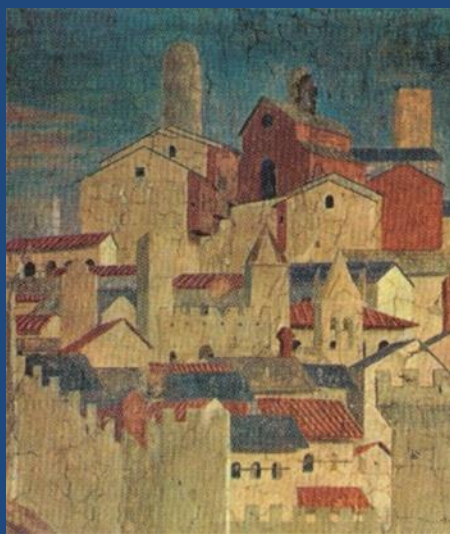


PERSONA E MERCATO



Rivista periodica on-line

www.personaemercato.it

Anno 2024 – Numero 3

ISSN 2239-8570

Persona e Mercato è una rivista fondata da Giuseppe Vettori.

Direzione: Giuseppe Vettori

Comitato di direzione: Fabio Addis; Giuseppina Capaldo; Ernesto Capobianco; Paolo Cappellini; Gabriele Carapezza Figlia; Raffaele Caterina; Giovanni De Cristofaro; Giovanni Di Rosa; Pasquale Femia; Michele Graziadei; Stefan Grundmann; Francesco Macario; Marisaria Maugeri; Enrico Minervini; Nicola Lucifero; Roberta Montinaro; Emanuela Navarretta; Salvatore Orlando; Stefano Pagliantini; Giovanni Passagnoli; Antonio Punzi; Maddalena Rabitti; Nicola Rizzo; Bernardo Sordi; Irene Stolzi; Antonio Rizzi; Maria Carmela Venuti; Andrea Zoppini.

Comitato scientifico dei Garanti: Pasquale Stanzone (Presidente); Vittoria Barsotti; Giovanni Cazzetta; Pietro Costa; Ginevra Cerrina Feroni; Massimo Confortini; Massimo Franzoni; Carlo Granelli; Giuseppe Grisi; Giuseppe Morbidelli; Eva Rook Basile; Andrea Simoncini; Vincenzo Varano, Alessio Zaccaria; Hans W. Micklitz; Pietro Sirena; Fabio Padovini; Massimo Zaccheo.

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

Responsabili della Redazione: Daniele Imbruglia e Mario Mauro

Comitato editoriale e redazionale: Antonio Gorgoni (coordinatore); Federico Della Negra; Edoardo Messineo; Daniela Santarpia Chiara Sartoris; Giulia Torre.

E-mail: info@personaemercato.it **Web:** www.personaemercato.it

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

ISSN 2239-8570

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

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

Saggi

Famiglie, genitorialità e interesse del minore: recenti orientamenti in materia di maternità surrogata, di Teresa Pasquino	p. 793
Sulla necessità di un controllo di liceità sostanziale per tutte le basi del trattamento dei dati personali, di Salvatore Orlando	p. 815
Riconoscimento delle emozioni e marketing personalizzato, di Roberta Montinaro	p. 847
Inclusione finanziaria e fenomeni migratori, di Gabriele Carapezza Figlia	p. 895
La vulnerabilità nell’ambiente digitale e la protezione della libertà del volere, di Antonio Gorgoni	p. 915
Economia circolare e sostenibilità ambientale nel diritto dei consumatori: prime note sulla dir. 2024/1799/UE recante norme comuni che promuovono la riparazione dei beni, di Mirko Faccioli	p. 945
La sorte delle posizioni contrattuali nella successione per causa di morte, di Luisa Pascucci	p. 969

Commenti

Regolazione algoritmica e norme giuridiche granulari. Sul “ <i>personalized law</i> ”, o personalizzazione normativa algoritmica, di Michele Ciancimino	p. 991
Obbligo di pagamento “condizionato” nei contratti telematici: doveri informativi del professionista, tutela del consumatore e diritti dei terzi interessati. Nota a corte di giustizia, 30 maggio 2024, causa c-400/22 v.t., <i>u.r. c. Conny gmbh</i> , di Chiara Sartoris ..	p. 1009

Osservatorio

Diritto e nuove tecnologie. Rubrica di aggiornamento dell’OGID*	p. 1033
---	---------

Saggi

FAMIGLIE, GENITORIALITÀ E INTERESSE DEL MINORE: RECENTI ORIENTAMENTI IN MATERIA DI MATERNITÀ SURROGATA

Di Teresa Pasquino

| 793

SOMMARIO: 1. *Il pluralismo dei modelli di convivenza.* – 2. *Sulla sussistenza di un diritto alla genitorialità in ogni forma di vita familiare.* - 3. *La posizione delle Sezioni Unite della Suprema Corte.* - 4. *L’Avis Consultatif del 10 aprile 2019 della Corte EDU.* – segue 4.1 *Gli interventi della Consulta.* – 5. *Il rapporto tra le giurisdizioni nazionali ed europee ed i legislatori interni in materia di famiglie: crisi del sistema o sovrapposizione dei ruoli?*

ABSTRACT. Resta sempre aperta la questione dell'ammissibilità della cc.dd. maternità surrogata a beneficio di coppie, anche omosex. Non sembra sia ritenuto sufficiente, a tal fine, il quadro dei principi presenti nelle Convenzioni europee e nei sistemi giuridici interni; mentre, nel sistema italiano si discute della introduzione del reato di maternità surrogata come reato universale.

The debate on the admissibility of so-called surrogacy, including for same-sex couples, is still open. The set of guiding principles established by the European Conventions and national legal systems seems to be considered insufficient to fully address the issue. Meanwhile, the hypothesis of introducing surrogacy as a universal crime is being discussed in Italy.



1. Il pluralismo dei modelli di convivenza.

Com'è noto, il recente quadro normativo e giurisprudenziale in materia di convivenze civili¹, istituite al di fuori del matrimonio, ha annoverato in questi ultimi anni importanti interventi, sollecitando grande attenzione da parte degli studiosi della materia.

La trattazione può avviarsi facendo riferimento alle due autorevoli sentenze², l'una, emanata dalla Corte costituzionale nel 2010, l'altra, dalla Corte di Cassazione nel 2012, le quali hanno segnato un punto di svolta nella riflessione sulla materia dei nuovi modelli di convivenza per aver esse impostato i termini della questione alla luce di un quadro normativo di riferimento sovranazionale e non più circoscritto al diritto nazionale³.

¹ Si veda oggi la l. n. 76 del 20 maggio 2016. Il fenomeno delle convivenze civili è stato da sempre studiato ed approfondito anche dalla dottrina, tra cui si segnalano: P. ZATTI, *Famiglia, familiae – Declinazioni di un'idea I. La privatizzazione del diritto di famiglia*, in *Famiglia*, 2002, 9 ss.; S. PATTI, *Modelli di famiglia e di convivenza*, in S. PATTI - M. CUBEDDU, *Introduzione al diritto di famiglia in Europa*, Milano, 2008, 120 ss.; I. QUEIROLO, *Unione europea e diritto di famiglia*, in I. QUEIROLO, L. SCHIANO DI PEPE, *Lezioni di diritto dell'Unione europea e relazioni familiari*, Torino, 2010, 276 ss.; R. TOMMASINI, *La famiglia di fatto*, in *Trattato dir. priv.* diretto da M. Bessone, IV, *Il diritto di famiglia, Famiglia e matrimonio* a cura di T. Auletta, I, Torino, 2010, 401 s.; L. BALESTRA, *La famiglia di fatto*, in *Il nuovo diritto di famiglia*, Trattato diretto da G. Ferrando, Bologna, 2008, II, 1040 ss.; G. OBERTO, *La famiglia di fatto*, in A. Zaccaria, *Commentario breve al diritto di famiglia*, 2°ed., Padova, 2011, sub art. 74, 124 s.; T. AULETTA, *Diritto di famiglia*, Torino, 2011, 152 ss.; G. DE ROSA, *Forme familiari e modello matrimoniale tra discipline interne e normativa comunitaria*, in *Eur. e dir. priv.*, 2009, 755 ss.; AA.VV., *Convivenza e situazioni di fatto*, in *Trattato dir. fam.* diretto da P. Zatti, I, *Famiglia e matrimonio* a cura di G. Ferrando, 1, 2°ed., Milano, 2011, 1088 ss.; A. NICOLUSSI, *La famiglia: una concezione neo-istituzionale?*, in *Eur. e dir. priv.*, 2012, 182 ss.; V. SCALISI, *"Famiglia" e "famiglie" in Europa*, in *Riv. dir. civ.*, 2013, I, 21 ss.; F.D. BUSNELLI, *Frantumi europei di famiglia*, *ivi*, 767 ss.; G. CECCHERINI - L. GREMIGNI FRANCINI, *Famiglie in crisi e autonomia privata*, Padova, 2013, 2 ss.; I. QUEIROLO, A.M. BENEDETTI, L. CARPANETO, *Le nuove famiglie tra globalizzazione e identità statuali*, Roma, 2014; A. VALONGO, *Nuove genitorialità nel diritto delle tecnologie riproduttive*, *Quaderni n. 18, Diritto delle successioni e della famiglia*, Napoli, 2017; A. NICOLUSSI, *Famiglia e biodiritto civile*, in *Le parole del diritto. Scritti in onore di C. Castronovo*, II, Napoli, 2018, 725 ss.; M. TAMPONI, *Del convivere. La società post familiare*, La nave di Teseo, 2019; A. GORGONI, *Nuove genitorialità e filiazione*, in *Nuova giur. civ. com.*, 2019, 162 ss.; A. NICOLUSSI, *Famiglia e biodiritto civile*, in *Eur. dir. priv.*, 2019, 746 ss.; A. GORGONI, *Nuove genitorialità e filiazione*, in *Nuova giur. civ. com.*, 2019, 162 ss.; L. LENTI, *Diritto della famiglia*, Milano, 2021; S. PATTI, *La famiglia: dall'isola all'arcipelago*, in *Riv. dir. civ.*, 2022, 507 ss.

² C. Cost. 15 aprile 2010, n. 138, in *Fam. Pers. succ.*, 2011, 179, con nota di F.R. FANTETTI, *Il principio di non discriminazione ed il riconoscimento giuridico del matrimonio tra persone dello stesso sesso*; Cass. 15 marzo 2012, n. 4184, in *Guida dir.*, 2012, n. 14, 17, con nota di S.A. GALLUZZO, *La Cassazione va in "pressing" sul legislatore per introdurre regole in favore delle unioni gay* e di M. FINOCCHIARO, *L'atto deve essere considerato inidoneo a produrre effetti giuridici nell'ordinamento*; S. SPINELLI, *Il matrimonio non è un'opinione*, in *Forum quaderni costituzionali*, 27 aprile 2010.

³ Per una visione del fenomeno allargata al quadro normativo europeo v. M. CONDINANZI - C. AMALFITANO, *La libera circolazione della "coppia" nel diritto comunitario*, in *Diritto*



In verità, il tema delle convivenze e della loro possibile disciplina non costituisce una novità nel dibattito tra gli studiosi della materia; il fenomeno dei rapporti paraconiugali ha, infatti, da sempre interessato il diritto, in ragione dei mutamenti sociali che hanno inciso sulla struttura della famiglia, e ha dato luogo ad una continua riflessione, culminata ormai in molte esperienze giuridiche in importanti riforme e nella conseguente elaborazione di una innovata disciplina normativa⁴.

In una diversa impostazione, soprattutto dopo l’emanazione delle sentenze sopra citate, la questione della rilevanza del tema delle convivenze si è posta in termini in parte nuovi rispetto a quanto era emerso dal dibattito precedente, in considerazione della molteplicità dei significati che ha assunto il termine “convivenza” nella realtà sociale e, di riflesso, in quella giuridica⁵.

Al fine di cogliere adeguatamente il senso di tali profonde trasformazioni, appare utile procedere partendo dall’esame del quadro normativo in materia così come delineato sul piano delle fonti europee e sovranazionali, per poi passare a verificare come esse abbiano finito per incidere sul sistema delle norme interne e, soprattutto, della interpretazione di esse ad opera dei giudici nazionali, determinando, in più di una occasione, una vera e propria “crisi” degli istituti giuridici preesistenti per

di famiglia e Unione Europea (a cura di S.M. Carbone-I. Queirolo), Torino 2008, 35 ss.; C. RAGNI, *La disciplina della convivenza in Europa alla prova del pluralismo dei modelli familiari*, in *Trattato dir. priv. Unione Europea* diretto da M. Ajani e G.A. Benacchio, *Persona e famiglia* a cura di De Cesari, Torino, 2008, p. 349 ss.; R. PESCARA, *Le convivenze non matrimoniali nelle legislazioni dei principali paesi europei*, in *Il nuovo diritto di famiglia*, Trattato diretto da Ferrando, II, cit., p. 967 ss.; G. DI ROSA, *op. cit.*, p. 755 ss.; P. PASSAGLIA, *Matrimonio ed unioni omosessuali in Europa: una panoramica*, in *Foro it.*, 2010, IV, c. 273 ss.; C.S. PASTORE, *Le unioni registrate e i Pacs in Europa*, in *Rass. dir. civ.*, 2010, 202 ss.; V. SCALISI, *op. cit.*, 7 ss.; M. TAMPONI, *Del convivere. La società post familiare*, *op. cit.*; V. BARBA, *Trasformazioni della famiglia e successioni mortis causa*, in *Riv. dir. priv.*, 2017, 513 ss.; S. PATTI, *op. ult. cit.*, 507 ss.; F. PISTELLI, *Lo status di figlio nato da maternità surrogata oltre la dicotomia fra dignità della donna e identità del bambino*, in *BioLawJournal*, 2023, 1, 217 ss.

⁴ Valga per tutte, la legge n. 76 del 20 maggio 2016 in materia di unioni civili e convivenze; o, anche, la questione recentemente posta con Ordinanza n. 36 del 18 gennaio 2024 (in G.U. del 20 marzo 2024, n.12) dalle S.U. della Suprema Corte, in merito alla questione di costituzionalità dell’art. 230 *bis* c.c. là dove, disponendo, al primo comma che «il familiare che presta in modo continuativo la sua attività di lavoro nella famiglia o nell’impresa familiare ha diritto al mantenimento secondo la condizione patrimoniale della famiglia e partecipa agli utili dell’impresa familiare ed ai beni acquistati con essi nonché agli incrementi dell’azienda, anche in ordine all’avviamento, in proporzione alla quantità e alla qualità del lavoro prestato» ed indicando, al terzo comma che «ai fini della disposizione di cui al primo comma si intende come familiare il coniuge, i parenti entro il terzo grado, gli affini entro il secondo; per impresa familiare quella cui collaborano il coniuge, i parenti entro il terzo grado, gli affini entro il secondo», non include nel novero familiari il convivente *more uxorio*.

⁵ Sui vari tipi di convivenza, v. di recente, M. TAMPONI, *Del convivere. La società post familiare*, *op. cit.*, soprattutto p. 33 ss., ove è opportunamente rilevato come, con le norme speciali più recenti si è giunti a “..... sovvertire il radicato principio dell’irrelevanza del fenomeno “convivenza” all’interno della normativa familiare in senso stretto”.

effetto di un'attività ermeneutica tutta volta a recepire prioritariamente le fonti interposte e l'interpretazione di esse data dai giudici europei.⁶

In tema di famiglia, l'art. 12⁷ della Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali prevede il diritto per uomini e donne in età adulta di sposarsi e di fondare una famiglia secondo le leggi nazionali e, contemporaneamente, attribuisce rilevanza alle altre unioni attraverso disposizioni diverse, che tutelano la posizione del singolo ed i suoi diritti, riconoscendo ad ogni persona il diritto al rispetto della vita privata e familiare (art. 8).

Le Istituzioni comunitarie, pur non avendo una competenza diretta in tema di disciplina sostanziale del matrimonio e dei rapporti di convivenza, tuttavia, sono frequentemente intervenute sul tema⁸.

In tale contesto, la richiesta ha riguardato, alternativamente, l'eliminazione degli ostacoli frapposti al matrimonio di coppie omosessuali o l'introduzione di un istituto giuridico equivalente, garantendo pienamente diritti e vantaggi del matrimonio e consentendo la registrazione delle unioni⁹. D'altra parte, non è difficile rilevare che la maggioranza degli Stati membri si sia effettivamente dotata di una legislazione specifica in tema di convivenze per mezzo di discipline *ad hoc* in cui sono state introdotte forme di contratti o di convivenze registrati da un'autorità pubblica al fine di consolidare il fenomeno¹⁰.

Nel nostro sistema, l'assetto definitivo della disciplina in materia si è conseguito con la l. n. 76 del 20 maggio 2016, dopo che la Corte europea dei diritti dell'uomo aveva ribadito che, avendo le coppie omosessuali la

⁶ Un fenomeno diffusamente indagato da C. CASTRONOVO, *Eclissi del diritto civile*, Milano, 2015, con un approccio piuttosto critico per gli effetti sul sistema interno. Ma sulla sua ormai ineludibile incidenza, v. G. VETTORI, *I principi comuni del diritto europeo dalla CEDU al Trattato di Lisbona*, in *Riv. dir. civ.*, 1, 115 ss.; ID., *Diritto privato e ordinamento comunitario*, Milano, 2009.

⁷ Art. 12 - **Diritto al matrimonio.** *Uomini e donne, in età matrimoniale, hanno il diritto di sposarsi e di fondare una famiglia secondo le leggi nazionali che regolano l'esercizio di tale diritto.* Ritiene, al riguardo, G. FERRANDO, *Diritto di famiglia*, op. cit., 140 che la norma riconosce il diritto di sposarsi e, disgiuntamente, il diritto di costituire una famiglia.

⁸ È sufficiente rinviare, al riguardo, a V. SCALISI, "Famiglia" e "famiglie" in *Europa*, op. cit., 21 ss.; F.D. BUSNELLI, *Frantumi europei di famiglia*, op. cit., 182 ss.

⁹ Cfr. Risoluzioni del Parlamento europeo dell'8 febbraio 1994 (A3 0028/94); 16 marzo 2000 (A5 0050/00); 4 settembre 2003 (A5 0281/03); 24 maggio 2012 (2012/2657/RSP). In Italia, oggi v. la disciplina contenuta nella l. n. 76 del 20 maggio 2017. Del quadro giuridico europeo in argomento rende compiutamente conto F. PISTELLI, *Lo status di figlio nato da maternità surrogata oltre la dicotomia fra dignità della donna e identità del bambino*, op. cit., 217 ss.

¹⁰ Il primo Stato che ha introdotto una specifica disciplina in materia è la Danimarca (1989), seguita dalla Svezia (1994), dai Paesi Bassi (1997), dal Belgio (1998), da alcune comunità autonome della Spagna, dalla Francia (1999), dalla Germania (2001), dalla Finlandia (2001), dal Portogallo (2001), dal Lussemburgo (2004) e dal Regno Unito (2005). Per la posizione della giurisprudenza europea cfr. da ultimo F. PISTELLI, *Lo status di figlio nato da maternità surrogata oltre la dicotomia fra dignità della donna e identità del bambino*, op. cit., soprattutto 222 ss.. Ampia trattazione anche in V. BARBA, *Procreazione medicalmente assistita eterologa omosessuale: c'è differenza se il figlio nasce in Italia o all'estero. intorno a tre recenti sentenze della cassazione*, in *Diritto delle succ. e della fam.*, 2021, 3, 819 ss.

stessa capacità di quelle eterosessuali, dovesse ad esse essere riconosciuto analogo trattamento giuridico in ordine alla tutela della loro relazione¹¹.

Con riferimento alla convivenza tra persone dello stesso sesso, prima della L. n. 76 del 2016, già la Corte costituzionale, con la citata sentenza n. 138 del 2010¹², aveva riconosciuto la necessità di dare accoglienza nel nostro sistema ad istanze di tutela di diritti fondamentali – da ricondurre alla tutela delle formazioni sociali *ex art. 2 Cost.* - in cui far rientrare l'unione tra due persone dello stesso sesso, le quali hanno il diritto di vivere liberamente la loro condizione di coppia. E la Suprema Corte, con la richiamata sentenza n. 4184 del 2012¹³, avvalendosi dell'autorevole pronuncia della Consulta, pur ritenendo inammissibile il matrimonio tra persone dello stesso sesso, ha indirettamente riconosciuto il loro diritto di vivere liberamente la loro condizione di coppia e di adire il giudice ordinario perché, in specifiche situazioni, potesse riconoscere loro il medesimo trattamento riservato dalla legge alla coppia coniugata.

Pur avendo il legislatore nazionale provveduto con la disciplina contenuta nella citata legge n. 76 del 2016 ad equiparare il rapporto scaturente da una unione civile a quello che caratterizza l'unione fondata sul

¹¹ Trattasi della sentenza del 21 luglio 2015, Causa Oliari e altri *contro* Italia (Ricorsi nn. 18766/11 e 36030/11).

¹² Si veda il Considerando n. 8 della sentenza citata, ove si legge: “L’art. 2 Cost. dispone che la Repubblica riconosce e garantisce i diritti inviolabili dell’uomo, sia come singolo sia nelle formazioni sociali ove si svolge la sua personalità e richiede l’adempimento dei doveri inderogabili di solidarietà politica, economica e sociale.

Orbene, per formazione sociale deve intendersi ogni forma di comunità, semplice o complessa, idonea a consentire e favorire il libero sviluppo della persona nella vita di relazione, nel contesto di una valorizzazione del modello pluralistico. In tale nozione è da annoverare anche l’unione omosessuale, intesa come stabile convivenza tra due persone dello stesso sesso, cui spetta il diritto fondamentale di vivere liberamente una condizione di coppia, ottenendone – nei tempi, nei modi e nei limiti stabiliti dalla legge – il riconoscimento giuridico con i connessi diritti e doveri.

Si deve escludere, tuttavia, che l’aspirazione a tale riconoscimento – che necessariamente postula una disciplina di carattere generale, finalizzata a regolare diritti e doveri dei componenti della coppia – possa essere realizzata soltanto attraverso una equiparazione delle unioni omosessuali al matrimonio. È sufficiente l’esame, anche non esaustivo, delle legislazioni dei Paesi che finora hanno riconosciuto le unioni suddette per verificare la diversità delle scelte operate.

Ne deriva, dunque, che, nell’ambito applicativo dell’art. 2 Cost., spetta al Parlamento, nell’esercizio della sua piena discrezionalità, individuare le forme di garanzia e di riconoscimento per le unioni suddette, restando riservata alla Corte costituzionale la possibilità d’intervenire a tutela di specifiche situazioni (come è avvenuto per le convivenze *more uxorio*: sentenze n. 559 del 1989 e n. 404 del 1988). Può accadere, infatti, che, in relazione ad ipotesi particolari, sia riscontrabile la necessità di un trattamento omogeneo tra la condizione della coppia coniugata e quella della coppia omosessuale, trattamento che questa Corte può garantire con il controllo di ragionevolezza”.

¹³ Citata in nt. n. 2, ove si legge in motivazione : “*a prescindere dall’intervento del legislatore in materia, quali titolari del diritto alla “vita familiare” e nell’esercizio del diritto inviolabile di vivere liberamente una condizione di coppia e del diritto alla tutela giurisdizionale di specifiche situazioni, le coppie omosessuali possono adire i giudici comuni per far valere, in presenza appunto di specifiche situazioni, il diritto ad un trattamento omogeneo a quello assicurato dalla legge alla coppia coniugata e, in tale sede, eventualmente sollevare le conferenti eccezioni di illegittimità costituzionale delle disposizioni di legge vigenti.....*”



matrimonio, è rimasta fuori dalla disciplina speciale la materia della filiazione. Nella nuova disciplina, infatti, nessuna esplicita equiparazione è avvenuta tra l'atto di costituzione dell'unione civile ed il matrimonio; nessuna pretesa di costituzione di qualche forma di filiazione è stata riconosciuta ai componenti la unione civile, con chiara negazione, dunque, dell'esistenza di un loro *diritto alla genitorialità*¹⁴; tanto, nonostante a quel momento nella prassi giurisprudenziale numerosi casi fossero giunti già all'attenzione dei giudici di merito, soprattutto sotto forma di domande volte ad ottenere la trascrizione dell'atto di nascita di un figlio, nato all'estero per mezzo di procreazione medicalmente assistita.

La questione più spinosa sul punto è, infatti, rappresentata dalle numerose istanze di genitorialità che, tuttora, provengono dalle coppie unite civilmente e che aprono questioni giuridiche delicatissime in quanto coinvolgono norme inderogabili e principi di ordine pubblico consolidati. Infatti, mentre nelle unioni civili formate da donne la questione è meno dirompente - potendo una di esse procreare un figlio ricorrendo alla fecondazione medicalmente assistita ed essere, dunque, sempre genitore biologico del nato - diversamente nell'unione civile di due uomini si deve necessariamente ricorrere alla c.d. maternità surrogata che nel nostro sistema è vietata e perseguita penalmente dall'art. 12, 6° comma, l. n. 40 del 19 febbraio 2004.

Al riguardo, è noto il *favor* da parte della giurisprudenza di merito¹⁵, orientata nel senso di ritenere come meritevole di tutela la pretesa di genitorialità da parte delle coppie omosessuali; orientamento, questo, supportato dal costante ricorso alla ricostruzione operata dalla giurisprudenza europea *in subiecta materia*, mediante il riferimento diretto alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo che, all'art. 8, tutela espressamente la vita privata e familiare.

Nelle motivazioni dei giudici di merito, infatti, si precisa ormai di frequente come il giudice nazionale non possa esimersi dal richiamare i criteri interpretativi, individuati dalla Corte Costituzionale con le sentenze 348 e 349 del 2007 e 317 del 2009¹⁶; pronunce, queste, con le quali la Consulta ha rilevato come l'art. 117, 1 comma, Cost. abbia operato un "rinvio mobile" alle disposizioni della CEDU e all'interpretazione che ne dà la Corte europea dei diritti dell'uomo, acquistando così esse titolo di fonti

¹⁴ Cfr. *amplius*, R. SENIGAGLIA, *Genitorialità tra biologia e volontà, tra fatto e diritto, essere e dover essere*, in *Eur. e dir. priv.*, 2017, 953 ss.; A. NICOLUSSI, *Famiglia e biodiritto civile*, op. cit., soprattutto, 753 ss.. Più di recente, v. F. PISTELLI, *Lo status di figlio nato da maternità surrogata oltre la dicotomia fra dignità della donna e identità del bambino*, op. cit., 217 ss.

¹⁵ Cfr., ad esempio, da ultimo, Trib. Trento, 11.6. 2024, ove si richiamano Trib. Roma, 23.12. 2015; App. Torino, 29.10. 2014; App. Perugia, 7.8. 2018; Trib. Roma, 11.5. 2018; Trib. Bologna, 6. 7. 2018, tutte pubblicate in www.articolo29.it. Ampia ed approfondita trattazione della materia in A. VALONGO, *Nuove genitorialità nel diritto delle tecnologie riproduttive*, op. cit., 69 ss.

¹⁶ Si tratta delle famose sentenze C. cost. 24.10. 2007, nn. 348 e 349, edite e commentate, *inter alia*, su *Forum dei Quaderni costituzionali*, 2007.

interposte ed integrando, in tal modo, il parametro costituzionale di riferimento.

Seguendo questa impostazione, è stato sistematicamente ritenuto che spetti al giudice ordinario il compito di operare una “interpretazione convenzionalmente orientata” delle norme nazionali; e che, qualora questa via non fosse percorribile, il giudice dovrebbe sollevare la questione di legittimità costituzionale dinanzi alla Corte per contrasto con l’art. 117, 1° comma, Cost.

La Corte Costituzionale ha attribuito così ai giudici nazionali il dovere di “leggere” la norma nazionale orientandosi verso un’interpretazione che sia conforme alle disposizioni della CEDU, così come interpretate dalla Corte di Strasburgo, dovendosi ritenere che “un incremento di tutela indotto dal dispiegarsi degli effetti della normativa CEDU certamente non viola gli articoli della Costituzione posti a garanzia degli stessi diritti; anzi, ne esplicita ed arricchisce il contenuto, alzando il livello di sviluppo complessivo dell’ordinamento nazionale nel settore dei diritti fondamentali (Punto 8 del Considerato in diritto, sentenza 317\2009) e nel rispetto del principio dell’ordine pubblico”¹⁷.

2. Sulla sussistenza di un diritto alla genitorialità in ogni forma di vita familiare.

Seguendo il criterio ermeneutico così individuato e per espressa statuizione della Consulta, pronunciatasi in diverse occasioni, l’orientamento unanimemente condiviso è nel senso di ritenere che l’unione omosessuale, intesa come stabile convivenza tra due persone dello stesso sesso, rientri tra le formazioni sociali di cui all’art. 2 Cost.. Come tale, essa deve considerarsi destinataria di riconoscimento giuridico, con connessi diritti e doveri secondo una gradazione rimessa alla scelta del legislatore; il quale, tuttavia, come già rilevato, nel predisporre la disciplina di cui alla l. n. 76 del 2016, non ha voluto ammettere un *diritto alla genitorialità* in capo

¹⁷ Come evidenziato in diverse occasioni dalla Suprema Corte (Cass. 22 8. 2013, n. 19405; Cass. 26. 4. 2013, n. 10070 che richiama Cass. 6.12. 2002, n. 17349 e Cass. 23.2.2006, n. 4040), il concetto di ordine pubblico ai fini internazional-privatistici si identifica con quello indicato con l’espressione “ordine pubblico internazionale” da intendersi come complesso di principi fondamentali caratterizzanti l’ordinamento interno in un determinato periodo storico e fondati su esigenze di garanzia comuni ai diversi ordinamenti, di tutela dei diritti fondamentali dell’uomo, sulla base di valori sia interni che esterni all’ordinamento purché accettati come patrimonio condiviso in una determinata comunità giuridica sovranazionale. In dottrina, per una disamina completa, v. V. BARBA, *L’ordine pubblico internazionale*, in *Rass. dir. civ.*, 2018, 403 ss.. A proposito del precedente nella materia *de qua* costituito da Cass. 30.9. 2016, n. 19599, in *Corr. giur.*, 2017, 185 ss., con nota di G. FERRANDO, *Ordine pubblico e interesse del minore nella circolazione degli status filiationis*; in *Riv. dir. int.*, 2017, 169 ss., con nota di O. FERACI, *Ordine pubblico e riconoscimento in Italia dello status di figlio «nato da due madri» all’estero: considerazioni critiche sulla sentenza della Corte di cassazione n. 19599/2016*

ai componenti della unione civile¹⁸, nonostante l'orientamento giurisprudenziale e di buona parte della dottrina fosse nel senso di riconoscere fondamento alle domande volte ad ottenere l'ammissibilità nel sistema di tale diritto, quanto meno sotto forma di potere di trascrivere l'atto di nascita del figlio così generato negli atti dello Stato civile del comune di appartenenza.

Tra le diverse pronunce di merito rese in materia¹⁹, particolarmente significativa per il procedimento argomentativo seguito è stata quella della Corte di Appello di Torino²⁰. In essa i giudici di secondo grado hanno deciso sulla questione relativa alla domanda, avanzata da una coppia di due donne, di poter trascrivere l'atto di nascita di un minore, figlio biologico di una di esse ma risultante figlio di entrambe all'estero. Essendo stata tale richiesta respinta dall'Ufficiale dello Stato civile perché ritenuta contraria all'ordine pubblico, la coppia di donne aveva proposto reclamo dinanzi al Tribunale di Torino che, tuttavia, confermava il diniego.

In sede di appello, i giudici di secondo grado riformavano la sentenza del Tribunale e motivavano la decisione ricorrendo a riferimenti normativi e giurisprudenziali desunti dal sistema sovranazionale delle fonti.

In quella decisione, la Corte d'Appello di Torino ha ritenuto, infatti, di doversi richiamare anzitutto alla sentenza della Corte Costituzionale n. 162 del 9 aprile 2014, che aveva dichiarato l'illegittimità dell'art. 4, co. 3, della l. n. 40 del 19 febbraio 2004 nella parte in cui stabiliva per la coppia il divieto al ricorso alla fecondazione assistita di tipo eterologo. Ad avviso della Corte, sotto il profilo sostanziale dei valori e dei principi, la pronuncia della Consulta ha determinato l'estensione del confine della "vita familiare", che aveva riguardato la coppia eterosessuale, anche ai figli generati sia naturalmente sia con la procreazione assistita, anche eterologa.

Ulteriore elemento fondante per il ragionamento della Corte d'Appello di Torino è stata la previsione, rinvenibile nel d. lgs. n. 154 del 28 dicembre 2013, laddove, essendosi posto come elemento caratterizzante il rapporto di filiazione il concetto di *responsabilità genitoriale*, si è determinato uno scostamento dell'essenza della genitorialità dall'appartenenza genetica

¹⁸ Il disegno di legge S.14-17° Legislatura sulle Unioni civili prevedeva la possibilità per un *partner* di adottare il figlio minore dell'altro *partner*; disposizione poi esclusa dal corpo della legge n. 76 del 2016 proprio per consentirne l'approvazione.

¹⁹ Per una rassegna particolarmente compiuta e ragionata anche della giurisprudenza di merito, si rinvia, ancora una volta, a A. VALONGO, *Nuove genitorialità nel diritto delle tecnologie riproduttive*, op. cit., 69 ss., a partire da Trib. Roma, 30.7. 2014 (in *Foro it.*, 2016, I, 2745 ss.), giunta poi alla Suprema Corte, che ha deciso con sentenza del 22.6. 2016, n. 12962 (in *Foro it.*, 2016, I, 2342 ss., con nota di G. CASABURI, *L'adozione omogenitoriale e la Cassazione: il convitato di pietra*), ove ampi richiami alla giurisprudenza delle Corti europee; Trib. Roma, 23.12. 2015 in *Nuova Giur. Civ. Comm.*, 2016, 7/8, 969 ss con nota di M. FARINA, *Adozione in casi particolari, omogenitorialità e superiore interesse del minore*). In senso contrario, tuttavia, v. Trib. Minori Piemonte e Valle d'Aosta 11.9. 2015 (in *Nuova Giur. Civ. Comm.*, 2016, 205 ss.); Trib. Milano, 17 ottobre 2016, (ivi, 2017, 2, 177 ss. con nota di G. FERRANDO, *A Milano l'adozione del figlio del partner non si può fare*); A. SCHUSTER, *Gestazione per altri e Convenzione europea dei diritti dell'uomo: l'interesse del minore non deve mai essere un mezzo, ma sempre solo il fine del diritto*, in *Nuova giur. civ. com.*, 2015, 834 ss

²⁰ App. Torino, 29.10.2014, cit.

“dovendosi individuare, anche a seguito delle nuove tecniche riproduttive, diverse figure genitoriali: la madre genetica (cui risale l’ovocita fecondato); la madre biologica (colei che ha condotto la gestazione); la madre sociale, colei che esprime la volontà di assumere in proprio la responsabilità genitoriale; il padre genetico, il padre sociale figure che possono, di fatto, non coincidere fra di loro”. Secondo il ragionamento della Corte, “..... nel caso in questione non si tratta di introdurre *ex novo* una situazione giuridica inesistente ma di garantire la copertura giuridica ad una situazione di fatto in essere da anni, nell’esclusivo interesse di un bambino che è stato cresciuto da due donne che la legge riconosce entrambe come madri. Assume rilievo determinante la circostanza che la famiglia esista non tanto sul piano dei *partners* ma con riferimento alla posizione, allo *status* e alla tutela del figlio. Nel valutare il *best interest* per il minore non devono essere legati fra loro, il piano del legame fra i genitori e quello fra genitore-figli: l’interesse del minore pone, in primis, un vincolo al disconoscimento di un rapporto di fatto, nella specie validamente costituito fra la co-madre e un figlio”²¹.

Forte di un orientamento in tal senso seguito anche dalla Corte europea dei diritti dell’uomo²², la Corte d’Appello di Torino concludeva ritenendo che la mancata trascrizione dell’atto di nascita limitasse e comprimesse il diritto all’identità personale del minore e il suo *status* in quanto, negandone il riconoscimento, egli non avrebbe potuto avere un esercente la responsabilità genitoriale; nessuno avrebbe potuto esercitarne la rappresentanza; inoltre, il minore sarebbe stato anche privato dei rapporti successori nei confronti della famiglia, con grave menomazione dei suoi diritti ereditari.

3. La posizione delle Sezioni Unite della Suprema Corte

Negli ultimi anni, la questione del riconoscimento di un *diritto alla genitorialità* a favore della coppia omosessuale è giunta all’attenzione della Prima Sezione civile della Corte di Cassazione, alla quale è stato sottoposto il caso esaminato dalla Corte d’Appello di Trento, che, nel febbraio 2017,²³

²¹ Su cui v. l’ampio saggio di V. SCALISI, *Il superiore interesse del minore ovvero il fatto come diritto*, in *Riv. dir. civ.*, 2018, I, 405 ss. in posizione fortemente critica verso la funzione integrativa e/o correttiva esercitata dall’interprete in forza dello stesso fatto che consolida l’interesse ed a discapito del principio di legalità. Di recente, ha affrontato di nuovo il tema M. BIANCA, *Il best interest of the child nel dialogo tra le Corti*, in EAD (a cura di), *The best interest of the child*, Roma, 2021, 669 ss.; A. GORGONI, *Il favor per lo stato di figlio tra verità biologica e interesse del minore*, in questa *Rivista*, 2023, 540 ss.

²² Si legga la lunga parte della motivazione della sentenza *de qua* tutta dedicata ai casi giurisprudenziali affrontati e risolti su istanza di altri cittadini europei. In dottrina, in posizione dialettica con tale tendenza, v. da ultimo, A. NICOLUSSI, *Famiglia e biodiritto civile, op. cit.*, 753 ss., ove completa disamina della giurisprudenza delle Corti europee e di quella interna con ampie notazioni critiche.

²³ App. Trento, 23.2. 2017, in *Foro it.*, 2017, I, c. 1035 ss., con nota di G. CASABURI; cfr., altresì, G. CARDACI, *La trascrizione dell’atto di nascita straniero formato a seguito di gestazione per altri*, in *Nuova Giur. Civ. Comm.*, 2017, I, 1034 ss.; V. CALDERAI, *La tela strappata di Ercole. A proposito dello stato dei nati da maternità surrogata*, in *Nuova giur. civ. com.*, I, 2020, 1116.

aveva dato l'autorizzazione alla trascrizione in Italia dell'atto, firmato dalla Corte di Giustizia dell'Ontario, in cui veniva riconosciuta ad una coppia di uomini la genitorialità di due minori nati in Canada per effetto di procreazione assistita con gestazione surrogata.

Per la complessità e la particolare rilevanza delle questioni, i giudici della Prima Sezione civile, con un'ordinanza del febbraio 2018²⁴, trasmettevano gli atti al primo Presidente della Suprema Corte, affinché valutasse la trattazione del caso davanti alle Sezioni Unite; le quali si sono espresse poi sul caso con la sentenza n. 12193 dell'8 maggio 2019²⁵.

Dopo aver affrontato e risolto le numerose questioni di rito poste dal caso specifico, entrando *in medias res*, trattandosi del riconoscimento dell'efficacia di un provvedimento giurisdizionale straniero con il quale era stato accertato il rapporto di filiazione tra un minore nato all'estero ed un cittadino italiano, i giudici di legittimità hanno proceduto inquadrando il caso ad essi prospettato entro la cornice dei limiti dell'ordine pubblico, come richiesto dagli artt. 64 e ss. della legge n. 218 del 1995. A tal proposito, essi hanno precisato che la compatibilità di quelle decisioni con l'ordine pubblico "... dev'essere valutata alla stregua non solo dei principi fondamentali della nostra Costituzione e di quelli consacrati nelle fonti internazionali e sovranazionali, ma anche del modo in cui gli stessi si sono incarnati nella disciplina ordinaria dei singoli istituti, nonché dell'interpretazione fornite dalla giurisprudenza costituzionale ed ordinaria, la cui opera di sintesi e ricomposizione dà forma a quel diritto vivente dal quale non può prescindere nella ricostruzione delle nozioni di ordine pubblico, quale insieme dei valori fondanti dell'ordinamento in un determinato momento storico".

A questo punto del ragionamento, nella motivazione resa dalle Sezioni Unite, di particolare interesse si è rivelato il passaggio in cui veniva precisato a quale limite il concetto dell'ordine pubblico dovesse essere asservito per l'ingresso di provvedimenti provenienti *ab esterno* e, in controtendenza rispetto all'orientamento che sia le Corti europee che talune Corti italiane avevano espresso riguardo all'esistenza di *un diritto alla genitorialità tout court*, è stato opportunamente precisato che «il limite che l'ordinamento nazionale pone all'ingresso di norme e provvedimenti

²⁴ Non sono mancati i commenti anche a questa ordinanza: cfr. V. BARBA, *Note minime sull'ordine pubblico internazionale*; M. DOGLIOTTI, *Davanti alle sezioni unite della cassazione i "due padri" e l'ordine pubblico. Un'ordinanza di rimessione assai discutibile*, entrambi consultabili online sul sito www.articolo29.it.

²⁵ Per un primo commento v. G. FERRANDO, *Maternità per sostituzione all'estero: le sezioni unite dichiarano inammissibile la trascrizione dell'atto di nascita. Un primo commento*, in *Fam. e Dir.*, 2019, 7, 653 e ss.; G. CASABURI, *Le alterne vicende delle nuove forme di genitorialità nella giurisprudenza più recente* (nota a sentenza Cass., S.U., 8 .5.2019, n. 12193), in *Foro it.*, 2019, 1, 2003 e ss.; più di recente, v. A. GORGONI, *Il favor per lo stato di figlio tra verità biologica e interesse del minore*, *op. cit.*, 540 ss., in senso critico riguardo al principio della verità biologica come il solo fondante una forma di responsabilità genitoriale, sulla base dei riconosciuti diritti, di pari rango, alla vita familiare e alla formazione di modelli familiari alternativi. Affrontano il tema in correlazione con il principio dell'ordine pubblico A. SASSI - S. STEFANELLI, *Ordine pubblico differenziato e diritto allo stato di figlio nella g.p.a.*, in www.articolo29.it

stranieri, a protezione della sua coerenza interna (...), non può ridursi ai soli valori condivisi dalla comunità internazionale, ma comprende anche principi e valori esclusivamente propri, purché fondamentali e (perciò) irrinunciabili». E, poiché l'applicabilità del divieto della surrogazione di maternità di cui all'art. 12, 6° co., l. n. 40 del 19 febbraio 2004, è indubbiamente in linea con l'ordine pubblico, stante la previsione della sanzione penale, le Sezioni Unite hanno ulteriormente precisato che «vengono qui in rilievo la dignità umana – costituzionalmente tutelata – della gestante e l'istituto dell'adozione, con il quale la surrogazione di maternità si pone oggettivamente in conflitto, perché soltanto a tale istituto, governato da regole particolari poste a tutela di tutti gli interessati, in primo luogo dei minori, e non al mero accordo delle parti, l'ordinamento affida la realizzazione di progetti di genitorialità priva di legami biologici con il nato»²⁶.

Con un cambio di rotta sul piano motivazionale rispetto alle altre decisioni rese in materia, la Suprema Corte, a Sezioni Unite, assumeva, dunque, il passaggio decisivo per prendere le distanze dall'orientamento precedente ed escludeva senza mezzi termini che il divieto di maternità surrogata si ponesse in contrasto con l'interesse superiore del minore (cd. *best interest of the child principle*), tutelato, tra gli altri, dall'art. 3 della

²⁶ Sul concetto di ordine pubblico, accolto nella decisione in commento, v. M. TESCARO, *Riflessioni civilistiche in tema di ordine pubblico internazionale, maternità surrogata e arte della costanza*, in *BioLawJournal*, 2021, 41 ss.; G. PERLINGIERI, *Ordine pubblico e identità culturale. Luci e ombre nella recente pronuncia delle Sezioni Unite in tema di c.d. maternità surrogata*, in *Diritto delle successioni e della famiglia*, 2019, 337 e ss.; U. SALANITRO, *Quale ordine pubblico secondo le Sezioni Unite? Tra omogenitorialità e surrogazione, all'insegna della continuità*, consultabile sul sito www.giustiziacivile.com, 29.5.2019; V. BARBA, *L'ordine pubblico internazionale*, op. cit., 403 ss.. Sul tema si rinvia anche a G. PERLINGIERI, G. ZARRA, *Ordine pubblico interno e internazionale tra caso concreto e sistema ordinamentale*, Napoli, 2019. Cfr., anche, due ordinanze del Tribunale di Pordenone, 2.7. 2018 e Tribunale di Bolzano, 3.1.2019 (consultabili su www.articolo29.it), con cui è stata sollevata questione di legittimità costituzionale dell'art. 5 e dell'art. 12, commi 2, 9, 10 della legge n. 40 del 2004 che vietano la PMA alle coppie dello stesso sesso; la questione di costituzionalità è stata rigettata. Com'è noto, nel corso dell'attuale legislatura, è stata approvata da parte della Commissione Giustizia del Senato la proposta di legge n. 824. Il testo, rubricato «*Modifica all'articolo 12 della legge 19 febbraio 2004, n. 40, in materia di perseguibilità del reato di surrogazione di maternità commesso all'estero da cittadino italiano*», prevede che al comma 6 dell'art. 12 della legge 19 febbraio 2004, n. 40, venga aggiunto, infine, il seguente periodo: «*Se i fatti di cui al periodo precedente, con riferimento alla surrogazione di maternità, sono commessi all'estero, il cittadino italiano è punito secondo la legge italiana*», (v. in www.senato.it).

Il reato di maternità surrogata come reato universale, dunque, perseguibile penalmente anche se commesso all'estero, è già sottoposto all'attenzione critica di molti penalisti: M. PELISSERO, *Surrogazione di maternità: la pretesa di un potere punitivo universale. Osservazioni sui d.d.l. A.C. 2599 (Carfagna) e 306 (Meloni)*, in *Dir. pen. cont.*, 2021, 2, pag. 30 ss.; AA. VV., *La Gravidanza per Altri in Italia: dal divieto universale alle proposte di regolamentazione. Riflessioni a margine del progetto di legge "Meloni" e della proposta di legge dell'Associazione Luca Coscioni per la libertà di ricerca scientifica*, in *Giur. pen.*, 2022, 7,1 ss.; per gentile concessione del dattiloscritto dell'Autore, v. P.M. SABELLA, *La surrogazione di maternità come reato universale. Le spinte punitive del legislatore contemporaneo ed esigenze di rifondazione della cultura della pena in materia di genitorialità e filiazione*, in corso di pubblicazione negli Atti del convegno "Just Parent. Legal protection for social parenthood", che si è svolto a Modena il 22-24 febbraio 2024.

Convenzione di New York sui diritti del fanciullo del 20 novembre 1989, resa esecutiva in Italia con legge 27 maggio 1991, n. 176; al contrario, ritenendo, invece, “che tale interesse si realizzi proprio attribuendo la maternità a colei che partorisce e affidando [...] all’istituto dell’adozione, realizzata con le garanzie proprie del procedimento giurisdizionale, piuttosto che al semplice accordo delle parti, la realizzazione di una genitorialità disgiunta dal legame biologico”²⁷.

In anni pregressi, già la Corte di Cassazione²⁸ aveva statuito che tra principi e valori fondamentali potesse essere annoverato il divieto di maternità surrogata, essendo esso assistito dalla sanzione penale a presidio della dignità della gestante. A giudizio della Corte, dunque, il bilanciamento era stato operato a monte dal legislatore, sicché al giudice non restava alcuna discrezionalità da esercitare in relazione al caso concreto. Così ragionando, in quella occasione, la Suprema Corte aveva operato una vera e propria preclusione verso ogni apertura nei confronti della pratica della maternità surrogata e del riconoscimento dei provvedimenti stranieri accertanti lo *status filiationis* del minore; tanto perfettamente in linea con quanto sarebbe emerso dalle successive pronunce della Corte Costituzionale²⁹ la quale avrebbe poi affidato al giudice ordinario il compito di bilanciare gli interessi da tutelare, sulla base della peculiarità del caso concreto.

È questo il monito accolto anche dalle Sezioni Unite del 2019 che, nel riportare la questione al sistema sotto il profilo dell’ordine pubblico interno e non solo sovranazionale, ne hanno ricomposto la “crisi”.

4. L’Avis Consultatif del 10 aprile 2019 della Corte EDU.

Sul bilanciamento degli interessi tra il diritto alla genitorialità, anche per via di maternità surrogata, e la salvaguardia dell’ordine pubblico, è stata chiamata ad intervenire anche la Corte di Strasburgo, in occasione di due casi che hanno visto coinvolte due coppie francesi che, dopo aver fatto

²⁷ Dal che il principio di diritto con cui le Sezioni Unite chiudono questa parte della vicenda: “*Il riconoscimento dell’efficacia del provvedimento giurisdizionale straniero con cui sia stato accertato il rapporto di filiazione tra un minore nato all’estero mediante il ricorso alla maternità surrogata ed il genitore d’intenzione munito della cittadinanza italiana trova ostacolo nel divieto della surrogazione di maternità previsto dall’art. 12, comma sesto, della legge n. 40 del 2004, qualificabile come principio di ordine pubblico, in quanto posto a tutela di valori fondamentali, quali la dignità umana della gestante e l’istituto dell’adozione; la tutela di tali valori, non irragionevolmente ritenuti prevalenti sull’interesse del minore, nell’ambito di un bilanciamento effettuato direttamente dal legislatore, al quale il giudice non può sostituire la propria valutazione, non esclude peraltro la possibilità di conferire rilievo al rapporto genitoriale, mediante il ricorso ad altri strumenti giuridici, quali l’adozione in casi particolari, prevista dall’art. 44, comma primo, lett. d), della legge n. 184 del 1983*”. Di recente in dottrina sull’adozione in casi particolari v. N. CIPRIANI, *Adozione in casi particolari*, in F. MACARIO (a cura di), *I tematici. Famiglia*, IV, Milano, 2022, 25 ss..

²⁸ Cass. 11.11. 2014, n. 24001, in *Foro it.*, 2014, 1, pp. 3408 e ss.

²⁹ Corte cost., 18.12.2017, n. 272, in *Foro it.*, 2018, 1, 7 e ss.; in *Nuova Giur. Civ. Comm.*, 2018, 4, pp. 546 e ss.

ricorso a pratiche di maternità surrogata negli Stati Uniti, rientrate in Francia, si sono viste negare la trascrizione nei registri dello stato civile degli atti di nascita esteri dei loro figli³⁰.

Tale diniego si fondava sul divieto di surrogazione di maternità previsto dall'art. 16-7 *Code Civil* e su una nozione particolarmente rigida di ordine pubblico.

Entrambe le coppie proposero ricorso alla Corte europea di Strasburgo, lamentando che il mancato riconoscimento dello *status filiationis* fosse contrario all'interesse del minore e sproporzionato rispetto alla esigenza di salvaguardare il principio di indisponibilità dello *status* e della persona, posti alla base del divieto francese di surrogazione di maternità, integrando di conseguenza una violazione del diritto al rispetto della vita privata e familiare ex art. 8 CEDU.

La Corte EDU esaminò la questione, concludendo che il comportamento delle autorità francesi fosse legittimo, in quanto perseguiva obiettivi come il rispetto dei diritti della madre surrogata e del nato, e che tale forma di intervento statale corrispondesse adeguatamente a quell'ampio margine di discrezionalità in capo al legislatore interno, soprattutto in materie come quella in questione in cui non c'è un consenso europeo diffuso³¹. Tuttavia, a parere della Corte, la necessità di tutelare il diritto all'identità personale dei minori, soprattutto in casi in cui si domanda il riconoscimento di un rapporto genitoriale fondato su un legame biologico, deve prendere il sopravvento su qualsiasi altra istanza ordinamentale, facendo tale diritto parte del nucleo essenziale della personalità di ciascun individuo.

A seguito di tale pronuncia, al fine di evitare future condanne da parte della Corte EDU e per garantire una tutela uniforme anche nelle cause ancora pendenti, il legislatore francese, con l. n. 1547/2016 del 18 novembre 2016, ha introdotto il c.d. "emendamento Mennesson", il quale ha riformato il Codice dell'organizzazione giudiziaria francese, prevedendo la possibilità di un riesame delle decisioni giudiziarie francesi, ancorché passate in giudicato, ogni qual volta fosse intervenuta una sentenza di condanna da parte della Corte EDU.

La coppia, destinataria della sentenza EDU, ha subito avviato tale procedura, chiedendo il riesame della precedente decisione della Corte di Cassazione che aveva annullato la trascrizione dell'atto di nascita estero e

³⁰ Per un resoconto della storia giudiziale inerente a questi casi, v. G. CASABURI, nota a sentenza Corte EDU, Labassee e Mennesson, in *Foro it.*, 2014, 4, 561 e ss.. Sulla posizione della Corte europea in tema di diritti fondamentali v. L. POLI, *Il contributo della giurisprudenza della Corte europea dei diritti umani al dibattito sulla gestazione per altri*, in M. CAIELLI, B. PEZZINI, A. SCHILLACI (a cura di), *Riproduzione e relazioni. La surrogazione di maternità al centro della questione di genere*, Torino, 2019, 169 ss.

³¹ Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, 26.6.2014, Labassee c. Francia, ric. n. 65941/11, in www.echr.coe.int; Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, 26.6. 2014, Mennesson c. Francia, ric. n. 65192/11, in www.echr.coe.int. Su cui v. S. TONOLO, *Identità personale, maternità surrogata e superiore interesse del minore nella più recente giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo*, in *Dir. umani e dir. internaz.*, 2015, 202 ss. Si vedano, altresì, gli altri due casi, giunti all'attenzione della Corte EDU il 21.7.2016 (Foulon vs. Francia, ric. n. 9063/14 e Bouvet vs. Francia, ric. n. 10410/14, in www.echr.coe.int). Cfr. diffusamente, sul punto, A. VALONGO, *Nuove genitorialità nel diritto delle tecnologie riproduttive*, op. cit. soprattutto 152 ss.



disconosciuto il rapporto genitoriale dei due coniugi con il figlio ottenuto attraverso il ricorso a pratiche surrogative. La questione, rimessa all'Assemblea plenaria della Cassazione, è stata poi declinata nella formulazione di due quesiti, posti *ex art. 6 CEDU* alla Corte di Strasburgo, per un suo parere consultivo.

In primo luogo, si è domandato se il mancato riconoscimento del rapporto tra figlio e madre intenzionale superasse il margine di apprezzamento statale e se l'impiego o meno dei gameti della stessa fosse rilevante ai fini della risoluzione della questione.

In secondo luogo, per il caso in cui lo Stato fosse obbligato a riconoscere il rapporto genitoriale d'intenzione, si è chiesto se l'istituto dell'adozione del figlio biologico del marito potesse essere considerato un mezzo alternativo alla trascrizione del provvedimento straniero.

La Corte EDU, si è pronunciata con *l'avis consultatif* del 10 aprile 2019³².

Ai fini della risoluzione del primo quesito posto dai giudici francesi, la Corte di Strasburgo, in linea con l'orientamento precedentemente espresso in questa materia, ha inquadrato la questione del riconoscimento del rapporto genitoriale con la madre d'intenzione nell'ambito della tutela della vita privata dei minori *ex art. 8 CEDU*.

A giustificazione di tale risoluzione, la Corte EDU ha spiegato che, nonostante il legislatore nazionale abbia un'ampia discrezionalità in materie eticamente sensibili come la surrogazione di maternità - tema divisivo non solo a livello dottrinale e giurisprudenziale ma anche alla luce del variegato panorama legislativo europeo - questo margine di apprezzamento si restringe sensibilmente ed assume maggiore rilevanza la possibilità di riconoscere un rapporto di filiazione, essendo quest'ultimo un aspetto fondamentale dell'identità personale del minore.

Così, in risposta al primo quesito posto dalla Corte di Cassazione francese, la Corte EDU ha stabilito che gli Stati, al fine di garantire pienamente il diritto del minore al rispetto della propria vita privata *ex art. 8 CEDU*, hanno l'obbligo di garantire pieno riconoscimento alle relazioni tra il minore e la madre intenzionale, anche qualora mancasse un legame genetico.

Diversamente, rispondendo al secondo quesito posto dai giudici francesi in ordine alla modalità del riconoscimento della genitorialità d'intenzione, la Corte EDU, rilevando come non vi sia uniformità e consenso in ambito europeo, ha riconosciuto che il legislatore riacquista sul punto ampio margine di discrezionalità: infatti, ad avviso della Corte EDU, l'obbligo statale di riconoscere il rapporto tra figlio e genitore intenzionale non

³² Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, Grande Chambre, *Avis Consultatif*, 10.4. 2019, ric. P16-2018-001, in www.echr.coe.int; in *Nuova Giur. Civ. Comm.*, 2019, 4, 757 e ss., con nota di A.G. GRASSO, *Maternità surrogata e riconoscimento del rapporto con la madre intenzionale*, 757 e ss.; A. SCHUSTER, *GPA: la tutela del minore limite invalicabile*, in www.articolo29.it; A.M. LECIS COCCO-ORTU, *L'obbligo di riconoscimento della genitorialità intenzionale tra diritto interno e CEDU: riflessioni a partire dal primo parere consultivo della Corte Edu su GPA e trascrizioni*, in www.geniusreview.eu: il collegio della Grande Camera della Corte EDU accolse la richiesta di parere consultivo e di conseguenza rese quest'ultimo, *ex art. 2*, Protocollo n. 16, all'unanimità.



impone necessariamente la trascrizione del provvedimento estero attestante tale rapporto, esistendo altri istituti - come ad esempio l'adozione - che permettono la costituzione di un siffatto *status* e che sarebbero conformi alla Convenzione.

Devono, peraltro, ricorrere alcune condizioni per poter applicare strumenti nazionali alternativi alla trascrizione del provvedimento estero ai fini dell'attribuzione dello *status filiationis*. Qualora, infatti, quest'ultimo non venga costituito *ab initio*, il periodo di incertezza che si viene a creare nell'attesa del riconoscimento giuridico del rapporto di filiazione deve essere “quanto più breve possibile”; il riconoscimento del rapporto tra il minore e il genitore intenzionale può avvenire “al più tardi” quando questa relazione sia diventata una “realtà effettiva”; lo strumento nazionale, volto al riconoscimento del rapporto di filiazione, deve risultare non solo adeguato alla tutela dell'interesse del minore, da considerare nella sua concretezza e per ogni singolo caso, ma anche *effettivo*, ovvero idoneo a instaurare propriamente una relazione giuridica tra il genitore intenzionale e il figlio.

E' stato ritenuto che il parere, reso dalla Corte EDU nell'ambito della procedura consultiva delineata dal Protocollo n.16, non solo sia in grado di svolgere una funzione pregiudiziale, di deflazione del contenzioso, ma anche una funzione di tipo nomofilattico: tale parere infatti, ancorché privo di efficacia vincolante, sarà in grado di influenzare i futuri orientamenti legislativi e giurisprudenziali di tutti gli Stati aderenti alla CEDU³³.

Nella sentenza delle Sezioni Unite del'8 maggio 2019 non vi è traccia di riferimenti al Parere consultivo reso dalla Corte EDU, pur essendo esso anteriore di un mese. In effetti, l'orientamento della giurisprudenza interna in materia si era già formato nel senso di una chiara inclinazione a riconoscere come compatibile l'istituto dell'adozione per la risoluzione di casi simili. Ciò non ha risparmiato, tuttavia, all'interprete il compito di verificare se, in base alle indicazioni fornite dalla Corte EDU in quest'ultimo parere, effettivamente tale istituto sia uno strumento adeguato per la costituzione di un rapporto di genitorialità tra genitore sociale e neonato. Si è posta, quindi, la necessità di valutare la compatibilità dell'orientamento, segnato dall'ultima pronuncia delle Sezioni Unite, con le esigenze di “celerità” ed “effettività” ribadite nel parere della Corte di Strasburgo; tanto, in particolare, riguardo all'attesa ai fini del passaggio in giudicato della sentenza di adozione³⁴.

4.1.(segue) Gli interventi della Consulta

³³ A.M. LECIS COCCO-ORTU, *L'obbligo di riconoscimento della genitorialità intenzionale tra diritto interno e CEDU: riflessioni a partire dal primo parere consultivo della Corte Edu su GPA e trascrizioni*, in www.geniusreview.eu

³⁴ Cfr., al riguardo, le considerazioni di G. FERRANDO, *I bambini prima di tutto. Gestazione per altri, limiti alla discrezionalità del legislatore, ordine pubblico*, op. cit., 815 e ss.

Con ordinanza del 9 dicembre 2019, il Tribunale ordinario di Padova sollevava questione di legittimità costituzionale degli artt. 8 e 9 della legge 19 febbraio 2004, n. 40 e 250 c.c., in riferimento agli artt. 2, 3, 30 e 117, primo comma, Cost., quest'ultimo in relazione agli artt. 2, 3, 4, 5, 7, 8 e 9 della Convenzione sui diritti del fanciullo, firmata a New York il 20 novembre 1989, ratificata e resa esecutiva con legge 27 maggio 1991, n. 176, e agli artt. 8 e 14 della Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali (CEDU), firmata a Roma il 4 novembre 1950, ratificata e resa esecutiva con legge 4 agosto 1955, n. 848.

Sotto il profilo che più ci riguarda in questa sede, in quella occasione la Consulta ha dovuto esaminare la questione della eventuale disparità di trattamento che si era posta in ordine alla negata possibilità di ricorrere alla genitorialità artificiale tra coppie omosessuali femminili e quelle maschili. Sarebbe stato lasciato, infatti, privo di tutela l'interesse del minore, nato a seguito di fecondazione assistita praticata da due donne, al riconoscimento del rapporto di filiazione con la madre intenzionale, non essendovi neppure le condizioni per procedere all'adozione in casi particolari, di cui all'art. 44, co. 1, lett. d), della legge 4 maggio 1983, n. 184. E, tuttavia, non si è potuto non rilevare che, muovendo da un'interpretazione sistematica e logica, «allo stato della legislazione, il requisito soggettivo della diversità di sesso per accedere alla procreazione medicalmente assistita», prescritto dall'art. 5 della legge n. 40 del 2004, ma anche «letto [...] in relazione alle norme del codice civile sulla filiazione, esclude l'opzione ermeneutica proposta dalla ricorrente»³⁵.

Pur avendo negato la Consulta il fondamento costituzionale di un preteso diritto alla genitorialità, in quella decisione è stato, tuttavia, rilevato che l'interesse del minore sarebbe, in effetti, quello di vedersi riconoscere un legame con entrambi i genitori; peraltro, sempre bilanciandolo con l'esigenza di disincentivare il ricorso alle tecniche di maternità surrogata, dovendosi, altresì, ritenere che l'interesse del minore potrebbe essere tutelato anche attraverso strumenti diversi dalla trascrizione dell'atto di nascita, purché celeri ed effettivi, strumenti che solo il legislatore può concepire per garantire adeguata tutela.

Sollecitata ancora una volta dalla Prima Sezione civile della Suprema Corte³⁶ ad intervenire sulla possibilità di trascrivere un provvedimento

³⁵ Rileva, altresì, la Corte che “L'interpretazione accolta dal Collegio rimettente, peraltro, è stata successivamente confermata dalla giurisprudenza di legittimità (Corte di cassazione, sezione prima civile, sentenza 22.4. 2020, n. 8029, e sentenza 3.4.2020, n. 7668). Alcune pronunce di merito l'hanno, invece, disattesa, proprio in considerazione della preminente esigenza, costituzionalmente garantita, «di tutelare la condizione giuridica del nato, conferendogli, da principio, certezza e stabilità», tenendo distinta la questione relativa allo stato del figlio da quella inerente alla liceità della tecnica prescelta per farlo nascere (fra gli altri, Trib. Brescia, 11.11.2020, Trib. Cagliari, n. 1146 del 28.4. 2020. In termini analoghi, App. Roma, 27.4. 2020)” (Punto n. 2.3.1). In dottrina, v. R. BIN, *L'interpretazione della Costituzione in conformità delle leggi*, in *Fam. e dir.*, 519 ss.; M. BIANCA, *Il travagliato percorso della tutela del bambino nato da maternità surrogata. Brevi note a margine dell'ordinanza di rinvio alle Sezioni unite n. 1842 del 2022*, in *Giustizia insieme*, 27.10. 2022; M. GIANDORIGGIO, *Ancora sulla trascrizione dell'atto di nascita estero: il diniego delle Sezioni Unite alla maternità surrogata*, in *Studium juris*, 2023, 4, 363 ss.

³⁶ Cfr. Cass., ord. n. 8325 del 29.4. 2020, in www.rivistafamilia.it, 9/2020.

straniero che riconoscesse il legame di filiazione tra genitore intenzionale e minore nato in seguito a maternità surrogata, la Corte costituzionale con le sentenze nn. 32 e 33 del 2021³⁷, ha ribadito la necessità di contemperare, per il tramite dell'intervento del legislatore, l'esigenza di disincentivare il ricorso alle tecniche di surrogazione di maternità con l'interesse dei minori al riconoscimento della loro *affectio familiae*, interesse che potrebbe, tuttavia, essere tutelato anche attraverso strumenti diversi dalla trascrizione dell'atto di nascita, purché celeri ed effettivi.

