo secondo momento indagato che va studiato attraverso una verifica algoritmica.

Mi spiego meglio.

Gli Emirati Arabi, di recente, hanno immaginato una A.I. L che potesse scrivere i testi normativi, previa verifica della applicabilità[11].

Quali potrebbero essere i Vantaggi Potenziali:

- Maggiore efficienza**:** L'IA può analizzare rapidamente un'enorme quantità di dati giuridici e identificare precedenti rilevanti, velocizzando il processo di stesura delle leggi.
- Riduzione dei pregiudizi umani**:** L'IA può contribuire a ridurre l'influenza di pregiudizi soggettivi nella formulazione delle norme, promuovendo una maggiore oggettività.
- Aggiornamento costante: L'IA può facilitare l'adattamento continuo delle leggi all'evoluzione della società e delle nuove tecnologie, mantenendo la normativa sempre aggiornata.

Evidenziamo, però, anche i Rischi e le Criticità:

- Oscurità algoritmica**:** L'IA potrebbe produrre leggi basate su logiche complesse e difficilmente comprensibili per gli esseri umani, creando una nuova forma di oscurità normativa. Questo fenomeno è noto come "opacità algoritmica", dove le decisioni dell'IA sono difficili da decifrare anche per gli esperti.
- Mancanza di contesto umano**:** L'IA potrebbe avere difficoltà a cogliere le sfumature del linguaggio e i valori sociali che sono essenziali per una corretta interpretazione e applicazione delle leggi. Ciò potrebbe portare a norme tecnicamente precise ma inadeguate o ingiuste nel contesto reale.
- Responsabilità e controllo**:** L'utilizzo dell'IA nella scrittura delle leggi solleva interrogativi sulla responsabilità in caso di errori o conseguenze indesiderate. Chi sarebbe responsabile di una legge scritta dall'IA che si rivela dannosa o inefficace? Come si potrebbe esercitare un controllo democratico su un processo legislativo automatizzato?
- Rischio di standardizzazione eccessiva**:** L'IA potrebbe tendere a uniformare eccessivamente le leggi, trascurando le specificità e le diversità delle singole comunità e dei contesti locali.

---

[10] M. Di Francesco Torregrossa, *La responsabilità dello Stato-legislatore e l'attività amministrativa*, Napoli, 2019, 149 e ss . particolarmente incisive sui problemi dell'attività di legislazione.

[11] https://www.corriere.it/esteri/25_aprile_22/emirati-arabi-l-intelligenza-artificiale-scrivera-le-leggi-per-evitare-le-liti-infinite-2ed19f80-92bb-4c7b-abe3-572e45760xlk.shtml

Ergo, i rischi superano i benefici.



Allora se, per un verso, il legislatore è [e deve essere] un umano pensante e ragionevole, capace di adattare la regola alla flessibilità delle dinamiche sociali senza creare una rigida staticità standardizzata, per altro verso le norme [o più in generale la legge] vanno monitorate ex art. 12 delle preleggi.

Che l'oscurità sia estranea [e non relativa] al legislatore illuminato, si evince dallo studio proprio dell'art. 12 delle preleggi [12].

L'articolato de quo, difatti, statuisce che nell'applicare la legge non si può ad essa attribuire altro senso che quello fatto palese dal significato proprio delle parole secondo la connessione di esse, e dalla intenzione del legislatore. Se una controversia non può essere decisa con una precisa disposizione, si ha riguardo alle disposizioni che regolano casi simili o materie analoghe; se il caso rimane ancora dubbio, si decide secondo i principi generali dell'ordinamento giuridico dello Stato.

Parole, significato, connessione, intenzione, analogia casi non previsti o risoluzione per mezzo dei principi dell'ordinamento.

Sono tutte keywords che non solo esprimono un algoritmo per l'applicazione della legge, ma sono esse stesse anche la sollecitazione imperativa di scrittura o meglio di tecnica di redazione della legge; in altri termini, le parole chiave in questione non sono solo descrittive del processo di applicazione della legge, ma rappresentano anche un'esigenza categorica per una specifica modalità di scrittura legislativa[13] .

Allora per ritornare al nostro esperimento, nel caso di specie si ha:

A) la premessa maggiore è: tutte le leggi devono essere applicabili

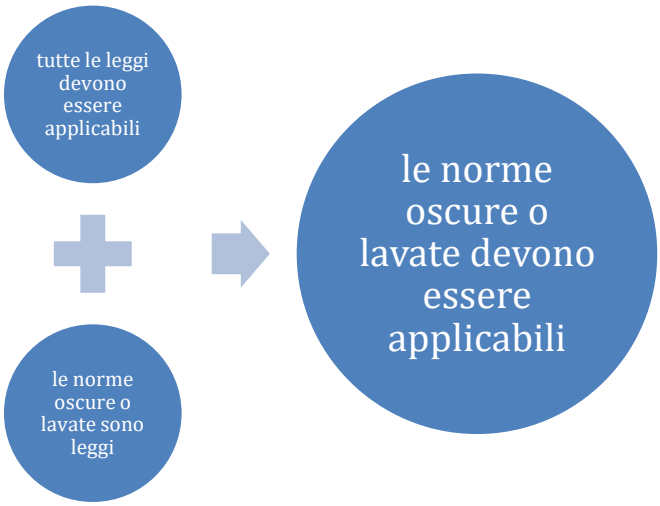
B) la premessa minore è: le norme oscure o lavate sono leggi

C) la conclusione è: le norme oscure o lavate devono essere applicabili

---

[12] C. CICALA, R. FEDIGRA, *Conoscibilità e oscurità della legge*, in *Rivista Italiana di Comunicazione,* Milano, 2003, 17 e ss.

[13] R. ZACCARIA, *La buona scrittura e la qualità delle leggi* in *La buona scrittura delle leggi* (a cura di) R. ZACCARIA, Palazzo Montecitorio, Camera dei Deputati, Roma 2012, 9 e ss.; C. Zucchelli, *Riflessioni sulla qualità del linguaggio normativo* in *La buona scrittura delle leggi* (a cura di) R. Zaccaria, Palazzo Montecitorio, Camera dei Deputati, Roma, 2012, 81: < Vorrei non dovere dire che il mio ufficio deve con impressionante frequenza correggere nelle bozze di testi normativi errori sintattici, parentetiche prive di predicato verbale o di soggetto, forme verbali al singolare invece che al plurale, inesattezze lessicali, inappropriato uso di sostantivi sinonimi o, al contrario, utilizzazione di termini generici in luogo di quelli più appropriati> .



5. Raccordo tra sillogismo aristotelico, algoritmo ex art. 12 preleggi e indici di incostituzionalità.

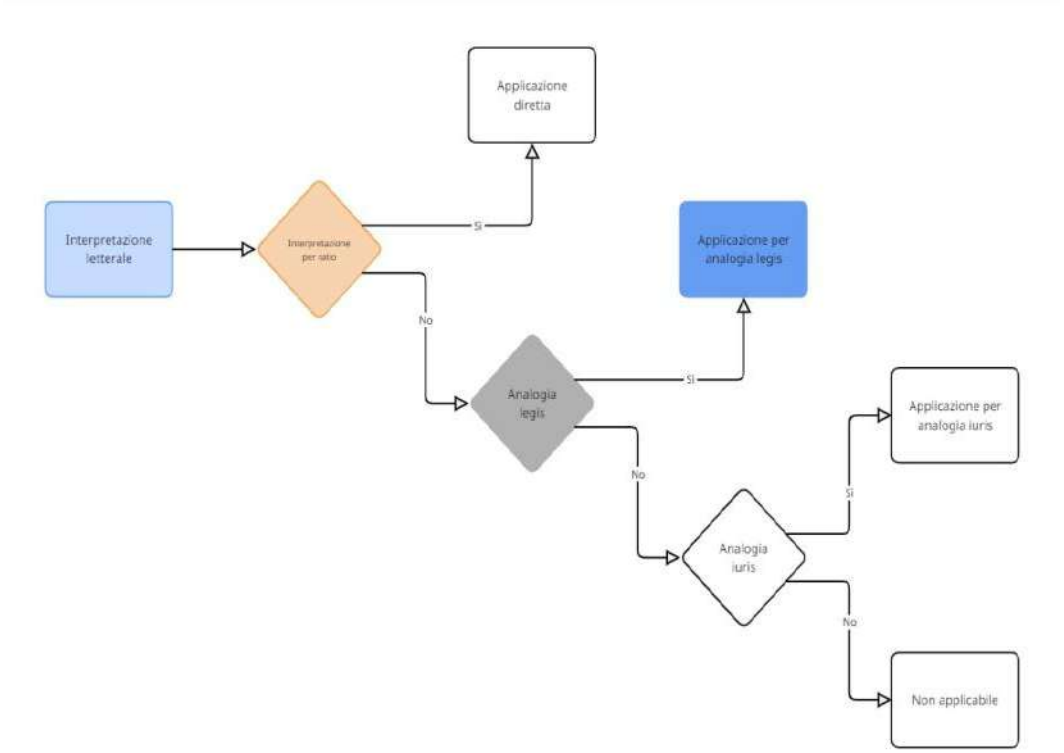
Perché la conclusione aristotelica si realizzi o possa realizzarsi occorre algoritmizzare l'art. 12 delle preleggi. Un algoritmo che consenta di esaminare la legge sotto il profilo dell'applicabilità[14].

In definitiva se la legge sopporta la verifica degli indici espressi nell'art. 12 allora essa è suscettiva di applicazione e può rimanere all'interno del sistema dello Stato di Diritto.

Se, invece, non «passa l'esame», essa va eliminata[15].

[14] In tal modo ogni cosa potrà ritornare al suo posto e ripercorrere così l'ordine evocato da M. LUCIANI, *Ogni cosa al suo posto*, Milano, 2023, p. 28 e consentire al diritto in concreto l'appartenenza ad un puzzle preciso in cui ogni tessera della norma deve andare dove merita.

[15] S. D'ALFONSO, *Il richiamo del principio di ragionevolezza nel sindacato costituzionale delle disposizioni irrimediabilmente oscure; applicabilità e limiti*, in *Diritto Pubblico Europeo*-Rassegna online, 28.04. 2025 https://doi.org/10.6093/2421-0528/11742



Difatti, se non è possibile applicare il 12, la legge va espunta dall'impianto ordinamentale con un censura di incostituzionalità per: a) violazione del principio di ragionevolezza (art. 3 Cost.)= una legge incomprensibile o eccessivamente ambigua può essere ritenuta irragionevole in quanto rende difficile ai cittadini conformarsi alla legge e ai destinatari applicarla in modo uniforme, creando incertezza giuridica; b) per violazione dell'art. 54 Cost.= questo articolo sancisce il dovere dei cittadini di osservare la Costituzione e le leggie tale dovere presuppone che i cittadini siano in grado di comprendere il significato delle leggi; c) per violazione del diritto di difesa (art. 24 Cost.)=l'indeterminatezza dei presupposti di una legge può rendere difficile ai privati esercitare il proprio diritto di difesa in giudizio; d) per violazione del principio liberale e democratico (art. 1 Cost.)= la Repubblica è democratica e governata dalla Sovranità popolare che non può tollerare leggi di uno Stato non comprensibili.

A chiusura del cerchio va aggiunta anche la pronuncia della Corte Costituzionale n. 110 del 2023 che ha dichiarato illegittima costituzionalmente una legge regionale perché radicalmente oscura[16].

[16] L. DI MAJO, *Una legge " radicalmente oscura" è incompatibile con la Costituzione. Nota a Corte Costituzionale, sentenza n. 110/2023,* in *Consulta online*, 2, 2023. Con la sentenza del 18 aprile n. 110 del 2023 la Corte costituzionale si è pronunciata in merito alla compatibilità con la Costituzione – e in particolare con il principio di ragionevolezza *ex* art. 3 Cost. –di un testo normativo *"irrimediabilmente oscuro",* con riferimento a una disposizione in materia edilizia contenuta in una legge della Regione Molise. Accogliendo il ricorso del Governo, la Corte ha ritenuto che la normativa impugnata non fosse in grado di fornire «alcun affidabile criterio guida alla pubblica amministrazione *nella valutazione se assentire o meno un dato intervento richiesto dal privato*» e rendesse, altresì, arduo al privato «lo stesso esercizio del proprio *diritto di difesa* in giudizio contro l'eventuale provvedimento negativo

Da questo ragionamento può essere sviluppata una formula come di seguito si potrà esaminare, con un ragionamento sviluppato in parte 1 e parte 2.

5.1 Segue: Parte 1 – l'interpretazione "ordinaria" (basata sull'art. 12 delle preleggi).

Questa parte cerca di dare un valore all'interpretazione di una legge considerando diversi aspetti rilevanti ed il "peso" nell'influenzare l'ermeneutica. In primis occorre valutare diversi fattori (come il significato letterale delle parole, l'intenzione del legislatore, il contesto storico, ecc.) e dare a ciascuno un voto di "rilevanza" e un voto di "peso" che permetta di assegnare una influenza sull'interpretazione, ovvero un livello di autorevolezza a chi ha espresso il voto, o il modo in cui lo stesso è stato espresso.

Per combinare questi voti, facciamo una media ponderata:

Valore Interpretativo$= VI = \frac{(R_1 \times P_1)+(R_2 \times P_2)+\cdots+(R_n \times P_n)}{P_1+P_2+\cdots+P_n}$

O, in modo più compatto, usando il simbolo matematico di sommatoria:

Valore Interpretativo$= VI = \frac{\sum_{i=1}^{n} R_i \times P_i}{\sum_{i=1}^{n} P_i}$

Dove:

- $R_1, R_2, \cdots R_n$sono i voti di "rilevanza" per ciascun aspetto considerato (ad esempio 0 per nessuna rilevanza e 1 per massima rilevanza).
- $P_1, P_2, \ldots, P_n$ sono i voti di "peso" per ciascun aspetto considerato (ad esempio da 0 a 1, dove 1 è massima influenza).
- nè il numero totale di aspetti che stiamo considerando.

Con i voti e pesi che variano da 0 a 1, l'indice VI può assumere solo valori tra 0 e 1, con 1 il massimo del valore interpretativo.

5.2 Segue: Parte 2 – la "correzione costituzionale".

Questa parte interviene sul "Valore Interpretativo", ovvero l'indice VI calcolato prima e lo modifica a seconda di quanto la legge è conforme alla Costituzione.

La correzione si può pensare come un "moltiplicatore" che può aumentare, lasciare invariato o diminuire il "Valore Interpretativo":

Fattore di correzione Costituzionale$= F = \frac{(1+V_{Cost})}{2}$

Dove:

- V_{Cost} è un voto che dice quanto la legge è "costituzionale" (da -1 per molto incostituzionale a +1 per pienamente costituzionale, con 0 per una situazione neutra).

Si noti anche il divisore 2 che permette di rimanere all'interno di un intervallo normalizzato [0,1] per V_{Cost}.che varia nell'intervallo [-1,1].

---

della pubblica amministrazione, proprio in ragione dell'indeterminatezza dei presupposti della legge che dovrebbe assicurargli tutela contro l'uso arbitrario della discrezionalità amministrativa ».

5.3 Segue: Parte 3 – la formula completa.

L'Indice combinato di Interpretazione-Costituzionalità(I_{I-C}) si ottiene moltiplicando il "Valore Interpretativo" per il "Fattore di Correzione Costituzionale":

$$I_{I-C} = F \times VI$$

Sostituendo le formule che abbiamo visto prima:

$$I_{I-C} = \frac{(1 + V_{Cost})}{2} \times \left(\frac{\sum_{i=1}^{n} R_i \times P_i}{\sum_{i=1}^{n} P_i} \right)$$ [17]

5.4 In sintesi.

La formula calcola prima un valore <base> per l'interpretazione della legge, considerando diversi fattori e la loro importanza. Poi, questo valore viene aggiustato in base a quanto la legge è in linea con la Costituzione. Se la legge è costituzionale, l'indice aumenta; se è incostituzionale, l'indice diminuisce. Si noti che con l'inserimento del divisore 2 nel fattore di correzione F, l'indice costituzionale sarà normalizzato a sua volta nell'intervallo [0,1], con il minimo, 0 corrispondente ad una legge di oscura interpretazione e/o incostituzionalità, ed il massimo, +1, ad una legge chiara e di assoluta costituzionalità. In tal modo, si avrà la possibilità di giudicare una legge con un parametro normalizzato ben definito, senza necessariamente perdersi in giudizi scritti che possono essere soggetti a loro volta ad ulteriore interpretazione. Per un esempio pratico delle formule di cui sopra si rimanda all'appendice.

6. Il raggiungimento dell'obiettivo.

Qual è l'obiettivo della formula e, in genere, di questa investigazione?

Quello di consentire la creazione di uno schema controllabile nel campo particolarmente delicato nella redazione della motivazione di una sentenza, nel senso che andrebbe obbligatoriamente indicata a chiare lettere - come premessa- sia la legge evocata per il caso concreto sia il *modus interpretandi* della stessa al fine di evitare arbitrii o *in peius* meccanismi di creazione di norme incompatibili con il nostro sistema giuridico e, quindi, illegittime.

Attraverso la formula si può monitorare il corretto svolgimento del procedimento applicativo per verificarne l'esattezza e rendere il diritto un calcolo tendente verso l'oggettivizzazione della legge che è e deve essere uguale per tutti nella sua espressione intrinseca del valore della *predictability*.

In tal modo sarò tutelato l'effettività del diritto all'applicazione corretta della legge.

E questo perché la tecnologia è una opportunità da non lasciarsi perdere per colmare incongruenze del nostro sistema giuridico ai limiti di ogni sostenibilità.

[17] Formula validata dal Prof. C. SERIO, Direttore della Scuola di ingegneria dell'Università degli Studi della Basilicata.

I nuovi scenari non possono escludere dal dibattito i valori giuridici della chiarezza, della certezza, dell'applicabilità, dell'esecuzione e del rispetto della legge, imprescindibili in un consorzio civilmente avanzato.

Qualche autore conclude a favore di I.A. per supportare le funzioni istituzionali del Parlamento con un algoritmo chiarificatore che ripulisca dalle parole incomprensibili dai testi normativi[18].Ma, forse, l'opzione di un sistema di controllo a monte sarebbe preferibile; senza tacere che poche leggi giuste rappresenta finalità di vera civiltà giuridica al fine di consentire la verifica del valore della stabilità ordinamentale che si basa solo ed esclusivamente sulla chiarezza e certezza durevole che sono due elementi di una stessa moneta necessari per consentire l'esercizio dell'applicazione appropriata della legge[19].

APPENDICE

Calcolo Valore Interpretativo (VI)

Supponiamo di considerare tre aspetti per interpretare la legge sui droni [In Italia, l'uso dei droni è regolato principalmente dall'Ente Nazionale per l'Aviazione Civile (ENAC), che ha emesso una serie di regolamenti a partire dal 2013] applicando l'articolo 12 delle preleggi:

1.Significato letterale delle parole: Il testo della legge è abbastanza chiaro riguardo ai luoghi dove è vietato far volare i droni (non possono volare su zone vincolate o abitate, devono rispettare altezze e confini etc).

2.Intenzione del legislatore: Dai lavori preparatori sembra che l'intenzione principale fosse quella di garantire la sicurezza pubblica e la privacy.

3.Contesto sociale ed economico: L'uso dei droni privati è in rapida crescita e ci sono diverse opinioni in merito ai potenziali rischi e benefici.

Assegniamo ora dei voti di "rilevanza" e di "peso" a ciascun aspetto. Usando i simboli matematici usati per la definizione delle formule nelle sezioni precedenti, abbiamo

Significato letterale
R_1=1; P_1 =0.8

Intenzione del legislatore
R_2=0.9; P_2 =0.7

Contesto sociale ed economico
R_3=0.6; P_3 =0.4

Ora calcoliamo il Valore Interpretativo (VI) usando la formula della media ponderata:

[18] FROSINI, *op. cit.*, pp. 17-18
[19] N. BOBBIO, *La certezza del diritto è un mito?*, in *Riv.int. fil. dir.* 28, 1951, p. 146 ss.

$$VI = \frac{(R_1 \times P_1) + (R_2 \times P_2) + \cdots + (R_n \times P_n)}{P_1 + P_2 + \cdots + P_n}$$
$$= \frac{(1 \times 0.8) + (0.9 \times 0.7) + (0.6 \times 0.4)}{0.8 + 0.7 + 0.4} = \frac{1.67}{1.90} = 0.88$$

(Si noti, che qui e nel seguito, le operazioni vengono eseguite arrotondando alle prime due cifre decimali).

Quindi, secondo l'interpretazione "ordinaria" basata sui fattori considerati, otteniamo un Valore Interpretativo di 0.88.

Fattore di Correzione Costituzionale (F)

Ora dobbiamo considerare la conformità di questa legge sulla regolamentazione dei droni alla Costituzione. Supponiamo che alcuni esperti abbiano espresso dei dubbi sul fatto che alcune restrizioni imposte dalla legge possano limitare eccessivamente la libertà di iniziativa economica (articolo 41 della Costituzione).

Assegniamo un voto di "costituzionalità"

•Voto di costituzionalità: Supponiamo che il voto sia $V_{Cost} = -0.3$, indicando una moderata preoccupazione di incostituzionalità. Abbiamo, quindi

$$F = \frac{(1 + V_{Cost})}{2} = \frac{1 - 0.3}{2} = \frac{0.7}{2} = 0.35$$

In questo caso, il Fattore di Correzione Costituzionale è inferiore a 0.5, come da aspettarsi, in relazione al voto di moderata incostituzionalità. Di conseguenza, si otterrà una diminuzione del Valore Interpretativo iniziale a causa dei dubbi di costituzionalità.

Indice combinato di interpretazione-costituzionalità

Infine, combinando il valore di VI eF calcoliamo l'Indice I_{I-C} moltiplicando il Valore Interpretativo per il Fattore di Correzione Costituzionale:

$$I_{I-C} = F \times VI = 0.35 \times 0.88 = 0.31$$

Quindi, l'Indice complessivo finale per questa legge sull'uso dei droni, tenendo conto sia dell'interpretazione ordinaria che della "correzione costituzionale", è di circa 0.31. Questo valore, inferiore al Valore Interpretativo iniziale, e vieppiù inferiore al valore mediano di 0.5, riflette l'influenza dei dubbi di costituzionalità sull'interpretazione finale della legge.

Questo esempio mostra come i diversi fattori vengono pesati e combinati per arrivare a un Indice combinato che tiene conto sia degli aspetti interpretativi tradizionali che della conformità alla Costituzione.

Gatt L, Caggiano IA, Gaeta MC, Aulino L, Troisi E, Izzo L, Fabrocini A, Marino D, Esposito C, 'Legal Design through AI in banking contracts' (2025) 1 EJPLT.
DOI: https://doi.org/10.57230/EJPLT251LGIC

EJPLT
ISSN 2704-8012



Legal Design through AI in banking contracts

Legal Design attraverso l'intelligenza artificiale nei contratti bancari

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

ILARIA AMELIA CAGGIANO
Full Professor of Private Law, ReCEPL Vice-Director
University of Naples Suor Orsola Benincasa

MARIA CRISTINA GAETA
Ph.D., Lecturer in Private Law, ReCEPL Scientific Secretary
University of Naples Suor Orsola Benincasa

LIVIA AULINO
Post-Doc, Research Fellow in Private Law, ReCEPL Senior Researcher
L'Orientale University of Naples

EMILIANO TROISI
Post-Doc, Research Fellow in Private Law, ReCEPL Senior Researcher
University of Naples Suor Orsola Benincasa

LUIGI IZZO
Ph.D. (c) in Private Law, ReCEPL Junior Researcher
University of Naples Suor Orsola Benincasa

ALESSANDRA FABROCINI
Ph.D. (c) in Earth Observation, ReCEPL Junior Researcher
Sapienza University of Rome – Vanvitelli University of Campania

DANIELE MARINO
Financial Service Consultant
VISA

CHRISTIANCARMINE ESPOSITO
Associate Professor of Computer Science
University of Salerno

[*] The paper is the result of the work of a selected team of researchers of the Research Centre in European Private Law (ReCEPL), coordinated by the ReCEPL Director Prof. Lucilla Gatt and ReCEPL Vicedirector Prtof.ssa Ilaria A. Caggiano. The work was presented at the IEEE International Conference 'Metrology for eXtended Reality, Artificial Intelligence, and Neural Engineering' (MetroXRAINE), St Albans, London, October 21-23, 2024, and published in the IEEE MetroXRAINE 2024 Proceedings, 1236 – 1241.

© The author(s) 2025, published by Suor Orsola University Press. 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
Consumer protection in banking is a particularly relevant issue, especially in light of the increasing complexity of banking transactions and the related legal reference cases. For this reason, the adoption of pre-contractual disclosures and contractual texts as complete as possible has been mandated to enable the consumer to be fully aware of the characteristics of the contractual relationship. This has led to the creation of contracts that are particularly detailed and full of content, with graphics designed to reduce the size of the relevant documents but inadequate to allow an understanding of these documents. It is therefore necessary to change the paradigm in the drafting of contractual texts and pre-contractual disclosures through the adoption of legal design methodologies. In particular, added value could be provided by adopting AI and metrology techniques for measuring the level of clarity of contractual texts and subsequently creating a more user-friendly version of these.

La tutela del consumatore in ambito bancario è un tema particolarmente rilevante, soprattutto alla luce della crescente complessità delle transazioni bancarie e delle relative casistiche giuridiche di riferimento. Per questo motivo, è stata imposta l'adozione di informative precontrattuali e di testi contrattuali il più possibile completi, per consentire al consumatore di avere piena consapevolezza delle caratteristiche del rapporto contrattuale. Questo ha portato alla creazione di contratti particolarmente dettagliati e ricchi di contenuti, con una grafica pensata per ridurre le dimensioni dei relativi documenti, ma inadeguata a consentirne la comprensione. È quindi necessario cambiare il paradigma nella redazione dei testi contrattuali e delle informative precontrattuali attraverso l'adozione di metodologie di legal design. In particolare, un valore aggiunto potrebbe essere fornito dall'adozione di tecniche di IA e di metrologia per misurare il livello di chiarezza dei testi contrattuali e successivamente creare una versione più facile da usare di questi testi.

Keywords: Legal Design; AI Act; regulatory perspectives; legal-ethical compliance by design; metrics; banking activities; contracts

Summary: 1. Introduction and background of the research. – 2. Methodology and background. – 3. Objectives. – 4. Technical analysis of contract readability. – 5. Model creation and training.

1. Introduction and background of the research.*

The complexity of contracts causes a high cognitive load for the user and

* The paper is the result of the work of a selected team of researchers of the Research Centre of European Private Law (ReCEPL) coordinated by the ReCEPL Director Prof. Lucilla Gatt and ReCEPL Vicedirector Prof.ssa Ilaria Amelia Caggiano.
The work was presented at the IEEE International Conference 'MetroXraine', held in St Albans, London, 21-23 October 2024, and published in 2024 IEEE International Conference on Metrology for eXtended Reality, Artificial Intelligence and Neural Engineering (MetroXRAINE), 1236-1241.

reduces their ability to comprehend their texts. The use of complex language and intricate structures is not only unnecessary but also a source of risks for the actors involved in legal relations.[1]

Even though the principles of transparency, clarity and conciseness of legal texts are fundamental in European Law and National legal systems, and in the field of consumer law, banking law,[2] and personal data protection,[3] the current level of comprehensibility of contracts between professionals and consumers remains low, while litigation on the subject is high.[4]

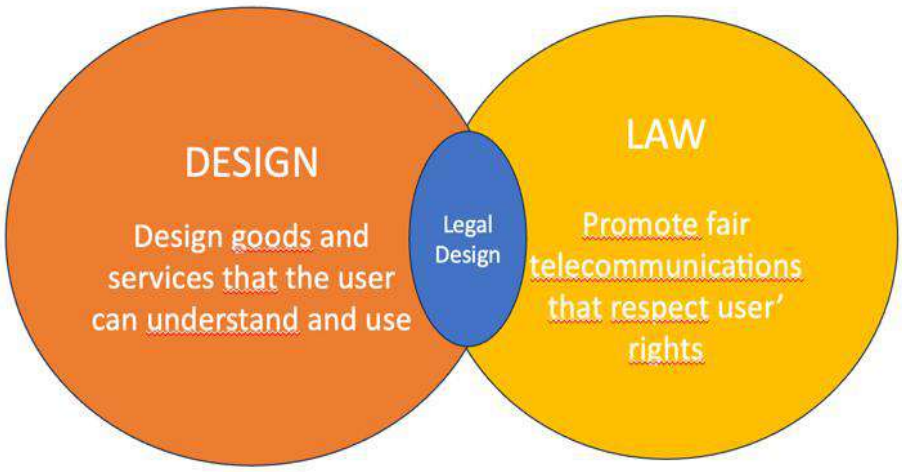
Among the instruments that can contribute to the simplification of contractual texts there is Legal Design, an interdisciplinary approach, which applies human-centred design to the world of law and promotes the usability and comprehensibility of legal texts, and contracts, thus enforcing transparency in B2C activities.[5]

Legal design[6] is a discipline that aims to achieve the correct and efficacious drafting and visualisation of a legal content,[7] to favour:

- communication and comprehension using textual, para-textual and contextual elements,[8]
- the visualisation of information (so-called Information Visualisation),[9] carefully evaluated according to the methodologies proper to the subject matter.

The principles of transparency and clarity represent the foundations of an understandable text, textual elements appear crucial for the correct representation of complex legal concepts that can then be further made usable through images.[10]

[1] S Passera, *Visualization in commercial contracts, Clearer Legal Information* (Aalto University and Mind Space, 2014).
[2] A Barenghi, 'Appunti sulla trasparenza bancaria, venticinque anni dopo', [2017] Questione Giustizia; AA Dolmetta, *Trasparenza dei prodotti bancari. Regole* (Zanichelli, 2014) 88 ff.
[3] A Davola, *Algoritmi decisionali e trasparenza bancaria* (Utet, 2020).
[4] L Gatt, R Montanari and IA Caggiano, 'Consenso al trattamento dei dati personali e analisi giuridico-comportamentale. Spunti di riflessione sull'effettività della tutela dei dati personali', [2017] Politica del diritto, 339 ff.
[5] IA Caggiano, 'Misurare la trasparenza: l'interpretazione del contratto alla prova delle nuove tecnologie', in E Corbi, TE Frosini, P Villani (eds.) *Parhesia in Dialogo tra saperi, Studi per Lucio d'Alessandro*, vol. I (Editoriale scientifica, 2024), 377-387.
[6] M Hagan, 'Law by Design', in <www.lawbydesign.co/en/home>, Retrieved March 2018.
[7] TD Barton, H Haapio, S Passera, *Innovating Contract Practices: Merging Contract, Design with Information Design* (University of Vaasa, 2013).
[8] A Santosuosso, 'Legal design, il diritto attraverso le immagini: cos'è e le abilità richieste', in <https://www.agendadigitale.eu/documenti/legal-design-il-diritto-attraverso-le-immagini/>, 2021.
[9] G Berger-Walliser, TD Barton, H Haapio, 'From Visualization to Legal Design: A Collaborative and Creative Process' (2017) 54(2) American Business Law Journal, 347-392.
[10] S Passera, H Haapio, M Curtotti, 'Making the Meaning of Contracts Visible – Automating Contract Visualization', in Erich Schweighofer et al. (eds.) *Transparency. Proceedings of the 17th International Legal Informatics Symposium IRIS 2014* (Österreichische Computer Gesellschaft OCG, 2014) 443 - 450.



Im. n. 1 – Interdisciplinarity in Legal Design

2. Methodology and background.

The research originates from the results of a project on the simplification of a banking contractual text addressed to consumers that was simplified according to the criteria of Legal Design,[11] and where special attention was dedicated to linguistic simplification of the text,[12] an aspect that is often not explored in depth in usual legal design studies.[13]

The research therefore intends to use the outputs of this research for the development of automation tools aimed to automatically simplify complex juridical texts through some steps:

- assess transparency through empirical research;
- derive uniform and suitable parameters to analyse contractual transparency,
- use these parameters for the development and training of an artificial intelligence tool to be used on large scales.

This tool would not only analyse the complexity of legal texts, but also automatically simplifying them substituting large and complexes tenses with simpler and clearer ones.

This means that an artificial intelligence could be useful to rapidly analyse such contracts, highlighting their most critical points according to the benchmark and outline a new draft of the examined contract.

However, it should be considered that, for the purposes of further advancement of the project, an essential role will be played precisely by the training of artificial intelligence, since it will be necessary to train it -partly using

[11] R Ducato, A Strowel, *Legal design perspectives. Theoretical and practical insights from the field* (Ledizioni, 2021).

[12] B De Muro, M Imperiale, *Legal design: bla bla come bla bla bla il design bla può bla bla bla semplificare bla bla bla il diritto bla bla bla* (Giuffrè, 2021).

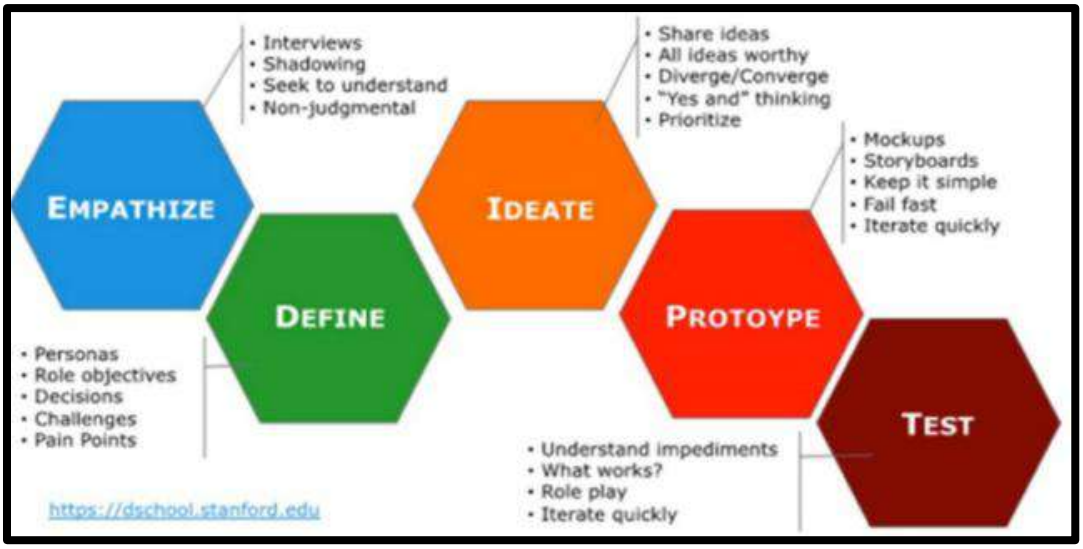
[13] H Haapio, 'Lawyers as Designers, Engineers and Innovators: Better Legal Documents Through Information Design and Visualization', in Erich Schweighofer et al. (Eds.) *Transparency. Proceedings of the 17th International Legal Informatics Symposium IRIS 2014* (Österreichische Computer Gesellschaft OCG, 2014), 451–458.

human "trainers" - to assess the transparency and comprehension of contractual texts using precisely the contractual model already created in the project activities as a benchmark for the tool to be designed and built.

An important aspect, moreover, will be that relating to the choice of the LLM to be used for the purpose of creating the AI software, since it will be necessary for it to be trained in the understanding of the Italian language and of the specifics of legal language.

The project "LeDiBank: Legal Design in Banking Contracts" bases its workflow and research on User Experience (UX) methodologies and Interaction Design techniques applied to the design of banking forms and contracts.

These methodologies, applied to the legal and legally binding acts compartment in combination with the traditional skills of jurists, take on the name of "Legal Design," a discipline that has taken hold especially in Central and Northern European countries, as well as in Anglo-Saxon countries. Mention is made of the Legal Design Lab at Stanford Law School, inspired by Margaret Hagan.



Im. n. 2 – The overall process of Design Thinking (Stanford Design School)

In that research centre, different approaches have been experimented with, either with designers and lawyers on the team or with only lawyers with additional design skills. The first of the two approaches is the one taken within the LeDiBank project, which features a team of jurists from the ReCEPL Research Center and a team of designers and graphic designers from the ReLAB company.

Through such methodologies, the layout and content of banking area contracts are intervened upon, facilitating the compilation operations, reducing the possibility of user error, and making explicit to users the most relevant constraints, clauses, and contractual burdens in the mutual interest of

the contractors.[14] [15] [16]

However, as much as the project aimed to apply Legal Design methodology, it still had the objective of carefully weighing the choices to be made when applying design techniques, to make a clarification of contracts but without affecting the complex of rights and protections.

To achieve this result, the team involved adopted a workflow based not only on a careful separation of expertise (nevertheless integrated into a single research group) but included a series of work steps, structured as follows:

1) identification of the contracts to be redesigned;
2) clarification of the legal language;
3) reformulation of text content;
4) design of the layout of the new contract;
5) creation of a standardized database of graphic materials;
6) prototyping of the new contract;
7) creation of a multimedia medium to accompany the contract;
8) analysis of the effectiveness of the new contract.

Consider that the various phases involve the intervention first of the legal team, which is later taken over by the graphics and design team. This makes it possible not only to have a product that adheres as closely as possible to the objectives set, but also to make the most of all the skills brought into the system.

3. Objectives.

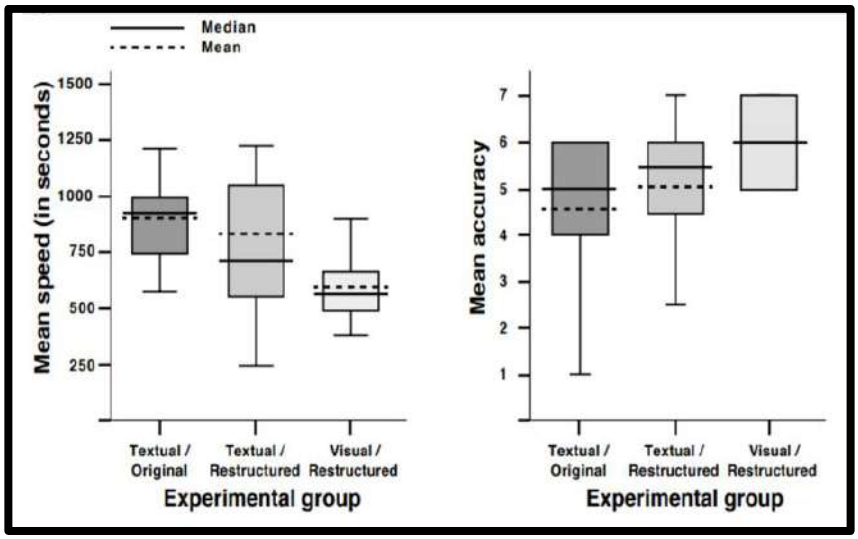
With reference to textual simplification, considering measurement, the project is aimed at:

1. measuring the level of clarity and transparency of the contractual texts;
2. automatically simplifying the legal language of contractual documents, supporting in the clarification of the contractual text which presents a low level of clarity (about the banking sector).

[14] H Haapio, R Derooy, TD Barton, 'New Contract Genres', in Erich Schweighofer et al. (eds.), *Data Protection / LegalTech. Proceedings of the 21th International Legal Informatics Symposium IRIS 2018* (Editions Weblaw, 2018), 455–460.

[15] H Haapio, D Plewe, R Derooy, 'Contract Continuum: From Text to Images, Comics, and Code', in Erich Schweighofer et al. (eds.), *Trends and Communities of Legal Informatics. Proceedings of the 20th International Legal Informatics Symposium IRIS 2017*.

[16] S Passera, H Haapio, 'Transforming Contracts from Legal Rules to User-Centered Communication Tools: A Human-Information Interaction Challenge' (2013) Communication Design Quarterly, 38–45.

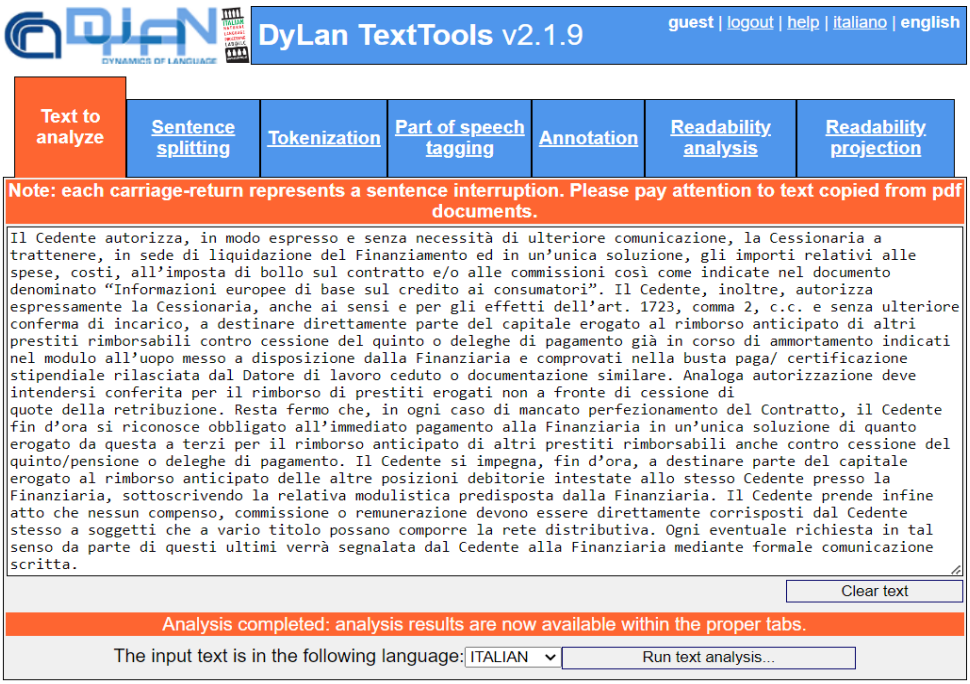


Im. n. 3 - Example of measuring some variables regarding different contract models. Passera, S. (2015)

However, about point 1, there are some tools that have not been fully developed for specialized legal language, while no advanced tools are available for automatically simplifying contractual texts (point 2).

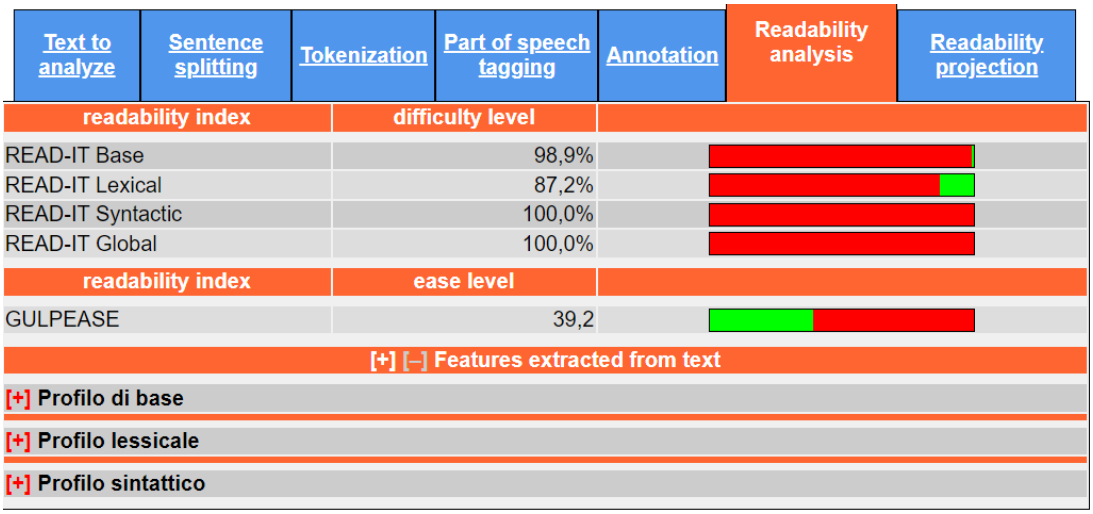
To better understand this specific point, consider that there already is a tool that analyses the understandability of a written text, named DyLan TextTools V2.1.9.

As you can see in the following image, it is possible to provide a text to be analysed to obtain a measurement of the complexity and readability of said text.



Im. n. 4 – The DyLan TextTools home screen

After analysing the text, it then provides an evaluation that, in global terms, focuses on four key parameters (see image no. 5).



Im. n. 5 – The DyLan TextTools analysis of a specific contractual clause

As is evident, the currently available analysis system performs its task very well in relation to linguistic profiles (grammar, vocabulary, syntax) but does not use a contract as a benchmark and does not consider Legal Design methodologies.

Simply put, it is not specifically designed to be used in the legal sphere, nor can it provide indications for the modification of contractual texts following analysis. In fact, it merely highlights the performance of texts on the linguistic level but does not indicate whether the content of specific contractual clauses should not only be reformulated, but also better distributed in clauses of more homogeneous content.

For this reason, we intend to redesign an analysis system from scratch, but using as benchmarks:

- the contractual model on a Legal Design basis as described in fig. 2;
- the lexicon specific to the legal profession, to be contrasted with the lexicon of an ordinary person.

Through the combination of these parameters, it may be possible to measure the actual readability of the contract and automatically obtain possible solutions to meet the set parameters.

In addition, reference will be made to the standard UNI 11482:2013 *Structural elements and linguistic aspects of written communications of organisations*, which concerns professional texts in general. The standard defines how to structure a text and how to simplify sentences and words.

From the point of view of textuality, to give a few examples:

- the title must define the subject so that the recipient understands whether the text is of interest to him/her and so that the text can be distinguished from all the others, in particular from those that precede it on the same subject;

- the partitions (Part, Chapter, Paragraph, Sub-paragraph) must be at least two at each level and numbered with Arabic numerals;
- the notes may contain: bibliographical references, long quotations, collateral content and comments, references to other parts of the text.