La Corte di Cassazione, recependo i contenuti delle decisioni della Consulta, stante il perdurante silenzio del legislatore, con ordinanza di rimessione alle Sezioni Unite n. 1842 del 21 gennaio 2022, non ha potuto fare a meno di rilevare che sono rimasti sostanzialmente insuperati i limiti preesistenti alla effettiva tutela dell'interesse del minore, non essendo sufficiente quanto desumibile in materia dal diritto vivente; il costante riferimento all'art. 44 della legge in materia di adozione nei casi particolari non potrebbe, infatti, considerarsi da solo adeguato a tal fine, posto che esso “non attribuisce vera e propria genitorialità all'adottante, richiede l'assenso del genitore biologico e non stabilisce vincoli di parentela con la famiglia dell'adottante”.

Ulteriori ed opportune specificazioni sono arrivate dalla Consulta con la successiva sentenza n. 79 del 28 marzo 2022³⁸, questa volta sollecitata in

³⁷ Entrambe in G. U. 10.3. 2021, n. 10. Cfr. V. CALDERAI, *Surrogazione di maternità all'estero. Il dito e la luna. I diritti fondamentali dell'infanzia dopo Corte cost. n. 33/2021*, in *Giur. it.*, 2022, 301 ss.; A. MORACE PINELLI, *La tutela del minore nato attraverso una pratica di maternità surrogata*; in <https://www.giustizainsieme.it/it/news/129-main/minori-e-famiglia/1667-il-diritto-dei-figli-di-due-mamme-o-di-due-papa-ad-avere-due-genitori-un-primo-commento-alle-sentenze-della-corte-costituzionale-n.32-e-33-del-2021>, aprile 2021, con nota di G. FERRANDO, *Il diritto dei figli di due mamme o di due papà ad avere due genitori. Un primo commento alle sentenze della Corte Costituzionale n. 32 e 33 del 2021*; in *Nuove leg. civ. com.*, 2021, 466, con nota di A.G. GRASSO, *Oltre l'adozione in casi particolari, dopo il monito al legislatore. Quali regole per i nati da PMA omosex e surrogazione?* Sotto il profilo dell'esigenza di disincentivare il ricorso alla maternità surrogata la Corte costituzionale già con la sentenza del 22 novembre 2017, n. 272, in *Giur. Cost.*, 2018, 385 ss., con nota di A. SCHILLACI, *Oltre la “rigida alternativa” tra vero e falso: identità personale, verità biologica e interesse del minore nella sentenza n. 272/17 della corte costituzionale*, aveva rilevato e sempre ribadito che tale pratica «offende in modo intollerabile la dignità della donna e mina nel profondo le relazioni umane». Per posizioni e valutazioni di contenuto diverso in ordine alla pratica della gestazione per altri, cfr. quanto riferito da F. PISTELLI, *Lo status di figlio nato da maternità surrogata*, *op. cit.*, 217 ss. testo e note al § 1.

³⁸ In G.U. del 30.4. 2022, n. 13. Con ordinanza del 26 luglio 2021, il Tribunale ordinario per i minorenni di Bologna, aveva sollevato, in riferimento agli artt. 3, 31 e 117, 1° co., Cost., quest'ultimo in relazione all'art. 8 della Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali (CEDU), questioni di legittimità costituzionale dell'art. 55 della l. 4 maggio 1983, n. 184.

In questa decisione la Corte costituzionale ha dichiarato costituzionalmente illegittimo, “...per violazione degli artt. 3 e 31 e 117, primo comma, Cost., in relazione all'art. 8 CEDU, come interpretato dalla giurisprudenza della Corte di Strasburgo, l'art. 55 della legge n. 184 del 1983, nella parte in cui, mediante rinvio all'art. 300, secondo comma, cod. civ., prevede che l'adozione in casi particolari non induce alcun rapporto civile tra l'adottato e i parenti dell'adottante. La disposizione censurata dal Tribunale ordinario per i minorenni dell'Emilia Romagna, sede di Bologna, mostra come l'adozione in casi particolari, se offre una forma di tutela degli interessi del minore certo significativa, non appare ancora del tutto

relazione a variegata istanze di tutela, pure presenti nella fattispecie concreta che si era posta dinanzi al giudice remittente, per la tutela delle quali era stata sollevata questione di costituzionalità dell'art. 55, l. 4 maggio 1983, n. 184, nella parte in cui, mediante rinvio all'art. 300, 2° co., c.c., stabilisce che l'adozione in casi particolari non induce alcun rapporto civile tra l'adottato e i parenti dell'adottante, ossia su uno degli aspetti più controversi dell'adozione in casi particolari.

Nella decisione sopra citata, la questione di legittimità costituzionale è stata ritenuta fondata in quanto, ad avviso della Consulta, “Il diniego di relazioni familiari tra l'adottato e i parenti dell'adottante determina infatti un trattamento discriminatorio del minore adottato rispetto all'unicità dello *status* di figlio e alla condizione giuridica del minore, avendo riguardo alla *ratio* della normativa che associa a tale *status* il sorgere dei rapporti parentali”.

Ritiene, a tal riguardo, la Consulta che, qualora al solo minore adottato in casi particolari venissero immotivatamente negati i legami parentali con la famiglia del genitore adottivo, privandolo della rete di tutele personali e patrimoniali scaturenti dal riconoscimento giuridico dei legami parentali, garantiti a tutti i figli a parità di condizioni, si creerebbe un'inaccettabile disparità di trattamento. Al contempo, prosegue la Corte, “la disciplina censurata - in contrasto anche con l'art. 8 CEDU e gli obblighi internazionali di cui all'art. 117, primo comma, Cost. - lede il minore nell'identità che gli deriva dall'inserimento nell'ambiente familiare del genitore adottivo e, dunque, dall'appartenenza a quella nuova rete di relazioni, che di fatto vanno a costruire stabilmente la sua identità, a partire da quelle più vicine, con i fratelli e con i nonni”. Si amplia, dunque, il compito del legislatore che, oltre a dover operare un bilanciamento tra l'intento di evitare il ricorso alla pratica della gestazione per altri ed il desiderio di genitorialità, dovrà anche farsi carico di tutelare il miglior interesse per il minore, salvaguardando tutti i diritti fondamentali che a lui sono riconosciuti; un compito che, nella prospettiva della Corte EDU, dovrebbe essere svolto *celermente* per non menomarne l'*effettività* della tutela.

Intervenuta successivamente la Suprema Corte e, ancora una volta, a Sezioni Unite con la sentenza n. 38162 del 30 dicembre 2022³⁹, in ragione

adeguata al metro dei principi costituzionali e sovranazionali”. Cfr., a commento della decisione della Consulta, la nota di: R. SENIGAGLIA, *Criticità della disciplina dell'adozione in casi particolari dopo la sentenza della Corte costituzionale n. 79/2022*, in *Nuova Giur. Civ. Comm.*, 2022, 1333 ss.; in *Foro it.*, 2022, I, c. 2936 ss., con nota di A. PALMIERI, *Adozione mite: l'adottato non è più un «estraneo» per i parenti dell'adottante*; in *Nuova giur. civ. comm.*, 2022, 1013 ss., con nota di M. CINQUE, *Nuova parentela da adozione in casi particolari: impatto sul sistema e nati da surrogazione di maternità*

³⁹ Tra i primi commenti alla sentenza v. A.G. GRASSO, *Maternità surrogata altruistica e tecniche di costituzione degli status*, Torino, 2022; M. ACIERNO, *Gestazione per altri. Una concreta possibilità di dialogo tra Corti*, in *Quest. giust. online*, 22 febbraio 2022 (questionegiustizia.it/articolo/gestazione-per-altri-una-concreta-possibilita-di-dialogo-tra-corti); A. FEDERICO, *La maternità surrogata ritorna alle Sezioni Unite*, in *Nuova giur. civ. comm.* 2022, 1047 ss.. V. anche G. FERRANDO, *Adozione in casi particolari e rapporti di parentela. Cambia qualcosa per i figli nati da maternità surrogata?*, in *Quest. Giust.*, 7 giugno 2022, e F. PISTELLI, *Lo status di figlio nato da maternità surrogata oltre la*



della perdurante assenza di intervento legislativo più volte sollecitato, essa non ha potuto fare altro che proporre una interpretazione del diritto esistente in materia di delibazione e trascrizione dell'atto di nascita onde verificarne, ancora una volta, la compatibilità con l'ordine pubblico.

A tal riguardo, i giudici di legittimità hanno riconosciuto che “l'accordo con il quale una donna si impegna ad attuare e a portare a termine una gravidanza per conto di terzi, rinunciando preventivamente a “reclamare diritti” sul bambino che nascerà, non ha cittadinanza nel nostro ordinamento”, e non solo in considerazione della tutela della dignità della donna – che non può essere considerata mero corpo, incubatrice di gestazione di una vita destinata ad altri - ma anche a presidio della dignità del nascituro, che finirebbe per essere considerato vera e propria merce di scambio.

Sulla base di tale fondamento, le Sezioni Unite, dopo aver rilevato che manca nella disciplina vigente in materia una previsione in ordine allo *status* del nato nonostante il divieto, hanno ritenuto che l'unico istituto che si presta a garantire tutela alla sorte del bambino, venuto al mondo violando un divieto, è quello dell'adozione in casi particolari, essendo esso il solo a consentire di valorizzare il legame tra figlio e genitore d'intenzione, ed a permettere, altresì, al giudice di valutare l'idoneità genitoriale e l'interesse superiore del minore, ricusando ogni forma di automatismo. Peraltro, proprio a seguito della citata sentenza n. 79 della Corte costituzionale - che ha proclamato la parziale declaratoria di incostituzionalità dell'art. 55, l. 4 maggio 1983, n. 184, nella parte in cui, mediante rinvio all'art. 300, 2° co., c.c., stabilisce che l'adozione in casi particolari non induce alcun rapporto civile tra l'adottato e i parenti dell'adottante - una parte della questione sollevata dovrebbe ritenersi ormai risolta; alla luce di tale pronuncia, infatti, è possibile ritenere che l'adozione in casi particolari è idonea a creare sia un rapporto di filiazione con l'adottante sia un rapporto civile con il suo nucleo familiare.

Non si sono, tuttavia, tenuti celati i profili critici dell'istituto evocato, soprattutto quando si pensi agli elementi che potrebbero rivelarsi ostativi per assicurare l'effettività e la celerità, richieste dalle Corti sovranazionali, e costituiti dall'imprescindibile assenso del genitore biologico e dalla necessaria iniziativa del genitore d'intenzione per attivare il procedimento di adozione. Per ovviare al possibile *impasse* e nell'ottica di una interpretazione costituzionalmente orientata alla tutela della persona del minore, la Suprema Corte ha chiarito, al riguardo, che sarebbe possibile “superare la rilevanza ostativa del dissenso all'adozione, tenendo conto che il contrasto rischi[erebbe] [...] di sacrificare uno dei rapporti sorti all'interno della famiglia nella quale il nato è cresciuto”. In tal modo, si permetterebbe al genitore biologico di opporvisi solamente quando il genitore d'intenzione “non abbia intrattenuto alcun rapporto di affetto e di

dicotomia fra dignità della donna e identità del bambino, op. cit., 230 ss; M. GIANDORIGGIO, *Ancora sulla trascrizione dell'atto di nascita estero: il diniego delle Sezioni Unite alla maternità surrogata*, op.cit., p. 363 ss. Per una conferma dell'orientamento della Suprema Corte, v., di recente, Cass. 3.1.2024, n. 85, in www.rivistafamilia.it dell' 11.1. 2024.

cura nei confronti del nato, oppure abbia partecipato solo al progetto di procreazione ma abbia poi abbandonato il partner e il minore”.

L’ulteriore criticità, rappresentata dal rischio di inerzia da parte del genitore d’intenzione di avviare il procedimento per l’adozione dopo la nascita da gestazione altrui, è rimasto un limite nella decisione, non avendo le Sezioni Unite ritenuto che esso possa costituire una valida ragione per consentire l’automatica trascrizione presso lo Stato civile; ad avviso della Corte, infatti, non è certo che il meccanismo automatico della trascrizione dell’atto straniero sia sempre espressione del *best interest of the child*. E tuttavia, tale circostanza continua a lasciare privo di tutela il minore che, non avendo alcun legame biologico con il genitore intenzionale, sarà anche privo di azioni per costringerlo a portare a termine anche il procedimento di adozione in casi particolari. Per tutte le altre menomazioni che i diritti della persona del non adottato dovessero subire, resta sempre una zona d’ombra circa il mezzo di tutela azionabile, con l’auspicio che il giudice che, di volta in volta, sia chiamato a vagliare il caso concreto, trovi il rimedio più adeguato a conseguire il vero *best interest* del minore.

Quanto alla valutazione del rifiuto della trascrizione dell’atto di nascita per contrarietà al principio dell’ordine pubblico, le Sezioni Unite hanno, altresì, ribadito che “nella maternità surrogata il bene tutelato è la dignità di ogni essere umano”, intesa in senso oggettivo, “con evidente preclusione di qualsiasi possibilità di rinuncia da parte della persona coinvolta”. Ed, in ogni caso, quand’anche ammessa la trascrivibilità dell’atto di nascita, la valutazione in concreto dei requisiti di validità della maternità surrogata sarebbe rimessa non già al giudice, ma all’ufficiale di stato civile, sulla base di un procedimento non idoneo a compiere una tale valutazione necessitando, invece, questa di una disamina approfondita⁴⁰.

5. Il rapporto tra le giurisdizioni nazionali ed europee ed i legislatori interni in materia di famiglie: crisi del sistema o sovrapposizione dei ruoli?

Da diverso tempo ormai, una considerevole parte della dottrina⁴¹ suggerisce di intraprendere la strada dell’armonizzazione dei principi anche

⁴⁰ A vent’anni di distanza, con lo scopo di fornire indicazioni chiare agli operatori delle strutture autorizzate a praticarle nell’applicazione delle tecniche di procreazione medicalmente assistita e al fine di sia assicurare il pieno rispetto del dettato legislativo contenuto nella l. n. 40 del 19.2. 2004, in attuazione dell’art. 7 della predetta legge, è stato emanato un decreto del Ministero della Salute contenente le linee guida in materia Decreto del Ministro della Salute del 20.3. 2024, *Linee guida contenenti le indicazioni delle procedure e delle tecniche di procreazione medicalmente assistita*. (24A02320) (GU Serie Generale n.107 del 09-05-2024), dopo le prime, emanate nel 2015. Si tratta di un testo articolato e complesso su cui non è concesso intrattenersi in questa sede; è possibile, tuttavia, rilevare come nelle disposizioni ivi, formulate sia agevole rinvenire *inter alia* non solo un divieto di maternità surrogata ma anche il divieto di sperimentazione sugli embrioni.

⁴¹ A. SASSI - R. SCAGLIONE – S. STEFANIELLI, *Le persone e la famiglia. Vol. 4: La filiazione e i minori, Tratt. Dir. Civ.* a cura di R. Sacco, Torino, 2018; A. VALONGO, *Nuove genitorialità nel diritto delle tecnologie riproduttive, op. cit.*, 157 ss.; S. TONOLO, *Le unioni*



in materia di diritto di famiglia europeo al fine di equiparare i rapporti giuridici familiari, instaurati fuori dai propri confini, a veri e propri vincoli riconoscibili ovunque; tanto anche al fine di evitare difformità tra le diverse decisioni in materia e, dunque, le conseguenti possibili discriminazioni in aperto contrasto con il principio dell'unicità dello *status* di figlio ormai introdotto nell'ordinamento⁴².

Secondo questa impostazione, peraltro ancora controversa, lo sforzo dell'interprete dovrebbe essere quello di riconoscere che una situazione giuridica soggettiva, quale lo *status*, una volta acquisita da una persona all'interno di uno Stato membro dell'Unione europea, possa essere integralmente riconosciuta in altro Stato quand'anche in esso non si contempra quella situazione; di modo che, insieme al diritto di circolare liberamente all'interno del territorio europeo, circoli anche lo *status* della persona⁴³.

E, tuttavia, la stessa Unione europea ha mostrato un atteggiamento ostativo in ordine al riconoscimento di prerogative e tutele quando derivanti da situazioni in aperta violazione con il principio dell'ordine pubblico⁴⁴.

Ciò nonostante, buona parte della giurisprudenza di merito e di legittimità, nell'operare il bilanciamento degli interessi in giuoco, ha comunque riconosciuto la necessità di fornire una idonea protezione al minore; in queste circostanze, si è, quanto meno, operato un bilanciamento degli interessi, misurandosi con un istituto, quale l'adozione, esistente nel sistema interno e sufficientemente regolato.

In verità, nella materia che ci occupa, il ricorso all'istituto dell'adozione in casi particolari *ex art. 44, lett.d)* della l. n. 184 del 1983 per risolvere il problema della genitorialità della coppia omosessuale non sembra si possa ritenere pacifico, soprattutto in considerazione della *ratio* che sta alla base della norma; la quale, infatti, sarebbe nel senso di privilegiare l'adozione piena e di configurare come ipotesi residuale l'adozione in casi particolari, intendendosi per tali solo quei casi di "impossibilità di fatto" di affidamento preadottivo, ossia ai minori previamente dichiarati adottabili, che non sono collocabili in affidamento preadottivo perché affetti da gravi problemi di salute o perché il distacco dalla famiglia provocherebbe traumi irreversibili⁴⁵; e, peraltro, anche in questo le sollecitazioni della Corte europea non sono state lasciate cadere dai giudici nazionali, a conferma

civili nel diritto internazionale privato, op. cit., 65 ss.; V. COLCELLI, *Status di minore e status individuali nell'Unione Europea*, in R. Cippitani – S. Stefanelli (a cura di), *La parificazione degli status di filiazione* (Assisi, 24-25 maggio 2013), Atti del convegno, Perugia, 153 ss.; M. MELI, *Il dialogo tra ordinamenti nazionali e ordinamento comunitario: gli sviluppi più recenti in materia di diritto di famiglia*, in *Eur. e dir. priv.*, 2007, 447 ss.;

⁴² Cfr., al riguardo, G. CHIAPPETTA, *I nuovi orizzonti del diritto allo stato unico di figlio*, in *Lo stato unico di figlio* a cura di G. Chiappetta, Napoli, 2014, 23 ss.

⁴³ Dettagliata ricostruzione delle motivazioni a sostegno della tesi in A. VALONGO, *op. ult. cit.*, p. 157 – 162, testo e note.

⁴⁴ Si veda, in ordine alla maternità surrogata la Risoluzione del Parlamento europeo del 17.12. 2015 e la decisione dell'11.10.2016, nonché la Risoluzione del 13.10.2016, reperibili in www.europarl.europa.eu, in cui l'Assemblea si è espressa apertamente contro ogni ipotesi di riconoscimento di maternità surrogata.

⁴⁵ V., al riguardo, A. NICOLUSSI, *Famiglia e biodiritto civile, op. cit.*, p. 725 ss.

della tendenza a riconoscere sempre più alle sue decisioni il carattere di precedente da osservare come fonte interposta, “onde si può dire che a una disciplina europea paralegislative si è associata una funzione ipergiusdizionale di vera e propria integrazione della prima”⁴⁶ .



⁴⁶ Testualmente C. CASTRONOVO, *Eclissi del diritto civile*, Milano, 2015, p. 230.

SULLA NECESSITÀ DI UN CONTROLLO DI LICEITÀ SOSTANZIALE PER TUTTE LE BASI DEL TRATTAMENTO DEI DATI PERSONALI

Di Salvatore Orlando

SOMMARIO: 1. *Il trattamento di dati personali per lo sviluppo e l'uso di sistemi di IA: la questione della base del trattamento ai sensi del GDPR.* – 2. *La questione della liceità del trattamento di dati personali per lo sviluppo e l'uso di sistemi di IA sottoposti ai divieti di immissione sul mercato, messa in servizio e uso di cui all'AI Act.* – 3. *I divieti (diretti ed indiretti) di trattamento dei dati personali alla stregua del diritto unitario e nazionale.* – 4. *L'inidoneità delle condizioni di cui agli artt. 6(1) e 9(2) GDPR a costituire in concreto valide basi per il trattamento lecito di dati personali a fronte di norme imperative che vietano direttamente o indirettamente determinati trattamenti.* – 5. *Giustificazione funzionale e conformità ordinamentale di ciascuna delle basi del trattamento* – 6. *La liceità sostanziale del trattamento e sua distinzione dalla liceità formale* – 6.1. *Primo esempio: sistema di IA di marketing online che impiega algoritmi idonei a distorcere il comportamento delle persone fisiche causando loro un danno significativo* – 6.2. *Secondo esempio: sistema di IA di marketing online che impiega algoritmi idonei a distorcere il comportamento delle persone fisiche senza causare loro un danno significativo* – 6.3. *Terzo esempio: sistema di IA di marketing politico online che impiega algoritmi che profilano le persone fisiche sulla base delle speciali categorie di dati personali dell'art. 9(1) GDPR* – 7. *Adeguatezza del giudizio di liceità sostanziale al suo oggetto: il carattere analitico del test di liceità sostanziale in concreto con riferimento ai singoli trattamenti e ai singoli algoritmi* – 8. *La distribuzione delle competenze e il coordinamento delle attività tra autorità amministrative e giurisdizionali.* – 9. *(segue) L'esempio del Sig. Leon.* – 10. *(segue) Il chi e il cosa: la distinzione tra controllo di conformità ordinamentale e giudizio di liceità ai sensi del GDPR (o dell'EUDPR).* – 11. *Conclusioni.*

ABSTRACT. *In questo saggio, l'a., utilizzando esempi relativi al trattamento dei dati personali per lo sviluppo e l'uso di sistemi di intelligenza artificiale, espone il concetto di liceità sostanziale del trattamento dei dati personali, intesa nel senso del rispetto o non violazione delle norme dell'ordinamento che pongono direttamente o indirettamente divieti al trattamento dei dati personali, distinguendo questo concetto da quello della liceità in senso formale del trattamento dei dati personali, consistente nella ricorrenza di una base astrattamente idonea al trattamento ai sensi del GDPR. L'a. osserva che nessuna delle basi per il trattamento previste dal GDPR è compatibile con la violazione di norme imperative, poiché ciascuna di essa esprime il carattere della giustificazione funzionale e quello della conformità ordinamentale, e aggiunge che il giudizio di liceità sostanziale del trattamento di dati personali deve svolgersi in concreto e presuppone che sia stato previamente assolto con esito positivo quello di liceità formale. Dopo aver evidenziato le principali questioni applicative conseguenti al test di liceità sostanziale (inclusa la questione della distribuzione di competenze tra le autorità di controllo per la protezione dei dati personali, le altre autorità indipendenti che presidiano altri settori dell'ordinamento e l'autorità giurisdizionale, in relazione al test dell'osservanza o non violazione delle norme*



imperative di diritto unitario e nazionale di volta in volta rilevanti), e aver fatto numerosi esempi, l'a. sottolinea che la teoria della liceità sostanziale consente di togliere pressione alla base del consenso, spesso ritenuta, a torto, come l'unica base veramente idonea a realizzare la protezione dei dati personali, perché, da un lato, l'illiceità sostanziale può colpire tutte le basi invocate dai titolari per il trattamento, e, dall'altro, perché il giudizio di liceità sostanziale sulla base del consenso, se svolto correttamente, consente di censurare puntualmente come contra legem una pluralità di trattamenti che perseguono in concreto finalità illegittime o sono altrimenti vietati dalla legge, in questo modo permettendo di superare tecnicamente anche la communis opinio che vede nel consenso non soltanto l'unica arma della privacy, ma, per colmo, anche un'arma spuntata.

In this essay, the author, illustrates the concept of substantive lawfulness of personal data processing by making examples relevant to the processing of personal data for the development and use of artificial intelligence systems. In the author's view, substantive lawfulness means observance and non-violation of the many provisions of Union and national law that directly or indirectly provide prohibitions on the processing of personal data, and must be distinguished from formal lawfulness, meaning the occurrence of one of the bases for assessing an 'in principle' lawful processing of personal data pursuant to the GDPR. The a. observes that each processing of personal data shall pass a test of substantive lawfulness since each and all of the bases provided for by the GDPR bear the characters of functional justification and conformity to the law system. The a. argues that the test of substantive lawfulness shall be made in concrete and it presupposes that a test of formal lawfulness has been already carried out. After having examined the main practical implications relevant to the carrying out of the test of substantive lawfulness (including the issue of the distribution of powers among the supervisory authorities for data protection, on one side, and the other supervisory authorities as well as the judiciary, in connection with the assessment of the violation of mandatory provisions in the many sectors of the law-system from time to time applicable and relevant for the test of substantive lawfulness), and after having made many examples, the a. underlines that the theory of the substantive lawfulness may take the pressure off the legal basis of consent, which is often, and wrongly, considered to be the only legal basis designed for truly protecting personal data. In fact, on one side, substantive unlawfulness may affect each and all of the legal bases invoked by the data processor for processing personal data; on the other side, the test of substantive lawfulness, where correctly carried out through an analytical check of compliance with all applicable mandatory provisions, is capable to result, in practice, in the finding of a number of unlawful processing activities, i.e. processing activities that either pursue unlawful purposes or are otherwise prohibited by the law, thus also overcoming the common opinion according to which consent not only is the only tool designed for being a privacy shield but also is a useless one.



1. Il trattamento di dati personali per lo sviluppo e l'uso di sistemi di IA: la questione della base del trattamento ai sensi del GDPR.

Nel presente scritto vorrei esporre il concetto di liceità ‘sostanziale’ del trattamento dei dati personali.

Per la dimostrazione, mi avvarrò, per cominciare, di esempi relativi al trattamento dei dati personali per lo sviluppo e l'uso di sistemi di intelligenza artificiale. Come verrà spiegato meglio nel prosieguo (v. in particolare *infra* dal par. 5 in avanti), la dimostrazione ha tuttavia carattere generale.

Secondo la terminologia dell'AI Act¹ (di seguito anche **AIA**), lo sviluppo e l'uso dei sistemi di intelligenza artificiale (o **sistemi di IA**)² include o richiede il trattamento di dati personali per finalità di addestramento, convalida, prova e input³.

Il primo possibile livello di illiceità del trattamento di dati personali per lo sviluppo e l'uso di sistemi di IA riguarda la scelta di una condizione, tra quelle previste dal GDPR⁴ (di seguito anche il **Regolamento**), idonea a costituire una base per il lecito trattamento.

Ed infatti, come noto, al principio di liceità del trattamento dei dati personali, enunciato all'art. 5(1)(a) del Regolamento⁵, secondo cui i dati personali devono essere trattati in modo lecito (oltre che corretto e trasparente nei confronti dell'interessato), segue la disposizione del paragrafo 1 dell'art. 6 GDPR, a tenore del quale il trattamento è lecito solo se e nella misura in cui ricorra una delle condizioni previste nelle lettere da a) a f) del medesimo paragrafo: le cosiddette ‘basi’ del trattamento.

¹ Regolamento (UE) 2024/1689 del 13 giugno 2024 che stabilisce regole armonizzate sull'intelligenza artificiale e modifica i regolamenti (CE) n. 300/2008, (UE) n. 167/2013, (UE) n. 168/2013, (UE) 2018/858, (UE) 2018/1139 e (UE) 2019/2144 e le direttive 2014/90/UE, (UE) 2016/797 e (UE) 2020/1828 (regolamento sull'intelligenza artificiale).

² Secondo la definizione di cui al numero 1) dell'art. 3 AIA, un «sistema di IA» è “un sistema automatizzato progettato per funzionare con livelli di autonomia variabili e che può presentare adattabilità dopo la diffusione e che, per obiettivi espliciti o impliciti, deduce dall'input che riceve come generare output quali previsioni, contenuti, raccomandazioni o decisioni che possono influenzare ambienti fisici o virtuali”.

³ Vedi le relative definizioni ai numeri 29), 30), 32) e 33) dell'art. 3 AIA: “29) «dati di addestramento»: i dati utilizzati per addestrare un sistema di IA adattandone i parametri che può apprendere”; “30) «dati di convalida»: i dati utilizzati per fornire una valutazione del sistema di IA addestrato e per metterne a punto, tra l'altro, i parametri che non può apprendere e il processo di apprendimento, al fine tra l'altro di evitare lo scarso (underfitting) o l'eccessivo (overfitting) adattamento ai dati di addestramento”; “32) «dati di prova»: i dati utilizzati per fornire una valutazione indipendente del sistema di IA al fine di confermarne le prestazioni attese prima della sua immissione sul mercato o messa in servizio”; “33) «dati di input»: i dati forniti a un sistema di IA o direttamente acquisiti dallo stesso, in base ai quali il sistema produce un output”.

⁴ Regolamento (UE) 2016/679 del 27 aprile 2016 relativo alla protezione delle persone fisiche con riguardo al trattamento dei dati personali, nonché alla libera circolazione di tali dati e che abroga la direttiva 95/46/CE (regolamento generale sulla protezione dei dati).

⁵ Art. 5(1)(a) GDPR: “1. I dati personali sono: a) trattati in modo lecito, corretto e trasparente nei confronti dell'interessato («liceità, correttezza e trasparenza»);[...]”.



Il modo tradizionale di affrontare il problema della liceità a proposito del trattamento dei dati personali segue questa scansione normativa.

Questo modo tradizionale di analizzare la conformità al GDPR dello sviluppo e dell'uso dei sistemi di IA individua un primo livello di possibile illiceità del trattamento. Un esempio di analisi di questo tipo può vedersi con le prime contestazioni mosse dalle autorità di controllo per la protezione dei dati personali ad OpenAI LLC ai sensi del GDPR in relazione al servizio ChatGPT⁶, e ai dubbi suscitati dalla spiegazione fornita dalla medesima società di ricorrere alla base del legittimo interesse per il trattamento di dati personali⁷, da cui il recente rapporto della *task force* costituita *ad hoc* in seno all'EDPB per valutare la questione⁸.

In particolare, nel suo report del 23 maggio 2024, la *task force* dell'EDPB ha evidenziato una serie di criticità del servizio ChatGPT circa il rispetto delle prescrizioni del GDPR, toccando, unitamente ai temi della correttezza, della trasparenza, degli obblighi di informazione, dell'accuratezza e dei diritti degli interessati, quello della liceità del trattamento. Sotto questo aspetto, il rapporto ha sottolineato la necessità che ricorra una delle basi previste dal primo paragrafo dell'art. 6 del Regolamento, prendendo in considerazione le diverse fasi e attività implicate dal servizio, quali la raccolta, compreso il web scraping, la preelaborazione e l'addestramento dei dati, nonché le attività e fasi di input, prompt e output⁹.

Similmente, il Garante europeo per la protezione dei dati personali (EDPS), nel suo documento del 3 giugno 2024 nel quale si è proposto di offrire dei primi orientamenti alle istituzioni, gli organi e gli organismi UE per garantire il rispetto del regolamento (UE) 2018/1725 (EUDPR) relativamente all'uso di sistemi di IA c.d. generativa¹⁰, dopo aver strutturato il documento attraverso la posizione e la risposta a 13 domande, ha

⁶ Ci riferiamo innanzitutto al provvedimento cautelare della nostra Autorità garante per la protezione dei dati personali (di seguito anche il "Garante privacy italiano") del 30 marzo 2023, alla successiva misura di sospensione condizionata del medesimo provvedimento dell'11 aprile 2023 e all'atto di contestazione di violazione della normativa in materia di protezione dei dati personali relativamente al servizio ChatGPT che il Garante privacy italiano ha notificato a OpenAI LLC e ha comunicato al pubblico il 29 gennaio 2024. Nel comunicato, il Garante specificava che la misura segue il provvedimento adottato dalla medesima Autorità il 30 marzo 2023, e che l'istruttoria svolta ha fatto emergere elementi che possono configurare una o più violazioni delle disposizioni del GDPR (<https://www.garanteprivacy.it/home/docweb/-/docweb-display/docweb/9978020>).

⁷ Cfr. anche F. G'SELL, *Regulating under Uncertainty: Governance Options for Generative AI*, Stanford, Cyber Policy Center, luglio 2024 (<https://cyber.fsi.stanford.edu/content/regulating-under-uncertainty-governance-options-generative-ai>), p. 180, note n. 1019 e 1020.

⁸ https://www.edpb.europa.eu/system/files/2024-05/edpb_20240523_report_chatgpt_taskforce_en.pdf.

⁹ Art. 4, n. 11) GDPR «"consenso dell'interessato": qualsiasi manifestazione di volontà libera, specifica, informata e inequivocabile dell'interessato, con la quale lo stesso manifesta il proprio assenso, mediante dichiarazione o azione positiva inequivocabile, che i dati personali che lo riguardano siano oggetto di trattamento».

¹⁰ Sono i *First EDPS Orientations for ensuring data protection compliance when using Generative AI systems* del 3.6.2024: https://www.edps.europa.eu/system/files/2024-06/24-06-03_genai_orientations_en.pdf.

impostato la n. 6 («quando è lecito il trattamento dei dati personali nelle fasi di progettazione, sviluppo e validazione di sistemi di IA generativa ?») nella prospettiva dell'individuazione di una base adeguata, tra quelle dell'art. 5 EUDPR (corrispondente all'art. 6 GDPR).

Al di là delle specificità del servizio ChatGPT e della c.d. IA generativa, e indipendentemente dall'esame nel merito dei singoli argomenti esposti in questi documenti, non c'è dubbio che, generalmente, un primo livello del giudizio circa la liceità/illiceità del trattamento di dati personali per l'uso di sistemi di IA sia da individuarsi nelle condizioni a ciò idonee ai sensi dell'art. 6 GDPR (art. 5 EUDPR) e delle altre disposizioni del GDPR che assolvono a questa funzione (art. 9 GDPR *in primis*).

Nel prosieguo del presente articolo, piuttosto che approfondire ulteriormente le questioni relative a questo tipo di indagine, esporrò quelli che ritengo essere due ulteriori livelli dell'analisi circa la liceità/illiceità del trattamento di dati personali per lo sviluppo e l'uso di sistemi di IA e indicherò alcune questioni interpretative collegate.

2. La questione della liceità del trattamento di dati personali per lo sviluppo e l'uso di sistemi di IA sottoposti ai divieti di immissione sul mercato, messa in servizio e uso di cui all'AI Act.

L'art. 5 dell'AI Act vieta l'immissione sul mercato, la messa in servizio e/o¹¹ l'uso di una serie di sistemi di intelligenza artificiale.

Si tratta, in particolare di:

- sistemi di IA che utilizzano «tecniche subliminali che agiscono senza che una persona ne sia consapevole o tecniche volutamente manipolative o ingannevoli aventi lo scopo o l'effetto di distorcere materialmente il comportamento di una persona o di un gruppo di persone, pregiudicando in modo considerevole la loro capacità di prendere una decisione informata, inducendole pertanto a prendere una decisione che non avrebbero altrimenti preso, in un modo che provochi o possa ragionevolmente provocare a tale persona, a un'altra persona o a un gruppo di persone un danno significativo»¹²;
- sistemi di IA «che sfrutta[no] le vulnerabilità di una persona fisica o di uno specifico gruppo di persone, dovute all'età, alla disabilità o a una specifica situazione sociale o economica, con l'obiettivo o l'effetto di distorcere materialmente il comportamento di tale persona o di una persona che appartiene a tale gruppo in un modo che provochi o possa ragionevolmente provocare a tale persona o a un'altra persona un danno significativo»¹³;

¹¹ Nelle previsioni di cui alle lettere da (a) ad (h) del primo paragrafo dell'art. 5 AIA (riportate di seguito nel testo), l'uso è sempre vietato, mentre l'immissione sul mercato e la messa in servizio sono sempre vietate tranne che nel caso della lettera (h) ossia nella previsione dei «sistemi di identificazione biometrica remota “in tempo reale” in spazi accessibili al pubblico a fini di attività di contrasto», con le eccezioni ivi specificate.

¹² Art. 5(1)(a) AIA.

¹³ Art. 5(1)(b) AIA.



- «sistemi di IA per la valutazione o la classificazione delle persone fisiche o di gruppi di persone per un determinato periodo di tempo sulla base del loro comportamento sociale o di caratteristiche personali o della personalità note, inferite o previste, in cui il punteggio sociale così ottenuto comporti il verificarsi di uno o di entrambi gli scenari seguenti:

i) un trattamento pregiudizievole o sfavorevole di determinate persone fisiche o di gruppi di persone in contesti sociali che non sono collegati ai contesti in cui i dati sono stati originariamente generati o raccolti;

ii) un trattamento pregiudizievole o sfavorevole di determinate persone fisiche o di gruppi di persone che sia ingiustificato o sproporzionato rispetto al loro comportamento sociale o alla sua gravità»¹⁴;

- sistemi di IA «per effettuare valutazioni del rischio relative a persone fisiche al fine di valutare o prevedere il rischio che una persona fisica commetta un reato, unicamente sulla base della profilazione di una persona fisica o della valutazione dei tratti e delle caratteristiche della personalità; tale divieto non si applica ai sistemi di IA utilizzati a sostegno della valutazione umana del coinvolgimento di una persona in un'attività criminosa, che si basa già su fatti oggettivi e verificabili direttamente connessi a un'attività criminosa»¹⁵;
- «sistemi di IA che creano o ampliano le banche dati di riconoscimento facciale mediante scraping non mirato di immagini facciali da internet o da filmati di telecamere a circuito chiuso»¹⁶;
- «sistemi di IA per inferire le emozioni di una persona fisica nell'ambito del luogo di lavoro e degli istituti di istruzione, tranne laddove l'uso del sistema di IA sia destinato a essere messo in funzione o immesso sul mercato per motivi medici o di sicurezza»¹⁷;
- «sistemi di categorizzazione biometrica che classificano individualmente le persone fisiche sulla base dei loro dati biometrici per trarre deduzioni o inferenze in merito a razza, opinioni politiche, appartenenza sindacale, convinzioni religiose o filosofiche, vita sessuale o orientamento sessuale; tale divieto non riguarda l'etichettatura o il filtraggio di set di dati biometrici acquisiti legalmente, come le immagini, sulla base di dati biometrici o della categorizzazione di dati biometrici nel settore delle attività di contrasto»¹⁸;
- «sistemi di identificazione biometrica remota “in tempo reale” in spazi accessibili al pubblico a fini di attività di contrasto a meno che, e nella misura in cui, tale uso sia strettamente necessario per uno degli obiettivi seguenti:

¹⁴ Art. 5(1)(c) AIA.

¹⁵ Art. 5(1)(d) AIA.

¹⁶ Art. 5(1)(e) AIA.

¹⁷ Art. 5(1)(f) AIA.

¹⁸ Art. 5(1)(g) AIA.

i) la ricerca mirata di specifiche vittime di sottrazione, tratta di esseri umani o sfruttamento sessuale di esseri umani, nonché la ricerca di persone scomparse;

ii) la prevenzione di una minaccia specifica, sostanziale e imminente per la vita o l'incolumità fisica delle persone fisiche o di una minaccia reale e attuale o reale e prevedibile di un attacco terroristico;

iii) la localizzazione o l'identificazione di una persona sospettata di aver commesso un reato, ai fini dello svolgimento di un'indagine penale, o dell'esercizio di un'azione penale o dell'esecuzione di una sanzione penale per i reati di cui all'allegato II, punibile nello Stato membro interessato con una pena o una misura di sicurezza privativa della libertà della durata massima di almeno quattro anni»¹⁹.

Le espressioni e i concetti rilevanti per questo livello di analisi, come utilizzati e ricavabili dall'AI Act, sono: «immissione sul mercato»²⁰, «messa in servizio»²¹, «uso», «sviluppo», «fornitore»²² e «deployer»²³, in ciascun caso sottintendendo «di sistemi di IA», nonché: «dati di addestramento», «dati di convalida», «dati di prova», «dati di input»²⁴.

Immissione sul mercato, messa in servizio e uso sono le tre attività vietate dall'art. 5 AIA. Le prime due espressioni sono definite dal Regolamento, la terza no.

La parola *uso* è particolarmente rilevante anche nel contesto del primo Considerando dell'AI Act, dove si trova espresso al riguardo un divieto agli Stati membri. Lo stesso è a dirsi per la parola *sviluppo*, nemmeno essa definita.

Si trova scritto alla fine del primo Considerando dell'AI Act che agli Stati membri è proibito prevedere o mantenere ulteriori restrizioni allo «sviluppo», alla «commercializzazione» e all'«uso» dei sistemi di IA rispetto a quelle previste dal medesimo regolamento²⁵.

Mentre le espressioni *sviluppo* e *uso*, come notato, non sono definite - e su di esse merita fare qualche osservazione ulteriore - non ci sono difficoltà a ritenere che *commercializzazione* stia a significare qualsiasi attività

¹⁹Art. 5(1)(h) AIA.

²⁰ Art. 3, n. 9) AIA: ««immissione sul mercato»: la prima messa a disposizione di un sistema di IA o di un modello di IA per finalità generali sul mercato dell'Unione».

²¹ Art. 3, n. 11) AIA: ««messa in servizio»: la fornitura di un sistema di IA direttamente al deployer per il primo uso o per uso proprio nell'Unione per la finalità prevista».

²² Art. 3 n. 3) AIA: ««fornitore»: una persona fisica o giuridica, un'autorità pubblica, un'agenzia o un altro organismo che sviluppa un sistema di IA o un modello di IA per finalità generali o che fa sviluppare un sistema di IA o un modello di IA per finalità generali e immette tale sistema o modello sul mercato o mette in servizio il sistema di IA con il proprio nome o marchio, a titolo oneroso o gratuito».

²³ Art. 3 n. 4) AIA: ««deployer»: una persona fisica o giuridica, un'autorità pubblica, un'agenzia o un altro organismo che utilizza un sistema di IA sotto la propria autorità, tranne nel caso in cui il sistema di IA sia utilizzato nel corso di un'attività personale non professionale».

²⁴ Come definiti ai numeri 29), 30), 32) e 33) dell'art. 3 AIA, sopra richiamati alla nota 3.

²⁵ Considerando 1 AIA “[...] Il presente regolamento garantisce la libera circolazione transfrontaliera di beni e servizi basati sull'IA, impedendo così agli Stati membri di imporre restrizioni allo sviluppo, alla commercializzazione e all'uso di sistemi di IA, salvo espressa autorizzazione del presente regolamento”.



compresa nei campi di significato delle espressioni, dotate di definizione, *immissione sul mercato* e *messa in servizio* e anche in quella di «messa a disposizione sul mercato», anch'essa definita²⁶, e comprendente genericamente l'attività di distribuzione.

Il significato di uso sembra potersi ricavare indirettamente dall'esame di due disposizioni:

- quella che delinea la (sopra richiamata) definizione di *deployer* come soggetto che utilizza un sistema di IA per fini professionali; e
- quella che include nel campo di applicazione soggettivo dell'AIA i fornitori e i *deployer* stabiliti o situati fuori dall'Unione laddove «l'*output* prodotto dal sistema di IA sia *utilizzato* nell'Unione»²⁷.

In particolare, la prima disposizione sembra rilevante per dire cosa l'uso dei sistemi di IA è, e la seconda per dire cosa l'uso dei sistemi di IA *non è*, ossia per distinguerla dall'*utilizzo degli output* dei sistemi di IA.

Da cui anche la conseguenza che l'utilizzo di output di sistemi di IA per fini professionali non equivale all'uso di sistemi di IA, e può perciò essere assoggettato a obblighi e divieti da parte degli Stati membri indipendentemente dalle disposizioni dell'AI Act, non ricadendo nel divieto di cui al primo Considerando, sopra richiamato, e più generalmente non ricadendo nel campo di applicazione dell'AI Act.

Nemmeno il termine *sviluppo*, come si diceva, è definito nell'AI Act. Esso è tuttavia impiegato in più punti dell'AI Act ed in particolare a proposito della definizione, già richiamata, di *fornitore*, da cui si ricava chiaramente la strumentalità dello *sviluppo* (come inteso nell'AI Act) rispetto all'*immissione sul mercato* e alla *messa in servizio* dei sistemi di IA, e, di conseguenza, anche al loro *uso*.

Dalle definizioni disponibili sembra corretto dire che l'uso di sistemi di IA presuppone, dal punto di vista tecnologico, un loro previo sviluppo, nonché, dal punto di vista commerciale, una loro previa immissione sul mercato e messa in servizio.

Sembra anche corretto dire che lo sviluppo di sistemi di IA presuppone attività di addestramento, convalida, prova e input di dati, e che i dati possono essere anche dati personali.

Non è chiaro se nella terminologia dell'AIA l'attività di input, riferita ai dati di input, comprenda il c.d. *prompting*. Ad ogni modo, sembra corretto dire che l'uso di sistemi di IA implica attività di input e *prompting*.

Infine, sembra corretto dire che gli output sono tipicamente generati sia nella fase di sviluppo che in quella di uso di sistemi di IA.

Relativamente ai dati personali impiegati per lo sviluppo e l'uso di sistemi di IA e generati da sistemi di IA come output, si possono fare le seguenti osservazioni.

²⁶ Art. 3 n. 10) AIA: ««messa a disposizione sul mercato»: la fornitura di un sistema di IA o di un modello di IA per finalità generali per la distribuzione o l'uso sul mercato dell'Unione nel corso di un'attività commerciale, a titolo oneroso o gratuito».

²⁷ Art. 2(1)(c) AIA : «Il presente regolamento si applica: [...] c) ai fornitori e ai *deployer* di sistemi di IA che hanno il loro luogo di stabilimento o sono situati in un paese terzo, laddove l'*output* prodotto dal sistema di IA sia utilizzato nell'Unione».



Poiché l'immissione sul mercato, la messa in servizio e l'uso di sistemi di IA (attività espressamente vietate relativamente ai sistemi di IA e nei casi previsti dall'art. 5 AIA) sono attività che presuppongono e richiedono necessariamente un'altra attività, ossia lo sviluppo dei medesimi sistemi di IA, e lo sviluppo è attuato attraverso il trattamento di dati personali per fini di addestramento, convalida, prova e input, sembra corretto ritenere che i relativi divieti dell'art. 5 AIA siano al contempo idonei a far ritenere *contra legem* e dunque illecito il trattamento di dati personali finalizzati alle attività vietate (immissione sul mercato, messa in servizio e uso) relativamente ai sistemi di IA assoggettati ai medesimo divieti.

Ossia, in breve, che debba ritenersi generalmente vietato il trattamento di dati personali realizzato per lo sviluppo e l'uso dei sistemi di IA assoggettati ai divieti dell'art. 5 AIA. E concludersi che un simile trattamento sia da ritenersi illecito *anche ai sensi del GDPR*.

La conclusione di cui sopra - per ragionevole che possa apparire - nasconde una serie di questioni interpretative abbastanza complesse, che anticiperemo nei loro tratti essenziali in questo paragrafo e svilupperemo nei paragrafi da 4 a 10 *infra*.

La prima consiste nello stabilire se il requisito di liceità del trattamento - ricavato dal principio espresso nell'art. 5(1)(a) GDPR²⁸ - possa interpretarsi nel senso di riferirlo non soltanto alla necessaria presenza di una delle condizioni (o 'basi') per il trattamento di cui all'art. 6(1) GDPR, ma anche nel senso generale di rispetto di norme imperative, e, in questo caso, chiedendosi ulteriormente se si debba avere in considerazione il solo diritto unitario o anche il diritto nazionale applicabile.

Si tratta di una questione particolarmente significativa dal punto di vista sistematico, per le importanti implicazioni che la risposta affermativa comporta sia nel senso di rendere necessario un giudizio esteso ad altre fonti diverse dal GDPR e potenzialmente all'intero ordinamento (e dunque un giudizio non limitato al Regolamento, sebbene da esso autorizzato), sia nel senso di postulare la rilevanza di interessi in ipotesi ulteriori rispetto a quelli dell'interessato²⁹ (i.e. la persona fisica dei cui dati personali si tratta³⁰), in quanto tutelati dalle norme imperative la cui violazione comporta in ipotesi l'illiceità del trattamento³¹.

²⁸ Art. 5(1)(a) GDPR: "1. I dati personali sono: a) trattati in modo lecito, corretto e trasparente nei confronti dell'interessato («liceità, correttezza e trasparenza»);[...]".

²⁹ Su cui v. per tutti, già prima del GDPR, C.M. BIANCA, *Nota introduttiva I*, p. XIX ss., spec. XXII ss., in *La protezione dei dati personali. Commentario al D.Lgs. 30 giugno 2003, n. 196 («Codice privacy»)*, a cura di C.M. Bianca e F.D. Busnelli, t. I, Cedam, Padova, 2007; P.M. VECCHI, *sub art. 2*, in *La protezione dei dati personali. Commentario al D.Lgs. 30 giugno 2003, n. 196*, cit., p. 4 ss.

³⁰ Art. 4, n. 1) GDPR "«dato personale»: qualsiasi informazione riguardante una persona fisica identificata o identificabile («interessato»)».

³¹ In epoca pre-GDPR, v. P. IAMICELI, *Liceità, correttezza, finalità nel trattamento dei dati personali*, in *Diritto alla riservatezza e circolazione dei dati personali*, a cura di R. Pardolesi, Milano, 2003, 415, dove il principio di liceità del trattamento è interpretato come base normativa per «selezionare i trattamenti ammessi dall'ordinamento»; e v. anche ivi, 412-413 dove l'a. osserva che il corrispondente giudizio di liceità ha per caratteristica di «contemplare una valutazione di interessi che opera su un piano (anche superindividuale e che, là dove guardi alla posizione della singola parte del rapporto (l'interessato in primo

In proposito, e nel senso di una risposta affermativa, mi sembra corretto osservare che le medesime implicazioni devono ritenersi in ogni caso doverose:

- da un lato, in considerazione del principio di cui alla successiva lettera (b) dell'articolo 5(1) GDPR, nella parte in cui il Regolamento prescrive che i dati personali debbano essere «raccolti per finalità [...] *legittime*, e successivamente trattati in modo che non sia incompatibile con tali finalità»³²; e,

- dall'altro lato, anche se si guarda soltanto alle singole basi del trattamento, di cui all'art. 6(1) GDPR.

Ed in effetti, sotto il primo aspetto, non sembrano esserci ragioni per limitare il giudizio di legittimità delle finalità del trattamento - prescritto dall'art. 5(1)(b) GDPR - ad un test endo-regolamentare, mentre, sotto il secondo aspetto, non si vede come potrebbero integrare una valida base per un trattamento lecito *ex art. 6(1)(a) GDPR* un consenso prestato dall'interessato per una o più specifiche finalità *illegittime*, o, *ex art. 6(1)(b) GDPR*, l'esecuzione di un contratto *illecito*, o ancora, *ex art. 6(1)(f) GDPR*, l'invocazione di un interesse legittimo a proposito di un trattamento necessariamente e tipicamente implicato da attività *contra legem*³³.

Similmente deve dirsi per la base del trattamento *ex art. 6(1)(e) GDPR*, consistente nell'esecuzione di un compito di interesse pubblico o connesso

luogo), sia in grado di prescindere dalle preferenze di quest'ultimo, in ipotesi in cui queste contrastino con l'interesse della collettività».

³² Art. 5(1)(b) GDPR: “I dati personali sono: [...] b) raccolti per finalità determinate, esplicite e legittime, e successivamente trattati in modo che non sia incompatibile con tali finalità; un ulteriore trattamento dei dati personali a fini di archiviazione nel pubblico interesse, di ricerca scientifica o storica o a fini statistici non è, conformemente all'articolo 89, paragrafo 1, considerato incompatibile con le finalità iniziali («limitazione della finalità»); [...]”. Che la determinata finalità del trattamento per la quale l'interessato acconsente al trattamento debba essere «legittima» è previsto espressamente anche nel nuovo regime dell'altruismo dei dati predisposto dal *Data Governance Act*. V. art. 21(1)(a) DGA: “1. Un'organizzazione per l'altruismo dei dati riconosciuta informa in maniera chiara e facilmente comprensibile gli interessati o i titolari dei dati, prima di qualsiasi trattamento dei loro dati, in merito: a) agli obiettivi di interesse generale e, se opportuno, alla finalità determinata, esplicita e legittima per cui i dati devono essere trattati, e per i quali acconsentono al trattamento dei loro dati da parte di un utente dei dati”.

³³ Significativa in proposito appare la recente sentenza della Corte di giustizia dell'Unione europea (CGUE), Nona sezione, del 4 ottobre 2024 nella causa C-621/22, in particolare quanto al ragionamento riassunto nelle ultime parole della dichiarazione finale di seguito riportata: “L'articolo 6, paragrafo 1, primo comma, lettera f), del regolamento (UE) 2016/679 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 27 aprile 2016, relativo alla protezione delle persone fisiche con riguardo al trattamento dei dati personali, nonché alla libera circolazione di tali dati e che abroga la direttiva 95/46/CE (regolamento generale sulla protezione dei dati), deve essere interpretato nel senso che: un trattamento di dati personali consistente nella comunicazione a titolo oneroso di dati personali dei membri di una federazione sportiva, al fine di soddisfare un interesse commerciale del titolare del trattamento, può essere considerato necessario ai fini del legittimo interesse perseguito da tale titolare, ai sensi di detta disposizione, solo a condizione che tale trattamento sia strettamente necessario alla realizzazione del legittimo interesse in questione e che, alla luce di tutte le circostanze pertinenti, non prevalgano su tale legittimo interesse gli interessi o le libertà e i diritti fondamentali dei suddetti membri. *Sebbene detta disposizione non esiga che un interesse siffatto sia determinato dalla legge, essa richiede che il legittimo interesse invocato sia lecito*”.



all'esercizio di pubblici poteri, in considerazione di quanto disposto dai successivi paragrafi 2 e 3 dell'art. 6 del Regolamento (a proposito sia di questa base che di quella dell'interesse legittimo) in particolare con riferimento al ruolo attribuito al diritto unitario e nazionale di specificare tali basi e le condizioni alle quali il relativo trattamento possa ritenersi lecito³⁴.

Ciò sta a significare che, anche con riferimento alla base del trattamento ex art. 6(1)(e) GDPR, deve ritenersi non invocabile validamente la base dell'esecuzione di un compito di interesse pubblico o connesso all'esercizio di pubblici poteri, relativamente a trattamenti necessariamente e tipicamente implicati da attività *contra legem*. Si possono fare gli esempi di certi casi d'uso di sistemi di IA inerenti alla c.d. attività di contrasto (in inglese *public enforcement*) espressamente vietati dalla legge, quale quelli previsti espressamente dall'art. 5(1) AIA alle lettere (d) e (h), sopra richiamati, ossia, rispettivamente, per la predizione di reati e per l'identificazione biometrica remota in tempo reale in spazi accessibili al pubblico a fini di attività di contrasto.

Quanto sopra, in sintesi, e fatti salvi i necessari approfondimenti (v. *infra* parr. 4-10), fa ritenere che i divieti posti dall'art. 5 dell'AI Act siano rilevanti per stabilire l'illiceità di certi trattamenti di dati personali *ai sensi del GDPR*.

Si pongono, di conseguenza, ulteriori questioni interpretative per stabilire con maggiore precisione quali trattamenti debbano ritenersi illeciti.

Si tratta di questioni complesse, anche a cagione di una certa oscurità del linguaggio utilizzato dal legislatore europeo nell'AI Act³⁵ e della stessa materia che ne forma oggetto: sicuramente di non facile comprensione – nemmeno limitatamente ai profili giuridicamente rilevanti – per coloro che non hanno una preparazione specifica nella scienza informatica e nel settore particolare della scienza informatica chiamato intelligenza artificiale.

³⁴ Art. 6(2) GDPR: «Gli Stati membri possono mantenere o introdurre disposizioni più specifiche per adeguare l'applicazione delle norme del presente regolamento con riguardo al trattamento, in conformità del paragrafo 1, lettere c) ed e), determinando con maggiore precisione requisiti specifici per il trattamento e altre misure atte a garantire un trattamento *lecito* e corretto anche per le altre specifiche situazioni di trattamento di cui al capo IX». Art. 6(3)(3) GDPR: «La base su cui si fonda il trattamento dei dati di cui al paragrafo 1, lettere c) ed e), deve essere stabilita: a) dal diritto dell'Unione; o b) dal diritto dello Stato membro cui è soggetto il titolare del trattamento. La finalità del trattamento è determinata in tale base giuridica o, per quanto riguarda il trattamento di cui al paragrafo 1, lettera e), è necessaria per l'esecuzione di un compito svolto nel pubblico interesse o connesso all'esercizio di pubblici poteri di cui è investito il titolare del trattamento. Tale base giuridica potrebbe contenere disposizioni specifiche per adeguare l'applicazione delle norme del presente regolamento, tra cui: le condizioni generali relative alla *liceità* del trattamento da parte del titolare del trattamento; le tipologie di dati oggetto del trattamento; gli interessati; i soggetti cui possono essere comunicati i dati personali e le finalità per cui sono comunicati; le limitazioni della finalità, i periodi di conservazione e le operazioni e procedure di trattamento, comprese le misure atte a garantire un trattamento lecito e corretto, quali quelle per altre specifiche situazioni di trattamento di cui al capo IX. Il diritto dell'Unione o degli Stati membri persegue un obiettivo di interesse pubblico ed è proporzionato all'obiettivo legittimo perseguito».

³⁵ Si consideri che molte delle definizioni e degli stessi termini utilizzati nell'AIA sono stati modificati più volte rispetto a quelli che si leggevano nel testo della proposta della Commissione dell'aprile del 2021.



Solo per indicare alcune tematiche: va risolto il tema del confine tra ricerca (non assoggettata ad alcun divieto³⁶) e sviluppo (nozione precipua intesa nell'AIA come distinta dalla ricerca in quanto funzionalmente preordinata alla immissione sul mercato, messa in servizio e, dunque, all'uso, di sistemi di IA); il tema dei confini e delle responsabilità relative alle attività di prova (intesa dall'AIA come tipicamente affidata a soggetti terzi rispetto al fornitore); il tema specifico del prompting (e le sue differenze, se rilevanti ai fini del trattamento dei dati personali, con l'input); il tema specifico dei dati di prova (relativamente a trattamenti fatti da terzi indipendenti, incaricati delle attività di prova dei sistemi di IA); il tema specifico dei dati di output (ci si può chiedere se il divieto di trattamento relativamente ai sistemi di IA e ai casi previsti dall'art. 5 AIA, voglia dire anche divieto di generare ossia produrre dati personali) etc.

Nel presente contributo non potrò entrare nel dettaglio delle disposizioni dell'AI Act che ineriscono a questo secondo livello di analisi, essendomi prefissato l'obiettivo di segnalare *l'esistenza stessa di questo specifica dimensione di illiceità, ai sensi del GDPR, del trattamento dei dati personali per l'uso e lo sviluppo di sistemi di IA*, a fronte di un dibattito che generalmente si sofferma solo sull'individuazione della base del trattamento (primo livello: par. 1, *supra*).

Motivo per il quale, tornerò invece più avanti nel presente scritto sulle più rilevanti questioni interpretative che questo livello di analisi ed il successivo, esposto al par. 3 *infra*, comportano sul fronte dell'interpretazione del GDPR (v. *infra* parr. 4-10).

3. I divieti (diretti ed indiretti) di trattamento dei dati personali alla stregua del diritto unitario e nazionale.

Se si riconosce in linea di principio che l'esistenza di divieti di certe attività implicanti necessariamente determinati trattamenti possa far ritenere il trattamento in sé considerato illecito ai sensi del GDPR, non si avrà difficoltà ad applicare il ragionamento svolto nel paragrafo precedente (a proposito dell'illiceità del trattamento di dati personali per lo sviluppo e uso di sistemi di intelligenza artificiale sottoposti ai divieti di cui all'art. 5 AIA) *anche al di fuori dalle disposizioni dell'AI Act*, a tutti i casi di divieti di determinati trattamenti o di determinate attività che comportano necessariamente determinati trattamenti, *tutte le volte in cui i trattamenti in questione siano posti in essere per lo sviluppo e l'uso di sistemi di intelligenza artificiale*.

Facciamo qualche esempio cominciando da normative che vietano direttamente determinati trattamenti.

Come primo esempio, possiamo pensare alla recente legge 193/2023 sul c.d. oblio oncologico³⁷, relativamente ai divieti di trattare determinate informazioni personali su pregresse malattie oncologiche per la

³⁶ Artt. 1, 2(6) AIA.

³⁷ Legge 7 dicembre 2023, n. 193 *Disposizioni per la prevenzione delle discriminazioni e la tutela dei diritti delle persone che sono state affette da malattie oncologiche*.

determinazione di condizioni contrattuali, per la valutazione dei requisiti psicofisici delle persone che vogliono adottare (in procedure di adozione), o per le valutazioni di candidati in procedure concorsuali o selettive, pubbliche o private³⁸.

Laddove vengano sviluppati, per essere commercializzati e usati, sistemi di IA preordinati a valutazioni di questi tipi di dati personali per queste finalità, non avrei dubbi nel ritenere illecito *anche ai sensi del GDPR* il trattamento dei dati personali, realizzato per lo sviluppo ed uso di simili sistemi di IA³⁹.

Come secondo esempio, possiamo citare i divieti dell'art. 7 della recente direttiva sui lavoratori delle piattaforme online⁴⁰. Ai sensi di questo articolo, è fatto divieto alle piattaforme di lavoro digitali (come ivi definite) di trattare mediante sistemi decisionali o di monitoraggio automatizzati (come ivi definiti): (a) dati personali relativi allo stato emotivo o psicologico della persona che svolge un lavoro mediante piattaforme digitali; (b) dati personali relativi a conversazioni private; (c) dati personali quando la persona che svolge un lavoro mediante piattaforme digitali non sta svolgendo un lavoro mediante le stesse o non si sta offrendo per svolgerlo; (d) dati personali per prevedere l'esercizio di diritti fondamentali, compresi il diritto di associazione, il diritto di negoziazione e di azioni collettive o il diritto all'informazione e alla consultazione, quali definiti nella Carta dei diritti fondamentali della Unione europea; (e) dati personali per desumere l'origine razziale o etnica, lo status di migrante, le opinioni politiche, le convinzioni religiose o filosofiche, la disabilità, lo stato di salute, comprese le malattie croniche o la sieropositività, lo stato emotivo o psicologico, l'adesione a un sindacato, la vita sessuale o l'orientamento sessuale di una persona; (f) i dati biometrici, come definiti nel GDPR, di una persona che svolge un lavoro mediante piattaforme digitali per stabilirne l'identità confrontandoli con i dati biometrici di persone memorizzati in una banca dati.

³⁸ Al centro della legge 193/2023 stanno le informazioni relative allo stato di salute della persona fisica concernenti patologie oncologiche da cui la stessa sia stata precedentemente affetta e il cui trattamento attivo si sia concluso, senza episodi di recidiva, da più di dieci anni o da più di cinque anni nel caso in cui la patologia sia insorta prima del compimento del ventunesimo anno di età. L'art. 2 (della legge 193/2023) vieta l'acquisizione e in ogni caso l'utilizzazione di tali informazioni relative ad una persona fisica contraente ai fini della determinazione delle condizioni contrattuali di qualunque tipo contratto, anche esclusivamente tra privati. L'art. 3 (della legge 193/2023) introduce una serie di modifiche alla legge 4 maggio 1983, n. 184, in materia di adozione, vietando l'acquisizione e l'utilizzazione delle medesime informazioni relative alle persone che intendono adottare. L'art. 4 della legge 193/2023 vieta di richiedere le stesse informazioni relative a candidati ai fini dell'accesso a procedure concorsuali e selettive, pubbliche e private, anche quando nel loro ambito sia previsto l'accertamento di requisiti psico-fisici o concernenti lo stato di salute dei candidati.

³⁹ L'art. 5(4) della legge 193/2023 attribuisce al Garante privacy la competenza per «vigilare» sull'applicazione della medesima legge. Sul punto v. *infra* al par. 8.

⁴⁰ <https://www.europarl.europa.eu/news/it/press-room/20240419IPR20584/riders-il-parlamento-adotta-la-direttiva-sul-lavoro-delle-piattaforme>

Anche in questo caso siamo in presenza di una disciplina che prevede specifici divieti di trattamento di dati personali talché, non avrei dubbi nel definire *illeciti anche ai sensi del GDPR* tali trattamenti.

Come terzo, quarto e quinto esempio possiamo pensare ai divieti di trattamento delle speciali categorie di dati personali ex art. 9(1) GDPR, posti dal Digital Services Act⁴¹ (**DSA**)⁴² e dal recente regolamento sul marketing politico⁴³, e al divieto di trattare i dati personali dei minori, posto dal DSA⁴⁴.

Anche in questi casi dovremo dire che siamo in presenza di norme che prevedono specifici divieti di trattamento di determinate categorie di dati personali per determinate finalità; e anche in questi casi non avrei dubbi a ritenere illecito *ai sensi del GDPR* tali trattamenti di dati personali, compreso, in principio, il caso in cui i relativi trattamenti siano realizzati per lo sviluppo e l'uso di sistemi di IA.

Possiamo notare, ora, che in tutti gli esempi di cui sopra ho citato norme imperative, di diritto dell'Unione o italiano, che vietano *direttamente* determinati trattamenti.

Lo stesso ragionamento deve a mio avviso farsi - e la stessa conclusione in punto di illiceità del trattamento *ai sensi del GDPR* trarsi - anche relativamente a quelle norme imperative che vietano non già direttamente determinati trattamenti, bensì che - esattamente come abbiamo argomentato a proposito dell'art. 5 dell'AI Act - vietano determinate attività le quali *presuppongono necessariamente e tipicamente* determinati trattamenti.

Nel caso dei divieti dell'art. 5 AIA, si trattava di divieti relativi alla immissione sul mercato, messa in servizio ed uso di sistemi di IA, ma non c'è motivo di limitare l'analisi alle disposizioni dell'AIA, perché ci sono trattamenti automatizzati di dati personali, compresi trattamenti automatizzati di dati personali effettuati da sistemi di IA, che possono essere necessariamente e tipicamente presupposti da, in quanto strumentali e finalizzati alla realizzazione di, *attività vietate da altre normative*. Come detto, si tratta di riconoscere in linea di principio che l'esistenza di divieti di certe attività implicanti necessariamente determinati trattamenti debba far ritenere il trattamento in sé considerato illecito *ai sensi del GDPR*.

Possiamo pensare, ad esempio, a piattaforme online che trattano dati personali per giochi d'azzardo o per concorsi a premio *in violazione delle normative nazionali che regolano i giochi d'azzardo e i concorsi a premio*.

⁴¹ Regolamento (UE) 2022/2065 relativo a un mercato unico dei servizi digitali e che modifica la direttiva 2000/31/CE (regolamento dei servizi digitali).

⁴² L'art. 26(3) DSA prevede che i fornitori di piattaforme online non possono presentare pubblicità ai destinatari del servizio basate sulla profilazione (come definita nel GDPR) utilizzando le categorie speciali di dati personali di cui all'articolo 9(1) GDPR.

⁴³ L'art. 18(1)(c) del regolamento (UE) 2024/900 sulla trasparenza e il targeting della pubblicità politica vieta le tecniche di targeting o di consegna del messaggio pubblicitario in ambito di pubblicità politica online che si avvalgono di tecniche di profilazione (come definita nel GDPR) utilizzando le categorie speciali di dati personali di cui all'articolo 9(1) GDPR.

⁴⁴ L'art. 28(2) DSA vieta ai fornitori di piattaforme online di presentare sulla loro interfaccia pubblicità basata sulla profilazione (come definita nel GDPR) che usa i dati personali del destinatario del servizio se sono consapevoli, con ragionevole certezza, che il destinatario del servizio è minore.



A mio avviso non c'è dubbio che anche in simili casi, il relativo trattamento di dati personali dovrà ritenersi illecito *ai sensi del GDPR*, ed anche, naturalmente, se le piattaforme in questione utilizzano sistemi di intelligenza artificiale.

Ed in effetti in casi simili, per cominciare, sicuramente saremmo in presenza della violazione del principio espresso dall'art. 5(1)(b) GDPR per cui i dati personali devono essere *raccolti per finalità legittime*. Tanto appurato, non ci saranno motivi per limitare il giudizio di violazione del GDPR al solo trattamento che consiste nella *raccolta* dei dati personali, dovendosi al contrario parlare di illiceità che investe in generale ogni ulteriore trattamento finalizzato alla realizzazione di giochi d'azzardo e concorsi a premio *contra legem*, anche in considerazione del precetto che si legge nella proposizione successiva del medesimo art. 5(1)(b) GDPR, a tenore del quale ogni trattamento successivo alla raccolta deve essere conforme a finalità legittime.

Similmente, ed entrando ora nel campo di applicazione oggi maggiormente attivo tra i sistemi di IA⁴⁵, ossia area del marketing, è doveroso prendere con nettezza posizione e riconoscere la sostanziale illiceità, per violazione delle norme imperative della direttiva 2005/29/CE (innanzi **UCPD**) e del DSA, dei trattamenti di dati personali finalizzati alla distorsione comportamentale delle persone attraverso lo sfruttamento delle loro vulnerabilità decisionali⁴⁶.

Le pratiche di targeting online poste in essere dai professionisti che sfruttano le vulnerabilità decisionali dei consumatori per ottenere, distorcendo il loro comportamento, determinate risposte, sono illecite ai sensi del divieto generale e dei divieti particolari previsti dall'UCPD contro le pratiche commerciali sleali, ingannevoli e aggressive, così come sono illecite quelle poste in essere sulle interfacce online relativamente a qualunque utente online in violazione dell'art. 25 DSA.

Tutti i trattamenti di dati personali - compresi naturalmente quelli automatizzati e, tra questi, quelli che si avvalgono di sistemi di IA - finalizzati allo sfruttamento di vulnerabilità comportamentali con modalità idonee a ottenere una risposta falsata ossia distorta, in violazione di quelle disposizioni, devono ritenersi sostanzialmente illeciti *anche ai sensi del GDPR*.

Relativamente all'impiego di sistemi di intelligenza artificiale, in tutti i casi come quelli esemplificati in questo paragrafo, sarà, di nuovo, da determinarsi con precisione di volta in volta quali trattamenti relativi allo sviluppo e all'uso di sistemi di IA precisamente dovranno ritenersi illeciti, *sulla base delle circostanze del caso* (se tanto quelli in fase di sviluppo - e quali in particolare - che quelli in fase d'uso, o solo quelli in fase d'uso, e

⁴⁵ N. CRISTIANINI, *La scorciatoia*, Il Mulino, Bologna, 2023, p. 36 ss.

⁴⁶ Cfr. Commissione europea, *“Orientamenti sull'interpretazione e sull'applicazione della direttiva 2005/29/CE del Parlamento europeo e del Consiglio relativa alle pratiche commerciali sleali delle imprese nei confronti dei consumatori nel mercato interno”* (2021/C 526/01), pubblicato sulla Gazzetta Ufficiale dell'Unione Europea del 29.12.2021; risoluzione del Parlamento europeo del 12 dicembre 2023, sulla «progettazione dei servizi online che creano dipendenza e sulla tutela dei consumatori».

quali in particolare) ma, dal punto di vista generale, credo che non possa dubitarsi dell'esistenza di un livello di potenziale illiceità di trattamenti di dati personali *ai sensi del GDPR* nel contesto di sistemi di intelligenza artificiale sia per trattamenti direttamente vietati che relativamente al caso di sistemi di IA impiegati per attività *contra legem*, come quelle esemplificate, e come tante altre possono immaginarsi, che presuppongono necessariamente e tipicamente determinati trattamenti.

4. L'inedoneità delle condizioni di cui agli artt. 6(1) e 9(2) GDPR a costituire in concreto valide basi per il trattamento lecito di dati personali a fronte di norme imperative che vietano direttamente o indirettamente determinati trattamenti.

Come detto ed argomentato *supra*, l'ordinamento prevede divieti diretti ed indiretti di trattamento dei dati personali. Nel primo caso, si tratta di norme imperative che vietano direttamente ed espressamente determinati trattamenti di dati personali. Nel secondo caso, si tratta di norme imperative che vietano determinate attività le quali presuppongono necessariamente determinati trattamenti di dati personali. In tutti questi casi, i trattamenti in questione dovranno ritenersi illeciti.

Deve ora aggiungersi che, in simili circostanze, nessuna delle condizioni astrattamente invocabili ex art. 6 GDPR può effettivamente ed in concreto costituire una valida base per un trattamento lecito.

Ed infatti, quando si dovesse invocare la base del consenso⁴⁷, dovrà ritenersi che in simili circostanze si tratterà di un consenso prestato *per* una specifica finalità di trattamento *illegittima*⁴⁸. E quando si dovesse invocare la base dell'esecuzione del contratto⁴⁹, dovrà ritenersi che si tratterà dell'esecuzione di un contratto *illecito*. Né, per lo stesso motivo, potrebbe invocarsi validamente la base dell'interesse legittimo⁵⁰ o quella dell'esecuzione di un compito di interesse pubblico o connesso all'esercizio di pubblici poteri⁵¹.

Il giudizio implicato andrà svolto *in concreto*, come giudizio circa l'idoneità di una base astrattamente idonea, ad essere tale anche in concreto, avuto riguardo al suo profilo di liceità che possiamo perciò definire 'sostanziale' per distinguerlo da un profilo 'formale', che si ferma alla ricorrenza o meno di una base astrattamente idonea. Alla stregua di un giudizio sulla liceità sostanziale del trattamento, dovrà concludersi nel senso di dichiarare l'illiceità *ai sensi del GDPR* tutte le volte che, come detto, il trattamento risulti direttamente vietato dalla legge, o necessariamente e tipicamente strumentale al compimento di un'attività vietata dalla legge.

⁴⁷ Art. 6(1)(a) GDPR.
⁴⁸ S. ORLANDO, *Consenso al trattamento e liceità*, in *Pers. merc.*, 2024, p. 333 ss.
⁴⁹ Art. 6(1)(b) GDPR.
⁵⁰ Art. 6(1)(f) GDPR.
⁵¹ Art. 6(1)(e) GDPR.



5. Giustificazione funzionale e conformità ordinamentale di ciascuna delle basi del trattamento.

A ben vedere, ciascuna delle basi del trattamento lecito dei dati personali previste nell'art. 6(1) GDPR e nell'art. 9(2) GDPR ha una giustificazione funzionale ed un carattere di conformità ordinamentale, incompatibili con la violazione di norme imperative, sicché, alla domanda che abbiamo formulato nel paragrafo 2 *retro* – allorché abbiamo delineato la prima grande questione interpretativa da sciogliere relativamente ai sistemi di IA - dobbiamo dare senz'altro una risposta positiva, che si applica a tutti i casi di trattamento dei dati personali, ossia non limitatamente ai trattamenti inerenti allo sviluppo ed uso di sistemi di IA.

Nel par. 2 ci chiedevamo se il requisito di liceità del trattamento - ricavato dal principio espresso nell'art. 5(1)(a) GDPR⁵² - possa interpretarsi nel senso di riferirlo non soltanto alla necessaria presenza di una delle condizioni (o 'basi') per il trattamento di cui all'art. 6(1) GDPR, ma anche nel senso generale di rispetto di norme imperative, e, in questo caso, se si debba avere in considerazione il solo diritto unitario o anche il diritto nazionale applicabile.

Come già accennato *supra*, e come riassumeremo nuovamente qui di seguito, l'esame di ciascuna delle basi dell'art. 6(1) GDPR e di quelle dell'art. 9(2) GDPR consente di dire che in realtà il rispetto o non violazione delle norme imperative del diritto dell'Unione e nazionale applicabile sia necessario *proprio per il rispetto di ciascuna delle medesime basi*.

Cominciando da quella del consenso di cui all'art. 6(1)(a) GDPR, come anticipato sopra (v. *retro* parr. 2 e 4) ed argomentato diffusamente in altri scritti⁵³, nella formula usata dal legislatore europeo deve ritenersi senz'altro sottintesa l'aggettivazione «legittime» dopo le parole «specifiche finalità» («l'interessato ha espresso il consenso al trattamento dei propri dati personali per una o più specifiche finalità *legittime*»), in quanto le norme del GDPR *impongono* un'interpretazione di questo tipo. Ed infatti, come già osservato, l'art. 5(1)(b) del Regolamento, contemplando ed *imponendo* un test di legittimità sulle specifiche finalità del trattamento dei dati personali, deve necessariamente accoppiarsi al profilo funzionale dell'atto di consenso privacy: perché, ai sensi dell'art. 6(1)(a) GDPR, l'interessato presta il consenso al trattamento «*per* una o più specifiche finalità»: che *devono*, dunque, essere «legittime». Né può negarsi che assumano in proposito rilevanza tutte le norme dell'ordinamento, di diritto unitario e nazionale, che, in modo via via crescente nell'erigendo diritto dei dati inteso a governare l'economia e l'industria dei dati, prendono atto dell'esigenza di regolare l'utilizzazione e la produzione dei dati digitali, ed interpretano questa esigenza *proibendo direttamente o indirettamente determinati trattamenti di dati personali nei più vari settori*.

⁵² Art. 5(1)(a) GDPR: “1. I dati personali sono: a) trattati in modo lecito, corretto e trasparente nei confronti dell'interessato («liceità, correttezza e trasparenza»);[...]”.

⁵³ S. ORLANDO, *Consenso al trattamento e liceità*, cit.; ID., *Il coordinamento tra la direttiva 2019/770 e il GDPR. l'interessato-consumatore*, in *Pers. merc.*, 2023, 222 ss.; ID., *Per un sindacato di liceità del consenso privacy*, *Pers. merc.*, 2022, 527 ss.



Similmente, non sembra potersi dubitare che la base dell'esecuzione del contratto di cui all'art. 6(1)(b) GDPR debba interpretarsi nel senso che la relativa formula sottintenda l'aggettivazione «lecito» dopo la parola «contratto» («il trattamento è necessario all'esecuzione di un contratto *lecito* di cui l'interessato è parte o all'esecuzione di misure precontrattuali adottate su richiesta dello stesso»), perché davvero non si vede come potrebbe ritenersi essere in concreto una valida base di lecito trattamento dei dati personali la finalità di esecuzione di un contratto illecito.

La successiva base, stabilita dall'art. 6(1)(c) GDPR indica in modo evidente (senza bisogno di enunciare in via ermeneutica aggettivazioni sottintese, come nei primi due casi) sia la giustificazione funzionale che il carattere di conformità ordinamentale propri di tutte le basi: «il trattamento è necessario per adempiere un obbligo legale al quale è soggetto il titolare del trattamento», dove la funzione è evidente così come la conformità ordinamentale operata attraverso il doveroso rinvio alla totalità dell'ordinamento - nella sua composizione di diritto dell'Unione e nazionale applicabile - per verificare in concreto la presenza (o l'assenza) di un «obbligo legale».

Anche la base dell'art. 6(1)(d) GDPR indica tanto la giustificazione funzionale che il carattere di conformità ordinamentale, posto che, alla stregua della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, così come alla stregua delle disposizioni di rango costituzionale di tutti gli ordinamenti degli Stati membri, non è dubitabile che «la salvaguardia degli interessi vitali dell'interessato o di un'altra persona fisica» costituisca (*melius*: debba costituire) una lecita base di trattamento dei dati personali.

Anche le ultime due condizioni ex art. 6(1)(e) e 6(1)(f) GDPR indicano a ben vedere tanto la giustificazione funzionale che il carattere di conformità ordinamentale, di cui stiamo discorrendo, posto che, come già osservato, è sicuramente errato invocare in concreto la base dell'esecuzione di un compito di interesse pubblico o connesso all'esercizio di pubblici poteri e quella del legittimo interesse relativamente a trattamenti direttamente o indirettamente vietati dalla legge. Come già ricordato, proprio relativamente alla disposizione di cui all'art. 6(1)(f) GDPR sul legittimo interesse, la CGUE, in una recente sentenza ha espressamente dichiarato che “*Sebbene detta disposizione non esiga che un interesse siffatto sia determinato dalla legge, essa richiede che il legittimo interesse invocato sia lecito*”⁵⁴.

Infine, i concetti di cui sopra sono confermati anche nella disciplina della speciale categoria dei dati personali di cui all'art. 9(1) GDPR, laddove le basi per il trattamento in deroga al divieto di cui al primo paragrafo dell'art. 9 esprimono tutte sia la giustificazione funzionale che la conformità ordinamentale delle basi del trattamento di tali speciali categorie di dati, in

⁵⁴ Corte di Giustizia dell'Unione europea, Nona sezione, sentenza del 4 ottobre 2024 nella causa C-621/22. In un altro passaggio della medesima sentenza così si legge “[...] un interesse commerciale del titolare del trattamento [...] potrebbe costituire un legittimo interesse, ai sensi dell'articolo 6, paragrafo 1, primo comma, lettera f) GDPR, purché non sia contrario alla legge. Spetta tuttavia al tribunale nazionale valutare, caso per caso, l'esistenza di un interesse del genere, tenendo conto del quadro giuridico applicabile e di tutte le circostanze del caso”.

particolare segnalandosi che nel caso del «consenso esplicito» ivi previsto (art. 9(2)(a) GDPR⁵⁵) la conformità ordinamentale è espressamente enunciata dal legislatore europeo sotto forma di inidoneità del consenso esplicito a vincere il divieto di cui al paragrafo 1 a fronte di norme dell'Unione o nazionali che vietino in modo inderogabile il trattamento di tali dati personali: «*salvo nei casi in cui il diritto dell'Unione o degli Stati membri dispone che l'interessato non possa revocare il divieto di cui al paragrafo 1*».

La riserva di conformità ordinamentale del consenso esplicito espressamente prevista dall'art. 9(2)(a) GDPR conferma ciò che è richiesto generalmente dagli artt. 5(1)(a) e 5(1)(b) GDPR, ossia che il Regolamento apre una finestra con vista fuori da sé stesso, *imponendo* all'interprete di guardare fuori dal GDPR.

Allo stesso modo, può osservarsi come l'art. 9(1)(b) GDPR imponga un controllo di conformità ordinamentale relativamente al diritto del lavoro applicabile, nel rispetto delle garanzie fondamentali del lavoratore interessato⁵⁶.

6. La liceità sostanziale del trattamento e sua distinzione dalla liceità formale. Esempi di trattamenti che superano il test di liceità formale ma non quello di liceità sostanziale.

Tutte queste considerazioni spingono verso la distinzione tra un giudizio di liceità in senso formale, conseguente ad un controllo procedurale sulla ricorrenza di una base astrattamente idonea per il trattamento dei dati personali, ed un giudizio di liceità in senso sostanziale, conseguente ad un controllo di conformità ordinamentale della base in concreto. Il primo giudizio può concludersi nel senso di far ritenere *illecito* un determinato trattamento di dati personali in *difetto* di una base anche solo astrattamente idonea. Il secondo giudizio è solo eventuale, ma al contempo è necessario, nel caso in cui il primo abbia dato esito positivo, ossia nel caso in cui il primo test abbia riscontrato la ricorrenza di una base in astratto idonea ai sensi del GDPR. Esso è volto a quel punto a stabilire se un determinato trattamento di dati personali di cui si sia riscontrata la ricorrenza di una base astrattamente idonea (test di liceità in senso formale) sia, alla stregua di una valutazione *in concreto*, ammesso dall'ordinamento. Il giudizio di liceità sostanziale è perciò volto a verificare che il singolo trattamento non sia

⁵⁵ Art. 9(2)(a) GDPR: “2. Il paragrafo 1 non si applica se si verifica uno dei seguenti casi:

a) l'interessato ha prestato il proprio consenso esplicito al trattamento di tali dati personali per una o più finalità specifiche, salvo nei casi in cui il diritto dell'Unione o degli Stati membri dispone che l'interessato non possa revocare il divieto di cui al paragrafo 1; [...]”.

⁵⁶ Art. 9(2)(b) GDPR: “2. Il paragrafo 1 non si applica se si verifica uno dei seguenti casi: [...] b) il trattamento è necessario per assolvere gli obblighi ed esercitare i diritti specifici del titolare del trattamento o dell'interessato in materia di diritto del lavoro e della sicurezza sociale e protezione sociale, nella misura in cui sia autorizzato dal diritto dell'Unione o degli Stati membri o da un contratto collettivo ai sensi del diritto degli Stati membri, in presenza di garanzie appropriate per i diritti fondamentali e gli interessi dell'interessato; [...]”.



vietato da una norma imperativa dell'Unione o nazionale che proibisca direttamente il trattamento in questione o che vieti un'attività che presuppone necessariamente e tipicamente il trattamento in questione.

Ove si dovesse riscontrare un divieto siffatto, come argomentato *supra* (v. par. 4 e 5 *supra*), nessuna delle basi di cui all'art. 6(1) o 9(2) GDPR può ritenersi validamente invocabile, ed il trattamento dovrebbe ritenersi illecito ai sensi del GDPR.

Ciò in quanto, come si è provato a dimostrare sopra, tutte le condizioni previste come basi di un trattamento lecito dall'art. 6(1) o 9(2) GDPR hanno una giustificazione funzionale e un carattere di conformità ordinamentale.

Possiamo fare adesso qualche esempio di test che *superano* il giudizio sulla liceità formale ma *non* anche quello sulla liceità sostanziale.

6.1. Primo esempio: sistema di IA di marketing online che impiega algoritmi idonei a distorcere il comportamento delle persone fisiche causando loro un danno significativo.

Sistemi di IA di marketing online possono richiedere ed ottenere il consenso da parte di utenti, in ipotesi anche consensi con tutti i caratteri dell'art. 4, n. 11 GDPR, ed anche consensi espliciti ai sensi dell'art. 22(2)(c) GDPR. Ciononostante, se i sistemi di IA di marketing in questione, impiegano algoritmi idonei a distorcere il comportamento delle persone fisiche causando loro un danno significativo ex art. 5(1)(a) AIA o art. 5(1)(b) AIA, sicuramente i trattamenti di dati personali realizzati per lo sviluppo e l'uso di tali sistemi devono essere sottoposti ad un giudizio di liceità sostanziale, e tipicamente sarà possibile predicare l'illiceità *ai sensi del GDPR* di una serie di trattamenti di dati personali relativamente a questa tipologia di sistemi di IA, derivata dai divieti di immissione sul mercato, messa in servizio ed uso degli stessi posti dall'AIA.

6.2. Secondo esempio: sistema di IA di marketing online che impiega algoritmi idonei a distorcere il comportamento delle persone fisiche senza causare loro un danno significativo

Sistemi di IA di marketing online possono richiedere ed ottenere il consenso da parte di utenti, in ipotesi anche consensi con tutti i caratteri dell'art. 4, n. 11 GDPR, ed anche consensi espliciti ai sensi dell'art. 22(2)(c) GDPR. Ciononostante, se i sistemi di IA di marketing in questione, impiegano algoritmi idonei a distorcere il comportamento delle persone fisiche, sicuramente i trattamenti di dati personali realizzati per lo sviluppo e l'uso di tali sistemi devono essere sottoposti ad un giudizio di liceità sostanziale, e tipicamente sarà possibile predicare l'illiceità *ai sensi del GDPR* di una serie di trattamenti di dati personali relativamente a questa tipologia di sistemi di IA, derivata dai divieti di pratiche commerciali sleali, ingannevoli e aggressive posti dall'UCPD.



6.3. Terzo esempio: sistema di IA di marketing politico online che impiega algoritmi che profilano le persone fisiche sulla base delle speciali categorie di dati personali dell'art. 9(1) GDPR

Sistemi di IA di marketing politico online possono richiedere ed ottenere il consenso da parte di utenti, in ipotesi anche consensi con tutti i caratteri dell'art. 4, n. 11 GDPR, ed anche consensi espliciti ai sensi dell'art. 22(2)(c) GDPR. Ciononostante, se i sistemi di IA di marketing in questione, impiegano algoritmi che profilano le persone fisiche sulla base delle speciali categorie di dati personali dell'art. 9(1) GDPR, sicuramente i trattamenti di dati personali realizzati per lo sviluppo e l'uso di tali sistemi devono essere sottoposti ad un giudizio di liceità sostanziale, e tipicamente sarà possibile predicare l'illiceità *ai sensi del GDPR* di una serie di trattamenti di dati personali relativamente a questa tipologia di sistemi di IA, derivata dal corrispondente divieto di cui all'art. 18(1)(c) del regolamento (UE) 2024/900 sulla trasparenza e il targeting della pubblicità politica⁵⁷.

7. Adeguatezza del giudizio di liceità sostanziale al suo oggetto: il carattere analitico del test di liceità sostanziale in concreto con riferimento ai singoli trattamenti e ai singoli algoritmi

Il giudizio di liceità sostanziale in concreto deve essere svolto con modalità idonee a valutare in modo analitico i trattamenti automatizzati in relazione ai singoli algoritmi che servono granularmente le miriadi di finalità dei trattamenti.

Un compito di questo tipo richiede necessariamente un salto di qualità di tipo tecnologico da parte delle autorità di controllo, non assolvendo il quale il giudizio richiesto dalla legge non potrà essere adeguato al suo oggetto.

Pertanto si tratta non soltanto di convenire circa la doverosità dell'interpretazione centrata sul criterio dell'adeguatezza del giudizio di liceità al suo oggetto, ai fini di una corretta applicazione del GDPR, ma anche di attrezzarsi tecnologicamente per l'assolvimento del relativo compito.

⁵⁷ Art. 18(1) del regolamento (UE) 2024/900 relativo alla trasparenza e al targeting della pubblicità politica: "1. Le tecniche di targeting o di consegna del messaggio pubblicitario in ambito di pubblicità politica online che comportano il trattamento dei dati personali sono consentite solo se sono soddisfatte le condizioni seguenti:

- a) il titolare del trattamento ha raccolto i dati personali presso l'interessato;
- b) l'interessato ha prestato il proprio consenso esplicito ai sensi dei regolamenti (UE) 2016/679 e (UE) 2018/1725 al trattamento separato dei dati personali a fini di pubblicità politica; e
- c) tali tecniche non comportano la «profilazione» quale definita all'articolo 4, punto 4), del regolamento (UE) 2016/679 e all'articolo 3, punto 5), del regolamento (UE) 2018/1725 utilizzando le categorie particolari di dati personali di cui all'articolo 9, paragrafo 1, del regolamento (UE) 2016/679 e all'articolo 10, paragrafo 1, del regolamento (UE) 2018/1725".

8. La distribuzione delle competenze e il coordinamento delle attività tra autorità amministrative e giurisdizionali

| 836

Tutte le volte in cui il giudizio di liceità del trattamento dei dati personali supera il controllo procedurale sulla ricorrenza di una base astrattamente idonea, si pone il problema di chi abbia competenza per stabilire la conformità ordinamentale del trattamento.

Mentre il primo controllo è sicuramente di competenza delle autorità di controllo nazionali istituite ai sensi dell'art. 51 GDPR (di seguito anche **DPA**, acronimo di *Data Protection Authorities*), è da capire di chi sia la competenza per il secondo controllo.

La stessa questione, naturalmente, coinvolge l'EDPS per quanto riguarda le competenze attribuitegli dall'EUDPR relativamente ai trattamenti fatti dalle istituzioni, gli organi e gli organismi UE.

Il problema fondamentale consiste nello stabilire se le DPA/l'EDPS abbiano sempre e in via generale la competenza di svolgere *autonomamente* il controllo di conformità ordinamentale dei trattamenti dei dati personali, necessario per il giudizio di liceità sostanziale richiesto dal GDPR/EUDPR.

La questione è molto delicata. Essa tocca innanzitutto i confini delle competenze tra le DPA o l'EDPS, da un lato, e, dall'altro lato, le numerose autorità amministrative indipendenti istituite ai sensi del diritto dell'Unione e nazionale nei più vari settori dell'ordinamento, nei quali, come visto, si trovano numerosi divieti diretti e indiretti di trattamento dei dati personali.

Se, per fare un esempio, il trattamento in questione riguarda lo sviluppo e/o l'uso di sistemi assoggettati ai divieti dell'art. 5 AIA, possono le DPA valutare esse stesse autonomamente la ricorrenza, nei sistemi di IA, dei caratteri rilevanti ai fini dei divieti dell'art. 5 AIA?⁵⁸

La questione tocca anche il rapporto tra le DPA/l'EDPS e le autorità giurisdizionali, i cui accertamenti, pure, possono essere necessari per stabilire la conformità ordinamentale di un determinato trattamento in concreto, al fine di giudicarne la liceità sostanziale. Per fare un esempio, si può pensare alla base dell'esecuzione del contratto di cui all'art. 6(1)(b) GDPR: se il primo controllo procedurale fatto da una DPA/l'EDPS ha dato esito positivo rinvenendo l'occorrenza di questa condizione astrattamente idonea come base per un trattamento lecito (i.e. il trattamento serve per l'esecuzione di un contratto), chi ha la competenza per il controllo di conformità ordinamentale successivo, volto ad escludere che si tratti in concreto di un contratto illecito? Questa è generalmente l'area degli accertamenti delle autorità giurisdizionali. E tuttavia, come abbiamo argomentato, è necessario e doveroso *ai sensi del GDPR/EUDPR* proporsi

⁵⁸ Relativamente a questo specifico esempio, all'EDPS è attribuita competenza per irrogare le sanzioni amministrative pecuniarie alle istituzioni, organi e organismi dell'Unione per la violazione dell'AI Act (art. 100 AIA), inclusa la violazione dell'art. 5 AIA (art. 100(2) AIA). Pertanto, deve ritenersi che sicuramente l'EDPS ha competenza a verificare se i sistemi di IA ricadono tra quelli sottoposti ai divieti dell'art. 5 AIA *anche per l'accertamento della violazione del l'EUDPR* per trattamento illecito dei dati personali impiegati da istituzioni, organi e organismi dell'Unione per lo sviluppo o l'uso di tali sistemi di IA. Torneremo sul punto nel paragrafo 10 *infra*.

questo accertamento, perché non può ritenersi una base idonea al trattamento dei dati personali l'esecuzione di un contratto illecito. Il trattamento di dati personali posto in essere per l'esecuzione di un contratto illecito, deve ritenersi illecito *ai sensi del GDPR/EUDPR*.

Il tema ha portata generale, come pure abbiamo argomentato, perché *per ogni base* deve effettuarsi non solo un controllo procedurale sulla ricorrenza di una condizione astrattamente idonea per un trattamento lecito (liceità formale) ma anche un controllo sostanziale in concreto per stabilire se il trattamento non violi in concreto norme imperative dell'ordinamento (diritto dell'Unione e diritto nazionale applicabile) che direttamente o indirettamente lo proibiscono (v. *retro*, par. 5 in particolare).

La doverosità, *in base al GDPR/EUDPR*, di un simile controllo di conformità ordinamentale, in che consiste il giudizio di liceità sostanziale sui trattamenti dei dati personali, propone perciò il tema dell'interpretazione sistematica delle normative che dispongono direttamente o indirettamente i divieti di trattamento, nel senso detto, da un lato, e del GDPR/EUDPR, dall'altro lato.

Nell'impostare questo problema, bisogna innanzitutto considerare che le DPA/l'EDPS⁵⁹ hanno la competenza ed il dovere di presidiare all'applicazione del GDPR/EUDPR - e che dunque si tratta di una competenza limitata a quest'ambito dell'ordinamento - ma anche tornare a sottolineare che il controllo di conformità ordinamentale è autorizzato e perciò stesso è *imposto dallo stesso GDPR/EUDPR*, e che - dunque - le autorità di controllo proprio esercitando i poteri di loro competenza, *devono* proporsi la questione della liceità sostanziale. Ed infatti, come abbiamo argomentato nei paragrafi precedenti, gli artt. 5(1)(a), 5(1)(b), 6(1), 9(2) del GDPR richiedono di effettuare un test di liceità sostanziale, ossia un controllo sulla conformità del trattamento dei dati personali alle norme imperative del diritto dell'Unione e del diritto nazionale applicabile. In sintesi, come abbiamo detto nei paragrafi che precedono e anche in altra sede⁶⁰, il GDPR apre una finestra con vista fuori di sé stesso. E lo stesso fa l'EUDPR attraverso le corrispondenti disposizioni, contenute negli artt. 4(1)(a), 4(1)(b), 5, 10(2) EUDPR. Le autorità di controllo e l'EDPS non possono ignorare questa finestra, perché se la ignorassero violerebbero, rispettivamente, il GDPR e l'EUDPR. Invece: che siano le DPA e l'EDPS a poter e dover guardare fuori della finestra per effettuare *autonomamente* il controllo di conformità ordinamentale necessario per il giudizio di liceità sostanziale, questa è un'altra questione, che attiene ai confini delle loro competenze.

Si tratta in altre parole di capire *come* le autorità di controllo/l'EDPS possono assolvere al compito di considerare nel loro giudizio sulla liceità del trattamento dei dati personali il controllo sulla conformità ordinamentale, mentre non può esserci alcun dubbio che esse abbiano questo compito.

Da qui la complessità del tema.

⁵⁹ E l'EDPS, relativamente ai trattamenti fatti dalle istituzioni, gli organi e gli organismi UE ai sensi dell'EUDPR.

⁶⁰ S. ORLANDO, *Consenso al trattamento e liceità*, cit., p. 353.



In alcuni casi, come vedremo, le fonti che prevedono direttamente o indirettamente divieti di determinati trattamenti, aiutano l'interprete ad orientarsi, ma non c'è dubbio che si tratti di un tema di carattere generale. Esso può impostarsi raffigurandosi la necessità di una interpretazione sistematica tra le più diverse fonti dell'ordinamento che governano il contemporaneo diritto dei dati.

L'interpretazione sistematica è necessaria per impostare e risolvere essenzialmente due problemi: non solo quello, a cui si è già accennato, del coordinamento tra le attività di autorità giurisdizionali e amministrative in base alle relative competenze, ma anche quello eventuale della c.d. doppia sanzione.

Senza poter espandere l'analisi in questa sede, direi che il primo è sempre un problema reale, mentre il secondo è un problema eventuale e sovente anche soltanto apparente, perché, in linea generale, la sanzione (se prevista anche nella normativa che prevede, o da cui si ricava, lo specifico divieto di trattamento) non deve in linea di principio ritenersi doppia rispetto a quella prevista dal GDPR/EUDPR, dovendosi in proposito e in senso contrario riconoscere che la fonte normativa che pone o presuppone lo specifico divieto può prevedere sanzioni (e/o altre conseguenze, es. invalidità di atti, e altri rimedi) per contrastare un *comportamento illecito* posto in essere attraverso il trattamento illecito di dati personali, mentre il GDPR/EUDPR sanziona il *trattamento illecito* dei dati personali.

Nella recente disciplina sul marketing politico online, recata dal regolamento (UE) 2024/900⁶¹, i due problemi sono risolti direttamente dal legislatore europeo prevedendosi che per quanto attiene all'inosservanza degli obblighi posti dagli artt. 18 e 19 di quel regolamento in materia di targeting online, si rinvia al potere delle autorità di controllo di cui al GDPR e all'EUDPR di imporre sanzioni pecuniarie «nei limiti delle loro competenze» e si prevede che le sanzioni pecuniarie siano «in linea» con quelle previste dalle disposizioni del GDPR e dell'EUDPR e a concorrenza degli importi massimi ivi previsti (art. 25(5) e (6) regolamento (UE) 2024/900). Tale disposizione, da un lato, elimina in radice l'eventualità di una doppia sanzione, ma dall'altro lato rende necessario accogliere la tesi qui proposta, perché deve riconoscersi che la precisazione «nei limiti delle loro competenze» sta a significare che deve necessariamente riconoscersi essere una specifica e precipua competenza delle DPA degli Stati membri (ai sensi del GDPR) e dell'EDPS (ai sensi dell'EUDPR) quella di sanzionare *in quanto illeciti ai sensi del GDPR e dell'EUDPR* i trattamenti dei dati personali *realizzati in violazione delle norme imperative speciali che pongono i divieti di trattamento* di cui agli artt.18 e 19 del regolamento (UE) 2024/900.

Per quanto riguarda la legge 123/2023 sull'oblio oncologico, l'art. 5(4) della medesima legge, prevede che il Garante privacy vigili sull'applicazione della medesima legge. Questa previsione afferma la competenza dell'autorità garante per la protezione dei dati personali di accertare l'illiceità di qualsiasi trattamento di dati personali realizzato in

⁶¹ Regolamento (UE) 2024/900 relativo alla trasparenza e al targeting della pubblicità politica.

violazione degli artt. 2, 3 o 4 della medesima legge. Ma, con ciò stesso, ritengo che il Garante privacy possa accertare e debba dichiarare e sanzionare anche l'illiceità *sostanziale* di ogni simile trattamento *ai sensi del GDPR*.

9. (segue) L'esempio del Sig. Leon

Da quanto sopra esposto si comprende come sia errato ritenere sufficiente il controllo procedurale sulla ricorrenza di una condizione astrattamente idonea a servire da base al trattamento. Tale controllo, propedeutico ad un giudizio di liceità in senso formale, è sufficiente solo quando dia esito negativo (assenza di una base in astratto, con conseguente giudizio di illiceità) ma non quando dia esito positivo (ricorrenza di una base in astratto). In questo caso, come sopra argomentato, è necessario un supplemento di giudizio (giudizio di liceità in senso sostanziale), che si basa su un controllo di conformità ordinamentale in concreto, ossia un controllo volto ad accertare il rispetto o la non violazione delle norme imperative che vietano direttamente o indirettamente determinati trattamenti.

Come pure abbiamo detto, il controllo sulla conformità ordinamentale del trattamento dei dati personali, propedeutico al giudizio di liceità sostanziale, è richiesto dallo stesso GDPR/EUDPR, e tale richiesta pone delicate questioni sulla competenza delle DPA/dell'EDPS relativamente agli accertamenti da svolgersi ai sensi delle normative *diverse dal GDPR o dall'EUDPR*, che prevedono o da cui si ricavano i divieti di trattamento di dati personali rilevanti ai fini del giudizio di liceità sostanziale.

Nelle Linee guida EDPB 8/2020 sul *targeting* degli utenti di social media, versione 2.0 del 13 aprile 2021, si trova l'esempio del signor Leon, destinatario di pratiche di raccolta di dati personali in grado di individuare le persone impulsive e di basso reddito, e dell'impiego di algoritmi che su questa base decidono che persone come lui – ossia persone (ritenute) impulsive e di basso reddito - sono il bersaglio ideale di pubblicità di scommesse online⁶².

⁶² EDPB, Linee guida 8/2020 sul targeting degli utenti dei social media. Versione 2.0, adottate il 13 aprile 2021, 27: «Esempio 8 Il signor Leon ha indicato nella propria pagina di social media di essere interessato allo sport. Ha scaricato un'applicazione sul proprio cellulare per seguire gli ultimi risultati degli incontri sportivi preferiti, ha impostato sul proprio browser la pagina www.risultatisportiviintemporeale.com come homepage sul suo portatile, usa spesso il desktop di cui dispone sul luogo di lavoro per cercare gli ultimi risultati sportivi su internet. Visita inoltre anche un certo numero di siti web di gioco d'azzardo online. Il fornitore di social media traccia l'attività online del signor Leon sui suoi molteplici dispositivi, ossia sul computer portatile, sul cellulare e sul desktop. Sulla base di tale attività e di tutte le informazioni fornite dal signor Leon, il fornitore di social media deduce che sarà interessato alle scommesse online. *Inoltre la piattaforma di social media ha sviluppato criteri di targeting che consentono alle imprese di rivolgersi in maniera mirata a persone che probabilmente sono impulsive e hanno un reddito più basso.* La società di scommesse online “miglioriprestitiquotidiani” desidera rivolgersi agli utenti che sono interessati alle scommesse e che probabilmente scommettono somme considerevoli. Seleziona quindi i criteri offerti dal fornitore di social media per rivolgersi in maniera

Nelle medesime Linee guida si trova la conclusione che il Sig. Leon, fornendo un consenso privacy esplicito ai sensi dell'art. 22 GDPR, potrebbe validamente autorizzare un trattamento dei suoi dati personali di questo tipo, permettendo così agli algoritmi di utilizzare i suoi dati personali per bersagliarlo in questo modo⁶³.

Se facciamo emergere il profilo del controllo di liceità sostanziale del trattamento, che richiede doverosamente di stabilire se le finalità di trattamento sono legittime o sono illegittime, si deve ritenere corretta la soluzione opposta a quella delineata dall'EDPB, in quanto, nell'esempio del Sig. Leon, la finalità di trattamento dei dati personali consistente – come riconosciuto dallo stesso EDPB nelle Linee guida in commento – nello *sfruttamento delle vulnerabilità* del Sig. Leon, è da ritenersi senz'altro illegittima perché in contrasto con il divieto generale previsto dall'art. 5 della UCPD (la direttiva 2005/29/CE sulle pratiche commerciali scorrette) e quello delle pratiche commerciali aggressive, in particolare⁶⁴.

mirata al pubblico al quale dovrebbe essere mostrata la sua pubblicità» (https://www.edpb.europa.eu/system/files/2021-11/edpb_guidelines_082020_on_the_targeting_of_social_media_users_it_0.pdf).

⁶³ Le Linee guida 8/2020 in commento ((versione 2.0 del 13 aprile 2021) proseguono così argomentando a pp. 28-29: «Per quanto riguarda l'esempio 8, l'EDPB ricorda che nel caso di un processo decisionale automatizzato che produce effetti giuridici che riguardano l'interessato o che incida in modo analogo significativamente sulla sua persona, come stabilito dall'articolo 22 del GDPR, i titolari del trattamento possono avvalersi delle seguenti eccezioni: • consenso esplicito dell'interessato; [...]. Il Gruppo di lavoro ha già dichiarato che “[i]n numerosi casi tipici, la decisione di proporre pubblicità mirata basata sulla profilazione non inciderà in modo analogo significativamente sulle persone [...]. Tuttavia è possibile che ciò possa accadere, a seconda delle particolari caratteristiche del caso, tra le quali: • l'invasività del processo di profilazione, compreso il tracciamento delle persone su siti web, dispositivi e servizi diversi; • le aspettative e le volontà delle persone interessate; • il modo in cui viene reso disponibile l'annuncio pubblicitario; oppure • lo sfruttamento della conoscenza di vulnerabilità degli interessati coinvolti”. Se la profilazione effettuata dal fornitore di social media può “[incidere] in modo analogo significativamente” su un interessato, si applica l'articolo 22. Il titolare del trattamento (o i contitolari del trattamento, a seconda del caso) dovrà (dovranno) effettuare una valutazione dell'eventualità che il *targeting* “[incida] in modo analogo significativamente” su un interessato, in ogni caso tenendo conto delle caratteristiche concrete del *targeting*. In tali circostanze, come descritto nell'esempio 8, la presentazione di pubblicità di scommesse online può rientrare nell'ambito di applicazione dell'articolo 22 GDPR (attività di *targeting* rivolta a persone finanziariamente vulnerabili interessate a scommesse online, che ha il potenziale di incidere significativamente e negativamente sulla loro situazione finanziaria). Di conseguenza, conformemente all'articolo 22, sarebbe necessario un consenso esplicito. Inoltre l'utilizzo di tecniche di tracciamento fa scattare l'applicabilità dell'articolo 5, paragrafo 3, della direttiva e-privacy, rendendo necessario il preventivo consenso da parte dell'interessato. Infine l'EDPB ricorda che il titolare del trattamento deve condurre una valutazione caso per caso rispetto alla liceità del trattamento, e che l'ottenimento del consenso non riduce gli altri obblighi relativi al rispetto delle prescrizioni in materia di correttezza, necessità, proporzionalità e qualità dei dati, di cui all'articolo 5 GDPR».

⁶⁴ V. par. 3 *retro*, ove riferimenti anche alla Comunicazione della Commissione “Orientamenti sull'interpretazione e sull'applicazione della direttiva 2005/29/CE del Parlamento europeo e del Consiglio relativa alle pratiche commerciali sleali delle imprese nei confronti dei consumatori nel mercato interno” (2021/C 526/01) e alla risoluzione del Parlamento europeo del 12 dicembre 2023, sulla «progettazione dei servizi online che creano dipendenza e sulla tutela dei consumatori». Sembra anche significativo osservare come il profilo funzionale sulle specifiche finalità di trattamento sia stato ritenuto rilevante

Pertanto l'eventuale consenso privacy del Sig. Leon, anche se esplicito ex art. 22 GDPR, deve ritenersi invalido in quanto illecito, perché prestato per una specifica finalità illegittima⁶⁵. Ossia, si deve concludere che nel caso specifico il consenso esplicito del Sig. Leon si rivela, alla stregua di un controllo di conformità ordinamentale, inidoneo a costituire una valida base per il lecito trattamento dei dati personali, perché tipicamente e necessariamente strumentale alla violazione di un divieto (il divieto di porre in essere pratiche commerciali sleali) posto da una norma imperativa dell'Unione europea.

Ha dunque sbagliato l'EDPB? Come detto sopra, quando si deve giudicare la liceità di un determinato trattamento *in concreto*, è un errore fermarsi al giudizio sulla liceità in senso formale, che consiste nell'accertamento della ricorrenza di una condizione astrattamente idonea al trattamento. L'EDPB in quel documento non ha formulato un giudizio *su un caso concreto* ma ha inteso fornire delle istruzioni per formulare giudizi di liceità del trattamento. In questo senso, in quelle Linee guida, l'EDPB avrebbe potuto dire in termini generali che ogni istruzione o indicazione, contenute nelle medesime Linee guida, sulle condizioni da osservarsi per assicurare la ricorrenza di una base astrattamente idonea al trattamento, deve intendersi fornita *con riserva* di verifica in concreto anche della non violazione o del rispetto delle norme imperative del diritto dell'Unione o del diritto nazionale applicabile, che vietano determinati trattamenti.

Nella parte conclusiva della parte delle Linee guida in commento, a proposito dell'esempio del Sig. Leon, dopo l'argomentazione relativa all'art. 22 GDPR⁶⁶ così si legge: “Infine l'EDPB ricorda che il titolare del trattamento deve condurre una valutazione caso per caso rispetto alla liceità del trattamento, e che l'ottenimento del consenso non riduce gli altri obblighi relativi al rispetto delle prescrizioni in materia di correttezza, necessità, proporzionalità e qualità dei dati, di cui all'articolo 5 GDPR”.

dallo stesso EDPB in un parere congiunto questa volta con l'EDPS (il Garante europeo della protezione dei dati) sulla proposta di AI Act del 2021. In quel parere di appena due mesi successivo alle Linee guida in commento si legge una netta critica della previsione della proposta di AI Act di “sdoganare”, per così dire, generalmente i sistemi di intelligenza artificiale di rilevamento delle emozioni. In quel parere, al contrario si raccomanda un divieto generalizzato di sistemi di IA di questo tipo salvo che per casi d'uso ben specificati, ossia si raccomanda di ammetterli solo per specifiche finalità sanitarie o di ricerca (ad esempio per pazienti per i quali il riconoscimento delle emozioni è rilevante per fini di assistenza e cura). Si legge in particolare nel Parere congiunto EDPB-GEPD 5/2021 del 18 giugno 2021, sulla proposta di Artificial Intelligence Act, al punto 35 «[...] l'EDPB e il GEPD ritengono che l'utilizzo dell'IA per dedurre le emozioni di una persona fisica sia assolutamente inopportuno e dovrebbe essere vietato, ad eccezione di taluni casi d'uso ben specificati, ossia per finalità sanitarie o di ricerca (ad esempio pazienti per i quali il riconoscimento delle emozioni è rilevante), sempre applicando idonee tutele e, naturalmente, nel rispetto di tutte le altre condizioni e restrizioni relative alla protezione dei dati, compresa la limitazione delle finalità».

⁶⁵ V. *supra*, par. 4 e 5 e più diffusamente S. ORLANDO, *Consenso al trattamento e liceità*, cit. *passim*.

⁶⁶ “Di conseguenza, conformemente all'articolo 22, sarebbe necessario un consenso esplicito. Inoltre l'utilizzo di tecniche di tracciamento fa scattare l'applicabilità dell'articolo 5, paragrafo 3, della direttiva e-privacy, rendendo necessario il preventivo consenso da parte dell'interessato” (Linee guida 8/2020, versione 2.0 del 13 aprile 2021, p. 29).

Si può dunque dire che l’EDPB in queste Linee guida ha esposto una lunga argomentazione avente ad oggetto il controllo procedurale sulla base del trattamento che culmina nel giudizio che ho chiamato in questo scritto di liceità in senso formale, ossia l’individuazione di una base astrattamente idonea; e tuttavia, alla fine, sia pure con una breve frase in coda, l’EDPB ha anche aggiunto che il titolare del trattamento deve condurre una “valutazione caso per caso rispetto alla liceità del trattamento”.

Da questo punto di vista, può ritenersi che l’EDPB avrebbe potuto formulare più esplicitamente una riserva alla sua conclusione in punto di liceità del trattamento, nel senso di dichiarare che la sua conclusione era da intendersi sotto riserva di verifica in concreto del rispetto o non violazione di altre norme imperative del diritto dell’Unione e nazionale applicabile, verifica che, effettivamente, rientra in prima battuta tra i doveri del titolare del trattamento, alla stregua del principio di c.d. *accountability* o responsabilizzazione⁶⁷.

Si deve anche considerare che l’EDPB avrebbe ecceduto dalle sue stesse competenze ove avesse dichiarato *illecita ai sensi della UCPD* la pratica di targeting dello sfruttamento delle vulnerabilità decisionali presa in considerazione nell’esempio del Sig. Leon.

L’errore dell’EDPB non è stato dunque quello di non fare una affermazione simile (sulla quale non aveva competenza) ma, semmai, quello di non aver esplicitato la riserva del controllo di conformità ordinamentale, nel senso detto.

10. (segue) Il chi e il cosa: la distinzione tra controllo di conformità ordinamentale e giudizio di liceità ai sensi del GDPR (o dell’EUDPR)

Le osservazioni di cui sopra evidenziano ulteriormente il delicato problema delle competenze, di cui si è cominciato a parlare nel paragrafo 8 *supra*, ossia il tema del “chi” e del “cosa” del giudizio di liceità del trattamento, tenuto conto del profilo della liceità in senso sostanziale.

Sulla base di quanto già esposto, il “cosa” del giudizio di liceità *in due fasi* è chiaro, così come la relativa scansione logica. In particolare:

- *Fase [1]* controllo procedurale sulla ricorrenza di una base astrattamente idonea, propedeutico al giudizio di illiceità/liceità in senso formale.
- *Se il controllo sub [1] dà esito negativo:* giudizio di illiceità (chiusura della valutazione).
- *Se il controllo sub [1] dà esito positivo:* la valutazione non si può chiudere, o può chiudersi solo con riserva, perché, per una valutazione definitiva, si rende necessario il controllo e il giudizio *sub Fase [2]*
- *Fase [2]* controllo in concreto di conformità ordinamentale, ossia sul rispetto o non violazione di norme imperative del diritto dell’Unione

⁶⁷ Art. 5(2) GDPR, art. 4(2) EUDPR.



e nazionale, propedeutico al giudizio di illiceità/liceità in senso sostanziale.

- *Se il controllo sub [2] dà esito negativo*: giudizio di illiceità (chiusura della valutazione).
- *Se il controllo sub [2] dà esito positivo*: giudizio di liceità (chiusura della valutazione).

Il “chi” è più problematico, non per la *Fase [1]* ma per la *Fase [2]*.

Quanto alla *Fase [1]*, il controllo procedurale e il giudizio di liceità in senso formale sono compiuti sicuramente e sempre dalle DPA/dall’EDPS.

Viceversa, per quanto riguarda l’eventuale *Fase [2]*, bisogna a mio avviso distinguere concettualmente il controllo (di conformità ordinamentale) dal giudizio (di liceità sostanziale) che si basa su quel controllo, perché mentre il giudizio compete sempre ed in ogni caso alle DPA/all’EDPS, per il controllo non ci sono motivi per escludere che le DPA/l’EDPS *possano* o *debbano* avvalersi di controlli di conformità ordinamentale posti in essere da altre autorità amministrative o dall’autorità giurisdizionale sotto forma di provvedimenti o di elementi di provvedimenti (accertamenti).

Relativamente al trattamento dei dati personali per lo sviluppo e l’uso di sistemi di intelligenza artificiale, il problema è stato risolto normativamente dal legislatore europeo per l’EDPS dall’art. 100 AIA, ma non anche per le DPA.

In particolare, poiché l’AI Act ha attribuito all’EDPS competenza ad irrogare sanzioni ai sensi dell’AI Act alle istituzioni, organi e organismi della UE per violazioni dell’AI Act, compreso per violazioni dell’art. 5 AIA (art. 100(2) AIA), sembra corretto ritenere che l’EDPS potrà e dovrà a quel punto utilizzare ogni relativo accertamento anche per dichiarare e sanzionare i trattamenti illeciti dei dati personali *ai sensi dell’EUDPR* relativamente allo sviluppo e/o all’uso dei sistemi di IA assoggettati ai divieti dell’art. 5 AIA.

Diversamente, nessuna indicazione utile in favore di una corrispettiva competenza in favore delle DPA è contenuta nell’AI Act, che rimette agli Stati membri di individuare le autorità di vigilanza del mercato ai sensi del medesimo regolamento (autorità che possono essere perciò scelte dagli Stati membri in autorità diverse dalle DPA)⁶⁸.

Se l’Italia non dovesse attribuire competenze specifiche al Garante per la protezione dei dati personali ad agire come autorità di vigilanza del mercato ai sensi dell’AI Act, ogni qual volta si presenterà la questione della valutazione della liceità *ai sensi del GDPR* del trattamento di dati personali per lo sviluppo e/o l’uso di sistemi di IA assoggettati ai divieti dell’art. 5 AIA, si porrà il problema della competenza e dei limiti del Garante privacy italiano rispetto all’accertamento della ricorrenza nel caso di specie dei caratteri rilevanti per qualificare il sistema di IA tra quelli sottoposti ai divieti dell’art. 5 AIA. Lo stesso tema vale generalmente per tutte le DPA istituite ai sensi dell’art. 51 AIA negli altri Stati membri.

⁶⁸ Cfr. art. 70 AIA.

Ma, naturalmente, il tema del coordinamento e dei confini di competenze tra autorità amministrative e giurisdizionali non riguarda soltanto i divieti dell'art. 5 AIA, poiché esso investe tutti i divieti di trattamento di dati personali posti o ricavabili da norme imperative del diritto dell'Unione e nazionale.

Si tratta di un tema molto ampio e pieno di implicazioni, che necessita di una trattazione specifica ed articolata. Le notazioni e le distinzioni di cui sopra sono offerte per impostarlo nei termini che riteniamo corretti.

11. Conclusioni

Un'ultima considerazione sembra opportuna per calare, per così dire, le interpretazioni che si sono espone in questo scritto nella realtà incandescente del dibattito attuale sulle basi del trattamento e in particolare su quella del consenso, in contrapposizione a quella dell'esecuzione del contratto e a quella del legittimo interesse.

Come noto, in quel dibattito, sovente viene addebitato ai grandi titolari dei trattamenti digitali dei dati personali la volontà di 'rifugiarsi' (per convenienza delle conseguenze giuridiche) nella base dell'esecuzione del contratto o al più in quella del legittimo interesse, mentre, da parte di coloro che vedono minacciata da queste basi la protezione dei dati personali, quella del consenso viene considerata l'unica 'arma' della privacy, anche se viene al contempo lamentato che si tratta di un'arma effettivamente spuntata⁶⁹.

Volendo calare la teoria della liceità sostanziale in questo contesto fortemente contrapposto, per non dire litigioso, ed utilizzando le parole suggestive di 'rifugio' e 'arma' solo per chiarezza di riferimento ai termini di quel dibattito (e senza per ciò stesso esprimere alcun giudizio) mi sembra che si possa dire senza incertezze che, accogliendo quella teoria, la parola 'base' cesserebbe di essere sinonimo di 'rifugio' relativamente all'esecuzione del contratto e al legittimo interesse, perché l'illiceità sostanziale può colpire *tutte* le basi invocate dai titolari per il trattamento (anche quella dell'esecuzione del contratto e del legittimo interesse), e si potrebbe, pertanto, finalmente depotenziare l'aspettativa intorno alla base del consenso, i.e. si potrà riconoscere che si possono e si devono proteggere i diritti fondamentali delle persone *anche* sul piano delle basi dell'esecuzione del contratto e del legittimo interesse. E dunque potrà riconoscersi, anche da parte di coloro che orientano la loro interpretazione esclusivamente alle conseguenze pratiche, che non ci sarà più 'bisogno' di ritenere il consenso come l'unica vera 'arma' della privacy.

⁶⁹ La letteratura è molto ampia. Per rassegne aggiornate e ragionate, che tengono conto anche della letteratura straniera e di esperienze di paesi extra UE, cfr. per tutti, I. COFONE, *The Privacy Fallacy. Harm And Power In The Information Society*, Cambridge University Press, Cambridge, 2024; G. MALGIERI, *Vulnerability and Data Protection Law*, Oxford University Press, Oxford, 2023; A.M. GAROFALO, *Regolare l'irregolabile: il consenso al trattamento dei dati nel GDPR*, in *Annuario 2021 Osservatorio Giuridico sulla Innovazione Digitale -Yearbook 2021 Juridical Observatory on Digital Innovation*, a cura di S. Orlando e G. Capaldo, Sapienza Università Editrice, Roma, 2022, p. 119 ss.

Al contempo, potrà comprendersi come il giudizio di liceità, se svolto in modo corretto, potrà sfatare la credenza che il consenso sia un'«arma spuntata». Ed infatti, il giudizio di liceità, correttamente inteso, potrà essere non limitato alla liceità formale, con la conseguente possibilità di vedere importanti ipotesi di illiceità (sostanziale) che oggi non sono ancora osservate o tematizzate correttamente, promuovendo finalmente un giudizio realisticamente adeguato al suo oggetto, ossia rivolto analiticamente agli algoritmi che realizzano le miriadi di finalità di trattamento effettivamente perseguite dai trattamenti automatizzati.

Ed infatti, per *tutte* le basi, compresa quella del consenso, come detto, l'accertamento della liceità sostanziale in concreto consente e richiede che il controllo di conformità ordinamentale venga svolto capillarmente, ovvero che esso si incentri sui singoli trattamenti e i singoli algoritmi, consentendo esiti valutativi variegati: di liceità per determinati trattamenti e di illiceità per altri trattamenti, granularmente individuati sulla base dei tratti rilevanti per i divieti di trattamento previsti dalle norme di volta in volta considerate. Questo è particolarmente visibile nei sistemi di IA di marketing, nei quali possono riscontrarsi *all'interno dello stesso sistema* algoritmi preordinati a finalità di trattamento legittime (influenza leale) con altri disegnati per servire finalità illegittime (distorsione comportamentale delle persone attraverso lo sfruttamento di determinate vulnerabilità decisionali). In casi simili, molto diffusi nella realtà, si dovrà concludere per l'illiceità (sostanziale) di alcuni trattamenti e la liceità (sostanziale) di altri, quale che sia la base invocata dal titolare del trattamento, ossia a prescindere dal profilo di liceità (formale) attinente alla ricorrenza di una condizione astrattamente idonea a servire come base del trattamento. E con conseguente irrilevanza giuridica delle formule generiche che quasi sempre accompagnano le informative sulle finalità dei trattamenti (es. finalità di marketing, finalità di pubblicità di terze parti etc.).

Se si conviene con la teoria della liceità sostanziale, le due grandi questioni che rimangono aperte sono quella della competenza e quella tecnologica. Come detto, la prima consiste nello stabilire di volta in volta - in base alle norme in questione, ossia quelle rilevanti per il controllo di conformità ordinamentale - se le autorità di controllo e l'EDPS possano, ai fini del giudizio di liceità sostanziale di loro competenza (da condursi alla stregua, rispettivamente, del GDPR e dell'EUDPR) accertare *autonomamente* la conformità ordinamentale dei trattamenti. La seconda, come pure detto, consiste nel dotare le autorità di controllo e l'EDPS di strumenti tecnologici idonei a compiere la loro, o a controllare l'altrui valutazione di conformità ordinamentale in modo capillare per ciascun trattamento, ossia al livello dei relativi algoritmi, in modo da adeguare il giudizio di liceità sostanziale del trattamento al suo oggetto.



RICONOSCIMENTO DELLE EMOZIONI E MARKETING PERSONALIZZATO

Di Roberta Montinaro

SOMMARIO: Premessa - 1. Il riconoscimento delle emozioni alla luce della regolamentazione in materia di protezione dei dati personali - 1.1. La qualificazione giuridica dei dati analizzati dagli ERS: quando si ha trattamento di dati biometrici ai sensi del GDPR? - 1.2. Pratiche di mera rilevazione di bio-caratteristiche di persone fisiche per desumerne le emozioni: si applica il GDPR? - 1.3. Se le emozioni possano considerarsi dati ‘particolari’ ai sensi dell’articolo 9 (1) GDPR - 1.4. Il riconoscimento delle emozioni come forma di trattamento automatizzato ai sensi del GDPR - 2. Il riconoscimento delle emozioni per fini di pubblicità personalizzata secondo le disposizioni europee in tema di pratiche commerciali sleali e sui servizi digitali - 3. Le disposizioni del Regolamento europeo sull’IA in materia di riconoscimento delle emozioni e di categorizzazione biometrica.

ABSTRACT. L’articolo esamina i sistemi di riconoscimento delle emozioni e il loro utilizzo nel campo della pubblicità personalizzata adottando la prospettiva del diritto dell’Unione europea. L’identificazione delle emozioni di un individuo attraverso l’uso di tali sistemi consiste in una forma di profilazione basata sull’analisi di dati relativi a caratteristiche biologiche umane, da cui è possibile estrarre informazioni personali, comprese informazioni ‘sensibili’. Forme di trattamento di questo tipo mettono in crisi il concetto di ‘identità’ e ‘identificazione’, in particolare quando si adottano tecniche che appaiono lontane da quelle in uso nelle tecnologie di identificazione biometrica. L’intera gamma di disposizioni e principi desumibili dal GDPR attinenti ai c.d. trattamenti automatizzati, compresi i principi di trasparenza, accuratezza e correttezza, si applicano al riconoscimento delle emozioni. L’analisi prende in considerazione anche il punto di vista della direttiva 2005/29/CE e delle disposizioni sulla pubblicità online introdotte dal Regolamento europeo sui servizi digitali. L’articolo analizza infine la portata della definizione di sistemi di riconoscimento delle emozioni nel Regolamento europeo sulla commercializzazione, immissione in servizio e uso di sistemi di intelligenza artificiale, che considera questa tecnologia come parte della ‘seconda generazione’ di tecnologie biometriche volte a caratterizzare gli individui piuttosto che a identificarli. Il suddetto regolamento classifica i sistemi in oggetto come sistemi di IA ad alto rischio. Inoltre, stabilisce una forma di coordinamento tra le autorità incaricate della supervisione delle pratiche di utilizzo di tali sistemi di IA e le altre autorità di controllo nazionali e dell’UE, contribuendo così a migliorare i meccanismi di enforcement previsti in altre aree del diritto dell’UE.

This article examines emotion recognition systems and their use in the field of personalised advertising from the perspective of EU law. The identification of an individual’s emotions through the use of an emotion recognition system is a form of



profiling based on the analysis of data on human biological characteristics, from which personal information, including ‘sensitive’ information, can be extracted. Forms of processing of this kind undermine the concept of ‘identity’ and ‘identification’ established by the GDPR, particularly when adopting techniques that appear far removed from those in use in biometric identification technologies. The full range of provisions and principles laid down by the GDPR for automated processing, including the principles of transparency, accuracy and fairness, apply to emotion recognition. The analysis also considers the point of view of Directive 2005/29/EC and the provisions on online advertising in the Digital Services Regulation. Finally, the article analyses the scope of the definition of emotion recognition systems in the EU Regulation laying down armonised rules on the placing on the market, putting into service and use of artificial intelligence systems, which considers this technology as part of the ‘second generation’ of biometric technologies aimed at characterizing individuals rather than identifying them. This regulation classifies these systems as high-risk AI systems. Moreover, it establishes a form of coordination between the authorities in charge of supervising the practices of using such AI systems and other national and EU supervisory authorities, thus helping to improve the enforcement mechanisms provided for in other areas of EU law.



Premessa.

Molteplici campi di ricerca, tra cui le neuroscienze, ambiscono a definire e interpretare le emozioni umane, nonché a misurarne l'incidenza sul comportamento umano¹. Le conoscenze conseguite in tali campi sono utilizzate per sviluppare i c.d. sistemi di riconoscimento delle emozioni ('emotion recognition systems', d'ora in poi "riconoscimento delle emozioni" o 'ERS'), un tipo di intelligenza artificiale (di seguito 'IA') che impiega svariate tecniche (come l'analisi dei tratti del viso², del corpo, della voce³, del linguaggio⁴, l'esame EEG, etc.) per rilevare le caratteristiche fisiche, fisiologiche o comportamentali delle persone fisiche (d'ora in poi, per brevità, 'bio-caratteristiche') e identificarne le emozioni⁵.

Più in dettaglio, tali sistemi si basano su una specifica 'teoria delle emozioni': innanzitutto presumono che le emozioni umane siano desumibili da determinate bio-caratteristiche 'sintomatiche'⁶ (ad esempio, che il sorriso significhi felicità, che digitare nervosamente sulla tastiera di un computer indichi rabbia, ecc.) ed universali (non variabili a seconda degli individui o delle culture); essi poi presuppongono che dalle rilevate emozioni possano dedursi informazioni sugli individui. Pertanto, il riconoscimento automatizzato delle emozioni, da un lato, comporta un processo di 'datificazione' delle emozioni umane, dall'altro, implica una forma di categorizzazione delle persone fisiche sulla base delle loro emozioni⁷.

¹ Si vedano J.S. LERNER, Y. LI, P. VALDESOLO, K.S. KASSAM, *Emotion and Decision-Making*, in *Annu. Rev. Psychol.*, 2015, 66, 799 ss. D. CLIFFORD, *Citizen-Consumers in a Personalised Galaxy: Emotion Influenced Decision-Making, a True Path to the Dark Side?*, in *Future Law: Emerging Technology, Regulation and Ethics* a cura di L. Edwards e altri, Edinburgh, 2020.

² Per avere un'idea di questo tipo di tecnologia e dei suoi utilizzi, si può consultare <https://www.morphcast.com/>. Una demo è disponibile all'indirizzo <https://demo.morphcast.com/sdk-features/index.html?video=&sv=false&emotionBalancer=true&features=DCE5CC6B7>.