A few examples from a syntactic point of view.

The standard prohibits the verb in the present participle, the future deontic and the enclitic 'it is', and recommends that:

- periods should not exceed 40 words;
- the main sentence should precede secondary sentences;
- the number of incisors should be reduced to a minimum;
- the ratio between the number of verbs and the number of indirect complements should not exceed 1:4.

As far as vocabulary is concerned, the standard prohibits obsolete words and phrases and recommends that:

- technical terminology be translated into a glossary if the addressees might not understand it;
- words in common use be given preference over bureaucratic, archaic, etc. words and phrases.

All the prescriptions and recommendations of the standard will have to be evaluated with respect to the banking contract, which is likely to require some adaptation (e.g. in contracts the length of the sentence can easily and necessarily exceed 40 words).

The automatic measurement of these indications is not always possible or easy to achieve. For some of them, data already exist:[17]

- an excess of indirect complements is found every 129 words in administration texts, every 154 words in business texts and every 87 words in lawyers' defence writings;
- excessively long periods are found every 581 words in administration texts, every 717 words in business texts and every 726 words in lawyers' defence writings.

To automatically calculate the length of periods and the ratio between verbs and indirect complements, see Acerboni 2023.[18]

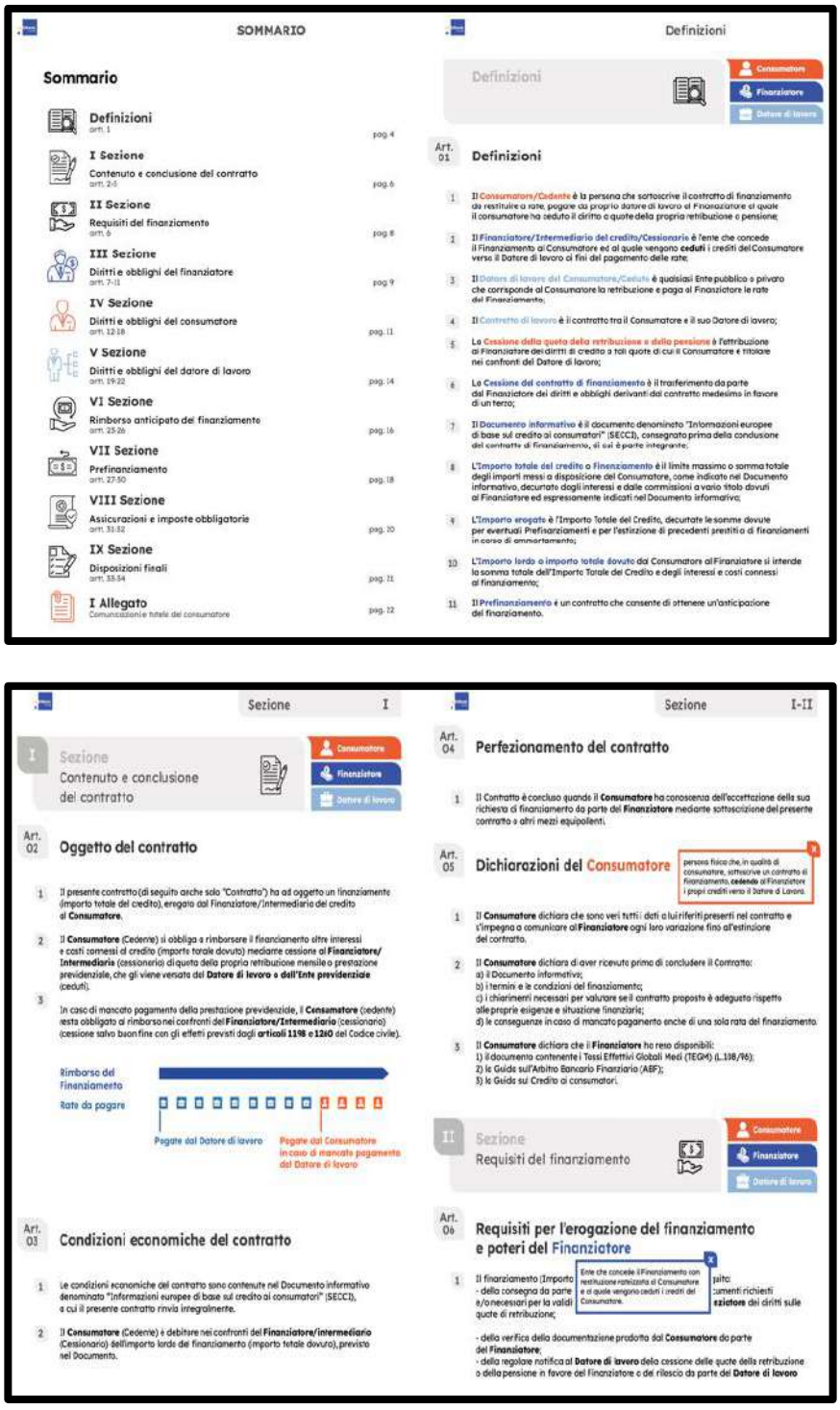
It is reasonable to assume that the announced ISO standard *Plain language, Part 2: Legal communication*, will be issued during the project, which will naturally be taken into account.

in order to meet the requirements of Legal Design and contractual transparency regulations.

On the contrary, should the contract to be analysed be characterised by a particularly low readability and a structure that makes it difficult to navigate between the clauses, then it will be necessary to intervene radically to modify it.

[17] G Acerboni, A Panunzi, 'La scrittura professionale', in Benedetta Baldi (eds.) *Comunicare ad arte. Per costruire contenuti e promuovere eventi* (Zanichelli, 2020), 221-236.

[18] G Acerboni, *Metodo per calcolare automaticamente con l'AI limiti dimensionali, sintesi e chiarezza degli atti processuali*, (Youcanprint, 2023).



Im. n. 6 – Contract prototype and benchmark for the AI tool

In fact, it is intended to operate by assuming a value scale between 1 and 10, whereby the highest available result in terms of understanding the contractual text (10) is directly related to the use of a contract comparable to the model indicated as a benchmark while the lowest result (1) refers to a contract written as obscurely as possible.

However, one is also aware that it will be necessary to set not only a

minimum limit in terms of readability - which would be equal to the use of the model contract - but also an upper limit, to avoid the use of contracts that are more akin to children's books rather than contractual texts.

The research aims, then, to design an automated tool capable of realizing these objectives, identifying the deployment phases of the tool and implement it.

Through the identification of said parameters and the development of a dedicated AI,[19] the aim is also to cut down on the time required to analyse the texts themselves, making the use of capital and resources (in the banking activities aimed at consumer protection) more sustainable.[20] [21]

The pursuit of the above objectives aims to implement in the best possible way the banking regulations on transparency and clarity of contractual texts. The principles of transparency and clarity represent the regulatory prerequisites of this project, the enhancement of visual and textual elements is its operational tool and the goal, depending on the implementation of clarity and comprehensibility of information and the enhancement of the customer's freedom of decision-making.

The application of the Human-Centered Design approach to the legal field,[22] and in the specifically of banking contracts and forms, therefore, represents a valuable opportunity to deepen research in this domain and to generate new concepts and new paradigms of interaction between intermediary and client.

4. Technical analysis of contract readability.

According to current legislation, contracts need to be written comprehensively and concisely. However, in most of the available contracts, the used text may be ambiguous and not readable, and disputes may occur and be dealt with by leveraging arbitration, an extrajudicial procedure used to resolve civil or commercial disputes. This causes a loss of money and reputation, so it is of utmost importance to have a way to improve the readability of contracts, detect sources of ambiguity, and resolve them. In the current literature, the first way to approach such an issue is to make a linguistic and statistical analysis of the text and define a readability index. In Italian, the most used tool has been developed by the Linguistic Institute of CNR. It is named DyLan, where the user can copy and paste the text to be analyzed and obtain the analysis result on the number of sentences, tokens, their characterization in linguistic terms, and the computation of a readability index. The most known of those indexes is the Flesch–Kincaid readability tests[23] for text in English. In contrast, the Gulpease index, defined as part of the research of the GULP (University Linguistic Pedagogical Group), is a readability index

[19] L Viola, *Interpretazione della legge con modelli matematici* (Diritto Avanzato, 2017).
[20] G Ludovici, 'Un modello matematico per l'esegesi del contratto', (2021) 3 La Nuova Procedura Civile, 1.
[21] D Jackson, 'Human-Centered Legal Tech: Integrating Design in Legal Education', (2016) 50(1) Law Teacher, 82–97. <http://www.nulawlab.org/view/human-centered-legal-tech-integrating-design-in-legal-education>.
[22] M Pennasilico, *Contratto e interpretazione* (Giappichelli, 2021), 22
[23] JN Farr, JJ Jenkins, DG Paterson, 'Simplification of Flesch Reading Ease Formula' (1951) 35 (5) Journal of Applied Psychology, 333–337. doi: 10.1037/h0062427

calibrated to the Italian language.[24] Compared to others, this index has the advantage of using the length of words in letters rather than syllables, simplifying automatic calculation. However, these simple indexes are based on simple formulas, heuristics, and word counts, so they fail to consider the linguistic complexity of the chosen words properly. Moreover, these indexes are meant to be used in longer-form explanations, like those found in textbooks, and are unreliable in shorter formats, such as the one in contracts. Therefore, more advanced indexes have been formulated, such as READ-IT,[25] available in Dylan. It does not test the readability of the text but also identifies places of complexity. It is based on a multi-level linguistic analysis of the text conducted with state-of-the-art tools, such "AnIta", a widely known platform of methods and tools for the automatic processing of Italian text developed at the "Antonio Zampolli" Institute of Computational Linguistics (ILC-CNR).

Generally, all the available related works fall within the category of traditional Natural Language Processing (NLP) models, rule-based or statistical models designed to perform specific tasks, in this case, readability analysis. An alternative approach is to use classifiers to assess the readability level of a given text in a contract based on the judgment of experts. However, a novel technology was recently developed and found to be of incredible success: Large Language Models (LLM). [26] They are massive neural network architectures characterized by millions or billions of parameters, such as GPT (Generative Pre-trained Transformer) models, that can be trained to understand language unsupervised by processing vast amounts of text data. In the current market, we are witnessing a flourishing of various LLM solutions, both public and private, and users extensively exploit them to perform NLP tasks, [27] such as text generation or analysis. There are critical differences between traditional NLP tools and LLMs:

1. Traditional NLP tools are devices around predefined rules and features; however, LLMs learn representations from raw text data.
2. LLMs are characterized by better adaptability due to transfer learning, making them more effective on various NLP tasks without incurring expensive and time-consuming retraining. Researchers use prompt engineering to improve the capacity of LLMs on a specific task, starting from a pre-trained LLM in a particular language.
3. LLMs can easily and with comparable latency to traditional NLP tools glimpse complex linguistic structures.

[24] P Lucisano, *Gulpease: una formula per la predizione della leggibilità di testi in lingua italiana. Scuola e città*, (1988), 110-124.
[25] F Dell'Orletta, S Montemagni, G Venturi, 'Read it: Assessing Readability of Italian Texts with a View to Text Simplification', in *proceedings of the Workshop on Speech and Language Processing for Assistive Technologies (SLPAT 2011)*, Edinburgh, July 30, 73-83, <http://aclweb.org/anthology/W/W11/W11-2308.pdf>.
[26] S Minaee, T Mikolov, N Nikzad, M Chenaghlu, R Socher, X Amatriain, J Gao, 'Large language models: A survey' (2024) arXiv preprint, arXiv:2402.06196.
[27] L Qin, Q Chen, X Feng, Y Wu, Y Zhang, Y Li, PS Yu, 'Large Language Models Meet NLP: A Survey, 2024', arXiv preprint, arXiv:2405.12819.

Therefore, a recent line of research is Prompt-based metrics for text readability as complements to existing statistics metrics.[28] [29] These prompts use the general language understanding features of LLMs and have started to be used for educational content or other applications but not for contracts or specific language applications.

5. Model creation and training.

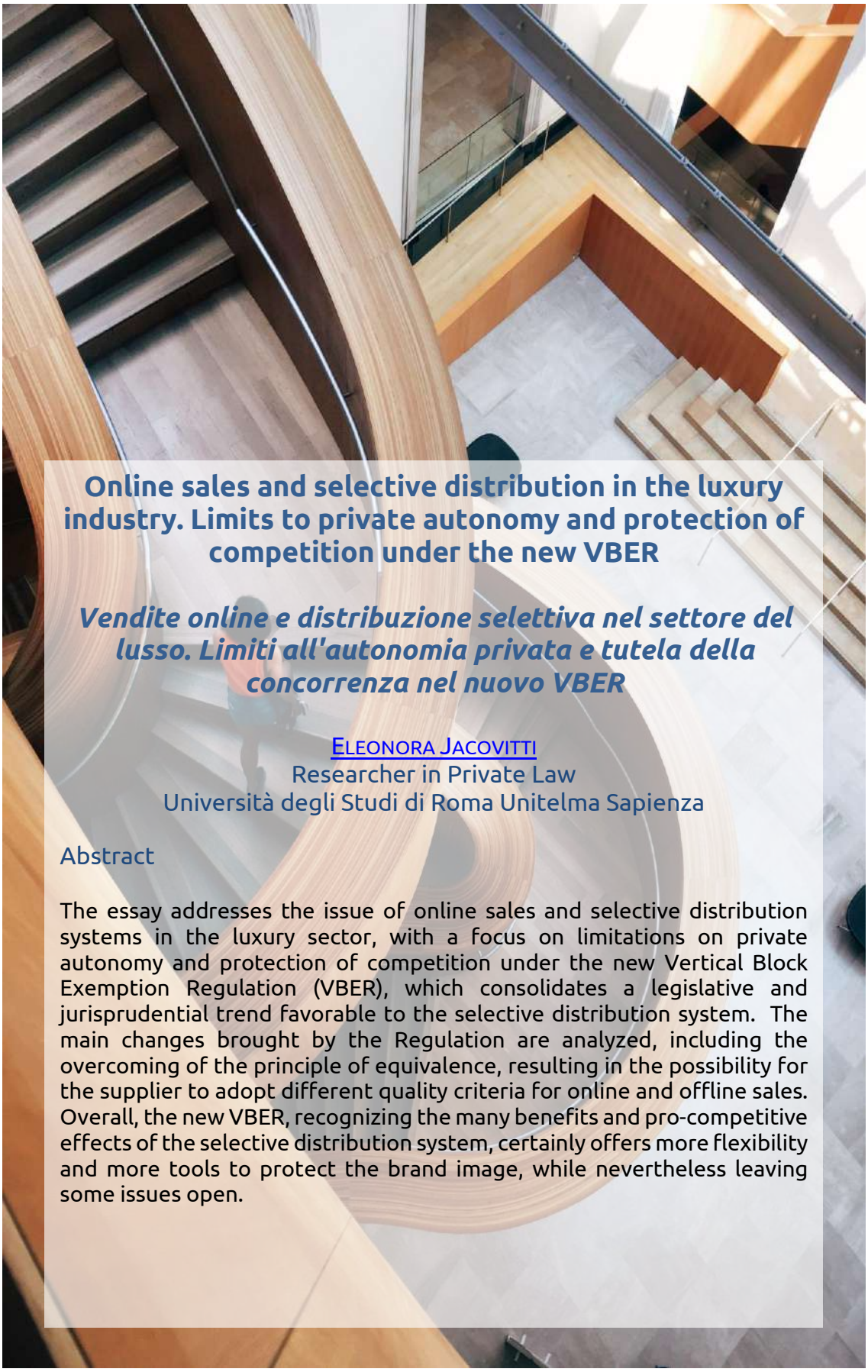
As first step, the datasets need to be collected to start the training and testing of the model, using the indicators of text complexity previously mentioned, which are necessary to evaluate whether a sentence in a contract needs to be simplified or not. These data need to be preprocessed, including word segmentation, noise removal and tokenization, to facilitate model training. Then, according to the specific task requirements and data characteristics, the appropriate translation model is chosen, we identified the use of LLMs APIs as the most effective way to achieve this goal.

The pre-processed data is used to train the selected model, which involves determining the model architecture, setting hyperparameters, and updating the model parameters using optimization algorithms. Then, the model performance is optimized by iterative training and adjusting model parameters. The trained model is then evaluated using an independent test dataset, and the translation results are compared with reference translations to obtain an evaluation of the model's performance. Based on the evaluation results, the model is adjusted and improved, such as adjusting the model architecture, adding training data, and adjusting hyperparameters to further improve translation quality. Finally, the trained translation model is applied to the translation task.[30] Through the above steps, artificial intelligence translation technology can be applied in translation teaching to continuously optimize the quality of translation.

[28] G Marvin et al., 'Prompt Engineering in Large Language Models' in *International Conference on Data Intelligence and Cognitive Informatics* (Springer Nature Singapore, 2023).
[29] S Gobara, H Kamigaito, T Watanabe, 'Do llms implicitly determine the suitable text difficulty for users?', (2024) arXiv preprint, arXiv:2402.14453.
[30] Y Yuxiu, 'Application of translation technology based on AI in translation teaching' (University of Sanya, 2024). https://www.sciencedirect.com/science/article/pii/S2772941924000012#sec0005.

Jacovitti E, 'Online sales and selective distribution in the luxury industry. Limits to private autonomy and protection of competition under the new VBER' (2025) 1 EJPLT.
DOI: https://doi.org/10.57230/EJPLT251EJ

EJPLT
ISSN 2704-8012



Online sales and selective distribution in the luxury industry. Limits to private autonomy and protection of competition under the new VBER

Vendite online e distribuzione selettiva nel settore del lusso. Limiti all'autonomia privata e tutela della concorrenza nel nuovo VBER

ELEONORA JACOVITTI
Researcher in Private Law
Università degli Studi di Roma Unitelma Sapienza

Abstract

The essay addresses the issue of online sales and selective distribution systems in the luxury sector, with a focus on limitations on private autonomy and protection of competition under the new Vertical Block Exemption Regulation (VBER), which consolidates a legislative and jurisprudential trend favorable to the selective distribution system. The main changes brought by the Regulation are analyzed, including the overcoming of the principle of equivalence, resulting in the possibility for the supplier to adopt different quality criteria for online and offline sales. Overall, the new VBER, recognizing the many benefits and pro-competitive effects of the selective distribution system, certainly offers more flexibility and more tools to protect the brand image, while nevertheless leaving some issues open.

© The author(s) 2025, 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
Il saggio affronta il tema delle vendite online e dei sistemi di distribuzione selettiva nel settore del lusso, con particolare attenzione alle limitazioni dell'autonomia privata e alla protezione della concorrenza ai sensi del nuovo Regolamento di esenzione per categoria relativo agli accordi verticali (VBER), il quale consolida una tendenza legislativa e giurisprudenziale favorevole al sistema di distribuzione selettiva. Si analizzano le principali novità apportate dal Regolamento, tra cui il superamento del principio di equivalenza, con la conseguente possibilità per il fornitore di adottare criteri qualitativi diversi per le vendite online e offline. Nel complesso, il nuovo VBER, riconoscendo i numerosi benefici e gli effetti pro-competitivi del sistema di distribuzione selettiva, offre sicuramente maggiore flessibilità e più strumenti per proteggere l'immagine del marchio, pur lasciando aperte tuttavia alcune questioni.

Keywords: Online sales; Selective distribution systems; Luxury sector; Competition; VBER

Summary: 1. The importance of distribution in the luxury industry. – 2. The main distribution formats and the expansion of e-commerce. – 3. Distribution agreements. Limits to private autonomy and protection of competition. – 4. The european regulatory framework for restrictive agreements. – 5. Selective distribution agreements in the antitrust regulatory environment. – 6. Online sales and selective distribution under the new VBER. – 7. A special focus on third-party platform bans. – 8. Conclusions.

1. The importance of distribution in the luxury industry.

In the luxury industry,[1] where the brand sells first and foremost values and belonging to an elite, customer involvement and loyalty must necessarily pass through a value-added sales experience.

In fact, the exclusivity of luxury goods does not only concern the object itself, but the way it is presented, advertised and sold. Although the first interaction between product and consumer occurs through the marketing process, the real meeting place is the store.

The point of sale is not simply the physical place where the purchase takes place, but a real "relational platform"[2] able to connect business and consumers. The location, the organization of space, furniture, lighting, sounds, smells, services, staff, are all elements that have a significant impact on customer perceptions and behavior.

[1] Briefly, it should be remembered that the luxury goods industry can refer to various product categories: fashion, jewelry and watchmaking, cosmetics, automotive, nautical and aeronautics, up to the world of food and wine. In each of these categories there is a plurality of brands that become part of luxury, but which are extremely different from each other, both in terms of price range and image. Think, for example, of Hermes and Michael Kors, which - it is clear - are aimed at different types of customers.
In this regard, different types of luxury have been distinguished. The most famous classification is the one that takes the name "Pyramid of Luxury", where the luxury market is divided into three macro sectors: accessible luxury, intermediate luxury and inaccessible luxury. This model was developed by D Allérès, *Luxe: stratégies, marketing* (2005).

[2] In these terms, L Pellegrini, *Luoghi dell'acquisto e relazione con il consumatore*, (2001) 3 Micro & Macro Marketing 386.

The store is therefore a stage where to interpret the brand and its values and where to make the customer participate in the representation, thus capturing the information necessary to keep the offer alive.[3]

Given these premises, it is evident how fundamental it is for luxury companies to properly choose their distribution network, both in physical and virtual dimensions.

2. The main distribution formats and the expansion of e-commerce.

Undoubtedly, the most used format in the luxury industry is the single-brand store, which can be divided as follows: flagship store[4], pop up store (or temporary store)[5], self standing store[6] and shop in shop (or corner store).

As is well-known, the luxury goods industry also uses indirect channels of distribution, such as multi-brand store,[7] department store, [8] outlet store, concept store.[9]

---

[3] L Pellegrini, *Luoghi dell'acquisto e relazione con il consumatore*, 388.

[4] An example is *Fendi*'s flagship store located in Rome, Palazzo Fendi. It occupies a space dedicated only to retail activities of about one thousand square meters which is also joined by a VIP Lounge, a boutique hotel and a restaurant on the top floors of the building with a panoramic terrace. The interiors are carefully designed in every detail; the entrance is characterized by a floor with concentric circles of precious marble inspired by that of St. Peter's and a wall composed of thousands of gilded metal nails in which the iconic Baguette are exposed.

[5] In particular, in the luxury industry, the purpose of the pop up store is not so much to sell products as to stimulate word of mouth to multiply the reach of the brand. So JF Klein, *et al.*, 'Linking pop-up brand stores to brand experience and word of mouth: The case of luxury retail' (2016) 69(12) Journal of Business Research, 5761.

Think, in particular, of the *Makers House* opened in 2017 in London by the British luxury brand *Burberry* for a week after the February fashion show. *Makers House* was a collaboration with the *Henry Moore Foundation*, with the intention of showing the iconic artist who inspired the new collection. In the space were exhibited some sculptures by Moore next to *Burberry* dresses. During the week there were also a series of live events and workshops, such as engraving, textile printing, life drawing and watercolor courses. The example is quoted by G Warnaby, C Shi, *Pop-up retailing: managerial and strategic perspectives* (2018), 6.

[6] In department stores or department stores dedicated to fashion or cosmetics, such as *La Rinascente* in Italy, there are several of these examples dedicated to the sale of a specific brand.

[7] The multi-brand store has some important features. In fact, the variety of brands this distribution model is able to offer prevents the final consumer from being hinged to a single brand, but rather allow it to build a style by mixing different garments; in addition, the independent multi-brand store can act as an incubator for little known brands or with an assortment that does not allow to meet the needs of single-brand distribution. So, R Cappellari, *Marketing of fashion and lifestyle products*, ch. 5, § 5.3, where it is also noted that one of the strengths of multi-brand retailers is the ability to offer the customer a real consulting service on how to choose your wardrobe (personal shopper). The Author mentions, in particular, Trunk Club, the company that belongs to the American department store chain Nordstrom, which offers a very special service taking advantage of the opportunities of the Web. Precisely, the customer fills in a short online questionnaire that is analyzed not by an algorithm but (the company specifies) by a dedicated stylist who is a real person. The stylist makes a first selection of garments consistent with the client's style and invites him to view the first proposal. He can analyze them in a dedicated area of the website and will then receive at home a package with all the proposals that he has not discarded; at that point, he will have ten days to decide what to return (without cost) and will pay only the garments he decides to keep. Obviously the advice will improve from shipment to shipment as the stylist will get to know the customer and his tastes.

[8] Among the most famous, there are *La Rinascente* and *Coin* in Italy, *Harrods* in London, *Galerie Lafayette* in Paris, *Bloomingdales* and *Macy's* in the United States.

[9] It is a distribution format that can be used by both single-brand and multi-brand stores. With regard to the former, think of the *Ralph Lauren* stores, which look like real homes with their wooden and hand-carved furniture, where an Old England atmosphere is reconstructed. The aim is to wrap the consumer in a relaxed and familiar atmosphere, in order to make their shopping experience memorable.

An example, instead, of multi-brand is constituted, in Italy, by *10 Corso Como*. The store, managed by Carla Sozzani, was born in 1990 in Milan first as a photo-gallery, then became a store, bookshop, restaurant and

The distribution format that has experienced the highest growth rate in recent years is undoubtedly represented by the Web, which has had a particular acceleration due to the Covid -19 pandemic.

It should be noted that the luxury goods industry has taken some time to approach e-commerce; just think of *Celine* and *Chanel*, who only launched online sales in 2018. This delay is certainly due to the reticence of the most prestigious brands to bring their name online, for fear of compromising their image of exclusivity. This is why it is very important for a luxury brand to take care of its online channel in detail, so as not to disappoint the consumer's expectations.

In general, the online distribution channel represents for companies an integrative and complementary channel to the traditional one, but it should be highlighted that it can also be a real business model (think of *Zalando* and *Ynap*).

There are many distribution models\channels over the Web.

First of all, it is possibile to conduct sales through the brand's website; in fact, for many fashion brands their e-commerce site is the biggest store in terms of sales. The single-brand online channel guarantees the company full control over the image and the way the product is sold; obviously, it also poses various logistical challenges related to both the shipment of goods and the receipt and management of returns.

Online sales can also be made through multi-brand channels. In this case, two types of subjects can be distinguished: brick & mortar retailers, which flank traditional sales with a website, and pure digital market players. A problem, to underscore, of multi-brand online channels concerns the control of the conditions of sale of their products, which can often cause conflicts within the distribution channel.[10] We will return to this topic later.

It should be noted that physical stores and virtual stores are no longer completely separate and alternative realities, but closely related. Suffice it to say that by now, before buying a high-end product in-store, most customers look for information on the internet; likewise, the online sale of luxury products is most often anticipated by a direct in-store survey.

The new retail trend is therefore no longer represented by multi-channel management, but by omnichannel management, defined as «the synergistic management of the numerous available channels and customer touchpoints, so as to optimize the customer experience and performance on channels».[11]

With particular regard to the luxury goods industry, notice that today the buyer follows a mixed online/offline path;[12] some studies show that luxury

---

bar. Here customers can go from the space dedicated to clothes, to the bookstore, to the area dedicated to free exhibitions, and then relax for a coffee or enjoy the terrace, immersing themselves in a world entirely dedicated to fashion and design.

[10] R Cappellari, *Marketing of fashion and lifestyle products* (2016), ch. 5, § 5.5. Another interesting phenomenon, mentioned by the author, is that of event or flash sales, which exploded after the great crisis of 2008 that had flooded the market of unsold products of almost all the most famous brands. These are sales of products at discounted prices generally aimed only at members and, above all, with very short duration to stimulate impulse purchases linked to the fact that they are offers to be seized on the fly. The leaders in this market are *Vente-Privèe*, *Privalia*, *Gilt* and *Groupon*.

[11] In these terms, PC Verhoef, PK Kannan, JJ Inman, 'From multi-channel reatiling to omni-channel retailing: introduction to the special issue of multi-channel retailing' (2005) 91(2) Journal of Retailing, 176.

[12] <https://www.mckinsey.com/~/media/mckinsey/industries/retail/our%20insights/luxury%20in%20the%20age%20of%20digital%20darwinism/the-age-of-digital-darwinism.ashx>.

customers increasingly purchase products via the ROPO approach (Research Online Purchase Offline) and want seamless omnichannel experiences, easily switching between physical, digital and virtual stores. Luxury brands are already investing in the creation of experiential customer-centric omnichannel stores that offer immersive customer experiences, supported by disruptive technologies such as video shopping, Extended Reality, IOT, and AI. By doing so, luxury brands can make their customers' experiences more interactive, exciting, and personal while establishing customer loyalty and increasing brand equity long after a product is purchased.[13]

3. Distribution agreements. Limits to private autonomy and protection of competition.

As we have seen, the forms in which the distribution of a product or a service can be organized are various, although they substantially fall into two categories: direct and indirect distribution.

In business practice, companies adopt complex contractual agreements, inspired by the aim of achieving closer economic integration between suppliers and retailers.[14] These agreements, including the figure of the sales concession, franchising, joint ventures, etc., include clauses that allow the supplier a penetrating interference in the decision-making sphere of its retailers and a unified coordination of the distribution network. At the same time, in return for the restrictions on decision-making freedom, retailers are granted privileged positions, for example resale exclusivity for a certain area.[15]

Distribution contracts can hardly be considered as falling in a single category; indeed, multiple contractual figures can be identified according to the degree of integration of the distributor in the system set up by the

[13] So, the study "Global Power of Luxury Goods 2023" conducted by Deloitte and available at the following link <https://www2.deloitte.com/content/dam/Deloitte/at/Documents/presse/at-deloitte-global-powers-of-luxury-goods-2023.pdf>. The report also points out that the "store of the future" will have to be not just digital, but also sustainable. One of the main challenges for luxury brands will be the creation of the Unified Commerce Augmented Store, which synthesizes customers' expectations of an omnichannel experience and the need for brands to have eco-sustainable and efficient stores.
About fidelity in the omni-channel environment, see C Ziliani, M Ieva, 'Loyalty in the omnichannel environment', in C Ziliani, M Ieva, *Loyalty Management: From Loyalty Programs to Omnichannel Customer Experiences* (2019), 183 ff.

[14] The bibliography on distribution contracts is particularly extensive. The phenomenon has been analyzed both from a legal and economic point of view.
With regard to the legal one, see the contributions of G Santini, *Il commercio* (1979); G Santini, *Commercio* (I, *Disciplina privatistica*), in *Enc. Giur. Treccani*, VII, Roma, 1988; R Pardolesi, *I contratti di distribuzione* (1979); R Pardolesi, *Contratti di distribuzione*, in *Enc. Giur. Treccani*, Roma, 1988, 1 ff.; A Di Meglio, 'Contratti di distribuzione: profili di diritto della concorrenza', in R Clarizia and F Marchetti (eds), *I contratti di distribuzione*, 703 ff.; A Pappalardo, *Il diritto comunitario della concorrenza* (2007); M Imbrenda, 'I contratti di distribuzione' in A Catricalà and E Gabrielli (eds), *I contratti della concorrenza*, *Trattato dei contratti*, directed by P Rescigno and E Gabrielli (2011); V Korah, D O' Sullivan, *Distribution agreements under the EC Competition Rules* (2002); J Goider, *Eu Distribution Law* (2011); VV.AA., 'I nuovi contratti nella prassi civile e commerciale', in P Cendon (ed.) *Il diritto privato nella giurisprudenza*, vol. XVI, (*Distribuzione*, 2004); M Bianchi, *Contratti internazionali di distribuzione*, Milano, 2019; R Clarizia, F. Marchetti (eds.), *I contratti di distribuzione*, (2020).

[15] For a report on the most used contracts in international practice, see R Pravisano, 'I contratti di distribuzione internazionale', in R Clarizia and F Marchetti (eds.), *I contratti di distribuzione*, p. II, 371 ff.

supplier.[16]

In Italy, distribution contracts are not subject to express legislative regulation. The gap is filled by the supplementary action of jurisprudence, which applies the legal provisions provided for some typical contracts, such as supply and mandate contracts.

Without going deep into the examination of the different contractual figures, the focus will be on the limits that private autonomy can meet, with particular regard to competition law.[17]

In that regard, it should be noted that in distribution contracts there are often found some restrictions that could be anticompetitive, such as: i) limitation to supply between distributors and resale to end users; ii) selective distribution systems and predatory practices; iii) resale price maintenance; iv) practices that tend to condition free distribution through the use of technology, including computer technology, and using a dominant position. These practices are constantly monitored by internal and community administrative and judicial bodies, as they are detrimental to the limits of private autonomy, free trade and competition.[18]

It follows that the theme of distribution is strongly connected with that of collusive practices between economic subjects that violate the rules of competition. To explore the topic further, it is necessary at this point to analyse the regulatory framework.

4. The european regulatory framework for restrictive agreements.

Since distribution agreements realise a form of vertical integration of the activities of two legally distinct undertakings (supplier and distributor), restrictions related to these contracts may constitute vertical restraints, who fall under the prohibition of Article 101 (1) of the Treaty on the Functioning of the European Union (TFEU). Vertical agreements are certainly treated more favourably than horizontal agreements because they are considered to increase efficiency by generating pro-competitive effects.

As is well-know, Article 101 (3) exempts form the prohibition some restrictive agreements that may generate objective economic benefits that outweigh the negative effects of the restriction of competition.[19]

---

[16] Part of the doctrine has attempted to create a unitary legal category, identifying common elements that characterize the different agreements; so, R Pardolesi, *Contratti di distribuzione* (n 14), 5 ff. For other authors, instead, the differentiations between the seen figures are such to not allow a *reductio ad unitatem*; see G Santini, *Commercio*, 2.

[17] About this topic, see G Olivieri, A. Zoppini (a cura di), *Contratto e antitrust*, (2008). See also N Irti, *L'ordine giuridico del mercato* (1998) 100, who observes that economic initiative is measured and ordered by competition law.

[18] A Di Meglio, *Contratti di distribuzione: profili di diritto della concorrenza*, 704.

[19] To satisfy Article 101(3), an agreement must satisfy four cumulative conditions: these conditions must be present cumulatively and are to be considered exhaustive.
Two of the conditions are positive and other two are negative:
a) the agreement must contribute «to improving the production or distribution of goods" or "to promoting technical or economic progress»;
b) in order to benefit from the exemption, the agreements must also allow «consumers a fair share of the resulting benefit»;

Over the year, the European Commission's approach to vertical restraints evolved. Initially, it was historically based on a broad and relatively strict interpretation of Article 101(1) TFEU, but the Commission often failed to recognise the potential pro-competitive effects of vertical restraints on inter-brand competition. It should be noted that this approach should be viewed in the economic context in which EU competition law developed during the 1960s and 1970s, when national markets were very much partitioned.

In the late 1990s, the Commission undertook a comprehensive review of its policy on vertical restraints. The final result of this review was the adoption of a single block exemption applying to all vertical arrangements with Reg. No 2790/1999. [20] The regulatory framework was based on the principle that restraints contained in vertical agreements were likely to have an anticompetitive effect when implemented by companies directing market power.

Among the major innovations was the introduction of market shares as thresholds for the benefit of the agreement's exemption; the exemption operated automatically where the supplier's market share did not exceed 30% of the relevant market in which it sold goods or services covered by the agreement. If the agreement exceeded the mentioned threshold, there was no presumtion of illegality, which could still benefit, albeit not automatically, from an individual exemption.

From the benefit remained in any case excluded, regardless of market share, agreements with so-called hardcore restrictions, considered particularly harmful to competition.[21]

Moreover, for some types of clauses, exemption was conditional on compliance with specific requirements, as in the case of non-compete agreements, which were exempt only if they were agreed upon with a maximum duration limit of five years.

---

c) the agreements must avoid to «impose on the undertakings concerned restrictions which are not indispensable to the attainment of these objectives»;
b) the agreements must avoid to «afford such undertakings the possibility of eliminating competition in respect of a substantial part of the products in question».
It should be noted that, if at one time, in order to benefit from individual exemptions, companies had to notify agreements to the Commission in advance in order to request the authorization, with the reform implemented by Reg. 1/2003 the effectiveness of the exemptions has become direct[19]: an agreement that supplements the conditions of Article 101 (3), is automatically valid *ab origine* without the need for prior notification to the Commission. If the national antitrust authorities or the Commission itself request information on the agreement, it will be the task of the company itself to demonstrate the applicability of the exemptions provided by the third paragraph.

[20] Commission Regulation No 2790/1999 of 22 December 1999 on the application of Article 81(3) of the Treaty to categories of vertical agreements and concerted practices, now outdated from the following Reg. 330/2010, is available at <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:31999R2790&from=IT>.

[21] These hardcore restrictions form a closed list which includes: resale price maintenance (the setting of a minimum resale price), prohibition of active and passive sales (market sharing), combination of selective distribution and prohibition of active or passive sales, restrictions on cross-supplies between selective distributors and the restriction agreed between a component supplier and a buyer incorporating such components of the supplier's ability to sell such components as spare parts to end users, repairers or other service providers not entrusted by the buyer with the repair or maintenance of its products.
For hardcore restrictions the general presumption is reversed: even if none of the parties enjoys market power, the agreement is presumed to fall under Article 101(1) TFEU and does not fulfil the conditions of Article 101(3) TFEU. In these circumstances it is presumed that the restriction is illegal, but the parties have the possibility to request a legal exemption in individual cases.

The subsequent Vertical Block Exemption Regulation (so-called VBER) – Reg. No 330/10[22] – has substantially maintained the fundamental contents of the previous legislation, both with regard to the forecast of market shares equal to 30% for the purposes of exemption, and with regard to conduct considered hardcore (and, according to the new legislation, still black list) and those clauses conditional on the existence of specific requirements (such as non-compete clauses). Even under these rules, there was no presumption of illegality in relation to those agreements - not covered by the regulation - that exceed the 30% thresholds, which could benefit from an individual exemption based on an analysis of the concrete dynamics of the market and the effects produced on it.

One of the main novelties concerned the extension of the percentage threshold requirement also to the buyer counterparty, and no longer only to the supplier as provided by the previous regulation. This change responded to the need to take due account of the increased market power of buyers, in particular in the consumer goods distribution sector, where in recent years there has been a significant expansion of large purchasing groups in organized distribution and the consequent trend towards a more concentrated structure of retail distribution markets.[23]

Another novelty concerned the discipline of online sales. It should be noted that Reg. No 330/2010 (like its predecessor, but at a time when the phenomenon was in its infancy), was not expressed in terms of "online sales", merely regulating active and passive sales. These were the Guidelines of the Commission that, in commenting on the above mentioned discipline,[24] paid particular attention to the use of the Internet by dealers.[25]

The main principle under Reg. No 330/2010 was that the prohibition of online sales constituted a hardcore restriction of competition as it was a passive sales restriction. However, the VBER exempted, under specific circumstances, the online sales restrictions on active sales only.[26]

---

[22] Commission Regulation No 330/2010 of 20 April 2010 on the application of Article 101(3) of the Treaty on the Functioning of the European Union to categories of vertical agreements and concerted practices, available at <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:32010R0330&from=IT>. The regulation came into force on June 1, 2010 and will expire on May 31, 2022.

[23] See G Bruzzone, A Saija, 'Le regole del 2010 sugli accordi verticali: approccio economico e utilizzo delle presunzioni giuridiche' (2010) 2 Contratto Impresa Europa, 638.

[24] In particular, the exception set forth in Article 4 (b), which provides that the exemption does not apply to vertical agreements which, directly or indirectly, in isolation or in conjunction with other factors under the control of the parties, have as their object «(b) the restriction of the territory into which, or of the customers to whom, a buyer party to the agreement, without prejudice to a restriction on its place of establishment, may sell the contract goods or services, except:

(i) the restriction of active sales into the exclusive territory or to an exclusive customer group reserved to the supplier or allocated by the supplier to another buyer, where such a restriction does not limit sales by the customers of the buyer,

(ii) the restriction of sales to end users by a buyer operating at the wholesale level of trade,

(iii) the restriction of sales by the members of a selective distribution system to unauthorised distributors within the territory reserved by the supplier to operate that system, and

(iv) the restriction of the buyer's ability to sell components, supplied for the purposes of incorporation, to customers who would use them to manufacture the same type of goods as those produced by the supplier».

[25] Specifically, in paragraph 51. Guidelines on Vertical Restraints are available at <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:52010SC0411&from=EN>.

[26] Internet sales must be considered passive sales when they consist in the creation of a site that can be consulted by users, through which it is possible to make reservations; instead, they are included among

The need to adapt the regulation on vertical agreements to recent technological developments and to overcome criteria that were still too tied to territoriality – evidently anachronistic in the age of the Internet – led the European Commission to adopt a new regulation. So, on 10 May 2022, it was published the new VBER (Reg. No 720/2022) and new Vertical Guidelines, which entered into force on 1 June 2022.[27] The new legislation will be valid for 12 years with an evaluation report after eight years.

The new regulation, in continuity with its predecessor, confirms the presumption of legality for vertical agreements entered into between companies with market shares below 30% (so-called safe harbour), provided, however, that they do not contain hardcore restrictions.[28]

Contrary to the old VBER, which did not explicitly mention online sales, the new VBER introduces a new category of defined hardcore restrictions with regard to online sales. In particular, Article 4(e) identifies as a hardcore restriction any vertical agreement that, directly or indirectly, has as its object the prevention of the effective use of the internet by the buyer or its customers to sell the contract goods or services, as it restricts the territory into which or the customers to whom the contract goods or services may be sold.

The main novelties concerning online sales and related restrictions will be discussed in more detail below.

5. Selective distribution agreements in the antitrust regulatory environment.

In paragraph 3 we mentioned selective distribution among the typical restrictions related to distribution agreements.

Luxury brands, always mindful about their image, often use this kind of distribution to sell their products. It is, indeed, the most-used distribution technique for perfumes, cosmetics, leather accessories or even ready-to-wear.

Reg. No 720/2022 provides a definition of selective distribution, stating in Article 1(a) that it is «a distribution system where the supplier undertakes to sell the contract goods or services, either directly or indirectly, only to distributors selected on the basis of specified criteria and where these

active sales when they also include direct contact with the consumer through targeted promotional messages. An example, in this sense, is online advertising specifically addressed to certain customers (for example, through the use of banners showing a territorial link on third-party websites, or through the payment of a fee to a search engine or an online advertising provider in order to present advertisements specifically to users located in a particular territory).

[27] Commission Regulation No 720/2022 of 10 May April 2022 on the application of Article 101(3) of the Treaty on the Functioning of the European Union to categories of vertical agreements and concerted practices, available at <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:32022R0720>.

[28] For a comment on the new rules, see B Rohrßen, *VBER 2022: EU Competition Law forVertical Agreements* (2023); P Manzini, 'Le restrizioni verticali della concorrenza nel nuovo VBER' (2022) Dir. comm. int., 555 ff; O Heinisch, M Hofmann, 'European Union: Updated Rules on Vertical Agreements', in GlobalCompetition Review,<https://globalcompetitionreview.com/review/the-european-middle-east-and-african-antitrustreview/2023/article/european-union-updated-rules-vertical-agreements>; P Gelato, S Vergano, 'Prime note a margine del Reg. UE 720/2022 e riflessi in materia di distribuzione selettiva', (2022) 2 Riv. dir. ind., 90; C Garilli, 'La disciplina antitrust delle intese verticali: un primo commento al nuovo Regolamento di esenzione per categoria (VBER)' (2024) 1 Nuove leg. civ. comm. 91.

distributors undertake not to sell such goods or services to unauthorised distributors within the territory reserved by the supplier to operate that system».

Selective distribution is therefore a type of vertical restraint of competition which, however, is exempted from the prohibition under Article 101 TFEU, if the conditions set out in Reg. No 720/2022 are met.

The three main reasons why such a system is normally chosen are essentially the following:

- prevent free riding by other retailers or distributors: if a retailer invests in its premises and training to provide improved services to customers in order to promote the supplier's products and brand image, there is a risk that discounted retailers who have not made such investments may "ride freely" on such investments. It may therefore occur that customers first visit a premium retailer to benefit from the high quality of service offered, and then make their purchase at a discounted retailer (or online) who, by not providing such services, charges lower prices. This would result in a shift to discount retailers with a lower level of service and a less attractive retail experience, which would also harm the brand's unique image;

- protect the brand image: a luxurious environment and a sense of exclusivity enhance the image of certain products, thus promoting the brands stored in that environment;

- create incentives for retailers: retailers are often primarily interested in competing on price to attract more customers through lower prices; suppliers, on the other hand, may have different incentives, such as competing on customer service and experience to attract new customers and improve their brand image. From a supplier's point of view, it may be necessary to impose quality standards to achieve these goals.[29]

From an operational point of view, selective distribution agreements, as well as exclusive distribution agreements, restrict the number of authorized distributors on the one hand, and resale opportunities on the other.

The difference between these two kinds of distribution - as the Commission specifies in the Guidelines – lies in the nature of the protection granted to the distributor: in an exclusive distribution system, the distributor is protected against active selling from outside its exclusive territory, whereas in a selective distribution system, the distributor is protected against active and passive sales by unauthorised distributors.[30]

The possible effects of a selective distribution system on competition are a reduction of intra-brand competition, foreclosure of the market to certain types of distributors, a weakening of competition and a facilitation of collusion between suppliers or buyers.[31]

With regard to the objective requirements that may allow to adopt a selective distribution system, within the Guidelines, the Commission specifies that «Purely qualitative selective distribution may fall outside the scope of Article 101(1) of the Treaty provided that the three conditions laid down by the

[29] *Ashurst Selective Distribution Quickguide*, available at the following link <https://www.ashurst.com/en/news-and-insights/legal-updates/quickguide---selective-distribution/>.
[30] Paragraph 145.
[31] Paragraph 146.