³ P. FILIPPI, *Emotion communication through voice modulation: Insights on biological and evolutionary underpinnings of language*. *Theoria et Historia Scientiarum*, 2019, 16, 83 ss.

⁴ T. WANI ET AL., *A comprehensive review of speech emotion recognition systems*, in *IEEE Access*, 2021, 9, 47795 ss, <https://ieeexplore.ieee.org/stamp/stamp.jsp?arnumber=9383000>.

⁵ S. PAL, S. MUKHOPADHYAY, N. SURYADEVARA, *Development and progress in sensors and technologies for human emotion recognition*, in *Sensors*, 2021, 21(16), 5554 ss. Si vedano anche R. GILL, J. SINGH, *A Review of Neuromarketing Techniques and Emotion Analysis Classifiers for Visual-Emotion Mining*, in *2020 9th International Conference System Modeling and Advancement in Research Trends (SMART)*, 2020, 103 ss.

⁶ L. STARK, J. HOEY, *The Ethics of Emotion in Artificial Intelligence Systems*, 1 ss, in *FAccT '21: 2021 ACM Conference on Fairness, Accountability, and Transparency*, 2021, DOI:10.1145/3442188.3445939.

⁷ Il termine è stato coniato da K. CUCKIER, V. MAYER-SCHÖNBERGER, *The Rise of Big Data: How It's Changing the Way We Think About the World*, in *Foreign Affairs*, 2013, 92, 28 ss. Si veda anche H. RUSCHEMEIER, *Data Broker and European Digital Legislation*, in *EDPL - European Data Protection Legislation*, 2023, 9, 27-38, nonché il Gruppo di lavoro "Articolo 29", istituito dalla direttiva 95/46/CE (d'ora in poi, nelle note e nel corpo del documento 'Gruppo di Lavoro art. 29'), Opinion n. 3/2013, WP 80 (01.08.2003), 4:

Sino a tempi recenti, l'impiego di questa tecnologia per scopi commerciali è stato trascurato dalla letteratura giuridica⁸. Eppure, gli ERS sono incorporati in molti beni di consumo⁹ e vengono utilizzati nel contesto del cosiddetto 'neuromarketing', un campo della ricerca di marketing il quale mira a conseguire una conoscenza approfondita su gusti, preferenze, etc., dei consumatori, grazie all'analisi dei processi decisionali inconsci di tali soggetti¹⁰. Le emozioni sono infatti considerate alla stregua di una 'finestra' per l'osservazione dei tratti psicologici dei consumatori¹¹ e quindi per determinarne la personalità e, in ultima analisi, l'identità, molto spesso con l'obiettivo ultimo di costruire profili dei consumatori e di prevederne il comportamento (dal comportamento di acquisto alla decisione di voto)¹². Ne

“Biometric data changes irrevocably the relation between body and identity, because they make the characteristics of the human body ‘machine-readable’ and subject to further use”.

⁸ Tuttavia, si vedano P. VALCKE, D. CLIFFORD, V. K. DESSERS, *Constitutional Challenges in the Emotional AI Era*, in *Constitutional Challenges in the Algorithmic Society*, a cura di Hans-W. Micklitz, Oreste Pollicino, Amnon Reichman, Andrea Simoncini, Giovanni Sartor e Giovanni De Gregorio, 2021, Cambridge, 57 ss.; M. DUROVIC, J. WATSON, *Nothing to Be Happy about: Consumer Emotions and AI*, in *J Multidisciplinary Scientific Journal* 2021, 4, 784 ss, <https://doi.org/10.3390/j4040053>; D. CLIFFORD, *The Legal Limits to the Monetisation of Online Emotions*. Tesi di dottorato, KU, Leuven, Belgio, 2019; A. MCSTAY, V. BAKIR, L. URQUHART, *Briefing Paper: All Party Parliamentary Group on Artificial Intelligence-Emotion Recognition: Trends, Social Feeling, Policy; Emotional AI*, Londra, 2020, https://www.researchgate.net/publication/344433149_EMOTION_RECOGNITION_TRENDS_SOCIAL_FEELING_POLICY Briefing paper All Party Parliamentary Group on Artificial Intelligence. Per la dottrina italiana, tra i primi contributi spicca il saggio di E.M.

INCUTTI, *Sistemi di riconoscimento delle emozioni e ruolo dell'autonomia privata: linee evolutive di un umanesimo digitale*, in *Giustizia civile*, 2022, 2, 515 ss.

⁹ Cfr. Gruppo di lavoro art. 29, Opinion 02/2012 sul riconoscimento facciale nei servizi online, WP192, 4.1, in ec.europa.eu/justice/article-29/documentation/opinion-recommendation/files/2012/wp192_en.pdf: “A games console uses a gesture control system where movements of the user are detected in order to provide controls to the game. The camera(s) used for the gesture control system share images of individuals with a facial recognition system which predicts the likely age, gender and mood of the game players. Data, including that from other multimodal factors, may then alter the game play to enhance the user experience or to change the environment to reflect the user's predicted profile. In a similar manner, a system could classify users to allow/deny access to age-related content or to display in-game targeted advertising”.

¹⁰ M. ALIMARDANI, M. KABA, *Deep Learning for Neuromarketing: Classification of User Preference using EEG Signals*, 2021, 1 ss, <https://doi.org/10.1145/3460881.3460930>. Gli esperti di neuromarketing sono interessati a identificare i meccanismi cognitivi dei consumatori e a misurare le risposte implicite. Per un'ampia panoramica degli usi dell'IA nel marketing, si veda MING-HUI HUANG, ROLAND T. RUST, *A strategic framework for artificial intelligence in marketing*, in *Journal of the Academy of Marketing Science*, 2021, 49, 30 ss, <https://doi.org/10.1007/s11747-020-00749-9>. Cfr. altresì L. TAFARO, *Some reflections on neurosciences and civil law*, in *Neurosciences and Law: complicated crossings and new perspectives*, a cura di Antonio D'Aloia e Maria Chiara Errigo, Springer 2020, 113 ss., nonché E. TUCCARI, *Neuromarketing: un'asistematica disciplina...oltre il consenso?*, in *Persona e mercato*, 2024, 2, 511 ss.

¹¹ Cfr. S. C. MATZ, O. NETZER, *Using big data as a window into consumer's psychology*, in *Current Opinion in Behavioral Sciences*, 2017, 7 ss., <https://doi.org/10.1016/j.cobeha.2017.05.009>.

¹² Cfr. M. RAMIREZ, S. KAHEH, K. GEORGE, *Neuromarketing Study Using Machine Learning for Predicting Purchase Decision*, in *2021 IEEE 12th Annual Ubiquitous Computing, Electronics & Mobile Communication Conference (UEMCON)*, 2021, 560 ss.,

discendono rischi di lesione del diritto alla protezione dei dati personali e della vita privata, nonché del diritto a non essere discriminati né rappresentati in modo inaccurato. Inoltre, le conoscenze acquisite grazie a tale metodologia possono essere utilizzate per distorcere il processo decisionale dei consumatori facendo leva sulle vulnerabilità associabili a determinate emozioni – comprese emozioni e stati d'animo 'negativi'¹³ (quali rabbia, paura o disgusto, etc.).

Il riconoscimento delle emozioni si differenzia dall'analisi dei 'sentimenti' (*sentiment analysis*), che viceversa consiste in un'analisi computazionale dei lemmi linguistici presenti in un testo scritto, ad es. i c.d. post di utenti di social networks o le recensioni degli utenti di un servizio digitale, per determinarne la generale inclinazione (ad es. nei confronti di beni o servizi, ma anche di opinioni espresse da imprese ed enti, uomini politici etc.). Di norma, questa forma di analisi non mira a riconoscere emozioni specifiche e i suoi usi sono più limitati rispetto all'analisi delle emozioni¹⁴. I dati testuali utilizzati sono spesso anonimizzati ed elaborati in forma aggregata¹⁵, con la conseguenza che questa metodologia non comporta rischi paragonabili a quelli insiti nell'analisi delle emozioni. Tuttavia, i due tipi di analisi possono essere eseguite congiuntamente per ottenere una più approfondita comprensione delle emozioni, degli atteggiamenti e persino della personalità di un individuo¹⁶.

Il presente articolo intende prendere in analisi i sistemi di riconoscimento automatizzato delle emozioni ed il loro impiego nel campo del marketing e della pubblicità personalizzati, adottando il punto di vista del diritto dell'Unione europea. La personalizzazione del marketing e della pubblicità costituisce una pratica commerciale che utilizza tecniche di apprendimento automatico, per adattare informazioni commerciali o di altro tipo (ad esempio di contenuto politico¹⁷) alle caratteristiche e ai tratti della personalità dei destinatari delle informazioni. In questo caso, le persone fisiche vengono prima 'categorizzate' (vale a dire segmentate in gruppi) e

E. MOSES, K.R. CLARK, *The Neuromarketing Revolution: Bringing Science and Technology to Marketing Insight*, in *Anthropological Approaches to Understanding Consumption Patterns and Consumer Behavior*, IGI Global, 2020, 449 ss.

¹³ A. MC STAY, *Empathic media and advertising: industry, policy, legal and citizen perspectives (the case for intimacy)* in *Big Data & Society*, 2016, 1-11, 6 ss.

¹⁴ M. RAMBOCAS, B.G. PACHECO, *Online Sentiment Analysis in Marketing Research: A Review*, in *Journal of Research in Interactive Marketing*, 2018, 12(2) 146 ss, 147. Cfr., altresì, <https://www.morphcast.com/blog/sentiment-analysis-vs-emotion-ai-understanding-the-differences/>.

¹⁵ Cfr. <https://www.private-ai.com/2024/03/21/sentiment-analysis-anonymization/>. Si vedano anche F. VOGEL, L. LANGE, *Privacy-Preserving Sentiment Analysis on Twitter*, in *Gesellschaft für Informatik (Hrsg.): SKILL 2023, Lecture Notes in Informatics (LNI)*, Gesellschaft für Informatik, Bonn, 2023, 1, 1 ss.

¹⁶ P. CHAKRISWARAN, D. R. VINCENT, K. SRINIVASAN, V. SHARMA, CHUAN-YU CHANG, D. GUTIÉRREZ REINA, *Emotion AI-Driven Sentiment Analysis: A Survey, Future Research Directions, and Open Issues*, in *Appl. Sci.* 2019, 9, 5462 ss, https://www.researchgate.net/publication/337827890_Emotion_AI-Driven_Sentiment_Analysis_A_Survey_Future_Research_Directions_and_Open_Issues.

¹⁷ J. CHESTER, K.C. MONTGOMERY, *The role of digital marketing in political campaigns*, in *Internet Policy Review*, 2017, 6(4), 6 ss. <https://doi.org/10.14763/2017.4.773>.

poi ‘individuate’, perché fatte oggetto di specifica attenzione (ad es., vengono ‘valutate’) e/o di trattamento differenziato (ricevono informazioni, appunto, ‘personalizzate’) rispetto alla generalità delle persone fisiche. Quando si utilizzano ERS, la categorizzazione e il *targeting* avvengono alla luce delle rilevate emozioni di un individuo. La comprensione del modo in cui questa pratica viene attuata appare indispensabile al fine di determinarne le conseguenze giuridiche.

Nel paragrafo 1 il riconoscimento automatizzato delle emozioni viene considerato alla luce del complesso sistema di norme e principi stabiliti nel Regolamento (UE) 2016/679 (Regolamento generale sulla protezione dei dati, di seguito ‘GDPR’)¹⁸, risultante dalla interpretazione avanzata dalla Corte di giustizia dell’Unione europea e dalle pertinenti fonti di *soft law*. Si noterà come quest’ultimo sia chiamato a regolare non solo la raccolta dei dati personali necessari per i sistemi di IA e di apprendimento automatico, ma anche i processi di estrazione di ‘conoscenza’ a partire dai dati¹⁹ e l’incidenza dell’impiego di tale conoscenza su un’ampia gamma di interessi giuridicamente protetti, ivi inclusi i diritti fondamentali.

Il paragrafo 2, invece, analizza le pratiche commerciali implicanti impiego di ERS dal punto di vista della direttiva 2005/29/CE²⁰. Si vedrà che tale disciplina si applica, al ricorrere di date condizioni, a quelle pratiche commerciali basate sul riconoscimento automatico delle emozioni, tese a (o comunque aventi l’effetto di) distorcere il processo decisionale umano. Tale paragrafo prende poi in considerazione le disposizioni sulla pubblicità online contenute nel Regolamento (UE) 2022/2065 relativo a un mercato unico dei servizi digitali²¹ (di seguito ‘Regolamento sui servizi digitali’), per giungere alla conclusione che questo ultimo *corpus* normativo, a causa del suo ridotto ambito di applicazione, contempla solo un numero limitato di simili pratiche.

Infine, il paragrafo 3 esamina le disposizioni del Regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio che stabilisce norme armonizzate sull’intelligenza artificiale (Regolamento sull’intelligenza artificiale, di seguito ‘Regolamento su IA’²²). Il Regolamento su IA, da un lato, vieta

¹⁸ Regolamento (UE) 2016/679 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 27 aprile 2016, relativo alla protezione delle persone fisiche con riguardo al trattamento dei dati personali, nonché alla libera circolazione di tali dati e che abroga la direttiva 95/46/CE (L 119/1).

¹⁹ Sui dati come conoscenza costruita si veda N. IRTI, *Il tessitore di Goethe (per la decisione robotica)*, in *Decisione robotica*, a cura di A. Carleo, Bologna, 2019, 19 ss. Per un esame critico del concetto di dato e informazione nel contesto della c.d. data economy, cfr. S. ORLANDO, *Data vs capta: intorno alla definizione di dati*, in *Nuovo dir. civ.*, 2022, 14 ss., 41.

²⁰ Direttiva 2005/29/CE relativa alle pratiche commerciali sleali tra imprese e consumatori nel mercato interno e che modifica la direttiva 84/450/CEE del Consiglio e le direttive 97/7/CE, 98/27/CE e 2002/65/CE e il regolamento (CE) n. 2006/2004 [2005] GU L 149.

²¹ Regolamento (UE) 2022/2065 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 19 ottobre 2022, relativo a un mercato unico dei servizi digitali e che modifica la direttiva 2000/31/CE (legge sui servizi digitali), GU L 277 del 27 ottobre 2022.

²² Regolamento (UE) 2024/1689 del Parlamento europeo e del Consiglio del 13 giugno 2024 che stabilisce regole armonizzate sull’intelligenza artificiale e modifica i regolamenti (CE) n. 300/2008, (UE) n. 167/2013, (UE) n. 168/2013, (UE) 2018/858, (UE) 2018/1139 e (UE) 2019/2144 e le direttive 2014/90/UE, (UE) 2016/797 e (UE) 2020/1828



alcune pratiche che impiegano tali sistemi in settori specifici e, dall'altro, include gli ERS nella categoria dei sistemi di intelligenza artificiale ad alto rischio. Inoltre, talune previsioni concernenti le c.d. tecnologie di categorizzazione biometrica, contenute nel Regolamento su IA, si applicano anche agli ERS utilizzati per la pubblicità personalizzata. Come si dirà, tale Regolamento, nel disciplinare le tecnologie biometriche, mira alla 'responsabilizzazione' tanto dei fornitori dei suddetti sistemi quanto di coloro che li utilizzano (i c.d. 'deployer'²³, i quali assumono doveri autonomi e distinti da quelli desumibili dalla disciplina sulla protezione dei dati personali); esso stabilisce altresì un coordinamento tra le autorità incaricate della sorveglianza degli ERS e le autorità competenti in materia di protezione dei dati personali²⁴.

1. Il riconoscimento delle emozioni alla luce della regolamentazione in materia di protezione dei dati personali

Come già osservato in premessa, i sistemi di riconoscimento automatizzato delle emozioni raccolgono e utilizzano dati relativi a bio-caratteristiche umane per dedurre le emozioni delle persone fisiche e compierne una categorizzazione. In linea di principio, il GDPR si applica a entrambe tali attività, nella misura in cui esse comportano un trattamento di dati personali.

L'analisi che sarà condotta in questo paragrafo mira innanzitutto a indagare la qualificazione dei dati analizzati dagli ERS e, in particolare, le condizioni in presenza delle quali ricorre un trattamento di dati biometrici ai sensi degli articoli 4 (14) e 9 (1) GDPR (para. 1.1.). Talvolta le tecniche adottate per il riconoscimento delle emozioni rendono arduo accertare se sussista un trattamento dei dati personali ai sensi dell'art. 4 (1) GDPR (para. 1.2.). Inoltre, le emozioni dedotte grazie all'impiego di ERS possono essere utilizzate per ottenere informazioni 'sensibili' sulle persone fisiche, il che solleva la questione dell'applicazione dell'articolo 9 (1) GDPR (para. 1.3.). Oltre a ciò, si analizzerà in quale misura la normativa sulla protezione dei dati stabilisca limiti e divieti per le pratiche di pubblicità personalizzata basate sul riconoscimento delle emozioni e in che modo consenta un'efficace supervisione per il caso di violazione di tali limiti o divieti, aprendo la strada a rimedi di c.d. *private enforcement* (para. 1.4.).

(regolamento sull'intelligenza artificiale), disponibili in https://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/HTML/?uri=OJ%3AL_202401689#d1e39-1-1.

²³ Cfr. l'art. 3 (4) Regolamento su IA: "«deployer»: una persona fisica o giuridica, un'autorità pubblica, un'agenzia o un altro organismo che utilizza un sistema di IA sotto la propria autorità, tranne nel caso in cui il sistema di IA sia utilizzato nel corso di un'attività personale non professionale".

²⁴ Sulle interazioni tra Regolamento su IA e GDPR si veda il Parere congiunto [EDPB-EDPS Joint Opinion on the AI Act Proposal](https://edpb.europa.eu/system/files/2021-06/edpb-edps_joint_opinion_ai_regulation_en.pdf), https://edpb.europa.eu/system/files/2021-06/edpb-edps_joint_opinion_ai_regulation_en.pdf.

1.1. La qualificazione giuridica dei dati analizzati dagli ERS: quando si ha trattamento di dati biometrici ai sensi del GDPR?

La nozione di dati biometrici desumibile dal GDPR è tributaria dell'avvento della cosiddetta 'prima generazione' di tecnologie biometriche, comprendenti tecnologie che utilizzano principalmente bio-caratteristiche umane a fini di identificazione e autenticazione biometrica²⁵. Ai sensi di tale Regolamento, solo i dati risultanti "da un trattamento tecnico specifico relativi alle caratteristiche fisiche, fisiologiche o comportamentali di una persona fisica che ne consentono o confermano l'identificazione univoca, quali l'immagine facciale o i dati dattiloscopici" costituiscono dati biometrici (cfr. art. 4 (14) e considerando 51 GDPR²⁶). Mentre la gamma di caratteristiche coperte da questa definizione è molto ampia e generica (comprendendo "caratteristiche fisiche, fisiologiche o comportamentali di una persona fisica"), al contrario, i due requisiti della presenza di un 'trattamento tecnico specifico' e della 'identificazione univoca' hanno lo scopo di limitarne la portata. Infatti, il primo requisito implica che le bio-caratteristiche rappresentate da questo tipo di dati presentino un elevato livello di 'unicità' e invariabilità nel tempo per poter essere utilizzate nel contesto dell'identificazione biometrica (ad es. le impronte digitali o i tratti del viso); il secondo, invece, è volto a escludere dall'ambito dei dati biometrici i 'dati grezzi', vale a dire, dati che, pur rappresentando bio-caratteristiche (ad esempio una foto o un video che ritraggono i tratti del viso o le impronte digitali di un individuo), non appaiono adatti all'identificazione biometrica in quanto non sono stati sottoposti alle metodologie tecniche in uso a tale scopo.

Alla luce di quanto sopra, una lettura dell'art. 4 (14) GDPR coerente con il suo tenore letterale induce a concludere che i dati biometrici sono dati relativi a una persona fisica identificata (anziché meramente identificabile), in quanto presuppongono la preventiva estrazione delle caratteristiche biometriche della stessa, la loro trasformazione in dati leggibili dalla macchina e la successiva registrazione in banche di dati²⁷. Solo a seguito di queste attività tali dati possono essere utilizzati per identificare un individuo in modo univoco confrontando le sue caratteristiche biometriche con i dati

²⁵ C. WENDEHORST, Y. DULLER, *Biometric Recognition and Behavioural Detection*, Policy Department for Citizens' Rights and Constitutional Affairs IT Directorate-General for Internal Policies, 12-15 (PE 696.968 - August 2021), [https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2021/696968/IPOL_STU\(2021\)696968_EN.pdf](https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2021/696968/IPOL_STU(2021)696968_EN.pdf). Cfr. Garante per la protezione dei dati personali, Ordinanza ingiunzione nei confronti di Clearview AI, 10 febbraio 2022, <https://www.garanteprivacy.it/web/guest/home/docweb/-/docweb-display/docweb/9751362>.

²⁶ Considerando 51 GDPR: "Il trattamento di fotografie non dovrebbe costituire sistematicamente un trattamento di categorie particolari di dati personali, poiché esse rientrano nella definizione di dati biometrici soltanto quando siano trattate attraverso un dispositivo tecnico specifico che consente l'identificazione univoca o l'autenticazione di una persona fisica (...)".

²⁷ LEE A BYGRAVE, LUCA TOSONI, Articolo 4(14). *Biometric Data*, in *The EU General Data Protection Regulation (GDPR): A Commentary*, a cura di Christopher Kuner e altri, Oxford, 2020, 213 ss.



biometrici conservati²⁸. Se tale condizione non è soddisfatta, i dati contenenti informazioni biometriche (ossia informazioni relative alle caratteristiche fisiche, fisiologiche o comportamentali di una persona fisica) possono comunque considerarsi relativi a una persona fisica ai sensi dell'articolo 4 (1) GDPR, purché si tratti di un individuo identificato o identificabile (cfr., a questo proposito, il paragrafo 1.2.). Pertanto, il legislatore europeo del GDPR ha inteso fare riferimento alla applicazione di specifiche operazioni tecniche (c.d. 'identificazione biometrica')²⁹ ai dati contenenti informazioni su bio-caratteristiche umane.

Inoltre, ai sensi dell'articolo 9 (1) del GDPR, i dati biometrici conseguono lo status di dati particolari solo quando sono trattati a fini di identificazione univoca. In altri termini, a tal fine, ciò che conta non è la natura intrinseca di questi dati, ma piuttosto lo scopo per cui vengono utilizzati, con la conseguenza che le pratiche di utilizzo di dati biometrici per scopi diversi dall'identificazione biometrica sfuggono al trattamento giuridico riservato dal GDPR alle categorie speciali di dati³⁰.

Ciò giova a comprendere la esigenza di ampliare in via di interpretazione la portata dei dati biometrici rilevanti ai sensi dell'articolo 9 (1) del GDPR, avvertita da dottrina e giurisprudenza. A questo proposito, vale la pena menzionare una recente decisione della Corte di Cassazione secondo cui questa disposizione si applica anche rispetto a dati biometrici trattati per 'valutare' il comportamento una persona fisica nel contesto di una forma di c.d. profilazione biometrica³¹ (il caso deciso verteva su un sistema di c.d. *e-proctoring* utilizzato per elaborare bio-caratteristiche di studenti nel contesto di prove d'esame svolte 'a distanza'³², quali movimenti oculari o

²⁸ C. JASSERAND, *Legal Nature of Biometric Data: From 'Generic' Personal Data to Sensitive Data*, in *Social Science Research Network Electronic Paper Collection*, 15 ss., <https://ssrn.com/abstract=3230342>, 10.

²⁹ Viceversa, il regime giuridico dei diritti fondamentali offre protezione più rigorosa alle informazioni biometriche. Infatti, secondo la giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo, la mappatura facciale e la mera memorizzazione dei dati da essa risultanti in una banca dati comportano un'interferenza con il diritto alla privacy ai sensi dell'articolo 8 CEDU, indipendentemente dal fatto che tali dati possano essere o vengano utilizzati a fini di identificazione. Si veda E. J. KINDT, *Having Yes, Using No? About the new legal regime for biometric data*, in *Computer Law & Security Review*, 2018, 34 (3), 523 ss., <https://doi.org/10.1016/j.clsr.2017.11.004>.

³⁰ *Linee guida EDPB 3/2019 sul trattamento dei dati personali mediante dispositivi video* del 29 gennaio 2020, par. 5, punto 80: "quando lo scopo del trattamento è ad esempio distinguere una categoria di persone da un'altra ma non identificare in modo univoco nessuno, il trattamento non rientra nell'articolo 9" (https://edpb.europa.eu/sites/default/files/files/file1/edpb_guidelines_201903_video_device_s_en_0.pdf).

³¹ Corte di Cassazione, Cassazione civile sez. I - 13/05/2024, n. 12967. La Corte, da un lato, ha ritenuto che nel caso in questione si sia trattato di una forma di autenticazione biometrica degli studenti (sebbene ciò sia controverso da un punto di vista tecnico), dall'altro, ha stabilito che l'autenticazione biometrica può essere abbinata ad altre operazioni di trattamento aventi una finalità diversa (ad esempio, la profilazione degli studenti al fine di rilevare e segnalare eventuali anomalie nel loro comportamento).

³² Si veda Garante per la protezione dei dati personali, Garante privacy - Ordinanza 9703988 - 16 settembre 2021. Cfr. G. BINCOLETTI, *Italy - E-Proctoring During Students' Exams: Emergency Remote Teaching at Stake*, in *European Data Protection Law Review*, 2021, 7(4), 586 ss., nonché A. GIANNOPOULOU, R. DUCATO, C. ANGIOLINI, G. SCHNEIDER,

facciali, la voce, il modo di utilizzo della tastiera del dispositivo elettronico, etc.).

Ciò detto, occorre aggiungere che gli ERS non sempre impiegano dati che rappresentano bio-caratteristiche connotate da un elevato grado di unicità, tali da poter essere collegate a uno specifico individuo in modo univoco, secondo quanto richiesto dall'articolo 4 (14) GDPR. Infatti, gli ERS appartengono alla c.d. 'seconda generazione' di tecnologie biometriche, vale a dire quelle tecnologie aventi il fine di valutare e/o categorizzare gli individui per prevederne la personalità, il comportamento etc.³³. Da qui il termine 'biometria comportamentale'³⁴. Per perseguire un simile scopo, è possibile utilizzare un'ampia gamma di dati relativi alle caratteristiche fisiche, fisiologiche o comportamentali di una persona fisica, che vengono definiti 'bio-identificatori deboli' (o 'soft'), in quanto presentano un minor grado di unicità (come l'andatura e in generale i movimenti del corpo delle persone fisiche)³⁵. Di conseguenza, questi dati difficilmente possono qualificarsi come dati che consentono o confermano l'identificazione univoca di una persona fisica secondo quanto richiesto dall'articolo 4 (14) GDPR.

Inoltre, tale nuova generazione di tecnologie biometriche non elabora bio-caratteristiche esclusivamente a fini di identificazione delle persone fisiche e, pertanto, il requisito di cui all'art. 9 (1) GDPR necessario per conseguire lo status di dati sensibili non è sempre soddisfatto. Appare evidente, tuttavia, che le suddette tecnologie mirano a "generare descrizioni semantiche di un individuo" (in altri termini, a definirne le qualità e quindi l'identità)³⁶ attraverso processi tecnici di categorizzazione biometrica³⁷. Alla

From data subjects to data suspects: challenging e-proctoring systems as a university practice, in JIPITEC, 2023, 278 ss.

³³ Cfr. Gruppo di lavoro art. 29, *Opinion n. 3/2012 on recent developments in biometrics*, cit., 4: "Biometric data changes irrevocably the relation between body and identity, because they make the characteristics of the human body 'machine-readable' and subject to further use".

³⁴ La seconda generazione di tecnologie biometriche è caratterizzata dai seguenti aspetti: mira ad analizzare tratti comportamentali e psicologici; utilizza dati sulle caratteristiche biometriche che possono essere raccolti a distanza, senza bisogno di collaborazione da parte degli individui a cui si riferiscono. Si vedano a questo proposito M. SUTROP, K. LAAS-MIKKO, *From Identity Verification to Behavior Prediction: Ethical Implications of Second Generation Biometrics*, 2012, 21 ss., 23, DOI: [10.1111/j.1541-1338.2011.00536.x](https://doi.org/10.1111/j.1541-1338.2011.00536.x).

³⁵ D. A. REID, M. S. NIXON, S. V. STEVENAGE, *Soft Biometrics. Human identification using comparative descriptions*, in *IEEE Transactions on Pattern Analysis and Machine Intelligence*, 2013, 6, 1216 ss., <https://doi.org/10.1109/TPAMI.2013.219>. Nella letteratura tecnica il termine "biometria soft" definisce il processo di "categorizzazione delle informazioni sui tratti corporei in cui una persona può non essere identificata nel processo". Si veda anche A. DANTCHEVA, *What Else Does Your Biometric Data Reveal? A Survey on Soft Biometrics*, in *IEEE Transactions on Information Forensics and Security* 11, 2016, 3, 441 ss., <https://doi.org/10.1109/TIFS.2015.2480381>.

³⁶ Cfr. G. M. RIVA, *Metadata, Semantic data and their protection: legal nature and issues under the GDPR and the E-Privacy draft Regulation*, 2018, Amsterdam Privacy Conference, [academia.edu/41506888/Metadata_Semantic_data_and_their_protection_legal_nature_and_issues_under_the_GDPR_and_the_E_Privacy_draft_Regulation](https://www.academia.edu/41506888/Metadata_Semantic_data_and_their_protection_legal_nature_and_issues_under_the_GDPR_and_the_E_Privacy_draft_Regulation).

luce di ciò, una parte nutrita della letteratura giuridica persegue la via della interpretazione estensiva del concetto di ‘identificazione’, al fine di includervi qualsiasi forma di attribuzione di identità, non solo quella ‘civile’, ma anche quella derivante da indici quali l’appartenenza a un gruppo sociale (ad esempio, ‘donna’ o ‘bianco’), un tratto del comportamento (ad esempio, la qualifica di ‘fumatore’) o un’emozione (ad esempio, ‘soggetto triste o adirato’)³⁷. In questa prospettiva, l’‘univocità’ di questo tipo di dati risiede nella loro idoneità a individuare una persona rivelando informazioni su di essa (sulla sua personalità, salute, sessualità, etc.) (cfr. paragrafo 1.2). Simili informazioni, dedotte in via di inferenza³⁹, possono a loro volta influenzare il modo in cui tale persona viene rappresentata o trattata⁴⁰.

Un’analisi giuridica approfondita sull’evoluzione delle tecnologie biometriche si ricava dai documenti del Gruppo di lavoro Articolo 29 sul concetto di dati biometrici, redatti prima dell’entrata in vigore del GDPR⁴¹. I dati biometrici sono ivi descritti come dati personali relativi a caratteristiche fisiche, fisiologiche e comportamentali uniche per ciascun individuo e misurabili⁴². La trasformazione di queste ultime in dati leggibili da una macchina, ne rende possibile lo sfruttamento anche a fini commerciali. Inoltre, questo tipo di dati, pur non essendo necessariamente dati sensibili di per sé, possono rivelare informazioni sensibili⁴³. Pertanto, è necessario un elevato livello di protezione dei diritti fondamentali coinvolti nel loro trattamento, da garantirsi applicando i principi in materia di protezione dei dati. Come verrà dimostrato nel presente studio, simili rilievi rimangono pertinenti ed attuali anche dopo l’adozione del GDPR, contribuendo a fare

³⁷ Si veda Gruppo di lavoro art. 29, *Opinion 3/2012 on developments in biometric technologies* (2012), (27.04.2012), WP 193, 6: “The categorisation/segregation of an individual by a biometric system is typically the process of establishing whether the biometric data of an individual belongs to a group with some predefined characteristic in order to take a specific action. In this case, it is not important to identify or verify the individual but to assign him/her automatically to a certain category. For instance, an advertising display may show different adverts depending on the individual that is looking at it based on the age or gender”.

³⁸ S. MIGLIORINI, *Biometric harm*, in *Law, technology and Humans*, 2023, 5(2), 238 ss.. 239, <https://doi.org/10.5204/lthj.2830>.

³⁹ D. IMBRUGLIA, *Le presunzioni delle macchine e il consenso dell’interessato*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2023, 3, 922 ss.

⁴⁰ D. J. SOLOVE, *Data Is What Data Does: Regulating Based on Harm and Risk Instead of Sensitive Data*, in *Northwestern University Law Review*, 2024, 118, 1081 ss., <https://ssrn.com/abstract=4322198> o <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.4322198>.

⁴¹ Gruppo di lavoro art. 29, *Working Document on Biometrics* (2003), (01.08.2003), WP 80, e Id., *Opinion 3/2012 on developments in biometric technologies* (2012), (27.04.2012), WP 193.

⁴² Secondo il Gruppo di lavoro art. 29, *Opinion n. 4/2007 on the concept of personal data*, WP136, (20.06.2007), 8, i dati biometrici sono: “biological properties, physiological characteristics, living traits or repeatable actions where those features and/or actions are both unique to that individual and measurable, even if the patterns used in practice to technically measure them involve a certain degree of probability”.

⁴³ Gruppo di lavoro art. 29, *Opinion 3/2012 on developments in biometric technologies*, cit., 15: “Some biometric data could be considered sensitive in the meaning of Article 8 of Directive 95/46/EC and in particular, data revealing racial or ethnic origin or data concerning health”.

1.2. Pratiche di mera rilevazione di bio-caratteristiche di persone fisiche per desumerne le emozioni: si applica il GDPR?

Come già accennato, è alquanto controverso se la regolamentazione in tema di dati personali possa applicarsi ad alcune pratiche peculiari di riconoscimento delle emozioni, come ad esempio quando i tratti del viso delle persone non vengono memorizzati in una banca di dati, perché semplicemente rilevati (‘scansionati’) in tempo reale, per scopi di pubblicità personalizzata⁴⁴, e poi cancellati.

Ciò può riscontrarsi nel contesto del c.d. *outdoor advertising* che avviene in luoghi pubblici o aperti al pubblico per mezzo di cartelloni pubblicitari ‘intelligenti’ e simili dispositivi, che analizzano volti di passanti⁴⁵.

Forme analoghe di trattamento di dati si rinvencono nel caso di analisi automatizzata di movimenti del corpo⁴⁶ (ad es., movimenti degli occhi o il modo di camminare) o del tono di voce, del modo di parlare, etc., di persone fisiche. Si pensi a pratiche poste in essere per scopi di profilazione e personalizzazione in tempo reale nel contesto della vendita al dettaglio⁴⁷, in cui vengono elaborati dati sul modo in cui “a consumer drives a shopping trolley in a supermarket” da parte di un consumatore⁴⁸. In un simile caso, i dati sono utilizzati “as a means of inferring the type of customer at stake (e.g. hurried, with higher purchasing power)”⁴⁹.

⁴⁴ Si veda A. MC STAY, *Empathic media and advertising: industry, policy, legal and citizen perspectives (the case for intimacy)* in *Big Data & Society*, 2016, 1 ss., 3 e 7-8. Cfr. anche M. GALIĆ, R. GELLERT, *Data protection law beyond identifiability? Atmospheric profiles, nudging and the Stratumseind Living Lab*, in *Computer Law & Society Review*, 2021, 40, 14, in <https://ssrn.com/abstract=3699900>, nonché J. CHEN, L. MIOTTO, *Manipulation, Real-Time Profiling, and their Wrongs*, in 2022, *The Philosophy of Online Manipulation*, a cura di Fleur Jongepier and Michael Klenk, Rutledge, 2022, 392 ss.

⁴⁵ P. DAVIS, *Facial Detection and Smart Billboards: Analysing the “Identified” Criterion of Personal Data in the GDPR*, in *University of Oslo Faculty of Law Legal Studies Research Paper Series*, 2020, 1, 1 ss. e D. GEORGE, K. REUTIMANN, A. TAMÒ-LARRIEUX, *GDPR Bypass by Design? Transient Processing of Data under the GDPR*, in *International Data Privacy Law*, 2019, 9 (4), 285 ss.

⁴⁶ M. RAJA, S. SIGG, *RFexpress! - Exploiting the Wireless Network Edge for RF-Based Emotion Sensing*, 2016, <https://doi.org/10.48550/arXiv.1612.06189>.

⁴⁷ Si veda ACI INFOTECH, *How Does Emotion AI Redefine Retail Interaction and Sales?* <https://www.linkedin.com/pulse/how-does-emotion-ai-redefine-retail-interaction-sales-aciinfotech-eraac>.

⁴⁸ Cfr. W. SCHREURS, M. HILDEBRANDT, E. KINDT, M. VANFLETEREN, *Cogitas, Ergo Sum. The Role of Data Protection Law and Non-discrimination Law in Group Profiling in the Private Sector*, in *Profiling the European Citizen*, a cura di Mireille Hildebrandt, Serge Gutwirth, Springer, 2008, 241 ss., 246.

⁴⁹ B. MITTELSTADT, *From Individual to Group Privacy in Big Data Analytics*, in *Philos. Technol.*, 2017, 30, 475 ss., 478, il quale ritiene che, in un simile caso, i dati “non

Innanzitutto, occorre premettere che le peculiarità di simili pratiche si spiegano alla luce dei relativi scopi: poiché quel che conta è individuare un segmento di mercato a cui indirizzare una pubblicità personalizzata, è sufficiente classificare le persone fisiche per stabilirne le caratteristiche (e stimare quanto esse siano suscettibili di subire l'influenza del messaggio personalizzato), senza che occorra accertarne l'identità⁵⁰, né conservare le informazioni usate a tal fine.

La pertinente letteratura riscontra l'impiego di una terminologia tecnica atta a distinguere l'operazione consistente nel 'riconoscere' un volto umano da quella implicante la sua mera 'rilevazione' (ad es., '*facial detection*', anziché '*facial recognition*'). Il primo tipo di attività si ha quando si utilizzano sensori che catturano dati (ad es. immagini di un volto) elaborati da un *software*, che vengono subito dopo cancellati o anonimizzati. Senza entrare nel dettaglio tecnico, si riscontra, in una simile ipotesi, una serie di operazioni: innanzitutto, l'analisi della forma e delle fattezze di volti di persone fisiche rilevati da tali tecnologie e la loro riduzione ad un numero ristretto di elementi 'salienti'; infine i dati così ottenuti vengono messi a confronto con un *ideal-tipo* di volto (c.d. 'comparazione'), consistente in un'ipotesi frutto della correlazione statistica tra centinaia di migliaia di immagini (ad es., immagini di volti 'felici' o 'adirati')⁵¹. Tali dati sono 'effimeri' quando non vi sia conservazione degli stessi in un luogo virtuale. Ciò non toglie però che, per effetto delle descritte operazioni, venga a crearsi una rappresentazione digitale di informazioni e, dunque, si ottengano dei dati⁵². Il punto è dunque stabilire se essi possano considerarsi personali.

In merito, appare rilevante la casistica in materia di telecamere a circuito chiuso che rilevano le immagini facciali dei passanti, desumibile dalle decisioni di alcune autorità nazionali per la protezione dei dati personali, casistica che restituisce una condizione di incertezza⁵³: secondo alcune decisioni, queste tecnologie individuano persone fisiche anche quando non ha luogo alcuna operazione per verificare la corrispondenza dei dati dei soggetti sottoposti ad osservazione con dati previamente memorizzati

consentono di identificare gli individui che spingono il carrello". Come si dirà nel testo, tale aspetto merita invece una più accorta analisi giuridica.

⁵⁰ B. MITTELSTADT, *From Individual to Group Privacy in Big Data Analytics*, op. cit., 478.

⁵¹ Cfr. P. DAVIS, *Facial Detection and Smart Billboards: Analysing the "Identified" Criterion of Personal Data in the GDPR*, op. cit., 4. Di tutta evidenza appare la differenza esistente, da un lato, tra la identificazione biometrica (la quale presuppone la previa creazione di un calco digitale del viso di un individuo specifico) o non biometrica (compiuta usando cioè dati non biometrici, ad es. comparando una fotografia di quell'individuo con una registrazione video che lo rappresenta) e la rilevazione dei tratti del volto per fini di analisi delle emozioni. In quest'ultimo caso infatti certe bio-caratteristiche ritenute salienti di un determinato individuo (ad es., un passante le cui fattezze siano captate dai sensori) sono messe a confronto con un modello digitale di un volto (che rappresenta un tipo ideale, non quello specifico individuo).

⁵² Cfr. S. ORLANDO, *Data vs capta: intorno alla definizione di dati*, op. cit., 51-52.

⁵³ Offrono una risposta negativa a tale interrogativo S. WACHTER, *Affinity profiling and discrimination by association in online behavioural advertising*, in *Berkley Technology Law Journal*, 2020, 35, 367 ss. (secondo cui i dati devono essere conservati per categorizzare gli individui, al fine di qualificarsi come dati personali) e D. GEORGE, K. REUTIMANN, A. TAMÒ-LARRIEUX, *GDPR Bypass by Design? Transient Processing of Data under the GDPR*, op. cit., 286.

relativi ai medesimi soggetti⁵⁴; mentre altre autorità hanno espresso parere contrario⁵⁵.

Senza entrare nel dettaglio di una simile casistica, è possibile notare come ivi si dibatta soprattutto sulla possibilità di indenticare le persone fisiche ‘in futuro’ (vale a dire una volta cessato il tipo di trattamento oggetto di scrutinio). Da qui l’attenzione all’elemento della conservazione dei dati, della sua durata, etc. Orbene, come osservato poco sopra, la conservazione dei dati appare superflua nel caso di categorizzazione di persone fisiche in base alle emozioni, con la conseguenza che, una volta che tale trattamento sia cessato, la persona fisica non è più individuabile. Ciò che, piuttosto, occorre valutare è se il requisito della identificazione sia soddisfatto quando tale trattamento è ancora in corso.

Più di recente, l’Autorità Garante per la protezione dei dati personali (d’ora in poi ‘Garante privacy’) ha affermato che “l’acquisizione e la conservazione temporanea di dati personali, come le immagini del volto riprese da dispositivi video, anche per un breve periodo di tempo, costituisce un trattamento di dati personali”⁵⁶; e ciò in linea con un precedente del 2018, in cui il Garante privacy aveva ritenuto esservi trattamento di dati personali quando i sensori di una telecamera a circuito chiuso sono in grado di conservare le immagini di passanti solo per poche frazioni di secondo⁵⁷. Tale ultimo provvedimento è di particolare interesse perché, con motivazione succinta, concerne specificamente la pubblicità personalizzata tramite ‘cartelloni smart’.

Al fine di stabilire se si abbia trattamento di dati personali, occorre considerare - alla luce della giurisprudenza, della *soft law* e della dottrina - il significato giuridico dell’attributo ‘personale’ riferito al dato, avendo

⁵⁴ Si veda N. PURTOVA, *From Knowing by name to targeting: the meaning of identification under the GDPR*, in *International Data Privacy Law* 2022, 12 (3), 163 ss. L’autrice cita la giurisprudenza delle autorità nazionali per la protezione dei dati personali (*R (on the application of Edward Bridges) v The Chief Constable of South Wales Police and Secretary of State for the Home Department* [2019] EWHC 2341 (Admin), 122-125 e *R (on the Application of Bridges) v South Wales Police* [2020] EWCA Civ 1058, 46), <https://www.judiciary.uk/wp-content/uploads/2020/08/R-Bridges-v-CC-South-Wales-ors-Judgment.pdf>.

⁵⁵ Si veda l’Irish Data Protection Commissioner, *Press Release on the Use of Facial Detection Technology in Advertising* (15 maggio 2017) citato nella relazione annuale del 2017, <https://www.dataprotection.ie/sites/default/files/uploads/2018-11/Annual%20Report%202017.pdf>.

⁵⁶ Cfr. Autorità Garante per la protezione dei dati personali 11 gennaio 2024 doc. web n. 9977020, disponibile all’indirizzo <https://www.garanteprivacy.it/home/docweb/-/docweb-display/docweb/9977020>: tale decisione riguarda dati relativi a bio-caratteristiche, acquisiti e conservati, anche se per un tempo molto breve, e resi anonimi. Una delle principali questioni giuridiche considerate è l’adeguatezza delle tecniche di anonimizzazione utilizzate nel caso in questione.

⁵⁷ Cfr. Garante privacy, *Installazione di apparati promozionali del tipo “digital signage” (definiti anche Totem) presso una stazione ferroviaria* (Decisione n. 551, 11 dicembre 2017), <https://www.garanteprivacy.it/web/guest/home/docweb/-/docweb-display/docweb/7496252>.



riguardo, in particolare, all'elemento per cui deve trattarsi di una persona fisica 'individuata' o 'individuabile', secondo l'articolo 4 (1) GDPR⁵⁸.

Per accertare se i dati siano personali, non è rilevante solo il loro contenuto (le informazioni desumibili dai dati), ma contano anche le finalità perseguire e l'incidenza del trattamento, il fatto che il trattamento implichi l'individuazione di una determinata persona fisica e che per effetto di esso tale persona sia resa oggetto di valutazione e attenzione (in quanto ne vengono indagate qualità, comportamenti, tratti della personalità etc.). Siffatta interpretazione è stata, prima, avanzata dal Gruppo di lavoro art. 29⁵⁹ e, poi, fatta propria dalla Corte di giustizia dell'Unione europea. Quest'ultima, nel caso *Novak*, ha ritenuto che l'espressione 'qualsiasi informazione' nella definizione di dati personali includa informazioni "non solo oggettive ma anche soggettive, sotto forma di opinioni e valutazioni, a condizione che 'si riferiscano' all'interessato"⁶⁰.

Quando si ricorre a sistemi di IA e apprendimento automatico si ottengono, per inferenza, informazioni su una persona fisica, consistenti in valutazioni o opinioni. Per stabilire se esse si riferiscono ad una persona fisica identificata o identificabile, il criterio della c.d. identità civile (per il quale il dato non è personale se non consente di risalire a tale specie di identità) appare insoddisfacente, nella misura in cui non tutela da usi impropri delle caratteristiche ed attributi della persona⁶¹.

⁵⁸ Gruppo di lavoro art. 29, *Opinion n. 4/2007 on the concept of personal data*, WP136, (20.06.2007), 10. Si vedano M. FINCK, F. PALLAS, *They who must not be identified-distinguishing personal from non-personal data under the GDPR*, in *International Data Privacy Law*, 2020, vol. 10, Issue 1, pp. 11-36; M. VON GRAFENSTEIN, *Refining the Concept of the Right to Data Protection in Article 8, - Part I*, in *European Data Protection Law Review*, 2020, 6, 509 ss., 513.

⁵⁹ Gruppo di lavoro art. 29, *Opinion n. 4/2007 on the concept of personal data*, WP136, (20.06.2007), 14: "Without even enquiring about the name and address of the individual it is possible to categorise this person on the basis of socio-economic, psychological, philosophical or other criteria and attribute certain decisions to him or her since the individual's contact point (a computer) no longer necessarily requires the disclosure of his or her identity in the narrow sense. In other words, the possibility of identifying an individual no longer necessarily means the ability to find out his or her name".

⁶⁰ Cfr. Corte di giustizia dell'Unione europea Causa C-434/16 Peter Nowak c. Commissario per la protezione dei dati, ECLI:EU:C:2017:994, punto 34. Si veda da ultimo Corte di giustizia dell'Unione europea, sentenza (Quarta Sezione) del 7 marzo 2024 (domanda di pronuncia pregiudiziale proposta dallo Hof van beroep te Brussel - Belgio) – IAB Europe / Gegevensbeschermingsautoriteit (Causa C-604/22): "L'uso dell'espressione «qualsiasi informazione» nella definizione della nozione di «dato personale», che figura in tale disposizione, riflette l'obiettivo del legislatore dell'Unione di attribuire un'accezione estesa a tale nozione, che comprende potenzialmente ogni tipo di informazioni, tanto oggettive quanto soggettive, sotto forma di pareri o di valutazioni, a condizione che esse «riguardino» la persona interessata (sentenza del 4 maggio 2023, Österreichische Datenschutzbehörde e CRIF, C-487/21, EU:C:2023:369, punto 23 nonché giurisprudenza ivi citata)". "37 La Corte ha dichiarato, in proposito, che un'informazione riguarda una persona fisica identificata o identificabile qualora, in ragione del suo contenuto, della sua finalità o del suo effetto, essa sia connessa a una persona identificabile (sentenza del 4 maggio 2023, Österreichische Datenschutzbehörde e CRIF, C-487/21, EU:C:2023:369, punto 24, nonché giurisprudenza ivi citata)".

⁶¹ L. DALLA CORTE, *Scoping Personal Data: Towards a Nuanced Interpretation of the Material Scope of EU Data Protection Law*, in *European Journal of Law and Technology*, 2019, 10, 1 ss., 9: secondo cui "data protection law does not aim at protecting individuals

Al di là di tale, seppur importante, notazione, occorre però stabilire come debba intendersi *de lege lata* il requisito della identificazione. A tal fine, soccorrono i vari criteri di interpretazione utilizzabili, innanzitutto, la lettera dell'art. 4 (1) GDPR e poi il criterio teleologico.

In primo luogo, si può notare che, nel testo della disposizione in parola, l'aggettivo 'identificata', riferito alla persona fisica a cui i dati pertengono, assume il significato di 'distinta' o isolata da una moltitudine, grazie ad elementi identificanti, alcuni dei quali sono elencati dallo stesso art. 4 (1) a titolo esemplificativo. Nessuno di tali elementi, tuttavia, singolarmente considerato, giova a identificare con certezza una persona fisica (nemmeno il nome, in assenza di una sua contestualizzazione alla luce di altri dati, quali, ad es., la data di nascita, etc.). In ragione di ciò, la pertinente *soft law*, a seconda della natura e del contesto del trattamento, considera adeguato qualsivoglia criterio che giovi ad individuare una persona fisica, ancorché inidoneo a stabilirne la identità civile⁶².

Ciò è quanto si verifica nella profilazione ai sensi dell'art. 4 (4) GDPR⁶³ la quale implica, sì, in un primo momento, l'assimilazione di un individuo ad un gruppo, o classe, di persone fisiche; ma comporta, poi, la sua individuazione, giacché questa operazione logica consente di acquisire conoscenza (più o meno accurata⁶⁴) circa caratteristiche o elementi che concernono la sua persona e, quindi, di sapere 'come ella/egli sia'. Ed invero, "[...] l'applicazione del profilo a individui specifici comporta *di per sé* che tali individui siano identificabili⁶⁵", nel senso appena detto⁶⁶. In

only from the misuse of their identities, but from the misuse of their attributes – their characteristics and defining traits – too. From this perspective, the fact that any data can become personal data is a regulatory 'feature', rather than a 'bug', necessary to provide the flexible, contextual protection in context EU data protection".

⁶² In merito, cfr. Gruppo di lavoro art. 29, *Opinion n. 4/2007 on the concept of personal data*, WP136, (20.06.2007): 'in general terms, a natural person can be considered as "identified" when, within a group of persons, he or she is "distinguished" from all other members of the group; "the man wearing a black suit" may identify someone out of the passers-by standing at a traffic light'.

⁶³ Cfr. art. 4 (4) GDPR: «profilazione»: qualsiasi forma di trattamento automatizzato di dati personali consistente nell'utilizzo di tali dati personali per valutare determinati aspetti personali relativi a una persona fisica, in particolare per analizzare o prevedere aspetti riguardanti il rendimento professionale, la situazione economica, la salute, le preferenze personali, gli interessi, l'affidabilità, il comportamento, l'ubicazione o gli spostamenti di detta persona fisica. Cfr., per un esame approfondito, R. MESSINETTI, *Trattamento dei dati per finalità di profilazione e decisioni automatizzate*, in *Persona e mercato dei dati. Riflessioni sul GDPR*, a cura di N. Zorzi Galgano, Milano, 2019, 167 ss.

⁶⁴ S. WACHTER, B. MITTELSTADT, *A Right to Reasonable Inferences: Re-Thinking Data Protection Law in the Age of Big Data and AI*, in *Columbia Business Law Review*, 2019, 2, 494, 585.

⁶⁵ Cfr. M. GALIĆ, R. GELLERT, *Data protection law beyond identifiability? Atmospheric profiles, nudging and the Stratumseind Living Lab*, op. cit., 14.

⁶⁶ V. RUPP, M. VON GRAFENSTEIN, *Clarifying "personal data" and the role of anonymization in data protection law: Including and excluding data from the scope of the GDPR (more clearly) through refining the concept of data protection*, in *Computer Law & Security Review*, 2024, 52, 4 ss., in <https://doi.org/10.1016/j.clsr.2023.105932>. Secondo gli aa., ai fini della qualificazione rileva la presenza di un rischio specifico: "there might already be a specific risk if the data subject is affected as a nameless part of a group, for example, in the case of personalized advertising, where a specific risk of manipulation

sintesi, quando il trattamento ha lo scopo di valutare aspetti della personalità di un individuo, il requisito dell'identificazione è soddisfatto poiché tale individuo viene in rilievo nella sua 'singolarità' ed è dunque distinto da una indefinita moltitudine⁶⁷.

Anche il riconoscimento delle emozioni di una persona fisica è una forma di profilazione, giacché esso implica l'uso di dati personali "per valutare determinati aspetti personali relativi a una persona fisica" (art. 4 (4) GDPR). Ed infatti, il riconoscimento delle emozioni si basa sulla comparazione tra dati concernenti bio-caratteristiche di una specifica persona ed una ipotesi astratta, frutto della correlazione statistica tra innumerevoli informazioni relative a persone fisiche⁶⁸. Una simile operazione è atta poi a valutare tale persona fisica in base ai suoi stati emozionali e, eventualmente, a desumere tratti della sua personalità.

A fortiori, adottando questa chiave di lettura, si riscontra una forma di identificazione riconducibile all'art. 4 (1) GDPR, ogni qual volta le caratteristiche rilevate - e tra esse gli stati emozionali e i tratti della personalità - siano trattate per scopi di personalizzazione del messaggio pubblicitario⁶⁹, giacché la persona fisica viene fatta oggetto di specifica attenzione (ad es., 'valutata') e di trattamento differenziato (riceve informazioni, appunto, 'personalizzate')⁷⁰.

Tenendo conto di questo elemento, il Gruppo di lavoro art. 29 ha ritenuto che, viceversa, dati concernenti bio-caratteristiche di persone fisiche utilizzati per categorizzare queste ultime in forma aggregata (ad esempio, per ottenere informazioni sul numero di individui di sesso maschile o femminile in un gruppo, o sulla loro età) non costituiscono dati personali⁷¹. In un simile caso, infatti, il trattamento concerne delle 'persone', anziché una persona individuata.

L'interpretazione qui accolta⁷² appare preferibile anche alla luce di un criterio teleologico, e, in particolare, sulla scorta del principio della 'tutela

exists even if the advertisers recognize the data subject only as belonging to a group of people with certain purchase interests " (cfr. *ibidem*, p 5). Contra, B. WOOLSEY, *Emotion Recognition Technology Could Transform Retail Advertising*, in *Handelsblatt Today* (24 January 2018), 190, <https://www.handelsblatt.com/today/companies/data-privacy-emotion-recognition-technology-could-transform-retail-advertising/23580844.html?ticket=ST-7740357-Ki75S6Jdw0bSvWEhtQIW-ap6>.

⁶⁷ Infatti, la profilazione rappresenta un modo "per conoscere gli individui attraverso la conoscenza dei gruppi a cui sono assegnati" (così B. MITTELSTADT, *From Individual to Group Privacy in Big Data Analytics*, op. cit., 481).

⁶⁸ Cfr. W. SCHREURS, M. HILDEBRANDT, E. KINDT, M. VANFLETEREN, *Cogitas, Ergo Sum. The Role of Data Protection Law and Non-discrimination Law in Group Profiling in the Private Sector*, op. cit., 241.

⁶⁹ Cfr. C. JASSERAND, *Biometric Data, Within and Beyond Data Protection. The Boundaries of Data* (AUP, 2024), in University of Groningen Faculty of Law Research Paper, 2023, 18, 6 ss., <https://ssrn.com/abstract=4483962>.

⁷⁰ N. PURTOVA, *From Knowing by name to targeting: the meaning of identification under the GDPR*, op. cit., 172.

⁷¹ Gruppo di lavoro art. 29, Parere 02/2012 sul riconoscimento facciale nei servizi online e mobili (WP192, adottato il 22 marzo 2012).

⁷² Né appare di ostacolo a tale conclusione altra giurisprudenza della Corte di giustizia e, in particolare, la decisione della Corte di giustizia dell'Unione europea nel caso *Breyer* (Seconda sezione 19 ottobre 2016, causa C-582/14, *Patrick Breyer contro Bundesrepublik*

effettiva' dei diritti fondamentali degli interessati, di cui la Corte di giustizia ha mostrato di fare largo uso nelle pronunce più recenti⁷³. Se si propende infatti per il criterio restrittivo della individuazione come attribuzione di un'identità civile, si limita oltremodo il campo di applicazione della regolamentazione in materia di protezione dei dati personali⁷⁴.

Si consideri, in merito, che gli esempi di pratiche sopra citati corrispondono a forme di monitoraggio sistematico e automatizzato di luoghi pubblici o aperti al pubblico, suscettibili di interferire con i diritti fondamentali delle persone fisiche interessate, le quali potrebbero non essere consapevoli del fatto che si sta svolgendo un trattamento di questo tipo. Al riguardo, le Linee guida 3/2019 del Comitato europeo per la protezione dei dati personali (d'ora in poi 'EDPB') sul trattamento di dati personali attraverso dispositivi video (di seguito, 'Linee guida EDPB su dispositivi video') sono illuminanti, giacché chiariscono che le persone fisiche ivi presenti non si aspettano di essere sottoposte a monitoraggio⁷⁵. Per giunta, nel tipo di pratica qui in esame, l'interferenza concerne la dimensione privata del corpo e finanche la sfera cognitiva delle persone fisiche, entrambe protette dall'articolo 8 della CEDU⁷⁶ attinente alla

Deutschland, punti 38-49), in cui la Corte si è interrogata circa il significato del requisito della identificabilità della persona fisica nella definizione di dato personale rispetto al trattamento di indirizzi IP dinamici - che quindi non permettono una identificazione diretta di un visitatore di un sito web una volta che sia cessata la sessione di visita. Si è ivi concluso che tali dati, conservati dopo tale momento e in assenza di altri dati, non consentono di risalire alla identità delle persone fisiche cui essi si riferiscono e dunque non sono personali nell'accezione di cui al GDPR. Viceversa, nella pratica che costituisce qui oggetto di analisi, non si ha conservazione dei dati, con la conseguenza che le argomentazioni alla base di tale sentenza non possono ad essa pedissequamente applicarsi.

⁷³ Cfr. causa C-634/21, ECLI:EU:C:2023:957, avente ad oggetto la domanda di pronuncia pregiudiziale proposta ai sensi dell'articolo 267 TFUE, dal Verwaltungsgericht Wiesbaden (tribunale amministrativo di Wiesbaden, Germania), con decisione del 1° ottobre 2021, nel procedimento tra OQ contro il Land Hessen, con l'intervento di SCHUFA Holding AG, cit., punto 60.

⁷⁴ Cfr. altresì Corte di giustizia dell'Unione europea, sentenza (Quarta Sezione) del 7 marzo 2024 (domanda di pronuncia pregiudiziale proposta dallo Hof van beroep te Brussel - Belgio) – IAB Europe / Gegevensbeschermingsautoriteit (Causa C-604/22), punto 34: "... , per giurisprudenza costante, l'interpretazione di una disposizione del diritto dell'Unione richiede di tener conto non soltanto della sua formulazione, ma anche del contesto in cui essa si inserisce nonché degli obiettivi e delle finalità che persegue l'atto di cui fa parte (sentenza del 22 giugno 2023, Pankki S, C-579/21, EU:C:2023:501, punto 38 nonché giurisprudenza ivi citata)". La sentenza in questione verte sulla interpretazione dell'elemento della identificazione indiretta di una persona fisica al fine di accertare se una stringa composta da una combinazione di lettere e di caratteri, come la TC String (Transparency and Consent String), contenente le preferenze di un utente di Internet o di un'applicazione relative al consenso di tale utente al trattamento dei dati personali che lo riguardano, possa considerarsi un dato personale.

⁷⁵ Linee guida 3/2019 dell'EDPB sul trattamento dei dati personali mediante dispositivi video del 29 gennaio 2020)(https://edpb.europa.eu/sites/default/files/files/file1/edpb_guidelines_201903_video_devices_en_0.pdf), che rinviano alle Linee guida del Gruppo di lavoro art. 29 sulla trasparenza ai sensi del Regolamento 2016/679 (WP260), par. 38.

⁷⁶ A. MCSTAY, *Emotional AI, soft biometrics and the surveillance of emotional life: An unusual consensus on privacy*, in *Big Data & Society*, 2020, 1 ss., 10; S. WACHTER, *Affinity*



salvaguardia del diritto alla vita privata. Questo diritto comprende l'intimità della persona fisica (la sua integrità mentale e corporea), ma attiene altresì alla protezione della sua identità (ha dunque anche una dimensione relazionale, oltre a servire ad escludere terzi da intromissioni in tale sfera) ed è distinto dal diritto alla protezione dei dati personali, venendo in rilievo anche nei casi di uso di informazioni non qualificabili come dati personali⁷⁷

Senza addentrarsi nell'analisi di tale aspetto, sia sufficiente qui osservare che la prospettiva appena menzionata ha il merito di far luce sui molteplici interessi coinvolti nel tipo di trattamento qui in parola⁷⁸ (cfr. para. 1.4).

Occorre, infine, notare che il Regolamento su IA ha optato per una definizione di ERS comprendente la semplice rilevazione di bio-caratteristiche umane (cfr. para. 3).

1.3. Se le emozioni possano considerarsi dati 'particolari' ai sensi dell'articolo 9 (1) GDPR

Come già osservato, l'ambito della definizione dei dati biometrici è piuttosto angusto e, inoltre, i dati biometrici sono dati particolari ai sensi dell'articolo 9 (1) del GDPR solo quando vengono trattati allo scopo di identificare in modo univoco una persona fisica. Alcuni tipi di dati personali astrattamente utilizzabili per il riconoscimento delle emozioni possono considerarsi di per sé dati particolari perché concernenti lo stato di salute dell'interessato, come, ad esempio, la frequenza cardiaca, la pressione sanguigna etc.⁷⁹. Tuttavia, questo tipo di dati è raramente impiegato nel contesto del marketing personalizzato, dove si preferisce utilizzare dati la cui raccolta non richiede la collaborazione degli interessati.

È notorio che, grazie alle tecnologie di IA e all'uso dei c.d. *big data*, l'analisi di dati non appartenenti alle categorie particolari elencate nell'articolo 9 (1) GDPR può condurre a ricavare, per inferenza,

profiling, op. cit., 55; S.MIGLIORINI, *Biometric Harm, Law, Technology and Humans*, 2023, 5 (2), 238 ss., 244-246, <https://doi.org/10.5204/lthj.2830>.

⁷⁷ Cfr. R. GELLERT, S. GUTWIRTH, *The legal construction of privacy and data protection*, in *Computer Law & Security Review*, 2013, 29 (5), 522 ss., 524-527, <https://doi.org/10.1016/j.clsr.2013.07.005>.

⁷⁸ Per una panoramica generale, B. VAN DER SLOOT, *Legal fundamentalism: Is data protection really a fundamental right*, in *Data protection and privacy: (In)visibilities and infrastructure. Law, Governance and Technology Series*, a cura di R. Leenes, R. van Brakel, S. Gutwirth, P. De Hert, in *Issues in Privacy and Data Protection*, Springer 2017, 37, 3 ss., 15, https://doi.org/10.1007/978-3-319-50796-5_1.

⁷⁹ Si vedano A. HAUSELMANN, A. M. SEARS, L. ZARD, E. FOSCH-VILLARONGA, *EU Law and Emotion Data*, in *11th International Conference on Affective Computing and Intelligent Interaction (ACII)*, 2023, <https://doi.org/10.48550/arXiv.2309.10776>

(secondo cui i dati sulla salute non riguardano solo la salute fisica o mentale, ma anche "qualsiasi informazione (...) sullo stato fisiologico o biomedico dell'interessato, indipendentemente dalla sua fonte", secondo il Considerando 35GDPR).

informazioni sensibili relative a persone fisiche identificate o identificabili⁸⁰.

Alla luce di ciò, la pertinente *soft law* ritiene che un trattamento automatizzato di dati che dia origine a informazioni di tal genere rientri nell’ambito di applicazione della citata disposizione⁸¹. Ad esempio, nel parere reso dal Gruppo di lavoro art. 29 sulla evoluzione delle tecnologie biometriche, si sostiene che i dati biometrici *possono* rivelare informazioni sensibili. Le argomentazioni alla base di questa constatazione sono sintetizzabili come segue: i sistemi biometrici sono in grado di raccogliere “informazioni relative agli stati emotivi o alle caratteristiche corporee” dell’interessato, e ciò può portare a ottenere informazioni, ad esempio, sulla salute dell’interessato⁸². Conclusioni simili si rinvengono nelle Linee guida 3/2019 dell’EDPB sui dispositivi video⁸³, dove però si precisa altresì che, per valutare se, in uno specifico caso, si abbia trattamento di dati sensibili, occorre accertare se la *finalità* di esso consista nell’ottenere informazioni di questo tipo. La *ratio* alla base di tale interpretazione è impedire che il perimetro dell’articolo 9 del GDPR divenga eccessivamente ampio, fino ad includere qualsiasi dato suscettibile di rivelare accidentalmente informazioni sensibili (ad es., si pensi a un dispositivo di videosorveglianza che riprende gli avventori di una chiesa)⁸⁴.