Court of Justice of the European Union in the *Metro* judgment ('Metro criteria')[32] are fulfilled. This is because, if these criteria are fulfilled, it can be assumed that the restriction of intrabrand competition associated with selective distribution is offset by an improvement in inter-brand quality competition».[33]

The first condition is that the nature of the product in question must necessitate a selective distribution system, in the sense that such a system must constitute a legitimate requirement, having regard to the nature of the product concerned, to preserve its quality and ensure its proper use. Secondly, resellers must be chosen on the basis of objective criteria of a qualitative nature which are laid down uniformly for all and made available to all potential resellers and are not applied in a discriminatory manner. Thirdly, the criteria laid down must not go beyond what is necessary.

With reference to the type of products for which the use of a selective system may be justified, Reg. No 720/2022 makes no mention of this; the Guidelines of the Commission provide some indications in this regard, stating that: «For instance, the use of selective distribution may be legitimate for *high-quality or high-technology products* or for *luxury goods*. The quality of such goods may result not only from their material characteristics, but also from the aura of luxury surrounding them».[34]

Looking at the cases submitted at the Commission and the European Court of Justice, it is noted that selective distribution systems have been allowed for a very wide range of products: perfumes, [35] personal computers, [36] newspapers,[37] cars,[38] jewelry,[39] dental supplies including artificial teeth.[40]

Selective distribution is considered an efficient distribution agreement, in the case of machines or computers, because the quality of the auxiliary technical services clearly influences consumers' decisions; in the case of luxury goods (perfumes, jewellery, etc.), because suppliers need potential buyers to associate the right image with their products because the brand image is an intrinsic feature of the product. Therefore, suppliers need to ensure that the retail store provides a shopping experience consistent with the brand and reputation of the product.[41]

---

[32] C-26/76, *Metro v Commission*, available at <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:61976CJ0026&from=EN>.

[33] Paragraph 148. Case C-31/80, *L'Oréal v PVBA*, available at <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:61980CJ0031&from=IT>; C-26/76, *Metro v Commission*, available at <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:61976CJ0026&from=EN>.

[34] Paragraph 149.

[35] *L'Oréal*.

[36] *IBM*, 84/233/EEC: Commission Decision of 18 april 1984, OJ L118/24, available at <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:31984D0233&from=EN>.

[37] Case C-243/83, *Binon v Agence et Messageries de la Presse*, available at <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:61983CJ0243&from=IT>.

[38] *BMW*, 78/155/EEC: Commission Decision of 23 december 1977, OJ L29/1, available at <https://eur-lex.europa.eu/legalcontent/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:31978D0155&from=EN>.

[39] *Murat*, 83/610/EEC: Commission Decision of 5 december 1983, OJ L348/20, available at <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:31983D0610&from=GA>.

[40] *Ivoclar*, 85/559/EEC: Commission Decision of 27 november 1985, OJ L369/1, available at <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:31985D0559&from=EN>.

[41] In these terms P Buccirossi, 'Vertical restraints on e-commerce and selective distribution' (2015) 11(3), Journal of Competition Law & Economics, 762.

It should be noted that the criteria used by the supplier to select distributors may be qualitative or quantitative, or both. Quantitative criteria limit the number of distributors directly by, for instance, imposing a fixed number of distributors. Qualitative criteria limit the number of distributors indirectly, by imposing conditions that cannot be met by all distributors, for instance, relating to the product range to be sold, the training of sales personnel, the service to be provided at the point of sale or the advertising and presentation of the products. Qualitative criteria may refer also to the achievement of sustainability objectives, such as climate change, protection of the environment or limiting the use of natural resources.[42]

Irrespective of whether they fulfil the Metro criteria, qualitative and/or quantitative selective distribution agreements can benefit from the exemption provided by Article 2(1) of the Regulation, provided that the market shares of both the supplier and the buyer do not exceed 30% and the agreement does not contain any hardcore restrictions.[43]

6. Online sales and selective distribution under the new VBER.

One of the issues that arise with the use and expansion of the e-commerce channel, concerns the delicate relationship between internet sales and the needs of the selective distribution. With particular regard to luxury goods, if e-commerce, on the one hand, is a very useful tool, on the other hand, if not controlled, can damage the image of the brand.

It is, therefore, fundamental to ensure uniformity of image in the two contexts, physical and virtual; but it is necessary to understand the limits within which it is possible to introduce restrictions to e-commerce when it does not comply with the rules and standards of a selective distribution system, without violating antitrust regulations.

The typical restrictions on online sales that are used in selective distribution systems are substantially: the imposition of quality standards for the website where the products are sold; the limitation of the possibility of online sales only to retailers who have one or more brick and mortar shops, sometimes also demanding a minimum turnover in these shops or setting a minimum percentage of offline sales or a maximum percentage of online sales; charging different wholesale prices for products sold online and offline; restricting the use of third-party platforms such as online auction platforms; limiting the advertising that retailers may do and the territories or group of customers that may be targeted; prohibiting designated retailers from selling contractual products online.[44]

From an overall examination of the new VBER and the Guidelines, the Commission shows a clear trend in favour of selective distribution, in line with a path, especially jurisprudential, that is now more than ten years old. Emphasis has thus been placed on a market trend that allows an effective and capillary

[42] Paragraph 144.
[43] Paragraph 151.
[44] In these terms P Buccirossi, 'Vertical restraints on e-commerce and selective distribution' (2015) 11(3), Journal of Competition Law & Economics, 763.

control of the distribution circuit, with the possibility of maintaining high quality standards intact, of which consumers are the ultimate beneficiaries.[45]

Firstly, in view of the increased role of the digital economy and online platforms, the so-called *principle of equivalence*, under which the selective criteria adopted by the supplier had to be the same for the traditional distribution channel, for websites and platforms, has been definitively overcome. The New VBER - recognising the inherent differences of these channels - instead allows for the possibility of providing different qualitative criteria for online and offline sales. For example - because of the different needs of consumers purchasing on the Internet – a supplier may legitimately set more stringent criteria for e-tailers by e-tailers by requiring them to adopt more secure payment systems or payment systems or particularly effective after-sales help desk services.

The new VBER has a less rigid approach also with regard to the application of different prices, depending on the chosen sales channels. What was previously considered to be a hardcore restriction, is now acceptable to the extent that the different prices aim at incentivising or regarding a certain level of investment made online and offline and reflect the costs incurred.[46]

It must be noted that the new framework specifies that qualitative standards may be imposed on online distributors irrespective of the distribution system used, but it is rather clear that this requirement essentially concerns the case of selective distribution, to which the Guidelines seem to make pre-eminent reference, assuming, for example, the imposition of "requirements aimed at ensuring the quality or a particular aspect of the buyer's shop" (§208(a)); "requirements concerning the display of the contract goods or services in the online shop" (§208(b)); "an obligation to operate one or more non-virtual shops or showrooms, e.g. as a condition for membership of the supplier's selective distribution system" (§208(d)); an obligation to sell a certain quantity of goods or services offline" (§208(d)).[47]

Also worthy of note is the possibility provided by the new VBER of including selective requirements related to sustainability and environmental protection. The Guidelines, in paragraph 144, enumerate some possible requirements: "suppliers could require retailers to provide charging or recycling facilities at their points of sale or to ensure that goods are delivered by sustainable means, such as transport bicycles instead of motor vehicles".

7. A special focus on third-party platform bans.

In particular, one of all the restrictions often adopted in order to guarantee the quality of products and to safeguard the reputation of brands are the third-party platform bans. [48] According to the new VBER Guidelines, vertical

[45] So, P Gelato, S Vergano, 'Prime note a margine del Reg. UE 720/2022 e riflessi in materia di distribuzione selettiva' (n 28) 90.
[46] Paragraph 209.
[47] So, C Garilli, 'La disciplina antitrust delle intese verticali' (n 28), 120.
[48] For an interesting comparative report on the application of competition law to online sales platforms, see B Kilpatrick, P Kobel, P Këllezi (eds.), *Antitrust Analysis of Online Sales Platforms & Copyright Limitations and Exceptions* (2018).

agreements which restrict the use of online marketplaces can benefit from the exemption provided by Article 2 (1) of Reg. No 720/2022, provided that the agreement does not, directly or indirectly, have the object of preventing the effective use of the internet by the buyer to sell the contract goods or services to particular territories or customers, within the meaning of Article 4, point (e) of the Regulation and that the market shares of both the supplier and the buyer do not exceed the thresholds set out in Article 3 of the Regulation.[49]

The European Commission has thus transposed the principles expressed in *Coty* case, where the Court of Justice of European Union (CJEU) assessed the legality of third-party platform bans.[50]

The case arose out of a request for a preliminary ruling posed by the Frankfurt Court of Appeal. Precisely, the dispute concerned a modification introduced in March 2012 by *Coty* Germany - a German luxury cosmetics supplier - to its contracts, according to which « the authorised retailer is entitled to offer and sell the products on the internet, provided, however, that that internet sales activity is conducted through an "electronic shop window" of the authorised store and the luxury character of the products is preserved». In addition, another clause expressly prohibited the use of a different business name and also the recognisable engagement of a third-party undertaking which was not an authorised retailer of *Coty Prestige*. A footnote to that clause stated that «accordingly, the authorised retailer is prohibited from collaborating with third parties if such collaboration is directed at the operation of the website and is effected in a manner that is discernible to the public».

Parfümerie Akzente, a company that had been operating for years as an authorized reseller of *Coty Germany* products in Germany, refused to approve those amendments, and *Coty Germany* launched a case seeking an order prohibiting *Parfümerie Akzente* from distributing products bearing the brand through the platform 'amazon.de'.The Court of first instance refused on the grounds that Coty's selective distribution network was unjustified and that the specific restrictions on online sales constituted a hardcore restriction which could not benefit from the VBER (330/2010) or from an individual exemption. Coty Germany subsequently appealed to the Higher Regional Court which referred the question to the CJEU.

In its ruling, the CJEU, broadly agreed with Advocate General Wahl's opinion that luxury brands may prohibit authorized distributors in a selective distribution system from using in a discernable manner third-party platforms to sell the brand's goods.

---

[49] Paragraph 335.

[50] Case C-230/16, *Coty Germany GmbH c Parfümerie Akzente GmbH*, available at https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:62016CJ0230&from=EN.
For a comment on the decision, V. R. Pardolesi, Prodotti di lusso, distribuzione selettiva e piattaforme per l'E-commerce, in Foro it., 2018, p. IV, col. 11. See also G Colangelo, V Torti, 'Selective distribution and online marketplace restrictions under EU competition rules after Coty Prestige' (2018) 14(1) European Competition Journal, 81 ff.; M Casoria, 'Selective distribution online in the aftermath of the coty Germany case' (2020) 1 Opinio Juris in Comparatione, 31 ff.

In particular, the Court stated first that a selective distribution system whose primary objective is the protection of the luxury image of the products does not fall within the prohibition of Article 101(1)1 TFEU when the three conditions established in the *Metro* case (*supra*, § 5) are met.[51]

Secondly, the Court considered that the prohibition imposed on the members of a selective distribution system to use a marketplace for online sales without it being apparent that the marketplace meets the quality requirements required by the supplier to its authorised dealers is functional to the preservation of the luxury image as it ensures that the products are exclusively associated with authorized distributors.[52]

Thirdly, the Court considered that the ban on using third-party online platforms in a discernible manner does not constitute a hardcore restriction under Articles 4(b) or (c) of VBER, because is does not limit the customers to whom the distributor can sell, or the territory in which these sales may be made.

It is worth noting that third-party platforms bans have also been examined several times by national authorities and courts.

Starting with Germany, the *Asics* case deserves to be mentioned. In the present case, there were several restrictions on Internet sales. Resellers were not allowed to allow third parties to use the *Asics* trademarks in any form on the third-party's website to direct customers to the website of the authorized *Asics* reseller. The contract also prohibited support for the functionality of price comparison engines. In addition, resellers were prohibited from advertising or selling contract products through the third-party's website. The German Federal Court of Justice, confirming a corresponding decision of the Bundeskartellamt (the German antitrust authority) against the well-known brand[53], found that with such a combination of restrictions there was no guarantee that consumers would have significant access to the Internet offers of authorised retailers. With specific regard to third-party platform bans, according to the Court, *Coty* case conclusions could not be applied to the *Asics* distribution system: first, because this system included sports and running shoes, and therefore not luxury goods; second, because it provided for sales restrictions that went beyond the prohibition to use third-party platforms.[54]

Turning to France, noteworthy is the *Caudalie* case, where the Court of Cassation annulled a decision of the Paris Court of Appeal that had qualified the prohibition imposed on authorized retailers to use third-party websites as a "probable" restriction of competition by object. According to the Court of Cassation, the ban on the use of third-party platforms is part of the legitimate

[51] In the present case, the Court stated that the clause complied with Article 101(1) TFEU, since it was appropriate in order to safeguard the luxury image of *Coty*'s products, in line with the interest that the products be reconnected only to authorised distributors, objective, uniform and non-discriminatory.

[52] The Court pointed out that this prohibition is also necessary because it allows the supplier to verify compliance with qualitative criteria, which would not be possible in relation to the operator of a marketplace as a third party to the contractual relationship between supplier and authorised distributor.

[53] The decision in available at the following link <http://juris.bundesgerichtshof.de/cgi-bin/rechtsprechung/document.py?Gericht=bgh&Art=en&Datum=Aktuell&Sort=12288&nr=80673&pos=25&anz=515>.

[54] About the compatibility between this decision and *Coty*, B Zelger, 'Restrictions of online sales and vertical agreements: Bundeskartellamt vs. Commission? Why Coty and Asics are compatible' (2018) 14(2-3) European Competition Journal, 445 ff.

commercial policies of companies to select the distribution circuits on which to market their products.[55]

Furthermore, there is the well-known decision handed down by the Court of Amsterdam on October 4, 2017 in the *Nike* case, despite the prohibition on online third party platforms applied by Nike within its European selective distribution system. The Dutch judge, relying entirely on the opinion of Advocate General Wahl rendered in the *Coty* case, found this restriction valid. In particular, the court found that *Nike* products should be considered luxury goods and that the policy was aimed at maintaining the brand image.[56]

Finally, following the orientation of the European Court of Justice, Italian case law has also been sensitive to the need to protect the image and prestige of the brand in e-commerce.

It is worth mentioning the interlocutory injunction of the Court of Milan, which upheld the complaint filed by *Sisley* against *Amazon* - a party extraneous to the authorized distribution network - accused by the French brand of selling its prestige cosmetics on the market without preserving the exclusive image that distinguishes them.

As was mentioned at the beginning, the principles stated in the *Coty* judgement and consolidated in the subsequent case law, including national case law, are now explicitly stated in the new VBER Guidelines, which go one step further: the prohibition on selling via marketplaces can be imposed regardless of the distribution system operated. It is not required that the supplier operates a selective distribution system in order to impose qualitative online criteria.[57]

The Guidelines also provide guidance for the assessment of restrictions on the use of online marketplaces in individual cases where the market share thresholds set out in Article 3 of Regulation are exceeded. The European Commission specifies that restrictions on the use of online marketplaces are often agreed in selective distribution systems. In instances where the supplier does not enter into an agreement with the online marketplace, the supplier may be unable to verify that the online marketplace meets the conditions that its authorised distributors must fulfil for the sale of the contract goods or services. In that case, a restriction or ban on the use of online marketplaces may be appropriate and not go beyond what is necessary to preserve the quality and ensure the proper use of the contract goods or services. However, in cases where a supplier appoints the operator of an online marketplace as a member of its selective distribution system, or where it restricts the use of online marketplaces by some authorised distributors but not others, or where it restricts the use of an online marketplace, but uses that online marketplace itself to sell the contract goods or services, restrictions on the use of those

[55] The decision in available at the following link <https://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?oldAction=rechJuriJudi&idTexte=JURITEXT000035573298&fastReqId=1430212509&fastPos=1>.

[56] The decision in available at the following link <https://uitspraken.rechtspraak.nl/inziendocument?id=ECLI:NL:RBAMS:2017:7282>.

[57] Strongly critical of the exemption of so-called online marketplace bans is A Ezrachi, 'The ripple effects of online marketplace bans' (2017) World competition, 47, who considers them to be anti-competitive clauses by object.

online marketplaces are unlikely to fulfil the conditions of appropriateness and proportionality.[58]

8. Conclusions.

The great expansion of e-commerce in the last decade has had a deep impact on distribution strategies, so the need to develop rules and adapt existing ones to the new digital reality and new market players, such as online platforms.

With particular regard to selective distribution in the luxury sector, the issue is to find the right compromise between the protection of the brand's image on the one hand, and the protection of competition on the other. In fact, the restrictions on online sales put in place by the supplier in order to protect its brand image risk reducing the number of online distributors, thus reducing price competition and consequently compromising retailers' business opportunities and consumers' choice.

What emerges from the examination of antitrust law, is that Reg. No 720/2022 consolidates a legislative and jurisprudential trend with a clear favour towards the selective distribution system, not only of well-known and prestigious trademarks, but more in general, precisely to safeguard the aura of luxury.

According to the new VBER, the 'nature' of the goods or services subject to qualitative selective distribution is relevant to exclude the application of Article 101(1) TFEU. On the contrary, where the market shares are below the thresholds of the Regulation - and the further conditions for its application are fulfilled - selective distribution agreements, like exclusive distribution agreements, fall within the scope of the VBER regardless of the type of goods or services marketed.

If this is the general framework of reference, then, for the purposes of granting the exemption, it would perhaps have been appropriate, within the new Regulation, to give greater weight to the requirements of the Metro judgment.

In particular, there is still uncertainty about the notion of goods capable by nature of justifying recourse to selective criteria: thus, for example, it is not specified when a good can be defined as "luxury" or of a "technological nature" nor is it clarified whether the mere protection of the reputation of a brand - beyond the technological nature and/or the aura of luxury of the goods and services marketed - can make a selective distribution system necessary.

Looking at the case law, it is clear that greater clarity on these concepts would have been essential. Making a comparison between the *Coty* case and the *Asics* case, although the two cases have a lot in common and the clauses under scrutiny are very similar in both cases, the nature of the product for which the selective distribution were established is different. Because a selective distribution system has both pro-and anticompetitive effects, these effects can have different strength for different products. The decisions point out that procompetitive effects tend to dominate for luxury goods, in which

[58] Paragraph 335.

channel coordination is particularly important, whereas the anticompetitive effects tend to dominate for more 'regular' products[59]. Not to mention, among other things, that already assessing whether a product is luxury or not is not always so easy (especially since within the same macro-category of luxury there are various distinctions). Just think of the different solutions adopted by the in the *Asics* case and in the *Nike* case. In the first case, among the arguments used by the the German Federal Court of Justice to support the illegality of the restrictions in question, there was also the consideration that in this case the products covered by the contract were sports goods, in particular running shoes and, therefore, not luxury goods. In contrast, in the *Nike* case, the Amsterdam Court admitted the restrictions submitted to it, qualifying the *Nike* products as luxury goods.

It is clear that in both cases we are talking about sports goods of brands that pose themselves as competitors. Well, we are aware that there are some *Nike* shoes, especially collectible shoes, which can be very expensive. What we want to underscore is that, in the *Asics* case, the German Federal Court excluded the luxury connotation just because there were sports shoes, as if a sports product, by definition, cannot be luxury; while in the *Nike* case the District Court of Amsterdam did not start from such a foreclosure.

In this context, we certainly do not intend to enter into the merits of how such products should be qualified (whether luxury or not); but these two cases compared clearly demonstrate how the different criteria in qualifying the contractual product can lead to different outcomes at the legal level.

From the examination carried out, it is evident the need for clearer rules, which meet the need of predictability of the company that concludes contracts in the exercise of his business. The company must be able to foresee, must be able to calculate what will happen. The lack of a certain and calculable law inevitably exposes it to interpretative subjectivism[60] (in this case not only of judges, but also of antitrust authorities).[61]

Another critical aspect of the new VBER concerns the prevision that a selective distribution system on the basis of purely quantitative criteria seem

---

[59] Notice that the French Competition Authority, in the *Stihl* decision (n. 18-D- 23, *Pratique mises en œvre dans le secteur de la distribution de matériel de motoculture*), aligning with the European Court of Justice approach on the assessment of online sales restraints, ruled that the principles set out in *Coty Germany* as for the competition assessment of online sales ban applies beyond the luxury sector. On this decision, see M Giannino, 'The French Competition Authority holds that platform bans outside the luxury sector may not breach competition' available at <https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3320558>.
Then, decision was confirmed, almost in its entirety, by the Paris Court of Appeal (decision 17 October 2019, RG 18/24456). Unfortunately, judges refused to refer preliminary questions to the European Court of Justice. This is regretful considering the opposite position of other national authorities, like the German one.

[60] In this regard, it's worth mentioning the important contributions of N. Irti on the calculability of law: N Irti, Nomos e lex (Stato di diritto come Stato della legge) (2016) Riv. Dir. Civ., 590; N Irti, 'Un diritto incalcolabile' (2015) I Riv. Dir. Civ 1; N Irti,' Capitalismo e calcolabilità giuridica (letture e riflessioni)' (2015) Riv. Soc., 801; N Irti, 'Calcolabilità weberiana e crisi della fattispecie' (2014) Riv. Dir. Civ., 687. See also the collection of these studies in N Irti, *Un diritto incalcolabile* (2016).

[61] As observed by F Cintioli, *Giudice amministrativo, tecnica e mercato. Poteri tecnici e "giurisdizione"* (2005), 98, the independent authority's decision takes on an integrative function of the rule, not limiting itself to the literal interpretation and implementation of the legislative dictate, but rather affecting its configuration in order to apply it to the concrete case. For an extensive study on the relationship between independent authorities and private autonomy, see the collection of contributions in G Gitti (ed.), *L'autonomia private e le autorità indipendenti* (2008).

to be automatically eligible for the block exemption.[62] It should be noted than, on the basis of the 2010 Guidelines, quantitative selective distribution criteria could at most have been added to qualitative criteria. What is perplexing about the new rules, is that, in practice, a selection based only on the number of distributors (or on the relative quantities of goods and services) ends up overlapping with exclusive distribution models, allowing - by reason of the mere qualification as "selective distribution" given to it by the supplier - also restrictions on passive sales to unauthorised distributors, which at this point, however, appear to lack a plausible economic-legal justification. Even if the aforementioned possibility of withdrawal or disapplication were to exist, it would have been preferable for purely quantitative selective systems to be removed from the general block exemption in order to allow for an individual assessment on the basis of the conditions of Article 101(3) TFEU.[63]

Finally, a few remarks on sustainability. It is certainly appreciable that the new rules show attention to one of the great issues of our time.[64] The new Guidelines state that sustainable development is a fundamental principle of the Treaty and a priority objective of the Union's policies,[65] while starting from the basic idea that vertical agreements pursuing sustainability objectives do not constitute a distinct category of agreements: thus, they will have to be assessed according to the general criteria and the exemption of Art. 2(1) VBER will apply to vertical agreements that pursue sustainability objectives, provided they fulfil the conditions of the same Regulation. It follows that the principle is

---

[62] See especially paragraphs 144 and 151.

[63] So, C Garilli, 'La disciplina antitrust delle intese verticali' (n 28),122.

[64] The attention of institutions as well as companies to sustainability has become increasingly important. The issue of sustainability necessarily has implications for competition.
Just think for example of the green claims, wich have effects on potential consumers and competitors. If sustainability claims turn out to be capable of creating misleading expectations about the environmental performance of the proposed good and the socially oriented attentions of its production cycle, the regulations aimed at combating unfair commercial practices, the one on anti – competitive offenses and the one on misleading advertising must necessarily intersect their spheres of operation and are called upon to intervene in the face of the same conduct capable of distorting market dynamics. So F Bertelli, 'I green claims tra diritti del consumatore e tutela della concorrenza' (2021) 1 Contr. impr., 303.
With specific regard to consumers, worthy of note is the delicate issue of the theoretical problems raised up by the dialogue between law and cognitive psicology. For a further exploration on this topic, see R Caterina, 'Psicologia della decisione e tutela del consumatore: il problema delle "pratiche ingannevoli"' (2010) 2 Sistemi intelligenti - Rivista quadrimestrale di scienze cognitive e di intelligenza artificiale, 2211 ff., who, starting from the overcoming of the model of homo oeconomicus and the theory of rational choice, notes how consumer law has equipped itself with tools that can serve to crack down on abuses of techniques based on manipulation or pressure psychological pressure by companies, through Directive 2005/29/EC on unfair commercial practices (implemented in Italy in Art. 20 ff. of the Consumer Code). According to the Author, consumer law responds not so much to the purpose of protecting individuals who behave irrationally as to discourage the efforts that are put in place by companies to mislead them or put pressure on their psychological defenses; and thus to create the conditions for competition to have outcomes of some social utility.

[65] Paragraph 8. The exemplifications contained in this paragraph would at first sight seem to restrict these concepts to the pursuit of environmental protection goals only; however, the Guidelines themselves allow for other definitions of sustainability contained in Union law. Therefore, in the light of the Guidelines, one might tend towards a broader notion, such as to include all the objectives of the UN 2030 Agenda.
In this regard, it is important to emphasise that the multiple targets described in the Agenda 2030 cannot be pursued in isolation, so that even the objectives that cannot be immediately linked to the protection of the dignity of the person - think, in particular, of those that are distinctly environmental (13 - Climate Action, 14 - Life below Water, 15 - Life on Land) - are still functional to it insofar as they are prodromal to the increase in common wellbeing and aimed at ensuring the widespread enjoyment of universal rights and the increase in the capacity to realise individual aspirations. So, F Bertelli, *Le dichiarazioni di sostenibilità nella fornitura di beni di consumo* (2022) 13.

that the sustainable objectives that may be pursued by an agreement do not exempt it from the application of the competition rules, nor do they give the relevant agreement, be it horizontal or vertical, a special character. However, as mentioned before (§ 6) the new Guidelines state the possibility that a selective distribution system may be based on qualitative criteria referring to the achievement of sustainability objectives, such as climate change, protection of the environment or limiting the use of natural resource. It seems that the new legislation introduced a selective criterion – the environmental criterion – unrelated to the typical purpose of a selective distribution system, i.e. to preserve the aura of luxury of certain products. On closer inspection, however, it cannot be ruled out that, in the near future, the concept of luxury, which according to the prevailing legal orientation is also the result of intangible characteristics, may also include that of environmental sustainability, thanks to a profound change in consumer demands.

In conclusion, beyond the highlighted weak points, the new VBER, recognising the many benefits and pro-competitive effects of the selective distribution system, now offers more flexibility and more tools to protect the brand's image. It will be interesting to see how this strengthened protection of selectivity will be applied by the courts in the future, also in relation to the recognition of the damage to the brand value in case of *breach* by the distributors of their contractual obligations. In this regard, it is observed that the proof of this prejudice to the value of the brand is often 'diabolical', so that it would be desirable for the courts to rely, in the presence of certain proven factual circumstances, (such as, for example, the manner of sale detrimental to the prestige of the brand, the mixing of luxury products with those of low quality, the presence of links directing to sites of different products and the lack of customer service) on a presumption *iuris tantum* of the prejudice suffered by the owner of a well-known trademark.[66]

[66] In these terms, P Gelato, S Vergano, 'Prime note a margine del Reg. UE 720/2022 e riflessi in materia di distribuzione selettiva' (n 28) 107.

Magneschi C, '"Inventare il diritto": nuove categorie per nuovi soggetti?' (2025) 1 EJPLT.
DOI: https://doi.org/10.57230/EJPLT251CM

EJPLT
ISSN 2704-8012



"Inventare il diritto": nuove categorie per nuovi soggetti?

"Inventing law": new categories for new subjects?

CHIARA MAGNESCHI
Assegnista di ricerca
Università degli Studi di Firenze

Abstract

Il contributo prende le mosse dal dibattito sulla personalità giuridica animale e prova a offrire alcuni spunti interpretativi per ripensare al diritto come forma di protezione della vita animale nella sua relazione, spesso problematica, con l'umano. Si ipotizzerà quindi una dismissione dell'utilizzo di categorie prettamente umane, nate per la persona (umana), e la possibilità di guardare verso orizzonti nuovi: laddove gli schemi normativi fin qui percorsi dal legislatore non hanno saputo affermare il rispetto della "vita animale" come valore fondamentale dell'ordinamento, occorre forse rivedere quei dispositivi, o crearne di nuovi. Ciò nell'ottica di incoraggiare un posizionamento dell'ordinamento giuridico realmente protettivo della vulnerabilità animale.

The contribution takes as its starting point the debate on animal legal personhood and attempts to offer some interpretive insights to rethink law as a form of protection of animal life in its often problematic relationship with the human. It will thus assume a divestment of the use of purely human categories, born for the (human) person, and the possibility of looking toward new horizons: where the normative schemes used so far by the legislature have failed to affirm respect for "animal life" as a fundamental value of the legal system, there is perhaps a need to revise those devices, or create new ones. This is with a view to encouraging a positioning of the legal system that is truly protective of animal vulnerability.

© The author(s) 2025, 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: diritti agli animali; animali selvatici; vita animale

Summary: 1. La protezione giuridica degli animali. – 2. Nuovi soggetti giuridici? – 3. Le ragioni di una tutela.

1. La protezione giuridica degli animali.

La capacità dell'ordinamento giuridico di offrire tutele effettive alle soggettività vulnerabili è messa particolarmente alla prova all'atto di disciplinare il rapporto tra gli esseri umani e gli animali.

La prova, poi, è particolarmente ardua se si tratta di animali selvatici, che meno si prestano al rispecchiamento simpatico e all'affezione umana: se per gli animali domestici, o da allevamento, esistono normative sempre più attente al benessere, con riferimento a quelli selvatici l'intervento del diritto sembra avere l'effetto quasi esclusivo di sanzionarne la natura "non civile"[1].

Il tema è connesso a quello della soggettività giuridica, anche considerando che per queste specie il legislatore sembra adottare una strategia di personificazione, non prodromica all'attribuzione di diritti soggettivi e al godimento di idonee garanzie, ma funzionale al diritto umano di punire l'animale nei casi in cui agisca al di fuori delle regole di convivenza.

Negli ultimi anni, la frapposizione del diritto tra essere umano e animale ha sottratto tale relazione a una fattualità che la destinava a incontro tra forze, e la ha proceduralizzata. Amministrando questo rapporto, il bio-potere ha allargato la propria competenza. Sono nate leggi a tutela degli animali, sempre più capillari, sempre più dettagliate. Ma a questo potere corrispondono davvero l'intento e l'effetto di proteggere la vulnerabilità animale? In molti casi pare proprio di no.

Prendiamo la legge n. 157/1992: professa come obiettivo la *protezione rigorosa* o *particolarmente rigorosa* di alcune specie selvatiche ma la soppesa con molteplici, eterogenei, interessi umani, al punto da occuparsi per la sua gran parte delle ipotesi di deroga a questa protezione. Le fonti normative di rango inferiore, poi, estendono ulteriormente i motivi della deroga. Ad esempio, con specifico riferimento all'orso bruno, esiste un *Piano interregionale* teoricamente mirante alla conservazione della specie, ma di fatto generativa di fattispecie di punibilità dell'animale[2]: secondo un profilo di problematicità dell'individuo, si declinano l'orso dannoso, che cagiona danni materiali agli umani, e l'orso pericoloso, ormai privo della naturale ritrosia nei confronti dell'umano, ovvero il cosiddetto orso confidente, o, ancora, trovatosi suo

[1] Per una recente rassegna della normativa in tema di animali si vedano V. TENORE, *Gli animali in giudizio. Contenziosi costituzionali, civili, penali, amministrativi, contabili, tributari, comunitari sugli* "esseri senzienti non umani". *Normativa, giurisprudenza, dottrina*, Torino, 2023; M. PITTALIS, *Diritto degli esseri animali. Lezioni e commenti*, Bari, 2022. Sul senso della mediazione giuridica nel rapporto tra esseri umani e animali selvatici mi permetto di rimandare a C. MAGNESCHI, I. BELLONI, *Derecho salvaje. Hombres y animales entre estado de naturaleza y civilizaciòn jurìdica*, Madrid, 2020.

[2] Si tratta appunto del "Piano interregionale per la conservazione dell'orso bruno sulle Alpi centro-orientali", anche denominato "Pacobace", del 2008: https://www.mite.gov.it/pagina/piano-dazione-interregionale-la-conservazione-dellorso-bruno-sulle-alpi-centro-orientali (consultato in data 31/10/2024).

malgrado in situazioni in cui si è dovuto difendere. La scelta ordinamentale va quindi nella direzione di rendere sanzionabile una *presunzione* di pericolosità, con una estensione dell'ambito di applicazione delle misure di prevenzione proprie del diritto penale, e denota l'applicazione della fattispecie di "colpa d'autore", dove punibile è il modo di essere, piuttosto che il fatto[3].

Si osserva l'assetto marcatamente antropocentrico che affligge la traiettoria normativa, e si tratta di esiti ancora più critici e criticabili considerando che la contiguità tra specie selvatiche e specie umana, cessata da anni, è stata "scientemente" ricreata proprio dall'essere umano. In questi casi, la funzione del diritto è quella di risolvere in senso gerarchico una relazione divenuta problematica. Il meccanismo utilizzato allo scopo è quello di una "personificazione" – in senso a-tecnico – dell'animale, soggetto problematico al pari di un consociato umano che costituisca un rischio per gli altri.

Di fatto, la connotazione antropomorfa, o personificante, di questi animali, non in senso propriamente giuridico, ma descrittivo, è strumentale a giustificare l'operatività delle logiche tipiche del diritto penale, al di fuori di ogni garantismo. Infatti, la *finzione* di personificazione cessa proprio quando l'animale "delinque": da quel momento torna a essere una "bestia" che non può comprendere le norme che la riguardano, non può esprimersi, e pertanto viene condannata senza che rilevi il principio della tutela giurisdizionale dei propri diritti, che in effetti non ha.

L'idea è che questo meccanismo sia reso possibile dalla mancata attribuzione di diritti agli animali, e che, se si vuole che il diritto superi le lacune di giustizia appena viste, la direzione sia quella di riconoscere gli animali come *soggetti di diritto*, al di là della loro equiparabilità all'essere umano; ma questo passaggio non potrebbe che essere legato al riconoscimento di diritti in capo alla bestia: un giusto processo è la conseguenza logica della titolarità di un diritto soggettivo, e, viceversa, quest'ultimo è tale se gode della possibilità di essere tutelato in ambito giurisdizionale.

2. Nuovi soggetti giuridici?

Non è questo lo spazio per ripercorrere la ricca tradizione di studi sulla questione della soggettività animale, che continua a sollecitare questioni cruciali e rimane ad oggi irrisolta[4]. In questa sede mi limito a una brevissima sintesi di alcune delle principali posizioni sulla ammissibilità della soggettività giuridica animale, ovvero la idoneità degli animali a divenire titolari di posizioni giuridiche.

Si tratta di capire se quest'ultima possa o debba passare attraverso l'assimilazione dell'animale alla persona umana – la personificazione, di cui si diceva poc'anzi – ed essere dunque prevista in analogia con il referente

[3] D. FONDAROLI, *Le nuove frontiere della colpa d'autore: l'orso 'problematico'*, in *Archivio Penale*, 2014, 3, 1.

[4] Tra i molti contributi: J. PASSMORE, *La nostra responsabilità per la natura*, Milano, 1986; T. REGAN, P. SINGER, *Diritti animali, obblighi umani*, Torino, 1987; T. REGAN, *I diritti animali*, Milano, 1990; AA. VV., *I diritti degli animali. Prospettive bioetiche e giuridiche*, a cura di S. CASTIGNONE, Bologna, 1985; L. BATTAGLIA, *Etica e diritti degli animali*, Roma-Bari, 1997; F. RESCIGNO, *I diritti degli animali. Da* res *a soggetti*, Torino, 2005; AA. VV., *Trattato di biodiritto. La questione animale*, a cura di S. CASTIGNONE e L. LOMBARDI VALLAURI, Milano, 2012.

giuridico umano, o se invece si debba pensare a una soggettività nuova e diversa.

Gli orientamenti in merito sono molti e differenti tra di loro. Già qualche decennio fa autorevoli studiose e studiosi hanno immaginato come strada per la tutela in esame il parallelismo tra condizione animale e condizione della persona umana dotata di capacità giuridica ma con capacità di agire limitata[5]. La tesi ha costituito uno dei primi dirompenti tentativi di penetrare il monolite della reificazione dell'animale, consacrata dal codice civile del 1942, e si può dire che il principio contenuto in tale tesi, cioè che non occorrano i requisiti tipici dell'individuo dotato, abile (il "buon padre di famiglia"?), quali la razionalità e la coscienza del significato giuridico delle proprie azioni, per essere riconosciuti titolari di diritti, sopravviva.

Il sentiero percorso per la costruzione di una soggettività animale che riprenda i motivi di quella propria della persona umana guarda appunto a quelle forme di capacità di agire limitata dell'essere umano, non ostativa alla sussistenza della capacità giuridica di cui all'art. 1 c.c..

Contraria a questa impostazione è la voce di chi nega l'operatività del procedimento analogico *ex* art. 12 delle Preleggi a vantaggio dell'animale: animale e incapace, si obietta, non sono equiparabili, stanti le evidenti differenze ontologiche[6].

Non è certo la prima volta che il diritto si confronta con sfide difficili, apparentemente impossibili, come quella di riconoscere, appunto, forme di tutela a "nuovi" soggetti, attraverso la creazione di istituti inediti o la reinterpretazione di quelli consolidati: si pensi al concepito e al *concepturus* o, ancora, alla creazione dell'istituto della persona giuridica a disciplina degli enti collettivi. E ulteriori sfide interrogano tuttora il legislatore, come il trattamento degli embrioni non impiantati, frutto di concepimento artificiale.

Arrivando dunque alla ipotesi di una soggettività autonomamente costruita rispetto alla persona fisica, si addiviene a conclusioni discordanti. Così, Bianca, rilevando che nell'ordinamento italiano tale capacità non è prevista, nega il riconoscimento di qualsiasi idoneità a divenire destinatari di diritti ed obblighi, e dunque il discorso sulla soggettività si chiude sul nascere[7]. Ma sono in molti a ritenere che si possa configurare e strutturare una soggettività animale, non personale, dotata di capacità giuridica. Tra di essi, si distinguono coloro che ritengono debba trattarsi di un soggetto diverso sì da quello umano, ma non al punto da costituire genere a sé[8], da coloro che sono convinti si debba parlare di *tertium genus*[9]. Così, la mancata previsione codicistica può divenire propulsiva: la soggettività come scelta da realizzare, attraverso la creazione di nessi per garantire la titolarità di diritti, che si chiami o meno *capacità*. In altre

[5] J. Feinberg, *Gli animali possono avere diritti?,* in Aa. Vv., *I diritti degli animali*, cit., 241 ss.; Rescigno, *I diritti degli animali*, cit., 4.

[6] G. Martini, *La configurabilità della soggettività animale: un possibile esito del processo di 'giuridificazione' dell'interesse alla loro protezione*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2017, 1, 130 ss.; A. Mollo, *La soggettività giuridica degli esseri non umani: gli animali*, in *European Journal of Privacy Law & Technologies*, 2020, 2, 301.

[7] C. M. Bianca, *Diritto civile*, Milano, 2002, 214 ss.

[8] Martini, *op. cit.*, 148.

[9] G. Settani e M. Ruggi, *Diritto animale, diritto degli animali e diritti degli animali. L'auspicio di un intervento riorganizzativo del legislatore tra esigenze sociali e necessità giuridiche di sistema*, in *Riv. di BioDir*», 2019, 1, 495.

parole, il diritto come supporto – non già freno inibitore – di una scelta, politica, sociale, assiologica.

L'idea di una specifica soggettività giuridica animale può essere formulata, discorsivamente, in questi termini: non occorre essere persone umane per essere titolari di diritti[10]. I diritti umani si estendono oltre l'umano. È un processo che oggi non appare strano, ma anzi, è divenuto tipico della dinamica espansiva dei diritti umani, testimoniata proprio dal processo in atto di «deumanizzazione» del linguaggio normativo[11].

Una volta accolta l'idea di una soggettività giuridica animale, l'ulteriore, e non meno complicato, passaggio, è quello di valutare se sia percorribile e auspicabile l'utilizzo della categoria di diritto soggettivo, quale situazione giuridica di vantaggio a tutela degli animali.

Una risposta positiva induce a fare riferimento a una concezione di diritto soggettivo idonea a prestare tutele al di fuori del terreno della "classica" capacità giuridica. Si tratta di riflessioni rette dalla consapevolezza che una definizione dei diritti soggettivi come quella resa dalla *will-theory* non può essere di aiuto, ma anzi, si rassegnerà a concludere che l'animale non può averne, perché non può esercitare una volontà umana, né determinare l'altro a soddisfare il proprio diritto[12]. Non potrà esercitare alcuna pretesa, disattivando così pure lo schema della *claim-theory*[13].

La teoria che più di tutte si confà a sostenere l'attribuzione di diritti soggettivi in capo agli animali appare quella della c.d. *interest theory*, con la centralità assegnata all'interesse detenuto dal titolare, interesse abbastanza meritevole di tutela da generare diritti in capo ad alcuni soggetti e doveri in capo ad altri: la volontà del titolare è requisito non essenziale della fattispecie[14].

Resta altresì aperta la possibilità che si "inventino" nuove concezioni di diritto soggettivo o nuovi prototipi giuridici di vantaggio all'animale, nuove titolarità.

Altra questione – ulteriore rispetto all'ammettere che gli animali possano e debbano avere diritti – è *quali diritti* riconoscere ad essi. Pare di doversi allineare alle conclusioni cui addiviene Stone, cioè che tale ammissione non equivalga a dire "tutti i diritti", gli stessi diritti di cui è titolare l'essere umano[15]. Il punto di vista è fatto proprio da Rescigno: sarebbe inverosimile attribuire il diritto di voto al gatto[16], ed è piuttosto facile e intuitiva la scelta di quali

[10] L. Battaglia, *Approccio delle capacità e bioetica animale, in Aa. Vv., Trattato di biodiritto*, cit., 79 ss.

[11] A. Pisanò, *Diritti in crisi? Una riflessione sull'incompiutezza dei diritti*, in Aa. Vv., *Diritti umani in crisi? Emergenze, disuguaglianze, esclusioni*, a cura di G. Gioffredi, V. Lorubbio e A Pisanò, Pisa, 2021, 26. Anche Rescigno, *I diritti degli animali*, cit., 104 ss., prevedeva la "catalogazione" dei diritti degli animali come diritti di quarta generazione.

[12] In base a questa teoria, il diritto di qualcuno implica il dovere di qualcun altro, ma non può essere risolto in esso, poiché occorre l'elemento ulteriore della volontà del titolare del diritto, nella direzione di esercitare il diritto o, invece, di rinunciarvi (L. Milazzo, *La teoria dei diritti di Francisco de Vitoria*, Pisa, 2012, 17).

[13] Mi riferisco alla versione di Hart, per il quale diritto e dovere sono sempre correlativi, nel senso che si ha un diritto soggettivo se questo è correlativo a un obbligo altrui che si può scegliere se far eseguire o meno (H. L. A. Hart, *Esistono diritti naturali?*, in Aa. Vv., *Contributi all'analisi del diritto*, a cura di V. Frosini, Milano, 1964, 83-104).

[14] F. Ferraro, L'utilità dei diritti. *Diritti morali e giuridici in una prospettiva etica utilitaristica*, Pisa, 2013, 206.

[15] C. D. Stone, *Should trees have standing? Toward legal rights for natural objects*, in *Southern California Law Review*, 1972, 45, 450-501.

[16] Rescigno, *I diritti degli animali*, cit., 123.

assegnare: il diritto alla vita e a una morte dignitosa, il diritto a non soffrire e «ad avere condizioni di vita compatibili con le proprie caratteristiche etologiche»[17]. Peraltro, la restrizione del novero dei diritti soggettivi attribuibile – si osserva – andrebbe a rafforzare l'efficienza degli stessi: è solo prevedendo precisi diritti che si configurano precisi obblighi umani, azionabili in giudizio[18].

D'accordo anche Martini, con un'aggiunta: non solo non siamo obbligati a dire che la soggettività animale equivalga a quella umana, e che i diritti riconosciuti siano identici per umani e animali, ma nemmeno che tutti gli animali siano uguali nella titolarità di diritti. Viene qui toccato un argomento classico della riflessione in oggetto – che non v'è modo in questa sede affrontare – ovvero *quali animali* includere come soggetti di diritto nel nostro ordinamento.

Stimolante, sebbene non condivisibile, la riflessione di Singer, il quale esclude che gli animali siano titolari di veri e propri diritti poiché non potrebbe trattarsi di nessuna delle due macro-categorie in cui questi possono configurarsi: né i diritti relativi, in quanto non ne è titolare il singolo animale in base alle circostanze, ma tutti gli animali, né i diritti assoluti, poiché non vantati verso tutti gli esseri viventi, ma solo verso l'essere umano[19]. È però possibile replicare che neppure i diritti assoluti umani prevedono doveri in capo a qualsiasi creatura vivente, ma solo nei confronti del consorzio umano.

In direzione radicalmente opposta a quella del riconoscimento di situazioni di vantaggio attive agli animali, si contano i non pochi posizionamenti di coloro che, pur attenti al benessere di questi ultimi, dubitano che il sistema giuridico in sé sia la via più consona per offrire loro una tutela autentica[20].