È quindi necessario prendere in considerazione, caso per caso, la finalità del trattamento⁸⁵, da individuare in base al tipo di trattamento effettuato, in

⁸⁰ O. TENE, J. POLONETSKY, *Big Data for All: Privacy and User Control in the Age of Analytics*, in 11 *NW. J. TECH. & INTELL. PROP.*, 2013, 239 ss.

⁸¹ Gruppo di lavoro art. 29, *Guidelines on Automated individual decision-making and Profiling for the purposes of Regulation 2016/679*, (WP 251, 3/10/2017), 15. Si veda anche Id., *Advice paper on special categories of data* (Ref- Ares (2011) 444105), 20/04/2011, 6: “The term “data revealing racial or ethnic origin, political opinions, religious or philosophical beliefs, trade-union membership” is to be understood that not only data which by its nature contains sensitive information is covered by this provision, but also data from which sensitive information with regard to an individual can be concluded”.

⁸² Gruppo di lavoro art. 29, *Opinion n. 3/2012*, cit., 17: “some systems can secretly collect information related to emotional states or body characteristics and reveal health information resulting in a non-proportional data processing as well as in the processing of sensitive data in the meaning of article 8 of the Directive 95/46/EC”.

⁸³ Si vedano le Linee guida 3/2019 dell’EDPB sul trattamento dei dati personali mediante dispositivi video, cit., p. 5, punto 62: (https://edpb.europa.eu/sites/default/files/files/file1/edpb_guidelines_201903_video_device_s_en_0.pdf): “Video surveillance systems usually collect massive amounts of personal data which may reveal data of a highly personal nature and even special categories of data”. Cfr., inoltre, “Political opinions could for example be deduced from images showing identifiable data subjects taking part in an event, engaging in a strike, etc. This would fall under Article 9” (ivi, p. 5, punto 64). Infine, si veda Ibidem: “if the video footage is processed to deduce special categories of data, Article 9 applies”.

⁸⁴ Ibidem, p. 5, punto 64.

⁸⁵ Sulla questione se debba adottarsi un criterio oggettivo consistente nella possibilità di ottenere per inferenza informazioni sensibili, o, piuttosto, se debba aversi riguardo alle finalità dichiarate dal titolare del trattamento, si veda P. QUINN, G. MALGIERI, *The Difficulty of Defining Sensitive Data - The Concept of Sensitive Data in the EU Data Protection Framework*, in *German Law Journal* (2021), 22, pp. 1583-1612, p. 1584, doi:10.1017/glj.2021.79. Si veda anche della Corte di giustizia dell’Unione europea, causa



considerazione dei dati e delle tecnologie impiegate e, soprattutto, alla luce dell'*uso* previsto delle conoscenze acquisite a seguito del trattamento⁸⁶. Così, nel contesto del citato provvedimento del Garante privacy sulle telecamere a circuito chiuso, il trattamento in esame consisteva anche nell'effettuare una *sentiment analysis* di *post* di utenti di social media, con l'obiettivo di sviluppare un sistema di intelligenza artificiale in grado di prevedere i 'crimini d'odio' a sfondo religioso. Il Garante ha rilevato che "il Comune [il titolare del trattamento nel caso di specie] ha trattato anche dati personali appartenenti a categorie particolari (cfr. art. 9 del Regolamento [GDPR] e art. 2-sexies del Codice della privacy)", poiché i "messaggi/commenti acquisiti dai social network riguardano la sfera religiosa e *possono* rivelare le convinzioni religiose dei loro autori o di terzi citati in tali messaggi"⁸⁷. La stessa conclusione vale quando l'esame delle emozioni e dei sentimenti vengano combinate, per misurare le reazioni a 'claims' resi pubblici da imprese, vertenti su iniziative di 'sostenibilità sociale' (ad es. assumere immigrati come forza lavoro presso l'impresa), con il risultato di ottenere informazioni idonee a rivelare l'opinione politica di persone fisiche⁸⁸. Infine, nel noto caso Cambridge Analytica, l'EDPB ha attribuito lo status di dati sensibili ai dati di utenti di social media trattati per identificare le loro emozioni e costruire profili a fini di pubblicità politica personalizzata⁸⁹.

In base a quanto sopra, sembra ragionevole concludere che l'art. 9 (1) GDPR viene in applicazione allorché il riconoscimento delle emozioni basato sulle caratteristiche fisiche, fisiologiche e comportamentali delle persone fisiche abbia la finalità di conseguire per inferenza informazioni 'sensibili' relative a un individuo identificabile o identificato. Al tempo stesso, come sopra ricordato, l'accertamento della esistenza di una simile finalità va compiuta sulla base di una serie di elementi oggettivi, non rilevando la presenza o meno di un intento in tal senso del titolare del trattamento.

Di conseguenza, porsi la domanda se le emozioni possano essere considerate di per sé dati appartenenti a categorie speciali è fuorviante.

C-184/20, *Vyriausioji tarnybinės etikos komisija* [2022] ECLI:EU:C:2022:601, paragrafo 128.

⁸⁶ Per quanto riguarda il dibattito se alcuni (o tutti) i dati relativi alle caratteristiche fisiche, fisiologiche o comportamentali di una persona fisica siano da considerarsi sensibili e la rilevanza attribuita al modo in cui i dati vengono utilizzati, si veda E. J. KINDT, *Having Yes, Using No? About the new legal regime for biometric data*, in *Computer Law & Security Review*, Volume 34, Issue 3, 2018, pp. 523-538, <https://doi.org/10.1016/j.clsr.2017.11.004>.

⁸⁷ Cfr. Cfr. Autorità Garante per la protezione dei dati personali 11 gennaio 2024 doc. web n. 9977020, disponibile all'indirizzo <https://www.garanteprivacy.it/home/docweb/-/docweb-display/docweb/9977020>, punto 3.1.

⁸⁸ A. CARVALHO, A. LEVITT, S. LEVITT, E. KHADDAM, J. BENAMATI, *Off-The-Shelf Artificial Intelligence Technologies for Sentiment and Emotion Analysis: A Tutorial on Using IBM Natural Language Processing*, in *Communications of the Association for Information Systems*, (2019) 44, pp. 918 – 943, pp. <https://doi.org/10.17705/1CAIS.04443>.

⁸⁹ European Data Protection Board, Statement 2/2019 on the Use of Personal Data in the Course of Political Campaigns (Mar. 13, 2019), https://edpb.europa.eu/sites/edpb/files/files/file_1/edpb-2019-03-13-statement-on-elections_en.pdf [<https://perma.cc/5BS2-4VJE>].

Piuttosto, il riconoscimento delle emozioni (come trattamento di dati personali) può produrre come risultato informazioni sensibili cui si applica il regime speciale per i dati sensibili, alle condizioni sopra menzionate.

Detto questo, è anche degno di nota il fatto che, in linea di principio, l'accertamento della sussistenza di un trattamento di dati particolari è rilevante per la produzione di una serie di conseguenze giuridiche, quali: *i)* identificare la base giuridica del trattamento ai sensi dell'articolo 6 GDPR e *ii)* determinare se si incorra nel divieto di cui all'art. 22 GDPR.

Il prosieguo dell'analisi, tuttavia, è volto a dimostrare che, ai fini della individuazione della disciplina applicabile al tipo di pratica di cui qui si discute, la distinzione tra dati speciali e dati ordinari assume rilevanza limitata. Mentre la prima questione viene trattata in questo paragrafo, l'incidenza di tale distinzione sul divieto appena menzionato sarà analizzato nel paragrafo 1.4.

Per quanto riguarda la base giuridica del trattamento, secondo le Linee Guida dell'EDPB sugli assistenti vocali virtuali, l'analisi della voce per fini di pubblicità personalizzata⁹⁰ è un tipo di trattamento che non può qualificarsi strettamente “necessario per l'esecuzione di un contratto” ai sensi dell'articolo 6, paragrafo 1, lettera b), del GDPR, nemmeno nel contesto di un contratto per la fornitura di un contenuto o di un servizio digitale; allo stesso tempo, la pubblicità personalizzata non può essere “[...] considerata come un servizio esplicitamente richiesto dall'utente finale”. Pertanto, in caso di trattamento svolto per un simile scopo, il consenso degli utenti dovrebbe essere sistematicamente raccolto⁹¹. Una conclusione analoga si può trarre dalle Linee guida 3/2019 dell'EDPB sul trattamento dei dati personali mediante dispositivi video, secondo cui il titolare del

⁹⁰ K. T. SMITH, *Marketing via smart speakers: what should Alexa say?*, in *Journal of Strategic Marketing*, 2020, 28(4), pp. 350-365.

⁹¹ Linee guida 02/2021 dell'EDPB sugli assistenti vocali virtuali. Versione 2.0, adottata il 7 luglio 2021, punto 80, disponibile su https://edpb.europa.eu/our-work-tools/our-documents/guidelines/guidelines-022021-virtual-voice-assistants_en. Sul tema del consenso alla raccolta di dati personali la letteratura è sterminata. Cfr. qui, senza pretesa di completezza e rinviando alla bibliografia ivi citata, C. IRTI, *Consenso “negoziato” e circolazione dei dati personali*, Torino, 2021; G. RESTA, V. ZENO-ZENCOVICH, *Volontà e consenso nella fruizione dei servizi in rete*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2018, p. 411 ss.; I.A. CAGGIANO, *Il consenso al trattamento dei dati personali nel nuovo regolamento europeo*, in *Oss. Dir. civ. comm.*, 2018, p. 67 ss.; L. GATT, R. MONTANARI, I.A. CAGGIANO, *Consent to the processing of personal data: a legal and behavioural analysis. Some Insights into the Effectiveness of Data Protection Law*, in *EJPLT*, 2018, p. 1-15; ID., *Consenso al trattamento dei dati personali e analisi giuridico comportamentale. Spunti di una riflessione sull'effettività della tutela dei dati personali*, in *Pol. Dir.*, 2017, p. 363 ss. Per la dottrina anteriore al GDPR, si vedano le autorevolissime voci di V. CUFFARO, *Il consenso dell'interessato*, in *La disciplina del trattamento dei dati personali*, a cura di V. Cuffaro e V. Ricciuto, Torino, 1997, p. 201 ss.; D. MESSINETTI, *Circolazione dei dati personali e dispositivi di regolazione dei poteri individuali*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1998, p. 339 ss. V. CARBONE, *Il consenso, anzi i consensi, nel trattamento informatico dei dati personali*, in *Danno resp.*, 1998, p. 23 ss.; S. SICA, *Il consenso al trattamento dei dati personali: metodi e modelli di qualificazione giuridica*, in *Riv. dir. civ.*, 2001, p. 621 ss. Con specifico riguardo al tema del consenso nel contesto del neuromarketing, cfr. E. TUCCARI, *Neuromarketing: un'asistemica disciplina...oltre il consenso?*, cit., p. 6 manoscritto.

trattamento, per valutare se il legittimo interesse possa costituire idonea base giuridica, deve tenere conto, oltre che del tipo di dati in questione (personali, biometrici o particolari), delle aspettative degli interessati⁹², nonché dei rischi di pregiudizio per i diritti fondamentali coinvolti. Questi fattori devono poi essere soppesati rispetto agli scopi di lucro del titolare del trattamento. Inoltre, l'EDPB, nel contesto della serie di 'decisioni vincolanti' emesse nel 2023 in tema di pubblicità comportamentale⁹³, ha chiarito che questo tipo di trattamento richiede il consenso dell'interessato⁹⁴. Cosa ancora più importante, tale conclusione è stata confermata da una recente decisione della Corte di giustizia dell'Unione europea⁹⁵.

Il tipo di dati trattati è rilevante altresì per stabilire se il consenso specifico costituisca idonea base giuridica per il trattamento in parola, al posto del consenso esplicito richiesto per il trattamento di dati particolari. Il GDPR ha reso meno netta la linea di demarcazione tra consenso specifico e consenso esplicito, stabilendo requisiti rigorosi anche per quanto riguarda il primo tipo di consenso⁹⁶. Infatti, il consenso specifico è valido se, tra l'altro, è *informato*. Il che implica, però, che si individui l'oggetto del dovere di trasparenza di cui agli articoli 12 e 13 del GDPR⁹⁷: indiscusso essendo che il titolare del trattamento è tenuto rendere note le finalità del trattamento (cfr. considerando 42 e art. 58 GDPR)⁹⁸, le opinioni appaiono discordanti in merito al grado di specificità richiesto per tali informazioni.

⁹² Nel caso di monitoraggio sistematico di un luogo specifico, è rilevante il tipo di luogo monitorato, ad es., che si tratti di un luogo pubblico destinato al tempo libero, all'interazione con altre persone, ecc.)

⁹³ *European Data Protection Board – Binding Decisions n. 2/2022, 3/2022 e 4/2023*, https://edpb.europa.eu/our-work-tools/consistency-findings/register-for-decisions_en.

⁹⁴ Di diverso avviso C. WENDEHORST, Y. DULLER, *Biometric Recognition and Behavioral Detection, Assessing the ethical aspects of biometric recognition and behavioural detection techniques with a focus on their current and future use in public spaces*, Policy Department for Citizens' Rights and Constitutional Affairs, PE 696.968 - August 2021, p. 81: secondo cui, nella maggior parte dei casi, il trattamento dei dati personali ai fini del riconoscimento delle emozioni o della categorizzazione biometrica è subordinato al semplice consenso ai sensi dell'art. 6, paragrafo 1, lettera a) GDPR. Tali aa., tuttavia, non considerano in modo specifico la pratica qui in esame.

⁹⁵ Corte di giustizia dell'Unione europea, (Case C-252/21, *Meta Platforms and Others (General terms of use of a social network)*, Judgment of the Court (Grand Chamber) of 4 July 2023 (request for a preliminary ruling from the Oberlandesgericht Düsseldorf — Germany) — *Meta Platforms Inc., formerly Facebook Inc., Meta Platforms Ireland Limited, formerly Facebook Ireland Ltd, Facebook Deutschland GmbH v Bundeskartellamt (C 296/3)*).

⁹⁶ Si veda P. QUINN, G. MALGIERI, *The Difficulty of Defining Sensitive Data - The Concept of Sensitive Data in the EU Data Protection Framework*, cit., 1584 e 1601.

⁹⁷ A. MANTELERO, *The future of consumer data protection in the E.U. Rethinking the "notice and consent" paradigm in the new era of predictive analytics*, in *Computer Law & Security Review*, vol. 30, Issue 6, Dicembre 2014, pp. 643-660. Si veda anche H. RUSCHEMEIER, *Data Brokers and European Digital Legislation*, op. cit., 37.

⁹⁸ Si veda, per una panoramica, G. SARTOR, F. LAGIOIA, F. GALLI, *Regulating targeted and behavioural advertising in digital services. How to ensure users' informed consent*, Policy Department for Citizens' Rights and Constitutional Affairs Directorate-General for Internal Policies, PE 694.680, 59, <http://www.europarl.europa.eu/supporting-analyses>.

Tuttavia, se si accoglie la conclusione qui proposta, vale a dire che l'identificazione delle emozioni di un individuo per fini di pubblicità personalizzata comporta una forma di profilazione (cfr. paragrafo 1.2)⁹⁹, ai sensi degli articoli 13 (2) (f) e 14 (2) (g) GDPR, i titolari del trattamento devono ottenere il consenso esplicito degli interessati e informarli del trattamento, rendendo note non solo le finalità per le quali la profilazione ha luogo, ma anche i criteri sottostanti¹⁰⁰. Queste disposizioni e la Linee guida del Gruppo di lavoro art. 29 in tema di decisioni automatizzate e profilazione fanno riferimento alla 'logica' coinvolta nell'attività di profilazione, il che comporta che "all'interessato dovrebbero essere fornite anche informazioni sul suo profilo, ad esempio in quali 'segmenti' o 'categorie' è collocato"¹⁰¹. Di recente, inoltre, la Cassazione italiana ha rilevato che il dovere di informare, inter alia, circa le *modalità* del trattamento (stabilito dall'art. 13 del d.lgs 196 del 2003, applicabile *ratione temporis*) riguarda i 'parametri' utilizzati dal sistema di IA per pervenire ad un dato *output*¹⁰². Applicando quanto sopra al riconoscimento delle emozioni, si ha che le persone fisiche che vi sono sottoposte debbono essere informate del fatto di essere oggetto di profilazione sulla base delle proprie emozioni¹⁰³. Si noti, infine, che un obbligo di 'rivelare' i principali parametri impiegati per personalizzare le informazioni fornite ai destinatari del marketing online è stabilito dal Regolamento sui servizi digitali¹⁰⁴, nonché da talune specifiche disposizioni del diritto dei consumatori (cfr. para. 2).

Pertanto, per quanto riguarda l'uso di ERS per valutare le emozioni e caratterizzare le persone per fini di pubblicità personalizzata, le informazioni da comunicare agli interessati dovrebbero avere la funzione di 'segnalare' una pratica socialmente e giuridicamente discutibile, facilitando l'esercizio dei diritti dei soggetti interessati nonché la supervisione di eventuali violazioni della normativa sulla protezione dei dati. Le informazioni fornite sotto forma di avvertimento conciso e chiaro sono particolarmente adatte a tal fine¹⁰⁵, anche in considerazione del contesto in

⁹⁹ Questo tipo di trattamento può rientrare nell'ambito di applicazione dell'articolo 22 del GDPR (cfr. paragrafo 1.4). Si noti che, in questo caso, è necessario un consenso esplicito ai sensi dell'articolo 22 del GDPR, indipendentemente dal tipo di dati utilizzati.

¹⁰⁰ Circa i doveri di informazione da fornirsi ai soggetti interessati, per il caso in cui siano ottenute, per inferenza, informazioni che li riguardano, si vedano S. WACHTER, B. MITTELSTADT, *A Right to Reasonable Inferences: Re-Thinking Data Protection Law in the Age of Big Data and AI*, in *Columbia Business Law Review*, 2019, 2, 494 ss., 543 e 545.

¹⁰¹ Gruppo di lavoro articolo 29, Guidelines on Automated individual decision-making and Profiling for the purposes of Regulation 2016/679, 16.

¹⁰² Cass. civ., 10 ottobre 2023, n. 28358, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2024, 2, 402 ss., con nota di N. BRUTTI, *Mito del consenso e rating reputazionale*. Cfr., inoltre, F. BRAVO, *Rating reputazionale e trasparenza dell'algoritmo. Il caso "Mevaluate"*, nota a Cass. Civ. 25.5.2021, n. 14381, in *Dir. inf.*, 2021, 1005 ss.

¹⁰³ Si veda A. HAUSELMANN, A. M. SEARS, L. ZARD, E. FOSCH-VILLARONGA, *Eu Law and Emotion Data*, op. cit., 5, secondo i quali un'adeguata trasparenza dovrebbe comportare l'obbligo per il titolare del trattamento dei dati di rivelare alle persone fisiche interessate l'emozione specifica rilevata da questa tecnologia.

¹⁰⁴ Si veda in merito il paragrafo 2.

¹⁰⁵ A. KAK, *Regulating Biometrics: Global Approaches and Urgent Questions*. *AI Now Institute, The State of Play and Open Questions in the Future*, a cura di A. Kak, 2020, 16

cui il trattamento si svolge (il quale comporta interazioni transitorie ed effimere tra titolari del trattamento e interessati).

Considerazioni simili sono apertamente articolate dalle già citate Linee guida dell'EDPB sugli assistenti virtuali: ai sensi dell'art. 5, paragrafo 1, lettera a), dell'art. 12 e dell'art.13 GDPR (il cui significato è chiarito dal considerando 58), “Data controllers are obliged to inform users of the processing of their personal data in a concise, transparent, intelligible form, and in an easily accessible way”. Ivi si aggiunge che: “Complying with the transparency requirement [...] serves as a control mechanism over the data processing and allows users to exercise their rights. Informing users properly on how their personal data is being used makes more difficult for data controllers to misuse the VVA for purposes that go far beyond user expectations. For example, patented technologies aim to infer health status and emotional states from a user’s voice and adapt the services provided accordingly”¹⁰⁶.

1.4. Il riconoscimento delle emozioni come forma di trattamento automatizzato ai sensi del GDPR

Il GDPR non trascura di regolare le tecnologie, come i sistemi di IA e di apprendimento automatico¹⁰⁷, che ‘producono’ conoscenza sulle caratteristiche e sul comportamento delle persone fisiche. Esso contiene, infatti, disposizioni che stabiliscono divieti o limiti circa il modo in cui gli *output* di tali sistemi sono ottenuti e utilizzati¹⁰⁸.

Poiché una di tali disposizioni è contenuta nell'art. 22 GDPR¹⁰⁹, il presente paragrafo intende innanzitutto stabilire a quali condizioni essa si applichi all'uso di ERS per lo scopo oggetto di analisi. Successivamente, si

ss., 25-26, <https://ainowinstitute.org/regulatingbiometrics.html>. Cfr. punto 25: “il diritto dell’individuo di rifiutare o revocare il consenso alla raccolta o all’uso dei propri dati è uno strumento importante per contrastare l’uso di sistemi biometrici” (traduzione nostra).

¹⁰⁶ Cfr. *ibidem*, punto 48.

¹⁰⁷ È molto discusso se le tecnologie che “apprendono dai dati” per produrre conoscenza siano considerate dal GDPR. Si veda R. GELLERT, *Comparing definitions of data and information*, in *Regulation & Governance* (2020, 16, 156 ss. In merito, cfr. Gruppo di lavoro art. 29, Opinion n. 3/2012 on developments in biometric technologies, cit., 14: “Data subjects have a right to obtain from the data controller access to their data, in general including their biometric data. Data subjects also have a right to access possible profiles based on these biometric data”.

¹⁰⁸ A. TAMÒ-LARRIEUX, *Decision-making by machines: is the "Law of Everything" enough?*, in *Computer & Security Review*, 2021, 41, 1 ss., 8-13.

¹⁰⁹ Sul tema si vedano, per riferimenti bibliografici, L. EDWARDS, M. VEALE, *Enslaving the algorithm: From a "right to an explanation" to a "right to better decisions"*, in *IEEE Security and Privacy*, 2018, 16(3), 46 ss.; E. PALMERINI, *Algoritmi e decisioni automatizzate. Tutele esistenti e linee evolutive della regolazione*, in *I diritti fondamentali nell'era della digital mass surveillance*, a cura di L. Efrén Ríos Vega, L. Scaffardi, I. Spigno, Napoli, 2021, 209 ss.; D. IMBRUGLIA, *Diritti fondamentali e ambienti digitali: prime note di una ricerca sul diritto a non essere sottoposto a una decisione interamente automatizzata*, in *Annuario OGID 2022- Yearbook JODI 2022*, a cura di S. Orlando e G. Capaldo, Roma, 2022, 113 ss.

prenderanno in considerazione altri pertinenti principi in materia di protezione dei dati personali.

Come noto, in una recente sentenza emessa nella causa OQ vs Land Hessen e SCHUFA Holding¹¹⁰, la Corte di giustizia dell'Unione europea ha optato per un'accezione ampia del termine 'decisione', sulla base di un'interpretazione sistematica e teleologica dell'articolo in questione¹¹¹, con l'obiettivo di garantire effettiva protezione dei diritti fondamentali degli interessati. Secondo la Corte, il considerando 71 GDPR fa riferimento a 'qualsiasi misura' basata su un trattamento automatizzato di dati personali (che comprende "una serie di atti in grado di incidere sull'interessato in molti modi"¹¹²). Ciò che conta è il carattere 'significativo' dell'incidenza della decisione sui diritti dell'interessato ("la gravità degli effetti sullo status giuridico, economico e sociale dell'interessato"¹¹³), da valutarsi caso per caso.

A questo proposito, il citato considerando chiarisce che il requisito dell'incidenza significativa comprende non solo i pregiudizi di carattere patrimoniale, ma anche la discriminazione delle persone fisiche¹¹⁴. Ad esempio, l'assegnazione di una persona fisica a una data categoria sulla base delle di lei rilevate emozioni può comportare una valutazione delle caratteristiche fisiche, fisiologiche o comportamentali di detta persona, che la esponga ad effetti pregiudizievoli. Ad es., sulla base della previsione di una sua più elevata propensione a spendere, le viene offerto, per un dato prodotto, un prezzo personalizzato svantaggioso¹¹⁵; o le viene 'raccomandato' un farmaco, perché considerata affetta da una data patologia. Si consideri inoltre l'eventualità che la caratterizzazione e conseguente valutazione della persona fisica siano inaccurate. Ad es., tale persona viene ritenuta affetta da una data patologia ("Tizia prova spesso rabbia acuta, quindi soffre di una malattia mentale") o rappresentata come avente certi tratti psicologici ("Tizia presenta indolenza, mancanza di

¹¹⁰ Corte di giustizia dell'Unione europea (Prima Sezione), 7 dicembre 2023, OQ contro Land Hessen. (ECLI:EU:C:2023:957), in <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A62021CJ0634>.

¹¹¹ P. A. EARLS DAVIS, S. F. SCHWEMER, *Rethinking Decisions under Article 22 of the GDPR: Implications for Semi-Automated Legal Decision-Making*, in *Proceedings of the Third International Workshop on Artificial Intelligence and Intelligent Assistance for Legal Professionals in the Digital Workplace (LegalAIIA 2023)*, held in conjunction with ICAIL 2023, June 19, 2023, Braga, <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.4478107>.

¹¹² Cfr. Conclusioni emesse dall'Avvocato generale Pikämae nella causa C-634/21, OQ vs Land Hessen con l'intervento di SHUFFA Holding, della Corte di Giustizia dell'Unione europea, 7 dicembre 2023, <https://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=271343&pageIndex=0&doclang=IT&mode=req&dir=&occ=first&part=1&cid=2468721>.

¹¹³ Cfr. loc. ult. cit., punto 39.

¹¹⁴ Cfr. G. CARAPEZZA FIGLIA, *Decisioni algoritmiche tra diritto alla spiegazione e divieto di discriminare*, in *Persona e mercato*, 2023, 4, 638 ss.

¹¹⁵ Cfr. S. PAGLIANTINI, *Alla ricerca di una direttiva 93/13 rimasterizzata*, in *Le clausole abusive nei contratti dei consumatori. Trent'anni di direttiva 93/13*, a cura di S. Pagliantini, Torino, 2024, 2 ss., 199-201, nonché R. MONTINARO, *I sistemi di raccomandazione nelle interazioni tra professionisti e consumatori: il punto di vista del diritto dei consumi (e non solo)*, in *Persona e mercato*, 2022, 3, 346 ss.



concentrazione, etc.”), e quindi giudicata inadatta a svolgere una certa attività; etc.

Inoltre, in considerazione del fatto che il quadro normativo in materia di protezione dei dati mira a tutelare i diritti fondamentali delle persone interessate (art. 1 GDPR), alcuni studiosi sostengono l’art. 22 GDPR proibisca qualsiasi interferenza significativa con tali diritti¹¹⁶, compresa la manipolazione. Con tale ultimo termine si intende un’ampia gamma di pratiche lesive dell’autonomia¹¹⁷ e finanche della dignità della persona fisica¹¹⁸. Così, per quanto riguarda la pubblicità online, le Linee guida del Gruppo di lavoro art. 29 sui processi decisionali automatizzati spiegano che, sebbene questo tipo di pratica non comporti di per sé un’incidenza di questo tipo, una pubblicità online, rivolta a soggetti particolarmente vulnerabili e svolta con modalità particolarmente manipolative, fa entrare in gioco l’articolo 22 GDPR¹¹⁹. Ciò può verificarsi, secondo le suddette Linee guida, quando i responsabili del trattamento adottano tecnologie che consentano loro di acquisire conoscenza delle “vulnerabilità delle persone interessate” e di fare leva tale conoscenza.

Come già osservato, il riconoscimento e la categorizzazione delle emozioni implicano una forma di profilazione ai sensi dell’art. 4 (4)

¹¹⁶ G. MALGIERI, G. COMANDÉ, *Why a Right to Legibility of Automated Decision-Making Exists in the General Data Protection Regulation*, in *International Data Privacy Law*, 2017, 7 (3), 15 ss., <https://ssrn.com/abstract=3088976>. Contra I. MENDOZA, L. A. BYGRAVE, *The Right Not to Be Subject to Automated Decision Based on Profiling*, in *EU Internet Law: Regulation and Enforcement 2*, a cura di Tatiany Synodinou, Springer, 2017, 12 ss.

¹¹⁷ T.Z. ZARSKY, *Privacy and Manipulation in the Digital Age*, in *Theoretical Inquiries in Law*, 2019, 20 (1), 157 ss. Si veda anche G. MALGIERI, *In/Acceptable Marketing and Consumers’ Privacy Expectations: Four Tests from EU Data Protection Law*, in *Journal of Consumer Marketing*, 2021, 40 (2), 209 ss., <https://doi.org/10.1108/JCM-03-2021-4571>, nonché K. GRISSE, *Recommender Systems, Manipulation and Private Autonomy: How European Civil Law Regulates and Should Regulate Recommender Systems for the Benefit of Private Autonomy*, in *Recommender Systems: Legal and Ethical Issues*, a cura di S. Genovesi, K. Kaesling, S. Robbins. *The International Library of Ethics, Law and Technology*, vol. 40, 2023, Springer, 101 ss., https://doi.org/10.1007/978-3-031-34804-4_6. Per la dottrina italiana, cfr. V. RICCIUTO, *La persona e la vulnerabilità tecnologica: il diritto della tecnologia sostenibile*, in *Rivista dir. impr.*, 2023, 3, 487 ss.

¹¹⁸ P. STANZIONE, *Relazione introduttiva. Privacy e neurodiritti. La persona al tempo delle neuroscienze*, in *Atti del Convegno – 28 gennaio 2021, GPDP*, 16; A. MOLLO, *La vulnerabilità tecnologica. Neurorights ed esigenze di tutela: profili etici e giuridici*, in *European Journal of Privacy Law & Technologies*, 2021, 200 ss., 207.

¹¹⁹ Si veda M. E. KAMINSKY, *The Right to Explanation, Explained*, op. cit., 202, a commento di Gruppo di lavoro art. 29, *Guidelines on Automated individual decision-making and Profiling for the purposes of Regulation 2016/679*, WP251rev.01, adottato il 3 ottobre 2017, da ultimo rivisto e adottato il 6 febbraio 2018, 21-22, secondo la quale il requisito degli “effetti giuridici o effetti altrettanto significativi” dovrebbe essere interpretato in senso ampio: anche il marketing online o la discriminazione dei prezzi, in alcune condizioni, potrebbero essere considerati effetti significativi rilevanti ai sensi dell’articolo 22. A tal proposito, vengono proposti alcuni criteri per valutare l’importanza della pratica: l’intrusività del processo di profilazione, le aspettative degli interessati, il modo in cui la pubblicità viene diffusa o le particolari vulnerabilità di tali soggetti.

GDPR¹²⁰, grazie alla quale il titolare del trattamento può determinare gli stati emotivi e le caratteristiche psicologiche dell'interessato¹²¹ e dunque apprendere in quale misura il di lui processo decisionale sia 'suscettibile' (nel senso letterale del termine, cioè passibile di risentire degli effetti di un elemento esterno) di venire influenzato dalla pratica di marketing adottata. Questa tecnologia, infatti, può essere utilizzata, anche involontariamente¹²², per orientare i processi decisionali delle persone fisiche, distorcendone le scelte¹²³.

Le argomentazioni qui riportate attengono ad un terreno di riflessione relativamente nuovo - sul quale non è dato soffermarsi - concernente la individuazione del raggio d'azione della regolamentazione sui dati personali: si tratta di stabilire se in esso ricadano pratiche che incidono negativamente sull'autonomia della persona fisica, anziché sulla semplice autodeterminazione informativa; e, in ultima istanza, di comprendere se stiamo assistendo alla "fine" del diritto alla protezione dei dati, come tradizionalmente inteso e applicato, o, piuttosto, ad un sua nuova "epifania"¹²⁴, grazie alla quale tale sistema si fa accorto custode anche del modo in cui le informazioni concernenti le persone fisiche vengono impiegate e delle relative ricadute sui diritti degli interessati. Molteplici indici normativi inducono ad accogliere una simile conclusione.

È appena il caso di ricordare che altri campi del diritto sono tradizionalmente votati alla protezione dell'autonomia decisionale, per finalità e/o contesti circoscritti. Si pensi al diritto dei consumatori e in particolare alla regolamentazione in tema di pratiche commerciali sleali (cfr. para. 2), i quali proteggono l'autonomia dei consumatori in vista della

¹²⁰ Si tratta di un tipo di trattamento da intendere in un'ampia accezione, secondo la lettera e lo spirito della relativa definizione. Si vedano, in merito, *Guidelines on Automated individual decision-making and Profiling for the purposes of Regulation 2016/679*, cit., 7.

¹²¹ Si veda S.C. MATZ, M. KOSINSKI, G. NAVE, D.J. STILLWELL, *Psychological Targeting as an Effective Approach to Digital Mass Persuasion*, in *Proceedings of the National Academy of Sciences of the United States of America*, 2017, 114, 12714 ss., <https://api.semanticscholar.org/CorpusID:9309185>, su come l'efficacia dei messaggi di marketing aumenti quando vengano adattati ai profili psicologici degli individui. Cfr. anche N. WILDMAN, N. RIETDIJK, A. ARCHER, *Online affective manipulation*, in *The Philosophy of Online Manipulation*, a cura di F. Jongepier, M. Klenk, Routledge, 2022, 311 ss., che descrive le forme di manipolazione basate sulle emozioni.

¹²² Una pratica di marketing che preveda il *targeting* degli individui sulla base delle informazioni elaborate dagli ERS è per definizione connotata da una più intensa efficacia condizionante delle scelte di coloro che vi sono esposti, rappresentando così un rischio per la loro autodeterminazione e dignità.

¹²³ T. CASARETO DAL VERME, *Artificial Intelligence, Neuroscience and Emotional Data. What Role for Private Autonomy in the Digital Market?*, in *Erasmus Law Review*, 2024, 3, doi: 10.5553/ELR.000257.

¹²⁴ Sul tema, si veda già I. RUBINSTEIN, *Big Data: The End of Privacy or a New Beginning?*, in *International Data Privacy Law*, 2013, e in *NYU School of Law, Public Law Research Paper No. 12-56*, 1 ss., 5, in <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2157659>. K. GRISSE, *Recommender Systems, Manipulation and Private Autonomy: How European Civil Law Regulates and Should Regulate Recommender Systems for the Benefit of Private Autonomy*, op. cit., 106 ss. Cfr. anche T.Z. ZARSKY, *Privacy and Manipulation in the Digital Age*, op. cit., 161 ss.

esigenza di prevenire fallimenti del mercato¹²⁵. Ivi le pratiche che distorcono la scelta dei consumatori costituiscono oggetto di specifiche fattispecie. Le disposizioni in materia di protezione dei dati personali si candidano, invece, a tutelare la persona fisica in quanto tale, a prescindere da un rapporto di consumo. Infine, si noterà più oltre che, nel Regolamento su IA, le pratiche implicanti tecnologie atte a manipolare le persone fisiche sono proibite, a certe condizioni ivi indicate (cfr. para. 3).

In sintesi, si può affermare che la valutazione dello stato emotivo di una persona per i fini di cui si discute costituisce un trattamento automatizzato riconducibile all'art. 22 GDPR, quando implica una incidenza significativa sui suoi diritti (compresi i diritti fondamentali) dell'interessato¹²⁶.

Una critica che si suole comunemente sollevare a questo proposito è che il divieto di cui all'art. 22 (1) GDPR può essere derogato da una semplice manifestazione di consenso esplicito dell'interessato (cfr. art. 22 (2) (c)) offrendo dunque una protezione soltanto nominale per i diritti dell'interessato¹²⁷. Analoga critica viene rivolta anche al divieto di trattare categorie particolari di dati, che viene meno quando l'interessato dia il proprio consenso al trattamento per una o più finalità specifiche (ai sensi dell'art. 22 (4) e dell'art. 9 (2) (a) GDPR). Secondo la lettura avanzata poco sopra (si veda il para. 1.3), questo divieto (e la relativa deroga) include il caso in cui le informazioni sensibili siano elaborate come risultato di un trattamento che ha lo scopo di ottenere tale tipo di informazioni mediante la combinazione di dati che, di per sé isolatamente considerati, non rivestono la qualifica di dati particolari (ad es. dati su bio-caratteristiche o su emozioni desunte sulla scorta dell'analisi di tali ultime caratteristiche).

A tali critiche è tuttavia possibile obiettare che la 'fallacia' del principio del consenso¹²⁸ appare mitigata dal complesso sistema normativo in materia di protezione dei dati, nel quale si rintraccia il principio di trasparenza¹²⁹

¹²⁵ Cfr. T.Z. ZARSKY, op. cit., 172, il quale individua tre differenti ragioni per proibire pratiche manipolative, una *market-oriented*, una seconda *autonomy-based* e, infine, una terza basata sulla considerazione della dignità della persona (giacché simili pratiche degradano l'individuo a oggetto di sperimentazione). Si veda, per considerazioni di ampio respiro sulle funzioni della regolamentazione consumeristica, G. GRISI, *Rapporto di consumo e pratiche commerciali*, in *Eur. dir. priv.*, 2013, 1, 6 ss.

¹²⁶ J. CHEN, L. MIOTTO, *Manipulation, Real-Time Profiling, and their Wrongs*, in *The Philosophy of Online Manipulation*, op. cit., 392-409.

¹²⁷ S. BAROCAS, H. NISSENBAUM, *Big Data's End Run around Anonymity and Consent*, in *Privacy, Big Data, and the Public Good: Frameworks for Engagement*, a cura di Helen Nissenbaum e Victoria Stodden, Cambridge 2014, 46.

¹²⁸ A. MANTELERO, *The future of consumer data protection in the E.U. Rethinking the "notice and consent" paradigm in the new era of predictive analytics*, in *Computer Law and Security Review*, 2014, 30, 643 ss., ssrn.com/abstract=2529245.

¹²⁹ Cfr. M. E. KAMINSKY, *The Right to Explanation, Explained*, op. cit., 189 ss., 196, <https://doi.org/10.15779/Z38TD9N83H>, in cui si osserva che "the right to object, the right to rectification (correction), data protection by design and by default, and the requirement of data protection impact assessments, likely apply to most or even all algorithmic decision-making".

unitamente ad altri principi, quali accuratezza, correttezza¹³⁰ e 'responsabilizzazione'.

Ai fini della presente analisi e senza pretesa di completezza, sia sufficiente qui ricordare come il GDPR prescriva l'accuratezza delle informazioni relative ad una persona fisica (cfr. art. 5 GDPR), affinché quest'ultima non debba subire pregiudizi di sorta per via di una rappresentazione non accurata di tratti attinenti alla propria personalità. Le tecnologie di IA e di apprendimento automatico sono in grado di elaborare dati personali per compiere valutazioni su persone fisiche identificate o identificabili, le quali equivalgono a informazioni che le concernono (cfr. paragrafo 1.2). La questione se il requisito di accuratezza valga anche rispetto alle informazioni ottenute per inferenza è dibattuta in dottrina¹³¹. La soluzione affermativa pare potersi desumere dalla giurisprudenza della Corte di giustizia dell'Unione europea¹³², in considerazione, da ultimo, della decisione sul caso OQ vs Land Hessen e SHUFA Holding, già richiamata: qui l'accuratezza è richiesta rispetto ai dati elaborati dai sistemi di IA, in quanto costituisce uno dei fattori da cui dipende la qualità dei relativi *output*. Spetta dunque al titolare del trattamento assicurarla, adottando adeguate misure tecniche o organizzative¹³³.

La trasparenza ai sensi del GDPR è un principio ampio¹³⁴ che comprende, sì, ma non si esaurisce nell'obbligo per il titolare del trattamento di rendere note le finalità e la logica alla base del trattamento automatizzato e le relative conseguenze (come previsto dall'articolo 15 (1) (h)¹³⁵). Lo stesso diritto di accesso ai dati svolge in primo luogo una

¹³⁰ D. CLIFFORD, J. AUSLOOS, *Data Protection and the Role of Fairness*, in *Yearbook of European Law*, 2018, 37, 130 ss.

¹³¹ Si veda D. HALLINAN, F. ZUIDERVEEN BORGESIU, *Opinions can be Incorrect! In our Opinion. On the accuracy principle in data protection law*, in *International Data Privacy Law* 2020, 4, 1 ss., https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3540737.

¹³² Cfr. CGUE, Google Spain SL e Google Inc. contro Agencia Espanola de Proteccion de Datos (AEPD) e Mario Costeja Gonzalez, C-131/12, 13 maggio 2014, ECLI:EU:C:2014:317, par. 88. Si veda anche Corte di giustizia del 16 gennaio 2019, C-496/17 (Deutsche Post AG), par. 57. Per ulteriori riferimenti cfr. A. TAMÒ-LARRIEUX, *Decision-making by machines. Is the "Law of Everything enough?"*, in *Law & Security Review*, 2021, 41, 1 ss., 10.

¹³³ Cfr. causa C-634/21, ECLI:EU:C:2023:957, avente ad oggetto la domanda di pronuncia pregiudiziale proposta ai sensi dell'articolo 267 TFUE, dal Verwaltungsgericht Wiesbaden (tribunale amministrativo di Wiesbaden, Germania), con decisione del 1° ottobre 2021, nel procedimento tra OQ contro il Land Hessen, con l'intervento di SCHUFA Holding AG, in <https://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?jsessionid=33FDD0B33B2ACB3A4A0D257BFA64DD8F?text=&docid=280426&pageIndex=0&doclang=IT&mode=req&dir=&occ=first&part=1&cid=3404418>. La decisione, oltre a richiamare l'art. 5 GDPR, rinvia altresì al Considerando 71, secondo cui "[...] è opportuno che il titolare del trattamento utilizzi procedure matematiche o statistiche appropriate per la profilazione, metta in atto misure tecniche e organizzative adeguate al fine di garantire, in particolare, che siano rettificati i fattori che comportano inesattezze dei dati [...]".

¹³⁴ Si veda M. E. KAMINSKY, *The Right to Explanation, Explained*, in *Berkeley Technology Law Journal*, 2019, 34, 189 ss., 210, <https://doi.org/10.15779/Z38TD9N83H>, secondo cui il GDPR ha istituito un regime di "trasparenza qualificata".

¹³⁵ Si vedano le conclusioni dell'Avvocato generale Pikamäe del 16 marzo 2023 sulla causa Shufa (causa C-634/21), par. 58. Ai sensi del GDPR, la protezione dei segreti commerciali



funzione di controllo dei processi automatizzati (oltre che di stimolo alla relativa supervisione)¹³⁶. Soprattutto, la trasparenza è affiancata dai principi di responsabilizzazione e correttezza, che hanno acquisito crescente rilievo, in particolare a seguito dell'avvento di tecnologie come l'IA e il *machine learning*¹³⁷.

Un trattamento automatizzato è contrario al principio di correttezza quando dia luogo a relazioni squilibrate tra titolare del trattamento e soggetto interessato e/o implichi gravi rischi per quest'ultimo¹³⁸, nel qual caso esso è vietato anche in presenza di una legittima base giuridica¹³⁹. Una simile condizione ricorre, come già rilevato, allorché il titolare faccia leva su (o dia origine a) una condizione di vulnerabilità dell'interessato sfruttando le informazioni sui di lui stati emotivi e tratti della personalità, acquisite grazie al riconoscimento delle emozioni¹⁴⁰.

Come per ogni altro principio generale del trattamento, spetta al titolare dare ad esso attuazione (secondo la logica propria dell'*accountability* di cui all'art. 5 (2) GDPR)¹⁴¹, innanzitutto nel contesto della valutazione della

e della proprietà intellettuale non giustifica il rifiuto di fornire informazioni agli interessati (Considerando 63), ad esempio sulla logica dello specifico trattamento automatizzato che li riguarda (cfr. G. MALGIERI, *Trade Secrets v Personal Data: A Possible Solution for Balancing Rights in International Data Privacy Law*, 2016, 6 (2), 102 ss., <https://ssrn.com/abstract=3002685>).

¹³⁶ M. E. KAMINSKY, *The Right to Explanation, Explained*, op. cit., 204-217, per cui la trasparenza ai sensi del GDPR comprende il principio "human in the loop", il dovere di adottare garanzie adeguate e tutti i diritti procedurali concessi all'interessato ai sensi dell'articolo 22 del GDPR. Si veda anche G. MALGIERI, G. Comandé, *Why a Right to Legibility of Automated Decision-Making Exists in the General Data Protection Regulation*, in *International Data Privacy Law*, 2017, 7 (3), <https://ssrn.com/abstract=3088976>, 25-26.

¹³⁷ LEE A. BYGRAVE, *Data Protection Law, Approaching Its Rationale, Logic and Limits*, in *Information Law Series*, vol. 10, The Hague, 2002, <https://api.semanticscholar.org/CorpusID:153406054>. Si vedano European Data Protection Board, Guidelines 4/2019 on Article 25 Data Protection by Design and by Default (Adopted on 20 October 2020), 1.

¹³⁸ G. MALGIERI, *The Concept of Fairness in the GDPR: A Linguistic and Contextual Interpretation*, in *Proceedings of FAT* '20*, January 27–30, 2020. ACM, New York, NY, USA, 1 ss., 6, <https://ssrn.com/abstract=3517264>; D. CLIFFORD, J. AUSLOOS, *Data Protection and the Role of Fairness*, in *Yearbook of European Law*, 2018, 37, 130 ss., https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3013139; M. BUTTERWORTH, *The ICO and artificial intelligence: The role of fairness in the GDPR framework*, in *Computer Law & Security Review*, 2018, 34 (2), 257 ss.

¹³⁹ S. ORLANDO, *Per un sindacato della liceità del consenso privacy*, in *Persona e mercato*, 2022, 4, 527 ss., 533-538.

¹⁴⁰ J. Chen, L. Miotto, *Manipulation, Real-Time Profiling, and their Wrongs*, in *The Philosophy of Online Manipulation*, a cura di F. Jongepier, M. Klenk, Routledge, 2022, 392 ss., 404.

¹⁴¹ Si veda EDPB's Response to the MEP Sophie in't Veld's letter on unfair algorithms, in https://www.edpb.europa.eu/our-work-tools/our-documents/letters/edpb-response-mep-sophie-int-velds-letter-unfair-algorithms_en, p. 3, il GDPR mira a garantire che "data subjects are not adversely impacted, including by unintentional consequences of automated decision-making".

‘incidenza’ del trattamento sui diritti dell’interessato¹⁴². Quest’ultima, come noto, è da compiersi (*ex art. 35 GDPR*) quando siano soddisfatte alcune condizioni specifiche¹⁴³ o allorché il trattamento presenti un rischio elevato per i diritti e le libertà delle persone fisiche, tenuto conto della sua natura, portata, contesto e finalità. Simili condizioni sono soddisfatte nella pratica in analisi, in considerazione del tipo di dati utilizzati (dati ottenuti dall’analisi della sfera più intima delle persone), del tipo (trattamento automatizzato) e contesto in cui viene condotto il trattamento, della metodologia di analisi dei dati utilizzata e, soprattutto, della sua incidenza. Si tratta invero di fattori che comportano la probabilità di un rischio elevato per i diritti fondamentali delle persone esposte a questa pratica.

La pertinente dottrina sottolinea come, lungi dal consistere in un mero esercizio di *compliance* per individui e organizzazioni titolari del trattamento, l’istituto in parola valga a proteggere diritti e libertà dell’interessato da tali rischi in via preventiva¹⁴⁴. La valutazione dei rischi effettuata e le misure di mitigazione individuate - da adottare *by design*¹⁴⁵ - devono essere inserite dai titolari del trattamento nei registri delle attività di trattamento a cui le autorità di protezione dei dati possono accedere ai sensi degli art. 24 e 58 GDPR¹⁴⁶, in modo da consentire una supervisione più efficace.

¹⁴² A. KASIRZADEH, D. CLIFFORD, *Fairness and Data Protection Impact Assessments*, in *Proceedings of the 2021 AAAI/ACM Conference on AI, Ethics, and Society (AIES '21)*, May 19–21, 2021, 1 ss., 2, <https://doi.org/10.1145/3461702.3462528>, p. 2.

¹⁴³ Alcune di queste condizioni possono verificarsi quando gli ERS vengono utilizzati per scopi di pubblicità personalizzata. Ad esempio, una forma di valutazione sistematica ed estesa degli aspetti personali delle persone ai sensi dell’articolo 35 (3) (a) del GDPR può riscontrarsi quando essi siano utilizzati nel contesto della pubblicità personalizzata sui social media o veicolata da “assistenti virtuali”. Un monitoraggio sistematico di un’area accessibile al pubblico su larga scala può aversi poi nel caso di cartelloni pubblicitari intelligenti e pubblicità personalizzata nelle vendite al dettaglio (si veda il para. 1.2).

¹⁴⁴ A questo proposito, un aspetto rilevante consiste nello stabilire se l’istituto possa essere interpretato come avente la funzione di valutare i rischi per i diritti fondamentali coinvolti nel trattamento, come suggerisce il tenore normativo dell’art. 35 GDPR e come sostenuto da diversi studiosi. Per una panoramica della letteratura giuridica in materia, si veda G. MALGIERI, *Vulnerability and Data Protection Law*, Oxford, 2023. Sulla questione, si vedano N. VAN DIJK, R. GELLERT, K. ROMMETVEIT, *A Risk to a Right? Beyond Data Protection Risk Assessments*, in *Computer Law & Security Review*, 2016, 32, 286 ss., <https://doi.org/10.1016/j.clsr.2015.12.017>. Cfr., inoltre, Gruppo di lavoro art. 29, *Guidelines on Data Protection Impact Assessment (DPIA) and Determining Whether Processing is "Likely to Result in a High Risk" for the Purposes of Regulation 2016/679* [Art. 29 WP 248 (4 Apr. 2017)]. Si veda anche EDPB’s *Response to the MEP Sophie in't Veld's letter on unfair algorithms*, cit., 4, secondo cui “The outcome of the assessment can also be that the controller will have to refrain from using a specific algorithm, or parts of it, if the risks to the rights of data subjects and other persons cannot be sufficiently mitigated”.

¹⁴⁵ EDPB Guidelines 4/2019 on Article 25 Data Protection by Design and by Default Version 2.0, adottate il 20 ottobre 2020, punto 69. Cfr., per riferimenti, M. RATTI, *Protezione dei dati fin dalla progettazione e protezione dei dati per impostazione predefinita*, in *Codice della Privacy e data protection*, a cura di R. D’Orazio, G. Finocchiaro, O. Pollicino, Milano, 2021, 410 ss.

¹⁴⁶ Cfr. A. TAMÒ-LARRIEUX, *Designing for Privacy and its Legal Framework: Data Protection by design and Default for the Internet of Things*, in *Law, Governance and Technology Series*, Springer, 2018, 182 ss.

In sintesi, il GDPR regola non solamente la raccolta dei dati personali necessari per i sistemi di IA e di apprendimento automatico, ma, al verificarsi delle condizioni e sulla scorta dei principi sopra indicati, anche i processi di estrazione di conoscenza da tali dati¹⁴⁷ e la loro incidenza su un'ampia gamma di interessi giuridicamente protetti¹⁴⁸ come l'auto-determinazione, la non discriminazione e la dignità¹⁴⁹.

Tali considerazioni appaiono di particolare importanza per la pratica oggetto di analisi nel presente studio, la quale, come già ricordato, può comportare manipolazione e discriminazione delle persone fisiche, il loro monitoraggio con il fine di identificarne le emozioni (eventualmente in assenza di consenso informato) e/o una loro inaccurata caratterizzazione¹⁵⁰.

Da ultimo, merita fare cenno al fatto che l'insieme delle tutele di diritto privato desumibili dal regime giuridico dell'Unione europea sulla protezione dei dati personali è stato fatto oggetto di pronunce e innesti legislativi. Più in dettaglio, quanto al primo aspetto, basti pensare agli

¹⁴⁷ Corte di giustizia dell'Unione europea, *Google Spain SL and Google Inc. v Agencia Espanola de Proteccion de Datos (AEPD) and Mario Costeja Gonzalez*, C-131/12, 13 May 2014, ECLI:EU:C:2014:317, punto 68: “the provisions of Directive 95/46, in so far as they govern the processing of personal data liable to infringe fundamental freedoms, in particular the right to privacy, must necessarily be interpreted in the light of fundamental rights, which, according to settled case-law, form an integral part of the general principles of law whose observance the Court ensures and which are now set out in the Charter”. Si veda anche Judgment of the Court (First Chamber) of 7 December 2023. *OQ v Land Hessen* (ECLI:EU:C:2023:957), in <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A62021CJ0634>, che adotta una interpretazione teleologica dell'art. 22 GDPR al fine di assicurare tutela ai diritti fondamentali dell'interessato. Cfr., negli stessi termini, N. PURTOVA, *The law of everything. Broad concept of personal data and future of EU data protection law*, in *Law, Innovation and Technology*, 2018, 10, 40 ss.

¹⁴⁸ A. KASIRZADEH, D. CLIFFORD, *Fairness and Data Protection Impact Assessments*, cit., p. 6. Si veda anche L. DALLA CORTE, *On proportionality in the data protection jurisprudence of the CJEU*, in *International Data Privacy Law*, 2022, 12 (4), 259 ss., <https://doi.org/10.1093/idpl/ipac014>, pp. 262-266.

¹⁴⁹ B. VAN DER SLOOT, *Legal fundamentalism: Is data protection really a fundamental right*, in *Data protection and privacy: (In)visibilities and infrastructure*, a cura di R. Leenes, R. van Brakel, S. Gutwirth, P. De Hert, Law, Governance and Technology Series, Issues in Privacy and Data Protection, Springer, 2017, 36, 3 ss., https://doi.org/10.1007/978-3-319-50796-5_1.

¹⁵⁰ P. VALCKE, D. CLIFFORD, V. K. DESSERS, *Constitutional Challenges in the Emotional AI Era*, in *Constitutional Challenges in the Algorithmic Society*, a cura di Hans-W. Micklitz, Oreste Pollicino, Amnon Reichman, Andrea Simoncini, Giovanni Sartor, and Giovanni De Gregorio, 2021, Cambridge University Press, 57 ss., 65-67. Sul tema della inaccurata rappresentazione della persona fisica, dovuta a forme di caratterizzazione algoritmica, si vedano le riflessioni sul c.d. “representational harm”, rispetto a single persone fisiche o gruppi. Cfr. J. KATZMAN, A. WANG, M. SCHEUERMAN, S. LIN BLODGETT, K. LAIRD, H. WALLACH, S. BAROCAS, *Taxonomizing and Measuring Representational Harms: A Look at Image Tagging*, 4-5, in [arXiv:2305.01776v1](https://arxiv.org/abs/2305.01776v1), nonché C. VÉLIZ, *Self-Presentation and Privacy Online*, in *Journal of Practical Ethics*, 2022, 9 (2), doi: <https://doi.org/10.3998/jpe.2379>, sul rapporto tra auto-rappresentazione e diritto alla privacy. Si veda, infine, B. MITTELSTADT, *From Individual to Group Privacy in Big Data Analytics*, in *Philos. Technol.*, 2017, 30, 475 ss., 482, in 10.1007/s13347-017-0253-7.

articoli 80 e 82 del GDPR¹⁵¹. In base a tali ultime disposizioni, le tutele di *private enforcement*, ivi incluse l’inibitoria e il risarcimento del danno (patrimoniale e non, ad esempio sotto forma di stress emotivo¹⁵²), possono essere azionate dai soggetti interessati e, altresì, dalle associazioni rappresentative, indipendentemente dalla dimostrazione della violazione dei diritti di specifici interessati¹⁵³.

Analogamente, la direttiva (UE) 2020/1828, contempla gli interessi collettivi dei consumatori (intesi come interessi generali dei consumatori e/o come interessi di un gruppo di consumatori)¹⁵⁴, lesi da violazioni delle disposizioni del GDPR (oltre che del Regolamento su IA). In tal modo, essa vincola gli stati membri a riconoscere ai suddetti interessi una tutela effettiva, anche attraverso l’alleggerimento dell’onere di dimostrare un danno derivante da tali violazioni (cfr. articolo 18 della direttiva (UE) 2020/1828)¹⁵⁵.

¹⁵¹ E. PALMERINI, *AI systems and liability in the European and national regulatory strategies*, in *Tort Liability and Autonomous Systems Accidents, in Common and Civil Law Perspectives, a cura di Phillip Morgan*, Cheltenham, 2023, 63 ss., 91-92.

¹⁵² Si veda la sentenza della Corte di giustizia dell’Unione europea (Terza Sezione) del 25 gennaio 2024, *BL v MediaMarktSaturn Hagen-Iserlohn GmbH*, C-687/21, EU:C:2024:72: “...the wording of Article 82(1) of the GDPR, read in the light of recitals 85 and 146 of that regulation, which encourage the acceptance of a broad interpretation of the concept of ‘non-material damage’ within the meaning of that first provision, but also the objective of ensuring a high level of protection of natural persons with regard to the processing of their personal data, ... that the fear experienced by a data subject with regard to a possible misuse of his or her personal data by third parties as a result of an infringement of that regulation is capable, in itself, of constituting ‘non-material damage’, within the meaning of Article 82(1) (see, to that effect, judgment of 14 December 2023, *Natsionalna agentsia za prihodite*, C-340/21, EU:C:2023:986, paragraphs 79 to 86)”.

¹⁵³ Cfr. *Meta Platforms Ireland Limited contro Bundesverband der Verbraucherzentralen und Verbraucherverbände - Verbraucherzentrale Bundesverband eV.*, sentenza della Corte (Terza Sezione) del 28 aprile 2022 (causa C-319/20), secondo cui un trattamento di dati non conforme all’articolo 5 GDPR comporta un rischio di danno per il diritto alla protezione dei dati personali e la possibilità di accedere alle azioni collettive ex art. 80 GDPR. L’assunto alla base di questa decisione è che le disposizioni che concernono la protezione e la circolazione di dati personali riguardano sia la sfera pubblica che quella privata e che la loro violazione incide su interessi sia collettivi che individuali. Si veda anche G. RESTA, *Governare l’innovazione tecnologica: decisioni algoritmiche, diritti digitali e principio di uguaglianza*, in *Pol. Dir.*, 2019, 236 ss.; F. CASAROSA, *La tutela aggregata dei dati personali nel Regolamento 2016/679: una base per l’introduzione di rimedi collettivi?*, in *Regolare la tecnologia: il Reg. UE 2016/679 e la protezione dei dati personali. Un dialogo fra Italia e Spagna*, a cura di A. Mantelero. D. Poletti, Pisa, 2018, 237 ss.; A. MANTELERO, *From group privacy to collective privacy: towards a new dimension of privacy and data protection in the era of big data*, in *Group privacy. New challenges of data technologies*, a cura di L. Floridi, L. Taylor, B. van der Sloot, Dordrecht, 2017, 179.

¹⁵⁴ Direttiva (UE) 2020/1828 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 25 novembre 2020, relativa alle azioni rappresentative per la tutela degli interessi collettivi dei consumatori e che abroga la direttiva 2009/22/CE (L 409/1). Si veda M. FEDERICO, *European Collective Redress and Data Protection Challenges and Opportunities*, in *Media Laws*, 2023, 1, nonché A. GIANNOPOULOU, R. DUCATO, C. ANGIOLINI, G. SCHNEIDER, *From data subjects to data suspects: challenging e-proctoring systems as a university practice*, op. cit., 293-294.

¹⁵⁵ Cfr. E. CAMILLERI, *L’azione rappresentativa e il raccordo imperfetto con il diritto privato regolatorio. Le decisioni delle Autorità tra libero apprezzamento e presunzioni*



2. Il riconoscimento delle emozioni per fini di pubblicità personalizzata secondo le disposizioni in tema di pratiche commerciali sleali e sui servizi digitali

La direttiva 2005/29/CE in materia di pratiche commerciali sleali¹⁵⁶ intende prevenire la distorsione del processo decisionale – più esattamente, del comportamento economico¹⁵⁷ – di un consumatore medio¹⁵⁸, anche tenendo conto della esistenza di categorie di consumatori vulnerabili (cfr. Considerando 18 e art. 20 cod. cons.). Sulla scorta di tale *ratio legis*, le Linee Guida della Commissione Europea sull'interpretazione e l'applicazione della direttiva 2005/29/CE (di seguito 'Linee Guida della Commissione Europea'¹⁵⁹) hanno preso in esame le pratiche di personalizzazione della comunicazione commerciale nelle interazioni tra professionisti e consumatori, giungendo alla conclusione che simili pratiche sono sleali e dunque vietate quando comportino uno sfruttamento dello stato di vulnerabilità dei consumatori¹⁶⁰, falsandone o essendo idonee a falsarne il

giurisprudenziali: spunti dall'arrêt Repsol, in *Nuove leggi civili commentate*, 2024, 2, 437 ss., 457.

¹⁵⁶ Cfr., senza pretesa di completezza, G. DE CRISTOFARO, *Le pratiche commerciali scorrette nei rapporti fra professionisti e consumatori*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2008, pp. 1102-1103, nonché M. LIBERTINI, *Clausola generale e disposizioni particolari nella disciplina delle pratiche commerciali scorrette*, in *Contr. impr.*, 2009, 112 ss., nonché M. NUZZO, *Pratiche commerciali sleali ed effetti sul contratto: nullità di protezione o annullabilità per vizi del consenso?*, in *Le pratiche commerciali sleali*, a cura di E. Minervini, L. Rossi Carleo, Milano, 2007, 235 e L. ROSSI CARLEO, *Dalla comunicazione commerciale alle pratiche commerciali scorrette*, *ivi*, 15 ss. Sul rapporto tra regolamentazione in parola e neuroscienze, si veda R. CATERINA, *Psicologia della decisione e tutela del consumatore*, in *Analisi giuridica dell'economia*, 2012, 1, 1 ss., 8, in particolare, sul tema della influenza dispiegata dal professionista sui processi decisionali dei consumatori.

Per una analisi completa della disciplina in oggetto e della sua evoluzione, cfr. L. GUFFANTI PESENTI, *Scorrettezza delle pratiche commerciali e rapporto di consumo*, Napoli, 2020, passim.

¹⁵⁷ Il concetto di comportamento economico deve essere interpretato in senso ampio, in modo da comprendere anche la decisione di entrare in un negozio o di visitare un sito web (cfr. Corte di giustizia europea, Trento Sviluppo srl, Centrale Adriatica Soc. Coop. Arl contro Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato, 19 dicembre 2013, causa C-281/12, punti 35, 36 e 38).

¹⁵⁸ A. SACCOMANNI, *Le nozioni di consumatore e di consumatore medio nella direttiva 2005/29/CE* in *Le pratiche commerciali sleali. Direttiva comunitaria e ordinamento italiano*, a cura di E. Minervini e L. Rossi Carleo, Milano, 2007, 141 ss.

¹⁵⁹ Guida all'interpretazione e all'applicazione della direttiva 2005/29/CE del Parlamento europeo e del Consiglio relativa alle pratiche commerciali sleali tra imprese e consumatori nel mercato interno (2021/C - 526/01). Si veda M. NARCISO, *The Unfair Commercial Practices Directive - Fit for the Digital Challenges?*, in *EuCML*, 2022, 4, 147 ss.

¹⁶⁰ Si vedano le Linee guida della Commissione europea, paragrafo 4.2.7: "l'ambiente digitale consente ai professionisti di impiegare più efficacemente le loro pratiche sulla base dei dati dei consumatori, con un'elevata scalabilità e persino dinamicamente in tempo reale. I professionisti possono sviluppare pratiche di persuasione personalizzate perché si avvalgono di conoscenze superiori basate su dati aggregati riguardanti il comportamento e le preferenze dei consumatori, per esempio collegando dati provenienti da fonti differenti. I

processo decisionale, in contrasto con il requisito della diligenza professionale.

La diligenza professionale ai sensi dell'art. 5 direttiva 2005/29/CE è una clausola generale che riassume i doveri di diligenza di un professionista derivanti da una serie di fattori, quali il tipo di pratica e le tecnologie utilizzate. Pertanto, una pratica commerciale - che non sia né ingannevole (artt. 6 e 7 direttiva 2005/29/CE) né aggressiva (artt. 8 e 9 direttiva 2005/29/CE) o inserita nella c.d. lista nera (art. 5 (5) direttiva 2005/29/CE) - può comunque dirsi scorretta se contrasta con la diligenza professionale¹⁶¹.