Come si è premesso, il punto di vista del presente contributo è che senza titolarità di diritti non si abbiano pretese da reclamare, facoltà da rivendicare, obblighi da far eseguire, tutele certe: la soluzione dell'auto-assegnazione di doveri in capo agli umani verso gli animali, autorevolmente sostenuta[21], non sembra garanzia sufficiente di protezione per questi ultimi, e in molti casi sembra riconfermare la discrezionalità antropocentrica nel tutelare oppure no la dignità animale. Non si ignora peraltro che attribuire diritti agli animali significhi ridiscutere, decostruire e ridefinire istituti centrali del nostro ordinamento giuridico, quali la rappresentanza e la responsabilità civile e penale[22].

Ebbene, immaginando che cosa accadrebbe se gli animali fossero, come le persone, titolari di veri e propri diritti soggettivi, non si potrebbe fare a meno di chiamarli in un giudizio quando venissero accusati di avere commesso un fatto penalmente o civilmente rilevante, mentre, quando l'animale figurasse nella veste di vittima, allora la sua vita dovrebbe essere difesa in quanto dotata di valore intrinseco, non in quanto parte del patrimonio dell'Ente cui afferisce,

---

[17] *Ivi*, 5, 68-69; SETTANNI e RUGGI, *op. cit.*, 496.

[18] RESCIGNO, *I diritti degli animali*, cit., 119.

[19] P. SINGER, *Liberazione animale. Il manifesto di un movimento diffuso in tutto il mondo*, Milano, 2015.

[20] Rientra in questo novero la filosofia decostruttivista di J. DERRIDA, *L'animale che dunque sono*, Milano, 2014.

[21] A partire dalla corrente utilitarista che fa a capo a J. BENTHAM, *Introduction to the Principles of Moral and Legislation*, London, 1789, e da quella neo-utilitarista inaugurata da P. SINGER, *In difesa degli animali*, Roma, 1987.

[22] G. SPOTO, *Il dibattito sulla soggettività giuridica degli animali e il sistema delle tutele*, in *Cultura e diritti.* Per una formazione giuridica, 2018, 1/2, 63.

o proprietà di qualcuno, o perché lesivo della morale sociale umana; il processo che giudica della dinamica "patologica" uomo-animale dovrebbe acquisire natura penale, non amministrativa; il presupposto processuale del litisconsorzio (necessario) dovrebbe essere in ogni caso rispettato. Nella sostanza, infatti, atti come l'ordinanza amministrativa di cattura e uccisione dell'orso che ha attaccato e/o ferito qualcuno corrisponde a una sentenza penale, poiché incide sulla libertà personale e sulla vita dell'esemplare, senza però coinvolgere direttamente quest'ultimo, né costituire l'esito del processo tipicamente previsto allo scopo.

È evidente, però, che, se l'imputabilità dell'ordinamento umano si fonda sull'intenzionalità della condotta, o quantomeno sulla prefigurazione mentale della possibilità di agire in modo diverso da quello che conduce alla commissione del reato, la mutuazione *de plano* di tale requisito rende il quadro ancora più complesso.

Non può tuttavia sfuggire che il problema sia soprattutto politico: si tratta di compiere una scelta chiara e preliminare, tra la non punibilità a *priori* o una imputabilità "oggettiva" (proprio perché l'animale agisce per istinto, si valuta la rilevanza penale della condotta al di là dell'intenzione, salvo poi applicare istituti quali la legittima difesa e le attenuanti).

Insomma, sembrano condivisibili le posizioni di chi pensa a una soggettività animale diversa da quella umana. Ed è un dato che vadano aumentando leggi di riconoscimento di soggettività giuridica anche a entità naturali non umane e non animali, come la recente legge spagnola sul *Mar Menor* (2022). Si tratta di "inventare il diritto", per usare una nota espressione di Paolo Grossi, laddove il verbo non è sinonimo di "creare", ma ha il significato etimologico di cercare e trovare, secondo l'idea che l'essenza del diritto stia nella sua capacità di interpretare la società per offrire costruzioni solide e durature, come accadde in fase Costituente[23].

3. Le ragioni di una tutela.

Come noto, la riflessione etico-filosofica ha cercato varie strade per includere gli animali nella titolarità di alcuni diritti o semplicemente in un regime di protezione (la sensienza, la razionalità, la capacità di provare dolore, etc.). Non è scopo del presente contributo ripercorrerla, né sarebbe possibile in questo spazio. Mi limito a sintetizzare due tradizionali impostazioni, utili ad una riflessione critica e alla proposta che intendo in chiusura avanzare.

La prima è quella del c.d. neo-utilitarismo – sviluppo della corrente utilitarista inaugurata da Bentham –, che attinge al principio di uguaglianza, tra persona e animale, nella direzione di penetrare la barriera dello specismo. L'uguaglianza si pone su un piano di *dover essere*: è un'idea morale, incoraggiante il delinearsi di doveri altrettanto morali in capo agli umani nei confronti degli animali. Si tratta di una prospettiva che, tuttavia, non cede al principio di parità tra il valore della vita umana e il valore della vita animale, e risolve l'eventuale dilemma tra quali soggetti salvare in una determinata

[23] P. Grossi, *L'invenzione del diritto*, Roma-Bari, 2022, 63 ss.

situazione sulla base di un criterio "abilista"[24]. Il che sembra contraddire nella sostanza l'adesione al principio di uguaglianza.

Per certi aspetti diversa è la c.d. teoria del valore inaugurata da Regan: ogni essere dotato di vita ha uguale valore inerente, indipendente dalle valutazioni umane. Occorre però che sia dotato di requisiti "minimi", che ancora una volta soddisfano un giudizio di meritevolezza parametrata sull'umano (memoria, senso del futuro etc.).

La teoria conduce a configurare non solo doveri umani ma anche diritti animali. Eppure, anch'essa ammette deroghe, con l'unica formalità che queste debbono essere *giustificate* attraverso principi e valori in grado di sostenere la prevalenza della vita umana su quella animale[25]. Evidentemente, il metro di giudizio della legittima prevalenza è l'essere umano, i cui contro-interessi sono solo ed esclusivamente…umani.

Anche quelli che possono essere considerati i più recenti sviluppi della teoria del valore conservano uno schema di inclusione della soggettività dell'animale che passa attraverso la "ominizzazione" di quest'ultimo[26]. Tra di essi, il c.d. approccio delle capacità profilato da Nussbaum, che propone di considerare degni di inclusione giuridica gli animali sulla base di particolari *abilità altre* da quelle umane[27]: ma ancora, si fa notare, i criteri di definizione di quelle abilità sono generati dalla mente umana[28].

Insomma, sembra non si possa fare a meno di accreditare un vaglio di meritevolezza, tanto giuridico quanto estremamente antropocentrico: dovremmo farcelo bastare?

Uno sviluppo raccomandabile della teoria in esame potrebbe essere quello di riconoscere un valore assoluto al di là del merito (il che non significa rinunciare a dispositivi di protezione umana quali la legittima difesa): ogni essere animale ha un valore assoluto solo per il fatto di esistere. Non sto affermando che sia un traguardo a breve portata, ma un orizzonte di pensiero, un immaginario giuridico cui approssimarsi. Si tratta di «pensare l'animale, il suo essere-altro, *alterità*, fino in fondo»[29]. E, se da un lato non si deve filtrare la tutela attraverso la «prossimità ontologica»[30], dall'altro, si deve confermare la possibilità di bilanciare la prevalenza, *caso per caso*, e non in assoluto, del valore umano e di quello animale, provando a ipotizzare la rilevanza del bene-persona e del bene-animale su di un piano orizzontale.

Le diverse teorie etico-filosofiche sinteticamente esposte hanno la valenza di strategie di cui c'è stato bisogno per giustificare un cambio di prospettiva, un passaggio rivoluzionario, confidando nel loro potere persuasivo. L'impulso ad una nuova consapevolezza è affidato in ultima analisi a ragionamenti sillogistici: se l'essere senziente (o razionale etc.) è titolare di diritti e l'animale è un essere senziente, allora dovremmo riconoscergli dei diritti. Oggi, queste "giustificazioni" dovrebbero aver esaurito il loro ruolo propulsivo, ed essere

[24] P. Singer, *Practical Ethics*, Cambridge, 1979, 54.
[25] Regan, *I diritti animali*, *cit.*, 386 ss.
[26] G. Pelagatti, *Dignità e diritti degli animali. Prospettive bioetiche e giuridiche*, in *Dirittifondamentali.it*, 2017, 1, 18, 19, 22, 42.
[27] M. C. Nussbaum, *Giustizia per gli animali. La nostra responsabilità collettiva*, Bologna, 2023.
[28] Pelagatti, *op. cit.,* 23 ss.
[29] T. Gazzolo, *Diritto e divenire-animale*, in Pol. del dir.», 2012, 4, 717.
[30] Pelagatti, *op. cit.,* 10.

superate dall'assunzione del principio che gli esseri animali hanno pari dignità rispetto agli umani, dall'equiparazione della vita umana alla vita animale, riconoscendoli entrambi diritti/valori assoluti, a testimonianza di una volontà autenticamente inclusiva.

Le conquiste che l'ordinamento giuridico allo stato attuale mostra, invece, concernono più che altro l'attenzione al benessere animale, anch'essa peraltro molto teorica e poco effettiva (si pensi alla protezione accordata ai sistemi intensivi di allevamento), mentre la tutela della vita animale, inscritta nella logica del "diritto relativo", finisce paradossalmente col conferire legittimazione alla uccisione degli animali, ad esempio a scopo alimentare (e nella migliore delle ipotesi spinge a perseguire modalità di uccisione più blande). Non a caso la legislazione va in questa direzione, non anche in quella dell'obbligo al vegetarianesimo, scelta corrispondente al ritenere la vita animale un diritto assoluto, e non relativo[31].

Si inserirebbe qui una più ampia valutazione sulla introduzione nel nostro ordinamento dei reati di uccisione e maltrattamento di animali di cui agli artt. 554-bis ss.[32]. Rammento solo che, se alcuni ritengono che la previsione «tuteli, in via immediata e diretta, l'animale come bene giuridico»[33], altri negano tale lettura sia in considerazione di evidenze formali (il bene tutelato non è la vita animale ma il sentimento umano verso gli animali, come indica espressamente la rubrica del Titolo IX *bis* in cui tali norme sono contenute), sia sostanziali: la punibilità è prevista solo laddove le condotte lesive siano commesse "per crudeltà" o "senza necessità", e dunque sono consentite in tutta una numerosa serie di casi retti dalla prevalenza di interessi (non già solo diritti) umani del più vario tenore, al punto che il rapporto regola-eccezione sembra decisamente invertito[34]. Pelagatti ha parlato in proposito di "soggettività uccidibile", a segnalare la facilità con cui l'animale passa dall'essere soggettivizzato all'essere ri-cosificato[35]. Non sembra, in sostanza, di poter estrapolare da questa previsione il riconoscimento di un valore vita-animale e men che mai di un diritto alla vita animale, neppure relativo.

Una teoria del valore coerente condurrebbe invece a ritenere che non si possa uccidere un animale (o che lo si possa uccidere in quegli ordinamenti dove è prevista la pena di morte?), al di fuori di una dinamica legittimamente difensiva (i cui contenuti, certo, dovrebbero essere attentamente congegnati).

La riflessione sul raffronto valore/diritto assoluto e valore/diritto relativo incrocia poi, come si è accennato, la questione di *quali animali* ammettere. Una scelta che il diritto è chiamato a compiere preliminarmente, diversamente dall'approccio contingente finora adottato, foriero di ambiguità, assumendo la responsabilità chiara ed esplicita di proporsi, al limite, come "diritto di alcuni animali" e di riconoscere "i diritti di alcuni animali".

---

[31] REGAN, *I diritti animali*, *cit.*, 464. Insiste sul vegetarianesimo come atto più efficace in assoluto di eliminazione delle ingiustizie contro gli animali P. SINGER, *Liberazione animale*, *cit.*, 172.

[32] Per una ricostruzione sistematica della normativa penale sugli animali, si veda, tra gli altri, F. FASANI, *I reati contro gli animali: una nuova lettura?*, in *Arch. Pen.*, 2022, 3, 1-48.

[33] *Ivi*, 2.

[34] Osserva L. LOMBARDI VALLAURI, *Testimonianze, tendenze, tensioni del diritto animale vigente*, in AA. VV., *Trattato di biodiritto*, cit., 265, e ID., *La questione animale come questione filosofico-giuridica*, in *Riv. di filos. del dir.*, 2014, 2, 531, anche se l'Autore, con la lente del metodo ermeneutico diacronico da lui proposto, ritiene che il diritto appaia sempre più animalista e riconosca sempre più una soggettività animale (ivi, 530-531).

[35] PELAGATTI, *op. cit.,* 15.

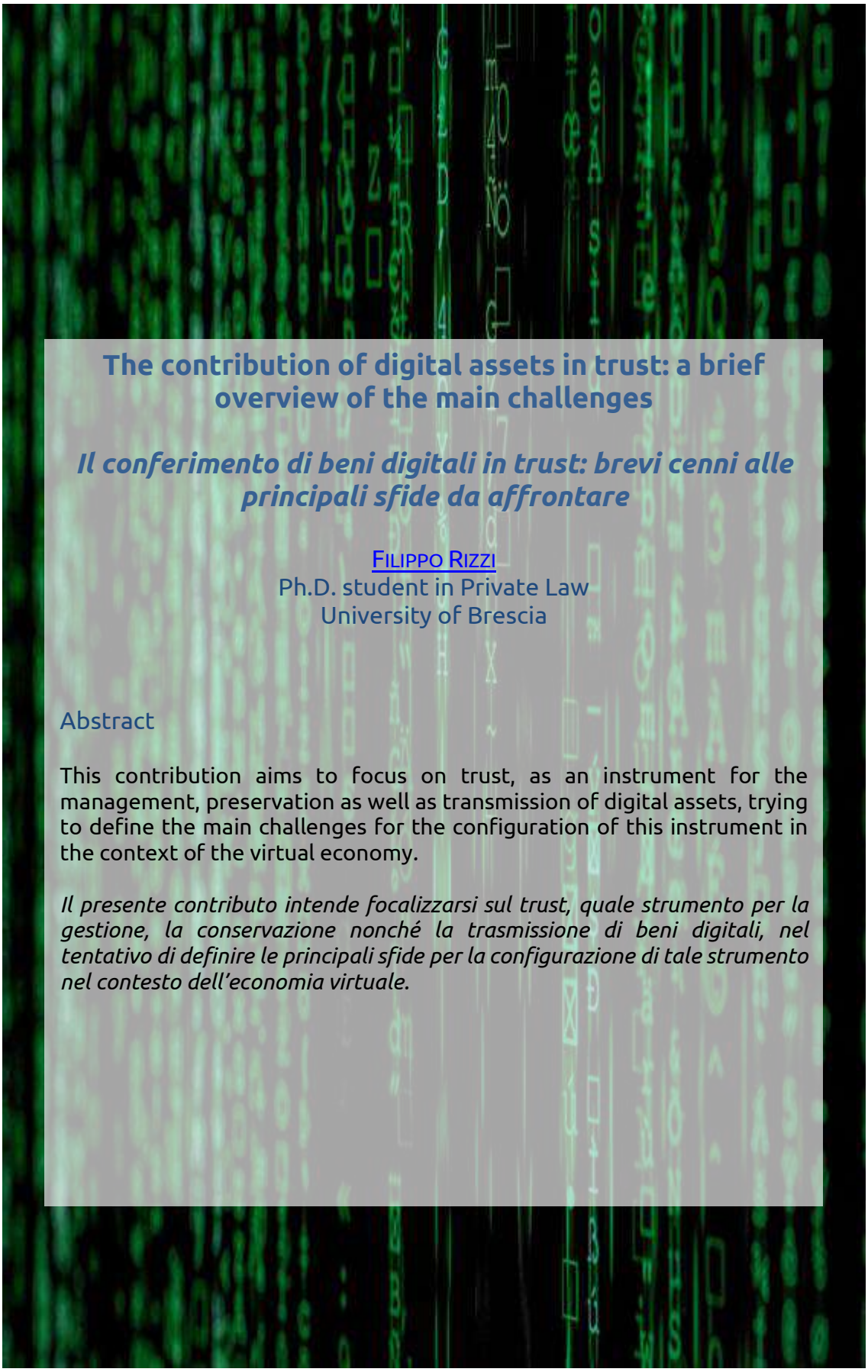
In conclusione, la direzione da prendere se si vuole realmente proteggere la vulnerabilità animale non è quella di una tutela indiretta, affidata alla previsione di doveri umani, ma quella della costruzione di «un sistema nuovo in cui alla giuridicità umana si affianchi quella animale»[36]:

Occorrerà un "nuovo umanesimo"[37], in cui si combinino l'attitudine antropocentrica con quella animalista, in cui i diritti "superino la barriera della specie"[38]. Un antropocentrismo che garantisca tutela a tutte le vulnerabilità che abitano la Terra, sul semplice presupposto che quest'ultima è di tutte e tutti, e dunque, in realtà, di nessuno.

[36] F. RESCIGNO, *La soggettività animale tra filosofia e diritto*, in *Notizie di Politeia*, 2018, 10, 213.
[37] L. BATTAGLIA, *Ecologia e nuovo umanesimo*, Milano-Roma, 2020.
[38] RESCIGNO, *I diritti degli animali*, cit., 3.

Rizzi F, 'The contribution of digital assets in trust: a brief overview of the main challenges' (2025) 1 EJPLT.
DOI: https://doi.org/10.57230/EJPLT251FR

EJPLT
ISSN 2704-8012



The contribution of digital assets in trust: a brief overview of the main challenges

Il conferimento di beni digitali in trust: brevi cenni alle principali sfide da affrontare

FILIPPO RIZZI
Ph.D. student in Private Law
University of Brescia

Abstract

This contribution aims to focus on trust, as an instrument for the management, preservation as well as transmission of digital assets, trying to define the main challenges for the configuration of this instrument in the context of the virtual economy.

Il presente contributo intende focalizzarsi sul trust, quale strumento per la gestione, la conservazione nonché la trasmissione di beni digitali, nel tentativo di definire le principali sfide per la configurazione di tale strumento nel contesto dell'economia virtuale.

© The author(s) 2025, 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: intangible asset; digital asset; trust; trustee

Summary: 1. Introduction. – 2. The definitional and identifying legal challenges raised by digital assets. – 3. The new configuration of the ownership transfer rules applicable to tangible assets. – 4. The new skills needed by the trustee for the management of digital assets. – 5. Conclusions.

1. Introduction.

Technological progress has triggered a "Digital Revolution", which has affected numerous aspects of the individual's social and economic life and has also led to an evolution of the concept of patrimonial assets.[1]

In fact, whereas prior to this Revolution the components of an individual's wealth were mostly tangible assets, since the Revolution itself, the intangible components of an individual's wealth are increasingly expanding.[2]

In such a context, it is therefore necessary to configure the instruments used in the real economy for the conservation and transmission of wealth as well as the role of the actors involved in the creation and management of these instruments, in order to adapt them (where possible) to the virtual economy.

In the real economy, the institution of trust is extremely important in the protection and management of tangible assets.

Trust is, functionally speaking, a legal arrangement created by a settlor in which a trustee holds property for one or more beneficiaries[3] and, even though there is no domestic law regulation,[4] the broad flexibility of this tool as well as its adaptability to the concrete needs of the individual often leads the latter to prefer it over the instruments traditionally provided by the Italian legal system for this purpose.

In light of this, the present article focuses solely on the main legal challenges associated with the contribution of digital assets into trust in order to configurate this instrument in the new context of the virtual economy. Tax

[1] On the disruptive effect that the digital revolution has had on private law, see C M Christensen, *The innovator's dilemma. When new technology causes great firms to fail* (Harvard Business School Press 1997); M J Copps, 'Disruptive technology… Disruptive regulation', (2005) Mich. St. L. Rev. 309; N K Katyal, 'Disruptive Technologies and the law', (2014) 102 Geo. L.J. 1685. In the European literature, see S Grundmann, P Hacker, Philipp, 'Digital Technology as a Challenge to European Contract Law - From the Existing to the Future Architecture' (2017) 13 ERCL 255; C Twigg-Flesner, 'Disruptive technology - disrupted law? How the digital revolution affects (contract) law', in A De Franceschi (ed.), *European Contract Law and the Digital Single Market. The implications of the digital revolution* (Cambridge University Press 2016), 21.

[2] PWC, *Digital Assets - an emerging trend in capital markets* (2022) in www.pwc.com, which shows that in the United States only, the market capitalisation of digital assets increased from around USD 14 billion in November 2016 to around USD 3 trillion in November 2021, with an annual growth rate of 193 %.

[3] R H. Sitkoff, 'Trusts and Estates: Implementing Freedom of Disposition', (2014) 58 St. Louis U. L.J. 652.

[4] It should be noted, however, that following the presentation in the Senate of Bill No. 1151, containing a delegation to the Government for the adoption of "*one or more legislative decrees for the revision and integration of the Civil Code, in compliance with the following guiding principles and criteria*: (...) *p) regulating the procedures for the establishment and operation of trusts and other fiduciary contracts, ensuring adequate protection of the beneficiaries*", the Association of Italian Civil Lawyers proposed a draft law aimed at regulating trusts. To date, however, no legislative decree has been adopted by the Government. On this point, see L Gatt et al., 'Trusts', in V Cuffaro, A Gentili (ed.), *Materiali per una revisione del codice civile* (Giuffré 2022), 301.

aspects are excluded.

2. The definitional and identifying legal challenges raised by digital assets.

The contribution of digital assets in trust raises several challenges, the first of which is of a defining and classifying nature: more precisely, from a legal standpoint, the issue is to understand whether such assets can be included in the category of legal goods provided for by Article 810 of the Italian Civil Code[5] and, if the answer to this question is positive, to elaborate an unequivocal identification of such assets.

From the first point of view, the greatest legal obstacle to bringing such assets within the category of legal goods under Article 810 of the Italian Civil Code is represented by the intangible nature of such assets: in fact, if on the one hand the modern theory[6] emphasises that the term "*thing*" can take on an intangible connotation and that in any case the emergence of rights over intangible assets has led to a fragmentation of the forms of ownership[7], on the other hand the traditional theory[8] recognises the qualification of legal asset only to tangible things that can be the subject of ownership and that therefore allow exclusive appropriation as well as a power to exclude third parties from its use.

In addition to these main theories, there are also intermediate ones that, although enriching the debate among interpreters, do not help to provide a clearer picture.[9]

The uncertainty of this scenario makes necessary the formulation of a general theory of goods that is capable of identifying a classification criterion by which things are included in the category of legal assets.[10]

Under the second profile, to date there is no generally accepted identification that allows the nature and structure of such assets to be understood.[11]

On the one hand, in fact, American literature - a pioneer in the field - does

---

[5] These doubts are reinforced by the ambiguity of the Article 810 of the Italian Civil Code. In this regard, see O T Scozzafava, 'I beni', in P Perlingieri (ed.), *Trattato di Diritto Civile del Consiglio Nazionale del Notariato* (ESI 2007), 13; V Zeno-Zencovich, *Cosa*' (1980) *Dig. disc. priv.*, 438; M Barcellona, '*Attribuzione normativa e mercato nella teoria dei beni giuridici* (1987) *Quadrimestre*, 615; A Jannarelli, 'La disciplina dei beni tra proprietà e impresa nel codice del 1942', in AA. VV. (ed.), *Letture di diritto privato* (Cacucci 1994), 97.

[6] B Biondi, '*Cosa (diritto civile)*', (1968) *Noviss. Dig. It.,* 1009.

[7] M Ziccardi, *Beni digitali e pianificazione ereditaria*, (2022 ESI) 48; L Gatt, 'Dei beni in generale. Commento agli artt. 810-812 c.c. ', in L Gatt, S Troiano (ed.) *Commentario del Codice Civile* (2014 Dike Giuridica Editrice), 5; B Biondi, 'I beni', in F Vassalli (ed.), *Trattato di Diritto Civile Italiano*, (1953 Utet), 15; C M Bianca, *Diritto civile. La proprietà* (2017 Giuffrè), 33; A Mollo, *Eredità digitale e piattaforme online*, (2021 Editoriale Scientifica) 22.

[8] M Are, 'Beni immateriali', (1959) Enc. giur. 247; S Pugliatti, 'Cosa (teoria generale)' (1962) Enc. dir., 27 ss.; O T Scozzafava, *I beni e le forme giuridiche di appartenenza*, (1982 Giuffrè) 84.

[9] For a review of the various legal doctrinal theses on the legal good, recently see M Giuliano, '*Le risorse digitali nel paradigma dell'art. 810 cod. civ. ai tempi della blockchain. Parte prima*' (2021) NGCC, 1215.

[10] Or at least the formulation of an appropriate legislative regulation. In this regard, recently see the speech at the Annual Roundtable organized by Accademia del Trust di San Marino of L Gatt, '*Il trustee e la segregazione dei digital asset*' (2021) available at www.accademiadeltrust.sm.

[11] L Gatt, I A Caggiano, 'Trust e digital asset', in G Cassano, F Di Ciommo (ed.), *Gli atti digitali di "Gli Stati Generali del Diritto di Internet", Luiss 16, 17, 18 dicembre 2021*, (2021), available at www.dirittodiinternet.it; L Gatt, speech ad the conference Trust, Prospettive di diritto comparato (2022).

not provide a univocal identification of digital assets, since according to some interpreters it would be necessary to subdivide them into online digital assets and offline digital assets,[12] while according to others, the subdivision should be made by distinguishing Personal Assets, Social Medial Assets, Financial Assets, and Business Accounts.[13]

On the other hand, even the Italian doctrine that has dealt with this issue has not been able to elaborate a univocal identification of these assets, since some interpreters[14] have limited themselves to transposing into domestic law, with some slight differences, the American division between online digital assets and offline digital assets, while others[15] - noting that this distinction does not in any case change the heterogeneous nature of the possible patrimonial or non-patrimonial content of these assets - have proposed to distinguish them according to their inherent patrimonial or non-patrimonial value.

Although this latter recognition is accepted by the most part of scholars, it is unable to describe the phenomenon in its entirety and complexity, because in the digital context, patrimoniality is a notion that is not entirely clear and defined, since very often there is a hybridisation of the patrimonial into the personal and conversely.[16]

In such a context, therefore, a precise identification and classification of such assets seems necessary, since without this, there would be significant negative consequences on the validity of the trust deed, on the management of the various operations for the transfer of the ownership of such assets, as well as on the rights and protections available to the beneficiary in the event that the latter is allegedly damaged.

3. The new configuration of the ownership transfer rules applicable to tangible assets.

A second challenge to be addressed concerns the ways in which the rules of transfer of legal ownership that apply to tangible assets can be adapted to the *inter vivos* or *mortis causa* transfers of digital assets that may occur within the trust.[17]

---

[12] N J Dosch, J W Boucher, 'E-Legacy: Who Inherits Your Digital Assets?' (2010) 83(12) Wis. Law. available at www.wisbar.org.

[13] N Cahn, 'Postmortem Life On-Line', (2011) 25 Prob. & Prop., 36; see also, S Haworth, 'Laying Your Online Self to Reset: Evaluating the Uniform Fiduciary Access to Digital Assets Act' (2014) 68 Miami L. Rev., 537, who divided digital assets in four categories, such as access information, tangible digital assets, intangible digital assets, and metadata.

[14] M Cinque, 'La successione nel patrimonio digitale. Prime considerazioni' (2012) NGCC, 646; C Camardi, 'L'eredità digitale. Tra reale e virtuale', (2018) (34)1 Dir. inform., 73; G Marino, 'La «successione digitale»' (2018) 1 ODCC, 169.

[15] L Gatt, 'Il Trust nel mondo digitale Trust di dati e data trust', in R Bocchini (ed.), *Manuale di diritto privato dell'informatica* (2023 ESI), 237; A Mollo, *Eredità digitale e piattaforme online,* (2021 Editoriale Scientifica), 25; F Mastrobernardino, *Il patrimonio digitale* (2019 ESI), 119.

[16] L Gatt, 'Il Trust nel mondo digitale Trust di dati e data trust', in R Bocchini (ed.), *Manuale di diritto privato dell'informatica* (2023 ESI), 237, 238; L Gatt, I A Caggiano, 'Trust e digital asset', in G Cassano, F Di Ciommo (ed.), *Gli atti digitali di "Gli Stati Generali del Diritto di Internet", Luiss 16, 17, 18 dicembre 2021*, (2021), available at www.dirittodiinternet.it; G Marino, '*La «successione digitale»*' (2018) 1 ODCC, 180.

[17] L Gatt, 'Il Trust nel mondo digitale Trust di dati e data trust', in R Bocchini (ed.), *Manuale di diritto privato dell'informatica* (2023 ESI), 240, according to which *inter vivos* transfers may be from settlor to trustee, from trustee to third party; from trustee to another trustee and from trustee to beneficiaries, while mortis causa

To concretise this challenge, consider the digital assets potentially capable of being conferred in trust: cryptocurrencies, Non-Fungible Tokens (NFTs), domain names and websites, multimedia data and data packages.[18]

The contribution of cryptocurrencies[19] requires firstly the determination of the modalities by which the actual owner of the cryptocurrencies can be identified, and therefore the modalities by which a relationship between the cryptocurrencies and the settlor at the time of contribution, the trustee in the subsequent management phase, as well as the beneficiaries in the allocation or distribution phase can be determined: since the transfer of these assets is performed by means of the blockchain, that is, through a cryptographic protocol with asymmetric keys without the intervention of any intermediary, there is no direct relationship between the user and the object of the transaction.

It is also necessary to understand the way in which the user can prove his ownership of these assets,[20] as well as to identify the publicity formalities to be followed in order to make the asset segregation guaranteed by the trust enforceable against third parties.[21]

Secondly, there is also a need for clarity on the material object of the contribution in trust (does the contribution of the private key entail the transfer of ownership on the cryptocurrency?) as well as on the existence of different transfer modalities between the subjects involved according to the method of storage of the private key (do these modalities differ if the private key is stored in a hot wallet rather than in a cold wallet?).

Further questions concern the trustee[22] and the protector:[23] the issue is to understand how to configure the obligations of these subjects and, consequently, their responsibility, in the face of assets which, due to their ontological characteristics, are volatile and characterised by an unweighted risk-return ratio.

---

transfers may be from settlor to trustee, from trustee to other trustee and from trustee to beneficiaries. In this regard, see also L Gatt, I A Caggiano, 'Trust e digital asset', in G Cassano, F Di Ciommo (ed.), *Gli atti digitali di "Gli Stati Generali del Diritto di Internet", Luiss 16, 17, 18 dicembre 2021* (2021), available at www.dirittodiinternet.it and the speech at the Annual Roundtable organized by Accademia del Trust di San Marino of L Gatt, 'Il trustee e la segregazione dei digital asset' (2021) available at www.accademiadeltrust.sm.

[18] L Gatt, 'Il Trust nel mondo digitale Trust di dati e data trust', in R Bocchini (ed.), *Manuale di diritto privato dell'informatica* (2023 ESI), 237, 238; L Gatt, I A Caggiano, 'Trust e digital asset', in G Cassano, F Di Ciommo (ed.), *Gli atti digitali di "Gli Stati Generali del Diritto di Internet", Luiss 16, 17, 18 dicembre 2021*, (2021), available at www.dirittodiinternet.it and the speech at the Annual Roundtable organized by Accademia del Trust di San Marino of L Gatt, '*Il trustee e la segregazione dei digital asset*' (2021) available at www.accademiadeltrust.sm.

[19] L Gatt, 'Il Trust nel mondo digitale Trust di dati e data trust', in R Bocchini (ed.), *Manuale di diritto privato dell'informatica* (2023 ESI), 237, according to which "*cryptocurrencies, to be understood as 'virtual currencies', detached from national or supranational monetary systems, not based on gold reserves as currency collateral, transferable via blockchain architecture directly between 'contracting parties' and without any intermediary operating*".

[20] This question, however, appears to have to be articulated differently depending on whether the cryptographic key is stored in an electronic wallet; in this regard, see U Malvagna, F Sartori, 'Cryptocurrencies as "Fungible Digital Assets" Within the Italian Legal System: Regulatory and Private Law Issues' (2022) The Italian Law Journal, 489.

[21] C Cinetto, S Tramontano, 'Trust interno di criptovalute: un approccio critico - I parte' (2022) Trust, Impresa, Famiglia, 7.

[22] C Cinetto, S Tramontano, 'Trust interno di criptovalute: un approccio critico - II parte' (2023) Trust, Impresa, Famiglia, 37.

[23] A Busani, *Il trust* (Giuffrè 2020), 562.

No less problems arise from the contribution and subsequent management in trust of NFTs, which are infungible, unique and unrepeatable tokens consisting of a set of cryptographic data on a blockchain containing a unique certificate.[24]

Also in this case, the question is how to configure the ownership relationship between user and token and whether and to what extent this relationship covers the underlying token: in other words, whether possession of this one makes the holder also the owner of the asset represented by the virtual token.[25]

The analysis of the latter issue would enable to address the subsequent question of whether the transfer of the token also implies the transfer of the legal positions, that it represents.[26]

In addition to these questions, further queries are related to the relationship between property rights on the NFTs and clauses imposing limits on their circulation (in this case, reference is made to limitations deriving from the rights of the author of the work[27] or those of a mandatory nature deriving from the contractual terms under which the NFT was issued or acquired[28]).

Similarly, domain names and websites are also not exempt from questions: the contribution and subsequent management of such assets in fact require the coordination of the rules governing the institution and functioning of the trust with those relating to the protection of intellectual property rights, which characterise such assets.[29]

Such coordination must also be ensured in the case of the contribution to the trust of multimedia data, of which the settlor is the owner; however, in the event that the latter does not have the ownership of such data, like as when the contribution relates to content downloaded from the network, over which the user has a mere right of use, it will be necessary to coordinate the rules governing the functioning of the trust, which presuppose the ownership of the assets conferred by the settlor with the rules governing such services, which, on the contrary, guarantee the user a mere right of use of such data.[30]

---

[24] G Vulpiani, 'Blockchain, smart contract e non fungible token: tutele e responsabilità' (2023) *Actualidad Juridica Iberoamericana*, 1328.

[25] In an affirmative direction, see R Morone, 'Smart Properties', in R Battaglini, M Giordano (ed.), *Blockchain e Smart Contracts* (2019 Giuffrè), 449.

[26] A Guaccero, G Sandrelli, 'Non Fungible Tokens (NFTs)' (2022) Banca borsa tit. cred., 840.

[27] G Vulpiani, 'Nfts e crypto fashion: profili giuridici' (2022) Rassegna di diritto della moda e delle arti, 62; A Guaccero, G Sandrelli, '*Non Fungible Tokens (NFTs)* ' (2022) Banca borsa tit. cred., 847.

[28] Speech at the Annual Roundtable organized by Accademia del Trust di San Marino of L Gatt, *Il trustee e la segregazione dei digital asset* (2021) available at www.accademiadeltrust.sm.

[29] Domain names qualify as distinctive signs within the meaning of Article 22 of the Industrial Property Code and are therefore susceptible of being the subject of intellectual property rights. In this regard, see *ex multis* A Palazzolo, 'Alcuni spunti in tema di regolamentazione dei nomi di dominio: la pignorabilità, il potere di disposizione del titolare registrante e la disciplina pubblicistica' (2002) NGCC, 43; R Moro Visconti, 'La valutazione dei nomi a dominio su Internet' (2015) *Dir. ind.*, 35. Websites, where characterised by creativity, also qualify as intellectual property and are therefore subject to intellectual property rights. In this last regard, see *inter alia* S Stabile, 'Le attività di comunicazione nei siti web' (2000) Dir. Ind., 85; G Bonelli, 'Il sito web quale opera dell'ingegno' (2002) Dir. Inf., 199.

[30] In most cases, the licence of use, being of a strictly personal nature, expires upon the death of the licensee. According to some interpreters, this extinction would entail the intransferability *mortis causa* of the downloaded materials (in this regard, see L Di Lorenzo, 'Legato di password' (2014) Not., 150); on the contrary, according to others, this intransmissibility would only concern voluntary acts of disposition by the user, which would therefore not be permitted, whereas it would not concern the transmission mortis causa of the materials already downloaded, which would therefore not be impeded (see U Bechini, 'Identità ed

Lastly, the contribution of data packages, namely, large collections of big data as well as databases of personal data, also requires that the rules relating to such contribution be coordinated with the rules set forth in the General Data Protection Regulation (GDPR).

More specifically, the deed of transfer, the deed of assignment, as well as any deeds of transfer between the trustee and third parties, must be subject to the same rules and conditions of lawfulness as those set forth for transfers of data with non-segregate effect, within which the role of consent [31] and of the informational self-determination[32] of the data subjects remains central.

In addition to this issue, moreover, the analysis will have to address the numerous problems that *mortis causa* transfers of such data entail, mainly connected with the presence of contractual clauses drafted by Internet Service Providers governing the outcome of all the data uploaded on the network, in the presence or absence of specific provisions of the deceased.[33]

The questions outlined in this paragraph therefore confirm the need to review and reconfigure the ownership transfer rules traditionally applied to tangible assets.

4. The new skills needed by the trustee for the management of digital assets.

The impact of the nature of the digital assets on the standard ownership transfer rules of the assets also affects the subject who has the duty to preserve and manage such assets within the trust and, consequently, the subject who is entrusted with powers of control over the management.[34]

Therefore, a further challenge concerns the new competences that the trustee and, as a consequence, the protector (if elected in the trust deed or subsequently by separate deed [35]) must acquire: they must be capable of

---

eredità digitale' in O Pollicino, V Lubello, M. Bassini (ed.), *Identità ed eredità digitali. Stato dell'arte e possibili soluzioni al servizio del cittadino* (Aracne 2016) 43).

[31] It is not disputed that consent to the processing of personal data is a prerequisite for the use of digital services or goods. On this point, see V Carbone, 'Il consenso, anzi i consensi nel trattamento informatico dei dati personali' (1988) Danno e resp., 23; S Patti, 'Il consenso dell'interessato al trattamento dei dati personali' (1999) Riv. dir. civ., 455; P Manes, *Il consenso al trattamento dei dati personali* (Cedam 2001).

[32] L Gatt, I A Caggiano, 'Trust e digital asset', in G Cassano, F Di Ciommo (ed.), *Gli atti digitali di "Gli Stati Generali del Diritto di Internet", Luiss 16, 17, 18 dicembre 2021*, (2021), available at www.dirittodiinternet.it.

[33] On this point, alongside the more radical solution of proceeding to the automatic destruction of all the user's data following his death, with the guarantee of full protection of the right to confidentiality, there are alternatives that make it possible to reconcile the need to protect personal information with the equally important interest in the transmission of digital assets to successors or possible third parties. On this point, see U Bechini, '*Password, credenziali e successione mortis causa, Studio n. 6-2007/IG approvato dalla Commissione Studi di Informatica Giuridica del Consiglio Nazionale* del *Notariato l'11 maggio 2007*' (2007) available at www.notariato.it; G Corapi, 'Successione. La trasmissione ereditaria delle "nuove proprietà"' (2011) *Fam. pers. succ.*, 379; S Deplano, 'La successione a causa di morte nel patrimonio digitale', in C Perlingieri, L Ruggeri (ed.), *Internet e diritto civile* (ESI 2015) 427 ff.

[34] Even if there are governing laws that allow the trustee to delegate the execution of its obligations as well as the exercise of its powers, such delegation does not exempt the trustee from liability if the so-called sub-trustee fails to perform its obligations. More precisely, if no such possibility is provided for in the trust deed, the trustee is personally liable for any failure of the sub-trustee to perform its obligations; if, on the contrary, there is such a provision, the trustee should nevertheless be liable for fault on the part of the sub-trustee.

[35] In general, the protector is not a mandatory person within the trust deed; however, under special circumstances, the governing laws provide for its appointment.

managing intangible assets, which are totally different from those that could be conferred in trust until now.[36]

In such a scenario, the trustee[37] will have to acquire technical and IT skills that will enable him, on the one hand, to correctly identify the digital assets and, on the other hand, to correctly understand their structural characteristics; moreover, further to these general skills, he is also required to acquire cybersecurity skills.[38]

In the absence of such skills, firstly, it is difficult to understand how the trustee can fulfil his obligation to protect the assets.[39]

In fact, in addition to the exercise of actions for the protection of ownership and possession, this obligation implies, on the one hand, the knowledge and, where necessary, the use of appropriate measures to protect the entire IT system from the risk of cyber-attacks, which may affect the trust property as well as the trust infrastructures themselves, which convey its transfer, analysis and preservation.

On the other hand, the aforesaid obligation also implies that the trustee must be able to manage such assets, making the most appropriate choices for the preservation and, where provided for, the increase of the assets in trust, so that it is not clear how such obligations could be fulfilled if the trustee himself has not understood the structural characteristics of such assets as well as the way in which they are to be transferred.[40]

Similarly, without the above-mentioned competences, it is also difficult to understand how the trustee could fulfil his reporting obligations: in fact, both the drafting of the management report or, alternatively, the drawing up of the

---

[36] L Gatt, I A Caggiano, 'Trust e digital asset', in G Cassano, F Di Ciommo (ed.), *Gli atti digitali di "Gli Stati Generali del Diritto di Internet", Luiss 16, 17, 18 dicembre 2021*, (2021), available at www.dirittodiinternet.it; speech at the Annual Roundtable organized by Accademia del Trust di San Marino of L Gatt, '*Il trustee e la segregazione dei digital asset*' (2021) available at www.accademiadeltrust.sm; L Gatt, 'Il Trust nel mondo digitale Trust di dati e data trust', in R Bocchini (ed.), *Manuale di diritto privato dell'informatica* (2023 ESI), 240, 241.

[37] The competences of the protector may be deduced *per relationem* from those of the trustee.

[38] L Gatt, 'Il Trust nel mondo digitale Trust di dati e data trust', in R Bocchini (ed.), *Manuale di diritto privato dell'informatica* (2023 ESI), 241; C Cinetto, S Tramontano, '*Trust interno di criptovalute: un approccio critico - II parte*' (2023) Trust, Impresa, Famiglia, 37.

[39] With reference to the duties of trustee, see S Bartoli, *Il trust* (Giuffré 2001) 215; I Valas, 'Il trustee: funzioni, obblighi e poteri', in M Monegat, G Lepore, I Valas (ed.), *Trust. Aspetti sostanziali e applicazioni nel diritto di famiglia e delle persone* (Giappichelli 2010) 215; M Graziadei, *Diritti nell'interesse altrui. Undisclosed agency e trust nell'esperienza giuridica inglese* (Università degli Studi di Trento 1995) 343. At the regulatory level, see, by way of example, Art. 21(3) of Jersey Trust Law, available at www.jerseylaw.je, which provides inter alia that "*Subject to the terms of the trust, a trustee shall - (a) so far as is reasonable preserve the value of trust property*"; a similar provision is also contained in Law 1st March 2010 no. 42 (Law on the trust of the Republic of San Marino), available at www.cortetrust.sm, which in Article 22, paragraph 1 provides that, where the deed of trust does not provide otherwise and the nature of the property permits, "*the trustee shall manage the property with the aim of preserving* (...) *its value*".

[40] This point is well emphasised by J Tampi, 'Non-Fungible Tokens for Trustees' (2021) Private Client Business, 211, where with reference to NFT's management the Author states that: "*NFTs are not a simple asset which can be held by a trust without careful consideration. They are diverse, with different value drivers and, compared to stocks for example, NFTs are sparsely traded. Before seeking exposure to the NFT market, trustees ought to understand the blockchain technology infrastructure underlying the NFT market as well as the technology and security that the trustee must possess to hold and trade NFTs. Regulation of NFTs globally is still catching up to the rapidly developing digital market, and trustees ought to regularly obtain legal, taxation and regulatory advice to ensure that they are acting in compliance with any applicable NFT regulations as well as meeting their fiduciary duties* (…)".

inventory and its transcription in the book of events require an exact understanding of the ontological characteristics of such digital assets.

In addition to technical-computer skills, the trustee must also develop new legal skills, not limited solely to knowledge of national law, but also to knowledge of the applicable international law: indeed, the existence and operation of digital assets takes place in virtual spaces, whose boundaries with the physical reality, as well as not being clearly identified or identifiable,[41] are spread across different legal systems.[42]

Furthermore, given the novelty of the issue as well as the speed of technological change, a timely update on the constant developments of national and international legislation on crypto assets seems appropriate.

The preparation of trustees operating in the digital assets' economy must therefore be updated through multidisciplinary training strongly aimed at enhancing cross-cutting knowledge applied to the legal relationships arising from the trust.

5. Conclusions.

The above considerations make it clear that a new era of asset protection and transmission instruments, marked by the predominant presence of intangible assets, is beginning.

A new era which, other than presenting new challenges, is a good opportunity to develop a classification of digital assets that is in line with their peculiarities and with the digital context in which they are inserted.

The opportunity also appears favourable (given, moreover, the presence of a legislative proposal that is already complete) to elaborate a definitive discipline of the internal trust, which takes into consideration not only the several reflections of the interpreters on the admissibility of this instrument in the Italian legal system, but also the new needs of the individual arising from the diffusion in the economic context of virtual, non-tangible assets.

---

[41] U Malvagna, F Sartori, 'Cryptocurrencies as "Fungible Digital Assets" Within the Italian Legal System: Regulatory and Private Law Issues' (2022) The Italian Law Journal, 495 who attempt to understand when a cryptocurrency token can be considered in Italy, The same question also arises with reference to NFTs, with respect to which the criterion of localisation of the asset clashes with the difficulties due to the decentralised structure of the platforms, which, moreover, are accentuated in cases of permissionless platforms, i.e., in those platforms that do not have an intermediary or manager with whom to localise the instruments that transit through the system. On the reflections that this circumstance has on private international law, see M Lehmann, 'Who Owns Bitcoin? Private Law Facing the Blockchain' (2019) 21 Minn. J.L. Sci. & Tech. 93.

[42] L Gatt, *Dal trust al trust. Storia di una chimera* (Editoriale Scientifica 2010) 29, who had previously highlighted this problem with reference to the admissibility of the trust in italian legal system. Although the Author had expressly referred this problem to notaries and judges, it may well also be referred to the trustee. On this point, it was pointed out that it does not appear totally implausible to consider that an Italian notary who is about to draw up a deed of internal trust accepting the indication of the settlor on the choice of English or Jersey law as the governing law of the trust, should be aware not only of the English or Jersey legislative acts on the trust but also of the jurisprudential solutions adopted by the local courts, that is to say, of the remedies granted by them in the event of conflicts arising in relation to the application of a clause which, even in the abstract, may be considered compatible with Italian law because it is authorised by the foreign legislative texts chosen as well as how the application of foreign law in an Italian case poses, in fact, a further major problem in addition to that, already noted, of the judge's knowledge of foreign law. The point is also highlighted by M Lupoi, 'Profili processuali del trust' (2009) *Trusts e att. fid.*, 164.

Refusing to carry out such operations means, on the one hand, denying the existence of the object of law of the majority of legal relationships that characterise today's society and on the other hand, failing to grasp - unlike what is happening in foreign legal systems - the change in the needs of the individual as a consequence of the equally changing economic context in which the latter's life is carried out.

Sujadmiko B, Meutia IF, Zainale AG, Yulanti D, 'Technology cyber and International offshore banks: financial services for asset recovery of indonesian convicts' (2025) 1 EJPLT.
DOI: https://doi.org/10.57230/EJPLT251BSIFMAGZDY

EJPLT
ISSN 2704-8012



Technology, cyber and international offshore banks: financial services for asset recovery of indonesian convicts

Tecnologia, cyber e banche offshore internazionali: servizi finanziari per il recupero dei beni dei detenuti indonesiani

BAYU SUJADMIKO
Associate Professor of International Law
Universitas Lampung

INTAN FITRI MEUTIA
Full Professor of Public Management
Universitas Lampung

ANNA GUSTINA ZAINAL
Full Professor of Communication Development
Universitas Lampung

DEVI YULIANTI
Associate Professor of Public Administration
Universitas Lampung

Abstract

Offshore banks are characterized by their comparatively relaxed regulatory frameworks, setting them apart from the more stringent regulations governing onshore banks. This leniency renders offshore banks vulnerable to exploitation for illicit purposes, as demonstrated by prominent events such as the Panama Papers (2016), Paradise Papers (2017), and Pandora Papers (2021). While offshore banking is not inherently illegal, and legitimate reasons exist for individuals to open offshore bank accounts, concerns arise regarding the potential abuse of banking secrecy within this sphere. The strict adherence to banking secrecy can significantly hinder investigation and asset recovery efforts once illicit funds are deposited in offshore banks.

One approach to address this is the implementation of Mutual Legal Assistance Treaties (MLATs). These treaties play a crucial role in international cooperation, facilitating the exchange of evidence and assets between jurisdictions to combat financial crimes and promote global accountability. In addition, advancements in cyber forensics and digital traceability technologies have enhanced the capacity to track illicit financial flow, even in jurisdictions protected by banking secrecy. Cybersecurity tools such as blockchain analytics, artificial intelligence (AI), and machine learning (ML) can now identify money laundering patterns, fraud, and other financial crimes across complex global networks. By integrating these technologies, investigators can better collaborate internationally, making it more difficult for illicit actors.

© The author(s) 2025, 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
Le banche offshore sono caratterizzate da quadri normativi relativamente flessibili, che le distinguono dalle normative più severe che regolano le banche onshore. Questa clemenza rende le banche offshore vulnerabili allo sfruttamento per scopi illeciti, come dimostrato da eventi di spicco come i Panama Papers (2016), i Paradise Papers (2017) e i Pandora Papers (2021). Sebbene l'attività bancaria offshore non sia intrinsecamente illegale ed esistano motivi legittimi per cui gli individui aprono conti bancari offshore, sorgono preoccupazioni in merito al potenziale abuso del segreto bancario in questa sfera. La rigorosa aderenza al segreto bancario può ostacolare in modo significativo le indagini e gli sforzi di recupero dei beni una volta che i fondi illeciti vengono depositati nelle banche offshore. Un approccio per affrontare questo problema è l'implementazione dei trattati di mutua assistenza legale (MLAT). Questi trattati svolgono un ruolo cruciale nella cooperazione internazionale, facilitando lo scambio di prove e beni tra giurisdizioni per combattere i reati finanziari e promuovere la responsabilità globale. Inoltre, i progressi nella cyber forensics e nelle tecnologie di tracciabilità digitale hanno migliorato la capacità di tracciare i flussi finanziari illeciti, anche nelle giurisdizioni protette dal segreto bancario. Strumenti di sicurezza informatica come analisi blockchain, intelligenza artificiale (AI) e apprendimento automatico (ML) possono ora identificare modelli di riciclaggio di denaro, frodi e altri reati finanziari attraverso reti globali complesse. Integrando queste tecnologie, gli investigatori possono collaborare meglio a livello internazionale, rendendo più difficile per gli attori illeciti.

Keywords: technology cyber; asset recovery; bank secrecy; offshore banks

Summary: 1. Introduction. – 2. The International Standards Regarding Offshore Banking. – 3. Best Practice Offshore Banking in Several Countries. – 4. The Utilization of Cyber Technology in Tracking the Assets of Convicts in Foreign Countries. – 5. The Intersection of Bank Secrecy, National Sovereignty, and Mutual Legal Assistance. – 6. The Optimal Approach for Asset Sharing. – 7. Conclusions.

1. Introduction.

The beginnings of “offshore banking” are obscured by myths and mystique, mainly due to widespread misunderstandings regarding its true definition. “Offshore banking” is erroneously perceived as individuals residing in one legal jurisdiction holding assets within financial institutions incorporated in another jurisdiction. This misconception leads to frequent expressions that someone has their funds placed “*offshore*.” However, the reality of offshore financial transactions holds a distinct meaning. Financial entities operating in "*offshore*" jurisdictions enjoy exemptions from regulations typically imposed on "*onshore*" institutions. These exemptions entail tax-free transactions, freedom from reserve requirements, absence of interest rate constraints, and often, though not universally, relief from regulatory oversight regarding liquidity or capital

adequacy. They are '*offshore*' because they are beyond the grasp of regulations and regulators.[1]

Beyond the fact that offshore banking is not inherently illegal and there are perfectly legal reasons to open an offshore bank account, what draws law enforcement attention is, in most cases, when it is interconnected with shell companies.[2] To simplify, shell companies can significantly complicate the tracking of offshore bank accounts. According to Gabriel Zucman, an assistant professor of economics at the University of California, Berkeley, and the author of "The Hidden Wealth of Nations," in many jurisdictions, the owners of shell companies are not required to disclose their identities. This lack of disclosure makes it exceedingly challenging for tax authorities or law enforcement agencies to determine ownership. Once established, shell companies enable their owners to create bank accounts worldwide while maintaining anonymity. Zucman's estimations reveal that approximately 60 percent of funds held in Swiss bank accounts are held under the names of shell corporations. Graham Stack also stated that "…*the current public interest in the issue of shell companies understates the problem by viewing it as a question of opportunism – shell companies assist individual wrongdoers to make crime pay – instead of as a mass phenomenon comprising part of a specific banking model*".[3]

We can see examples of how offshore banks are now being used on a large scale in successive events in 2016, 2017, and 2021. The first was the Panama Papers, with about 11.5 million leaked documents published beginning April 3, 2016. This case emerged as a prominent focus in the global media, marking the largest data leak in history and surpassing well-known cases such as Watergate, WikiLeaks, Luxembourg Tax Files, HSBC Files, and Pentagon Papers. Those facts were one of the biggest acts of journalism in recent history, involving more than 370 journalists from 80 countries and covering 100 leading news media organizations. The papers revealed corruption, secrecy, and double-dealing in public life. They exposed how political leaders and corporate bosses from across the world were involved in secret offshore business deals – some of them financing war and terrorism. This revelation exposed the widespread practice of utilizing offshore bank accounts and shell companies by influential global figures to conceal personal wealth or evade tax obligations. Originating from leaked documents traced back to the law firm Mossack Fonseca in Panama, millions of confidential records unveiled the participation of international politicians, business leaders, and prominent figures in a series of questionable financial transactions. Notable individuals implicated included Vladimir V. Putin (President of Russia), the Xi Jinping family (President of China) alongside members of the Communist Party of China's Permanent Politburo Committee, King Salman (Saudi Arabia), Mauricio Macri (President of Argentina), as well as prominent figures like football player Lionel Messi, and

[1] MP Hampton, 'Creating spaces. The political economy of island offshore finance centres: the case of Jersey' (1996) Geographische Zeitschrift 103-113.
[2] J Zarroli, 'Want To Set Up A Shell Corporation To Hide Your Millions? No Problem' (2016) https://www.npr.org/2016/04/13/474101127/want-to-set-up-a-shell-corporation-to-hide-your-millions-no-problem.
[3] G Stack, 'Shell companies, Latvian-type correspondent banking, money laundering and illicit financial flows from Russia and the former Soviet Union' (2015) Journal of Money Laundering Control 18 (4) 496–512.

major institutions such as UEFA.[4] Djoko Soegiarto Tjandra (Indonesia), a well-known figure in the property sector, has been linked to entries within the "Panama Papers,"[5] purportedly indicating ownership of assets in a jurisdiction renowned for its preferential tax regulations. Notably, Djoko is currently a fugitive sought by the Attorney General's Office in Indonesia due to his involvement in a case relating to transferring debt claims at Bank Bali.[6] Overall, the Panama Papers identified 899 individuals and companies in Indonesia who had established shell companies in several tax havens, comprising 803 shareholders, ten corporations, 28 newly formed companies, and 58 related entities.[7]

After the Panama Papers case, the International Consortium of Investigative Journalists (ICIJ) released the Paradise Papers in 2017.[8] Paradise Papers is a collection of documents from 1950 to 2016 that contains records of over 120,000 individuals and companies. Around 30,000 entries are attributed to the U.S.; the rest hail from the U.K., China, and Hong Kong. This data details roughly 25,000 offshore companies used within legal frameworks to manage assets like real estate, yachts, and stock investments in jurisdictions with minimal taxation or tax-free environments. However, these documents also shed light on the association of offshore banking with illegal practices like money laundering and tax evasion.[9] Last, in recent times, particularly in 2021, the Pandora Papers[10] surfaced, uncovering a wealth of previously undisclosed information. This investigation revealed the hidden beneficiaries behind offshore entities, secretive bank accounts, opulent assets such as private jets, luxury yachts, lavish residences, and prestigious artworks by renowned creators like Picasso, Banksy, and other masters. The revelations offer extraordinary detail, surpassing the typical access available to law enforcement agencies and financially constrained governments.[11] The Pandora Papers investigation also illuminates the collaborative efforts between banks, law firms, and offshore service providers in crafting intricate corporate structures. Despite the legal mandate to exercise the "know your customers" principle and avoid transactions with individuals involved in dubious activities, the records indicate instances where providers lack knowledge about their clients. The

[4] L Stack et al., 'Panama Papers Explainer' (2016) The New York Times https://www.nytimes.com/2016/04/05/world/panama-papers-explainer.html.

[5] Indonesia Investments, 'Indonesia and the Panama Papers: Names and Numbers' (2016) https://www.indonesia-investments.com/news/todays-headlines/indonesia-and-the-panama-papers-names-and-numbers/item6674 accessed 20/01/2024.

[6] Kontan.co.id, 'Aset Djoko Tjandra dalam Panama Papers diusut' (2016) https://nasional.kontan.co.id/news/aset-djoko-tjandra-dalam-panama-papers-diusut acessed 01/09/2023.

[7] Tempo.co, "803 Indonesians Named in Panama Papers." (2016) https://en.tempo.co/read/760378/803-indonesians-named-in-panama-papers accessed 01/09/2023.

[8] BBC.com, Paradise Papers: Everything you need to know about the leak. (2017) https://www.bbc.com/news/world-41880153 accessed 20/01/2024.

[9] E Mathias, A Wardzynski, 'Leveraging Anti-money Laundering Measures to Improve Tax Compliance and Help Mobilize Domestic Revenues' (2023) https://www.elibrary.imf.org/view/journals/001/2023/083/article-A001-en.xml acessed 11/02/2024.

[10] International Consortium of Investigative Journalists, 'Pandora Papers: An offshore data tsunami' (2021) https://www.icij.org/investigations/pandora-papers/about-pandora-papers-leak-dataset/ accessed 11/02/2024.

[11] PBS, 'Paradise Papers reveal offshore accounts of world's wealthy" (2017) https://www.pbs.org/newshour/world/paradise-papers-reveal-offshore-accounts-of-worlds-wealthy accessed 11/02/2024.

investigation also outlines how U.S. trust providers have capitalized on certain states' legislation promoting secrecy. These laws have facilitated the concealment of wealth for affluent international clients, aiding them in evading taxes within their home countries, based on the Pandora Papers in 2021.[12] These three leaked papers indicate how wealthy people relatively often use offshore banks.

Indonesia Corruption Watch provides its opinion on this matter, stating that from the Panama Papers to the Pandora Papers, there is a crucial need for increased transparency regarding company ownership and beneficial ownership (BO) or actual owners for the public. They emphasize that such transparency is essential for enabling public accountability, ensuring corporate actions are attributed to the responsible parties, and aiding law enforcement in pursuing appropriate action against those most culpable. Given the recurrence of scandals involving shell company ownership in tax haven jurisdictions, implicating both public officials and Indonesian business figures, the government must undertake substantial measures to address regulatory gaps and rectify deficiencies in law enforcement. The strategies should address loopholes exploited for the evasion, concealment, and accumulation of personal assets through complex transnational schemes. Failure to adequately respond to this issue reflects the dominance of Indonesian politicians and business figures over public interests and democratic principles.[13]

Katherine Alfonso and Gary Kalman provide their perspective on the scandal. They argue that when major cases like the Panama Papers or FinCEN Files are revealed, they are often perceived as stories about the wealthy exploiting loopholes in the system, appearing unfair and detached from the everyday lives of ordinary people. The hidden nature of this wealth is often passively accepted by society, increasing skepticism toward the modern financial system. However, Alfonso and Kalman contend that this has significant consequences, affecting both Americans and citizens of developing countries. They emphasize the crucial role of the media in uncovering the hidden implications of offshore financial activities. They advocate for a shift in journalistic focus from explaining complex financial maneuvers to understanding the real human consequences of diverted funds and undisclosed wealth held in offshore accounts. Alfonso and Kalman highlight the importance of investigating how offshore investments, particularly in bustling real estate markets like Miami or New York, impact property prices and lead to the displacement of middle-income families, or how offshore-owned properties are left vacant, disrupting local businesses and communities. They also assert that offshore finance negatively impacts various social aspects beyond the visible impacts on housing availability and local entrepreneurship. While developing countries often bear the brunt of these impacts, their implications are felt globally, underscoring the need for collaborative efforts from all nations to address this issue.[14]

---

[12] The Pandora Papers are 11.9 million leaked documents with 2.9 terabytes of data that the International Consortium of Investigative Journalists (ICIJ) published beginning on 3 October 2021.
[13] The full version of Indonesian Corruption Watch article please see this: https://www.antikorupsi.org/id/article/pandora-papers-kegagapan-negara-atas-kejahatan-lintas-negara
[14] K Alfonso, G Kalman, 'Offshore Finance Hurts Us—All of Us', (2022) https://gfintegrity.org/offshore-finance-hurts-us-all-of-us/ accessed on 01/02/2024.

The safeguarding of financial privacy, with roots tracing back to ancient Rome, emerges as a longstanding and extensively discussed legal principle. Over twenty percent of nations incorporate varying degrees of banking secrecy, maintaining accounts as confidential, shielding them from foreign scrutiny, and sometimes even domestic investigations.[15] Disputes regarding the legitimacy of banking secrecy and the resulting conflicts of interest are practically unavoidable.[16] Financial privacy - which embraces bank secrecy - is an inseparable part of the concept of privacy (where the individual right to privacy is a fundamental concept of democracies).[17] Financial privacy is paramount in the United States, surpassing many other domains. The legitimate concern arises from the fact that an analysis of an individual's bank account can unveil significant personal information. To illustrate this point, Robert S. Pasley cited a commentator:

"*Financial information has become such an important concern because an individual's banking transactions directly reflect that individual's lifestyle, personal interests, and political beliefs. With access to an individual's financial records, interested parties can easily determine the groups and associations to which the individual belongs (e.g., through membership dues or contributions) and the social causes the individual supports (e.g., through contributions). With access to banking records, interested parties can identify the books and publications an individual buys (e.g., through subscription payments or receipts) and the material items an individual purchases (e.g., through receipts or credit charges). Prying eyes with access to bank records can even identify the political party and causes supported by the individual (e.g., through contributions to an election campaign or a lobbying group). Financial records further allow interested observers to recreate a financial "snapshot" of the individual. Stocks and bonds, insurance, real estate, retirement funds, cars, homes, personal property, loans, mortgages, alimony, and child support are all discoverable from financial records. Credit card records can trace individuals in their every physical movement to different countries, states, cities, restaurants, stores, airline travel, and hotels.".* [18]

Banking secrecy can be understood from multiple perspectives, each offering a distinct interpretation of the principles underpinning client information confidentiality within the financial sector. One perspective suggests that banking secrecy is fundamentally 'contractual in nature,' emphasizing that it arises from the contractual obligations between a financial institution and its customer. In this view, the relationship between the bank and the client is governed by the principle of good faith, whereby the financial institution, as one of the parties to the contract, must protect the privacy of the customer's financial information.[19] This duty compels the institution to avoid unauthorized disclosure of the client's personal and financial data to

[15] AA Lytvynenko, 'Data Privacy and Banking Secrecy: Topical Issues in Commonwealth, Continental Europe and International Jurisprudence' (2019) 5 Athens Journal of Law 303.
[16] Basel Institute on Governance. Basel AML Index 2023: A Risk Ranking of Money Laundering and Terrorist Financing Around the World. Basel Institute on Governance, (2023)
[17] B Zagaris, 'The Emergence of an International Enforcement Regime on Transnational Corruption in the Americas' Law and Policy in International Business (1999) 30 53-108.
[18] RS Pasley, 'Privacy rights v. anti-money laundering enforcement' (2002) 6 North Carolina Banking Inst. 147.
[19] J Martínez Calvo, 'I dati personali come corrispettivo contrattuale: appunti di diritto europeo' (2024) EJPLT, Special Issue, 1-15. https://universitypress.unisob.na.it/ojs/index.php/ejplt/article/view/2052/1584.

third parties, ensuring that trust remains intact within the banking relationship.[20]

Conversely, another viewpoint conceptualizes banking secrecy as 'professional secrecy,' aligning it closely with the legal privileges typically observed in other professional relationships, such as those between lawyers and their clients or doctors and their patients. Advocates of this perspective argue that the confidentiality of information shared within these relationships serves as a fundamental source of public interest by fostering an environment of trust and openness. For example, just as clients must feel secure when disclosing sensitive information to their lawyers—knowing it will not be exposed or used against them in any legal proceedings—or as patients must feel assured that their medical records will remain confidential to receive proper diagnosis and treatment, customers of financial institutions are entitled to a similar assurance of privacy.

Supporters of this analogy further assert that banking secrecy laws are justified on similar grounds to those that uphold confidentiality in legal and medical professions. They argue that clients must be able to share information freely and without fear of exposure to enable financial institutions to provide optimal services, whether that involves investment advice, loan arrangements, or any other financial transactions. The absence of confidentiality could undermine the trust necessary for effective legal representation or medical care. Hence, a breach of banking secrecy erodes confidence in the financial system, potentially deterring clients from fully engaging with their banks. Thus, these perspectives collectively highlight the essential role of confidentiality in maintaining the integrity and functionality of various professional relationships, including those within the financial sector.[21]

Secrecy obligations are often accompanied by legal sanctions, a phenomenon explored in the context of capital protection and financial stability. Emmenegger highlights that Swiss banking secrecy is reinforced by criminal penalties to sustain trust in financial institutions amid globalization and economic crises.[22] Consequently, Germany implemented foreign exchange controls on August 1, 1931. Shortly after that, numerous German operatives were apprehended while attempting to extract information from Swiss bank personnel. The situation escalated markedly following Hitler's rise to power in 1933, leading to the enactment of a German law aimed at confiscating Jewish assets. Compelled by this law, German citizens were coerced into signing waivers granting German authorities permission to gather information from Swiss banks. In a rapid response, the Swiss National Bank prohibited the disclosure of information. However, foreign agents remained undeterred, as no legal provision rendered such activities punishable. Consequently, the criminalization of bank secrecy was hastily enacted at the eleventh hour.

Regardless of the rationale or the specific implementation of banking secrecy measures, it is crucial to recognize that their purpose should not be to

[20] JA Blum et al. 'Financial Havens, Banking Secrecy and Money Laundering' (1998) 4 Trends in Organized Crime 68.
[21] H Ping, 'Banking Secrecy and Money Laundering' (2004) 7(4) Journal of Money Laundering Control. 376-382.
[22] P Emmenegger, 'The politics of Financial Intransparency: The case of Swiss banking Secrecy' (2014) 20(1) Swiss Political Science Review 146-164.

shield illicit interests but to uphold legal benefits. Nonetheless, it is undeniable that banking secrecy can have adverse effects. For instance, the introduction of banking secrecy legislation in Switzerland was initially intended to safeguard the legal assets of Jewish individuals. However, this measure hindered the ability of descendants of Holocaust victims to identify and reclaim funds deposited in Swiss banks, potentially amounting to millions or even billions of dollars. What was once a shield protecting assets from the Nazis has now become a barrier for their rightful heirs. It is widely acknowledged that banking secrecy is a primary tool for money launderers. Countries such as Switzerland, Luxembourg, Panama, Hong Kong, the Grand Cayman Islands, the Netherlands Antilles, and the Bahamas are commonly labeled as notorious "bank secrecy havens," amplifying the severity and prevalence of money laundering crimes in these jurisdictions.[23]

In the journal titled "Mutual Legal Assistance Treaties as a Way to Pierce Bank Secrecy," James I.K. Knapp, who serves as the Deputy Assistant Attorney General in the Tax Division of the U.S. Department of Justice, presents a compelling argument for the necessity of establishing specific legal frameworks to overcome the significant barriers posed by bank secrecy laws when attempting to obtain critical evidence for criminal investigations. Knapp emphasizes that traditional evidence-gathering methods, which often prove inadequate or ineffective due to the stringent confidentiality requirements upheld by many banking jurisdictions, can be circumvented only through the negotiation and implementation of carefully crafted Mutual Legal Assistance Treaties (MLATs).

The complexity and challenges of cross-border investigations necessitate that treaties explicitly incorporate several key provisions. Galli emphasizes that such treaties must unequivocally permit the use of foreign government procedures to gather evidence at all stages of the investigative and prosecutorial processes, including preliminary inquiries, grand jury proceedings, and trials. This measure is crucial to ensure that evidence obtained through international cooperation is admissible within domestic legal frameworks without procedural impediments, thereby enhancing the efficiency and legitimacy of judicial proceedings.[24]

Furthermore, Nessi underscores the importance of authorizing the use of foreign procedures to obtain evidence for a wider range of offenses, particularly those not universally recognized across legal systems. This approach enables the inclusion of emerging or specialized forms of criminal activity, such as cybercrime and transnational corruption, ensuring that variances in legal definitions or categorizations of crimes do not obstruct international cooperation. Such flexibility is indispensable for aligning the objectives of different jurisdictions and facilitating seamless collaboration.[25]

---

[23] E Eberhartinger, R Speitmann, C Sureth-Sloane 'Banks' Tax Disclosure, Financial Secrecy, and Tax Haven Heterogeneity' (2021) WU International Taxation Research Paper Series. (2020-01).
[24] F Galli, 'Law Enforcement Access to Electronic Data in the Framework of Cross-Border Criminal Investigations: State of the Art and Fundamental Rights' (2023) Judicial Cooperation in Criminal Matters.
[25] G Nessi, 'International Cooperation to Tackle Transnational Corruption: Issues and Trends in Mutual Legal Assistance, Extradition and Asset Recovery' (2015) Bocconi University Working Papers.

In addition, treaties must incorporate mechanisms for waiving foreign bank secrecy laws under specific, legally defined circumstances.[26] Galli notes that this is particularly critical when bank secrecy is invoked to shield individuals or entities implicated in criminal activities, such as corruption, terrorism financing, or organized crime. By establishing clear, binding conditions under which bank secrecy can be overridden, these provisions ensure that vital financial information becomes accessible, thereby supporting robust case-building against offenders and reducing the potential for abuse of secrecy protections.

Finally, Nessi highlights the necessity for an expedited procedural framework within such treaties to ensure that evidence is not only accessible but also obtained in a legally admissible format in the requesting jurisdiction. Delays in accessing evidence can significantly undermine the effectiveness of cross-border investigations and prosecutions. An expedited mechanism enhances the timeliness and relevance of evidence, ensuring that international cooperation remains effective in addressing transnational crime. In conclusion, Knapp's analysis underscores the importance of establishing comprehensive and well-defined MLATs that guide the use of foreign government procedures, the scope of crimes covered, the conditions for waiving bank secrecy, and the mechanisms for rapidly obtaining admissible evidence. These treaties represent the most viable solution for overcoming the legal and procedural obstacles posed by bank secrecy laws, ultimately enhancing the ability of law enforcement agencies to combat complex, cross-border criminal activities effectively.[27]

2. The International Standards Regarding Offshore Banking.

The focus on cross-border and offshore banking has been a central priority for the Basel Committee on Banking Supervision since the mid-1970s, reflecting the growing complexity and globalization of financial markets. Over the years, the Committee has actively promoted closer and more effective cooperation between 'home' supervisors (those based in the jurisdiction where a banking institution is headquartered) and 'host' supervisors (those based in the jurisdictions where the institution operates branches or subsidiaries). This emphasis on international collaboration was evident in the formulation of the 'Basel Concordat' of 1975, a landmark document that outlined the division of responsibilities between home and host country authorities regarding the supervision of cross-border banking activities. Recognizing the evolving dynamics of global finance and the increasing interconnectedness of financial institutions, the Basel Concordat was subsequently revised in 1983 to reflect the growing necessity for the consolidated supervision of international banking groups, ensuring that all activities of a banking group, regardless of location, are comprehensively monitored and assessed.[28]

[26] JH Schottenstein, 'Is Bank Secrecy Still Bankable: A Critical Review of Bank Secrecy Law, Tax Evasion and UBS' (2015) 5 Entrepreneurial Business Law Journal 351.
[27] JIK Knapp, 'Mutual Legal Assistance Treaties as a Way to Pierce Bank Secrecy' (1988) 20 Case W. res. J. Int'l l. 405.
[28] H Sato, 'The UK's Initiative on International Banking Supervision in the 1980s: Basel Process and International Cooperation on Prudential Policies' (2019) Kanazawa University.

The significance of these supervisory frameworks was further underscored by the collapse of the Bank of Credit and Commerce International (BCCI) in 1991, a major international bank that operated across numerous jurisdictions and was embroiled in extensive fraud and misconduct.[29] The BCCI collapse exposed significant weaknesses in the existing supervisory arrangements and highlighted the critical need for stronger, more cohesive international cooperation. In response to this crisis, the Basel Committee swiftly developed and published the Minimum Standards for the Supervision of International Banking Groups and their Cross-Border Establishments in 1992. Studies suggest that international banking supervisory initiatives, including the Basel framework, have significantly contributed to enhancing the stability of the global financial system by improving cross-border supervision. Moreover, challenges in European cross-border banking supervision have underscored the need for more effective resolution mechanisms to minimize hidden information risks between banks and regulators.[30]

Building on these initiatives, in 1996, the Basel Committee established a Working Group on Cross-Border Banking, which included members from both the Basel Committee itself and the Offshore Group of Banking Supervisors (a body representing the supervisors of offshore financial centers). This Working Group was tasked with addressing the practical challenges encountered during the implementation of the 1992 Minimum Standards. The group's efforts culminated in the publication of the 1996 Report, which contained 29 detailed recommendations aimed at enhancing the effectiveness of cross-border banking supervision. These recommendations covered a wide range of issues, including the need for greater clarity in defining supervisory responsibilities, improved mechanisms for information sharing between home and host supervisors, and the establishment of frameworks for coordinated supervisory actions in response to emerging risks.

While none of these initiatives were specifically directed at Offshore Financial Centers (OFCs), the issues surrounding the clear delineation of supervisory responsibilities and the development of effective collaboration mechanisms between home and host supervisors were particularly relevant to the unique challenges faced by OFC supervisors. The inherent complexity of offshore banking, characterized by its cross-jurisdictional nature, heightened the need for robust supervisory cooperation to prevent regulatory arbitrage, financial misconduct, and other risks that could undermine global financial stability.[31]

In addition to these efforts, the Basel Committee continued to advance its supervisory agenda by issuing the Core Principles for Effective Banking Supervision in 1997. These principles established a comprehensive framework designed to guide both domestic and international supervisory authorities in achieving sound and effective banking supervision practices. The Core Principles covered a wide array of supervisory areas, including requirements

[29] International Consortium of Investigative Journalists, 'Offshore havens and hidden riches of world leaders and billionaires exposed in unprecedented leak' (2021) https://www.icij.org/investigations/pandora-papers/global-investigation-tax-havens-offshore/ accessed 01/02/2023.

[30] D Singh, 'European Cross-Border Banking and Banking Supervision' (2020) Yale University - EliScholar.

[31] A Rosdol, 'Are OFCs Leading the Fight Against Money Laundering?" (2007) 10 (3) Journal of Money Laundering Control. 337–351.

for licensing, capital adequacy, risk management, corporate governance, and information disclosure. Importantly, they also included provisions for effective consolidated supervision, which is particularly critical for offshore banking activities, where the risks and exposures of a banking group might be spread across multiple jurisdictions with varying regulatory environments. Together, these efforts by the Basel Committee have significantly shaped the landscape of international banking supervision, fostering a more integrated and cooperative approach that aims to ensure the stability and resilience of the global financial system.[32]

Offshore banks are defined as financial institutions in the form of banks located outside the country where their customers live and are not regulated by the central bank where the bank was established. If someone resides in Australia, a bank in the United States becomes an offshore bank for that customer. On the other hand, if someone lives in the United States, then a bank in Australia becomes an offshore bank for him. Based on previous research entitled "Offshore Banks: A Brief Introduction and Related International Financial Crimes," explains that regulations from the jurisdiction of the offshore banking system play an important role in influencing customers to give their wealth to be managed by offshore banks. Small differences in the regulations applied regarding tax charges will likely cause customers to deposit or withdraw their wealth from offshore banks. Some small countries or jurisdictions will choose not to make regulations and eliminate tax charges on customers in the hope that they will choose offshore banks in that country as a place to put their wealth. [33] Due to the high level of bank secrecy implemented, offshore banks are known to the world community as financial institutions that receive money from illegal transactions, money laundering, underground economic activities, and other illegal activities. As additional information, offshore banks are also suspected of facilitating acts of terrorism, such as the case of terrorists who crashed a plane into the World Trade Center (WTC) building in New York on September 9, 2001.[34]

Organization	Topic:	Key Deliverable(s)
Basel Committee (Basel Committee and Offshore Group of Banking Supervisors)	Supervision of cross-border banking.	Survey on the implementation of the 1996 Report.
Offshore Group of Banking Supervisors (OGBS)	Working closely with the Basel Committee to evaluate OGBS members' compliance with Basel's Core Principles.	Survey on the implementation of the 1996 report.

[32] International Monetary Fund, 'Offshore Financial Centers: IMF Background Paper' 2000 https://www.imf.org/external/np/mae/oshore/2000/eng/back.htm#box2 acessed date 11/02/2024.
[33] B Warf, 'Tailored for Panama: Offshore Banking at the Crossroads of the Americas' (2002) (84)1 Geografiska Annaler: Series B, Human Geography 33-47.
[34] V de Rugy, G Leff 'The 2020 Bailouts Left Airlines, the Economy, and the Federal Budget in Worse Shape than Before' (2022) Mercatus Policy Brief Series.

Registrar of Offshore Financial and Banking Services (Created in 1998 to provide a Pacific regional grouping)	Envisages to focus the attention of regional centers on internal standards.	

The principle of banking confidentiality, a fundamental obligation for financial institutions, is designed to protect and maintain their customers' financial information, keeping it confidential from third parties. This principle is intended to instill a sense of trust and security in customers, assuring them that their financial information is legally protected and not shared with unauthorized parties.[35] However, this principle, while serving its purpose, can present intriguing challenges in investigating funds suspected to be the result of unlawful acts.

The research method used in writing this article is a literature study exploring data sources and information from various references and literature. The references in question are articles in journals, websites, bank reports, or regulations relating to offshore banks that apply in a country. Apart from that, look for data that explains the positive and negative impacts that have always been part of the existence of offshore banks in contemporary financial discussions and academic debates. The offshore banking system is believed to legalize international financial crimes for its customers, such as money laundering, tax evasion, etc. On the other hand, this banking system contributes several positive things to the country.[36]

3. Best Practices Offshore Banking in Several Countries.

Several countries have stringent regulations regarding offshore banking[37] to prevent money laundering, tax evasion, and other financial crimes. Some nations known for strict regulations in this regard include:

a) United States

From the viewpoint of U.S. taxation and reporting, offshore accounts refer to accounts situated beyond the borders of the United States. [38] These accounts need not be held in a "traditional" offshore tax haven like the Cayman Islands, the Bahamas, or Bermuda to be deemed offshore. Therefore, accounts in countries such as Japan, Korea, and India are also classified as "offshore" (alternatively termed foreign accounts or accounts abroad). The Internal Revenue Service (IRS) has identified compliance with foreign accounts as a

[35] P Xie, *China's monetary policy: 1998-2002* (Stanford Center for International Development Working Paper 217, 2004).
[36] NA Burney, N Al-Mussallam, 'Wagner's Law and Public Expenditure Growth in Kuwait' (1999) 23(2) OPEC review 139-171.
[37] EN Roussakis, 'Offshore Banking at the Close of the Twentieth Century' (1992) 22 Academia Revista Latinoamericana de Administración 99-112.
[38] A Christians, 'Sovereignty, Taxation and Social Contract' (2009) 18 Minnesota. Journal of International Law 99.

significant enforcement priority. Each year, the U.S. government actively pursues American taxpayers who possess undisclosed offshore accounts, investments, assets, and income, subjecting them to fines and penalties. Various international information reporting forms are used for offshore accounts, including the Foreign Bank and Financial Account Reporting (FBAR, also known as FinCEN Form 114), Form 8938 (Foreign Account Tax Compliance Act), Form 8621 (Passive Foreign Investment Company), Form 5471, Form 3520-A, and Form 3520. Each of these forms has specific threshold requirements for reporting, with varying complexities (FATCA, 2023). In cases where U.S. individuals fail to comply with reporting their offshore accounts and investments, the IRS has established several offshore tax amnesty programs, such as the Voluntary Disclosure Program (VDP or "New" OVDP), Streamlined Domestic Offshore Procedures, Streamlined Foreign Offshore Procedures, Delinquency Procedures, and Reasonable Cause, to assist taxpayers in achieving compliance.[39]

b) China

China has specific regulations governing offshore banking units operating within its jurisdiction, known as the Self-Regulatory Rules for Offshore Banking Units (OBUs), for Accepting Account Openings from Offshore Customers and Investing in Trust Products on Behalf of Offshore Customers:

Money Laundering Prevention	"OBU shall set and implement the procedures of Know Your Customer, strengthen the control of money laundering prevention and conform with the relevant laws and regulations on money laundering prevention." (Article 2).
Customer Due Diligence	Before commencing a business relationship with a customer, an OBU must perform procedures such as identifying the customer, continuously reviewing their identity and monitoring their accounts or transactions. Also, if required, an understanding of its funding source. A risk-based approach will be employed for the level of implementation during the execution of procedures for confirming the customer's identity, ongoing review mechanisms, and monitoring. Enhanced due diligence will be applied in high-risk scenarios (as outlined in Article 2).
Penalties for Non-Compliant Customers	In the relevant business contracts or applications, the OBU (Offshore Banking Unit) will stipulate that the bank holds the authority to temporarily halt transaction(s), suspend, or end the business association with a customer who demonstrates a lack of cooperation in the Customer Due Diligence process, for instances where the customer refuses to furnish information regarding the ultimate

[39] Golding Lawyers, 'Offshore Accounts: IRS Compliance Reporting Rules 2023' https://www.goldinglawyers.com/offshore-accounts-irs/#:~:text=Having%20an%20offshore%20account%20is,FBAR%20fines%20are%20not%20common.

	beneficial owner or the individual exercising significant control over the customer or is reluctant to provide clarifications regarding the transaction's nature and purpose or the source of funds. The closure of the account will be conducted in line with the internal operational procedures established by the bank (as outlined in Article 4).
Alterations in the validity of an offshore juristic person customer's juridical personality are affected due to changes in the laws and regulations in the State (country) of registry or its place of registration: Close the account. However, OBU may, at its discretion following a risk-based evaluation, opt to maintain the business relationship with the offshore juristic person by recognizing the relocated registration as a continuation of its original juridical personality, adhering to internal operational protocols (as outlined in Article 5).	
Internal Control System and Employees' Code of Conduct	OBU is mandated to create a specific and practical internal control framework upon establishing business relationships with customers, accompanied by employee codes of conduct that encompass principles such as compliance with the law, upholding confidentiality, and adhering to self-discipline (as outlined in Article 6).

c) United Kingdom

The Requirement to Correct amendment empowers H.M. Revenue and Customs (HMRC) to address individuals who fail to accurately report the appropriate tax amounts owed on their offshore income and assets. Under Section 67 and Schedule 18 of the Finance (No.2) Act 2017, this legislation mandates individuals with undisclosed taxable income from offshore interests to rectify this by disclosing the relevant information to HMRC. HMRC anticipates that the majority of taxpayers will fulfill their obligation under the Requirement to Correct by disclosing through the Worldwide Disclosure Facility (WDF) and the Digital Disclosure Service (DDS) available online[40]. More than 100 nations have pledged to adhere to new international agreements allowing HM Revenue and Customs (HMRC) greater access to details regarding accounts held overseas. If you have dutifully disclosed your taxable income and profits, there is no cause for concern. However, failing to declare an income and gains may lead to HMRC discovering this later, resulting in an investigation and the obligation to pay the undisclosed tax, a penalty (potentially double the tax owed), and potential prosecution. By utilizing the WDF to provide a comprehensive disclosure of any undisclosed offshore liabilities, one might avoid the necessity of a future investigation that could incur a higher penalty. Financial institutions are currently gathering information regarding offshore accounts. HMRC will receive extensive details about Overseas accounts, Insurance products, and other investments, including those held through

[40] Government U.K., 'Offshore Disclosure Facilities' 2018 https://www.gov.uk/guidance/offshore-disclosure-facilities#:~:text=Print%20this%20page-Overview,their%20offshore%20income%20and%20assets.

overseas structures like companies and trusts. This information encompasses specifics about either the account or asset holder or the entity's owner holding the asset, including details such as name, address, date of birth, account balance, and payments made into it. HMRC will leverage this information to pursue individuals who have neglected their tax obligations.

d) Brazil

On April 20, 2023, the Brazilian Federal Government enacted Provisional Measure (M.P.) No. 1,171 brought significant modifications to the tax regulations governing offshore investments undertaken by Brazilian citizens. Financial investments conducted overseas by Brazilian residents will incur taxation solely upon redemption, sale, or maturity, with income tax levied in Brazil according to the following progressive rates:[41]

Income	Tax Rate
Up to BRL 6,000	0%
From BRL 6,000 to BRL 50,000	15%
Over BRL$ 50,000.01	22.5%

One of the primary revisions introduced by MP No. 1,171/2023 pertains to the taxation of offshore entities under the control of Brazilian residents. Which types of offshore entities does MP No. 1,171/2023 impact? Companies and other entities (including those lacking legal personality), such as investment funds and foundations controlled by Brazilian individuals, are encompassed by MP No. 1,171/2023 if they meet the following criteria: (1) The entity is situated in jurisdictions offering Favorable Tax Jurisdictions (FTJ) or subject to Privileged Tax Regimes (PTR) as defined by relevant Brazilian legislation; or (2) The entity's active income constitutes less than 80% of its total income. Active income excludes royalties, interest, dividends, equity interests, property leases, capital gains from assets held for less than two years, and financial investments.

e) Switzerland

As the institution prioritized confidentiality, the foreign individual chose to open a Swiss bank account. However, conscientious consumers need to understand that Switzerland has enforced various regulations and adheres to significant international standards and guidelines, enhancing bank account security. Additionally, Swiss tax authorities are obligated to uncover suspicious transactions. Like financial institutions worldwide, Swiss banks possess the authority to suspend customer funds and bank accounts for various reasons. The latter falls outside the purview of bankers and international entities' mandates. Swiss banks have begun exercising this authority, including freezing the accounts of Russian individuals impacted by Western sanctions. It is important to note that this action will not entail a blanket freeze on all Russian accounts but solely those associated with individuals affected by the sanctions. Swiss bankers retain the prerogative to freeze accounts in cases where they

[41] M Filho, 'New tax rules in Brazil for offshore assets' 2023, https://www.mattosfilho.com.br/en/unico/new-tax-rules-brazil-offshore/

suspect information concealment or when dealing with individuals listed under sanctions. Each transaction undergoes thorough scrutiny and verification, with the bank reserving the right to request confirmation of all transfer details. In Switzerland, accounts are blocked under FATF and other global obligations in instances where there are indications of money laundering or terrorist financing (The Kingdom Bank, 2023)[42].

4. The Utilization of Cyber Technology in Tracking the Assets of Convicts in Foreign Countries.

In an era of rapid globalization and digitalization, cross-border economic transactions have become increasingly complex and fast-paced. However, the potential of cyber technology to counter these challenges is immense. Many individuals and legal entities exploit modern technologies to conceal assets or engage in cross-border tax evasion. Governments and regulatory authorities have also started leveraging cyber technologies to detect and trace assets illegally hidden in other jurisdictions. Cyber technology offers solutions to these challenges by enabling deeper data analysis and access to global information, instilling optimism for the future of asset tracking.

This study will comprehensively explore various forms of cyber technology utilization in tracking the assets of legal subjects in foreign countries. It will not only analyze the impacts but also examine the limitations encountered. The research will be supported by a wide range of relevant academic references, ensuring a thorough and detailed overview that covers all aspects of the topic. Cyber technology encompasses a range of tools and techniques, including big data analysis, blockchain forensics, open-source intelligence (OSINT), and digital forensics. Each method operates with specific functionalities, allowing authorities to access and analyze data related to the ownership of assets concealed abroad by individuals or legal entities.

a) Big Data Analysis

Big data refers to the processing and analysis of very large and complex datasets, often derived from multiple open and closed data sources. This data includes banking transactions, public documents, social media activity, and property and stock records.[43] revealed that big data analysis can help identify patterns not immediately visible to traditional investigative methods. In asset tracking, big data enables the integration of data from multiple international sources to create a more accurate profile of an individual or entity. For example, banking transaction information crossed with property ownership records or shell companies can provide a clearer picture of hidden assets abroad. One of the benefits of big data is that it can transcend national borders, providing a global reach in asset tracking. Information extracted from multiple

[42] The Kingdom Bank, 'Switzerland Offshore Bank Account in 2023 (Detailed Guide)' https://blog.thekingdombank.com/switzerland-offshore-bank-account/.
[43] J Manyika et. al., *Big data: The Next Frontier for Innovation, Competition, and Productivity* (McKinsey Global Institute 2011).

platforms (such as social media or corporate records) can provide critical clues. However, in the process, the data quality is highly dependent on the availability of the right sources and accessibility to international databases. Privacy and data regulations in some countries also pose barriers to accessing this information.

b) Blockchain Scope and Forensic Cryptocurrency

Along with the increasing use of cryptocurrencies to hide or move assets across borders, blockchain technology and related analytics have become essential to international asset tracking. [44] explain that although cryptocurrency transactions are pseudonymous (not anonymous), blockchain analysis can trace transactions from one wallet to another. By leveraging data from blockchain explorers and digital forensics tools, cyber investigators, including financial analysts and law enforcement agencies, play a crucial role in identifying patterns of cross-border fund transfers and linking them to the individuals or entities involved. Blockchain technology is open and immutable, allowing these professionals to trace the full history of transactions. Cryptocurrency forensics tools can link transactions to real-world accounts or individuals, especially if there is a connection to regulated fiat transactions. In practice, blockchain and cryptocurrency have limitations, including privacy-conscious users' ability to use mixing or tumbling services to break up transaction flows, making them harder to trace. Additionally, jurisdictions that do not regulate cryptocurrencies can be safe havens for hiding assets. The audience's work is integral in combating financial crimes.

c) Open Source Intelligence (OSINT)

OSINT refers to the use of publicly available data for investigations. OSINT resources include social media, corporate reports, legal documents, and websites that store data about assets such as property and stocks.[45] points out that OSINT allows investigators to gather information often overlooked by traditional methods. For example, someone who owns property or investments overseas may inadvertently post photos or information on social media that indicate the location of the asset. Financial reports and corporate records published in various countries can also provide information about hidden ownership structures. OSINT is particularly useful for accessing information that is difficult to obtain through official or closed channels. Investigations can gain extensive insight without involving state- or government-controlled entities. However, it's important to consider the ethical implications of using OSINT, such as respecting privacy laws and the potential for misuse. Data obtained through OSINT may only sometimes be accurate or complete. Additionally, too deep searches can violate privacy laws in some countries, especially if they involve personal information.