L'ulteriore requisito che la pratica distorca materialmente (o sia suscettibile di distorcere) il comportamento economico dei consumatori (cfr. art. 6, paragrafo 1, lettera b), e art. 7, paragrafo 4, direttiva 2005/29/CE) deve essere valutato alla luce del parametro di riferimento costituito dal consumatore medio che, tuttavia, non è un paradigma realistico¹⁶², come suggeriscono ricerche nel campo delle neuroscienze e dell'economia comportamentale. Alla luce di ciò, le Linee Guida della Commissione Europea¹⁶³ elencano esplicitamente tra le forme di vulnerabilità che si possono incontrare nell'ambiente digitale, oltre a quelle derivanti da fattori quali età, infermità e ingenuità, altre forme 'dinamiche' e 'situazionali', presenti nel contesto delle interazioni tra professionisti e consumatori nei mercati digitali. Queste forme di vulnerabilità derivano da vari fattori che portano i consumatori a essere più inclini a essere influenzati da una determinata pratica.

I professionisti che utilizzano le emozioni come "finestra" per ottenere informazioni sugli stati psicologici e sulla personalità dei consumatori

professionisti hanno anche la possibilità di apportare modifiche per migliorare l'efficacia delle loro pratiche, poiché testano continuamente gli effetti delle loro pratiche sui consumatori e in tal modo ne conoscono meglio il comportamento (per es. tramite test A/B). Inoltre, tali pratiche potrebbero spesso essere utilizzate senza che il consumatore ne sia pienamente a conoscenza. È la presenza di tali fattori e la loro opacità a distinguere tecniche di vendita o pubblicità estremamente persuasive, da un lato, da pratiche commerciali che possono essere manipolatorie e di conseguenza sleali ai sensi del diritto dei consumatori, dall'altro lato. Inoltre, esse potrebbero violare gli obblighi di trasparenza ai sensi del GDPR o della direttiva relativa alla vita privata e alle comunicazioni elettroniche".

¹⁶¹ Cfr. 2021 Linee guida della Commissione europea, punto 2.7. Si veda anche S. ORLANDO, *The Use of Unfair Contractual Terms as an Unfair Commercial Practice*, in *European Review of Contract Law*, 2011, 1, 26 ss., 38; contra P. HACKER, *Manipulation by algorithms. Exploring the triangle of Unfair Commercial Practice, Data Protection, and Privacy Law*, *European Law Journal*, 2021, 1, 20, in <https://onlinelibrary.wiley.com/doi/full/10.1111/eulj.12389>. Si vedano J. LAUX, S. WACHTER, B. MITTELSTADT, *Neutralizing Online Behavioural Advertising: Algorithmic Targeting with Market Power as an Unfair Commercial Practice*, in *Common Market Law Review*, 2021, 58(3), 22 ss., SSRN: <https://ssrn.com/abstract=3822962>.

¹⁶² Si veda, a tal proposito, N. HELBERGER, F. ZUIDERVEEN BORGESIU, A. REYNA, *The Perfect Match? A Closer Look at the Relationship between EU Consumer Law and Data Protection Law*, in *Common Market Law Review*, 2017, 54, 1466 ss., nonché G. HELLERINGER, A.L. SIBONY, *European Consumer Protection Through the Behavioral Lens*, in *Columbia Journal of European Law*, 2017, 607 ss. Si vedano poi le notazioni di F. TRUBIANI, *Le incerte sorti del "consumatore medio" tra condizionamenti cognitivi e nuove aperture della giurisprudenza*, in *Accademia*, 2023, 101 ss., sul dibattito in dottrina e soprattutto nella giurisprudenza recente.

¹⁶³ Cfr. Linee guida della Commissione UE 2021, punto 2.6.

possono acquisire conoscenze su caratteristiche che rendono i consumatori particolarmente suscettibili agli effetti della pubblicità personalizzata¹⁶⁴. Adottare tecniche con cui si faccia leva su tali conoscenze per distorcere il processo decisionale dei consumatori non è in linea con lo standard di diligenza professionale¹⁶⁵.

Per giunta, secondo le suddette Linee Guida, le pratiche di personalizzazione, per definizione, individuano un gruppo di persone fisiche o una specifica persona fisica sulla base dei loro stati emotivi o della loro personalità, come identificati e dedotti dall'impiego di ERS. L'effetto distorsivo di simili pratiche sul processo decisionale deve essere, quindi, valutato prendendo in considerazione non il generico consumatore medio, ma il consumatore medio del gruppo preso di mira¹⁶⁶ o addirittura lo specifico individuo a cui è rivolta la pubblicità¹⁶⁷.

Si consideri altresì che le probabilità di sfruttamento di caratteristiche che rendono i consumatori particolarmente vulnerabili aumentano allorché questi ultimi non siano consapevoli di essere esposti a simili pratiche¹⁶⁸. Ciò trova conferma in una serie di obblighi specifici di informazione stabiliti di recente da diverse disposizioni del diritto dei consumatori¹⁶⁹.

¹⁶⁴ Cfr. A. SACCOMANNI, *Le vendite di beni e servizi – Pratiche commerciali scorrette*, op. cit., 417 ss., secondo cui occorre che il professionista possa prefigurarsi gli effetti della pratica sui consumatori vulnerabili.

¹⁶⁵ P. HACKER, *Manipulation by algorithms. Exploring the triangle of Unfair Commercial Practice, Data Protection, and Privacy Law*, in *European Law Journal*, 2021, 17 ss. Si veda anche J. TRZASKOWSKI, *Behavioural Innovations in Marketing Law*, in *Copenhagen Business School, CBS LAW Research Paper* 2018, 19 ss., 21, in *Research Methods in Consumer Law* a cura di Hans-W Micklitz, Anne-Lise Sibony, Fabrizio Esposito, Elgar, 2018, <https://ssrn.com/abstract=3398471>.

¹⁶⁶ Cfr. R. CATERINA, *Psicologia della decisione e tutela del consumatore*, op. cit., 17: “diventa importante valorizzare il riferimento, contenuto nella direttiva sulle pratiche commerciali sleali e nell’art. 20 del Codice del Consumo italiano, alla possibilità che la pratica sia rivolta a gruppi particolarmente vulnerabili di consumatori. La segmentazione della clientela è uno degli strumenti fondamentali del marketing; oggi le pratiche commerciali possono essere specificamente mirate agli adolescenti, agli anziani, alle donne in gravidanza, ai consumatori con una alta avversione al rischio, agli one stop shoppers, etc. Nelle sue valutazioni, il diritto deve essere altrettanto duttile: se di fatto una pratica è idonea a trarre in inganno o a condizionare una fascia anche ridotta di consumatori, dovrebbe essere disincentivata, senza parametrare il giudizio alle reazioni di un consumatore ideale o anche solo medio”. Si vedano anche ID., *Paternalismo e antipaternalismo nel diritto privato*, in *Riv. dir. civ.*, 2005, II, 771 ss.; ID., *Processi cognitivi e regole giuridiche*, in *Sistemi intelligenti*, 2007, III, 381 ss.

¹⁶⁷ Cfr. Linee guida della Commissione UE, par. 4.2.7.: “Ai fini di questa valutazione, il parametro di riferimento di un consumatore medio o vulnerabile può essere modulato sul gruppo target e, se la pratica è altamente personalizzata, anche formulato dal punto di vista di una singola persona che è stata oggetto della specifica personalizzazione”. Cfr. anche J. LAUX, S. WACHTER, B. MITTELSTADT, *Neutralizing Online Behavioural Advertising: Algorithmic Targeting with Market Power as an Unfair Commercial Practice*, op. cit., 21-26.

¹⁶⁸ Cfr. Linee guida della Commissione, 4.2.7. Riflessioni critiche sul punto si rinvengono in T. KIM, K. BARASZ, L.K. JOHN, *Why am I seeing this ad? the effect of ad transparency on ad effectiveness*, in *J. Consum. Res.*, 2018, 45, 906 ss.

¹⁶⁹ M. DUROVIC, J. WATSON, *Nothing to Be Happy about: Consumer Emotions and AI*, in *J Multidisciplinary Scientific Journal* 2021, 4, 784 ss., 791, <https://doi.org/10.3390/j4040053>:

L'inosservanza di tali obblighi può assumere rilevanza allorché si tratti di valutare se una pratica sia ingannevole ai sensi della direttiva 2005/29/CE¹⁷⁰.

In sintesi, l'analisi svolta tocca anche il tema, di più ampio respiro, del rapporto tra la direttiva 2005/29/CE e la regolamentazione in materia di protezione dei dati. In merito, le indagini compiute dalla dottrina e i provvedimenti delle autorità competenti nei due campi restituiscono il quadro di un ordine giuridico, in cui i diversi livelli normativi interagiscono secondo un rapporto, non di reciproca esclusione, ma anzi di interazione, con l'obiettivo di catturare fenomeni (almeno all'apparenza) 'sfuggenti'. Ad esempio, rispetto a talune pratiche riscontrabili in concreto, l'uno, il diritto dei consumatori, può apparire più 'attrezzato', come avviene nel caso di pratiche di manipolazione¹⁷¹ (perché distorsive della decisione economica dei consumatori) o di pratiche nelle quali è dubbio se la regolamentazione in materia di dati personali sia applicabile. Viceversa, rispetto agli altri rischi insiti nel riconoscimento automatizzato delle emozioni (quali, ad es., la inaccurata rappresentazione della personalità delle persone fisiche categorizzate in base alle emozioni, il monitoraggio sistematico delle emozioni in forme e modi inattesi per i soggetti che vi siano sottoposti, etc.) istituti e principi desumibili dal GDPR ed il relativo apparato di *enforcement* possono vantare maggiore agio¹⁷².

Infine, non può non farsi riferimento al Regolamento sui servizi digitali, il quale reca tra i propri dichiarati obiettivi la tutela dei diritti fondamentali dei destinatari dei servizi di intermediazione, ivi incluse le piattaforme digitali (cfr. art. 1, paragrafo 1; art. 2 (1); art. 3, lett. (g) e lett. (i) Regolamento sui servizi digitali).

quando gli ERS sono incorporati nei prodotti di consumo, si applicano i doveri di trasparenza stabiliti dalle relative legislazioni di tutela dei consumatori.

¹⁷⁰ Cfr. i molteplici doveri di informazione introdotti con riferimento alla ricerca online di prodotti, la cui violazione è rilevante ai fini dell'accertamento della esistenza di una pratica commerciale ingannevole: cfr., a titolo di esempio, l'art. 22, 4 bis, d. lgs. 6 settembre 2005 n. 206 (c.d. Codice del consumo), introdotto dando attuazione all'art. 7 paragrafo 4a, direttiva 2005/29/CE. Per una rassegna completa delle pertinenti disposizioni, si veda K. GRISSE, *Recommender Systems, Manipulation and Private Autonomy: How European Civil Law Regulates and Should Regulate Recommender Systems for the Benefit of Private Autonomy*, cit., 119, nonché M. ĐUROVIĆ, *Adaptation of Consumer Law to the Digital Age: EU Directive 2019/2161 on Modernisation and Better Enforcement of Consumer Law*, in *Anali Pravnog fakulteta u Beogradu*, LXVIII, 2020, II, 62 ss.; G. VERSACI, *Le tutele a favore del consumatore digitale nella "Direttiva Omnibus"*, in *Persona e mercato*, 2021, 3, 189 ss. Si veda, soprattutto, C. CAMARDI, *Contratti digitali e mercati delle piattaforme. Un promemoria per il civilista*, in *Juscivile*, 2021, 4, 902 ss.

¹⁷¹ Cfr. A. GAMBINO, *IA e pratiche commerciali scorrette*, in *La via europea per l'intelligenza artificiale. Atti Convegno del Progetto Dottorato di Alta Formazione in Scienze Giuridiche - Venezia, 25-26 novembre 2021*, a cura di C. Camardi, Milano, 2022, 381 ss.

¹⁷² J. TRZASKOWSKI, *Manipulation by design*, in *Electronic Markets*, 2024, 34, 14, <https://doi.org/10.1007/s12525-024-00699-y>: "It remains fair to say that data protection law provides for a much tighter, more coherent and more robust framework to further its aims compared to the field of consumer law. The UCPD shares the principles of empowerment, proportionality and transparency with the GDPR, but the UCPD does not contain similar requirements for legitimacy, accountability and security".

Ai fini della presente analisi, sono pertinenti alcune disposizioni contenute in tale Regolamento, relative alla pubblicità online. Tra esse, innanzitutto, vi è l'art. 26 che vieta la pubblicità online basata sulla profilazione effettuata utilizzando (dati particolari e tra l'altro) dati biometrici, quali definiti dall'art. 9(1) GDPR. Pertanto, a differenza del GDPR, il Regolamento sui servizi digitali regola esplicitamente l'uso di dati biometrici allo scopo di valutare e/o prevedere le caratteristiche personali degli individui. Inoltre, questo divieto pare comprendere non solo l'impiego di dati particolari per scopi di pubblicitari mirata, ma anche la creazione di "categorie speciali di profilazione"¹⁷³. Sembrerebbe da ciò potersi argomentare che tale articolo vieta altresì la creazione di classi o gruppi (astratti) di individui sulla base di attributi sensibili per scopi di pubblicità comportamentale¹⁷⁴.

Inoltre, il Regolamento sui servizi digitali stabilisce requisiti di trasparenza in base ai quali è obbligatorio comunicare al destinatario della pubblicità, tra l'altro, "i principali parametri utilizzati per determinare il destinatario a cui viene presentata la pubblicità" (articolo 26, paragrafo 1, lettera d))¹⁷⁵. Ne deriva che, quando un messaggio pubblicitario viene personalizzato sulla base del rilevamento delle emozioni, questo tipo di parametro deve essere comunicato al destinatario del servizio¹⁷⁶.

Sia, poi, sufficiente fare cenno agli ulteriori doveri di trasparenza in materia di pubblicità online (art. 39 (2) (e) Regolamento sui servizi digitali¹⁷⁷) e di valutazione del rischio¹⁷⁸, nonché ai doveri di ricorrere a *auditors*

¹⁷³ Infatti, secondo il Considerando 69 Regolamento sui servizi digitali, "... i fornitori di piattaforme online non dovrebbero presentare inserzioni pubblicitarie basate sulla profilazione, come definite all'articolo 4, punto 4), del regolamento (UE) 2016/679, utilizzando le categorie speciali di dati personali di cui all'articolo 9, paragrafo 1, dello stesso regolamento, anche utilizzando categorie di profilazione basate su tali categorie speciali".

¹⁷⁴ Se applicata alla pubblicità personalizzata effettuata da ERS, questa disposizione può portare al divieto di utilizzare i dati biometrici di un individuo per valutare la sua salute mentale, nonché di costruire profili di individui sulla base di caratteristiche protette (ad esempio, 'individui tristi' o 'individui depressi', ecc.). Pertanto, il Regolamento sui servizi digitali sembra aver stabilito un meccanismo di controllo su 'come' vengono profilati i destinatari di un servizio di intermediazione online.

¹⁷⁵ S. TOMMASI, *Verso il Digital Services Act: la Proposta di Regolamento sul "mercato unico dei servizi digitali" del 15.12.2020*, in *Persona e mercato*, 2021, 1, 215 ss.

¹⁷⁶ Cfr. Considerando 68 Regolamento sui servizi digitali: "[...] i destinatari del servizio dovrebbero disporre di informazioni direttamente accessibili dall'interfaccia online in cui viene presentato il messaggio pubblicitario, sui principali parametri utilizzati per determinare che venga loro presentato un determinato messaggio pubblicitario, fornendo spiegazioni significative della logica utilizzata a tal fine, anche quando questa è basata sulla profilazione. Tali spiegazioni dovrebbero includere informazioni sul metodo utilizzato per presentare la pubblicità, ad esempio se si tratta di pubblicità contestuale o di altro tipo, e, se del caso, i principali criteri di profilazione utilizzati [...]".

¹⁷⁷ Si veda l'articolo 39 (2) (e) Regolamento sui servizi digitali: "se la pubblicità fosse destinata a essere presentata a uno o più gruppi specifici di destinatari del servizio e, in tal caso, i principali parametri utilizzati a tal fine, compresi, se del caso, i principali parametri utilizzati per escludere uno o più di tali particolari gruppi".

¹⁷⁸ Cfr. l'articolo 34 (2) (a), sull'obbligo di effettuare un'autovalutazione del rischio sistemico, e l'articolo 34, paragrafo 2, lettera b), sulle misure appropriate necessarie per attenuare questo tipo di rischi, il cui elenco deve essere redatto e presentato alle autorità di

indipendenti (art. 37 (1) (a) Regolamento sui servizi digitali), e di concedere l'accesso ai dati necessari per accertare l'adempimento delle disposizioni in materia di identificazione e attenuazione dei rischi sistemici (art. 40 (3) Regolamento sui servizi digitali).

Il complesso delle disposizioni sopra descritte, pur presentando tratti di indubbia novità, si applica solo alle informazioni rese disponibili “da una piattaforma online sulla relativa interfaccia online a fronte di un corrispettivo versato specificamente per la promozione di tali informazioni” (secondo la definizione contenuta nell'articolo 3 (r) Regolamento sui servizi digitali). Ciò implica che la pubblicità personalizzata per gli utenti di piattaforme di social media basata sulla rilevazione e la categorizzazione delle emozioni è destinataria dei divieti e nelle prescrizioni sopra citati. Al contrario, pratiche quali l'acquisizione di immagini facciali di individui in luoghi pubblici per fornire pubblicità mirata basata su profili costruiti a partire da tali dati¹⁷⁹ o la pubblicità personalizzata veicolata da assistenti vocali, non rientrano nell'ambito di applicazione del Regolamento sui servizi digitali.

3. Le disposizioni del Regolamento europeo sull'IA in materia di riconoscimento delle emozioni e di categorizzazione biometrica

Il Regolamento su IA persegue l'obiettivo di promuovere l'adozione di un'intelligenza artificiale ‘antropocentrica’ e ‘affidabile’¹⁸⁰, riducendo i rischi di danni alla salute, ai diritti fondamentali e ad altri valori tutelati dal diritto dell'UE, derivanti dall'immissione sul mercato, dalla messa in servizio e dall'uso di sistemi di intelligenza artificiale (art. 1 Regolamento su IA)¹⁸¹.

vigilanza Si veda C. CAUFFMANN, C. GOANTA, *A New Order: The Digital Services Act and Consumer Protection*, in *European Journal of Risk Regulation*, 2021, 12 (4), 758 ss.

¹⁷⁹ Cfr. A. McSTAY, *Empathic media and advertising: Industry, policy, legal and citizen perspectives (the case for intimacy)*, in *Big Data & Society*, 2016, 3 (2), 1 ss., <https://journals.sagepub.com/doi/epub/10.1177/2053951716666868>.

¹⁸⁰ N. SMUHA, E. AHMED-RENGERSB, A. HARKENS, W. LI, J. MACLAREN, R. PISTELLI, K. YEUNG, *How the EU can achieve legally trustworthy AI: a response to the European Commission's Proposal for an Artificial Intelligence Act*, 5 agosto 2021, 14 ss., ssrn.com/abstract=3899991. Si veda anche Commissione europea, *Commission Report on Safety and Liability implications of AI, the Internet of Things and Robotics*, COM(2020)64, February 19th 2020, ec.europa.eu/info/publications/commission-report-safety-and-liability-implications-aiinternet-things-and-robotics-0_en; nonché High-Level Expert Group on Artificial Intelligence, *Ethical Guidelines for Trustworthy AI (Deliverable 1)*, in <https://digital-strategy.ec.europa.eu/en/policies/expert-group-ai>. Si veda altresì G. FINOCCHIARO, *La regolazione dell'intelligenza artificiale*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2022, 1097 ss.

¹⁸¹ M. EBERS, V.R.S. HOCH, F. ROSENKRANZ, H. RUSCHEMEIER, B. STEINROTTER, *The European Commission's Proposal for an Artificial Intelligence Act-A Critical Assessment by Members of the Robotics and AI Law Society (RAILS)*, J 2021, 4, 589 ss., <https://doi.org/10.3390/j4040043>. Cfr., altresì, G. MAZZINI, S. SCALZO, *The Proposal for the Artificial Intelligence Act: considerations around some key concepts*, in *La via europea per l'intelligenza artificiale. Atti Convegno del Progetto Dottorale di Alta Formazione in Scienze Giuridiche*, op. cit., 22-52.

Ciò fa, senza introdurre deroghe alla normativa in materia di protezione dei dati personali¹⁸². Più in particolare, mentre il GDPR regola la raccolta e il trattamento dei dati personali da parte di tali sistemi stabilendo requisiti e obblighi per i responsabili e gli incaricati del trattamento, il Regolamento su IA ‘responsabilizza’ sia i fornitori¹⁸³ (compresi altri partecipanti alle catene di valore dell’IA) che i c.d. ‘deployer’¹⁸⁴, secondo una metodologia di regolazione basata sul rischio¹⁸⁵. Di conseguenza, sono ivi introdotte regole e principi in materia di progettazione, sviluppo e uso di questi sistemi.

Un sistema di riconoscimento delle emozioni è ivi definito come “un sistema di IA avente lo scopo di identificare o dedurre emozioni o intenzioni di persone fisiche sulla base dei loro dati biometrici” (art. 3 (39) Regolamento su IA).

Il significato del lemma ‘dati biometrici’ assume, nell’economia di tale definizione, rilievo primario: si tratta di dati personali¹⁸⁶ risultanti da un trattamento tecnico specifico relativo alle caratteristiche fisiche, fisiologiche o comportamentali di una persona fisica, come le immagini facciali o i dati dattiloscopici (art. 3 (34) Regolamento su IA).

Si può notare che, mentre nella parte iniziale della fattispecie si ricalca la nozione di dato biometrico di cui dall’art. 4 (14) GDPR, a differenza che in quest’ultimo, non è richiesto nel Regolamento su IA che i dati siano tali da consentire o confermare l’identificazione univoca di una persona fisica. A questo proposito, il considerando 14 Regolamento su IA, da un lato, afferma che la nozione di dati biometrici “dovrebbe essere interpretata *alla luce della* nozione di dati biometrici quale definita all’articolo 4, paragrafo 14, del regolamento (UE) 2016/679 [...]”, dall’altro, chiarisce che i dati biometrici sono utilizzati non solo per l’identificazione biometrica, ma anche per scopi di categorizzazione biometrica e di riconoscimento delle

¹⁸² Si veda il considerando 9 e l’articolo 1 (7) Regolamento su IA, secondo cui qualsiasi trattamento di dati personali rimane soggetto alla legislazione dell’UE in materia di dati personali, *privacy* e riservatezza delle comunicazioni. Cfr. A. MANTELETO, *Beyond Data Human Rights, Ethical and Social Impact Assessment in AI*, Springer, 2022, 165-173, doi.org/10.1007/978-94-6265-531-7.

¹⁸³ Cfr. l’art. 3 (3) Regolamento su IA: «fornitore»: una persona fisica o giuridica, un’autorità pubblica, un’agenzia o un altro organismo che sviluppa un sistema di IA o un modello di IA per finalità generali o che fa sviluppare un sistema di IA o un modello di IA per finalità generali e immette tale sistema o modello sul mercato o mette in servizio il sistema di IA con il proprio nome o marchio, a titolo oneroso o gratuito.

¹⁸⁴ Cfr. l’art. 3 (4) Regolamento su IA: “«deployer»: una persona fisica o giuridica, un’autorità pubblica, un’agenzia o un altro organismo che utilizza un sistema di IA sotto la propria autorità, tranne nel caso in cui il sistema di IA sia utilizzato nel corso di un’attività personale non professionale”.

¹⁸⁵ T. MAHLER, *Between risk management and proportionality: The risk-based approach in the EU’s Artificial Intelligence Act Proposal*, in *Nordic Yearbook of Law and Informatics*, 2021.

¹⁸⁶ Il Regolamento su IA fa riferimento al GDPR per la definizione di dati personali (articolo 3 (50), Regolamento su IA) e di categorie particolari di dati personali (articolo 3 (37) Regolamento su IA). Ciò implica che l’analisi teorica e la giurisprudenza derivante dall’applicazione del quadro giuridico sulla protezione dei dati in relazione a queste due ultime definizioni sono rilevanti anche per l’interpretazione del Regolamento su IA (cfr. paragrafi 1.2 e 1.3).

emozioni¹⁸⁷. Quindi, i dati che rivelano informazioni biometriche su una persona fisica (ad es. una foto che ritrae i tratti del viso di un individuo) non costituiscono dati biometrici ai sensi del Regolamento su IA, a meno che non vengano sottoposti a uno specifico trattamento tecnico (proprio come nel GDPR, e questo può spiegare il riferimento, nel considerando 14, all’interpretazione delle disposizioni sulla protezione dei dati relative ai dati biometrici). Tuttavia, il trattamento tecnico specifico richiesto dal Regolamento su IA non coincide con l’identificazione biometrica, potendo essere di altra natura.

Inoltre, il considerando 18 Regolamento su IA, al fine di stabilire i confini della nozione di emozioni, esclude, da un lato, gli stati fisici (come il dolore o la fatica) e, dall’altro, “la semplice individuazione di espressioni, gesti o movimenti immediatamente evidenti, *a meno che non siano utilizzati per identificare o inferire emozioni*”¹⁸⁸. In merito, il suddetto considerando utilizza i seguenti esempi: “espressioni facciali di base quali un aggrottamento delle sopracciglia o un sorriso, gesti quali il movimento di mani, braccia o testa, o caratteristiche della voce di una persona, ad esempio una voce alta o un sussurro”. Pertanto, sebbene occorra che gli ERS utilizzino dati personali ai sensi del GDPR, il significato dell’aggettivo ‘biometrico’ che perimetra la categoria rilevante di dati personali sembra includere la mera rilevazione di bio-caratteristiche c.d. ‘soft’ (cfr. *retro*, para. 1.2 e 1.3).

La formulazione dell’articolo 3 (39) Regolamento su IA usa l’espressione ‘persone fisiche’, prendendo riferirsi quindi al riconoscimento delle emozioni tanto di gruppi, quanto di individui specifici¹⁸⁹.

Si pensi, per un esempio del primo tipo, ad un ERS che elabora in via aggregata il tono di voce dei clienti di un esercizio commerciale, al fine analizzarne le emozioni e regolare di conseguenza luci e musica dell’ambiente. Il secondo tipo di ERS è invece quello che, sulla base dei movimenti corporei di un determinato individuo, ne indovina le emozioni

¹⁸⁷Si veda il considerando 14 Regolamento su IA: “I dati biometrici possono consentire l’autenticazione, l’identificazione o la categorizzazione di persone fisiche e il riconoscimento di emozioni di persone fisiche”.

¹⁸⁸ Considerando 18 Regolamento su IA: “La nozione di “sistema di riconoscimento delle emozioni” di cui al presente regolamento dovrebbe essere definita come un sistema di IA allo scopo di identificare o dedurre emozioni o intenzioni di persone fisiche sulla base dei loro dati biometrici. Il concetto si riferisce a emozioni o intenzioni quali felicità, tristezza, rabbia, sorpresa, disgusto, imbarazzo, eccitazione, vergogna, disprezzo, soddisfazione e divertimento. [...]. Questo non include anche il semplice rilevamento di espressioni, gesti o movimenti facilmente visibili, *a meno che non siano utilizzati per identificare o dedurre le emozioni*. Tali espressioni possono essere espressioni facciali di base, come un cipiglio o un sorriso, o gesti come il movimento delle mani, delle braccia o della testa, o caratteristiche della voce di una persona, come una voce alzata o un sussurro”.

¹⁸⁹ Si veda però European Parliament, Artificial Intelligence Act. Amendments adopted by the European Parliament on 14 June 2023 on the proposal for a regulation of the European Parliament and of the Council on laying down harmonised rules on artificial intelligence (Artificial Intelligence Act) and amending certain Union legislative acts. Ivi l’articolo 3 (1) (34) definiva: “sistema di riconoscimento delle emozioni”: un sistema di intelligenza artificiale allo scopo di identificare o dedurre emozioni, pensieri, stati d’animo o intenzioni di individui o gruppi sulla base dei loro dati biometrici o a base biometrica” (traduzione nostra).



per personalizzare la comunicazione commerciale a lui destinata. Nel secondo esempio, si produce un *output* costituito da informazioni su ‘una persona’, anziché da informazioni su delle ‘persone’¹⁹⁰. Il grado di interferenza con la sfera dei diritti dell’interessato (e dunque di rischio di lesione) è più elevato, specialmente quando le informazioni in tal modo ottenute siano analizzate in combinazione con altri dati relativi alla medesima persona fisica (ad esempio, dati relativi al suo comportamento attuale o passato).

In ordine al trattamento giuridico, l’articolo 50 (3) Regolamento su IA obbliga i *deployer* di ERS, oltre che ad osservare la disciplina in materia di trattamento di dati personali, a “informare le persone fisiche che vi sono esposte in merito al funzionamento del sistema”, e ciò al fine di scongiurare che il riconoscimento delle emozioni avvenga all’insaputa delle persone esposte a tali sistemi di IA (ad es., sul presupposto che non ricorra un trattamento di dati personali). La citata disposizione non identifica esplicitamente la portata di tale obbligo. Il considerando 132 del Regolamento, tuttavia, sembra indicare che tali persone debbano ricevere una ‘notifica’ concernente il fatto che avviene un trattamento dei loro dati biometrici e che tali sistemi di IA possono “identificare o inferire le emozioni o intenzioni di tali persone”; e aggiunge altresì che tali informazioni vanno rese in “formati accessibili per le persone con disabilità”¹⁹¹. Lasciando intendere dunque che il tipo di dati e le finalità perseguite vadano resi noti¹⁹².

Inoltre, alla luce della limitata affidabilità nonché della carenza di specificità e ‘generalizzabilità’ del rilevamento delle emozioni (cfr. considerando 44)¹⁹³, il Regolamento su IA, da un lato, vieta l’immissione

¹⁹⁰ Cfr. L. DALLA CORTE, *Scoping Personal Data: Towards a Nuanced Interpretation of the Material Scope of EU Data Protection Law*, in *European Journal of Law and Technology*, 2019, 10, 1 ss., 9.

¹⁹¹ Considerando 132 Regolamento su IA: “È inoltre opportuno che le persone fisiche ricevano una notifica quando sono esposte a sistemi di IA che, nel trattamento dei loro dati biometrici, possono identificare o inferire le emozioni o intenzioni di tali persone o assegnarle a categorie specifiche. Tali categorie specifiche possono riguardare aspetti quali il sesso, l’età, il colore dei capelli, il colore degli occhi, i tatuaggi, i tratti personali, l’origine etnica, le preferenze e gli interessi personali. Tali informazioni e notifiche dovrebbero essere fornite in formati accessibili alle persone con disabilità”.

¹⁹² Cfr. ANDREAS HAUSELMANN, ALAN M. SEARS, LEX ZARD, EDUARD FOSCH-VILLARONGA, *Eu Law and Emotion Data*, op. cit., 6.

¹⁹³ Considerando 44 Regolamento su IA: “Sussistono serie preoccupazioni in merito alla base scientifica dei sistemi di IA volti a identificare o inferire emozioni, in particolare perché l’espressione delle emozioni varia notevolmente in base alle culture e alle situazioni e persino in relazione a una stessa persona. Tra le principali carenze di tali sistemi figurano la limitata affidabilità, la mancanza di specificità e la limitata generalizzabilità. Pertanto, i sistemi di IA che identificano o inferiscono emozioni o intenzioni di persone fisiche sulla base dei loro dati biometrici possono portare a risultati discriminatori e possono essere invasivi dei diritti e delle libertà delle persone interessate”.

Cfr. S. PRETO, *Emotion-reading algorithms cannot predict intentions via facial expressions* in USC News. 2016, <https://news.usc.edu/160360/algorithms-emotions-facial-expressions-predict-intentions/>. L.FELDMAN BARRETT, *Emotional Expressions Reconsidered: Challenges to Inferring Emotion From Human Facial Movements*, in *Psychological Science in the Public Interest*, 2019, 1 (20), 46 ss. Si vedano anche L. STARK, J. HOEY, *The Ethics of Emotion in Artificial Intelligence Systems*, in *FACCT '21: 2021 ACM Conference*

sul mercato, la messa in servizio e l'utilizzo di ERS nei luoghi di lavoro e negli istituti di istruzione¹⁹⁴, dall'altro, classifica tali sistemi, indipendentemente dal contesto in cui vengono utilizzati, come sistemi di IA ad alto rischio ai sensi dell'art. 6 (2) e Allegato III (1) (c). Come noto, l'articolo 6 (2) Regolamento su IA dà vita ad un peculiare regime giuridico, per il quale i fornitori dei sistemi di cui all'Allegato III del Regolamento possono sottrarsi alla rigorosa disciplina dei sistemi di IA ad alto rischio dimostrando che talune condizioni elencate nell'art. 6 (3), sono soddisfatte nel caso concreto. Tuttavia, è altresì previsto che i sistemi di IA elencati nell'allegato III “*sono sempre considerati ad alto rischio*” se effettuano la profilazione di persone fisiche. Come già osservato, il riconoscimento delle emozioni implica una forma di profilazione ed è quindi da ritenersi sempre sottoposto alla regolamentazione dei sistemi ad alto rischio.

Al fine di promuovere l'accuratezza degli output prodotti dagli ERS¹⁹⁵, nonché di prevenire la lesione dei diritti delle persone che vi sono esposte, viene introdotto l'obbligo di istituire un sistema di gestione del rischio, nonché vengono prescritti requisiti relativi a *governance* dei dati, trasparenza e documentazione.

Infatti, il sistema di gestione del rischio mira a: *i)* “identificare e analizzare i rischi noti e ragionevolmente prevedibili che il sistema di IA ad alto rischio può comportare per la salute, la sicurezza o i diritti fondamentali...” e *ii)* adottare “misure di gestione del rischio opportune e mirate tese ad affrontare i rischi individuati” (rispettivamente, artt. 9 (2) (a) e b) Regolamento su IA), “attraverso lo sviluppo o la progettazione del sistema di IA ad alto rischio o la fornitura di informazioni tecniche adeguate (art. 9 (3) Regolamento su IA)”.

Invece, gli obblighi di trasparenza e documentazione (cfr. art. 11 e allegato IV Regolamento su IA) hanno come oggetto, tra l'altro, il livello di accuratezza dei sistemi di IA ad alto rischio e la descrizione del sistema di gestione del rischio ai sensi dell'art. 9 del Regolamento. Inoltre: *i)* l'articolo 49 della legge sull'IA stabilisce un obbligo di registrazione che si applica ai fornitori di sistemi di IA elencati nell'allegato III¹⁹⁶ e *ii)* è richiesto il

on *Fairness, Accountability, and Transparency*, 2021, 1 ss., 9, doi:10.1145/3442188.3445939.

¹⁹⁴ Cfr. art. 5 (1) (f), Regolamento su IA, secondo il quale è vietata: “l'immissione sul mercato, la messa in servizio per tale finalità specifica o l'uso di sistemi di IA per inferire le emozioni di una persona fisica nell'ambito del luogo di lavoro e degli istituti di istruzione, tranne laddove l'uso del sistema di IA sia destinato a essere messo in funzione o immesso sul mercato per motivi medici o di sicurezza”. Si veda anche il considerando 44.

¹⁹⁵ Cfr. ANDREAS HAUSELMANN, ALAN M. SEARS, LEX ZARD, EDUARD FOSCH-VILLARONGA, *Eu Law and Emotion Data*, op. cit., 5, in cui si osserva che, ai sensi dell'art. 5 (1) (d) GDPR, “il principio di accuratezza protegge l'individuo interessato dall'essere trattato in modo irrazionale o ingiusto sulla base di rappresentazioni errate e inaccurate”.

¹⁹⁶ Si veda art. 49 (1) Regolamento su IA: “Prima di immettere sul mercato o mettere in servizio un sistema di IA ad alto rischio elencato nell'allegato III, ad eccezione dei sistemi di IA ad alto rischio di cui all'allegato III, punto 2, il fornitore o, ove applicabile, il rappresentante autorizzato si registra e registra il suo sistema nella banca dati dell'UE di cui all'articolo 71”.

coinvolgimento di un organismo notificato nella valutazione di conformità da effettuare prima dell'immissione sul mercato degli ERS¹⁹⁷.

I requisiti di cui si è detto servono a garantire un efficace *enforcement* pubblico e privato¹⁹⁸, incluso il diritto di presentare un reclamo alle autorità di vigilanza del mercato competenti, spettante a “*qualsiasi persona fisica o giuridica che abbia motivo di ritenere che vi sia stata una violazione delle disposizioni*” del Regolamento (cfr. art. 85 Regolamento su IA). Infatti, in vista di tale obiettivo, viene disposto un coordinamento a livello nazionale tra le autorità di vigilanza del mercato designate a norma del Regolamento e “altre autorità o organismi nazionali pertinenti che controllano l'applicazione [...] di altre disposizioni del diritto dell'Unione che potrebbero essere pertinenti per i sistemi di IA ad alto rischio di cui all'allegato III” (cfr. art. 74 (10) Regolamento su IA). Oltre a tale coordinamento, per quanto riguarda i sistemi ad alto rischio, come gli ERS, inclusi nell'Allegato III, è previsto che tali autorità abbiano accesso alla documentazione tecnica richiesta dal Regolamento su IA (cfr. art. 77 (1)¹⁹⁹). Tali autorità e organismi comprendono anche le autorità nazionali di protezione dei dati²⁰⁰.

Si vorrebbe in tal modo perseguire un livello più elevato di trasparenza qualificata²⁰¹ e quindi un più efficace controllo, ovviando al noto problema della opacità (anche solo di mero fatto, perché dovuta alla carenza di disposizioni che prevedano un'adeguata supervisione) dei sistemi di IA ad alto rischio.

Infine, alcune pratiche di riconoscimento delle emozioni possono incorrere nei divieti di cui all'art. 5 Regolamento su IA²⁰², in presenza di date condizioni.

¹⁹⁷ Si veda il considerando 125 Regolamento su IA: è “opportuno che la valutazione della conformità di tali sistemi sia generalmente effettuata dal fornitore sotto la propria responsabilità, con la sola eccezione dei sistemi di IA destinati a essere utilizzati per la biometrica”.

¹⁹⁸ G. MAZZINI, S. SCALZO, *The Proposal for the Artificial Intelligence Act: considerations around some key concepts*, op. cit., 37: “considering the peculiarities of AI (opacity, complexity, etc.), the AI Act complements data protection legislation with some provisions aimed at ensuring that the rights, obligations and principles of the GDPR can be effectively enforced by the data protection authorities”.

¹⁹⁹ Cfr. art. 77 (1) Regolamento su IA: “Le autorità o gli organismi pubblici nazionali che controllano o fanno rispettare gli obblighi previsti dal diritto dell'Unione a tutela dei diritti fondamentali, compreso il diritto alla non discriminazione, in relazione all'uso dei sistemi di IA ad alto rischio di cui all'allegato III hanno il potere di richiedere qualsiasi documentazione creata o mantenuta a norma del presente regolamento o di accedervi, in una lingua e un formato accessibili, quando l'accesso a tale documentazione è necessario per l'efficace adempimento dei loro mandati”.

²⁰⁰ Cfr. il considerando 157 che cita esplicitamente le autorità di protezione dei dati.

²⁰¹ Si veda M. WIERINGA, *What to account for when accounting for algorithms: a systematic literature review on algorithmic accountability*, 20 Proceedings of the 2020 Conference on Fairness, Accountability, and Transparency, January 2020, 1 ss., doi.org/10.1145/3351095.3372833. Si veda anche M. MARTINI, *Regulating Artificial Intelligence - How to De-Mystify the Alchemy of Code?*, *Algorithms and Law*, a cura di M. Ebers, S.N. Navarro, 2019, Cambridge, doi.org/10.2139/ssrn.3458261.

²⁰² S. ORLANDO, *Regole di immissione sul mercato e "pratiche di intelligenza artificiale" vietate nella proposta di Artificial Intelligence Act*, in *Persona e mercato*, 2022, 3, 346 ss.

Come già ricordato, il rilevamento delle emozioni può essere strumentale alla categorizzazione, quando costituisca un primo passo per assegnare persone fisiche a categorie predefinite, con l'obiettivo di valutarle e/o prevederne il comportamento. Il Regolamento su IA prende in considerazione i sistemi di categorizzazione biometrica all'art. 3 (40), da intendersi come quei sistemi aventi lo “scopo di assegnare persone fisiche a categorie specifiche sulla base dei loro dati biometrici [...]”. Il considerando 16 chiarisce che “Tali categorie specifiche possono riguardare aspetti quali il sesso, l'età, il colore dei capelli, il colore degli occhi, i tatuaggi, i tratti comportamentali o di personalità, la lingua, la religione, l'appartenenza a una minoranza nazionale, l'orientamento sessuale o politico”. Si tratta di un chiaro riferimento al concetto di inferenze biometriche, quanto mai ampio giacché concerne anche il comportamento o la personalità degli individui (ad es. categorizzare un individuo come pigro o di scarsa intelligenza sulla scorta dell'analisi della sua voce). Gli ERS sono riconducibili a tale definizione, allorché siano progettati per conseguire informazioni attinenti al comportamento e alla personalità di persone fisiche, a partire dal rilevamento delle loro emozioni.

A ben vedere, i sistemi di categorizzazione biometrica sono assoggettati nel contesto del Regolamento su IA ad una disciplina che varia a seconda del grado di rischio, alto o inaccettabile, in essi insito.

Ed infatti, secondo l'art. 6 (2) e allegato III (1) (c) Regolamento su IA, i sistemi di IA progettati per essere utilizzati per la categorizzazione biometrica in base ad attributi o caratteristiche sensibili o protetti o in base alla deduzione di tali attributi o caratteristiche²⁰³ costituiscono sistemi di IA ad alto rischio. Come già rammentato, informazioni sensibili relative alle persone fisiche possono essere dedotte anche dall'analisi delle loro emozioni. Ad es., secondo alcune ricerche, l'analisi dell'andatura di una persona può rivelare uno stato di depressione e quindi sfociare nella categorizzazione di quell'individuo come soggetto affetto da malattia mentale²⁰⁴.

Invece, l'art. 5 (1) (g), Regolamento su IA vieta *“l'immissione sul mercato, la messa in servizio a questo scopo specifico o l'uso di sistemi di categorizzazione biometrica che classificano individualmente le persone fisiche sulla base dei loro dati biometrici per dedurre o dedurre la razza, le opinioni politiche, l'appartenenza sindacale, le convinzioni religiose o filosofiche, la vita sessuale o l'orientamento sessuale [...]”*²⁰⁵. L'uso dell'avverbio ‘individualmente’ in questa disposizione serve a distinguere tale pratica, che è fatta oggetto di divieto perché implicante un rischio inaccettabile, dalla categorizzazione biometrica basata su informazioni

²⁰³ Il testo dell'Allegato III (1) (2) nella versione in lingua italiana contiene in realtà dei refusi, giacché così recita: “i sistemi di IA destinati a essere utilizzati per la categorizzazione biometrica in base ad attributi o caratteristiche sensibili protetti basati sulla deduzione di tali attributi o caratteristiche”. Cfr., invece, la versione ufficiale in lingua inglese: “AI systems intended to be used for biometric categorisation, according to sensitive *or* protected attributes *or* characteristics based on the inference of those attributes *or* characteristics”.

²⁰⁴ Cfr. Enisa, *Behavioural Biometrics*, Enisa Briefing 10, 1 ss., 4.

²⁰⁵ Cfr. considerando 30 Regolamento su IA.

sensibili, che invece costituisce semplicemente una pratica ad alto rischio ai sensi dell'art. 6 (2) e dell'Allegato III, la quale – come si ricava adottando l'argomento *a contrario* – include anche la categorizzazione di gruppi di persone fisiche sulla base dei suddetti attributi²⁰⁶. Quindi, ad es., ai sensi dell'art. 5 (1) (g), sono vietati sistemi che deducano le opinioni politiche di una specifica persona fisica sulla base dell'analisi delle sue emozioni.

Il riconoscimento delle emozioni può anche rientrare nell'ambito di applicazione dell'art. 5 (1) (a) Regolamento su IA, che vieta l'immissione sul mercato, la messa in servizio o l'impiego di un sistema di IA che utilizzi tecniche subliminali o deliberatamente manipolative o ingannevoli, laddove si verificano alcune condizioni: *i*) che la pratica abbia l'obiettivo o l'effetto di distorcere significativamente il comportamento di una persona fisica o di un gruppo di persone fisiche, inducendole a prendere una decisione che non avrebbero altrimenti preso; *ii*) che sia stato causato o che sia ragionevolmente probabile un danno significativo a tale persona o a un'altra o a gruppi di persone²⁰⁷.

Pertanto, tale divieto entra in gioco quando sussiste (o è probabile che vi sia) un'incidenza significativa sull'autonomia, sul processo decisionale e sulla libera scelta delle persone fisiche²⁰⁸. Il requisito del danno, ivi previsto, da un lato, è di ampia interpretazione, in quanto comprende casi in cui viene colpita un'altra persona o un gruppo di persone; per altro verso, esso sembra essere soddisfatto solo quando il danno sia significativo. In merito, il considerando 29 cita, tra i criteri da prendere in considerazione, la probabilità di "*effetti negativi sufficientemente importanti sulla salute fisica, psicologica o sugli interessi finanziari*" delle persone fisiche²⁰⁹, con il

²⁰⁶ Si ha quindi che l'art. 5 (1) (g) Regolamento su IA non si applica ai sistemi di IA che elaborano dati biometrici allo scopo di categorizzare gruppi di persone fisiche (ad esempio, per ottenere informazioni sul numero di individui di una certa razza o orientamento sessuale all'interno di una moltitudine di persone fisiche), presupponendo invece che essi siano volti a categorizzare uno specifico individuo. Inoltre, l'elenco delle caratteristiche deducibili da tali sistemi sembrerebbe costituire un numero chiuso, al contrario di quanto avviene nel III (1) (c) Regolamento su IA.

²⁰⁷ Cfr. art. 5 (1) (a) Regolamento su IA: "l'immissione sul mercato, la messa in servizio o l'uso di un sistema di IA che utilizza tecniche subliminali che agiscono senza che una persona ne sia consapevole o tecniche volutamente manipolative o ingannevoli aventi lo scopo o l'effetto di distorcere materialmente il comportamento di una persona o di un gruppo di persone, pregiudicando in modo considerevole la loro capacità di prendere una decisione informata, inducendole pertanto a prendere una decisione che non avrebbero altrimenti preso, in un modo che provochi o possa ragionevolmente provocare a tale persona, a un'altra persona o a un gruppo di persone un danno significativo". Si veda M. LEISER, *Psychological Patterns and Article 5 of the AI Act AI-Powered Deceptive Design in the System Architecture and the User Interface*, in *Journal of AI Law and Regulation*, 1/2024, pp. 1-19, p. 12.

²⁰⁸ Si veda il considerando 29, che fa riferimento a tecniche basate su IA usate "per persuadere le persone ad adottare comportamenti indesiderati o per indurle con l'inganno a prendere decisioni in modo da sovvertirne e pregiudicarne l'autonomia, il processo decisionale e la libera scelta".

²⁰⁹ Considerando 29 Regolamento su IA: "L'immissione sul mercato, la messa in servizio o l'uso di determinati sistemi di IA con l'obiettivo o l'effetto di distorcere materialmente il comportamento umano, per cui è probabile che si verifichino danni significativi, in particolare con impatti negativi sufficientemente importanti sulla salute fisica, psicologica

risultato di rendere ardua la dimostrazione che si sia verificato un danno siffatto in un caso specifico²¹⁰.



o sugli interessi finanziari, sono particolarmente pericolosi e dovrebbero pertanto essere vietati".

²¹⁰ S. ORLANDO, *Regole di immissione sul mercato e "pratiche di intelligenza artificiale" vietate nella proposta di Artificial Intelligence Act*, op. cit., 354. Si veda il parere congiunto EDPB-EDPS sulla proposta di legge sull'intelligenza artificiale, 10, https://edpb.europa.eu/system/files/2021-06/edpb-edps_joint_opinion_ai_regulation_en.pdf. Pertanto, questo tipo di danno è interpretato in modo restrittivo, se confrontato con il danno di cui all'art. 82 GDPR, che è interpretato dalla Corte di giustizia europea come comprendente qualsiasi tipo di danno non patrimoniale derivante dall'inosservanza delle disposizioni in materia di protezione dei dati. Cfr., infine, M. FRANKLIN, *Missing Mechanisms of Manipulation in the EU AI Act*, in *The International FLAIRS Conference Proceedings*, 2022, 35 ss.

INCLUSIONE FINANZIARIA E FENOMENI MIGRATORI*

Di Gabriele Carapezza Figlia

| 895

«Inclusione qui non significa accaparramento assimilatorio né chiusura contro il diverso. Inclusione dell'altro significa piuttosto che i confini della comunità sono aperti a tutti: anche – e soprattutto – a coloro che sono reciprocamente estranei e che estranei vogliono rimanere».

J. HABERMAS, *L'inclusione dell'altro. Studi di teoria politica*, (1996), trad. it., Milano, 1998, 10

SOMMARIO: 1. *Esclusione finanziaria e vulnerabilità dei migranti.* – 2. *Metamorfosi della presenza straniera in Italia ed evoluzione dei processi di inclusione finanziaria.* – 3. *Massimizzazione dell'accesso al conto di pagamento con caratteristiche di base.* – 4. *Rischio linguistico e personalizzazione dell'informazione contrattuale.* – 5. *Valutazione del merito creditizio e divieto di discriminazione.*

ABSTRACT. Il saggio affronta il tema dell'inclusione finanziaria dei migranti, analizzando la loro vulnerabilità economica, culturale e linguistica in grado di produrre una discriminazione intersezionale. Esaminata la radicale trasformazione della presenza straniera in Italia, si scandiscono le diverse fasi del processo di inclusione finanziaria dei migranti. L'autore sottopone, quindi, a una significativa revisione ermeneutica la disciplina dell'accesso universale al conto di pagamento con caratteristiche di base, per analizzare il c.d. rischio linguistico nella contrattazione finanziaria, prospettando un'evoluzione del principio di trasparenza idonea a misurare l'adeguatezza dell'informazione sulle caratteristiche personali del concreto consumatore. La vulnerabilità del consumatore immigrato è, infine, affrontata sotto il profilo dei rischi di discriminazione nella valutazione algoritmica del merito creditizio, suggerendosi una lettura della dir. 2023/2225/UE capace di promuovere la equal opportunity di accesso dei consumatori al mercato creditizio.

The essay addresses the topic of financial inclusion for migrants, analyzing their economic, cultural, and linguistic vulnerabilities capable of producing intersectional discrimination. Having examined the radical transformation of the foreign presence in Italy, the different stages of the financial inclusion process for migrants are outlined. The author therefore subjects the regulation of universal access to basic payment accounts to significant hermeneutic review, to analyze the so-called linguistic risk in financial negotiations, envisaging an evolution of the transparency principle suitable for measuring the adequacy of information on the personal characteristics of the specific consumer. The vulnerability of the immigrant consumer is finally addressed in terms of the risks of discrimination in algorithmic creditworthiness assessment, with a proposed interpretation of Directive 2023/2225/EU aimed at promoting equal opportunity for consumer access to the credit market.



1. Esclusione finanziaria e vulnerabilità dei migranti.

Nell'esperienza contemporanea, storicamente connotata dall'inscindibilità tra mercato e diritto, l'inclusione finanziaria assolve un ruolo cruciale nell'assicurare l'effettiva partecipazione della persona all'organizzazione politica, economica e sociale del Paese (artt. 3, comma 2, cost.; 3, par. 3, Tratt. Un. eur.)¹. L'intermediazione degli strumenti finanziari risulta, infatti, indispensabile per l'accesso al consumo di beni e servizi, la fruizione degli interventi di assistenza e sicurezza sociale, la prestazione dei servizi di interesse generale, l'inserimento nel mercato del lavoro², sì da condizionare fortemente il godimento di numerosi diritti e libertà fondamentali, oltre al grado di inclusione dell'individuo nelle composite e articolate reti comunitarie³.

L'impossibilità o la difficoltà di accedere ai servizi finanziari basilari – come conti correnti e di deposito; servizi di pagamento; prestiti; servizi assicurativi⁴– impedisce di condividere attivamente lo «stile di vita» predominante di una società⁵, in una prospettiva che distingue il concetto di

* Il testo, destinato al *Liber amicorum per Alessio Zaccaria*, costituisce la rielaborazione, con l'aggiunta delle note, della relazione svolta al Convegno “Politiche monetarie e creditizie e tutela della persona “vulnerabile”. Vent'anni di Euro: bilanci e prospettive delle politiche monetarie e creditizie in Italia e in Europa”, organizzato dall'Università degli Studi di Palermo il 22 febbraio 2024.

¹ Trova conferma l'insegnamento di P. PERLINGIERI, *Economia e diritto*, in ID., *Il diritto dei contratti fra persona e mercato. Problemi del diritto civile*, Napoli, 2003, 271, secondo il quale «La società non è riducibile al mercato e alle sue regole; il diritto, al quale spetta la regolamentazione della società, indica limiti e correttivi, dettati non soltanto dal perseguimento della ricchezza e della sua distribuzione, ma da valori ed interessi di natura diversa».

² Un'accurata indagine sul ruolo degli strumenti di diritto privato nella promozione dell'inclusione finanziaria, in un contesto caratterizzato dalla crescente “finanziarizzazione” della società in G. COMPARATO, *Financial Education(s). Developments and Manifestations of Financial Literacy in EU Law and Policy*, in *J. Eur. Cons. Market L.*, 2024, 30 ss.; ID., *The Financialisation of the Citizen. Social and Financial Inclusion Through European Private Law*, Oxford, 2018. In una prospettiva critica di ampio respiro sul ruolo del diritto privato nell'esperienza contemporanea, v. A. ZACCARIA, *Il diritto privato europeo nell'epoca del post-postmodernismo*, in *Riv. dir. civ.*, 2020, 2 ss.

³ Secondo G. VETTORI, *Persona e pluralismo*, in *Pers. e merc.*, 2024, 330, alla luce del personalismo contemporaneo, «regole e principi privatistici devono “proteggere i deboli e dirigere i forti, divenuti ancor più forti”». Un'acuta riflessione sul «pluralismo personalistico» quale categoria ordinante del diritto post-moderno in C. CAMARDI, *Pluralismo e statuti giuridici delle persone*, in *Jus civile*, 2023, 64 ss.

⁴ Sulla nozione multiforme di inclusione finanziaria come fattore in grado di incrementare, a livello microeconomico, il benessere individuale e, a livello macroeconomico, uno sviluppo sostenibile che riduca le diseguglianze v. R. SAHAY, M. ČIHÁK, P. N'DIAYE, A. BARAJAS, S. MITRA, A. KYOBE, Y. MOOI e R. YOUSEFI, *Financial inclusion: Can it meet multiple macroeconomic goals?*, in *IMF Staff Discussion Note*, 2015, 15/17, 1 ss.

⁵ Indispensabile il riferimento, nella civilistica, ad A. FALZEA, *Forma e sostanza nel sistema culturale del diritto*, già in *Atti del Congresso “Cinquanta anni di esperienza giuridica in Italia”*. Messina-Taormina, 3-8 novembre 1981, Milano, 1982, p. 15 ss., ora in ID., *Ricerche di teoria generale del diritto e di dogmatica giuridica*, I, *Teoria generale del*

esclusione sociale da quello di povertà, quale risultante di una molteplicità di indicatori irriducibili al mancato raggiungimento di una soglia minima di reddito⁶.

L'inclusione finanziaria presenta uno spettro molto ampio di livelli.

Da un lato, occorre distinguere tra individui e imprese *formally included* oppure *financially served*, in considerazione della possibilità di impiego di servizi prestati non soltanto da intermediari finanziari autorizzati, ma anche da *providers* che operano informalmente⁷.

Dall'altro, l'inclusione finanziaria non è legata alla mera titolarità di un conto corrente bancario, esigendo l'utilizzazione efficace dei servizi e dei prodotti disponibili sul mercato, in misura adeguata ai bisogni finanziari dell'individuo nel singolo contesto di riferimento⁸. Non è, pertanto, sufficiente la potenziale accessibilità dei servizi, giacché l'inclusione finanziaria impone una loro corretta fruizione tale da permettere il godimento di uno *standard* di vita adeguato in una determinata società⁹.

Sulla base di queste premesse, i migranti appaiono connotati da una spiccata situazione di vulnerabilità, per la particolare esposizione al rischio di esclusione finanziaria¹⁰.

Quattro sono i principali fattori che incidono sul livello di inclusione finanziaria degli stranieri: vulnerabilità linguistica, economica, etnica e culturale, che si sovrappongono e intrecciano tra loro producendo una

diritto, Milano, 1999, p. 172 s., che definisce lo «stile di vita della società» come «sistema di orientamenti» adottati dai consociati per la realizzazione degli interessi comuni. In una prospettiva critica di ampio respiro, sul ruolo del diritto privato europeo nella società del «post-postmodernismo», A. ZACCARIA, *Il diritto privato europeo nell'epoca del post-postmodernismo*, in *Riv. dir. civ.*, 2020, 2 ss.

⁶ Cfr., nella letteratura sociologica, M. BARRY, *Social Exclusion and Social Work: An Introduction*, in ID. e C. HALLET (a cura di), *Social Exclusion and Social Work. Issues of Theory, Policy and Practice*, London, 1998, 1 ss., che definisce l'inclusione sociale come «the attempt to reintegrate, or to increase the participation of marginalised groups within mainstream society».

⁷ Nel rapporto THE WORLD BANK FINANCIAL SECTOR VICE-PRESIDENCY, *Indicators of financial access. Household-level surveys*, Washington D.C., 2005, 4, la *financial exclusion* è riferita soltanto ai gruppi che volontariamente o involontariamente non abbiano accesso a *financial service providers* formali o informali.

⁸ Spunti in P.E. CORRIAS, *Il mercato come risorsa della persona vulnerabile*, in *Riv. dir. civ.*, 2022, 968 ss.

⁹ Cfr. EUROPEAN COMMISSION. DIRECTORATE-GENERAL FOR EMPLOYMENT, SOCIAL AFFAIRS AND EQUAL OPPORTUNITIES, *Financial Services Provision and Prevention of Financial Exclusion*, 2008, 4 ss., che definisce l'esclusione finanziaria come «a process whereby people encounter difficulties accessing and/or using financial services and products in the mainstream market that are appropriate to their needs and enable them to lead a normal social life in the society in which they belong», mettendo in luce che «financial exclusion is tightly linked to social exclusion».

¹⁰ V., ampiamente, G. MATTARELLA, *L'inclusione finanziaria degli immigrati. La tutela del consumatore vulnerabile nei servizi bancari*, Torino, 2021, 16 ss. Con riguardo all'attuale ruolo della vulnerabilità nell'ordinamento italo-europeo, v. L. RUGGERI e M. GIOBBI, *Vulnerabilità economica tra diritto emergenziale e contrattuale*, in *Actual. Jur. Iberoam.*, 2020, 340 ss.; A. DE FRANCESCHI, *Consumers' Vulnerability in the Digital Economy: Personal Data as Counterperformance and Digital Obsolescence*, in *Eur. J. of Consumer L.*, 2022, 73 ss.; E. BATTELLI, *Dal concetto di debolezza alla nozione di vulnerabilità*, in P. CORRIAS (a cura di), *I soggetti vulnerabili, nella disciplina comune e nei mercati regolamentati*, Napoli, 2022, 37 ss.

discriminazione intersezionale¹¹. In altri termini, per il migrante, l'impossibilità o la difficoltà di fare ingresso nel sistema finanziario ordinario trova fondamento in una molteplicità di elementi di differenziazione reciprocamente interconnessi: ostacoli linguistici; grado ridotto di alfabetizzazione bancaria ed educazione finanziaria; scarsa disponibilità di reddito; limitata consistenza patrimoniale; precarietà della condizione lavorativa; difficoltà di accesso all'abitazione; assenza di informazioni adeguate sulla situazione personale e finanziaria; problematica valutazione della capacità di rimborso dei crediti¹².

Tuttavia, la vulnerabilità dei migranti sotto il profilo dell'esclusione finanziaria rifugge da ogni possibilità di generalizzazione¹³, in virtù tanto dell'ineludibile dimensione di complessità del concetto intrinsecamente relazionale di debolezza¹⁴, quanto della spiccata fluidità e disomogeneità della categoria degli stranieri residenti in Italia¹⁵.

2. Metamorfosi della presenza straniera in Italia ed evoluzione dei processi di inclusione finanziaria.

¹¹ Il concetto di intersezionalità è coniato da K.W. CRENSHAW, *Demarginalizing the Intersection of Race and Sex: A Black Feminist Critique of Antidiscrimination Doctrine, Feminist Theory and Antiracist Politics*, in *Univ. Chicago Legal Forum*, 1989, 139 ss., la quale impiega la felice metafora del traffico: «Consider an analogy to traffic in an intersection, coming and going in all four directions. Discrimination, like traffic through an intersection, may flow in one direction, and it may flow in another. If an accident happens in an intersection, it can be caused by cars traveling from any number of directions and, sometimes, from all of them. Similarly, if a Black woman is harmed because she is in the intersection, her injury could result from sex discrimination or race discrimination». Nella dottrina italiana, P. FEMIA, *Discriminazione (divieto di)*, in *Enc. dir., I tematici, I, Contratto*, Milano, 2021, 508, osserva che le nuove categorizzazioni discriminatorie, come la discriminazione intersezionale o quella multipla, rispondono all'esigenza «che la fattispecie concreta sia compresa in tutte le sue particolarità e non frammentata in una serie incoerente di tentativi di sussunzione in norme di dettaglio».

¹² Si rinvia ai materiali di ricerca e informazione elaborati dall'Osservatorio Nazionale sull'Inclusione Finanziaria dei Migranti, quale progetto finanziato dalla Commissione Europea e dal Ministero dell'Interno (Fondo Europeo per l'Integrazione di cittadini di Paesi Terzi) e assegnato al CeSPI (Centro Studi di Politica Internazionale). Il progetto pluriennale ha fornito uno strumento di analisi e monitoraggio costante e organico del fenomeno dell'inclusione finanziaria dei cittadini immigrati in Italia, producendo sei rapporti dal 2012 al 2017.

¹³ Osserva P. PERLINGIERI, *Nuovi profili del contratto*, in *Rass. dir. civ.*, 2000, 545 ss., ora in ID., *Il diritto dei contratti fra persona e mercato*, cit., 427 ss., che la frammentazione degli statuti della debolezza nei rapporti di mercato la rende insuscettibile di essere elevata a categoria generale dotata di propria valenza normativa.

¹⁴ In questo senso, D. POLETTI, voce «*Soggetti deboli*», in *Enc. dir., Annali, IV*, Milano, 2014, 963, secondo la quale «Tutto si fa, in un certo senso, più circolare e fluttuante: il soggetto debole in un certo rapporto è al contempo forte (o comunque meno debole) in altri e viceversa», sì che «è ancora una volta d'obbligo l'abbandono della declinazione al singolare».

¹⁵ Secondo ISTAT, *Rapporto annuale 2024. La situazione del Paese*, Roma, 2024, al 31 dicembre 2023 gli stranieri regolarmente soggiornanti in Italia sono 5.307.598, con una crescita rispetto all'anno precedente del 3,2%. Inoltre, nel 2022 si è toccato il numero più elevato dell'ultimo decennio di nuovi permessi di soggiorno rilasciati pari a 449.118, con un incremento annuo dell'85,9 %.

Volgendo lo sguardo al processo di integrazione degli immigrati nel nostro Paese, si registrano, da parte dei principali indicatori in ambito statistico, numerosi segnali di stabilizzazione socio-demografica, quali il bilanciamento dal punto di vista del genere, la frequente presenza di persone minori di età, la prevalenza quale titolo di soggiorno dei motivi familiari¹⁶, sì da dimostrare – ancorché una lettura che tenga conto delle nazionalità rivela spiccate disomogeneità – il conseguimento di un diffuso inserimento nella società di accoglienza¹⁷.

Nell'ambito di una popolazione immigrata molto più giovane di quella italiana¹⁸, è ormai estremamente rilevante la presenza degli alunni di origine straniera nel sistema scolastico nazionale: essi costituiscono il 10,2% della complessiva popolazione scolastica, con un'incidenza massima nella scuola primaria, oltre a crescere, a un ritmo del 10,9% annuo, il numero degli studenti non comunitari iscritti a un percorso universitario in Italia¹⁹.

Quanto alle tendenze del mercato del lavoro, gli immigrati rappresentano circa un decimo degli occupati. Nonostante un ruolo così rilevante nel mondo del lavoro, permangono ancora delle diseguaglianze tra italiani e stranieri, pur con dinamiche di inserimento che si declinano in maniera differenziata tra le collettività. Nel 2022, il tasso di occupazione degli stranieri tra i 15 e i 64 anni si avvicina fortemente a quello medio (59,2% *versus* 60,1%), ma il valore dell'indicatore del livello di disoccupazione rimane più elevato (12,0% *versus* 8,2%). Con specifico riferimento all'integrazione lavorativa, poi, la segmentazione del mercato del lavoro orienta gli immigrati verso settori occupazionali a bassa qualifica in una misura del 32,4% rispetto all'8,4% degli italiani, mentre ha impieghi richiedenti competenze superiori soltanto il 6,7% degli stranieri contro il 37,3% dei nativi, con maggiore ricorrenza di forme di irregolarità e precarietà della condizione lavorativa²⁰.