[44] S Meiklejohn et. al., 'A Fistful of Bitcoins: Characterizing Payments Among Men with No Names' (2013) Proceedings of the Internet Measurement Conference.
[45] KKR Choo, 'Cryptocurrency and Virtual Currency: Corruption and Money Laundering/Terrorism Financing Risks?' (2015) Handbook of Digital Currency 283-307.

d) Digital Forensic

Digital forensics involves collecting, analyzing, and recovering data from digital devices, such as computers, servers, and mobile phones. In international asset tracing, digital forensics is used to find evidence of transactions, communications, or other activities related to the movement or hiding of assets abroad.[46] emphasized that this technique can effectively trace the digital footprints left by transactions or communications related to assets. For example, financial documents hidden on a particular device or email communications related to a transaction can be important clues in tracing international assets. Digital forensic evidence is very powerful in court and can provide concrete clues about hidden assets. This data can be retrieved, even if deleted, using recovery techniques. However, privacy laws and data regulations in various jurisdictions may limit access to digital devices, especially in an international context. In addition, data encryption and the security of modern devices can be significant barriers to investigation teams, highlighting the challenges and complexities involved in digital forensics.

Cyber technology in cross-border asset tracking offers great potential for law enforcement and legal authorities to combat criminal activities such as tax evasion, money laundering, and other economic crimes. However, several challenges need to be considered: (1) Privacy Protection and Data Regulation: Many countries have strict data privacy protection and cybersecurity regulations that can limit the ability to investigate across borders. Privacy policies such as the GDPR in Europe restrict access to individual information. (2) International Cooperation: The success of cross-border asset tracking often depends on the willingness of other countries to share information and cooperate in investigations. Tax havens[47] and countries with lax banking regulations often pose major obstacles. (3) Advanced Technology Requirements: Cyber technology tools used in asset tracking require sophisticated infrastructure and high technical expertise. Not all countries or law enforcement agencies have the resources to utilize this technology effectively.Cyber technology has revolutionized the way assets of individuals and legal entities are tracked across borders. Through big data analysis, blockchain, OSINT, and digital forensics, authorities can gain deeper insights into how assets are hidden or moved. While this technology is highly effective, significant challenges related to privacy, regulation, and international cooperation must be overcome. Further research and innovation in cyber technology will continue to play a critical role in improving the effectiveness of international asset tracking and combating global financial crime.

[46] E Casey, *Digital evidence and computer crime: Forensic science, computers, and the internet* (Academic Press 2011)

[47] International Consortium of Investigative Journalists, 'Offshore havens and hidden riches of world leaders and billionaires exposed in unprecedented leak' 2021, https://www.icij.org/investigations/pandora-papers/global-investigation-tax-havens-offshore/ accessed on 15/05/2023.

5. The Intersection of Bank Secrecy, National Sovereignty, and Mutual Legal Assistance.

"*No matter what the motivation, the value of confidentiality depends on what may happen if the confidentiality cover is blown, the "damage function," and the probability of disclosure. Damage can range from execution, exile, prison, and political ostracism to confiscation of assets, fines, incremental taxes, social opprobrium, and familial tension. Avoidance of damage is what the confidentiality seeker is after. Since damage usually is a matter of probabilities, the attitude toward the risk of exposure is a critical factor in how people value this benefit."*[48]

The veil of secrecy enveloping financial transactions through offshore havens imposes significant and far-reaching consequences that must not be underestimated. Experts estimate that less-developed economies are losing financial resources at a rate three times greater than the amount they receive in foreign aid, resulting in a devastating impact on their development and growth prospects. These hidden outflows of capital undermine the fiscal stability of nations, erode public trust in governance, and severely curtail opportunities for economic development.

For instance, Nicaragua, once seen as a beacon of economic promise in Central America, now finds itself mired in severe political and economic turmoil. The country's challenges have been exacerbated by the actions of its President and his close associates, who have reportedly siphoned millions of dollars from the national treasury and channeled these funds into offshore bank accounts. This massive misappropriation of public funds has led to the suspension of critical infrastructure projects, ranging from road construction to healthcare facilities, that are vital for the nation's development. Furthermore, the rampant corruption and financial malfeasance have created a hostile environment for foreign investors, further diminishing Nicaragua's economic potential and growth prospects. Similarly, in Venezuela, the effects of offshore secrecy have been profoundly detrimental. A high-ranking general took advantage of his position to embezzle vast sums of public money, which he then funneled into offshore accounts through complex financial maneuvers, often involving family members. This illicit activity allowed him to circumvent international sanctions and continue to profit even as the nation's economy collapsed and poverty levels surged. The misuse of public funds in Venezuela has led to widespread social and economic dislocation, severely impacting the country's ability to provide basic services to its citizens and pushing millions into hardship and deprivation.

An even more striking example of the damage inflicted by offshore financial secrecy involves the recent scandal in Malaysia. The Malaysian President was implicated in an audacious scheme to divert a staggering $4.5 billion from a state development fund into offshore accounts, with the facilitation of major financial institutions such as Goldman Sachs. This sum represents an amount nearly twenty times greater than Malaysia's annual receipts of foreign aid. The

[48] I Walter, 'Use and Misuse of Financial Secrecy in Global Banking' in HK Baker and JR Nofsinge (eds), *Socially Responsible Finance and Investing: Financial Institutions, Corporations, Investors, and Activists* (Wiley 2012) 275–295.

illicit transfer of such a colossal sum of money has had dire consequences, potentially affecting the lives of over seven million rural Malaysians who depend on state-funded development projects and social welfare programs. With such resources being siphoned away, communities face deteriorating infrastructure, reduced access to healthcare and education, and diminished economic opportunities, all of which hamper their prospects for a better future.

These examples collectively underscore the grave consequences of financial secrecy in offshore havens, revealing a pattern of elite exploitation and systemic corruption that deprives nations of critical resources needed for their development. The misappropriation of public funds to offshore accounts not only exacerbates poverty and inequality but also poses a significant challenge to global financial transparency and economic justice.[49]

Switzerland, renowned for its excellence in chocolate and precision timepieces and its commitment to military neutrality, faced an unexpected challenge in 2009 amidst the global financial crisis. This predicament involved a significant aspect of the Swiss political-economic constitution: banking secrecy. The United States and Switzerland were embroiled in a notable international legal dispute, as American tax law clashed with longstanding and rigorously protected Swiss legal principles.[50] The focal point of the conflict was the demand from the U.S. Department of Justice for Switzerland-based UBS AG (UBS) to disclose the identities of 52,000 Americans suspected of establishing private Swiss bank accounts to evade taxes. This clash underscored the tension between the U.S. pursuit of tax compliance and Switzerland's commitment to preserving a tradition of 300 years, ensuring confidentiality for its banking clients in banking secrecy.[51]

As we know, taxation is an inherent or essential component of sovereign status. Some perspectives even posit that the importance of taxation to sovereignty is such that safeguarding autonomy in shaping the tax system merits more significant protection than autonomy in other regulatory domains. By their functions, tax administrations necessitate access to information stored within the financial system. Knowledge regarding actual financial flows is needed to ensure tax compliance, which can result in tax administrations adopting myopic approaches. Acknowledging the relevance of safeguarding personal data (privacy) and commercial confidentiality as fundamental rights is imperative.[52] The concept of "financial secrecy" is crucial in upholding such protection. However, in this context, tax administrations should be able to access pertinent information, and this action should not be construed as violating privacy and confidentiality rights. It is crucial to recognize that accessing information does not breach confidentiality; "bank secrecy" is

[49] MA Young, 'The exploitation of offshore financial centres: Banking confidentiality and money laundering' (2013) 16(3) Journal of Money Laundering Control 198–208.
[50] Offshore Protection, 'Swiss Offshore Bank Account Benefits', 2023, https://www.offshore-protection.com/swiss-offshore-banking accessed on 15/03/2024.
[51] JH Schottenstein, 'Is Bank Secrecy Still Bankable: A Critical Review of Bank Secrecy Law, Tax Evasion and UBS'
[52] D Lopes, 'GDPR – Main International Implications' (2020) EJPLT Special Issue 9-17. https://universitypress.unisob.na.it/ojs/index.php/ejplt/article/viewFile/1123/364

safeguarded by "tax secrecy," ensuring an equivalent level of confidentiality. It is important to balance the need for tax administrations to access information for effective tax enforcement with protecting individual rights to privacy and commercial confidentiality. Individuals' rights to privacy must be weighed against the necessity for physical security and efficient law enforcement overall, particularly in the context of anti-money laundering enforcement.
"*Money laundering is customarily thought to involve three stages: (i) the placement stage, where the criminal proceeds are placed in a financial institution or used to purchase an asset (e.g., a deposit into a bank account), (ii) the layering stage, where complex schemes are used to disguise the funding source and obscure the financial trail (e.g., multiple and convoluted wire transfers), and (iii) the integration stage, where the criminal proceeds are integrated into the formal economy (e.g., buying a luxury real estate). As noted by Tucker, this commonly referenced three-stage illustration is a simplification of a dynamic and complex scheme. The respective stages may not occur sequentially, can overlap, and blur together. Moreover, in some countries money laundering charges may not always require proving concealment.*".

In general, the advantage of money laundering lies in the ability of criminals to obscure the origin of illegally acquired assets into legally legitimate funds. This practice creates the impression that the proceeds of criminal activities are legitimate, thus allowing illicit funds to blend undetected with legitimate funds in the lawful financial sector. Offshore financial centers are often the preferred choice for criminals to launder money due to their higher level of confidentiality, providing a more secluded environment to clean ill-gotten gains. More specifically, banking confidentiality is an effective shield for money launderers from investigative efforts, as client confidentiality (the right to protect financial information from disclosure) is guaranteed for account holders in many offshore financial centers. The money laundering process remains hidden, known only to those involved, and successful launderers will adapt their behavior according to recent law changes, as observed in Switzerland. It should be emphasized that the practice of laundering criminally obtained proceeds remains hidden until detected, at which point the laundered money becomes vulnerable to confiscation. However, authorities seeking access to crucial bank records to track and seize proceeds of crime often encounter legal barriers designed to uphold the statutory duty of confidentiality. For criminals, the assurance of banking confidentiality means no need to alter their behavioral patterns. Realizing the importance of bank secrecy, one of the things that can be done to eradicate crimes involving bank secrecy is through the Mutual Legal Assistance Treaty (MLAT)

In the journal titled 'Mutual Legal Assistance Treaties as a Way to Pierce Bank Secrecy,' James I.K. Knapp, Deputy Assistant Attorney General, Tax Division, U.S. Department of Justice, highlights the sole solution to circumvent the restrictions imposed by traditional methods for obtaining evidence within bank secrecy, as well as in many other jurisdictions, is to establish a treaty that: 1) explicitly allows the utilization of foreign government procedures to obtain evidence throughout the entire investigative and prosecutorial process, including grand jury proceedings; 2) explicitly sanctions the use of foreign government procedures to obtain evidence for crimes that may not be familiar

or universal, in addition to traditional forms of crime; 3) explicitly permits the waiver of foreign bank secrecy privileges under specified circumstances; and 4) offers an expedited mechanism for obtaining this evidence in a legally admissible format.

6. The Optimal Approach for Asset Sharing.

The most desired form of assistance involves obtaining documentary evidence, particularly bank or other corporate records. Once implemented, the treaty typically authorizes the foreign prosecutor to obtain the desired records directly or through a court order, thereby overcoming local bank secrecy or similar legal restrictions. However, "legal assistance" encompasses more than just providing documentary evidence. It includes supplying authenticating evidence, such as live or deposed testimony from banks or other corporate officers, or specific certification forms. Additionally, a mutual legal assistance treaty usually requires the production of non-privileged public documents and records, allows discretionary access to law enforcement records, aids in locating individuals, serves subpoenas and other documents, executes requests for search and seizure, facilitates taking testimony or depositions, arranges transportation of prisoners in custody for testimony abroad, enables the seizure and forfeiture of criminals' assets, and occasionally involves the sharing of those assets between the two governments. Implementing asset sharing can be one of the considerations in international legal cooperation. One of the main reasons is the potential to foster closer cooperation between countries in law enforcement efforts within the scope of offshore banking. With the financial incentives to participate in cross-border crime investigation and prosecution processes, countries are likely to be more proactive in sharing information and collaborating in addressing transnational crimes.

7. Conclusions.

In conclusion, the discourse surrounding offshore banking and banking secrecy reveals a complex interplay between legal principles, historical contexts, and contemporary financial practices. While offshore banking is not inherently illegal and may serve legitimate purposes, its association with shell companies and opaque financial structures often draws law enforcement scrutiny, particularly in tax evasion and money laundering cases. The Panama Papers, Paradise Papers, and Pandora Papers leaks have brought to light the extensive use of offshore banking by individuals and entities worldwide, including prominent figures and institutions. These revelations underscore the need for greater transparency and accountability in financial systems and collaborative efforts among nations to address the challenges posed by offshore finance. The debate over banking secrecy spans various perspectives, from viewing it as a fundamental right to privacy to recognizing its potential for abuse in shielding illicit activities. Historical precedents, such as the origins of banking secrecy in response to Nazi asset confiscation, highlight the

evolving nature of financial regulations and their unintended consequences. Efforts to pierce banking secrecy, such as mutual legal assistance treaties, are essential in combating financial crimes and enhancing international cooperation. However, navigating the complexities of cross-border investigations and balancing privacy rights with law enforcement needs remains a persistent challenge. Overall, the discourse on offshore banking and banking secrecy underscores the importance of balancing individual privacy rights with the broader imperatives of financial integrity, transparency, and accountability in the global economy.

Syahril MAF, Karović S, Aris A, 'Sadbor Dance and Digital Saweran: A Legal Review of Begging Practices in the Digital Era' (2025) 1 EJPLT.
DOI: https://doi.org/10.57230/EJPLT251MAFSSKAA

EJPLT
ISSN 2704-8012

Sadbor Dance and Digital Saweran: A Legal Review of Begging Practices in the Digital Era

Sadbor Dance e Digital Saweran: una revisione giuridica delle pratiche di mendicità nell'era digitale

MUH. AKBAR FHAD SYAHRIL
Senior lecturer, Faculty of Law, Andi Sapada Institute of Social and Business Sciences

SADMIR KAROVIĆ
Associate Professor, Faculty of Law, University Travnik

ARDIYANTI ARIS
Senior Lecturer, Faculty of Law, Andi Sapada Institute of Social and Business Sciences

Abstract

The viral Joget Sadbor phenomenon on the TikTok social media platform has raised various legal and ethical implications that need to be studied in depth. This study aims to analyze the legal aspects of the digital saweran practice in the context of Joget Sadbor, as well as explore the regulatory challenges faced in regulating this new phenomenon in the digital era. Using normative legal research methods, this study examines relevant laws and regulations, including the KUHP, the Undang-Undang ITE, and the Undang-Undang Perlindungan Anak, and applies progressive and responsive legal theories. The study results indicate a legal vacuum in regulating the practice of digital saweran, as well as challenges in interpreting existing laws to accommodate this new phenomenon. This study also reveals ethical dilemmas related to the exploitation of self and vulnerable groups, as well as the potential for misuse of digital platforms for illegal activities. This study concludes the need to develop a more comprehensive and responsive legal framework to regulate the practice of digital saweran and similar phenomena in the digital era, while still paying attention to aspects of legal protection, social justice, and ethics. The implications of this study include recommendations for regulatory updates that are adaptive to technological developments and social trends. In addition, this study highlights the importance of collaboration between policymakers, social media platforms, and the public in creating a safe and responsible digital environment. Further research is needed to explore the psychological and social impacts of the Joget Sadbor phenomenon, as well as develop effective prevention and intervention strategies to protect digital platform users, especially vulnerable groups such as children and adolescents.

© The author(s) 2025, 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
Il fenomeno virale Joget Sadbor sulla piattaforma social TikTok ha sollevato diverse implicazioni legali ed etiche che devono essere studiate in modo approfondito. Questo studio mira ad analizzare gli aspetti legali della pratica digitale del saweran nel contesto di Joget Sadbor, nonché ad esplorare le sfide normative affrontate nella regolamentazione di questo nuovo fenomeno nell'era digitale. Utilizzando metodi di ricerca giuridica normativa, questo studio esamina le leggi e i regolamenti pertinenti, tra cui il KUHP, l'Undang-Undang ITE e l'Undang-Undang Perlindungan Anak, e applica teorie giuridiche progressiste e reattive. I risultati dello studio indicano un vuoto giuridico nella regolamentazione della pratica del saweran digitale, nonché difficoltà nell'interpretazione delle leggi esistenti per adattarle a questo nuovo fenomeno. Lo studio rivela anche dilemmi etici legati allo sfruttamento di sé stessi e dei gruppi vulnerabili, nonché il potenziale abuso delle piattaforme digitali per attività illegali. Lo studio conclude che è necessario sviluppare un quadro giuridico più completo e reattivo per regolamentare la pratica del saweran digitale e fenomeni simili nell'era digitale, prestando comunque attenzione agli aspetti della protezione giuridica, della giustizia sociale e dell'etica. Le implicazioni di questo studio includono raccomandazioni per aggiornamenti normativi che siano adeguati agli sviluppi tecnologici e alle tendenze sociali. Inoltre, questo studio sottolinea l'importanza della collaborazione tra i responsabili politici, le piattaforme di social media e il pubblico nella creazione di un ambiente digitale sicuro e responsabile. Sono necessarie ulteriori ricerche per esplorare gli impatti psicologici e sociali del fenomeno Joget Sadbor, nonché per sviluppare strategie di prevenzione e intervento efficaci per proteggere gli utenti delle piattaforme digitali, in particolare i gruppi vulnerabili come i bambini e gli adolescenti.

Keywords: Sadbor Dance; Digital Saweran; Cyber Law; Social Media; Digital Exploitation; Internet Regulation; Progressive Law; Digital Ethics

Summary: 1. Introduction. – 2. Research method. – 3. Legal Analysis of Digital Saweran Practices in the Dancing Sadbor Phenomenon. – 4. Ethical and Social Implications of Sadbor Dance as a Form of Digital Begging. – 5. Conclusion.

1. Introduction.

The development of digital technology has significantly changed various aspects of people's lives, including the way they interact and seek entertainment.[1] Sadmir Karović and Marina M Simović, in their research, assert that "the development of information and communication technology has brought radical changes in all aspects of human life, including in the field of criminal law".[2] The viral "Joget Sadbor" phenomenon on the TikTok social media platform is one manifestation of this

[1] M A F. Syahril, 'Hukum Informasi dan Transaksi Elektronik' 2023. Purbalingga: Eureka Media Aksara, https://repository.penerbiteureka.com/publications/560970/hukum-informasi-dan-transaksi-elektronik.
[2] S Karović and M Simović, 'Krivičnopravni I Viktimološki Aspekt Maloljetničke Delinkvencijeò-Izazovi, Dileme' (2022) 7(1) *Društvene Devijacije*, 193-202 https://doisrpska.nub.rs/index.php/drustvenedevijacije/article/view/9049.

change, which has attracted public attention and raised various questions regarding the legality and ethics of the accompanying digital *saweran* practices.

Joget Sadbor, originating from Margasari Village in Sukabumi, West Java, has gone viral thanks to its simple yet energetic movements. Popularized by Gunawan, the owner of the TikTok account @sadbor86tiktok, this phenomenon not only provides entertainment but also creates economic opportunities for residents. However, behind this success, concerns have arisen about the potential for exploitation and legal implications of the digital *saweran* practice that occurs during live broadcasts. The development of technology has also created new opportunities for criminal acts, which require an appropriate legal response.

The practice of digital *saweran* in the context of Joget Sadbor has raised questions about the boundaries between creativity and self-exploitation. Many consider this activity to be a form of online begging, which raises an ethical dilemma about how social media platforms can be used to generate income.[3] This is made even more complex given the lack of specific regulations governing this type of practice in Indonesia.[4] The law must adapt, quickly to technological changes to prevent and combat new forms of crime.[5]

Meanwhile, the current law does not specifically regulate the practice of online begging or digital *saweran*. Article 504 of the Kitab Undang-Undang Hukum Pidana (hereinafter referred to as KUHP) only regulates the prohibition of begging in public, with a maximum prison sentence of six weeks. However, this provision does not explicitly cover similar activities carried out on digital platforms such as TikTok. Rapid technological developments have opened up new opportunities for individuals to carry out various activities in cyberspace, including asking for donations or financial assistance. The inconsistency between existing laws and the reality of this technology can create legal loopholes that have the potential to be exploited by irresponsible parties.

The absence of clear regulations regarding the practice of online begging or digital *saweran* can cause various legal and social problems. On the one hand, digital platforms can be a means for those who need help to reach more people. However, on the other hand, the absence of proper supervision and regulation can open up opportunities for abuse and fraud. This shows the need for legal reforms that can accommodate technological developments and new social phenomena, such as online begging. With clear and comprehensive regulations, it is hoped that a balance can be created between freedom of expression on digital platforms and protection of the community from potential exploitation or fraud.

The Electronic Information and Transactions Law (Undang-Undang ITE) also does not contain specific provisions related to the practice of digital *saweran* or online begging. The Undang-Undang ITE focuses more on the prohibition of content that violates morality, gambling, insults, blackmail, and the dissemination of detrimental information. This shows a legal vacuum in regulating new phenomena such as Joget Sadbor and the accompanying digital *saweran* practices. Continuous legal updates to keep up with technological developments and new forms of crime.

Another concern that has emerged is the potential involvement of illegal elements in this digital *saweran* practice. Several reports indicate that the largest *saweran* during live broadcasts allegedly came from accounts affiliated with online

---

[3] A Muhammad A Affan and A Rahmah, 'Evolusi Hukum Pidana Dalam Konteks Globalisasi: Tinjauan Literatur' (2024) 5(2) Jurnal Hukum Ius Publicum 121–35, https://journal.umelmandiri.ac.id/ojs/index.php/jiu/article/view/163.

[4] Pensihathukum.com, 'Fenomena Digital: Hukum Mengemis Online' [2024], https://www.penasihathukum.com/fenomena-digital-hukum-mengemis-online.

[5] N Angraeni et al., *Hukum Pidana: Teori Komprehensif*, ed. Sepriano (PT. Sonpedia Publishing Indonesia, 2024).

gambling. This raises serious questions about the origin of the funds used in *saweran* and the potential use of social media platforms for illegal activities. Technology can be used as a means to commit traditional crimes in new forms, which requires innovative legal approaches.

The Joget Sadbor phenomenon has also raised debate about the exploitation of vulnerable groups. Many Joget Sadbor actors come from lower-middle economic classes and see this activity as an opportunity to earn additional income. However, this has also raised concerns about the potential for exploitation and the long-term impact on their well-being. Protection of vulnerable groups must be a priority in the development of law in the digital era.

The Surat Edaran Menteri Sosial has provided an appeal on preventing begging activities both offline and online that exploit vulnerable groups[6] However, the implementation and effectiveness of this appeal in regulating phenomena such as Joget Sadbor still need to be evaluated further. The effectiveness of the law in regulating digital phenomena depends not only on the substance of the law but also on its implementation and enforcement.

From a psychological perspective, the Joget Sadbor phenomenon shows how creativity can emerge in various forms and conditions. However, there are concerns about the long-term psychological impact on the perpetrators, especially when the popularity of this phenomenon begins to decline. This raises questions about the sustainability and social impact of this kind of viral trend. Considering psychological and social aspects in the development of criminal law for digital phenomena.

Given the complexity of this issue, an in-depth study of the legal and ethical aspects of the practice of digital *saweran* in the context of Joget Sadbor is needed. This research will focus on the legality and ethics of the practice, as well as how Indonesian law can regulate activities similar to begging on social media platforms such as TikTok. This is important to ensure protection for all parties involved and to create a regulatory framework that follows current technological developments and social phenomena. The development of criminal law in the digital era must be holistic, considering technological, social, and ethical aspects.

Here are some previous studies:

No	Name	Title	Research result
1.	Raisha Shahana, Maria Indriani K, Detya Wiryany	Analysis of Online Begging Phenomenon in Tiktok[7]	This study reveals that the phenomenon of online begging on TikTok, prominently featuring individuals like Gunawan 'Sadbor', manipulates emotions for financial gain, thus raising significant social concerns related to exploitation and the transformation of public engagement on social media.
2.	Ageng Wicaksono, Mochammad	The Digital Legal Landscape: Unveiling	The study uncovers institutional contributions, active years in article production, key study areas, and

[6] Circular Letter from the Minister of Social Affairs of the Republic of Indonesia, Surat Edaran Menteri Sosial Nomor 2 Tahun 2023.

[7] R Shahana, M Indriani, and D Wiryany, 'Analysis Of Online Begging Phenomena in Tiktok (Case Study of Changes in the Structure of Social Problems About Online Beggars)' (2023) 6(1) West Science Interdisciplinary Studies 346–52, https://wsj.westscience-press.com/index.php/wsis/article/view/199.

	Tanzil Multazam, Rizqi Hasan	Institutional Contributions[8]	prolific authors in the field of cyberlaw, highlighting its significance in addressing digital challenges
3.	Mochammad Tanzil Multazam, Aan Eko Widiarto	Digitalization of Legal Systems: Opportunities and Challenges for Indonesia[9]	The study highlights that digitalization in Indonesia's legal system provides efficiencies and transparency but poses significant cybersecurity risks. It emphasizes the urgent need for enhanced digital literacy and reforms in legal education to equip professionals with the skills needed in a digital landscape.
4	Levan Gorelashvili	The Importance of Digitalization of Legal Documents Preparing Process and Its Impact on Peoples' Legal Guarantees[10]	This paper explores the possibility of replacing human lawyers' necessity with digital (tech) products during the legal document preparation process and its positive impact on peoples' legal guarantees. There will be discussed the strong and weak sides of changing the current (traditional) method of preparing legal documents and the potential of developing digitalization legal document preparing process in all legal professions (for lawyers, judges, notaries etc.). Implementing and developing the system discussed below will be an attempt to update the way legal documents are prepared and the beginning of making legal documents tech-based.

The viral Joget Sadbor phenomenon on TikTok has caught the public's attention because of the fantastic income potential that can be obtained just by dancing on the platform. Popularized by Gunawan through the account @sadbor86, this phenomenon has spread throughout his village in Sukabumi, changing the lives of residents. However, the large amount of money received from this live broadcast has raised suspicions among netizens.

Further investigation by social media users revealed that the top tippers in the Joget Sadbor livestream were allegedly affiliated with online gambling. This has raised speculation about possible money laundering practices or exploitation of digital platforms for illegal activities. This phenomenon raises serious questions about the regulation and oversight of monetization activities on social media

[8] A Wicaksono, MT Multazam, and R Hasan, 'The Digital Legal Landscape: Unveiling Institutional Contributions, Research Focus, and Influential Authors' (2023) 1 Proceedings of The ICECRS 12 https://icecrs.umsida.ac.id/index.php/icecrs/article/view/1640.

[9] MT Multazam and AE Widiarto, 'Digitalization of the Legal System: Opportunities and Challenges for Indonesia' (2023) 11 (2) *Rechtsidee*, DOI 1021070.

[10] L Gorelashvili, 'The Importance of Digitalization of Legal Documents Preparing Process and Its Impact on Peoples' Legal Guarantees' in *Digital Management in Covid-19 Pandemic and Post-Pandemic Times: Proceedings of the International Scientific-Practical Conference (ISPC 2021)* (Springer, 2023), 19–26.

platforms, as well as the potential misuse of digital tipping features for illegitimate purposes.

By considering these various aspects, this study is expected to provide significant contributions to understanding and regulating new phenomena in the digital era, especially related to the practice of digital *saweran* and similar activities on social media platforms. The results of this study can be the basis for developing more comprehensive policies and regulations in facing legal and ethical challenges in the digital era.

2. Research method.

This study uses a normative legal research method, which focuses on the analysis of applicable laws and regulations and legal norms related to the Joget Sadbor phenomenon and digital *saweran* practices.[11] [12] The approaches used include the statute approach, conceptual approach, case approach, and comparative approach.[13] The main data sources come from primary legal materials such as the 1945 Constitution, the Criminal Code, the ITE Law, and other related regulations, as well as relevant secondary and tertiary legal materials.

Through this method, it is hoped that a comprehensive understanding of the legal and ethical aspects of digital *saweran* practices in the context of Joget Sadbor can be obtained, as well as recommendations for the development of appropriate regulations.

3. Legal Analysis of Digital *Saweran* Practices in the Dancing Sadbor Phenomenon.

The viral Sadbor Dance phenomenon on the TikTok social media platform has attracted public attention because of the fantastic income potential that can be obtained just by dancing on the platform. However, the large amount of money received from this live broadcast has raised suspicions among netizens. This phenomenon shows another side of social media, where viral content often blurs the line between creativity and self-exploitation, and raises big questions about the ethics and social impact of the trend.[14] [15]

Further investigation by social media users revealed that the top tippers in the Joget Sadbor livestream were allegedly affiliated with online gambling. This has raised speculation about possible money laundering practices or exploitation of digital platforms for illegal activities. This phenomenon raises serious questions about the regulation and oversight of monetization activities on social media platforms, as well as the potential for misuse of digital tipping features for illegitimate purposes. The public needs to be aware of high-risk ways to make money

---

[11] I Irwansyah, 'Penelitian Hukum: Pilihan Metode & Praktik Penulisan Artikel' [2020] *Yogyakarta: Mirra Buana Media.*

[12] M Syarif et al., *Metode Penelitian Hukum* (Get Press, 2024).

[13] BJ et al., *Metode Penelitian Hukum* (CV. Gita Lentera, 2023).

[14] M Abdillah, 'Konten Joget TikTok: Antara Kebebasan Berekspresi Dan Degradasi Moral Muslim' [2024], https://kumparan.com/mushab-abdillah/konten-joget-tiktok-antara-kebebasan-berekspresi-dan-degradasi-moral-muslim-23y43opp3QU.

[15] A Unisa, 'Tinjauan Psikologi Joget Sadbor Dan Potensi Judi Online' [2024], https://www.unisayogya.ac.id/tinjauan-psikologi-joget-sadbor/.

quickly, because many people are more interested in instant ways to become famous and rich, such as TikTok live broadcasts, Instagram, and similar platforms.[16].

In the context of criminal law, the KUHP does not explicitly regulate the practice of digital begging or online *saweran*. Article 504 of the KUHP only regulates the prohibition of begging in public places, with the threat of imprisonment for a maximum of six weeks.[17] However, interpreting this article in the digital context is a challenge, considering that "public places" in the Criminal Code do not automatically include digital spaces such as social media platforms. This indicates the need to reinterpret or revise the Criminal Code to accommodate technological developments and new forms of social activity in the digital era.

The Undang-Undang ITE and its amendments also do not specifically regulate the practice of digital *saweran*. The Undang-Undang ITE focuses more on regulating electronic transactions, protecting personal data, and prohibiting the distribution of illegal content such as pornography, gambling, and defamation.[18] However, the practice of digital *saweran* in Joget Sadbor can be reviewed from the perspective of the ITE Law related to aspects of electronic transactions that occur during the *saweran* giving process. Article 1 number 2 of the Undang-Undang ITE defines electronic transactions as legal acts carried out using computers, computer networks, and/or other electronic media. Thus, digital *saweran* can be considered a form of electronic transaction that needs to be further regulated.

The progressive legal theory put forward by Satjipto Rahardjo can be the basis for analyzing this phenomenon.[19] This theory emphasizes that the law must be able to follow the development of society and not be fixated on written rules alone. In the context of Joget Sadbor, a progressive legal approach can help in interpreting and applying existing laws to regulate this new phenomenon. Progressive law encourages law enforcers and policymakers to look beyond the text and consider social, economic, and technological aspects in formulating and implementing laws.

From the perspective of child and vulnerable group protection, Undang-Undang Nomor 35 Tahun 2014 tentang Perubahan Atas Undang-Undang Nomor 23 Tahun 2002 tentang Perlindungan Anak is very relevant in the context of the Joget Sadbor phenomenon. This law emphasizes the importance of protecting children from various forms of exploitation, including economic exploitation that can harm their growth and development. In the case of Joget Sadbor, an in-depth analysis is needed to determine whether this practice can be categorized as a form of economic exploitation of children who may be involved in it. The involvement of children in activities aimed at earning money through digital platforms, such as TikTok, can potentially violate the principles of child protection stipulated in the law.

Article 66 of the Undang-Undang Perlindungan Anak specifically prohibits the economic exploitation of children, and the practice of digital *saweran* involving children could potentially violate this provision and is written in Article 32 of the Konvensi Hak Anak which states: "States Parties recognize the right of the child to be protected from economic exploitation and from performing any work that is likely to be hazardous or to interfere with the child's education, or to be detrimental to the child's health or physical, mental, spiritual, moral or social development." The Joget Sadbor phenomenon involving children in dancing or dancing activities to get digital

---

[16] A Unisa, 'Tinjauan Psikologi Joget Sadbor Dan Potensi Judi Online' [2024], https://www.unisayogya.ac.id/tinjauan-psikologi-joget-sadbor/.

[17] K S M et al., *Akuntansi Perpajakan: Teori, Landasan Hukum & Studi Kasus* (Jambi: PT. Sonpedia Publishing Indonesia, 2023).

[18] MAF. Syahril, 'Hukum Informasi dan Transaksi Elektronik' 2023. Purbalingga: Eureka Media Aksara, https://repository.penerbiteureka.com/publications/560970/hukum-informasi-dan-transaksi-elektronik.

[19] A Faisal, 'Pemikiran Hukum Progresif Prof. Dr. Satjipto Rahardjo' (2023) 2 Journal of Cross Knowledge, 314–28, https://edujavare.com/index.php/IJCK/article/view/172.

saweran needs to be carefully evaluated. It is necessary to consider whether the activity can interfere with the child's education, health, or moral and social development. In addition, it is also necessary to consider whether children involved in this activity receive adequate protection from potential harm or exploitation by irresponsible parties. Therefore, law enforcement and relevant stakeholders need to take proactive steps to ensure that the Joget Sadbor practice does not violate children's rights and does not become a means of economic exploitation of children.

Surat Edaran Menteri Sosial Nomor 2 Tahun 2023 tentang pencegahan kegiatan mengemis ough this circular does not have a binding legal force like a law, it can be a guideline in assessing the practice of digital *saweran* in Joget Sadbor from a social policy perspective. This circular shows the government's attention to the phenomenon of online begging and can be the basis for developing more comprehensive regulations in the future.

The responsive legal theory developed by Philippe Nonet and Philip Selznick is also relevant in analyzing this phenomenon. This theory emphasizes the importance of law to respond to social needs and public aspirations.[20] In the context of Joget Sadbor, a responsive legal approach can play a crucial role in formulating regulations that are following rapidly developing social and technological realities. Responsive law is a concept that emphasizes the importance of law to adapt and respond to social change dynamically. In this case, the Joget Sadbor phenomenon involving digital *saweran* practices on platforms such as TikTok is a real example of social change driven by technological developments. A responsive legal approach can help policymakers understand the complexity of this phenomenon more comprehensively, by considering various aspects such as child protection, digital ethics, and the potential economic impact of the practice.

Furthermore, responsive law encourages active public participation in the process of forming laws and policies. This is very important in regulating new phenomena such as digital *saweran*, given the complexity and dynamics involved in it. By involving various stakeholders, including digital platform users, technology experts, child psychologists, and law enforcers, the resulting regulations can be more comprehensive and effective. Public participation can also help identify the potential positive and negative impacts of the Joget Sadbor practice, as well as formulate a balanced solution between legal protection and freedom of expression in the digital era. Thus, a responsive legal approach not only allows for the creation of more relevant and adaptive regulations but also increases the legitimacy and public acceptance of these regulations.

Comparative analysis with regulations in other countries is also important to do. For example, in several developed countries, the practice of crowdfunding and online donations has been specifically regulated in the law. The United States, for example, has the JOBS Act which regulates crowdfunding, while the European Union has the Payment Services Directive 2 (PSD2) which regulates various aspects of digital payments. This comparison can provide insight into how to regulate digital *saweran* practices in Indonesia while still considering the local context.

From a civil law perspective, the practice of digital *saweran* in Joget Sadbor can be viewed from the aspect of electronic agreements and transactions. The Civil Code (KUHPerdata) regulates the requirements for the validity of an agreement, which can be applied in the context of digital transactions. Article 1320 of the Kitab Undnag-Undnag Hukum Perdata stipulates four main requirements for the validity of an agreement, namely the agreement of both parties, the capacity to agree, the

[20] MAY Pahlevi, CW Haruni, and SN Prasetyo, 'Application of Capital Punishment for Narcotics Offenders in the Perspective of Responsive Law' (2023) 11(2) *Rechtsidee*, DOI 1021070, https://rechtsidee.umsida.ac.id/index.php/rechtsidee/article/view/1013.

existence of certain things, and a lawful cause. In the context of digital *saweran*, it is necessary to analyze whether the transaction meets these four requirements. For example, is there a clear agreement between the giver and recipient of the *saweran*, are both parties legally competent (especially considering the possibility of children being involved), is the object of the transaction clear, and is the purpose of the *saweran* not contrary to law, morality, or public order.

Furthermore, considering that digital *saweran* is conducted through an electronic platform, it is also necessary to consider the legal aspects related to electronic transactions. The Undang-Undang ITE provides a legal basis for electronic transactions in Indonesia. Articles 5 and 6 of the Undang-Undang ITE state that "information, documents, and electronic signatures can be considered as valid evidence in e-commerce transactions, as long as the information can be verified, downloaded, displayed, guaranteed authenticity, and can be accounted for." In the context of Joget Sadbor, it is important to ensure that the platform used for digital *saweran* meets the security and validity standards for electronic transactions as stipulated in the Undang-Undang ITE. This is not only to ensure the validity of the transaction but also to provide legal protection for all parties involved in the practice of digital *saweran*.

John Rawls' theory of social justice can also be used to analyze this phenomenon from a philosophical perspectiv.[21] This theory emphasizes the importance of equal opportunity and protection for the most vulnerable groups in society. In the context of Joget Sadbor, it is necessary to consider whether this practice creates inequality or provides economic opportunities for certain groups. Rawls' difference principle can be applied to evaluate whether the practice of digital *saweran* provides the greatest benefits to the most disadvantaged groups in society.

Undang-Undang Nomor 19 Tahun 2016 tentang Perubahan Atas Undang-Undang Nomor 11 Tahun 2008 tentang Informasi dan Transaksi Elektronik also needs to be analyzed further, especially regarding the aspect of consumer protection in electronic transactions. The practice of digital *saweran* in Joget Sadbor can be seen as a form of electronic transaction involving the giver and recipient of *saweran*, so it needs to be regulated to protect the interests of both parties. Article 9 of the Undang-Undang ITE requires business actors who offer products through electronic systems to provide complete and correct information, which can be applied in the context of digital *saweran* practices to ensure transparency and consumer protection.

Finally, an analysis of Undang-Undang Nomor 28 Tahun 2014 tentang Hak Cipta is also relevant, considering that Joget Sadbor involves the creation of digital content. It is necessary to consider the copyright aspects of the movements and music used in Joget Sadbor, as well as how this relates to the accompanying digital *saweran* practice. Article 40 of the Copyright Law covers protection for works of dance and music, which may include the movements and songs used in Joget Sadbor. This is important to ensure the protection of intellectual property rights for content creators in the practice of digital *saweran*.

4. Ethical and Social Implications of Sadbor Dance as a Form of Digital Begging.

The viral Sadbor Dance phenomenon on TikTok has sparked significant ethical and social debates, extending far beyond mere entertainment into a complex form of

[21] H Imtihani and M Nasser, 'Keadilan Dalam Reformasi BPJS: Teori Rawls Dan Kajian Kritis Terhadap Kebijakan Kelas Rawat Inap Standar' (2024) 9(6) *Syntax Idea*, 3832–42, https://jurnal.syntax-idea.co.id/index.php/syntax-idea/article/view/4447.

digital begging with wide-ranging societal impacts. This trend, popularized by Gunawan alias Sadbor from Sukabumi, West Java, has rapidly evolved from a simple dance routine into a controversial social media phenomenon involving hundreds of participants.[22]

The Sadbor Dance initially gained traction during the COVID-19 pandemic as a creative outlet for rural communities facing economic hardships. However, it quickly transformed into a lucrative livestreaming business model, with Sadbor reportedly recruiting around 300 "employees" to participate in his TikTok broadcasts4. This rapid expansion has raised concerns about the exploitation of economically vulnerable individuals and the potential promotion of online gambling.[23]

From a sociological perspective, the Sadbor Dance can be analyzed through the lens of James Scott's theory of everyday resistance and Elisabeth Noelle-Neumann's Spiral of Silence theory.[24] The phenomenon represents a form of subtle protest by marginalized rural communities against economic inequalities, using social media as a platform to voice their discontent. However, this form of expression also risks perpetuating harmful stereotypes and normalizing digital begging as a viable income source.[25] [26]

Legal and ethical considerations surrounding the Sadbor Dance are complex. While the act of livestreaming itself is not illegal, allegations of links to online gambling promotion have led to legal scrutiny. The phenomenon also raises questions about digital literacy, online safety, and the responsibility of social media platforms in regulating content that may exploit vulnerable users.[27]

The Sadbor Dance phenomenon highlights the need for comprehensive digital literacy education, especially in rural areas undergoing rapid digitalization11. It also underscores the importance of developing robust economic support systems to provide alternatives to potentially exploitative online practices. As social media continues to reshape societal norms and economic opportunities, a nuanced understanding of phenomena like the Sadbor Dance is crucial for policymakers, educators, and social scientists alike.

From a legal perspective, the practice of Joget Sadbor as a form of digital begging has the potential to violate several laws and regulations. The Undang-Undang ITE is the main basis for regulating activities in cyberspace. Article 27 paragraph (1) of the Undang-Undang ITE prohibits the distribution or transmission of electronic information that has content that violates morality. In the context of Joget Sadbor, it is necessary to consider whether the content produced can be categorized as a violation of moral norms that apply in society.

---

[22] AV Nariswari and D Alvinasari, 'Kisah Sadbor TikToker Viral Gegara Joget Ayam, Dulu Pernah Jadi Tukang Jahit Di Jakarta' [2024] *Suara.Com*, https://www.suara.com/lifestyle/2024/10/30/184906/kisah-sadbor-tiktoker-viral-gegara-joget-ayam-dulu-pernah-jadi-tukang-jahit-di-jakarta.

[23] AV Nariswari and D Alvinasari, 'Kisah Sadbor TikToker Viral Gegara Joget Ayam, Dulu Pernah Jadi Tukang Jahit Di Jakarta' [2024] *Suara.Com*, https://www.suara.com/lifestyle/2024/10/30/184906/kisah-sadbor-tiktoker-viral-gegara-joget-ayam-dulu-pernah-jadi-tukang-jahit-di-jakarta.

[24] AR Matondang and S Kholil, 'The Phenomenon Of Sadbor Dance On Tiktok: Farmers' Weak Weapon In The Spiral Of Silence And Daily Resistance' (2024) 2(4) *Journal of Research in Social Science and Humanities*, 490–95, https://jrssh.org/index.php/jrssh/article/view/209.

[25] R. Shahana, M Indriani and D Wiryany, 'Analysis Of Online Begging Phenomena in Tiktok (Case Study of Changes in the Structure of Social Problems About Online Beggars)' https://wsj.westsciences.com/index.php/wsis/article/view/199.

[26] Matondang, A. R., & Kholil, S. (2024). The Phenomenon Of Sadbor Dance On Tiktok: Farmers' Weak Weapon In The Spiral Of Silence And Daily Resistance. Journal of Research in Social Science and Humanities, 4(2), 490-495.

[27] D Utoyo, 'Rural Digitalization: The Story of 'Sadbor Dance' and the Trap of Modernization Without Development' LinkedId, [2024] https://www.linkedin.com/pulse/rural-digitalization-story-sadbor-dance-trap-without-donny-utoyo-rroqc/.

From a legal point of view, Pasal 504 KUHPThose who regulate the prohibition of begging in public need to study their relevance to this phenomenon. Although Joget Sadbor is carried out virtually, it is necessary to examine whether this activity can be categorized as a modern form of begging that violates the spirit of the article. According to Eduard Meiyer Paul in his article "Relevance Pasal 504 KUHP Tentang Pengemis di Depan Umum" published in the journal Lex et Societatis Vol. IV No. 2 of 2016, a progressive legal interpretation is needed to accommodate technological developments and changes in the form of social activities in the digital era.[28]

From an ethical perspective, this phenomenon creates a dilemma around self-exploitation and vulnerable groups. Jeremy Bentham's theory of utilitarianism ethics can be used to analyze this phenomenon. According to this theory, ethical actions are the ones that provide the greatest happiness to as many people as possible. In the context of Joget Sadbor, it is necessary to consider whether the economic benefits obtained by actors and their communities are proportional to the potential negative impact on the social and moral values of society at large.

The anomie theory proposed by Emile Durkheim is also relevant in analyzing this phenomenon. Anomie refers to a condition in which social norms weaken or even disappear so that individuals lose moral guidance in acting.[29] The Joget Sadbor phenomenon can be seen as a manifestation of anomie conditions in which traditional values and social norms are shaken by rapid technological and economic changes, prompting individuals to seek new ways to meet their economic needs, even if these methods have the potential to violate existing norms.

The long-term psychological and social impacts on the Joget Sadbor perpetrators also need to be considered. The labelling theory developed by Howard Becker can help in understanding how the social stigma that may arise from this activity can affect the perpetrator's identity and behaviour in the future.[30] Being labelled as a "digital beggar" or "cheap entertainer" can have negative consequences for the perpetrator's self-esteem and socio-economic prospects.

The Joget Sadbor phenomenon also reflects changes in social values in digital society. The theory of network society proposed by Manuel Castells can help in understanding how digital technology has changed social structures and the way individuals interact. In this context, Joget Sadbor can be seen as a form of society's adaptation to the logic of digital networks, where value is determined by online visibility and popularity.

Undang-Undang Nomor 44 Tahun 2008 tentang Pornografi also needs to be considered in analyzing this phenomenon. Although Joget Sadbor may not explicitly violate this law, it is necessary to examine whether some aspects of its performance have the potential to violate the norms of decency and morality stipulated in the law. Careful interpretation is needed to balance freedom of expression and protection of society's moral values.

The challenge of balancing digital creativity with protection against exploitation is also an important issue. The responsive legal theory developed by Philippe Nonet and Philip Selznick can provide a framework for understanding how law should adapt to social change while preserving fundamental values. In the context of Joget Sadbor, a flexible yet firm legal approach is needed to regulate digital innovation while protecting individual rights and social values.

---

[28] EM Paulus, 'Relevansi Pasal 504 Kuhp Tentang Pengemis Di Depan Umum,' (2016) 4 *Lex Et Societatis* https://ejournal.unsrat.ac.id/index.php/lexetsocietatis/article/view/11423.

[29] A M Arif, 'Perspektif Teori Sosial Emile Durkheim Dalam Sosiologi Pendidikan' (2020) 2(1) *Moderasi: Jurnal Studi Ilmu Pengetahuan Sosial* 1–14, https://moderasi.org/index.php/moderasi/article/view/28.

[30] R Fitriah and HYusuf, 'Penerapan Teori-Teori Kriminologi Dalam Sistem Peradilan Pidana Indonesia: Sebuah Analisis' (2024) 2(1) *Jurnal Intelek Dan Cendikiawan Nusantara*, 1498–1507.

Undang-Undang Nomor 23 Tahun 2002 tentang Perlindungan Anak, as amended several times, most recently by Undang-Undang Nomor 17 Tahun 2016, also has relevance in analyzing the Joget Sadbor phenomenon. If this activity involves children, either as actors or spectators, it is necessary to consider whether it can be categorized as economic or sexual exploitation of children which is prohibited by this law.

The theory of social justice proposed by John Rawls can also be used to analyze this phenomenon from the perspective of distributive justice. According to Rawls, social and economic inequality can only be justified if it provides the greatest benefit to the least fortunate members of society.[31] In the context of Joget Sadbor, it is necessary to consider whether this practice actually provides significant and sustainable economic benefits to the communities involved, or whether it actually exacerbates existing social inequality.

Finally, the Joget Sadbor phenomenon also raises questions about the responsibility of social media platforms in regulating content distributed through their services. Undang-Undang Nomor 40 Tahun 1999 tentang Pers, although it does not directly regulate social media platforms, can be a reference in understanding how digital content regulation should be carried out. A balance is needed between freedom of expression and the social responsibility of platforms in preventing the spread of potentially harmful or unlawful content.

5. Conclusion.

The phenomenon of Joget Sadbor and the practice of digital *saweran* reveal a legal vacuum in Indonesian regulations, although several laws such as the KUHP, the Undang-Undang ITE, and the Undang-Undang Perlindungan Anak can be interpreted for this case. The need for a more responsive and progressive legal framework is urgent to accommodate technological developments and social trends, while still paying attention to the protection of vulnerable groups, digital ethics, and social justice. A comprehensive legal approach is needed to consider the criminal, civil, social and ethical implications of this practice in the digital era.

The complex ethical, social and legal implications of this phenomenon reflect changing values in digital society and the challenges of balancing creativity with protection. Analysis using various social and legal theories suggests the need for a responsive approach to regulating digital innovation, protecting individual rights and social values, and considering the responsibilities of social media platforms in content regulation. This phenomenon also raises ethical dilemmas related to the exploitation of the self and vulnerable groups, highlighting the importance of adequate policies to face the challenges of the digital era.

[31] J Rawls, *A Theory of Justice* (Harvard University Press, 1971).

Troisi E, 'Verso una Giustizia Aumentata: considerazioni sull'integrazione dell'Intelligenza Artificiale nel settore giuridico. Il progetto Algoritmo 12' (2025) 1 EJPLT.
DOI: https://doi.org/10.57230/EJPLT251ET

EJPLT
ISSN 2704-8012

Verso una Giustizia Aumentata: considerazioni sull'integrazione dell'Intelligenza Artificiale nel settore giuridico. Il progetto Algoritmo 12

Towards Augmented Justice: Considerations on the Integration of Artificial Intelligence in the Legal Sector. The Algorithm 12 Project

EMILIANO TROISI
Post-Doc Research Fellow in Private Law
Università degli Studi Suor Orsola Benincasa

Abstract

Essendo inevitabile un'assimilazione, in qualche misura, degli strumenti di Intelligenza artificiale anche nel settore dei servizi giuridici, il contributo propone il modello della 'Giustizia Aumentata' ovvero di strumenti automatici di supporto alla decisione giuridica trasparenti e controllabili, in grado di efficientare la giustizia senza alterare i connotati e le cautele dello ius dicere e del ragionamento giuridico. Ci si sofferma, in particolare, sulla prima tappa della realizzazione di un sistema di cyberjustice, la creazione di un database giuridico, avvertendo della necessità, già in questa fase, di scelte di design coerenti e condivise, per via delle notevoli implicazioni tanto sul piano pratico-operativo che su quello etico-giuridico.

As the assimilation of artificial intelligence tools in the legal services sector becomes increasingly inevitable, this contribution introduces the concept of 'augmented justice.' This model envisions the implementation of transparent and controllable automated decision support tools, with the goal of enhancing judicial efficiency without compromising the formal characteristics of legal reasoning. The primary focus is on the crucial initial step for developing any cyberjustice system: the establishment of a legal database dedicated to training and operationalizing AI automated decision systems. Emphasis is placed on the imperative need for coherent and shared design choices due to their profound implications, both in practical-operational terms and in the ethical-legal domain.

Keywords: artificial intelligence; justice; cyberjustice; generative AI

Summary: Un'introduzione: i temi sul tavolo. – 1. Quale IA? L'ombra (o la promessa) dei modelli linguistici e dell'IA generativa. – 2. Primo passo: la creazione e gestione di un database giuridico. La necessità di un protocollo condiviso. – 3. Segue. Perché è imperativo considerare (tutti) i formanti. – 4. Acknowledgment. Il Progetto Algoritmo 12 del Centro di ricerca ReCEPL.

Un'introduzione: i temi sul tavolo[1].

È ormai irrealistico pensare che il diritto e l'amministrazione della giustizia possano prescindere dall'Intelligenza Artificiale (IA). Quale che sia la pervasività o la funzione che si immagini di attribuirvi nell'ambito della giurisdizione, l'adozione di sistemi automatici di decisione richiede una riflessione approfondita poiché implica inevitabilmente modifiche fondamentali, che coinvolgono le regole del processo come pure fondamenti di teoria generale, dal significato dell'interpretazione alla funzione stessa del diritto nella società contemporanea. [2] Non è inverosimile, ad esempio, che l'integrazione tecnologica conduca ad un graduale ridimensionamento del ruolo del linguaggio naturale nella tecnica legislativa, che in futuro potrebbe vedersi erodere sempre maggiori spazi in favore di linguaggi più formalizzati e che meglio si prestino alla scansione algoritmica[3]. Non manca, del resto, qualche esempio tendenzioso; a livello legislativo, come giurisprudenziale: si pensi al *favor* manifestato dalla Suprema Corte per la liquidazione tabellare del danno non patrimoniale, laddove le tabelle 'a punti' dei Tribunali di Milano e Roma attuano la clausola generale ricorrendo a un sistema di misurazione basato, di fatto, su una logica matematica.[4]

---

[1] Il contenuto di questo articolo corrisponde alla relazione tenuta nell'ambito della conferenza "*L'intelligenza artificiale nella giustizia: regolamentazione, sfide e opportunità*" tenutasi in data 29 settembre 2023 presso la Sede della Rappresentanza del Parlamento Europeo, Sala delle Bandiere, via Quattro Novembre, n. 149, Roma, organizzata nel quadro del Progetto 'PRODIGIT' (Pon), e promossa, tra gli altri, dal MEF - Dipartimento delle finanze e il Consiglio di Presidenza della giustizia tributaria. L'intervento, rappresentato dal dr. Emiliano Troisi, si inseriva nella Seconda Sessione dei lavori, dedicata al tema *"Intelligenza artificiale: opportunità tecnologiche, etica e diritti fondamentali"*, e presieduta dal Prof. Amedeo Santosuosso. Si ringrazia il Consiglio Nazionale Forense, e in particolar modo il Cons. Avv. Vittorio Minervini per aver voluto coinvolgere il Centro di Ricerca ReCEPL nell'interessante dibattito.

[2] Sulla prevalente funzione preventiva del diritto nella società contemporanea e il fondamentale ruolo degli strumenti informatici quali alleati del diritto nell'obiettivo di standardizzazione normativa dei comportamenti umani, v. F. Romeo, *Lezioni di logica ed informatica giuridica*, Torino, 2012, spec. 58 ss.

[3] Accenna all'impatto rivoluzionario che avrebbe l'abbandono del linguaggio naturale nel diritto, a partire dalla crisi del modello sussuntivo, F. Romeo, *Algoritmi di giustizia ed equità nel diritto. Quando razionalità ed emozionalità convergono*, in *i-lex*, 1/2012; Id, *The algorithmic justice. Law, ICT amd formal systems, explorations for a theoretical foundation*, in F. Romeo et al (a cura di), *Algorithmic conflict resolution. The CREA platform*, Napoli, 2020, 9-20.

[4] Sulle 'tabelle a punti' come prodromo della costruzione di algoritmi giuridici, v. G. D'Aietti, *Le tabelle a punti del danno da morte: una predittività (finalmente) concreta, misurata e realizzata da giuristi*, in *Foro It.*, 2022, 10, V, 284.

La tecnologia, d'altronde, permea il diritto come ogni altra dimensione umana e l'assimilazione dei nuovi metodi informatici nella giustizia appare ineludibile.[5] Peraltro, questo non implica, perciò stesso, un'adesione acritica alla suggestione di un giudice macchina – calcolatore *de la loi* – che promette di ristabilire la certezza in un'epoca giuridica segnata dall'incertezza. [6] La calcolabilità, se la si intende come prevedibilità delle decisioni delle controversie – questo è un punto fermo – è aspetto coessenziale al diritto, che basa la sua stessa funzione sociale sull'aspettativa: una precisa promessa di tutela, che ordina, creando affidamento, e che se delusa mette in questione l'intero sistema.[7] Ebbene, che l'aspettativa riposi nel significato delle parole che restituiscono il dato normativo ovvero nella sua concreta (e rigorosa) applicazione uniforme che 'vive' nel (e del) precedente, è da considerarsi normale, nel tempo in cui la memoria si affida alla tecnologia (supporti di memoria, si chiamano non a caso in informatica i dispositivi di archiviazione di dati), che della tecnologia disponibile ci si serva anche per organizzarla – questa 'memoria'[8] – e, da ultimo, elaborarla, ricavandone 'misure', predizioni, inferenze di decisioni giuridiche.[9] È nel (lunghissimo) filo che va da Leibniz, e il suo *jus dicere* come *calculus ratiocinator*[10], alla incauta avventatezza dell'Avvocato ammonito per aver affidato alla creatività 'generativa' di Chat GPT la ricerca del precedente rilevante[11], che si ritrova, non tanto la giustificazione, quanto piuttosto il segno dell'inevitabilità dell'integrazione dell'Intelligenza Artificiale nel settore giuridico.[12]

---

[5] La posizione, per quanto evocativamente, volutamente tradisce un certo determinismo quanto alla inevitabilità dell'integrazione dell'IA nel settore giuridico (nei termini di cui *infra* nel testo), pur richiamando ad un'attenta e cauta riflessione, ferma solo nel rigetto di ogni manifestazione di neo-luddismo giuridico.

[6] Vi si legga un riferimento a N. IRTI, *L'età della decodificazione*, Milano, 1979; nonché G. ALPA, *La certezza del diritto nell'età dell'incertezza* (Università degli Studi Suor Orsola Benincasa - Lezioni Magistrali), Napoli, 2006.

[7] Così N. IRTI, *Il tessitore di Goethe (per la decisione robotica)*, in A. CARLEO (a cura di), *Decisione robotica*, Bologna, 2019, 17-31, part. 18.

[8] Evocano, a proposito del rapporto funzionale tra predizione e memoria, il parallelo tra sistema biologico cognitivo e *jus dicere*, A. SANTOSUOSSO e G. SARTOR, *La giustizia predittiva: una visione realistica*, in *Giur. It.*, 7, 2022, 1759.

[9] Sulla *Consolle del Magistrato* e la sua trascurata funzione di *predictability*, v. I. Coppola, *Consolle del Magistrato: Carneade chi eracostui? Tra sistema di scrittura elettronica a banca dati di predictability. Qualche appunto.*, in European Journal of Privacy Law and Technology, 1, 2023, 219, DOI:10.57230/EJPLT231IC

[10] G. W. VON LEIBNIZ, *Dissertatio de arte combinatoria*, Lipsia, 1666, opera in cui il filosofo dedica alla certezza e calcolabilità del diritto la sezione decima sull'*Ars casus formandi in Jurisprudentia*. Il tema è ricorrente in altri suoi scritti minori o specifici: ID, *Nova Methodus Discendae Docendaeque Iurisprudentiae*, Francoforte, 1667; ID., *Ratio Corporis Juris reconcinnandi,* Berlino, 1668; ID., *Specimen certitudinis seu dimostrationum in jure*, Berlino, 1669.

[11] Lungo filo che fa tappa, naturalmente, presso la nota teoria weberiana del diritto 'calcolabile': cfr. M. WEBER, *Economia e società*, Milano, 1961. Per la vicenda di cronaca accennata, vv. B. WEISER, *Here's What Happens When Your Lawyer Uses ChatGPT*, *The New York Times*, 27 maggio 2023, online qui: https://www.nytimes.com/2023/05/27/nyregion/avianca-airline-lawsuit-chatgpt.html, o stando nei confini nazionali, Fanpage.it, *Un avvocato ha usato ChatGPT senza verificare le informazioni: come è stato scoperto*, 5 aprile 2025, https://www.fanpage.it/innovazione/tecnologia/un-avvocato-ha-usato-chatgpt-senza-verificare-le-informazioni-come-e-stato-scoperto/ accesso: 6 luglio 2025.

[12] Si noti che la calcolabilità giuridica trova riscontro anche nelle norme sull'esercizio della giurisdizione e in particolare nell'art. 65 ord. giud. che affida alla Suprema Corte la funzione cd. nomofilattica di assicurare l'esatta osservanza e l'interpretazione uniforme della legge. Così, N. IRTI, *Per un dialogo sulla calcolabilità giuridica*, in A. CARLEO, *Calcolabilità giuridica*, Bologna, 2017, 23.

Ciò detto, non ci addentriamo, volutamente, nella discussione su quale sia, o debba essere, il perimetro della IA nel dominio della giustizia;[13] quali i limiti; quali sistemi sia preferibile adottare – di decisione automatizzata o mero trattamento di decisioni e dati giudiziari[14] – o quale ruolo debbano avere – puro ausilio del giudice (nella decisione; nella valutazione delle prove; nella stesura del provvedimento; etc;) o fin invero suo sostituto (in procedimenti standard e ripetitivi; funzioni filtro; spoglio e stralcio; o nel solo ambito stragiudiziale e precontenzioso). Molti ci si sono soffermati o lo faranno, più esaustivamente, nel corso del dibattito.

In merito, sia consentito rilevare solo due cose, a conclusione di queste premesse.

Ci sembra – questa la prima – che l'ideale composizione della crisi – tra umanesimo e tecnica, per così dire[15] – ben la colga chi evoca a parallelo l'immagine efficace della 'guida assistita', di una tecnologia cioè, in giudizio come su strada, che non si sostituisca al pilota – il giudicante – bensì lo supporti, individuando normativa e giurisprudenza rilevante; magari possibili conflitti interpretativi; addirittura proponendo una motivazione. In questo scenario: laddove la decisione – al controllo umano – risultasse conforme, e il caso, dunque, sostanzialmente assimilabile ai precedenti, il giudice provvederebbe in maniera più spedita; in caso contrario, deciderebbe argomentando altrimenti, avvertito (e avvertendo in motivazione) dell'esistenza di precedenti difformi, specie di grado superiore.[16]

Se la propensione a cercare nella tecnologia risposte 'facili' a problemi complessi – sia essa per vocazione efficientista o 'pigrizia intellettuale' – è cosa ben comprensibile, ci pare che la soluzione di un problema giuridico richieda ancora la messa in campo di alcuni elementi non 'datizzabili' e dunque non gestibili – autonomamente, almeno – da un algoritmo. Va da sé – questa la seconda cosa – che la funzione più congrua, ma anche più utile al giudicante (e lo stesso dicasi per gli avvocati) è quella strumentale, di ausilio nell'ufficio

[13] Discussione a cui non si sottrae il legislatore, che nel disegno di legge italiano in materia di Intelligenza Artificiale (DDL S.1146, presentato al Senato il 20 maggio 2024) dedica uno specifico articolo, il 15, all'uso dell'intelligenza artificiale nell'attività giudiziaria. La proposta, che nella versione originaria tradiva una netta chiusura verso l'impiego dell'IA nei processi decisionali di natura giurisdizionale ("*1. I sistemi di intelligenza artificiale sono utilizzati esclusivamente per l'organizzazione e la semplificazione del lavoro giudiziario, nonché per la ricerca giurisprudenziale e dottrinale.* […]") perviene nel testo attualmente approvato all'esame delle Camere ad una posizione aperturista, sebbene improntata a condivisibile cautela ("*1. Nei casi di impiego dei sistemi di intelligenza artificiale nell'attività giudiziaria è sempre riservata al magistrato ogni decisione sull'interpretazione e sull'applicazione della legge, sulla valutazione dei fatti e delle prove e sull'adozione dei provvedimenti.* […]; cfr. testo nella versione approvata con modificazioni dal Senato della Repubblica il 20 marzo 2025). Il DDL, dopo l'approvazione con ulteriori modificazioni da parte della Camera dei deputati il 25 giugno 2025 (C. 2316), è attualmente all'esame del Senato in terza lettura.

[14] A queste ultime funzioni si ascriverebbe anche la cd. giustizia predittiva.

[15] Il riferimento è, naturalmente, a N. Irti ed E. Severino, *Dialogo su diritto e tecnica*, Bari, 2001

[16] Il richiamo è alla tesi di Punzi, che parla non a caso di un 'tecnoumanesimo', una nuova contaminazione positiva tra umano e macchina, in cui quest'ultimo ha l'ultima parola, ma è pur sempre supportato e, a sua volta, controllato nell'agire giurisdizionale dal sistema decisionale dotato di Intelligenza Artificiale. Si v. A. Punzi, Judge in the machine. *E se fossero le macchine a restituirci l'umanità del giudicare*?, in A. Carleo (a cura di), *Decisione robotica*, Bologna, 2019, 319, part. p. 329.

decisorio, con le cautele minime appena enunciate.[17] Uno strumento, quindi, che non si limiti a predire un certo esito decisionale probabile, bensì proponga una soluzione; se non argomentata, quantomeno documentata, controllabile e trasparente.[18]

1. Quale IA? L'ombra (o la promessa) dei modelli linguistici e dell'IA generativa.

Senza approfondire oltre un discorso che sarebbe troppo ampio, preme, invece, invocare chiarezza rispetto all'oggetto del dibattito odierno; in questo invero accodandoci ad altri interventi che si sono succeduti: tra tutti, la sollecitazione del Prof. Giovanni Pitruzzella ad introduzione della Prima Sessione.

Quando oggi parliamo di Intelligenza Artificiale, termine pure abusato e su cui – salvo operazioni trancianti – resta difficile fare chiarezza, dev'essere chiaro che ne parliamo guardando anche a qualcosa di più dei cd. sistemi esperti basati sulla conoscenza, che li si inserisca o meno nel nostro dibattito. Questi sono utilissimi al diritto; infatti – che siano istituzionalizzati o meno – sono già utilizzati in ambito giudiziale; ora per liquidare il danno non patrimoniale, ora per quantificare l'assegno divorzile, ad esempio [19]. Ambiti decisionali naturalmente segnati da un'intrinseca propensione e, del pari, una comprensibile spinta sociale, per una maggiore calcolabilità fondata sul sedimentarsi del precedente.

I *Legal Knowledge-based Systems* (o più precisamente i *Judicial Decision Support Systems, JDDS*[20]) rappresentano un tema, ed anche importante. Questi sistemi sono implementabili e migliorabili, e a lungo si può dibattere su come e se si possa *algoritmizzare* correttamente il ragionamento giuridico che dovrebbe animarne l'inferenza macchinica.[21] Ma è chiaro che la vera sfida al

[17] L. GATT, I.A. CAGGIANO, G. D'AIETTI, L. VIOLA, *Decisioni standardizzate e certezza del diritto*, in *La Nuova Procedura Civile*, Centro Studi Diritto Avanzato, ISSN 2281-869.

[18] Sulla trasparenza come requisito etico-giuridico delle tecnologie e dell'Intelligenza artificiale, nel senso di diritto ad una informazione significativa e ad una spiegazione algoritmica *ex post* in caso di decisione dell'IA non mediata dalla valutazione umana (processo decisionale automatizzato), si v. I.A. CAGGIANO, *Misurare la trasparenza: l'interpretazione del contratto alla prova delle nuove tecnologie*, in CORBI, FROSINI, VILLANI (a cura di) *Parrhesia in dialogo tra saperi. Studi per Lucio d'Alessandro*, vol. I, Napoli, 2023, pp. 377-389, spec. 378; v. anche E. TROISI, *Decisione algoritmica, Black-box e AI etica: il diritto di accesso come diritto di ottenere una spiegazione*, in *Jus civ.*, 4/2022, pp. 953-975.

[19] Il *software* di consulenza giuridica *ReMida* realizzato da Gianfranco D'Aietti ne è un noto esempio.

[20] Che ne rappresentano la declinazione applicativa al settore della decisione giuridica, con ciò riferendosi a strumenti informatici in grado di produrre in output predizioni, modelli o contenuti della decisione giudiziale. Propone questa classificazione E. VINCENTI, *Il «problema» del giudice-robot*, in A. CARLEO (a cura di), *Decisione robotica*, Bologna, 2019, 111, che richiama sul punto (p.112, nota n. 6) P.L.M. LUCATUORTO, *Teorie e modelli del diritto per il ragionamento giuridico automatico*, Milano, 2009, 13 ss.

[21] Dedicano un interessante approfondimento alla funzionalità dei sistemi basati sulla conoscenza Amedeo Santosuosso e Giovanni Sartor, che ne mettono in luce la difficoltà di tradurre la complessità delle problematiche giuridiche in una rappresentazione formalizzata di regole e concetti, quantomeno con operazione 'manuale'. Il contributo richiama tuttavia tecniche in corso di sperimentazione, anche

sistema della giustizia – in tutti i sensi: vantaggi e rischi – viene dalla possibile operatività di quelle tecniche di Intelligenza Artificiale che sono l'apprendimento automatico e il trattamento del linguaggio naturale (NLP). La IA cd. generativa; che, per quanto il progresso tecnologico ogni giorno sposti in là l'asticella del possibile, pare possa abbandonarsi in partenza l'idea che sia in grado di produrre risultati giustificabili al rigore dell'ermeneutica giuridica, almeno formale.[22] Piuttosto, anzi – e sia inteso provocatoriamente – è forse proprio la capacità induttiva di cogliere quelle correlazioni ultronee al ragionamento che rende questo strumento prezioso, e preciso nella predizione, seppure al rischio di risultati aberranti.[23]

2. Primo passo: la creazione e gestione di un database giuridico. La necessità di un protocollo condiviso.

Ciò detto, proviamo ad inserirci nella discussione introducendo alcune brevi considerazioni a margine, di rilievo invero trasversale – che restano valide, cioè, a prescindere dal maggiore o minore livello di automazione cui si vogliano riferire – e che si ricollegano alla prima tappa di qualsiasi progetto di informatizzazione della giustizia: la creazione e gestione di un database giuridico. Con ciò volendone sottolineare il carattere dirimente, tanto sul piano pratico-operativo, che su quello etico-giuridico. Campo, quest'ultimo, a cui la nostra sessione è dedicata.

È chiaro che premessa perché sistemi di gestione intelligente dei dati giudiziari possano svilupparsi e funzionare correttamente è l'accesso ai dati. Questi dati devono essere non solo trasparenti – naturalmente, assicurando la protezione dei dati personali[24] – ma anche informativi, ovvero contestualizzati e organizzati in modo che possano essere utilmente trattati informaticamente per ricavarne un valido elemento di conoscenza.

---

coinvolgenti l'uso di sistemi intelligenti NLP, che potrebbero ottimizzarne l'operatività (si v. A. SANTOSUOSSO e G. SARTOR, *Op.cit.*).

[22] Si v., tra gli altri, AA.VV., *Studio approfondito sull'utilizzo dell'intelligenza artificiale nei sistemi giudiziari, segnatamente delle applicazioni dell'intelligenza artificiale al trattamento di decisioni e dati giudiziari, Appendice I* alla *Carta etica europea sull'utilizzo dell'intelligenza artificiale nei sistemi giudiziari e negli ambiti connessi*, adottata dalla Commissione Europea per l'efficienza della giustizia (CEPEJ) del Consiglio d'Europa, CEPEJ (2018)14, Strasburgo, 3-4 dicembre 2018.

[23] Sull'approccio basato sull'uso di metodi ML per l'analisi automatica dei dati contenuti nei precedenti giudiziari per costruirvi rappresentazioni statistiche significative da porre alla base di decisioni sempre più precise con l'aumentare dei dati di esperienza, v. A. CARCATERRA, Machinae *autonome e decisione robotica*, in A. CARLEO (a cura di), *Decisione robotica*, Bologna, 2019, 33-61, part. 49.

[24] Sul punto, si consideri peraltro il recente arresto del TAR Lazio (sentenza del 17.4.25, n. 7625) che ha stabilito che l'oscuramento generalizzato dei dati personali nelle sentenze pubblicate nella Banca Dati di Merito del Ministero della Giustizia è illegittimo, invocando la necessità di misure che rispettino la normativa sulla privacy senza compromettere l'accessibilità alle sentenze. Per approfondire, tra i tanti, si v. C. DEL MORO e E. BONATO, *Banca Dati Pubblica sentenze di merito: illegittimo l'oscuramento massivo dei dati personali – TAR Lazio (Roma) 17.4.25, n. 7625*, in *Diritto di Internet*, 7 maggio 2025 (online). Disponibile qui: https://dirittodiinternet.it/banca-dati-pubblica-sentenze-di-merito-illegittimo-loscuramento-massivo-dei-dati-personali-tar-lazio-roma-17-4-25-n-7625/. Accesso: 6.07.2025

Contro la politica dei dati aperti, riteniamo che sia giusto, invece, selezionare i dati: troppi dati, trattati automaticamente, aumentano esponenzialmente il rischio di false correlazioni tra i dati stessi e quindi di inferenze infondate, errori. Alla selezione, peraltro, dovrebbe procedersi avendo cura di individuare dati significativi, completi, corretti. Ed ecco una prima scelta, rilevante, che si è chiamati a fare: quando un campione può dirsi significativo? Quando contempla, ad esempio, per una certa interpretazione possibile di una disposizione, tutte le variabili di fattispecie note all'esperienza giuridica, o anche solo le più comuni? E poi, soprattutto, quali dati? Precedenti di Cassazione o anche pronunce di merito e orientamenti locali? Solo la giurisprudenza?

Seguitando – e prima di tentare la risposta a qualcuno di questi interrogativi – questi dati è poi necessario organizzarli, o per meglio dire *pre-elaborarli*, ovvero classificarli, definirne e 'forzarne' dei criteri di confronto anziché, e prima, di affidare integralmente questa operazione all'algoritmo che se ne nutrirà (per la decisione automatica)[25].

Il motore inferenziale di un sistema intelligente di giustizia predittiva (al netto delle diverse tecniche utilizzate) fa infatti sostanzialmente questo, brutalmente semplificando: associa, e quindi confronta, dati di ingresso (nel nostro caso i fatti di causa e la motivazione) con dati di uscita (ossia, il dispositivo della decisione) individuandone correlazioni. Ma nel fare ciò applica non tanto regole di cognizione logica – che insomma potremmo pur latamente ricondurre ad un ragionamento umano, non volendo (ar)dire giuridico – bensì criteri statistici sensibili alla frequenza di un certo risultato di correlazione in base al quale identificano e "imparano", in autonomia, modelli decisionali contestualizzati che, messi in funzione, applicati cioè a dati nuovi (*i.e.*, determinati fatti di causa), restituiscono un risultato probabile: il probabile esito di una controversia; la probabile motivazione. Ma se questi, che sono i sistemi più avanzati, sono di fatto degli elaboratori statistici – non applicano, cioè, regole codificate che ricalchino, bene o male, il ragionamento giuridico[26], quindi logicamente giustificabile, ma modelli decisionali formati autonomamente in base alla incidenza statistica rilevata analizzando i contenuti di un *dataset* – allora l'affidabilità del sistema dipende fortemente: *a.* dalla qualità dei dati di *training*; *b.* dalla tecnica (di apprendimento automatico) cui si sceglie di fare ricorso.

[25] Operazione, questa, intesa come di pre-elaborazione, che si immagina non necessariamente compiuta con procedura 'manuale'; bensì, a sua volta, automatizzabile, magari assicurando, almeno in fase di test, una convalida o rinforzo 'umano'. Si v., ad esempio, K. ASHLEY, S. BRÜNINGHAUS, *Automatically classifying case texts and predicting outcomes*, in *Artificial Intelligence and Law*. 17 (2009) 2, 125-165, https://doi.org/10.1007/s10506-009-9077-9; L.K. BRANTING, C. PFEIFER, B. BROWN, et al., *Scalable and explainable legal prediction*, in *Artificial Intelligence and Law* 29/2021, 213–238, https://doi.org/10.1007/s10506-020-09273-1

[26] Come invece i sistemi basati sulla conoscenza utilizzati in ambito giuridico; per una panoramica sul funzionamento dei *KBSs*, v. A. SANTOSUOSSO e G. SARTOR, *Op.cit.*

Su questo (e vale per il punto *sub a.* come per quello, collegato, *sub. b.*) incide non solo selezionare adeguatamente i dati da 'dare in pasto' al sistema, ma anche – appunto – organizzarli in modo da avere un peso attivo nell'apprendimento induttivo dell'IA basata su metodi di analisi di linguaggio. Vale a dire che se si interviene – con modalità preconfigurate – per regolare l'associazione dei dati in modo che avvenga tra gruppi lessicali (o concettuali) ben individuati, che corrispondono a precise sezioni di una decisione – non solo elementi di una frase e di un testo, ma segmenti dotati di un significato tecnico-giuridico ben preciso (*e.g.* un riferimento normativo, un elemento istruttorio) – ciò può determinare livelli maggiori di efficacia e precisione predittiva della decisione.

Si tratta, insomma, di definire un sistema di classificazione dei precedenti, o per meglio dire dei dati giuridici implicati (per fattori chiave: elementi della fattispecie sussunta, riferimento normativo ecc..); di stabilire, cioè, delle griglie analitiche in base alle quali (estrarre e) 'archiviare' i contenuti in modo da dare risalto agli elementi di significato giuridico.[27] La stessa scelta se massimare o meno i provvedimenti (*rectius*: se alimentare il database con decisioni in formato integrale ovvero sue 'sintesi' concettuali) – e se sì, in che modo, purché uniforme e coerente – può avere un enorme impatto sulla funzionalità del sistema che si 'addestrerà' su quei dati giurisprudenziali che ne formano il *database*.[28] L'importante è avere ben chiaro che tale criterio deve guardare non all'informazione giuridica di un operatore umano ma ad un congeniale trattamento informatico del dato restituito, e deve trovare, naturalmente, sinottico e funzionale conforto nelle istruzioni e proprietà analitiche del sistema intelligente che tale dato processerà per ricavarne una decisione.[29]

Più tecnicamente, le funzioni di analisi del linguaggio con cui il sistema procede all'esame automatico del testo e all'estrazione di conoscenza devono essere adeguate al grado di regolarità formale del testo che stanno analizzando (i.*e*, una sentenza, una disposizione normativa) e in linea con l'organizzazione dei dati nel database di riferimento, a sua volta congegnata in modo da assecondare un'inferenza giuridica per automatico.

In sintesi, occorre individuare un modo condiviso per formalizzare il più possibile il linguaggio naturale, benché tecnico, della decisione, e portarlo sul

---

[27] Riflessioni simili si facevano già, seppur con riferimento alla impostazione e addestramento di sistemi artificiale per la misurazione della comprensibilità di un testo contrattuale, in I.A. CAGGIANO, *Misurare la trasparenza: l'interpretazione del contratto alla prova delle nuove tecnologie*, cit., p. 387.

[28] Conforta, in tal senso, l'impostazione concettuale dell'esperienza di *legal summarisation* con modelli LLMs come emerge dai primi risultati pubblicati del Progetto PRODIGIT (cfr. T. DAL PONT, F. GALLI, A. LOREGGIA, G. PISANO, R. ROVATTI, G. SARTOR, *Legal Summarisation through LLMs: The PRODIGIT Project*, arXiv, 2023, https://arxiv.org/pdf/2308.04416.pdf), sebbene – ma si tratta di prime impressioni a caldo – sollevi dei dubbi operativi (in applicazione ad un futuro sistema di *cyberjustice* decisionale) la sintesi '*abstractive*' affidata ad IA generativa: la forma discorsiva dell'*output*, per quanto fedele, non produce dati formalizzati su cui 'allenare' un sistema decisionale ad autoapprendimento ovvero 'costruire' un più semplice sistema esperto KB.

[29] È segnatamente sotto quest'unico profilo che ci sembra criticabile il pur meritorio e avanzato (primo) prodotto di PRODIGIT; v. nota precedente.

piano di un possibile dialogo costruttivo coi modi e i metodi matematici dell'informatica. Tutto ciò per evitare che, lasciando completamente questa formalizzazione all'Intelligenza Artificiale, si snaturi il dato giuridico e la sua riferibilità normativa.

Questa scelta, però, non è neutrale. È anzi – si consenta il termine – nomofilattica; in quanto naturalmente incide sul formarsi della regola decisionale automatizzata: che la si usi per prevedere soltanto l'esito di una controversia, ovvero, in buona sostanza, deciderla.[30] È una scelta, quindi, che non può essere che condivisa e che non può appaltarsi esclusivamente all'ingegnere della conoscenza o all'informatico; compete, anzi, al giurista e alle Istituzioni di settore (il Ministero della Giustizia, il MEF, ma anche Università, CSM, CNF e, perché no, CNN), e richiede un protocollo comune, partecipato, aperto a tutti gli *stakeholders*, sul modello ormai consueto delle *policy* europee.

Non si può fare a meno di avvertire che l'attuale modo – frequente – di procedere, che vede accordi tra singoli tribunali, università e aziende informatiche private, [31] ovvero a livello ministeriale ma per determinati comparti soltanto – quello tributario, appunto, nel caso di PRODIGIT – appare piuttosto scomposto, in quanto consistente nella creazione di database locali o di settore costruiti in base a criteri non conformi a nessun protocollo comune e perciò privi di interoperabilità, isolati e non comunicanti. Attività meritoria per la ricerca, ma che rischia di essere poco utile al comparto giustizia.[32]

3. Segue. Perché è imperativo considerare (tutti) i formanti.

Quali dati inserire in un database giuridico e in che modo organizzarli rappresentano, dunque, aspetti del *design* di un database giuridico alla cui radice sono valutazioni complesse e che – tenendo a mente quanto si è provato a dire – non possono che tenere conto, fin dalla progettazione, dello specifico trattamento automatico a cui si intende destinarli: l'estrazione di conoscenza.

---

[30] Anche in sistemi controllabili dall'utente umano in cui al giudice o all'avvocato spetti l'ultima parola, non si trascuri il cosiddetto 'effetto gregge', ovvero la tendenza a fare eccessivo affidamento sulla soluzione proposta dall'algoritmo rinunciando ad una valutazione realmente critica e l'implicita assunzione di responsabilità che comporterebbe, con l'effetto di sedimentare la decisione sul precedente e, a lungo andare, di possibile *deskilling* professionale.

[31] La Relazione del CSM sullo stato della Giustizia telematica (anno 2021), al paragrafo 7, intitolato evocativamente 'Intelligenza artificiale e giustizia predittiva', riporta, ad esempio, molto succintamente, che "*in questo contesto sono in corso, negli uffici di alcune Corti d'Appello (tra le quali Venezia, Brescia e Genova) progetti finalizzati a sperimentare l'utilizzo di sistemi di intelligenza artificiale nell'attività giudiziaria con particolare riferimento alla sistematizzazione del patrimonio giurisprudenziale*". Il testo integrale della relazione è consultabile online al seguente collegamento: https://www.csm.it/documents/21768/87316/relazione+giustizia+telematica+21+dicembre+2021/481e5070-71a6-fd0a-143b-71127585c883

[32] Le preoccupazioni dovute ad un'organizzazione non armonica nella scommessa sulla *cyberjustice* italiana si sono già espresse nelle parole della direttrice del Centro ReCEPL, Lucilla Gatt, raccolte dall'intervista di Gennaro Grimolizzi per lo speciale de Il Dubbio n. 69 del 23 Ottobre 2023 dedicata proprio all'evoluzione dell'Intelligenza Artificiale nel settore della giustizia.

Quest'ultima che, al netto della tecnica di IA utilizzata, si condenserebbe in modelli decisionali inferiti dalla pratica giudiziaria (*i.e.,* i precedenti), automaticamente classificati in modo da potersi, poi, applicare ai dati (altri) del singolo caso *sub iudice*, restituendo – ad esito di un'elaborazione – il probabile esito della controversia e, magari, la probabile motivazione.

Ci si chiede, dunque: perché, organizzando il database, ci si dovrebbe limitare al dato giurisprudenziale? Perché non far confluire anche gli altri formanti,[33] quello normativo *in primis,* nel bacino di informazioni cui il sistema dovrebbe attingere per 'imparare' ad applicare il diritto?

Se non si può modellizzare anticipatamente il ragionamento giuridico – insomma se diamo per certo che una macchina (*rectius*: i modelli complessi dotati di *machine learning*, se non altro) non potrà mai riprodurre quella esatta funzione cognitivo-culturale che è propria dell'interprete umano della legge – occorre interrogarsi quantomeno su cosa debba intendersi per 'ragionare giuridicamente', ovvero a quali parametri minimi comunque debba (o dovrà) rispondere un certo sistema intelligente per integrarsi validamente nell' amministrazione della giustizia, nel supporto coerente al magistrato o all'avvocato.

La risposta non potrà in ogni caso trascurare il ruolo del principale riferimento dell'operazione ermeneutica, il dato normativo, inteso qui come la disposizione, ovvero l'enunciato linguistico che, per via dell'interpretazione, si fa mezzo della norma. Escluderlo dal *set* di dati su cui dovranno formarsi, per inferenza macchinica, le basi logiche del ragionamento 'giuridico' per automatico, sovvertirebbe la normale successione dei formanti, sostituendo al 'contenibile' della norma, il contenuto dei precedenti che la applicano, così deformandola.

Inoltre, è lecito temere che la logica quantitativa della maggior frequenza statistica (che sostanzia le 'decisioni' dell'IA e ne caratterizza l'apprendimento automatico), per quanto corretta dalla considerazione di più e più variabili e la sottoposizione di dati giurisprudenziali significativi e ben organizzati, possa rischiare di appiattire il ragionamento giuridico all'orientamento interpretativo prevalente, oltre che al mero ripetersi del precedente.

È vero che il sistema informatico si 'educa' alla decisione giuridica osservando il diritto applicato (ai fatti), e non potrebbe essere altrimenti, ma quest'ultimo è pur sempre frutto di un contenuto logicamente e formalmente riferibile alla norma interpretata, con essa intendendosi tutto il possibile portato semantico della disposizione interessata. Questa progressione va

[33] I riferimenti sono naturalmente alle strutture elaborate da Sacco nell'ambito della sua teoria dei formanti; v. R. SACCO, *Legal Formants: A Dynamic Approach To Comparative Law*, in *The American Journal of Comparative Law*, Vol. 39, Issue 1, 1991, 1-34, https://doi.org/10.2307/840669; R. SACCO, *Legal Formants: A Dynamic Approach to Comparative Law (Installment II of II)*, in *The American Journal of Comparative Law*, Vol. 39, Issue 2, 1991, 343-401, https://doi.org/10.2307/840784.

rispettata; almeno nei limiti della corretta impostazione dell'inferenza macchinica.

Vale a dire, quindi, che se anche il sistema decisionale non potesse imparare a 'interpretare' la disposizione come un ermeneuta umano, ma solo individuare correlazioni statistiche circa gli esiti e le variabili della sua concreta applicazione (ricavata dal precedente), comunque, e anzi a maggior ragione, avrebbe senso considerare e includere il dato legislativo esteso nei dati elaborandi. Vieppiù, nei limiti del tecnicamente possibile, dare dignità distinta e preminente al dato normativo rispetto a quello giurisprudenziale nell'associazione matematica tra dati compiuta dalla macchina, consentirebbe correlazioni, e dunque modelli decisionali, meglio contestualizzati e più aderenti al rigore formale della decisione giuridica.

Se tutto quanto detto è vero, nonché tecnicamente traducibile con esito apprezzabile, non spetterebbe allora, pure – *mutatis mutandis* – un qualche ruolo al dato dottrinale? Ciò in funzione del ruolo suo più proprio, ovvero esprimere interpretazioni possibili (e diverse) del dato normativo, facilitando e supportando il ragionamento interpretativo del giudice sul caso concreto. In ipotesi, opportunamente applicata alla decisone automatica, la dottrina arricchirebbe quindi il modello di elasticità decisionale di fronte al *quid novi* litigioso, ovvero impedirebbe il neutralizzarsi dell'interpretazione evolutiva nell'eterno ritorno (di calcolo) al precedente. *Ça va sans dire*, anche la dottrina andrebbe in tal senso selezionata secondo criteri di significanza condivisi.

Insomma, c'è da chiedersi come il ruolo di tutti i formanti del diritto possa conservarsi assolto in modo funzionale, accettabile e comunque coerente, in un sistema di decisione giuridica completamente automatizzato. E naturalmente come lo si realizza tecnicamente: ad esempio, contemplando un'interfaccia che esplichi all'utente esperto le fasi ragionative con rimandi ai singoli formanti.

Un sistema di questo tipo restituirebbe al giurista un supporto realmente valido, resistente anche a soluzioni che richiedano un'interpretazione estensiva e analogica o allorché si affrontino questioni nuove. In fin dei conti, si tratterebbe di nulla più che un avanzato sistema di ricerca giuridica, arricchito di funzioni predittive e di calcolo decisionale, che fornisca al professionista strumenti che pur sempre dovrà poter vagliare e necessariamente integrare con la propria esperienza.[34]

Questi interrogativi, tutt'altro che di esile soluzione, riportano ad un'attenta considerazione sul piano pratico – parallelamente a quello teorico – che, se davvero si vuole intentare la via della giustizia per automatico, bisogna ormai incipiare e che richiede l'iniziativa e la discrezione del giurista e delle Istituzioni

[34] Appare questa l'unica soluzione compatibile con l'esigenza di speditezza ed efficienza giurisdizionale, che sia anche in grado di rispondere alle preoccupazioni della classe forense puntualmente espresse dal Consigliere del CNF e vicepresidente della Fondazione dell'Avvocatura italiana Vittorio Minervini nella bella intervista rilasciata a Gennaro Grimolizzi per lo speciale de Il Dubbio n. 69 del 23 Ottobre 2023, dedicato proprio all'evoluzione dell'Intelligenza Artificiale nel settore della giustizia.

nello scioglierne i nodi e nel definire il metodo coi quali li si affronta: condiviso, partecipato, trasparente, democratico. Ne va di una giustizia 'intelligente' che sia etica e rispettosa dei diritti fondamentali – come si suol dire – *by design*.

4. *Acknowledgment*. Il Progetto Algoritmo 12 del Centro di ricerca ReCEPL.

Le brevi considerazioni esposte, e che naturalmente omettono di affrontare molti altri problemi che pure esigerebbero trattazione, sono parte delle premesse concettuali o risultato di un insieme di attività di ricerca che il Centro ReCEPL [35] sta da tempo conducendo sui temi dell'Etica nello sviluppo dei sistemi di Intelligenza Artificiale, nonché, in particolare della *cyberjustice*, della giurimetria e della giustizia predittiva.

Le riflessioni proposte riflettono l'opinione scientifica e critica dell'autore e sono il risultato di un percorso di studio, confronto e discussione maturato anche grazie al dialogo con le professoresse Lucilla Gatt e Ilaria Amelia Caggiano, che ricoprono rispettivamente il ruolo di direttrice e vice-direttrice del Centro ReCEPL.