Tuttavia, l'esistenza di un quadro estremamente eterogeneo e variegato della presenza straniera in Italia è testimoniata da un rinnovata vivacità dell'iniziativa economica privata. Vi sono attualmente più di 500.000 imprese delle quali sono titolari cittadini non comunitari, pari all'8,5% delle imprese del Paese, con un incremento annuo di circa l'1%. Sebbene il 76,2% di esse siano imprese individuali, le società di capitali – pari al 16,2% – aumentano in misura superiore a dieci punti ogni anno, a indicare l'impiego di modalità organizzative dell'attività di impresa sempre più strutturate e complesse²¹.

¹⁶ V. MINISTERO DEL LAVORO E DELLE POLITICHE SOCIALI, *Comunità a confronto. Rapporto annuale sulla presenza dei migranti 2023*, Roma, 2023, 10.

¹⁷ Cfr. utilmente, M. COLUCCI, *Storia dell'immigrazione straniera in Italia. Dal 1945 ai nostri giorni*, Roma, 2018.

¹⁸ Secondo MINISTERO DEL LAVORO E DELLE POLITICHE SOCIALI, *op. cit.*, 13, «solo il 10,8 % ha più di 60 anni, a fronte del 33% circa rilevato sulla popolazione italiana e i minori sono 767.809, pari al 20,6 % dei regolarmente soggiornati, a fronte di un'incidenza del 15% sulla popolazione di cittadinanza italiana».

¹⁹ V. MINISTERO DEL LAVORO E DELLE POLITICHE SOCIALI, *op. cit.*, 14 ss., che si riferisce all'anno scolastico e accademico 2022/2023.

²⁰ Si rinvia a MINISTERO DEL LAVORO E DELLE POLITICHE SOCIALI, *op. cit.*, 28 ss.

²¹ Cfr. MINISTERO DEL LAVORO E DELLE POLITICHE SOCIALI, *op. cit.*, 34 ss.

Alla luce delle analisi statistiche relative all'accesso ai servizi finanziari, si riscontra, poi, una perdurante rilevanza delle relazioni degli stranieri con gli Stati di origine, che si sviluppano, sia pure secondo modalità differenziate, lungo l'intero processo migratorio.

I dati relativi al volume complessivo delle rimesse in uscita – che hanno raggiunto, a settembre 2023, i 6,077 miliardi di euro²² – confermano un rapporto costante degli immigrati con i territori di origine²³, funzionale non soltanto al sostegno economico delle proprie famiglie, ma anche alla realizzazione di investimenti di natura finanziaria e imprenditoriale. Rispetto all'analisi aggregata, un'indagine dettagliata sui flussi delle rimesse dimostra un crescente spostamento dai canali informali a quelli formali, favorito soprattutto dalle restrizioni prodotte dalla pandemia; un quadro estremamente variegato quanto alle destinazioni delle rimesse e agli importi delle singole transazioni per nazionalità; una graduale evoluzione verso l'uso di strumenti digitali a scapito dei *Money Transfer Operators* che, pur rappresentando attualmente il canale privilegiato delle rimesse, presentano una riduzione di 21 punti percentuali rispetto al 2017²⁴.

Quanto alla misura del livello di inclusione finanziaria, tra gli indicatori compresi dalla Banca Mondiale nel *Global Findex Database*, quello più accreditato si considera il c.d. "indice di bancarizzazione", cioè la titolarità di un conto corrente presso un'istituzione finanziaria²⁵, che, a dicembre 2022, delinea un *gap* tra la popolazione adulta italiana (97 %) e quella non comunitaria (87,8 %). Esiste, quindi, una percentuale significativa di stranieri regolarmente soggiornanti pari al 9% – destinata a incrementarsi al 14 % tra le donne – che non ha accesso a uno strumento finanziario di base come il conto corrente. Non di meno, il dato disaggregato per nazionalità rivela, ancora una volta, uno scenario fortemente disomogeneo, giacché è titolare di un conto corrente il 99% degli immigrati di origine albanese, peruviana o ecuadoregna, ma soltanto il 69% di quelli di origine senegalese o marocchina²⁶.

Questa panoramica indica che è in atto una radicale trasformazione del fenomeno migratorio che non soltanto è divenuto una componente strutturale dell'assetto demografico, economico e sociale del Paese, ma presenta una fisionomia fortemente articolata e complessa irriducibile a ogni semplificazione²⁷.

In questa prospettiva, possono scandirsi tre principali fasi del processo di inclusione finanziaria dei migranti al fine di distinguere, in base al livello di

²² MINISTERO DEL LAVORO E DELLE POLITICHE SOCIALI, *op. cit.*, 24.

²³ BANCA D'ITALIA, *Relazione annuale 2023*, Roma, 2024, 133.

²⁴ MINISTERO DEL LAVORO E DELLE POLITICHE SOCIALI, *Comunità a confronto. Rapporto annuale sulla presenza dei migranti 2022*, Roma, 2022, 25.

²⁵ In tema v. M. BIANCO, D. MARCONI, A. ROMAGNOLI e M. STACCHINI, *Challenges for financial inclusion: the role for financial education and new directions*, in *Questioni di economia e finanza (Occasional Papers)*, 2022, 723, 5 ss.

²⁶ Cfr. MINISTERO DEL LAVORO E DELLE POLITICHE SOCIALI, *Comunità a confronto. Rapporto annuale sulla presenza dei migranti 2023*, cit., 21 ss.

²⁷ V., *amplius*, S. ALLIEVI, *Governare le migrazioni. Si deve, si può*, Roma-Bari, 2023, 9 ss.

integrazione, i principali bisogni finanziari e i relativi strumenti in grado di soddisfarli²⁸.

La prima fase, definita dell'arrivo, si caratterizza per un'elevata fragilità del migrante, spesso presente sul territorio statale in condizione di irregolarità, privo di ogni conoscenza della lingua italiana, in cerca di prima occupazione o con una situazione lavorativa estremamente precaria²⁹. In questo periodo iniziale del percorso migratorio, la disponibilità di strumenti finanziari di base largamente etero-regolamentati, come i servizi di pagamento, rappresenta un significativo meccanismo di riduzione della vulnerabilità dello straniero, da un lato sottraendolo a circuiti finanziari non autorizzati connotati da rischi e costi elevati, dall'altro influenzando in modo decisivo il grado di integrazione economica e sociale.

Nella seconda fase, detta della stabilizzazione, si assiste a una profonda evoluzione dei bisogni finanziari dei cittadini stranieri. La maggiore stabilità della condizione lavorativa e il radicamento nel Paese della vita privata e familiare dei migranti richiedono strumenti che permettano tanto di rispondere a una propensione al risparmio più elevata rispetto agli italiani, quanto di accedere al credito quale requisito indispensabile per il compimento di un percorso di integrazione che richiede risorse crescenti (acquisto di beni e servizi; avvio di un'attività produttiva; mantenimento e istruzione dei figli), oltre a rimanere presente un bisogno finanziario legato all'invio di rimesse in patria, non più allo scopo di estinguere il debito contratto per la migrazione, ma con l'obiettivo di migliorare lo *status* delle famiglie di origine³⁰. Dal punto di vista finanziario, in questa fase di stabilizzazione, la posizione dello straniero si avvicina a quella della clientela *mass-market*: un profilo connotato da redditi medio-bassi, con impiego ridotto di prodotti e servizi finanziari, pur nella permanenza di alcune peculiarità – che rendono rilevanti strategie di *diversity banking* – come le difficoltà linguistiche, un più accentuato grado di stabilità del rapporto con l'istituto finanziario di riferimento, l'esigenza di invio di denaro nei Paesi di origine.

La fase successiva, definibile dell'integrazione, si contraddistingue per bisogni finanziari dello straniero simili a quelli dell'italiano appartenente al medesimo profilo di clientela³¹. L'esigenza più ragguardevole è quella di evitare ogni discriminazione nella fruizione di prodotti e servizi disponibili sul mercato da parte degli immigrati, che si rivelano interessati a operazioni di prestito, con una forte tendenza al risparmio e ancora orientati all'invio di rimesse, ma in una dimensione ormai legata alle opportunità di investimento nei Paesi di origine.

Il quadro che ci viene restituito è, dunque, composito e multiforme, emergendo una gamma diversificata di interessi di natura personale e

²⁸ Si accoglie la preziosa sintesi compiuta dall'OSSERVATORIO NAZIONALE SULL'INCLUSIONE FINANZIARIA DEI MIGRANTI, *Terzo Rapporto 2014*, 40 ss.

²⁹ V. Osservatorio Nazionale sull'Inclusione Finanziaria dei Migranti, *op. cit.*, 41.

³⁰ V. Osservatorio Nazionale sull'Inclusione Finanziaria dei Migranti, *op. loc. ult. cit.*

³¹ V. Osservatorio Nazionale sull'Inclusione Finanziaria dei Migranti, *op. cit.*, 41 s.

patrimoniale degli stranieri immigrati, ai quali calibrare interventi normativi e politiche pubbliche di inclusione finanziaria altrettanto differenziati³².

3. Massimizzazione dell'accesso universale al conto di pagamento con caratteristiche di base.

L'esigenza normativa di assicurare l'inclusione finanziaria degli immigrati, quali consumatori in condizione di particolare vulnerabilità, emerge innanzi tutto nella disciplina di matrice europea del diritto di accesso al conto di pagamento con caratteristiche di base³³.

La direttiva 2014/92/UE del 23 luglio 2014 sulla comparabilità delle spese relative al conto di pagamento, sul trasferimento del conto di pagamento e sull'accesso al conto di pagamento con caratteristiche di base (c.d. *Payment Accounts Directive*), attuata con il d.lg. 15 marzo 2017, n. 37, individua nella prestazione universale di servizi di pagamento un presupposto essenziale per il corretto funzionamento del mercato interno e lo sviluppo di un'economia socialmente inclusiva, che tenga efficacemente conto delle esigenze dei consumatori più vulnerabili³⁴.

La piena integrazione del mercato dei servizi bancari al dettaglio ha richiesto di favorire la più ampia partecipazione dei consumatori, sfruttando pienamente la domanda potenziale di conti di pagamento, con la rimozione degli ostacoli che si frappongono all'apertura di un conto da parte di tutti i consumatori e l'incentivazione all'offerta di prodotti adeguati. In questa prospettiva, l'art. 126 *noviesdecies*, d.lg. 1 settembre 1993, n. 385 (c.d. t.u.b.), inserito dall'art. 1, comma 1, d.lg. n. 37 del 2017, riconosce il «diritto all'apertura di un conto di base» a «tutti i consumatori soggiornanti

³² Rileva M. FRANCESCA, *Inclusione finanziaria e modelli discriminatori. Note introduttive sugli epigoni della discriminazione razziale*, in ID. e C. MIGNONE (a cura di), *Finanza di impatto sociale. Strumenti, interessi, scenari attuativi*, Napoli, 2020, 234 s., che «la discriminazione finanziaria non è pari a quella prodotta dall'economia reale», sì da accentuarsi l'esigenza di una regolamentazione normativa che limiti le «conseguenze dell'esclusione finanziaria».

³³ Cfr. COMITATO ECONOMICO E SOCIALE EUROPEO, *Parere in merito alla «Proposta di direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio sulla comparabilità delle spese relative al conto di pagamento, sul trasferimento del conto di pagamento e sull'accesso al conto di pagamento con caratteristiche di base»*, COM(2013) 266 final, 21.11.2013, in *eur-lex.europa.eu*; MINISTERO DELL'INTERNO, *Inclusione Finanziaria e Mercato del Migrant Banking*, in *interno.gov.it*, 36 ss. In dottrina v., almeno, M. MC ATEER e G. EVANS, *A Financial Inclusion 'Manifesto'. Making Financial Markets Work for All in a Post Financial Crisis World*, in *inclusioncentre.co.uk*, 2010, 44 ss.; V. MELI, *Il conto corrente di base tra inclusione finanziaria e controllo della circolazione della ricchezza*, in *Banca borsa tit. cred.*, 2014, 67 ss.; ID., *sub artt. 126 noviesdecies-126 vices sexies*, in C. COSTA e A. MIRONE (a cura di), *Commento al Testo unico delle leggi in materia bancaria e creditizia*, II, 2ª ed., Torino, 2024, 2208 ss.

³⁴ «Le situazioni patrimoniali – impresa, proprietà, contratto – non possono non avere una funzione socialmente rilevante e soprattutto non possono non realizzarsi in conformità ai valori della persona umana»: così, P. PERLINGIERI, *Mercato, solidarietà e diritti umani*, in *Rass. dir. civ.*, 1995, 84 ss., ora in ID., *Il diritto dei contratti fra persona e mercato*, cit., 255, il quale aggiunge che «l'attività economica, categoria dell'avere, non può che essere strumentale alla realizzazione dei valori esistenziali, alla categoria dell'essere».



legalmente nell'Unione europea, senza discriminazioni e a prescindere dal luogo di residenza» (comma 2), aggiungendo che «per consumatore soggiornante legalmente nell'Unione europea si intende chiunque abbia il diritto di soggiornare in uno Stato membro dell'Unione europea in virtù del diritto dell'Unione o del diritto italiano, compresi i consumatori senza fissa dimora e i richiedenti asilo ai sensi della Convenzione di Ginevra del 28 luglio 1951 relativa allo status dei rifugiati, del relativo protocollo del 31 gennaio 1967 nonché ai sensi degli altri trattati internazionali in materia» (comma 3).

Pertanto, in attuazione degli artt. 2 e 3, comma 2 cost., 14 Cedu, 21 Carta dir. fond. Un. eur. e 15 dir. 2014/92/UE, è proibita la discriminazione nell'accesso ai conti di pagamento con caratteristiche di base in virtù della cittadinanza o del luogo di residenza, nonché di altre qualità personali che costituiscano fattori di rischio ai sensi delle fonti primarie del sistema ordinamentale italo-europeo. Si tratta di elementi caratterizzanti l'identità della persona individuati per la loro corrispondenza a preconcetti diffusi: la diffusione del preconcetto giustifica il divieto di discriminazione, poiché comporta, potenzialmente, l'esclusione dei gruppi svantaggiati dall'accesso al mercato dei servizi bancari al dettaglio³⁵.

Alla luce di un'interpretazione sistematica che valorizzi la *ratio legis* dell'inclusione finanziaria dei soggetti più vulnerabili³⁶, la definizione di consumatore legalmente soggiornante deve includere non soltanto gli stranieri ai quali sia stato rilasciato il permesso di soggiorno, ma anche i titolari di un permesso provvisorio per richiesta asilo – che costituisce, ai sensi dell'[art. 4, comma 1, d.lg. 18 agosto 2015, n. 142](#), documento di riconoscimento³⁷ – nonché, ai sensi dell'art. 16, par. 2 e del considerando n. 39 della dir. 2014/92/UE, i «consumatori a cui non è rilasciato il permesso di soggiorno ma che non possono essere espulsi per motivi di fatto o di diritto»³⁸. La previsione ha suscitato un certo dibattito dottrinale, per la difficoltosa identificazione della figura dei motivi di fatto, ora qualificandosi il riferimento come un refuso del legislatore³⁹, ora rilevandosi l'impossibilità di considerare «soggiornante legalmente» chi non possa

³⁵ Illustra P. FEMIA, *Discriminazione (divieto di)*, cit., 500: la «percezione della differenza», divenendo «norma o prassi di diseguaglianza», produce «un effetto di accrescimento della differenza», sì che la discriminazione è «diseguaglianza incrementale con effetto di segregazione (stigmatizzazione)». In tema v., altresì, B. CHECCHINI, *Discriminazione contrattuale e dignità della persona*, Torino, 2019, 22 ss.

³⁶ P. PERLINGIERI, *L'interpretazione della legge come sistematica ed assiologica. Il broccardo in claris non fit interpretatio, il ruolo dell'art. 12 disp. prel. c.c. e la nuova scuola dell'esegesi*, in *Rass. dir. civ.*, 1985, p. 990 ss., ora in ID., *Scuole tendenze e metodi. Problemi del diritto civile*, Napoli, 1989, 273 ss.; ID., *Applicazione e controllo nell'interpretazione giuridica*, in *Riv. dir. civ.*, 2010, I, 326 ss.

³⁷ In questo senso, Trib. Roma, sez. XVI, 27.1.2022, secondo il quale il permesso provvisorio per richiesta asilo «costituisce, ai sensi dell'art. 4, comma 1, d.lg. n. 142 del 2015, documento di riconoscimento, in quanto, a mente dell'art. 1, comma 1, lett. c), d.P.R. 28.12.2000, n. 445, documento munito di fotografia del titolare e rilasciato, su supporto cartaceo, magnetico o informatico, da una pubblica amministrazione italiana o di altri Stati, che consente l'identificazione personale del titolare».

³⁸ In argomento cfr. G. MATTARELLA, *L'inclusione finanziaria degli immigrati*, cit., 148 ss.

³⁹ G. MATTARELLA, *op. cit.*, 149.

essere espulso per motivi di fatto⁴⁰. In realtà, si tratta di una disposizione connotata da un certo tipo di vaghezza, suscettibile di essere riferita, nella prassi applicativa, a tutti gli stranieri che, ancorché privi di uno dei tipi di permesso di soggiorno normativamente previsti, non siano comunque suscettibili di espulsione (si pensi, a titolo esemplificativo, agli impedimenti da forza maggiore quale la trascorsa emergenza pandemica).

Le caratteristiche normative del conto di base ne evidenziano la particolare attitudine a favorire l'inclusione finanziaria degli stranieri legalmente soggiornanti, così da giustificare l'introduzione in capo agli enti creditizi di un obbligo di servizio universale, con l'offerta di servizi di pagamento essenziali per i consumatori «a titolo gratuito o per una spesa ragionevole» (artt. 18, par. 1, dir. 2014/92/UE; 126 *vicies-bis* e 126 *vicies-quater* t.u.b.)⁴¹.

L'accesso al conto di pagamento permette, infatti, all'immigrato l'accreditamento di fondi, come il deposito di denaro contante, la ricezione di bonifici, la corresponsione della retribuzione lavorativa (la quale, ai sensi dell'art. 1, commi 910 e 911, l. 27 dicembre 2017, n. 205 non può avvenire per mezzo di contante direttamente al lavoratore, ma soltanto attraverso una banca o un ufficio postale); l'emissione di una carta di debito; il prelievo di denaro contante; il compimento di operazioni di pagamento anche attraverso i canali *online* (che, tra l'altro, consentono il trasferimento di fondi all'estero a un costo medio inferiore rispetto a quello del servizio di rimessa, effettuato dal prestatore di servizi di pagamento senza l'apertura di conti di pagamento a nome del pagatore o del beneficiario: art. 1, comma 1, lett. *n*, d.lg. 27 gennaio 2010, n. 11, come modificato dall'[art. 2, comma 1, lett. *h*, d.lg. 15 dicembre 2017, n. 218](#))⁴².

L'accesso universale al conto di pagamento con caratteristiche di base è assicurato da una serie di previsioni, che subordinano il rifiuto della richiesta di apertura e il recesso dal contratto da parte del prestatore del servizio a presupposti specifici da considerarsi, in via interpretativa, tassativi, per l'attitudine ad amplificare il rischio di esclusione finanziaria dello straniero. Rivestono particolare importanza, con riferimento alla posizione del consumatore immigrato, la disposizione che considera giustificato il rifiuto dell'offerta di conti di pagamento nell'ipotesi di violazione delle disposizioni in materia di prevenzione del riciclaggio e di finanziamento del terrorismo (art. 126 *vicies*, comma 1, t.u.b.) e quella che permette al prestatore dei servizi di pagamento di recedere dal contratto relativo al conto di base qualora il consumatore abbia usato intenzionalmente il conto per fini illeciti o non soggiorni più legalmente nell'Unione europea (art. 126 *vicies-ter*, comma 2, lett. *a* e *d*) t.u.b.)⁴³.

⁴⁰ F. DELL'ISOLA, sub art. 126 *noviesdecies* t.u.b., in AA.VV., *Commentario al Testo unico delle leggi in materia bancaria e creditizia*, III, diretto da F. Capriglione, Padova, 2018, 2361.

⁴¹ Cfr. V. MELI, *Il conto corrente di base tra inclusione finanziaria e controllo della circolazione della ricchezza*, cit., 67 ss.; G. LIACE, *Il diritto al conto corrente bancario*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2022, 466 ss.

⁴² V., *amplius*, V. MELI, sub artt. 126 *noviesdecies*-126 *vicies sexies*, cit., 2214 ss.

⁴³ U. MORERA, *Sull'inesistenza di un diritto al conto corrente bancario in capo ai "non consumatori"*, in *Banca borsa tit. cred.*, 2021, 542 s. Sulle condizioni legittimanti il recesso

Tali previsioni limitative del diritto al conto di base, nell'espone il consumatore a un rischio di esclusione finanziaria, devono essere sottoposte a interpretazione restrittiva, in conformità al principio di non discriminazione, sì che a titolo esemplificativo – come indicato dal considerando 34 della dir. 2014/92/UE – i prestatori dei servizi di pagamento non possono utilizzare le disposizioni in materia di rifiuto a contrarre e di recesso «come pretesto per respingere consumatori che sono meno allettanti dal punto di vista commerciale»⁴⁴ e – come indicato dal considerando 47 della dir. 2014/92/UE – il rifiuto dell'apertura di un conto di base può considerarsi giustificato soltanto nel caso di mancato rispetto della richiamata normativa di ordine pubblico da parte del consumatore «e non in ragione dei costi o della complessità della procedura di verifica del rispetto della normativa».

Trova, così, conferma che l'applicazione del divieto di discriminazione al diritto contrattuale non conduce a vietare la creazione di un effetto di disuguaglianza, quando risulti giustificata oggettivamente da finalità legittime perseguite attraverso mezzi appropriati e necessari⁴⁵. Il cuore del problema è rappresentato dall'esigenza di giustificare il trattamento contrattuale deteriore: la violazione del divieto di discriminazione non deriva dalla creazione di un effetto di disuguaglianza nell'accesso all'utilità contrattuale, ma da un giudizio di disvalore nei confronti di un atto o di un comportamento che, senza una giustificazione oggettiva e ragionevole, impedisca o limiti l'accesso dell'altro contraente a beni o servizi, a causa di una qualità personale consistente in un fattore di rischio⁴⁶. Non vi sarà, invece, illecito discriminatorio qualora la disparità di trattamento generata dall'autonomia privata sia bilanciata dal perseguimento proporzionato di una finalità meritevole di tutela, quale l'effettivo rispetto di discipline pubblicistiche presidiate dalla sanzione penale.

del prestatore di servizi di pagamento dal conto di base, v. anche F. MATTASOGLIO, Sub Art. 126-vicies ter, in AA.VV., *Commentario al Testo unico delle leggi in materia bancaria e creditizia*, cit., 2380 ss.

⁴⁴ La *European Banking Authority* ha messo in rilievo che l'effettività della *Payment Accounts Directive* può essere pregiudicata dalla tendenza dei prestatori di servizi di pagamento al *de-risking*, respingendo consumatori poco remunerativi in base all'assenza di sufficienti informazioni. V. EBA, *Orientamenti recanti modifica degli orientamenti EBA/GL/2021/01* (EBA/GL/2024/01, 16.1.2024); EBA, *Opinion of the European Banking Authority on de-risking* (EBA/Op/2022/01, 5.1.2022); EBA, *Opinion of the European Banking Authority on the application of customer due diligence measures to customer who are asylum seekers from higher-risk third countries or territories* (EBA/Op/2016/17, 12.4.2016).

⁴⁵ Sia consentito rinviare, per ulteriori svolgimenti, a G. CARAPEZZA FIGLIA, *Divieto di discriminazione e autonomia contrattuale*, Napoli, 2013, 88 ss., 204 ss.; ID., *Il divieto di discriminazione quale limite all'autonomia contrattuale*, in *Riv. dir. civ.*, 2015, I, 1395 ss.

⁴⁶ «Pertanto, vi sarà discriminazione vietata, qualora non sussista una ragione a fondamento della disparità di trattamento oppure quella addotta sia futile, ma vi corrisponda un notevole svantaggio per il soggetto passivo della condotta. Diversamente, l'illiceità sarà esclusa, allorché l'effetto di disuguaglianza sia bilanciato dal perseguimento di una finalità meritevole di tutela, che si realizzi con mezzi non sproporzionati»: G. CARAPEZZA FIGLIA, *op. ult. cit.*, 1398.

4. Rischio linguistico e personalizzazione dell'informazione contrattuale.

La vulnerabilità del consumatore straniero risulta legata a un ulteriore fattore rappresentato dal c.d. rischio linguistico, cioè il «rischio di dover sopportare le conseguenze negative derivanti dalla mancata o errata comprensione della dichiarazione contrattuale a causa della lingua in cui è espressa»⁴⁷.

Nell'ordinamento italiano manca una disciplina generale dell'uso della lingua nei rapporti di diritto civile – a differenza degli obblighi di traduzione previsti dagli artt. 122, comma 2, c.p.c. e 143 c.p.p. a vantaggio di chi non conosca la lingua italiana –, sì da riconoscersi, in ambito contrattuale, la libertà di lingua a tutti i soggetti privati italiani e stranieri⁴⁸, che possono determinare autonomamente lo strumento di comunicazione della propria volontà contrattuale, in attuazione dei principi costituzionali di eguaglianza (art. 3 cost.), libera manifestazione del pensiero (art. 21 cost.) e tutela dell'autonomia privata (artt. 41 e 118, comma 4 cost.)⁴⁹.

La libertà di lingua subisce, tuttavia, vistose limitazioni nella normativa consumeristica a protezione del contraente debole, come dimostra l'obbligo di rendere «almeno in lingua italiana» le «informazioni fornite» dalle banche e dagli intermediari finanziari nei rapporti con i clienti (art. 127, comma 1 *bis* t.u.b.)⁵⁰, che si aggiunge a ulteriori prescrizioni quali l'uso obbligatorio della lingua italiana con riferimento alle informazioni destinate ai consumatori nei prodotti e nelle relative confezioni (art. 9 c.cons.); la redazione «in lingua italiana con caratteri non meno evidenti di quelli di eventuali altre lingue» della garanzia convenzionale in materia di contratti di vendita (art. 135 *quinquies*, comma 3, c.cons.); la stesura in italiano e in inglese dei codici di condotta (art. 27 *bis*, comma 2, c.cons.); l'obbligo di offrire in lingua italiana, ove il consumatore lo richieda, le informazioni relative ai contratti a distanza o negoziati fuori dai locali commerciali, limitatamente alle tecniche che consentono una comunicazione individuale

⁴⁷ In questo senso, D. MEMMO, *Cittadini e stranieri nel diritto privato della modernità*, Torino, 2012, 163, la quale evidenzia che «si pone all'interprete il problema di provvedere ad un'equa ripartizione del rischio medesimo tra autore e destinatario della dichiarazione». V., altresì, ID., *Dichiarazione contrattuale e comunicazione linguistica*, Padova, 1990.

⁴⁸ V. A. PIZZORUSSO, voce *Uso delle lingue*, in *Noviss. dig. it.*, Torino, 1965, 934 ss.

⁴⁹ Così, D. MEMMO, *Cittadini e stranieri nel diritto privato della modernità*, cit., 164, secondo la quale «Per quanto riguarda in particolare gli stranieri, la libertà di lingua va ad essi estesa proprio in quanto espressione della libertà di manifestazione del pensiero, la quale, al pari delle altre libertà civili costituzionalmente garantite, si intende riconosciuta nel nostro ordinamento anche agli stranieri, indipendentemente dalla condizione di reciprocità». Cfr., altresì, R. DI RAIMO, «Principio di reciprocità» e «diritti inviolabili dell'uomo», in *Rass. dir. civ.*, 1990, 646 ss.

⁵⁰ In argomento v. A. PORTOLANO, *sub art. 127*, in C. COSTA e A. MIRONE (a cura di), *Commento al Testo unico delle leggi in materia bancaria e creditizia*, II, cit., 2239 s., il quale evidenzia che «la norma non vieta l'utilizzo anche di una lingua diversa dall'italiano». Sulla possibilità di applicazione della disciplina più favorevole al consumatore, cfr. A. ZACCARIA, *Sub art. 1469-bis*, in G. DE CRISTOFARO e A. ZACCARIA (a cura di), *Commentario breve al Diritto dei consumatori*, 2^a ed., Milano, 2013, spec. 1612.

(art. 49, comma 7, c.cons.); le previsioni linguistiche in materia di contratti di multiproprietà (artt. 71 e 72 c.cons.).

Pertanto, nell'area delle operazioni di consumo e in particolare nelle relazioni tra intermediario e cliente, la deroga alla libertà linguistica – concepita per contraenti di eguale potere⁵¹ – è funzionale a salvaguardare la chiarezza e la comprensibilità delle informazioni relative al contenuto del contratto o di una specifica clausola o serie di clausole, sì che il conflitto tra l'interesse del professionista alla libera scelta della lingua e quello del consumatore alla corretta informazione è risolto, in queste ipotesi, mediante una ripartizione normativa del rischio di incomprensione linguistica sotto forma di prescrizione di uso della lingua italiana, obbligatorio o su richiesta del consumatore⁵².

Del resto, l'impiego della lingua ufficiale nei rapporti tra intermediario finanziario e cliente non può considerarsi una violazione del divieto di discriminazione indiretta, nonostante la sua piena operatività nel diritto dei contratti, poiché non integra un criterio che svantaggi, in misura sproporzionata, i contraenti stranieri rispetto alla collettività⁵³. Né è configurabile un obbligo di fornire le informazioni precontrattuali e il testo del contratto nella lingua madre del consumatore ogni qualvolta questi incorra in difficoltà di comunicazione o di comprensione, giacché si incrementerebbero in modo esponenziale i costi di transazione imponendo alle banche l'assunzione di personale multilingua per la traduzione dei contratti⁵⁴.

Alla normativa vigente risulterebbe, dunque, estraneo ogni obiettivo di politica del diritto consistente nella protezione del cliente straniero che, posto in contatto con informazioni o condizioni contrattuali redatte in italiano dagli intermediari, sopporta il rischio di non comprenderne il significato, a conferma di quell'orientamento del diritto dei consumi alla «personalizzazione del debitore consumatore» che, lungi dall'essere visto nella sua individualità ancorata a una dimensione di fattualità, rileva asetticamente come «membro di una categoria anonima»⁵⁵. La scelta di

⁵¹ Secondo D. MEMMO, *La lingua nel diritto. Il rischio linguistico nella dichiarazione contrattuale*, in *Contr. impr.*, 1985, 476 s., le attività giuridiche private «restano anche sotto l'aspetto linguistico nella libera disponibilità dei soggetti interessati», sulla base del «fondamento logico-giuridico» della loro eguaglianza, sfumando quindi «la considerazione dei referenti soggettivi delle singole fattispecie».

⁵² Sull'obbligo di redigere le clausole contrattuali in modo chiaro e comprensibile, si vedano le riflessioni di A. ZACCARIA, *Considerazioni in ordine all'attuazione, in Europa, della Direttiva 93/13/CEE concernente le clausole abusive nei contratti stipulati con i consumatori*, in *Studium Iuris*, 2016, 151.

⁵³ Diversamente G. MATTARELLA, *L'inclusione finanziaria degli immigrati*, cit., 37. Ma v. G. CARAPEZZA FIGLIA, *Divieto di discriminazione e autonomia contrattuale*, cit., 97 s.

⁵⁴ Sui «costs of mandated disclosure» cfr. O. BEN-SHAHAR e C.E. SCHNEIDER, *The Failure of Mandated Disclosure*, in *Univ. Pennsylvania. Law Review*, 2011, 735 ss., secondo i quali «whatever benefits mandated may offer, mandates are unjustifiable if their costs outweigh their benefits».

⁵⁵ Così, S. PAGLIANTINI, *Il debito da eccezione a regola*, in *Pers. e merc.*, 2014, p. 105 s., il quale rileva come «il perimetro del corrente *consumer law* sia per sua natura tarato fisiologicamente sulla *sola* figura asettica di un consumatore che *sceglie* tra questo e quel prodotto, non sul prototipo concreto di un *consumatore persona*». Cfr., altresì, F. DENOZZA,

standardizzazione degli obblighi di informazione propedeutici al contratto di credito al consumatore e alla prestazione di servizi di investimento finanziari produce, invero, l'esito «paradossale» di lasciar fuori «ogni possibile apprezzamento dell'adeguatezza del comportamento del professionista nei confronti di *quel* consumatore», con il «definitivo tramutarsi dell'informazione in (mera) comunicazione di dati» che disperde «il tratto relazionale che è proprio di ogni attività di informazione»⁵⁶.

Tuttavia – tanto nell'elaborazione della Corte di Giustizia⁵⁷, quanto negli orientamenti del legislatore europeo culminanti nella direttiva 2023/2225/UE relativa ai contratti di credito ai consumatori⁵⁸ – si fa strada una declinazione del principio di trasparenza che misura l'adeguatezza dell'informazione non soltanto sulla consegna di un modulo *standard*, bensì sulla singola tipologia del rapporto contrattuale di credito, colorata dalle caratteristiche personali del concreto consumatore⁵⁹, tra le quali può trovare posto anche la competenza linguistica.

In particolare, nel solco della disciplina prevista in tema di contratto di credito immobiliare dalla dir. 2014/17/UE, la nuova dir. 2023/2225/UE del 18 ottobre 2023 rafforza l'esigenza normativa di un'informazione precontrattuale personalizzata, ovvero graduata sulla base «delle preferenze espresse e delle informazioni fornite dal consumatore» (art. 10, par. 1, dir.

La frammentazione del soggetto nel pensiero giuridico tardo-liberale, in *Riv. dir. comm.*, 2014, I, 19 ss.

⁵⁶ In questo senso, R. ALESSI, *Gli obblighi di informazione tra regole di protezione del consumatore e diritto contrattuale europeo uniforme e opzionale*, in *Eur. dir. priv.*, 2013, 332 s., la quale osserva: «L' idoneità dell'informazione appare a ben vedere misurata non in rapporto al “tasso” di dati ed elementi di valutazione adeguato ad assicurare una scelta consapevole a *quel* consumatore e reputato sufficiente, seppure in via preventiva, a ridimensionarne il *gap* conoscitivo di partenza, bensì, semmai, al parametro accettabile e “tollerabile” (e, soprattutto uniforme) di trasparenza, del quale può chiedersi il rispetto a tutti i professionisti che operano su quel segmento di mercato e di contrattazione di massa». Sulle prospettive future dell'informazione precontrattuale e della relativa ‘personalizzazione’, v., anche per ulteriori riferimenti, C. BUSCH e A. DE FRANCESCHI, *Granular legal norms: towards data-driven personalization of private law?*, in V. MAK, E. TJONG TJIN TAI e A. BERLEE (a cura di), *Research Handbook on Data Science and Law*, Cheltenham, 2024, 324 ss., C. BUSCH e A. DE FRANCESCHI (a cura di), *Algorithmic Regulation and Personalized Law. A Handbook*, München – Oxford – Baden-Baden, 2021.

⁵⁷ Cfr., almeno, Corte giust., 6.6.2019, causa C-58/18, secondo la quale il diritto europeo non osta a una normativa nazionale «la quale impone ai creditori o agli intermediari del credito l'obbligo di ricercare, nell'ambito dei contratti di credito che essi offrono abitualmente, il tipo e l'importo del credito più adatti, tenuto conto della situazione finanziaria del consumatore alla data della conclusione del contratto e dello scopo del credito».

⁵⁸ Un primo commento alla nuova disciplina europea di armonizzazione piena in T. RUMI, *La terza direttiva sul credito al consumo ed il rimborso anticipato del credito: un'occasione per discutere di questioni ancora aperte*, in *Jus civile*, 2024, 491 ss.; F. TRAPANI, *La nuova direttiva 2023/2225/UE sul credito al consumo: note in tema di educazione finanziaria, merito di credito e servizi di consulenza sul debito*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2024, 754 ss.

⁵⁹ In questa prospettiva v., già, P. PERLINGIERI, *L'informazione e il contratto*, in ID., *Il diritto dei contratti fra persona e mercato*, cit., 369 ss., il quale invita «ad affrontare la tematica dell'informazione in funzione della rilevanza che essa riveste nel caso concreto».

cit.)⁶⁰, oltre a prevedere l'obbligo del creditore e, se del caso, dell'intermediario del credito di fornire, «prima della conclusione del contratto» e «a titolo gratuito», un'«adeguata spiegazione» di tipo casistico degli elementi del contratto, affinché il cliente possa valutarne l'adeguatezza rispetto alle proprie esigenze e alla propria situazione finanziaria (art. 12, par. 1, dir. cit.). Né va trascurato che, in sede di recepimento della direttiva, gli obblighi del finanziatore sono suscettibili di adattamento «per quanto riguarda le modalità e la portata delle spiegazioni» con riferimento a una serie di elementi tra i quali «il destinatario a cui il credito è offerto» (art. 12, par. 2, lett. b) dir. cit.), prefigurandosi una tendenza che, nel ridimensionare la standardizzazione dell'informazione precontrattuale, si proponga di colmare l'asimmetria informativa del singolo consumatore, ascrivendo all'informazione una funzione di consulenza per il tramite dell'offerta di spiegazioni adeguate⁶¹.

In questo quadro normativo, ancora in profonda evoluzione, sembra preannunciarsi un'emancipazione del livello di *disclosure* dal *target* del consumatore medio⁶², almeno nel settore dei servizi finanziari, in una differenziazione delle tutele dei consumatori vulnerabili in grado di permettere a quello straniero la prestazione di un consenso consapevole, a valle di un'informazione in concreto trasparente e rafforzata da un obbligo di spiegazione che si conformi, anche sotto il profilo linguistico, alle sue caratteristiche personali e agli specifici bisogni di assistenza.

⁶⁰ Cfr., con riferimento alla direttiva 2008/48/CE, T. FEBBRAJO, *La tutela del consenso del consumatore: disciplina vigente e prospettive di riforma*, in V. RIZZO, E. CATERINI, L. DI NELLA, L. MEZZASOMA (a cura di), *La tutela del consumatore nelle posizioni di debito e credito*, Napoli, 2010, 218, che discorre di un obbligo di assistenza rivolto «ad un obiettivo più ambizioso, ossia quello di guidare il consenso del consumatore verso scelte che siano non soltanto “libere” e “consapevoli” ma anche “giuste” ed “adeguate” rispetto alle sue esigenze ed alla sua situazione finanziaria».

⁶¹ Osserva S. PAGLIANTINI, *Statuto dell'informazione e prestito responsabile nella direttiva 17/2014/UE (sui contratti di credito ai consumatori relativi a beni immobili residenziali)*, in *Contr. impr./Eur.*, 2014, 532, riguardo all'evoluzione del principio di trasparenza nella dir. 2014/17/UE in merito ai contratti di credito ai consumatori relativi a beni immobili residenziali che «L'obbligo di assistenza e di avvertimento, dischiudendo così una funzione collaborativa del professionista intermediario “nel processo decisionale del consumatore”, sottende infatti un servizio di consulenza basculante tra un partecipare fattivamente (nella scelta) ed un allertare (sui rischi dell'indebitamento) fino ad un consiglio negativo, nel caso il profilo finanziario corrente del consumatore non si mostrasse pertinente». Cfr., altresì, T. RUMI, *Profili privatistici della nuova disciplina sul credito relativo agli immobili residenziali*, in *Contratti*, 2015, 79 s., secondo la quale l'obbligo del creditore di fornire assistenza sui prodotti offerti al consumatore valorizza la «componente collaborativa dell'intermediario», tenuto a prestare un «servizio di consulenza».

⁶² In tal senso, sull'opportunità di adottare lo standard del consumatore (non medio, ma) vulnerabile in un'ottica, fra l'altro, di effettività della *disclosure* precontrattuale, v. F. ESPOSITO e M. GROCHOWSKI, *The Consumer Benchmark, Vulnerability, and the Contract Terms Transparency: A plea for Reconsideration*, in *Eur. Rev. of Contract L.*, 18(1), 2022, 1 ss. Sui limiti della normativa vigente in tema di informazione precontrattuale e servizi finanziari, in una prospettiva applicativa, v. M. CIANCIMINO, *Advertising and Precontractual Information in Car Flexible Financing Agreements from the Italian Perspective*, in *J. Eur. Cons. Market L.*, 2023, 290 ss.

5. Valutazione del merito creditizio e divieto di discriminazione.

La vulnerabilità dei consumatori migranti si manifesta anche sul versante della valutazione del merito creditizio (artt. 124 *bis* e 120 *undecies* t.u.b.)⁶³, innovata dagli artt. 18 e 19 dir. 2023/2225/UE in senso protettivo della situazione patrimoniale del debitore.

La verifica del merito di credito – lungi dal rappresentare semplicemente una fase del procedimento di istruttoria del finanziamento, governata dalle regole organizzative dell'attività bancaria – ha acquisito piena rilevanza nell'ambito della disciplina del rapporto contrattuale di credito al consumatore⁶⁴.

Nel rispondere a un'esigenza di ordine pubblico di protezione⁶⁵, l'obbligo di verificare, prima della conclusione del contratto, la capacità del soggetto finanziato di rimborsare il credito tutela in via diretta l'«interesse del consumatore» (art. 18, par. 1, dir. cit.)⁶⁶, oltre a proteggere in via indiretta l'interesse a un corretto funzionamento del mercato bancario⁶⁷,

⁶³ Si rinvia a E. CATERINI, *Controllo del credito, tutela del risparmio e adeguatezza nel finanziamento «finalizzato»*, in V. RIZZO, E. CATERINI, L. DI NELLA, L. MEZZASOMA (a cura di), *La tutela del consumatore nelle posizioni di debito e credito*, cit., 49 ss.; M. GORGONI, *Spigolature su luci (poche) e ombre (molte) della nuova disciplina dei contratti di credito ai consumatori*, in *Resp. civ. prev.*, 2011, 755 ss.; L. MODICA, *Profili giuridici del sovraindebitamento*, Napoli, 2012, 227 ss.; ID., *Concessione «abusiva» di credito ai consumatori*, in *Contr. e impr.*, 2012, 493 ss.; M.R. NUCCIO, *Merito creditizio e tutela del consumatore*, Napoli, 2020; G. LIBERATI BUCCIANI, *Merito creditizio e obbligo di non concludere il contratto*, in *Nuova giur. civ.*, 2020, I, 89 ss.; R. LANDI, *Consumatore sovraindebitato e giudizio di meritevolezza*, in *Foro nap.*, 2018, 297 ss.; A. CRISCUOLO, *Meritevolezza del debitore e merito creditizio. L'omologa del piano del consumatore nella nuova disciplina del sovraindebitamento*, in *Rass. dir. civ.*, 2022, 318 ss.

⁶⁴ Si aderisce alla ricostruzione di M. SEMERARO, *Informazioni adeguate e valutazione del merito creditizio: opzioni interpretative nel credito ai consumatori*, in *Riv. dir. civ.*, 2021, 710, la quale ricava dall'art. 124 *bis* t.u.b. «obblighi di condotta stringenti a carico del finanziatore».

⁶⁵ In questo senso, Corte giust., 6.6.2019, causa C-58/18, secondo la quale «gli Stati membri assicurano che il creditore eroghi il credito al consumatore solo quando i risultati della valutazione del merito creditizio indicano che gli obblighi derivanti dal contratto di credito saranno verosimilmente adempiuti secondo le modalità prescritte»; Corte giust., 5.3.2020, causa C-679/18, la quale ascrive all'obbligo di valutazione del merito creditizio il compito di «tutelare i consumatori contro i rischi di sovraindebitamento e di insolvenza»; nonché nella giurisprudenza di legittimità, almeno, Cass., 30.6.2021, n. 18610, in *Giur. comm.*, 2022, II, 1094 ss., che fa discendere dall'abusiva erogazione del credito una responsabilità da inadempimento nei confronti del soggetto finanziato.

⁶⁶ V. R. DI RAIMO, *Ufficio di diritto privato e carattere delle parti professionali quali criteri ordinanti delle negoziazioni bancaria e finanziaria (e assicurativa)*, in *Giust. civ.*, 2020, 322 ss., il quale assimila all'ufficio di diritto privato la struttura di siffatti rapporti obbligatori.

⁶⁷ Così, M. SEMERARO, *op. cit.*, 712, secondo la quale un'interpretazione che rafforzi l'effettività dal precetto, disincentivandone la violazione, esige il «riconoscimento di un obbligo di astensione dalla concessione del finanziamento». Nella giurisprudenza europea v. Corte giust., 6.6.2019, causa C-58/18, secondo la quale il diritto europeo non osta a una normativa nazionale «la quale impone al creditore di astenersi dal concludere il contratto di credito qualora non possa ragionevolmente ritenere, al termine della verifica del merito creditizio del consumatore, che quest'ultimo sarà in grado di rispettare gli obblighi derivanti dal contratto di cui trattasi».



evitando pratiche irresponsabili in materia di concessione di prestiti e sovraindebitamento⁶⁸.

Quantunque la valutazione del merito creditizio debba avvenire nell'«interesse del consumatore», quello vulnerabile rimane esposto a un rilevante rischio di discriminazione. L'impiego di enormi volumi di dati da parte della tecnologia algoritmica nella profilazione non si limita a incrementare l'efficienza della valutazione dell'affidabilità creditizia, ma genera il rischio di incorporare i pregiudizi sociali – compresi quelli relativi ai migranti – nei dati di apprendimento che guidano le funzioni predittive⁶⁹, così da influenzare il giudizio sulla capacità di rimborso del consumatore e i conseguenti processi decisionali relativi alla concessione del prestito.

Il pericolo di esclusione finanziaria dei consumatori stranieri risulta enfatizzato dalla lacunosità della vigente disciplina in ordine alle informazioni utilizzabili nel procedimento di valutazione del merito creditizio. L'art. 124 *bis*, comma 1, t.u.b. non indica, infatti, le tipologie di dati sulle quali può essere basata la verifica della sostenibilità del finanziamento, limitandosi a richiedere che si tratti di «informazioni adeguate, se del caso fornite dal consumatore stesso e, ove necessario, ottenute consultando una banca dati pertinente».

L'esigenza di evitare che la profilazione possa incidere sulla *equal opportunity* di accesso dei consumatori al mercato creditizio ispira, invece, la dettagliata disciplina contenuta nell'art. 18 dir. 2023/2225/UE, la quale appare in grado di favorire l'obiettivo di *policy* dell'inclusione finanziaria dei gruppi vulnerabili, da una parte, selezionando le informazioni sulle quali fondare la verifica dell'affidabilità del consumatore e, dall'altra, ascrivendo a quest'ultimo un *set* di diritti nei confronti del finanziatore ogni qualvolta la valutazione del merito creditizio comporti un trattamento automatizzato.

In particolare, nel rispetto del principio di minimizzazione dei dati, si prevede che la valutazione del merito creditizio debba tener conto «dei fattori pertinenti ai fini della verifica delle prospettive di adempimento da parte del consumatore degli obblighi stabiliti dal contratto di credito» (par. 1) basandosi esclusivamente su informazioni relative alla «situazione economica e finanziaria» del consumatore, quali reddito, spese, attività e passività finanziaria (par. 3). Inoltre, allo scopo di sottrarre all'attività di profilazione del consumatore il nucleo di dati che meritano maggiore protezione per la loro inerenza all'identità della persona e ai suoi diritti fondamentali, si esclude che il creditore possa utilizzare, nella verifica di merito, tanto le categorie particolari di dati di cui all'art. 9, par. 1, GDPR – tra i quali si annoverano quelli che rivelino «l'origine razziale o etnica» e le «convinzioni religiose o filosofiche» dell'interessato – quanto le

⁶⁸ Secondo L. MODICA, *op. cit.*, 239 ss., invece, l'art. 124 *bis* t.u.b. costituisce una «norma interna», che «configura una doverosità limitata al mero compimento della verifica e non anche spinta fino alla determinazione, in un senso o nell'altro, degli esiti di simile verifica».

⁶⁹ Sia consentito rinviare a G. CARAPEZZA FIGLIA, *Decisioni algoritmiche tra diritto alla spiegazione e divieto di discriminare*, in *Pers. e merc.*, 2023, 638 ss. Rileva che le tecniche di *big data analytics* hanno «la propensione a “codificare” il passato, ingabbiando soluzioni e predizioni all'interno delle griglie fornite dai trascorsi storici e dal set di valori che ha guidato la programmazione del sistema», G. RESTA, *Governare l'innovazione tecnologica: decisioni algoritmiche, diritti digitali e principio di uguaglianza*, in *Pol. dir.*, 2019, 214.

informazioni ottenute dai *social network* che non sono considerate pertinenti fonti esterne (par. 3), per l'elevato rischio di sviluppare *statistical biases* nei confronti di soggetti *unbanked*.

La nuova direttiva non si limita a definire l'area dei dati suscettibili di essere trattati ai fini della valutazione del merito creditizio, ma persegue altresì la finalità di evitare che il procedimento di profilazione avvenga in modo occulto, in attuazione del principio di trasparenza che conforma intensamente le posizioni giuridiche del creditore e del consumatore.

Il ricorso al trattamento automatizzato dei dati (c.d. *credit scoring*) nella valutazione del merito di credito è, invero, consentita al finanziatore in attuazione dell'obbligo di verificare diligentemente le informazioni ottenute (art. 18, par. 3 e 8, dir. 2023/2225/UE)⁷⁰. Tuttavia, si esclude che il giudizio, nel caso di consultazione di una banca dati, possa fondarsi «esclusivamente sulle referenze creditizie del consumatore» (art. 18, par. 11, dir. cit.), oltre a esigersi che sia assicurato a quest'ultimo il diritto di ottenere l'«intervento umano» da parte del finanziatore, *sub specie* di una serie di diritti da esercitarsi nell'ambito del procedimento di concessione del credito, rafforzati, sul piano dell'effettività, da specifici obblighi di informazione in capo al creditore (art. 18, par. 8 e 9, dir. cit.).

In tal modo, la vulnerabilità del consumatore immigrato nella valutazione algoritmica del merito creditizio risulta ridimensionata dal riconoscimento di poteri, prerogative e facoltà che permettono sia una spiegazione significativa e comprensibile della logica sottostante alla verifica dell'affidabilità e della sua incidenza sulla decisione di erogare il prestito, sia un intervento da parte del finanziatore che controlli, confermi o smentisca le risultanze relative alle prospettive di adempimento degli obblighi derivanti dal contratto di credito⁷¹.

Tuttavia, affrontare il problema del rischio della verifica automatizzata del merito creditizio ispirandosi al modello, già sperimentato dal GDPR⁷², che enfatizza l'intelligibilità del funzionamento del meccanismo decisionale non esaurisce l'apparato rimediabile a disposizione del consumatore dinanzi agli effetti discriminatori delle valutazioni macchiniche della capacità di rimborso del credito. Se la trasparenza della logica algoritmica favorisce la rilevabilità di trattamenti differenziati in base a caratteristiche protette del

⁷⁰ Corte giust., 7.12.2023, causa C-634/21, ha ricondotto il *credit scoring* – cioè il calcolo automatizzato di un tasso di probabilità basato su dati personali relativi alla capacità di onorare gli impegni di pagamento – nell'alveo normativo dell'art. 22 GDPR, «qualora da tale tasso di probabilità dipenda in modo decisivo la stipula, l'esecuzione o la cessazione di un rapporto contrattuale con tale persona da parte di un terzo al quale è comunicato tale tasso di probabilità», con la conseguenza di assoggettarlo al divieto dei processi decisionali automatizzati e alle relative limitate eccezioni che, da un lato, sono subordinate a specifici presupposti di liceità e, dall'altro, offrono all'interessato significative forme di tutela. In argomento M. RABITTI, *Credit scoring via machine learning e prestito responsabile*, in *Riv. dir. banc.*, 2023, 175 ss.

⁷¹ Il «principio di non esclusività della decisione algoritmica» è affermato da C. St., sez. VI, 8.4.2019, n. 2270; C. St., sez. VI, 4.2.2020, n. 881, che rimarcano l'importanza della «preventiva, eventualmente contemporanea o successiva azione umana di impostazione e/o controllo dello strumento».

⁷² Sul quale cfr. le considerazioni di G. FINOCCHIARO, *Intelligenza Artificiale e protezione dei dati personali*, in *Giur. it.*, 2019, 1677.

consumatore straniero – quali la nazionalità, l'origine etnica o l'orientamento religioso – che rimarrebbero altrimenti ignote, il sindacato giudiziale fondato sulla violazione della normativa antidiscriminatoria rappresenta la tecnica di elezione per contrastare l'incorporazione dei pregiudizi sociali nei dati di apprendimento che guidano le funzioni predittive, reprimendo a valle del processo di formazione della decisione i risultati finali che producano differenze di trattamento proibite nell'accesso al credito.

In conclusione, dinanzi alle impetuose trasformazioni attraversate dalle società contemporanee in un «tempo interepocale, in cui sono ormai senza forza gli ideali di prima e non hanno ancora preso forza gli ideali che debbono sostituirli»⁷³, l'irrompere del fenomeno migratorio nelle società contemporanee conferma l'urgente adozione, da parte del giurista, di «una visione globale di segno culturale»⁷⁴. In uno scenario di accentuata frammentazione del corpo sociale, ove emergono sempre nuove vulnerabilità irriducibili alle astrazioni concettuali di un anacronistico dogmatismo⁷⁵, il vincolo indissolubile tra «pluralismo giuridico e pluralismo culturale»⁷⁶ diviene, allora, componente essenziale della metodologia ermeneutica, chiamata a conservare la perdurante funzione conformativa della fattualità all'assiologia ordinamentale⁷⁷.

⁷³ In tal senso, A. FALZEA, *Forma e sostanza nel sistema culturale del diritto*, cit., 171.

⁷⁴ N. LIPARI, *Il diritto quale crocevia fra le culture*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2015, 1 ss., ora in ID., *Il diritto civile tra legge e giudizio*, Milano, 2017, 308, secondo il quale «La cultura di un popolo è essenzialmente un fenomeno storico, che dipende dalla concreta esperienza sociale e dalle evoluzioni della società e il giurista è chiamato a capirla e a rifletterla nelle sue determinazioni».

⁷⁵ «Siamo appunto passati dal monismo di una scienza teoretica, che definisce a priori il proprio oggetto, al pluralismo di una scienza pratica, che ha riguardo alle modalità di svolgimento di una prassi, che non può essere letta secondo schemi classificatori predefiniti»: N. LIPARI, *Vivere il diritto. A colloquio con Gabriele Carapezza Figlia, Vincenzo Cuffaro e Francesco Macario*, Napoli, 2023, 60 s.

⁷⁶ Così, P. PERLINGIERI, *Per un positivismo giuridico «inclusivo»*. Note minime su diritto e cultura, in *Annali Sisdic*, 2023, 10, 163, che li considera «una stessa realtà, rappresentata da una indefinita molteplicità di fonti, rese coese dalla unitaria e costante funzione ordinante, nonché da fattispecie concrete oggetto di valutazione e di interpretazione, tutte, come tali, parimenti portatrici di elementi costitutivi del diritto».

⁷⁷ G. PERLINGIERI, *La via alternativa alle teorie del «diritto naturale» e del «positivismo giuridico inclusivo» ed «esclusivo»*. Leggendo Wil J. Waluchow, in *Annali Sisdic*, 2020, 5, 73 s., il quale evidenzia come la morale e la socialità integrino, nel momento applicativo, il diritto positivo.

LA VULNERABILITÀ NELL'AMBIENTE DIGITALE E LA PROTEZIONE DELLA LIBERTÀ DEL VOLERE

Di Antonio Gorgoni

| 915

SOMMARIO: *1. Manipolazione dell'utente online e vulnerabilità digitale. – 2. I riferimenti normativi della manipolazione e della vulnerabilità. – 3. Gli strumenti tecnologici in grado di sfruttare le vulnerabilità dell'utente online: pubblicità mirata e rilevamento delle emozioni. – 4. Dipendenza digitale e induzione a compiere atti: contro la distorsione della volontà. – 5. La vulnerabilità digitale quale categoria giuridica non riconducibile a figure specifiche di debolezza. – 6. I rimedi rispetto al contratto concluso dall'utente online vulnerabile e manipolato.*

ABSTRACT. *Il funzionamento delle tecnologie nell'ambiente digitale al fine di manipolare l'utente online, alterandone la volontà, è una delle ragioni che hanno indotto l'Unione europea a intervenire con una normativa senz'altro utile ma non ancora compiuta. Il potere manipolante capace di far deflagrare le fragilità umane, di tutte le persone e non soltanto dei minorenni o dei disabili, ha imposto di porre al centro della relativa normativa la categoria della vulnerabilità. Vi sono diverse disposizioni del diritto europeo che vi fanno riferimento. Il che esige una riflessione sul suo significato, in parallelo con la diversa linea di policy del codice civile, anche al fine di stabilire i rimedi applicabili qualora il contratto online sia stato concluso sfruttando proprio una condizione di debolezza umana socialmente rilevante.*

The functioning of technologies in the digital environment in order to manipulate the online user, altering his will, is one of the reasons that have led the European Union to intervene with a regulation that is certainly useful but not yet complete. The manipulative power capable of making human fragility explode, of all people and not only of minors or disabled people, has required placing the category of vulnerability at the center of the relevant legislation. There are several provisions of European law that refer to it. This requires a reflection on its meaning, in parallel with the different policy line of the civil code, also in order to establish the remedies applicable when the online contract has been concluded by exploiting a socially relevant condition of human weakness.



1. Manipolazione dell'utente online e vulnerabilità digitale.

Uno dei rischi maggiori, anzi il più grande, che corre ogni utente nell'«ambiente digitale»¹ è quello di essere manipolato e di acquisire dipendenze comportamentali derivanti dal funzionamento fuorviante e oscuro delle piattaforme online e dalle pratiche di intelligenza artificiale (IA) distorsive del volere².

Questo rischio di alterazione della volontà e finanche, come vedremo, di impossessamento della persona (dipendere da qualcosa, come un algoritmo, significa perdere il controllo di sé), determina conseguenze negative rilevanti di ampia e differente portata: sulla salute e sul patrimonio. La diffusione su vasta scala della manipolazione non solo mina alla radice il principio personalistico euro-unitario, ma anche, e di conseguenza, compromette il funzionamento della Repubblica e la tenuta dello Stato di diritto. Ne è consapevole l'Unione europea, la quale, attraverso la legislazione, ha legato il tema decisivo della salvaguardia della libertà del volere al corretto svolgimento delle democrazie³ e del mercato

¹ Sintagma, questo, contenuto nell'art. 2 n. 9 direttiva (UE) 2019/770 del Parlamento europeo e del Consiglio del 20.5.2019 «relativa a determinati aspetti dei contratti di fornitura di contenuto digitale e di servizi digitali», il quale si riferisce all'«hardware, al software e alle connessioni di rete di cui il consumatore si serve per accedere al contenuto digitale o al servizio digitale o per usarlo». L'ambiente digitale è un nuovo e sconfinato spazio di vita in cui gli individui trascorrono la loro esistenza e compiono atti giuridici, sollecitati dalla tecnologia che si avvale di svariati sistemi per attrarre e determinare la volontà umana.

² G. VETTORI, *Persona e pluralismo*, in *Persona e mercato*, 2024, 2, 331; S. ORLANDO, *Consenso al trattamento e liceità*, in *Persona e mercato*, 2024, 2, 347 ss.; N. CRISTIANINI, *La scorciatoia. Come le macchine sono diventate intelligenti senza pensare in modo umano*, Bologna, 2023, 99 ss.; F. GALLI, *La pubblicità mirata al tempo dell'intelligenza artificiale: quali regole a tutela dei consumatori*, in *Contr. e impr.*, 2022, 3, 919 ss.; D. IMBRUGLIA, *La presunzione delle macchine e il consenso dell'interessato*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2023, p. 921 ss.; B.-C HAN, *Infocrazia. Le nostre vite manipolate dalla rete*, Torino, 2021, 30 ss.; S. ZUBOFF, *Il capitalismo della sorveglianza. Il futuro dell'umanità nell'era dei nuovi poteri*, trad. di P. Bassotti, Bologna, 2019, 211 ss.; M. LEISER, *Psychological patterns and article 5 of the AI Act*, in *AIRe*, 2024, 1, 1 ss.; KAWON (KATHY) KIM, WOO GON KIM, MINWOO LEE, *Impact of dark patterns on consumers' perceived fairness and attitude: moderating effects of types of dark patterns, social proof, and moral identity*, in *Tourist management*, (www.elsevier.com/locate/tourman), 2023, 1 ss.

³ Al considerando 69 del regolamento (UE) 2022/2065 «relativo a un mercato interno dei servizi digitali e che modifica la direttiva 2000/31/CE (regolamento sui servizi digitali)» - in seguito DSA - si afferma che quando la manipolazione e lo sfruttamento delle vulnerabilità riguarda interi gruppi si amplificano «i danni per la società». Il considerando 104, a proposito della redazione di codici di condotta volontari, sottolinea che «un altro ambito da prendere in considerazione riguarda gli eventuali effetti negativi dei rischi sistemici sulla società e sulla democrazia, quali la disinformazione o le attività di manipolazione e abuso o eventuali effetti avversi sui minori. Ciò comprende operazioni coordinate volte ad amplificare informazioni, compresa la disinformazione, come l'utilizzo di bot o account falsi per la creazione di informazioni intenzionalmente inesatte o fuorvianti, talvolta a scopo di lucro, che sono particolarmente dannose per i destinatari del servizio vulnerabili, quali i minori. In relazione a tali ambiti l'adesione a un determinato codice di condotta e il suo rispetto da parte di una piattaforma online di dimensioni molto

interno⁴.

Le tecnologie operanti nella rete internet, adoperate soprattutto per incrementare i profitti delle imprese e delle multinazionali come Microsoft, Google, Amazon, Meta, Tencent, Netflix, sono predisposte e immesse sul mercato per indurre gli utenti all'acquisto di beni e servizi; un'induzione che fa leva sulla preventiva conoscenza dei loro interessi, gusti e propensioni acquisita tramite il trattamento dei dati personali.

Va sottolineato però che non è illegittimo indurre l'utente-consumatore all'acquisto, aiutarlo nella selezione dei prodotti, facendo comparire sull'interfaccia ciò che maggiormente gli interessa. La pubblicità mirata, ossia quella indirizzata a un determinato utente online, non è vietata [salvo che origini dalla profilazione di dati sensibili di cui all'art. 9 regolamento (UE) 2016/679 sul trattamento e la circolazione dei dati personali, GDPR], ma è assoggettata a determinate regole per evitare lo sfruttamento degli utenti (art. 26 DSA), i quali, nella logica manipolativa, vengono trasformati in mezzi nelle mani altrui.

È vietata la manipolazione della volontà, la quale, per definizione, comporta la perdita dell'autonomia personale, ossia della libertà di scelta.

La tecnologia digitale usufruisce di molti strumenti per depotenziare l'intelletto umano e premere sulla volontà, la quale, più semplicemente dell'intelletto, che è la sede del ragionamento e della valutazione delle circostanze, opera con l'immediatezza del secco «acconsento», «non acconsento»⁵.

grandi o di un motore di ricerca online di dimensioni molto grandi possono essere ritenuti una misura di attenuazione dei rischi adeguata» (cfr. anche cons. 106 DSA). Al cons. 1 del regolamento (UE) 2024/1689 «che stabilisce regole armonizzate sull'intelligenza artificiale», pubblicato in Gazzetta ufficiale dell'Unione europea il 12.7.2024 – in seguito AI-Act – si stabilisce che lo scopo di tale di regolamento è di promuovere la diffusione di un'intelligenza artificiale (IA) antropocentrica e affidabile, garantendo nel contempo un livello elevato di protezione della salute, della sicurezza e dei diritti fondamentali sanciti dalla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea («Carta»), compresi la democrazia, lo Stato di diritto e la protezione dell'ambiente, contro gli effetti nocivi dei sistemi di IA nell'Unione, nonché promuovere l'innovazione». Cfr. anche i considerando: 2, 8 (in cui si afferma che si garantisce una elevata protezione degli interessi pubblici «quali la salute e la sicurezza e la protezione dei diritti fondamentali, compresi la democrazia, lo Stato di diritto e la protezione dell'ambiente»), 27, 28, 61, 62, 176 AI-Act. A questi si legano gli artt. 1 e 74 par. 8 AI-Act.

⁴Assicurare la contendibilità dei mercati contenendo lo strapotere del *gatekeeper* (cioè dell'impresa che diventa punto di accesso per gli utenti commerciali delle piattaforme i quali vorrebbero raggiungere gli utenti finali) è fondamentale per ridurre i rischi oltre che di pratiche scorrette e di aumento dei prezzi anche di manipolazione digitale. Da questo punto di vista fondamentale è il regolamento (UE) 2022/1925 del 14 settembre 2022 «relativo a mercati equi e contendibili nel settore digitale e che modifica le direttive (UE) 2019/1937 e (UE) 2020/1828 (regolamento sui mercati digitali)», c.d. DMA. Sulla modifica dell'art. 9 d. lgs. 231/2002 cfr. M. Libertini, *La presunzione di dipendenza economica nei mercati digitali. Un commento all'art. 33 della legge 5 agosto 2022, n. 118*, in *Orizz. dir. comm.*, 2023, 1 (accesso online all'editore).