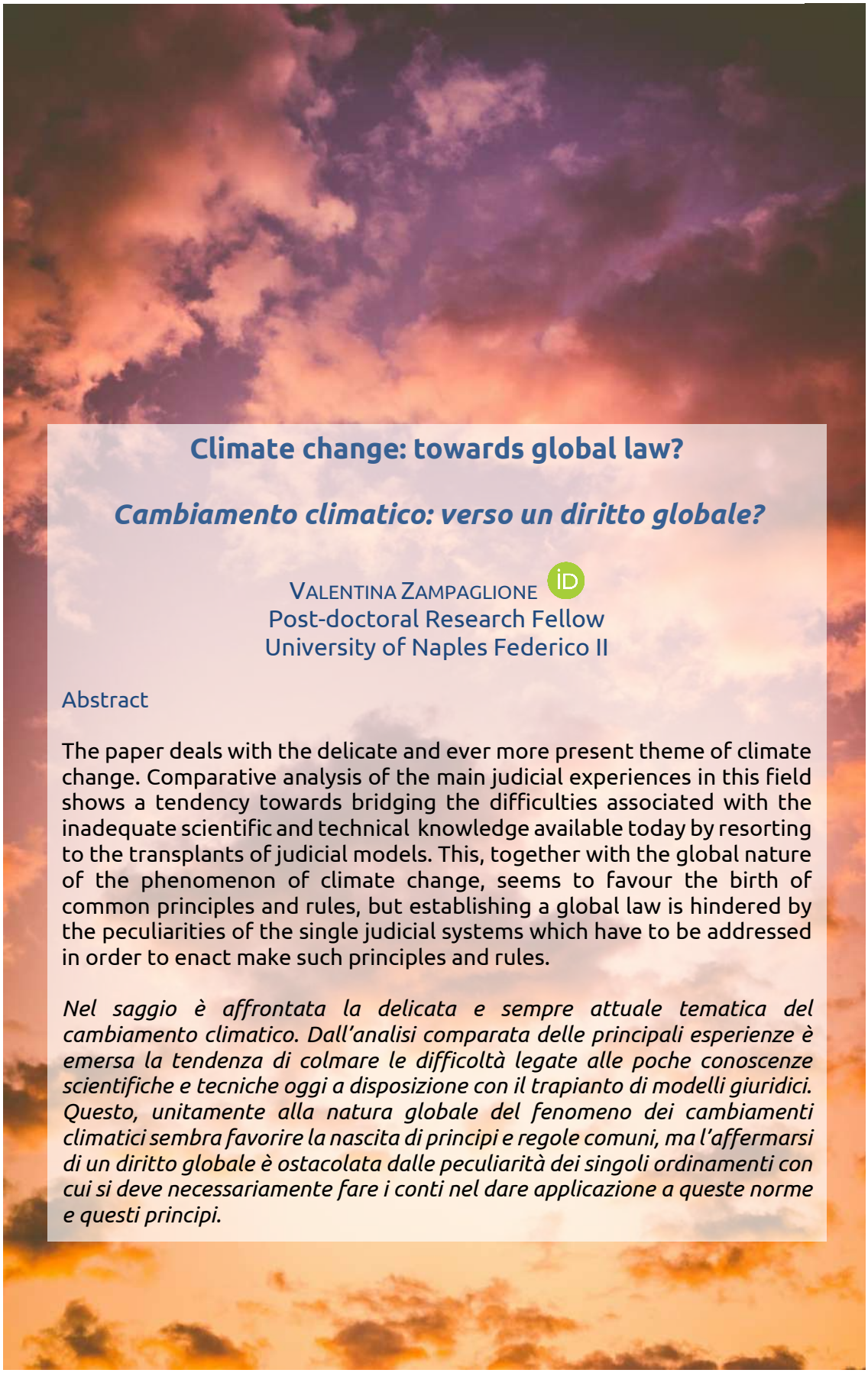
Tra le attività del Centro, il Progetto denominato *Algoritmo 12*, segnatamente, mira a innovare il campo della formazione e dell'esercizio delle professioni giuridiche attraverso l'implementazione di metodologie innovative supportate dall'Intelligenza Artificiale, in particolare dall'utilizzo di sistemi ad apprendimento automatico. La prospettiva adottata propone la formula della "Giustizia Aumentata" intesa come potenziamento delle tradizionali competenze professionali supportate e non esautorate dall'utilizzo delle tecnologie. L'obiettivo è costruire sistemi di supporto al ragionamento giuridico che si basino su modelli decisionali verificabili, documentati e trasparenti, in grado di agevolare il lavoro del professionista nell'esame delle questioni giuridiche e nella predisposizione degli atti del caso.

Centrale è, in particolare, la modellizzazione del procedimento di interpretazione normativa (cfr. Art. 12 Disp. Prel.) e del ragionamento giuridico sul caso concreto, onde costruire e addestrare un modello semantico capace di leggere adeguatamente le variabili di fattispecie (o del contenzioso) e produrre inferenze giuridiche accurate e trasparenti. Il lavoro, condotto da un *team* interdisciplinare, si estende alla realizzazione di un'interfaccia usabile che assicuri la verificabilità dell'*output* decisionale, identifichi contrasti interpretativi e predica risultati interpretativi/esiti di giudizio.

[35] *Research Centre of European Private Law* presso l'Università degli Studi di Napoli Suor Orsola Benincasa; https://www.unisob.na.it/ateneo/c008_h.htm?vr=1&lg=it

Zampaglione V, 'Climate change: towards global law?' (2025) 1 EJPLT.
DOI: https://doi.org/10.57230/EJPLT251VZ

EJPLT
ISSN 2704-8012



Climate change: towards global law?

Cambiamento climatico: verso un diritto globale?

VALENTINA ZAMPAGLIONE
Post-doctoral Research Fellow
University of Naples Federico II

Abstract

The paper deals with the delicate and ever more present theme of climate change. Comparative analysis of the main judicial experiences in this field shows a tendency towards bridging the difficulties associated with the inadequate scientific and technical knowledge available today by resorting to the transplants of judicial models. This, together with the global nature of the phenomenon of climate change, seems to favour the birth of common principles and rules, but establishing a global law is hindered by the peculiarities of the single judicial systems which have to be addressed in order to enact make such principles and rules.

Nel saggio è affrontata la delicata e sempre attuale tematica del cambiamento climatico. Dall'analisi comparata delle principali esperienze è emersa la tendenza di colmare le difficoltà legate alle poche conoscenze scientifiche e tecniche oggi a disposizione con il trapianto di modelli giuridici. Questo, unitamente alla natura globale del fenomeno dei cambiamenti climatici sembra favorire la nascita di principi e regole comuni, ma l'affermarsi di un diritto globale è ostacolata dalle peculiarità dei singoli ordinamenti con cui si deve necessariamente fare i conti nel dare applicazione a queste norme e questi principi.

© The author(s) 2025, 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: Climate change; environment; climate law; climate change litigation; universal judgement; PNACC; public trust doctrine; legal transplants

Summary: 1. Introduction: climate change. – 2. Climate change and the environment in the light of the PNACC. – 3. The influence of the US experience. – 4. The contribution of climate change litigation. – 5. Conclusion: a tendency towards global law.

1. Introduction: climate change.

Recent innovations that have involved the Italian legal system, like approval of the Piano Nazionale di Adattamento al Cambiamento Climatico (PNACC)[1] of 21st December 2023 and the definition of 'universe judgement' with Sentence N°. 35542 of 21st February 2024 from the Tribunal of Rome, suggest there is a need to examine the law's approach to climate change, a phenomenon which is very much with us and of interest for the global community.

In fact, with regard to climate change[2] jurists are playing a strategic role, especially because we are still in a period when scientific knowledge on the subject is just out of its infancy.

This is a challenge that the global community has had to face, and it requires coordinated action at all levels of government and among the various fields of knowledge and involving civil society.[3]

Phenomena which are an expression of climate affect the entire planet, irrespective of place where the polluting emissions occur and are associated with the alteration of the balance of greenhouse gases present in the atmosphere.[4]

In the following pages, after a preliminary attempt to distinguish the relationship between environmental and climate change, I shall try to shine light on the current tendencies towards a global law and the contribution of

[1] National Plan for Adapting to Climate Change.

[2] According to ST Jackson climate change is the periodic modification of the world's climate caused by changes occurring in the atmosphere, also through the interaction of the same and other factors concerning the biological, chemical, geological and geographical nature of the Earth as a system. ST Jackson, "Climate change", Encyclopedia Britannica (27 April 2021), www. britannica.com. Scientific recognition of the phenomenon started at the end of the 19th century cfr.: D Bodansky, J Brunnée, L Rajamani, *International Climate Change Law* (Oxford University Press 2017) 97. According to the IPPC the causes of climate change can be variously traced to natural internal processes and external forces, like the modulation of sun cycles, volcanic eruptions and persistent anthropogenic changes in the composition of the atmosphere, that is, the use of the planet. Cfr. IPCC [JBR Matthews (eds.)] 'Annex I: Glossary?, in Masson- Delmotte, VP Zhai, HO Pörtner, et all., *Global Warming of 1.5°C. An IPCC Special Report on the impacts of global warming of 1.5°C above pre-industrial levels and related global greenhouse gas emission pathways, in the context of strengthening the global response to the threat of climate change, sustainable development, and efforts to eradicate poverty,* (2018) www.ipcc.ch.

[3] On the role of civil society in the governance of the environment cfr.: T Bernauer, C Betzold, 'Civil society in global environmental governance' (2012) 21 The Journal of Environment & Development, 62.

[4] Cfr. PH Sand, 'The evolution of international environmental law', in D Bodansky, J Brunnée, E Hey (*eds.*), *The Oxford handbook of international environmental law* (Oxford University press 2008), 29-43.

climate change litigation[5] in this formative argument, putting a spotlight on the influence of the US experience.

2. Climate change and the environment in the light of the PNACC.

The initial profile that needs to be discussed is that of the relationship between climate change and the environment and how this is addressed by the PNACC.

The PNACC was adopted through Decree No. 434 of 21st December 2023 of the Ministry of the Environment and Energy Safety (MASE) and is an expression of the new approach, inaugurated by the Paris Agreement of 2015, which coupled the planning and implementation of actions to adapt to climate change with actions of mitigation, that is, actions aimed at reducing greenhouse gases present in the atmosphere. Prior to the Agreement such global policies only centred on actions for mitigation. [6] However, the relationship between the two instruments is not one of parity. Mitigation is the primary means of prevention of damage from climate change. Adaption, instead, is a secondary instrument that aims at reducing the negative effects and consequences of climate change, and if possible, exploiting the positive consequences, thereby limiting the damage while awaiting the elimination of the causes through actions of mitigation.

The PNACC itself is part of what may be considered third level of regulations, after Community law (which constitutes the second level) and international law (the first level). The juridical picture of the subject of climate change is multi-level and strongly fragmented because it derives from numerous uncoordinated supra-national and national juridical instruments with differing areas of application and enforcement powers.[7]

The national plan contains adaptation measures for Italy, a nation situated in the so-called Mediterranean Hotspot,[8] and has the objective of "providing a picture of the national direction for minimising possible risks deriving from climate change, improving the capacity of resilience and adaptation of the socio-economic and natural systems, as well as taking advantage of the possible opportunities that may arise with the new climatic conditions".

What is most important to stress is that in reconstructing the normative picture of reference reveals the MASE how the theme of climate change was initiated within environmental law, though having connections with other

[5] Inter alia B Pozzo, 'The climate change litigation in a comparative law perspective', in F Sindico, MM Mbengue (*eds.*), *Comparative Climate Change Litigation: Beyond the Usual Suspects* (Springer 2021), 603; W Kahl, MP Weller (*eds.*), *Climate Change Litigation. A Handbook* (Beck, Hart, Nomos 2021); J Peel, H Osofsky, *Climate Change Litigation: Regulatory Pathways to Cleaner Energy* (Cambridge University Press 2015); M Spitzer, B Burtscher, 'Liability for Climate Change: Cases, Challenges and Concepts' (2017) 2 JETL, 137-176.

[6] On this issue cfr. M Del Signore, 'Introduzione al convegno "Il cambiamento climatico: tra mitigazione e adattamento" (2021) 1 Rivista giuridica dell'ambiente, 1; S Nespor, 'Considerazioni preliminari su mitigazione e adattamento in tema di cambiamento climatico' (2021) 1 Rivista giuridica dell'ambiente, 7.

[7] Cfr. inter alia A Averchenkova, S Fankhauser, M Nachmany (eds.), *Trends in Climate Change Legislation, Cheltenham*, (Edward Elgar Publishing 2017); DA Farber, M Peeters (eds.), *Climate Change Law* (Edward Elgar Publishing 2016); KR Gray, R Tarasofsky, C Cinnamon (eds.), *Oxford Handbook of International Climate Change Law* (Oxford University Press 2016); A Van Harro, F Sindico, M Mehling, Global Climate Change and the Fragmentation of International Law (2008) 30 (4) Law & Policy, 423.

[8] An area particularly exposed to phenomena associated with climate change.

branches of law, like international law and energy law, and that a true climate law is progressively being defined. Therefore, it is natural to ask up to what level are the principles and rules of environmental law applicable in the field of climate law.[9]

The text of the UE directive 2004/35/CE, implemented by Italy under Legislative Decree N°. 152/2006, clearly specifies (part six) that "civic liability cannot be applied to all forms of environmental damage" and that for any such liability to be effective it is necessary that there are one or more identifiable polluters, the damage is concrete and quantifiable and that the causal relationship between the damages and the polluter are established. The directive also makes it clear that "civil liability" is not an instrument fit for treating pollution of a widespread and general nature and in cases where it is impossible to connect the negative environmental effects to acts or omissions of some single subjects.

So, the norm in question does not appear to be applicable to what is, by definition, a phenomenon on a global scale. Climate change, in fact, involves the entire biosphere and is not retraceable to a specific territorial setting. Besides, the damages occur over an extended length of time, it is tendentially irreversible, dynamic and not circumscribed and it is the collectivity in general that incurs damages. To this it may be added that even though climate change is recognised by the scientific world as an anthropic phenomenon, it is substantially impossible to ascertain strict relationships of causality (that among other things, for environmental law, is placed as a *condicio sine qua non* of admissibility of legal action), among the different and multiple causes that contribute to climate change and the impacts that derive from them. Besides, actions that directly and indirectly contribute to climate change, there are often legal and authorised within the profile of environmental law. Finally, it must be recalled that the effects, like the causes, of climate change are global, transversal and non-territorial.

Because of their characteristics damages from climate change cannot, therefore, be treated under environmental law[10] nor is it possible to undertake legal action for extracontractual liability under today's procedures. This lack of protection does not occur only in the Italian system. At a global level the results of most legal actions are not very positive, but despite this there is an increasing tendency of resorting to legal procedures.

The result is particularly complex because, besides the difficulties with regard to the right to bring forward legal action (standing), the need to prove a causal relationship [11] and the quantification of damages, there are also problems of legal certainty, parity of treatment and intergenerational responsibility, and respect of the principle of separation of powers and national sovereignty.

[9] This is also particularly interesting under the profile of concrete achievable actions to achieve attaining the objectives for CO2 emissions reduction and adherence the planning of the energy transition, as well as for possible payments of possible and correlated damages, which, however, we cannot dwell on in this work.
[10] Even the damaged parties themselves are aware of this: neither citizens nor associations have started procedures for the assessment of environmental damages under Part VI of legislative degree N° 152/2006.
[11] For all systems which, like the Italian system, subordinate civil liability to the rigorous proof of the causal relationship between damages and the event.

3. The influence of the US experience.

The global nature of the issue, incomplete scientific knowledge and inadequate technical expertise severely limit the application of national and regional legal approaches, meaning that experience from other jurisdictions can be of great use. It is not sufficient only to leave the confines of the Italian system but, despite its attempts to be a leading influence on climate policies, it is also necessary to go outside the UE and to look at experiences elsewhere.[12]

Among all possible reference points the situation in the United States is interesting.[13] In the USA no administrative and legislative action had been taken at a federal level to face the problem of climate change until the Clean Power Plan of 2015.[14] Faced with the disinterest of the legislature to enact new regulations, a massive use of resorting to judicial action has come about, which is distinguished for the innovation of its underlying arguments. This has also become a source of inspiration in other judicial systems and the origin of the phenomenon of legal transplants.[15]

Among the various underlying arguments of the actions it is worth noting the public trust doctrine (PTD),[16] not so much in terms of its validity, which is still in doubt, (as confirmed by the uninspiring results of the actions[17]), but because of its capacity to influence other systems not only the common law ones[18] but also the mixed ones[19] and also, with some amendments, the civil law

[12] Cfr.: L Van Schaik, S Schunz, 'Explaining EU activism and impact in global climate politics: is the Union a norm-or interest-driven actor?' (2012) 50 JCMS, 169; G Marín Durán, E Morgera, *Environmental Integration in the EU's external Relations, Beyond Multilateral Dimensions* (Hart Publishing 2012), 12.

[13] Both for the high number of legal cases arising in the setting of climate change and for the innovation of the approaches adopted. Neither should it be overlooked that the US system had to deal with this type of problem before others.

[14] Cfr.: MB Gerrard, 'United States Climate Change Law', in KR Gray, R Tarasofsky, C Carlarne (eds.), *Oxford Handbook of International Climate Change Law* (Oxford University Press 2016); CP Carlarne, *Climate Change Law and Policy: EU and US Approaches* (Oxford University Press 2010).

[15] On the phenomenon of the circulation of judicial models cfr.: R Sacco, *Introduzione al diritto comparato* (UTET 1990); A Gambaro, R Sacco, *Sistemi giuridici comparati*, (Utet 1996), 30; A Watson, *Legal transplants: an approach to comparative law* (The University of Georgia Press 1974); JA Sánchez Cordero (eds.), *Legal cultures and legal transplants, Reports to the XVIIIth International Congress of Comparative Law*, (2011) 1 (2) Isaidat Law Review, 1-1188.

[16] RM Pemberton, MC Blumm, 'Emerging Best Practices in International Atmospheric Trust Case Law' (2022) 5 Utah Law Review, 942; S Fanetti, Public trust doctrine e cambiamenti climatici: uno sguardo agli Stati Uniti e oltre, in M Graziadei, M Timoteo, A Carpi (eds.), *Chi resiste alla globalizzazione? Globalismi, regionalismi, nazionalismi nel diritto del XXI secolo. Atti del VII convegno nazionale SIRD* (Bologna University Press 2023), 121.

[17] The only exception is the ordinance issued by judge Aiken in the well-known Juliana case, later overturned by the Ninth Circuit Court of Appeal, Juliana v. United States, 947 F.ed 1159 (9th Cir. 2020).

[18] J Razzaque, 'Application of public trust doctrine in Indian environmental cases', (2001) 13 Journal of Environmental Law, 221. The Supreme Court of India recognised public trust in 1996, in an opinion that quoted Professor Sax's article.

[19] By way of example one may consider that in India and in the Philippines the Supreme Courts have recognised the PTD as an integral part of the system (for India cfr.: *MC Mehta v. Kamal Nath and others* (1997 1 SCC 388); and for the Philippines cfr.: *Oposa v. Factoran* (G.R. No. 101083.224 S.C.R.A. 792, 1993). The PTD was invoked by the courts in Uganda to halt the conversion of forests into land for the cultivation of sugar cane; while in Kenya for the adequate treatment of waste water. In some laws in South Africa, instead, the government is named as the trustee of natural resources. On this point cfr.: RD Sagarin, M Turnipseed, The public trust doctrine, Where Ecology Meets Natural Resources Management (2012) 37 Annual Review of Environment and Resources, p. 482. For systems of civil law cfr.: B Pozzo, 'Climate change litigation in a comparative law perspective', in F Sindicio, MM Mbengue (eds.) *Comparative climate change litigation: beyond the usual suspects* (Springer 2021) 603; DG Dyer, 'California beach access: the Mexican law and the public trust' (1972) 2 (3) Ecology law quarterly, 571-611.

systems.[20]

Under to this theory, the public subject (so-called legal owner) holds some natural resources in trust, undertaking to manage and protect them for future generations [21] (so-called beneficiary, equitable owner). Starting from the second half of the last century the doctrine lent itself to enforcement of the institution, traditionally only aimed at impeding a monopolistic use of navigable waters, transforming it into an instrument for the protection of the environment. [22] In this way, by extending the field of application of the institution to the atmosphere it attempted, through judicial means, to have governments recognise the existence of a obligation to reduce emissions of greenhouse gases and to act against climate change.[23]

Even though the impulse of the doctrine has been such as to influence (partially) even jurisprudence[24] and legislation, even at a federal level,[25] cases argued on the basis of the PTD have not had very satisfactory outcomes. In fact, the applicability of the doctrine at a federal level remains doubtful[26] and, at the same time, there is no homogeneous interpretation of the doctrine, but rather as many interpretations as there are federal states. These are only some of the many limits.

Under discussion is enforcement of the PTD to include the atmosphere as something in trust. In fact, though recognising the possibility of modifying its application setting, courts have judged that the extension to the atmosphere

[20] DG Dyer, 'California Beach Access: The Mexican Law and the Public Trust', (1972) 2 Ecology LQ, 571.

[21] MD Smith, 'A Blast from the Past: The Public Trust Doctrine and Its Growing Threat to Water Rights', (2016) 46 (3) Environmental Law, 470; JC Dernbach, 'Taking the Pennsylvania Constitution Seriously When It Protects the Environment: Part II - Environmental Rights and Public Trust', (1999) 104 (1) Dickinson Law Review , 118.

[22] RE Lutz, 'The laws of environmental management: a comparative study', (1976) 24 American Journal of Comparative Law, 447; MC Blumm, ZA Schwartz, 'The Public Trust Doctrine Fifty Years After Sax and Some Thoughts on Its Future', (2021) 44 Public Land & Resources Law Review, 2.

[23] The contribution of Joseph Sax has been decisive for the extension of the field of application of the PTD. Cfr.: J Sax, 'The public trust doctrine in natural resource law: effective judicial intervention', (1970) 68 (3) Michigan law review, 471-566. On the extension of the PTD to the atmosphere cfr. MC Wood, *Nature's trust: Environmental law for a new ecological age* (Cambridge University Press 2013), 221. In particular the author claims that: 1) the atmosphere is among the natural resources in public trust, 2) the beneficiaries of the PT are the current and future generations; 3) all the nations on earth are cotenant sovereign trustees of this resource, giving the different levels of government a fiduciary duty to protect the air, the atmosphere and the climate system from a substantial deterioration and a corresponding positive obligation to restore climatic equilibrium; 4) courts must recognise and this fiduciary duty and ensure that it is respected. See also: RK Craig, 'Adapting to climate change: the potential role of state common law public trust doctrines', (2009) 34 Vt. L. Rev., 781.

[24] An extensive approach to PTD has been adopted by some State courts in the United States, to protect, for example, the recreative use and aesthetic enjoyment of rivers and lakes, or for protecting the wild flora and fauna. On this point cfr. JM Coumes, 'Look to Windward: the Michigan Environmental Protection Act and the case for Atmospheric trust litigation in the Mitten State', (2020) 10 (1) Michigan Journal of Environmental & Administrative law, 281.

[25] For example CERCLA, *The Comprehensive Environmental Response, Compensation, And Liability Act* (1980). For further analysis cfr.: M Cenini, 'The CERCLA model: past, present and future', in B Pozzo, V Jacometti (eds.), *Environmental loss and damage in a comparative law perspective* (Cambridge University Press 2021), 258. For the influence of the constitutional norms of the single US states cfr.: MT Kirsch, 'Upholding the public trust in State Constitutions', (1997) 46 (5) Duke Law Journal, 1169-1210; F Fracchia, 'Amministrazione, ambiente e dovere: Stati Uniti e Italia a confronto', in D De Carolis, E Ferrari, A Pollice (eds.), *Ambiente attività amministrativa e codificazione. Atti del primo colloquio di diritto dell'ambiente, Teramo, 29-30 aprile 2005*, (Giuffrè 2006), 136.

[26] M Burger, J Gundlach, *The Status of Climate Change Litigation: A Global Review*, (2017 Sabin Center for Climate Change Law, Columbia Law School & UN Environment), 24 (https://scholarship.law.columbia.edu/sabin_climate_ change/98/).

is a significant distancing from the traditional doctrine.[27] They have also consider the difficulties connected to the legitimization to legal action (standing) for which, in most parts of the federal states, three conditions must be satisfied:[28] the concreteness of the damage at the time the compensation is requested (injury in fact); the existence of a causal link between the damages and the contested conduct (causation); and the probability that the asserted damages can be covered or fixed through a favourable decision (redressability).[29] No less important are the problems linked to the political question doctrine, according to which, in application of the principle of separation of powers, political questions must be addressed by an elected branch of government and not by the courts.[30]

To overcome these difficulties parties claiming damages have recently reviewed their own judicial strategies and started to invoke violations of fundamental principles and human rights.[31]

4. The contribution of climate change litigation.

Today, judicial cases that can be traced to climate change litigation, in the wake of litigation undertaken in the USA and Australia, have arisen on all continents[32] and most times the objective pursued is to influence regulation on the subject, requesting policy makers to enact the existing norms or, where these are insufficient, to make the due modifications to older laws or to adopt new ones(*regulation through litigation).* This is the new direction of the climate cases, traditionally conceived as actions against private subjects or public

[27] *Alec L. v. Jackson*, 863F. Supp. 2d 11 (2012); *Chernaik v. Brown*, 367 Or. 143 (2020). Cfr.: GD Meyers, 'Variation on a Theme: Expanding the Public Trust Doctrine to Include Protection of Wildlife', (1979) Envtl. L. 19, 723; TA Campbell, 'The Public Trust, What's it Worth', (1994) 34 Nat. Resources J., 73; L Hargrave, 'The Public Trust Doctrine: A Plea for Precision' (1992) 53 La. L. Rev., 1535; HR Bader, 'Antaeus and the public trust doctrine: a new approach to substantive environmental protection in the common law', (1992) 19 BC Envtl. Aff. L. Rev., 749; H Ingram, CR Oggins, 'The Public Trust Doctrine and Community Values in Water', (1992) 32 Nat. Resources J., 515; A Rieser, 'Ecological preservation as a public property right: An emerging doctrine in search of a theory', (1991) 15 Harv. Envtl. L. Rev., 393.

[28] This is the test *Lujana v. Defenders of Wildlife*, 504 U.S. 555 (1992). Starting from the 1940s, the Supreme Court of the United States, on the basis of Article III, section II, of the Federal Constitution (so-called cases and controversies criterion) has supported the necessity of verifying the prerequisite of standing so as to guarantee that whoever takes a case to court has a real interest in the case. On this cf.: BC Mank, *Standing for private parties in global warming cases: traceable standing causation does not require proximate causation* (Michigan State Law Review 2012), 875; M Juhn, 'Taking a Stand: climate change litigants and the viability of Constitutional Claims' (2021) 89 (6) Fordham Law Review, 2746.

[29] F Scalia, 'La giustizia climatica', (2021) 10 federalismi.it, 277.

[30] JR May, 'AEP v. Connecticut and the future of the political question doctrine', (2011) The Yale law journal online, 127; M Rosso Grossman, 'Climate change and the individual' (2018) 66 (S1) The American Journal of Comparative Law, 357.

[31] M Montini, 'Verso una giustizia climatica basata sulla tutela dei diritti umani', [2020] Ordine internazionale e diritti umani, 506; J Peel, HM Osofsky, 'A Rights Turn in Climate Change Litigation?', [2018] Transnational Environmental Law, 37; A Savaresi, J Auz, ?Climate Change Litigation and Human Rights: Pushing the Boundaries', [2019] Climate Law, 244.

[32] Even though in most systems cases coming under the general heading of 'climate change' have not been raised Cfr:. C Huglo, *Le contentieux climatique: une révolution judiciaire mondiale*, (Bruylant 2018). Cfr. also the Report presented by the UNEP (United Nations Environment Programme) in collaboration with the Sabin Center for Climate Change Law at the Columbia University di New York: The Status of Climate Change Litigation – A Global Review, May 2017.

bodies with regard to specific projects or specific activities [33] to request material damages (or other loss determined by events that are and expression of climate change), to obtain the compensation, or inhibitory provisions or injunctions[34] against the parties that are deemed liable.[35]

Faced with an increasingly widespread global tendency to resort to judicial action, it is worth considering the role that litigation may play in policies against climate change and in the process of harmonisation of laws.

For a better understanding of the issue it is useful to focus on one of the most critical aspects of climate change litigation at a global level, that of the violation of the principle of separation of powers.

On this issue it is worth looking at Sentence No. 35542 of 21st February 2024 in which the court in Rome decided the first civil case advanced in Italy for payment of damages[36] is particularly interesting. Specifically, the case aimed at having the Italian State declared liable, under Articles 2043 and 2051 of the Civil Code, for the violation of the human right to a stable and safe climate (articles 2 and 32 Cost. and 6 TUE), because of its lack of commitment with regard to environmental policies. It was also requested that the State be ordered to lower greenhouse gases to 92% of the 1990 levels within 2030. The case was decided by declaring the request inadmissible because of an absolute defect of jurisdiction, justified by the fact that the choice of stemming the phenomenon of climate change entails strategic evaluations of a socio-economic type, involving cost-benefit analysis for many sectors in the life of the collectivity, and, therefore, the issue comes under the sphere of the attribution of political power. This is enough to understand how the teachings of the Mortati are still far from being applied and how much we should still reflect on what sense to give to the principle of separation of powers, nowadays (recalling that the relationship between "function" and "power" must change with the evolution of the socio-political context) so as to truly contribute to the enactment of the State guarantee, in which the reasoning for the abovementioned principle resides.

The issue of the violation of the principle of separation of powers was decided in different terms in the well-known Urgenda case,[37] that can certainly

---

[33] High Court of the Republic of South Africa, Earthlife Africa Johannesburg and Another v Minister of Energy and Others; cfr.: TL Humby, 'The Thabametsi Case: Case No 65662/16 Earthlife Africa Johannesburg v Minister of Environmental Affairs', (2018) 30 (1) Journal of Environmental Law, 145.

[34] For example: International court of justice, judgment of 26 May 2021, Milieudefensie tegen Royal Dutch Shell, C/09/571932 / HA ZA 19-379; Hamm regional court of appeal, decision of 13 November 2017, Lliuya v. RWE AG, cfr.: W Frank, C Bals, J Grimm, The Case of Huaraz: First Climate Lawsuit on Loss and Damage Against an Energy Company Before German Courts, in R Mechler, L Bouwer, T Schinko, S Surminski, J Linnerooth-Bayer (eds.), *Loss and Damage from Climate Change. Climate Risk Management, Policy and Governance* (2019 Springer online) 475 (https://link.springer.com/book/10.1007/978-3-319-72026-5).

[35] V Jacometti, 'Climate Change Litigation: Global Trends and Critical Issues in the Light of the Urgenda 2018 Decision and the IPCC Special Report "global Warming of 1.5 °C", [2019] Global Jurist.

[36] On which L Butti, 'Climate Change Litigation in Italy', in W Kahl, MP Weller (eds.), *Climate Change Litigation*, (Beck, Hart, Nomos 2021), 324; R Luporini, 'The 'Last Judgment': Early reflections on upcoming climate litigation in Italy', (2021) Questions of International Law (QIL), Zoom-in, 27.

[37] *Urgenda Foundation v. The State of the Netherlands*, 24th June 2015 decision of the District Court of The Hague; cfr. also: V Jacometti, Climate change litigation: global trends and critical issues in the light of the Urgenda 2018 decision and the IPCC special report "Global warming of 15° C" [2019] Global Jurist; KJ De Graaf, JH Jans, 'The Urgenda decision: Netherlands Liable for role in causing dangerous global climate change', (2015) 27 Journal of Environmental Law, 517; J Van Zeben, 'Establishing a governmental duty of care for climate change mitigation: will Urgenda turn the tide?' (2015) 4 Transnational Environmental Law,

be considered the best known case at a European level. Without wishing to go further into detail in this paper the three important sentences under which the duty of the Netherlands State to adopt more rigorous measures of mitigation was recognised, goes to show how judges have specifically excluding the violation of the principle, in that when human rights are in play it is the system that requires judicial control of its actions and of the choices of legislative bodies and government, even if that could bring about consequences of a political nature. However, it should not be forgotten that the favourable judicial result depends on the specificity of the Netherlands system that recognises the possibility of associations and foundations to take legal action to guarantee general and collective interests of a determined group of subjects.[38] Despite this, the sentence has exercised notable influence on later decisions, not only at a national level. One may consider, for example, the well-known decision with which the District Court of The Hague condemned, for the first time, a private company, Royal Dutch Shell, to reduce its own emissions, in that it is held to a duty of due diligence towards The Netherlands citizens, put in danger by the excessive emissions of greenhouse gases by the multinational business.[39]

Another case to consider is the sentence of the German Constitutional Court[40] which declared federal law on the protection of the climate partially illegitimate and imposed on the legislature the task of to further disciplining the reduction objectives for the period following 2030, thereby giving a reading of constitutional law in the light of the new climatic necessities, from which comes down a constitutionally guaranteed right to protect the climate system, also with respect to the future generations. Although, this latest decision also had a positive outcome for the specific procedures (*Verfassungsbeschwede*[41]) provided for in the German system. All this demonstrates that the influence of the most important jurisprudential precedents (defined as "strategic") is certainly marked and also extends in those systems where the binding value of precedent it is not formally recognised. But it is also true that there are only a few, a very few, cases in which legal actions have had a positive outcome and

339; B Van Den Broek, L Enneking, 'Public Interest Litigation in the Netherlands. A Multidimensional Take on the Promotion of Environmental Interests by Private Parties through the Courts', (2014) 10 (3) Utrecht Law Review, 77; O Van Geel, 'Urgenda and Beyond: The past, present and future of climate change public interest litigation', [2017] Maastricht University Journal of Sustainability Studies, 56.

[38] Cfr. art. 3.305a Cod. civ. On environmental collective actions in Netherland cfr. B Van Den Broek, L Enneking, 'Public Interest Litigation in the Netherlands. A Multidimensional Take on the Promotion of Environmental Interests by Private Parties through the Courts', (2014) 10 (3) Utrecht Law Review, 77; O Van Geel, 'Urgenda and Beyond: The past, present and future of climate change public interest litigation', [2017] Maastricht University Journal of Sustainability Studies, 56.

[39] International court of justice*, Milieudefensie tegen Royal Dutch Shell* (cfr. note n. 34).

[40] German Constitutional Court, judgment 24 March 2021, 1 BvR 2656/18 (https:// www.bundesverfassungsgericht.de/SharedDocs/Entscheidungen/EN/2021/03/ rs20210324_1bvr265618en.html). Cfr. inter alia A Buser, 'Of Carbon Budgets, Factual Uncertainties and Intergenerational Equity – The German Constitutional Court's Climate Decision', (2021) 22 (8) German Law Journal, 1409; S Fanetti, Nota a Bundesverfassungsgericht – Beschluss des Ersten Senats vom 24. Mär̈z 2021 (Tribunale Costituzionale Federale Tedesco – Sentenza del Primo Senato del 24 marzo 2021): - 1 BvR 2656/18 - 1 BvR 78/20 - 1 BvR 96/20 - 1 BvR 288/20, Politiche climatiche e tutela nel tempo delle libertà fondamentali: la Legge tedesca sui Cambiamenti Climatici al vaglio del Tribunale Costituzionale Federale', (2021) 2 Rivista dell'Agricoltura, 187.

[41] P Häberle, *La Verfassungsbeschwerde nel sistema della giustizia costituzionale tedesca*, (Giuffrè 2000); H Zuck, *Das Recht der Verfassungsbeschwerde*, (CH Beck 2017).

this is because judgements are influenced by the peculiarities of each judicial, political, economic, social and cultural context and, not least, by their own environment (the so-called legal process).

5. Conclusions: a tendency towards global law.

From a comparative point of view it is possible to observe how there is an ongoing process of harmonization on the subject. The creation of common principles and rules is favoured by the global nature of the phenomenon, but not only by this. In this setting juridical problems are strictly connected to aspects of the natural sciences that are presented as universal and economic problems that appear to be common to the globalized world,[42] and for this reason a tendency has developed to expect input from other systems or to carry out legal transplants.

The market mechanisms provided for in the Kyoto Protocol are a clear example. They have been adopted by the international community on the example of virtuous national systems and have, in turn, become the model for the implementation, on the part of the UE, of its own market of emissions quotas, the European Union Emissions Trading Scheme, a model which has been used, in turn, for other, extra-European, instruments.[43]

In fact, Despite the great steps forward taken at an international level and the leading example of the European Union, the juridical picture is somewhat complex.

In many countries a national norm for implementing the objectives defined by the international community has not been adopted and among countries that have adopted or implemented such norms there is no coordination.

The lack of harmonization is clear, for example, between the EU and the USA. While the first, the EU, has for a long time preferred command and control, integrated with a system of incentives and disincentives, and used economic instruments, the US system, instead, only adopted its first actions at a federal level in 2015. But even within the EU the law is only tendentially harmonized,[44] it having operated through directives, but also especially because of the peculiarities of the single national legal systems.

In fact, the concrete application of uniform rules (even if at a global level) is strictly connected to the legal processes of the country in which such rules are to be applied.[45]

Climate change litigation is central to this process of harmonisation. Even though it is still in evolution and presents numerous difficulties, a model for

[42] J B Wiener, 'Something borrowed for Something Blue: Legal Transplants and the Evolution of Global Environmental Law', [2000-2001] Ecology Law Quarterly.

[43] Cfr. V Jacometti, *Lo scambio di quote di emissione. Analisi di un nuovo strumento di tutela ambientale in prospettiva comparatistica*, (Giuffrè 2010); V Zampaglione, *Emissions Trading e tutela dell'ambiente. Profili di diritto comparato*, (Editoriale scientifica 2022).

[44] B Pozzo, Modelli notevoli e circolazione dei modelli giuridici in campo ambientale: tra imitazione e innovazione, in U Mattei, A Candian, B Pozzo, A Monti, C Marchetti (eds.), *Studi in onore di Antonio Gambaro*, (Giuffrè 2017), 335.

[45] KW Junker, 'Why Compare? The biological, cognitive, and social functions of comparison for the human', (2019) Environmental Law across Cultures, Comparisons for Legal Practice, 3.

action is developing at a global level:[46] very often it is young people or associations for the protection of human rights that invoke, almost as a constant, the violation of fundamental rights and human rights[47] consecrated in sources of varying origins and importance. Not only national, community and international principles like those of precaution or intergenerational equity (fairness) and international treaty laws are invoked. To confront the normative vacuum acts of 'soft law' are also often turned to, like the United Nations Guiding Principles on Business and Human Rights; but also the scientific reports of the Intergovernmental Panel on Climate Chang,[48] the validity of which is specifically recognised in the Paris Agreement.

The tendency towards identifying the causes and effects of climate change on the very same scientific, economic and social studies has also been established. This demonstrates how there is a constant dialogue among claimants belonging to different judicial systems aimed at aligning their legal actions. Similarly, there is a also clear dialogue among courts of various jurisdictions, as can be seen in reading the different judgements.[49] However, uniform action has not led to uniform results.

The positive outcome of the actions is linked to the peculiar characteristics of each judicial system, the so-called legal process. An example of this is the case *Leghari v. Pakistan*[50] in which the adjudicating body recognised the claim of Mr. Leghari and condemned the government to implement adaptive measures, stressing how constitutional rights must be read in the light of new climatic needs. The positive outcome of the controversy was also possible thanks to the particularly detailed legislation of that system (which allows the recognition of the violation of precise obligations), but above all the institute of *Public Interest Litigation*[51] (that allows standing for single parties in court, for questions of public interest) was decisive because it allowed overcoming the issue of standing.

In the same way l'*acciòn de tutela*[52] in Colombia has allowed favourable outcomes of cases there.[53] The same argument is true for the cases examined. This is because, although the natural tendency to harmonization of the principles and the rules has come about, the application and the efficacy of

[46] C Huglo, *Le contentieux climatique: une révolution judiciaire mondiale*, (Bruylant 2018).
[47] This could allow overcoming the obstacles of internal law, like the principle of separation of powers and the question of standing, which have stopped climate related controversies from achieving successful litigation outcomes.
[48] Consultable on line: www.ippc.ch.
[49] Often there are common obstacles to accepting cases: difficulties are encountered when seeking to establish a causal relationship between damages from a specific event; and identification of the party to be held liable.
[50] Lahore high court green bench Pakistan, *Asghar Legari v. Federation of Pakistan* [2015] w.p. No. 25501/2015.
[51] T Hester, 'Private Claims for a Global Climate: US and Indian Litigation Approaches to Climate Change and Environmental Harm', [2013] Journal of the Indian Law Institute; J Razzaque, *Public interest environmental litigation in India, Pakistan and Bangladesh*, (Kluwer Law International 2004).
[52] LC Silva, 'La Acción de Tutela en Colombia', (2011) 5 Revista del Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla, 72.
[53] Corte Suprema de Justicia, *Demanda Generaciones Futuras v. Minambiente*, 5.4.2018, 11001-22-03-000-2018-00319-01; cfr. PA Acosta Alvarado, D Rivas-Ramírez, A Milestone, 'In Environmental and Future Generation's Rights Protection: Recent Legal Developments Before the Colombian Supreme Court', (2018) 30 (3) Journal of Environmental Law, 519; S Bagni, 'Le voci (non del tutto inascoltate) della Natura nella recente giurisprudenza colombiana e indiana', (2018) 37 (4) DPCE online, 989.

these common principles and rules depends on the specificities of the local jurisdictional and administrative systems, but also on the local populations' sensitivity to environmental problems; it is linked, that is, to the legal process, to intrinsic characteristics of the local judicial systems.

Advances in scientific shall also certainly help jurists in developing new theories.[54]

[54] DA Grossmann, 'Warming Up To A Not-So-Radical Idea: Tort-Based Climate Change Litigation', (2003) 28 (1) Colum. J. Envtl., 9.

LIST OF AUTHORS OF THIS EJPLT ISSUE

ARDIYANTI ARIS – Senior lecturer, Faculty of Law, Andi Sapada Institute of Social and Business Sciences, Indonesia.

LIVIA AULINO – Post-Doc, Research Fellow in Private Law, L'Orientale University of Naples, Italy. Senior Researcher, Research Centre in European Private Law (ReCEPL), Italy.

VITTORIA BONINO – Civil servant, Ministero della Giustizia, Italy.

LUCIA BOZZI – Full Professor of Private Law, Università degli Studi di Foggia, Italy.

NICOLA BRUTTI – Associate Professor of Comparative Private Law, University of Padua, Italy.

ILARIA AMELIA CAGGIANO – Full Professor of Private Law, University of Naples Suor Orsola Benincasa, Italy. Vice-Director, Research Centre in European Private Law (ReCEPL), Italy.

GUENDALINA CAPECE – Associate Professor in Economic and Management Engineering, Universitas Mercatorum, Italy.

SUSANNA CAPPUCCIO – Research Fellow, Ph.D., Università degli Studi di Messina, Italy.

IRENE COPPOLA – Research Fellow, Università degli Studi Suor Orsola Benincasa, Italy.

MARCOS MAURICIO CÓRDOBA – Profesor Titular de Derecho Civil, Universidad de Buenos Aires, Argentina.

MASSIMO DE FELICE – Full Professor of Insurance economics and finance, Sapienza Università di Roma, Italy.

CHRISTIANCARMINE ESPOSITO – Associate Professor of Computer Science, University of Salerno, Italy.

ALESSANDRA FABROCINI – Ph.D. (c) in Earth Observation, Sapienza University of Rome – Vanvitelli University of Campania, Italy. Junior Researcher, Research Centre in European Private Law (ReCEPL), Italy.

INTAN FITRI MEUTIA – Full Professor of Public Management, Universitas Lampung, Indonesia.

MARIA CRISTINA GAETA – Ph.D., Lecturer in Private Law, University of Naples Suor Orsola Benincasa. Scientific Secretary, Research Centre in European Private Law (ReCEPL), Italy.

LUCILLA GATT – Full Professor of Private Law, University of Naples Suor Orsola Benincasa, Italy. Director, Research Centre in European Private Law (ReCEPL), Italy.

AURELIO GENTILI – Professor Emeritus, Università Roma Tre, Italy.

LUIGI IZZO – Ph.D. (c) in Private Law, Suor Orsola Benincasa University of Naples, Italy. Junior Researcher, Research Centre in European Private Law (ReCEPL), Italy.

ELEONORA JACOVITTI – Researcher in Private Law, Università degli Studi di Roma Unitelma Sapienza, Italy.

SADMIR KAROVIĆ – Associate Professor, Faculty of Law, University Travnik, Bosnia and Herzegovina.

SARA LANDINI – Full Professor of Business Law, Università degli Studi di Firenze, Italy.

CHIARA MAGNESCHI – Research Fellow, Università degli Studi di Firenze, Italy.

DANIELE MARINO – Financial Service Consultant, VISA.

CARLO MOTTURA – Full Professor of Financial assessment and risk management, Università Roma Tre, Italy.

CONCETTA PARRINELLO – Full Professor of Private Law, Università degli Studi di Messina, Italy.

FILIPPO RIZZI – Ph.D. student in Private Law, University of Brescia, Italy.

BAYU SUJADMIKO – Associate Professor of International Law, Universitas Lampung, Indonesia.

MUH. AKBAR FHAD SYAHRIL – Senior lecturer, Faculty of Law, Andi Sapada Institute of Social and Business Sciences, Indonesia.

EMILIANO TROISI – Post-Doc, Research Fellow in Private Law, Suor Orsola Benincasa University of Naples, Italy. Senior Researcher, Research Centre in European Private Law (ReCEPL), Italy.

DEVI YULIANTI – Associate Professor of Public Management, Universitas Lampung, Indonesia.

ANNA GUSTINA ZAINAL – Full Professor of Communication Development, Universitas Lampung, Indonesia.

VALENTINA ZAMPAGLIONE – Post-doctoral Research Fellow, University of Naples Federico II, Italy.