⁵ A. SCHOPENHAUER, *Il primato della volontà*, Milano, 2022, a cura e con un saggio di G. Gurisatti, *passim*, si sofferma sulla distinzione tra volontà (agile nel suo operare, sottratta alla catena causale, espressione del carattere e influenzata dalle emozioni) e intelletto, le cui funzioni «sono tanto molteplici quanto complesse» (p. 53). Afferma il filosofo che «quando l'intelletto mostra alla volontà un semplice dato intuitivo, essa, a seconda che questo le

La manipolazione digitale di cui parliamo è ben diversa dal raggio costitutivo il dolo quale vizio del consenso, perché l'algoritmo, la pratica di intelligenza artificiale (IA) o il funzionamento dell'interfaccia online, se deviati da un funzionamento etico⁶, predispongono non già false realtà, ma determinate realtà che inducono l'utente ad agire in un certo modo: ossia come previsto dal potere tecnologico. Ma più esattamente: chi è l'utente manipolato?

La manipolazione ha due bersagli: potenzialmente tutti gli utenti online (tramite, ad esempio, i *dark patterns*)⁷ o, più nello specifico, gli utenti vulnerabili, i quali sono vittime delle loro fragilità, sfruttate dalla tecnologia digitale. E allora occorre chiarire quale sia il concetto giuridico di vulnerabilità nelle fonti del diritto europeo.

La persona vulnerabile può anche sapere che una certa cosa è negativa e per sé pregiudizievole e tuttavia volerla ugualmente. Difficilmente il codice civile protegge questa situazione, almeno sul piano dell'invalidità dell'atto, perché le maglie dell'incapacità naturale (art. 428 c.c.) e dei vizi del consenso (artt. 1427 ss. c.c.) sono piuttosto strette. Ciò è dovuto all'esigenza di contemperare la protezione della libertà del volere con la tutela dell'affidamento e, quindi, della sicurezza della circolazione⁸.

vada più o meno a genio, esprime il suo “mi è gradito, non mi è gradito”; e quando il primo, con fatica, ha almanacato e ponderato per riuscire a estrarre, alla fine, da innumerevoli dati e in mezzo a difficili combinazioni, il risultato conforme all'interesse della volontà, essa, che è il sovrano, e che durante questo almanaccare ha riposato oziosa e come assente, non appena il risultato è raggiunto si avvicina, come il sultano nel Divano, ed esprime soltanto il suo monotono “gradito” o “non gradito”. Stante il funzionamento dell'ambiente digitale è la volontà ad essere fortemente sollecitata.

⁶ Al cons. 7 del regolamento (UE) 2024/1689 [che «stabilisce regole armonizzate sull'intelligenza artificiale»), c.d. AI-Act] si prevede che le regole comuni sull'IA richiedono di tener conto «degli orientamenti etici per un'IA affidabile del gruppo di esperti ad alto livello sull'intelligenza artificiale (AI HLEG)». Al cons. 8 l'Unione europea si propone l'obiettivo di diventare «leader mondiale nello sviluppo di una IA sicura affidabile ed etica. Ugualmente il cons. 165 promuove lo sviluppo di sistemi di IA non ad alto rischio in conformità al regolamento con conseguente adozione nell'Unione «di un'IA etica e affidabile». Cfr. anche: il cons. 27 che indica i sette principi etici non vincolanti per l'IA e la Risoluzione del Parlamento europeo del 20 ottobre 2020 «recante raccomandazioni alla Commissione concernenti il quadro relativo agli aspetti etici dell'intelligenza artificiale, della robotica e delle tecnologie correlate».

⁷ Un «*dark pattern*» è un design o una pratica di interfaccia che frutta soprattutto la psicologia o perpetra un inganno per indurre gli utenti a compiere azioni che, in un contesto digitale corretto, informato e obiettivo, non avrebbero altrimenti posto in essere. Questi schemi sono utilizzati in ambiti commerciali attivi nei siti web o nelle app, per massimizzare i profitti, attirare abbonamenti indesiderati o raccogliere dati personali per diverse finalità, tra cui quella di profilare e targettizzare. I «*dark patterns*» si manifestano in diverse forme come, a titolo esemplificativo e non esaustivo: nascondere e confondere informazioni o opzioni significative o presentarle in modo poco chiaro; presentare una falsa urgenza affermando che un'offerta è di prossima scadenza per indurre gli utenti ad assumere decisioni frettolose; adottare una impostazione predefinita ingannevole, ossia *opt-in* automatici per servizi o comunicazioni che gli utenti non desiderano; approntare difficoltà di cancellazione, rendendo cioè complicato o frustrante il processo di eliminazione di un servizio o di una sottoscrizione.

⁸ V. PIETROBON, *Errore, volontà e affidamento*, Padova, 1990, 69 ss., si sofferma ampiamente sul principio dell'affidamento come temperamento al principio volontaristico.

Nell'ambiente online, però, opera un potere più incisivo sulla psicologia della persona⁹; tutto è più veloce e si svolge nella solitudine del rapporto con la macchina, senza l'incidenza di quelle spinte e contropinte, pesi e contrappesi che connotano il rapporto tra due persone in dialogo tra loro faccia a faccia. Nel contesto online è più agevole indurre a compiere un atto; ma se questo agire dipende dalla distorsione della volontà di un utente *compos sui* o affetto da una qualche fragilità, con conseguente danno alla persona, l'atto compiuto deve essere qualificato negativamente.

Insomma la manipolazione digitale si dirige in una duplice direzione: vuole etero-dirigere nella manifestazione di volontà *tutti* i possibili utenti online¹⁰; si concentra sull'individuazione e sul conseguente sfruttamento di quelle particolari fragilità emerse durante la navigazione nella rete internet. Vedremo, infatti, che le fonti del diritto europeo distinguono la manipolazione in generale dallo sfruttamento delle vulnerabilità, dedotte e categorizzate dall'algoritmo, degli utenti online.

2. I riferimenti normativi della manipolazione e della vulnerabilità.

L'ambiente digitale, in ragione del suo funzionamento e della solitudine dell'individuo, costituisce un terreno fertile per la distorsione della volontà. Le diverse tecniche idonee a catturare l'attenzione dell'utente, spingendolo a rimanere online il più a lungo possibile, e le fragilità connaturate a ogni essere umano hanno reso indispensabile l'emanazione di una normativa volta a salvaguardare la libertà decisionale della persona che opera nel contesto digitale.

Si possono richiamare alcuni articoli incentrati sulla manipolazione in generale e su quella indirizzata nei confronti degli utenti vulnerabili:

- art. 25 regolamento (UE) 2022/2065 [«relativo a un mercato unico dei servizi digitali e che modifica la direttiva 2000/31/CE (regolamento sui servizi digitali)» c.d. DSA], sulla «progettazione e organizzazione delle interfacce online». Esso stabilisce che «i fornitori di piattaforme online non progettano, organizzano o gestiscono le loro interfacce online in modo tale da *ingannare* o *manipolare* i destinatari dei loro servizi o da *materialmente falsare* o *compromettere altrimenti* la capacità dei destinatari dei loro servizi di prendere decisioni libere e informate»¹¹;

- art. 5, par. 1 lett. a), AI-Act (sulle «pratiche di IA vietate»): è vietata l'immissione sul mercato, la messa in servizio o l'uso di un sistema di IA che utilizza *tecniche subliminali* che agiscono senza che una persona ne sia

Non va certa negato rilievo alla volontà, ma solo sottolineato che quest'ultima non ha valore assoluto.

⁹ O. POLLICINO, *Potere digitale* (voce), in *Enc. dir. (I Tematici)*, diretto da M. Cartabia e M. Ruotolo, Milano, 2023, V, 410 ss.; ivi G. RESTA, *Poteri privati e regolazione*, 1008 ss.

¹⁰ P. PERLINGIERI, *Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo europeo delle fonti*, Napoli, 2020, 40 ss., in cui si ragiona di tutela più che del consumatore del contraente debole secondo le diverse declinazioni dell'ordinamento. In argomento G. VETTORI, *Il contratto senza numeri e aggettivi. Oltre il consumatore e l'impresa debole*, in *Persona e mercato*, 2013, 1, 10 ss.

¹¹ Si aggiungano i riferimenti alla vulnerabilità nei considerando 62, 69, 94, 95, 104 DSA.

consapevole o tecniche *volutamente manipolative o ingannevoli* aventi lo scopo o l'effetto di *distorcere materialmente il comportamento* di una persona o di un gruppo di persone, pregiudicando in modo considerevole la loro capacità di prendere una decisione informata, inducendole pertanto a *prendere una decisione che non avrebbero altrimenti preso*, in un modo che provochi o possa ragionevolmente provocare a tale persona, a un'altra persona o a un gruppo di persone un danno significativo»;

- art. 5, par. 1 lett. b), AI-Act: è altresì vietata l'immissione sul mercato, la messa in servizio o l'uso di un sistema di IA che *sfrutta le vulnerabilità* di una persona fisica o di uno specifico gruppo di persone, dovute all'*età*, alla *disabilità* o a una *specifica situazione sociale o economica*, con l'obiettivo o l'effetto di *distorcere materialmente il comportamento* di tale persona o di una persona che appartiene a tale gruppo in un modo che provochi o possa ragionevolmente provocare a tale persona o a un'altra persona un danno significativo»;

- art. 7, par. 2 lett. h), AI-Act in cui, con riguardo al potere della Commissione europea di modificare l'allegato III (sui «sistemi di IA ad alto rischio di cui all'art. 6, paragrafo 2)), si stabilisce che, nel valutare la condizione di cui al paragrafo 1 lett. b) (ossia la presenza di un rischio di danno per la salute e la sicurezza o di un impatto negativo sui diritti fondamentali), la Commissione tiene conto « [del]la misura in cui esiste uno squilibrio di potere o [del]le persone che potrebbero subire il danno o l'impatto negativo [e che] si trovano in una *posizione vulnerabile* rispetto al deployer di un sistema di IA, in particolare a causa della *condizione*, dell'*autorità*, della *conoscenza*, della *situazione economica o sociale* o dell'*età*»;

- art. 9, par. 9, AI-Act, in cui, rispetto all'obbligo di istituire, attuare e documentare un sistema di gestione dei rischi (previsto anche dal DSA), si afferma che «nell'attuare il sistema di gestione dei rischi di cui ai paragrafi da 1 a 7, i fornitori prestano attenzione, nell'ottica della sua finalità prevista, all'eventualità che il sistema di IA ad alto rischio possa avere un impatto negativo sulle persone di età inferiore a 18 anni o, a seconda dei casi, su altri *gruppi vulnerabili*»¹².

A queste disposizioni specifiche occorre aggiungerne altre, di contenuto più ampio, la cui finalità è di salvaguardare la libertà del volere dell'utente online, soprattutto di quello vulnerabile.

¹² Tra gli altri riferimenti normativi alla vulnerabilità cfr. anche i cons.: 29 (dove tra le condizioni di vulnerabilità vengono indicate, tra l'altro, la «specifica situazione sociale ed economica», la «povertà estrema» e l'essere minoranza etnica o religiosa), 48, 58 (in cui, rispetto all'utilizzo di sistemi di IA, si riconduce alla vulnerabilità il bisogno di servizi essenziali di assistenza pubblica legato alla maternità, alla malattia, agli infortuni sul lavoro, alla dipendenza, alla vecchiaia, alla perdita del lavoro e alla necessità di un alloggio), 60 (sull'utilizzo dei sistemi di IA rispetto al settore della migrazione, dell'asilo e della gestione del controllo delle frontiere), 67, 93, 110 (in cui si parla di modelli di IA per finalità generali e rischi sistemici tra cui quello di scoprire e sfruttare le vulnerabilità degli utenti), 132, 141, 165, e gli artt. 60, par. 4 lett. g), 79 par. 2 (in cui si fa riferimento ai sistemi di IA «che presentano un rischio per i gruppi di persone vulnerabili di cui all'art. 5») e 95, par. 2 lett. e) AI-Act.

L'art. 34 DSA, nell'imporre ai fornitori di piattaforme online (e di motori di ricerca) molto grandi di valutare gli «eventuali rischi sistemici nell'Unione derivanti dalla progettazione o dal funzionamento del loro servizio o dei suoi relativi sistemi, compresi i sistemi algoritmici, o dall'uso dei loro servizi», indica tra siffatti rischi quelli che interessano «l'esercizio dei diritti fondamentali», tra cui vanno ricompresi la capacità autodeterminarsi (artt. 1, 6 e 7 CDFUE), la «salute pubblica e dei minori» e il «benessere fisico e mentale della persona».

Alla protezione online dei minorenni, l'art. 28 DSA dedica disposizioni specifiche. Una più generale, al paragrafo 1, in cui si stabilisce che i fornitori di piattaforme online accessibili ai minori devono adottare «misure adeguate e proporzionate per garantire un elevato livello di tutela della vita privata, di sicurezza e di protezione dei minori sul loro servizio»; un'altra più specifica, al paragrafo 2, in cui si pone il divieto di presentare sulla interfaccia pubblicità basata sulla profilazione se si ha la «ragionevole [non già l'assoluta] certezza» che il destinatario del servizio è minore. Si aggiungano i considerando 38, 58, 65, 71 e gli artt. 6 par. 1 lett. f), 8 e 40 par. 2 lett. g) del GDPR.

Oltre all'AI-Act e al DSA occorre richiamare la Convenzione quadro del Consiglio d'Europa «sull'intelligenza artificiale e sui diritti umani, la democrazia e lo Stato di diritto». È la prima Convenzione di diritto internazionale¹³, il cui scopo è vincolare gli Stati Parte ad adottare misure legislative, amministrative o di altro tipo funzionali ad assicurare la coerenza dell'intero ciclo di vita dei sistemi di IA con i diritti umani, la democrazia e lo Stato di diritto (art. 1)¹⁴. È significativo che in un mondo in cui la vita umana e l'economia si svolgono sempre più online, anche gli Stati siano obbligati ad adottare misure idonee a governare il cambiamento, assicurando opportunità a tutti e salvaguardando l'autonomia e la libertà individuale.

Non è un risultato scontato, infatti già nel Preambolo si esplicita la preoccupazione che alcune attività dei sistemi di IA «possano minare l'autonomia individuale» e aggravare il rischio di discriminazioni e disuguaglianze soprattutto rispetto agli «individui in situazioni di vulnerabilità». Coerentemente: l'art. 7, contenuto nel capo III sui principi, obbliga gli Stati parte ad adottare o mantenere misure «per il rispetto della dignità umana e dell'*autonomia individuale* in relazione alle attività del

¹³ La firma della Convenzione è avvenuta a Vilnius (Lituania) durante la conferenza dei ministri della Giustizia del Consiglio d'Europa. Tra i primi firmatari ci sono l'Unione europea, gli Stati Uniti d'America, il Canada, il Regno Unito e alcuni paesi membri del Consiglio d'Europa. Ai sensi dell'art. 30, la Convenzione è aperta alla firma degli Stati membri del Consiglio d'Europa che ancora non l'hanno sottoscritta (tra cui l'Italia) e all'adesione di qualsiasi Stato non membro del Consiglio d'Europa ai sensi dell'art. 31.

¹⁴ L'art. 3 della Convenzione, da un lato, assoggetta ciascuna Parte ad applicare le disposizioni della Convenzione «alle attività svolte nell'ambito del ciclo di vita dei sistemi di intelligenza artificiale dalle autorità pubbliche o da soggetti privati che agiscano per conto loro»; dall'altro, impone a ciascuna Parte di «affronta[re] i rischi e gli impatti derivanti dalle attività svolte nell'ambito del ciclo di vita dei sistemi di intelligenza artificiale da parte di soggetti privati (...)». Il modo di attuazione di tale obbligo dovrà essere specificato in un'apposita dichiarazione presentata al Segretario generale del Consiglio d'Europa al momento della firma o del deposito dello strumento di ratifica.

ciclo di vita dei sistemi di intelligenza artificiale¹⁵; l'art. 18, all'interno del capo VI sull'attuazione della Convenzione, obbliga gli Stati parte a tenere conto di «esigenze e vulnerabilità specifiche in relazione al rispetto dei diritti delle persone con disabilità e dei bambini».

Tutte queste disposizioni suscitano almeno due considerazioni. La prima attiene alla fattispecie, che si delinea con una certa nettezza, del divieto di manipolazione dell'utente online. Su essa non ci si può qui soffermare organicamente, stante l'ampiezza della trattazione; basti rilevare come le espressioni e i termini «tecniche subliminali che agiscono senza che una persona ne sia consapevole», «manipolazione» e «materialmente falsare o compromettere altrimenti» la libertà del volere oltrepassano le fattispecie dei vizi del consenso (errore, violenza e dolo) e le pratiche commerciali scorrette¹⁶.

La seconda considerazione riguarda la categoria della vulnerabilità, accolta dalle fonti europee in luogo della specificità e tipizzazione delle condizioni soggettive di debolezza umana giuridicamente rilevanti. Su essa ci si soffermerà ed emergerà un'impostazione ordinamentale molto diversa da quella del codice civile, la quale è stata più attenta a circoscrivere con puntualità le condizioni soggettive di debolezza rilevanti, laddove il diritto europeo, stante l'evoluzione sociale e tecnologica, ha aperto maggiormente al rilievo delle plurime e non predeterminabili fragilità umane.

È utile però, prima di sviluppare questo tema, svolgere due passaggi intermedi, attinenti: 1) all'individuazione degli strumenti attraverso cui può essere effettuato lo sfruttamento delle vulnerabilità; 2) a una più precisa delimitazione del problema della manipolazione, da cui scaturisce l'esigenza normativa di accogliere il concetto di vulnerabilità digitale.

3. Gli strumenti tecnologici in grado di sfruttare le vulnerabilità dell'utente online: pubblicità mirata e rilevamento delle emozioni.

Da sempre alle imprese interessa conoscere i gusti dei consumatori e acquisire la loro fiducia; è noto, infatti, che il marketing risale al tempo anteriore all'avvento di internet. Esso si basava su strategie attuate prima della produzione dei beni, ma soprattutto su svariate tecniche volte ad indurre i consumatori ad acquistare i prodotti già immessi sul mercato¹⁷.

¹⁵ Le misure a tutela dei diritti umani, della democrazia e dello Stato di diritto devono essere individuate dagli Stati parte (artt. 7-12 Conv.) e, ove accorra, aggiornate. In forza dell'art. 16 co. 1, in linea con quanto previsto dal DSA e dall'AI-Act, ciascuna Parte deve «adottare o mantenere in vigore misure per l'identificazione, la valutazione, la prevenzione e l'attenuazione dei rischi posti dai sistemi di intelligenza artificiale (...)».

¹⁶ Su questo tema mi permetto di rinviare a un altro scritto in corso di ultimazione.

¹⁷ Sulla storia del marketing cfr: P. KOTLER-K.L. KELLER, *Marketing management*, a cura di W. G. Scott, trad. it. di F. Sarpi, Milano, 12 ed., 2007. Questo volume, ebbene sia un manuale di marketing, è un testo fondamentale che include una sezione sulla storia e l'evoluzione del marketing; Più di recente P. KOTLER-K.L. KELLER-F. ANCARANI-M. COSTABILE, *Marketing management*, Pearson Italia, 2012; R.S. WINER-S.A. NESLIN, *The history of marketing science*, Word Scientific, 2014, *passim*. In estrema sintesi si possono

Quando si afferma e dilaga la dimensione online dell'esistenza umana, nella quale si è attratti dal palesare sé stessi agli altri, oltre alla diffusione dell'economia dei dati personali e al crescente perfezionamento delle tecnologie digitali, il marketing assume un tratto spiccatamente prognostico. Le imprese, attraverso l'impossessamento dei dati della navigazione online e la valorizzazione di ciò che da essi è desumibile con riguardo agli interessi e alle propensioni degli utenti, sempre più indirizzano pubblicità mirate, offrendo quel prodotto che piace o di cui – lo si sa già – ha bisogno l'utente-consumatore.

Naturalmente – è bene sottolinearlo – non vi è alcuna antiggiuridicità nell'offrire ciò che soddisfa la domanda di beni, sebbene tale domanda sia conosciuta dalle imprese prima che essa venga formulata. La qualificazione negativa dell'atto di consumo si appunta sulla mancanza di libertà del volere e non già nel volere conforme all'esercizio della propria autonomia negoziale fosse anche stimolata. Certo, talvolta il confine è sottile, perché il fenomeno della dipendenza comportamentale, come si dirà meglio nel paragrafo successivo, è subdolo nella sua scaturigine e difficile da scorgere soprattutto da parte di chi ne è vittima¹⁸.

Se la pubblicità mirata non è vietata dal diritto europeo, bensì assoggettata a una disciplina volta a salvaguardare la libertà del volere (art. 26 DSA)¹⁹, è utile indicare, sebbene siano noti, gli strumenti attraverso cui l'utente online può essere indotto a compiere un atto giuridico.

ricordare alcuni aspetti funzionali al nostro discorso sulla vulnerabilità e manipolazione. Prima dell'avvento della tecnologia digitale, le indagini di marketing erano basate su approcci più tradizionali e meno personalizzati. Le imprese conducevano soprattutto ricerche di mercato attraverso sondaggi, interviste e *focus group* per raccogliere opinioni e preferenze. Queste ricerche erano, tuttavia, meno frequenti perché costose. Piuttosto le aziende si concentravano su altre strategie: 1) implementavano promozioni e sconti, campioni gratuiti e offerte speciali per incentivare le vendite; 2) *branding*, ossia si puntava sullo sviluppo del marchio e sull'immagine dell'azienda. Lo scopo era di creare un'identità forte e riconoscibile attraverso loghi, slogan e campagne pubblicitarie coerenti; 3) networking e relazioni, ossia le aziende investivano nella costruzione di relazioni personali con i clienti importanti e i partner commerciali, spesso attraverso eventi dal vivo, fiere e conferenze; 4) distribuzione e posizionamento consistente nella scelta dei punti vendita nei luoghi giusti per massimizzare la visibilità e le vendite.

Queste e altre tecniche, ancora oggi utilizzate, erano decisamente meno mirate e personalizzate rispetto a quelle attuali, essendo volte a conquistare la fiducia del cliente senza conoscerne preventivamente i gusti. Nel passato del marketing occorreva creatività e intuizione per cercare di capire e anticipare i bisogni e i desideri dei consumatori. Oggi i bisogni e i desideri sono palesati nell'ambiente digitale, dove la tecnologia che vi opera riesce anche a far nascere interessi e desideri, spingendo all'acquisto. Rispetto a questo potere delle imprese e di chi adopera certe tecnologie digitali, diventa sottile il confine tra soddisfacimento della domanda, induzione al consumo e manipolazione dell'utente-consumatore.

¹⁸ Anche da questo punto di vista si constata come sia più semplice accorgersi di essere stati vittima di un raggio piuttosto che di aver sviluppato una dipendenza comportamentale nell'ambiente digitale in cui operano spinte costanti e silenziose.

¹⁹ L'art. 26 («pubblicità sulle piattaforme online») – parte della sezione 3 («disposizioni applicabili ai fornitori di piattaforme online») del capo III («Obblighi in materia di dovere di diligenza per un ambiente online trasparente e sicuro») il quale detta obblighi generali, variamente distribuiti tra i prestatori di servizi intermediari (sezioni 1) e i fornitori di piattaforme online o applicabili a entrambi (2) – obbliga i fornitori di piattaforme online

Il trittico su cui far leva per approfittare della vulnerabilità dell'utente è il seguente: consenso al trattamento dei dati personali, profilazione e *targeting*²⁰. Il primo è un elemento delicatissimo, perché attraverso il consenso si consente l'intromissione nella propria vita privata, esponendosi, di conseguenza, anche a pregiudizi arrecati a sé stessi da chi intenda sfruttare la conoscenza di elementi personali significativi. Ecco perché il GDPR, diversamente dal codice civile (art. 1322 e artt. 1426-1440 c.c.), insiste maggiormente e in diverse direzioni sul consenso negoziale.

Ai sensi dell'art. 4, n. 11 GDPR, il consenso dell'interessato è definito come «qualsiasi manifestazione di volontà *libera, specifica, informata, inequivocabile* (...), con la quale lo stesso manifesta il proprio assenso, mediante dichiarazione o azione positiva inequivocabile», a che i dati personali che lo riguardano siano oggetto di trattamento». Questa disposizione si inverte in diversi articoli, la cui finalità è di garantire la consapevolezza e spontaneità del consenso [art. 6 par. 1 lett. a), art. 7, in part. il par. 4 e art. 13 GDPR sui doveri di informazione in capo al titolare del trattamento una volta ottenuti i dati]²¹.

che presentano pubblicità sulle loro interfacce *a rendere alcune informazioni* «per ogni singola pubblicità presentata a ogni singolo destinatario». Tra queste informazioni merita una particolare sottolineatura quella di cui alla lett. d) del paragrafo 1, attinente sia ai «parametri utilizzati per determinare il destinatario al quale viene presentata la pubblicità» e, se praticabile, sia «alle modalità di modifica di detti parametri». Qual è la finalità di queste disposizioni? Affinché l'utente non sia strumentalizzato/manipolato nella manifestazione del consenso, egli deve conoscere gli elementi considerati dalla macchina per raggiungerlo con una pubblicità. Questa conoscenza è essenziale per consentire all'utente di valutare le ragioni della proposta commerciale e, quindi, per decidere se acquistare o meno il prodotto oggetto della pubblicità mirata. Altrimenti, in assenza di tali disposizioni, la volontà dell'utente-consumatore rischierebbe di essere etero-diretta dall'algoritmo, non libera, tale per cui la persona degrada dall'essere un valore intrinseco a strumento per raggiungere un obiettivo economico a prescindere dalle sue reali esigenze e dal suo benessere psichico. Ecco perché l'utente, dopo aver valutato le ragioni della intromissione nella propria vita attraverso l'invio della pubblicità, deve, possibilmente, essere in grado di modificare quei parametri, così da determinare un adeguamento dell'offerta commerciale ai suoi effettivi interessi e bisogni. Analogamente si articola la disciplina sulla trasparenza dei sistemi di raccomandazione [(art. 27 DSA), cfr. R. MONTINARO, *Sistemi di raccomandazione nelle interazioni tra professionisti e consumatori: il punto di vista del diritto dei consumi (e non solo)*, in *Persona e mercato*, 2022, 3, p. 368 ss.].

²⁰ V. RICCIUTO, *Consenso al trattamento e contratto*, in corso di pubblic.; D. PAOLETTI, *Le condizioni di liceità del trattamento dei dati personali*, in *Giur. it.*, 2019, 2783 ss.; V. ZENO-ZENCOVICH, G. RESTA, *Volontà e consenso nella fruizione dei servizi in rete*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2018, p. 432 ss.; G. COMANDÈ, *Regulating Algorithms' Regulation? First Ethico-Legal Principles, Problems and Opportunities of Algorithms*, in T. Cerquitelli, D. Quercia, F. Pasquale (eds.), *Transparent Data Mining for Small and Big Data* (Basel: Springer, 2017), 169 ss.; S. TOMMASI, *Verso il Digital Services Act: la Proposta di Regolamento sul "mercato unico dei servizi digitali" del 15.12.2020*, in *Persona e mercato*, 2021, 1, 215 ss.

²¹ Dal considerando 32 GDPR emergono due aspetti fondamentali del consenso: 1) la sua forma a garanzia della consapevolezza del proprio atto; 2) lo stretto legame con la finalità per la quale è espresso (per una limpida e convincente trattazione del consenso al trattamento dei dati personali e del suo rapporto con il bene servizio ottenuto cfr. V. RICCIUTO, *L'equivoco della privacy. Persona vs dato personale*, Napoli, 2022, *passim*, cfr. anche: G. FINOCCHIARO, *Intelligenza artificiale quale regole?*, Bologna, 2024, p. 87 ss., sul superamento della logica proprietaria dei dati personali, e S. ORLANDO, *Consenso al*

La profilazione, invece, rende edotto il titolare del trattamento di plurimi aspetti, esteriori e interiori, riguardanti l'interessato. La definizione di questo termine, contenuta nell'art. 4, n. 4, GDPR, restituisce tutta l'ampiezza dell'ambito di intrusione nella vita privata della persona mediante l'impiego della tecnologia digitale. Per profilazione si intende «qualsia forma di trattamento automatizzato di dati personali consistenti nell'utilizzo di tali dati personali per *valutare determinati aspetti personali* relativi a una persona fisica, in particolare per *analizzare e prevedere* aspetti riguardanti il rendimento professionale, la situazione economica, la salute, *le preferenze personali, gli interessi, l'affidabilità, il comportamento, l'ubicazione o gli spostamenti* di detta persona fisica». Si tratta, dunque, di una tecnica attraverso cui, sulla base di una valutazione automatica dei dati personali, si conoscono molte cose di una persona («aspetti personali»), al punto da poterne anche prevedere le «preferenze personali» e «il comportamento».

I dati personali, va precisato, possono essere forniti alla registrazione, osservati, attraverso diverse tecniche²² o desunti. Lo scopo è di acquisire

trattamento e liceità, in Persona e mercato, 2024, 2, 361 ss., espone l'idea secondo cui l'autonomia privata nel campo dei dati personali va intesa come «un potenziamento della tutela della persona». Si riporta per comodità di lettura il testo: «il consenso dovrebbe essere espresso mediante un atto positivo inequivocabile con il quale l'interessato manifesta l'intenzione *libera, specifica, informata e inequivocabile* di accettare il trattamento dei dati personali che lo riguardano, ad esempio mediante dichiarazione scritta, anche attraverso mezzi elettronici, o orale. Ciò potrebbe comprendere la selezione di un'apposita casella in un sito web, la scelta di impostazioni tecniche per servizi della società dell'informazione o qualsiasi altra dichiarazione o qualsiasi altro comportamento che indichi chiaramente in tale contesto che l'interessato accetta il trattamento proposto. Non dovrebbe pertanto configurare consenso il silenzio, l'inattività o la preselezione di caselle. Il consenso dovrebbe applicarsi a tutte le attività di trattamento svolte per la stessa o le stesse finalità. Qualora il trattamento abbia più finalità, il consenso dovrebbe essere prestato per tutte queste. Se il consenso dell'interessato è richiesto attraverso mezzi elettronici, la richiesta deve essere chiara, concisa e non interferire immotivatamente con il servizio per il quale il consenso è espresso».

²² Tra queste tecniche o attività si indicano, in sintesi e senza pretesa di esaustività, le seguenti: a) il tracciamento delle attività che avviene mediante i cookies e altre tecnologie di tracciamento con cui il titolare del trattamento monitora il comportamento dell'utente sulla piattaforma. Ad esempio si verifica quali pagine vengono visitate, per quanto tempo e come si interagisce con i contenuti; b) l'analisi dei contenuti consiste nell'esame delle interazioni con i contenuti, appunto; interazioni quali sono i commenti e le risposte, i quali, nel loro insieme, possono fornire utili informazioni, a fini diversi (soprattutto economici dell'impresa), sui gusti, interessi e opinioni dell'utente; c) l'indicazione dei dati demografici, solitamente forniti dagli utenti durante la registrazione (come età, sesso, localizzazione), è utilizzabile per creare profili e segmentare gli utenti; d) l'utilizzo di reti sociali fa sì che il titolare del trattamento possa accedere a informazioni aggiuntive dal profilo dell'utente, come amici, interessi e attività; e) propinare sondaggi e questionari all'utente serve anch'esso a raccogliere informazioni su opinioni e preferenze; f) anche l'attività offline, riguardante ad esempio gli acquisti effettuati in negozio, combinata con quella online contribuisce a costruire un profilo più completo dell'utente; g) il *machine learning* e l'intelligenza artificiale, attraverso algoritmi di *machine learning*, analizzano per i titolari del trattamento grandi volumi di dati al fine di estrarre informazioni comportamentali e caratteriali. Sulle diverse distinzioni tra i dati cfr. S. ORLANDO, *Data vs capta: intorno alla definizione di dati*, in *Nuovo dir. civ.*, 2022, 4, 27, il quale distingue tra

quante più informazioni possibili su quegli interessi e preferenze degli utenti, pregni di valore economico per le imprese.

Sulla base di questa conoscenza, ogni singolo utente può essere raggiunto con un'offerta personalizzata, rispondente ai propri gusti, attraverso il *targeting*. Con tale termine si intende «l'atto di indirizzare o rivolgere qualcosa a un particolare gruppo di persone» o come «l'atto di tentare di attrarre una persona o un gruppo o di influenzarli in qualche modo» sulla base di una conoscenza pregressa²³.

Questa pratica reca con sé almeno due rischi: il primo attiene al mancato controllo dei propri dati personali. È stato rilevato che «le attività di profilazione collegate al *targeting* potrebbero comportare un'inferenza di interessi o altre caratteristiche, che la persona non aveva attivamente rivelato, minando così la capacità di quest'ultima di esercitare il controllo sui suoi dati personali»²⁴. Il secondo, collegato al primo, che ci interessa di più, attiene alla possibilità di manipolare gli utenti-consumatori quanto alle loro decisioni di acquisto. Difatti alcuni approcci di *targeting* sono in grado di minare l'autonomia e la libertà del volere²⁵, sfruttando la conoscenza acquisita di vulnerabilità dell'utente emerse durante la navigazione o già all'atto della registrazione effettuata per fruire di un servizio.

Il problema dello sfruttamento delle fragilità è particolarmente delicato, come si è accennato, per i minori di età; ne è consapevole l'Unione europea, la quale, tra le diverse regole a tutela dei minorenni, ne prevede una particolarmente significativa secondo cui «i fornitori di piattaforme online non presentano sulla loro interfaccia pubblicità basata sulla profilazione come definita all'articolo 4, punto 4), del regolamento (UE) 2016/679 che usa i dati personali del destinatario del servizio se sono consapevoli, con ragionevole certezza, che il destinatario del servizio è minore» (art. 28, par. 2, DSA).

È vietato profilare i minori di età e inviare loro sull'interfaccia online pubblicità mirata, perché è noto che la loro volontà è altamente influenzabile, come si afferma nella Risoluzione del Parlamento europeo sulla protezione dei consumatori nei videogiochi online, in cui si invoca una

dati personali e informazioni quali forme rappresentative dei dati. Sono queste ultime ad interessare maggiormente i professionisti, costituendo la base delle strategie di marketing.

²³ È questa la definizione di *targeting* contenuta nelle Linee guida 8/2020 «sul *targeting* degli utenti di social media» adottate il 13 aprile 2021 dal Comitato europeo per la protezione dei dati (EDPB)», in www.edpb.europa.eu. Il *targeting* degli utenti di social media coinvolge soggetti diversi: i fornitori di social media, i loro utenti, i *targeter* e altri soggetti (come gli intermediari dei dati). Il fornitore di social media può raccogliere una grande quantità di dati personali; si pensi anche soltanto ad un "mi piace" cliccato su un post sui social-media o alla visione di un video. Il *targeter* è la persona fisica o giuridica che utilizza i servizi di social-media per indirizzare messaggi specifici – commerciali, politici o di altro tipo - a un insieme di utenti di social-media sulla base di parametri o criteri specifici. Gli intermediari dei dati e i fornitori di gestione dei dati aggregano i dati raccolti da un'ampia varietà di fonti; dati che possono essere venduti ad altre parti interessate, coinvolte nel processo di *targeting*.

²⁴ Linee guida EDPB, 8/2020 «sul *targeting* degli utenti di social media», cit.

²⁵ G. FINOCCHIARO, *Intelligenza artificiale quale regole?*, cit., 47, sottolinea l'importanza del rispetto da parte dei sistemi di IA dei valori dell'UE tra cui la dignità umana e l'autonomia personale, il che giustifica «l'intervento e la sorveglianza umana».

particolare attenzione ai minorenni, i quali hanno diritto di giocare online, ma in sicurezza, in un tempo contenuto e nella consapevolezza dei rischi²⁶.

Senza questo divieto di profilare i minorenni, si sarebbe consentito alle imprese di impadronirsi della volontà di un soggetto che è strutturalmente vulnerabile e incline alla decisione impulsiva. Vedremo, però, che la minore età è solo una delle vulnerabilità disciplinate dal diritto europeo. Se il minorenne va protetto perché non ha ancora raggiunto un livello sufficiente di maturazione e di autocontrollo, l'utente maggiorenne, più o meno giovane, si trova comunque anch'egli in una condizione di vulnerabilità, di particolare esposizione al pregiudizio, se la tecnologia digitale lo manipola, finanche traendo indicazioni dalle sue emozioni.

Il rilevamento delle emozioni non è vietato in assoluto²⁷. Stabilisce, infatti, l'art. 5, par. 1 lett. f), AI-Act che è vietata l'immissione sul mercato o l'uso «di sistemi di IA per inferire le emozioni di una persona fisica nell'ambito del *luogo di lavoro* e degli *istituti di istruzione*, tranne laddove l'uso del sistema di IA sia destinato a essere messo in funzione o immesso sul mercato per motivi medici o di sicurezza». Al di fuori di questi contesti (luogo di lavoro e istituti di istruzione), è legittimo rilevare le emozioni e anche le «intenzioni» (art. 3 n. 39 AI-Act) dell'utente durante la navigazione in internet²⁸. Credo, però, che si debba convenire su un aspetto: se la conoscenza delle emozioni di una persona (gioia, rabbia, disgusto, ansia, felicità, confusione) e la comprensione scientifica del funzionamento del cervello possono servire come base dei profitti commerciali

²⁶ Nella Risoluzione del Parlamento europeo del 18.1.2023 sulla «protezione dei consumatori nei videogiochi online: un approccio a livello del mercato unico europeo», in www.europarl.europa.eu, al punto 36 il Parlamento europeo «evidenzia che l'industria dei videogiochi, gli utenti e i genitori non dovrebbero sottovalutare i rischi e gli effetti dovuti al disturbo da gioco; ricorda che la ricerca scientifica ha dimostrato che la pubertà e l'adolescenza sono i periodi della vita in cui le persone sono più vulnerabili ai comportamenti di assuefazione; chiede una maggiore collaborazione tra i progettisti di videogiochi, gli editori, le piattaforme e la più vasta comunità di soggetti interessati, comprese le autorità nazionali e la Commissione, per contribuire a mitigare il rischio di disturbo da gioco; indica che sarebbe opportuno avviare un maggior numero di campagne di sensibilizzazione per garantire che i genitori e i giovani giocatori siano consapevoli dei rischi connessi al disturbo da gioco e invita gli sviluppatori a evitare la progettazione di giochi manipolativa, che può portare alla dipendenza dal gioco, all'isolamento e a molestie online». Cfr. anche la lettera M) e i nn. 15, 17, 19, 29 e 45.

²⁷ Per un approfondimento cfr. E.M. INCUTTI, *Sistemi di riconoscimento delle emozioni e ruolo dell'autonomia privata*, in *Giust. civ.*, 2022, 2, 519 ss.

²⁸ Il considerando 18 AI-Act indica la nozione di sistema di riconoscimento delle emozioni, da definirsi come «un sistema di IA finalizzato a *identificare o inferire emozioni o intenzioni di persone fisiche*, sulla base dei loro dati biometrici. La nozione si riferisce a emozioni o intenzioni quali felicità, tristezza, rabbia, sorpresa, disgusto, imbarazzo, eccitazione, vergogna, disprezzo, soddisfazione e divertimento. Non comprende stati fisici, quali dolore o affaticamento, compresi, ad esempio, i sistemi utilizzati per rilevare lo stato di affaticamento dei piloti o dei conducenti professionisti al fine di prevenire gli incidenti. Non comprende neppure la semplice individuazione di espressioni, gesti o movimenti immediatamente evidenti, a meno che non siano utilizzati per identificare o inferire emozioni. Tali espressioni possono essere espressioni facciali di base quali un aggrottamento delle sopracciglia o un sorriso, gesti quali il movimento di mani, braccia o testa, o caratteristiche della voce di una persona, ad esempio una voce alta o un sussurro».



(neuromarketing)²⁹, si determina una manipolazione della volontà della persona.

La libertà del volere esige che il comportamento del proprio interlocutore, uomo o macchina che sia, si formi spontaneamente durante la relazione alla pari con l'altro. Se, invece, si conoscono *a priori* circostanze fondamentali attinenti alla sfera altrui, poiché, in ragione di ciò, si è in grado di orientare il proprio comportamento all'insaputa dell'altro, si ha indiscutibilmente una manipolazione. Ecco perché l'art. 50, par. 3, AI-Act stabilisce che «i deployer di un sistema di riconoscimento delle emozioni o di un sistema di categorizzazione biometrica³⁰ informano le persone fisiche che vi sono esposte in merito al funzionamento del sistema e trattano i dati personali in conformità dei regolamenti (UE) 2016/679 e (UE) 2018/1725 e della direttiva (UE) 2016/680 a seconda dei casi». Gli utenti devono ricevere una notifica quando sono esposti a sistemi che, nel trattamento dei loro dati biometrici, possono identificare o inferire emozioni o intenzioni o assegnarli a specifiche categorie. Nell'attuare tale obbligo da parte di chi adopera il sistema di IA deve essere riservata una particolare attenzione ai minorenni e ai disabili, considerati soggetti vulnerabili (cons. 132 AI-Act).

Si aggiunga, in coerenza con tale quadro normativo, che i sistemi di IA destinati a essere utilizzati per il riconoscimento delle emozioni sono considerati, giustamente, ad alto rischio [allegato III, n. 1 lett. c), AI-Act]³¹.

²⁹ E. TUCCARI, *Neuromarketing: un'asistematica disciplina... oltre il consenso?*, in *Persona e mercato*, 2024, 2, 511 ss.; ivi B. PARENZO, *Neuromarketing: un inventario di (spuntati) divieti contro il pericolo di una scelta manipolata*, p. 539 ss.; R. ALFONSI, *Neuromarketing, vizi del consenso e libertà di scelta*, in corso di pubblic, in un volume a cura di S. Orlando ed ivi anche L. CASALINI-E.M. INCUTTI, *Volontà e vulnerabilità in ambiente digitale: profili giuridici del neuromarketing*, A. A. MOLLO, *Emozioni e autodeterminazione in ambiente digitale: prime riflessioni sull'affect recognition e il neuromarketing relativi alle persone con disabilità* e S. TOMMASI, *Neuromarketing discriminatorio e mercato digitale: il ruolo del Digital Services Act e dell'Artificial Intelligence Act*. Cfr. anche L. TAFARO, *Neuromarketing e tutela del consenso*, Napoli, 2018.

³⁰ L'identificazione biometrica consente di individuare le emozioni dell'utente online perché riconosce in modo automatico, secondo la definizione contenuta nel considerando 15 dell'AI-Act, le «caratteristiche fisiche, fisiologiche e comportamentali di una persona, quali il volto, il movimento degli occhi, la forma del corpo, la voce, la prosodia [*id est*: le caratteristiche intonative, ritmiche e melodiche del linguaggio parlato, il che può consentire di scorgere l'emozione dell'oratore], l'andatura, la postura, la frequenza cardiaca, la pressione sanguigna, l'odore, la pressione esercitata sui tasti, allo scopo di determinare l'identità della persona confrontando i suoi dati biometrici con quelli di altri individui memorizzati in una banca dati di riferimento, indipendentemente dal fatto che la persona abbia fornito il proprio consenso» (cfr. anche art. 3 nn. 34-36 AI-Act). Ora, i dati biometrici, ottenuti da un trattamento specifico attinente alle caratteristiche fisiche, fisiologiche o comportamentali di una persona, possono essere sfruttati in vari modi, alcuni certamente di grande utilità (come l'autenticazione degli utenti nei sistemi online, tecnica più sicura rispetto alle password); tuttavia, le informazioni biometriche si prestano a costituire la base della creazione di profili dettagliati degli utenti, da sfruttare per la pubblicità mirata o altre forme di manipolazione commerciale.

³¹ I sistemi di riconoscimento delle emozioni sono ad alto rischio anche perché, come rilevato dal considerando 44 AI-Act, è difficile trarre dalle emozioni elementi di generalità esatti. Non fosse altro perché «l'espressione delle emozioni varia notevolmente in base alle culture e alle situazioni e persino in relazione a una stessa persona». E allora questi sistemi

Si deve ammettere, dunque, che attraverso il riconoscimento delle emozioni o la profilazione dell'utente mediante i suoi dati biometrici è possibile perpetrare una manipolazione psicologica e approfittare delle vulnerabilità, influenzando le decisioni. Il che avviene attraverso suggerimenti di contenuti, raccomandazioni e offerte di prodotti, il tutto dipendente da una valutazione automatica degli stati d'animo o stati fisiologici dell'utente.

4. Dipendenza digitale e induzione a compiere atti: contro la distorsione della volontà.

Il secondo passaggio intermedio del discorso attiene, come si diceva sopra, a una più chiara enucleazione del fenomeno manipolativo che è alla base della nozione di vulnerabilità, intesa in senso ampio; più ampio rispetto alla linea politica accolta dai codici civili del Novecento³².

È un fatto acquisito, più dagli studiosi che dai consociati³³, che le tecniche manipolative e di sfruttamento delle vulnerabilità umane, diffuse

«possono portare a risultati discriminatori e possono essere invasivi dei diritti e delle libertà delle persone interessate».

³² G.B. FERRI, *Il negozio giuridico*, Padova, 2024, 267 ss. sulle patologie contrattuali e circolazione della proprietà.

³³ Si riscontra un ritardo nell'alfabetizzazione digitale. Non a caso il d.l. 15.9.2023, n. 123 contenente «*misure urgenti di contrasto al disagio giovanile, alla povertà educativa e alla criminalità minorile, nonché per la sicurezza dei minori nell'ambito digitale*», convertito con modificazioni in legge n. 1591/2023, prevede significative disposizioni su questo punto. L'art. 14 pone un dovere a carico delle Istituzioni, anche non politiche, di proteggere i minorenni attraverso una più approfondita conoscenza del funzionamento dell'ambiente digitale; una protezione che necessita, inevitabilmente, di un'alfabetizzazione digitale anche delle famiglie. Si prevede in sintesi: 1) la promozione da parte della Presidenza del Consiglio dei ministri (Dipartimento per le politiche della famiglia) di studi e l'elaborazione di linee guida rivolte ai fruitori di disposizioni di comunicazione elettronica e del controllo parentale, «con particolare attenzione agli educatori, alle famiglie e ai minori»; 2) offerta di consulenza e servizi da parte dei Centri per la famiglia «in merito alla alfabetizzazione mediatica e digitale dei minori, con particolare attenzione alla loro tutela rispetto all'esposizione a contenuti pornografici e violenti»; 3) avviamento annuale da parte della Presidenza del Consiglio dei ministri (Dipartimento per le politiche della famiglia) di «campagne di informazione sull'uso consapevole della rete e sui rischi connessi, in particolar modo sui mezzi di prevenzione dall'accesso a contenuti potenzialmente nocivi per lo sviluppo armonioso dei minori». Al fine di rafforzare le prescrizioni contenute nella legge in esame, si prevedono due relazioni annuali: una redatta dall'Autorità per le garanzie nella comunicazioni, da inviare all'Autorità politica con delega alla famiglia, «sull'impatto dell'attuazione dell'art. 13 [sulle «applicazioni di controllo parentale nei dispositivi di comunicazione elettronica»], con particolare riferimento all'uso dell'applicazione del controllo parentale»; l'altra predisposta dall'Autorità politica con delega alle politiche per la famiglia, da presentare al Parlamento, sull'attuazione della presente legge.

Cfr. anche: il cons. 20 AI-Act secondo il quale l'alfabetizzazione in materia di IA deve riguardare tutti gli attori della catena del valore dell'IA (fornitori, *deployer*, persone interessate). Occorre promuovere quegli strumenti volti a raggiungere una conoscenza sufficiente dei benefici, rischi, garanzie, diritti e obblighi attinenti all'uso dei sistemi di IA; il cons. 56 collega la diffusione dei sistemi di IA nell'istruzione alla formazione digitale dei discenti e degli insegnanti in modo da acquisire la capacità di stare nell'ambiente digitale e

nell'ambiente digitale, sono decisamente più insidiose di quelle note che si praticano nell'ambiente offline. Si consideri che tra persone presenti fisicamente si instaura un livello maggiore di attenzione; la presenza dell'altro attiva una capacità superiore di riflessione, argomentazione e resistenza, di talché occorre uno sforzo più evidente, maggiori capacità, per costruire una realtà ingannevole o per sfruttare vulnerabilità altrui.

È così nel dolo, dove il raggio costa di una *mise en scène* in mala fede con cui si altera la realtà, mostrando alla controparte ciò che non è³⁴. Il *deceptor* deve ingannare in un modo che risulti evidente nella valutazione *ex post* e causalmente incidente sulla volontà del *deceptus*, di modo che una tale condotta ingannevole possa essere accertata dal giudice. Non a caso la giurisprudenza è restia ad attribuire rilievo alla mera omissione quale causa di invalidità del contratto (c.d. dolo omissivo)³⁵, al di là delle ipotesi

un «pensiero critico per partecipare attivamente all'economia, alla società e ai processi democratici». In tale considerando si indicano altresì i pericoli insiti nei sistemi di IA impiegati per assegnare persone agli istituti o ai programmi di istruzione e formazione professionale e per valutare i risultati dell'apprendimento degli studenti e altro ancora. Tali sistemi devono essere classificati ad alto rischio; il cons. 91 sull'alfabetizzazione di chi è coinvolto nel funzionamento del sistema di IA; il cons. 165 contiene un altro riferimento alle «misure di alfabetizzazione in materia di IA»; e cfr. altresì gli artt. 3 n. 56, 4, 66 lett. f) e 95 par. 2 lett. c) AI-Act.

L'accento sull'alfabetizzazione è posto anche dall'art. 20 della Convenzione quadro del Consiglio d'Europa sull'intelligenza artificiale e dall'art. 22, co. 2 lett. b), dello «schema di disegno di legge recante disposizioni e delega al Governo in materia di intelligenza artificiale».

³⁴ A. TRABUCCHI, *Il dolo nella teoria dei vizi del volere*, (1937), rist. anastatica, a cura di P. Perlingieri, Napoli, 2022, 167 ss.

³⁵ Cass., 11.10.1994, n. 8295, in *Banca dati-One legale* afferma che il dolo omissivo, causa di annullamento, non è integrato dal silenzio o dalla reticenza, richiedendosi ... che il comportamento passivo *si inserisca in una condotta configurabile, nel complesso, quale malizia o astuzia volta a realizzare l'inganno perseguito*. Il connotato essenziale del dolo invalidante è dato dalla volontaria realizzazione, ad opera di una parte, di una alterazione nella rappresentazione delle situazioni determinanti sulla formazione del consenso della controparte, al fine di coartarne la libera determinazione. Per contro *il semplice silenzio*, anche su situazioni di interesse della controparte, *e la reticenza non immutano la rappresentazione della realtà*, ma si limitano a non contrastare la percezione della realtà alla quale sia pervenuto l'altro contraente. Cfr. in senso analogo anche Cass., 31.5.2010, n. 13231, in *Banca dati-One legale*. Minoritaria è la posizione F. SANTORO PASSARELLI, *Dottrine generali del diritto civile*, Napoli, 2022, 171, secondo il quale «non costituisce dolo né la menzogna, perché la legge, se tutela la buona fede, non tutela la credulità, né la reticenza». Diversa è l'opinione di altri Autori che reputano il mendacio e il silenzio cause di annullabilità del contratto, tra cui si richiamano qui, per brevità, solo R. SACCO, *Il contratto*, in Sacco-De Nova, Torino, 2004, 559 ss., il quale argomento l'obbligo di informare dall'art. 1337 c.c.; G. VETTORI, *Anomalie e tutela nei rapporti di distribuzione tra imprese*, Milano, 2983, 98-148; G. VISINITINI, *La reticenza nella formazione dei contratti*, Padova, 1972, 76 ss., la quale trae argomento da disposizioni che hanno di mira un dovere di informazione e V. ROPPO, *Il contratto*, Milano, 2011, 763-764, muovendo dalla crescente valorizzazione del principio di buona fede e dall'incremento delle disposizioni sull'informazione, ammette il dolo omissivo nei limiti però di un equilibrio caso per caso tra l'esigenza di valorizzare il dovere di informazione e quella di chi ha pagato e lavorato molto e pagato per avere un'informazione.

espressamente previste dalla legge. E anche con riguardo al mendacio, la Cassazione ha cura di precisare i connotati della condotta menzognera³⁶.

Nell'ambiente digitale il condizionamento della volontà e lo sfruttamento delle vulnerabilità avvengono incidendo non tanto sulla parte cosciente della persona, inducendola a commettere un errore, quanto piuttosto sul subconscio, cioè su quel livello della mente responsabile dei processi automatici che gestisce emozioni, paure, gioie e altri profili emotivi³⁷. È sull'emotività e sull'inibizione del funzionamento dell'intelletto umano che fa perno l'influenza negativa del potere digitale. La volontà, vocata a dire sì o no, si stacca dall'intelletto, stimolata com'è dalle tecniche di persuasione.

La normativa ha colto questo aspetto, difatti, come si diceva, l'art. 5, par. 1 lett. a), AI-Act stigmatizza le «tecniche subliminali che agiscono senza che una persona ne sia consapevole», l'art. 25 DSA vieta non solo le interfacce che ingannano, ma anche quelle che «materialmente falsano» o «compromettono altrimenti» e l'art. 5, par. 1 lett. f), AI-Act limita i sistemi di IA di riconoscimento delle emozioni.

Si taglia allora un punto: nell'ambiente digitale la persona manipolata crede di essere libera, ma non lo è; ritiene che l'interesse e la curiosità palesati in un atto siano espressione spontanea del proprio essere, quando invece sono indotti dalla manipolazione, la quale, talvolta fa perno sulla categorizzazione delle persone fisiche, consistente nell'assegnazione di queste ultime a categorie specifiche sulla base dei loro dati biometrici; categorie riguardanti tra l'altro, «i tratti comportamentali o di personalità»³⁸.

In questo *modus vivendi* apparentemente libero, è stato acutamente sottolineato, con accezione negativa, che «libertà e uguaglianza

³⁶ Cass., 13.6.2015, n. 12892, in *Banca dati-One legale*, afferma che «ricorre il “*dolus malus*” solo se, in relazione alle circostanze di fatto e personali del contraente, il mendacio sia accompagnato da malizie ed astuzie volte a realizzare l'inganno voluto ed idonee in concreto a sorprendere una persona di normale diligenza e sussista, quindi, in chi se ne proclami vittima, assenza di negligenza o di incolpevole ignoranza (Cass. n. 14628/2009)». I raggiri devono essere stati determinanti della volontà del *deceptus* ed aver ingenerato in quest'ultimo «una rappresentazione alterata della realtà, provocando nel suo meccanismo volitivo un errore da considerarsi essenziale ai sensi dell'art. 1429 c.c. Ne consegue che per aversi annullamento del contratto non è sufficiente una qualunque influenza psicologica sull'altro contraente, *ma sono necessari artifici o raggiri, o anche semplici menzogne* [n.d.r. più d'una quindi] che abbiano avuto comunque un'efficienza causale sulla determinazione volitiva della controparte e, quindi, sul consenso di quest'ultima (Cass. n. 20792/2004). Sull'incidenza causale della condotta cfr. A. TRABUCCHI, *Il dolo nella teoria dei vizi del volere*, cit. p. 84-90.

³⁷ G. VETTORI, *Persona e pluralismo*, in *Persona e mercato*, cit., p. 331, sottolinea come il controllo delle nostre vite attraverso i dati personali opera «sull'inconscio nascosto dietro lo spazio cosciente. Di più. Le nostre emozioni, carpite dall'espressione del volto, dalle parole, dal movimento degli occhi, sono raccolte e si forma un inconscio digitale, non ancora nostro. Anticipato e creato da macchine intelligenti e capace di condizionare i nostri desideri e i nostri comportamenti, ad un livello posto al di sotto della soglia della coscienza». L'inconscio «non ancora nostro» che la tecnologia può delimitare e isolare - fatto inquietante a cui attribuire molta considerazione - interessa al legislatore e all'interprete, perché dà adito a un pericolo di manipolazione della persona senza precedenti nella storia (ne è perfettamente consapevole B.-C. HAN, *Infocrazia*, cit., 4 ss.).

³⁸ Cfr. i cons. 14, 16, 30, 54 e gli artt. 3 n. 40, 5 par. 1 lett. g), 50 par. 3 e all. III punto 1 lett. b) AI-Act.

coincidono»³⁹. Se la libertà del volere si sovrappone all'uguaglianza significa che si ha un appiattimento e una strumentalizzazione delle persone, le quali, manifestando tutte la stessa volontà (prevista), non sono più libere di decidere e il loro essere uguali agli altri si traduce in un esproprio dell'identità. L'uguaglianza è apparente perché essa non può esistere senza la libertà del volere.

Questo esito nefasto per la vita del singolo e per l'umanità è avversato dall'Unione europea, non solo attraverso la regolamentazione dei dati personali – secondo un sistema più aperto, equo e innovativo che rispetti i diritti degli utenti, da ultimo come da regolamento (UE 2023/2854) c.d. *european data act*⁴⁰ – ma anche e soprattutto attraverso il divieto di manipolazione di cui si è detto. Con una consapevolezza delle Istituzioni europee: occorre offrire una risposta legislativa più completa al problema della progettazione dei servizi online che creano dipendenza⁴¹. Il dipendere da un sito, da un servizio, dall'acquisto di uno stesso bene è determinato dalla macchina in ragione di una vulnerabilità dell'utente ben individuata; così dipendenza e manipolazione si stringono in un abbraccio perverso dove l'una alimenta ed espande l'altra.

Secondo la risoluzione del Parlamento europeo del 2023, la «progettazione manipolativa» o «progettazione che crea dipendenza» segue il seguente schema: l'interfaccia funziona in modo tale da assicurare la maggiore permanenza possibile dell'utente online (ad es. tramite le tecniche di «*gamification*»)⁴²; così chi offre il servizio o fornisce la piattaforma avrà a disposizione più dati personali. Inoltre si potranno sfruttare le vulnerabilità dell'utente, facendogli spendere più denaro stante il tempo sempre maggiore trascorso nel web (c.d. economia dell'attenzione)⁴³.

Non c'è, tuttavia, solo un problema di induzione a manifestare la volontà e di danno economico, ma anche e soprattutto di possibili pregiudizi non

³⁹ G. VETTORI, *Persona e pluralismo*, cit., 331.

⁴⁰ Al cons. 38 del reg. (UE)2023/2854 «riguardante norme armonizzate sull'accesso equo ai dati e sul loro utilizzo e che modifica il regolamento (UE) 2017/2394 e la direttiva (UE) 202/1828 (regolamento sui dati)» si afferma che i terzi e i titolari dei dati non devono pregiudicare l'autonomia, il processo decisionale o le scelte dell'utente attraverso i *dark patterns*.

⁴¹ Risoluzione del Parlamento europeo, 12 dicembre 2023, «sulla progettazione di servizi online che crea dipendenza e sulla tutela dei consumatori nel mercato unico dell'UE», in *Persona e mercato*, 2024, 2, 694 ss., all'interno dell'Osservatorio OGID, con segnalazione di R. ALFONSI. Cfr anche: Studio della Commissione intitolato «*Behavioural study of unfair commercial practises in the digital environment: dark patterns and manipulative personalisation: final report*», 2022, in *op.europa.eu*, in part. p. 85 ss. sul *measuring the impact of unfair practices*; studio del servizio ricerca del Parlamento europeo del 2019 intitolato «*Harmful internet use. Part I: Internet addiction and problematic use*», in *www.europarl.europa.eu*, in part. p. 22 ss. sul *gaming* (cfr. *infra* nota 39).

⁴² Le tecniche di «*gamification*», utilizzate in vari settori tra cui il marketing, perseguono lo scopo di accrescere la partecipazione attiva dell'utente, la motivazione e il tempo trascorso online. Esse rendono le interazioni più coinvolgenti e stimolanti attraverso badge e certificati premianti, il feedback immediato, lo storytelling e altro ancora.

⁴³ Risoluzione del Parlamento europeo, 12.12.2023, «sulla progettazione di servizi online che crea dipendenza (...)», cit., cons. A. Cfr. R. MONTINARO, *Sistemi di raccomandazione nelle interazioni tra professionisti e consumatori: il punto di vista del diritto dei consumi (non solo)*, cit., p. 381, in part. sull'uso di RS per 'catturare' l'attenzione dei consumatori.

patrimoniali alla persona, rispetto ai quali i bambini e i giovani sono i più esposti. Allarmante è il quadro dei possibili riflessi negativi sulla persona, dipinto dalla Risoluzione appena richiamata⁴⁴.

La progettazione e il funzionamento manipolante della tecnologia non investe soltanto le categorie tradizionali di soggetti vulnerabili, quali i minorenni, i disabili e, in certi casi, gli anziani, ma tutti gli utenti. L'asimmetria digitale impone di ammettere l'esistenza di uno stato generale di vulnerabilità digitale, da intendersi quale condizione umana. Nell'ambiente online si è fragili non solo a causa dell'età o perché affetti da una patologia psichica, ma soprattutto in quanto persona, *compos sui*, esposta al potere tecnologico attraverso plurime tecniche manipolative⁴⁵.

Se muta il contesto in cui si vive – in media i giovani dai 16 ai 24 anni trascorrono più di 7 ore al giorno su Internet⁴⁶ – se sorgono nuovi pericoli

⁴⁴ Risoluzione del Parlamento europeo, 12.12.2023, «sulla progettazione di servizi online che crea dipendenza, cit., al cons. D) afferma che l'uso problematico dello smartphone o di Internet è stato collegato «a una minore soddisfazione esistenziale e a sintomi di disturbi mentali quali depressione, bassa autostima, disturbi dell'immagine corporea, disturbi alimentari, ansia, alti livelli di stress percepito, indifferenza nei confronti di familiari e amici, perdita dell'autocontrollo, mancanza di sonno e sintomi ossessivo-compulsivi, come l'acquisto compulsivo diffuso tra i giovani adulti; che gli utenti assidui di media digitali hanno il doppio delle probabilità di sviluppare problemi di salute mentale, compresi i fattori di rischio di suicidio e autolesionismo; che i bambini e i giovani sono più vulnerabili a tali sintomi; che le patologie di salute mentale che si sviluppano durante l'infanzia *possono condizionare il successivo corso della vita di un individuo*; che l'uso eccessivo di Internet è associato a problemi con gli obblighi quotidiani, al calo dei voti e allo scarso rendimento scolastico, accademico o lavorativo; che la prevalenza delle dipendenze digitali e la loro associazione con i sintomi di disturbi mentali comuni è un problema crescente di salute pubblica e, come tale, dovrebbe essere fonte di preoccupazione per i decisori politici; che è necessario condurre ulteriori ricerche al fine di ottenere maggiori informazioni per lo sviluppo dei criteri diagnostici più appropriati e per stabilire i fattori di rischio per le diverse dipendenze digitali; che alcuni servizi, prodotti o funzioni che potenzialmente non hanno alcun effetto sugli adulti possono invece essere estremamente rischiosi e dannosi per i minori e creare dipendenza in questi ultimi, anche a causa dell'impatto cumulativo di una combinazione di più funzioni o degli effetti prolungati nel tempo».

⁴⁵ La risoluzione del Parlamento europeo, 12.12.2023, «sulla progettazione di servizi online che crea dipendenza (...)», cit., cons. L, indica diverse pratiche frutto della progettazione che creano dipendenza, tra le quali: «lo scorrimento infinito, il caricamento delle pagine con la funzione “aggiornamento tramite trascinarsi verso il basso”, la riproduzione automatica dei video incessante, i consigli personalizzati, le notifiche di recupero, ossia le notifiche per riguadagnare l'attenzione degli utenti che hanno abbandonato un servizio o una app, la funzione “*playing by appointment*” (gioca su appuntamento) che spinge a giocare in determinati momenti della giornata, la progettazione che causa una percezione diluita del tempo trascorso sulla piattaforma o le false notifiche social che creano l'illusione di aggiornamenti nell'ambito della cerchia sociale online dell'utente». Queste e altre tecniche, attuate anche in modo personalizzato, inducono l'utente a restare online e a operare continuamente in diverse direzioni.

⁴⁶ *Average daily time spent using the internet by online users worldwide as of 4th quarter 2022, by age and gender* (Tempo medio giornaliero trascorso online dagli utenti di Internet in tutto il mondo nel quarto trimestre del 2022, per età e genere), Statista, 22 maggio 2023, in <https://www.statista.com/statistics/1378510/daily-time-spent-onlineworldwide-by-age-and-gender>.

per la persona rispetto a quelli già considerati dal diritto, non possono che mutare il concetto di vulnerabilità e le condizioni della sua rilevanza⁴⁷.

L'impostazione del codice civile è stravolta dal diritto dell'ambiente digitale: rilevano non solo specifiche condizioni di debolezza, ma soprattutto uno stato di fragilità ontologica della persona rispetto a certi usi della tecnologia⁴⁸. Questo perché la digitalizzazione dell'esistenza può influire sull'identità, sempre meno unitaria, sulle relazioni, che divengono più superficiali e sulla percezione di sé, in un mondo dove il pensare retrocede rispetto al nudo fare inducendo a scambiare la sorte per il proprio destino⁴⁹.

Se il fenomeno della manipolazione, dipendenza e sfruttamento della vulnerabilità umana è connotato dall'intrappolare la volontà al di fuori del proprio Sé, sono insufficienti sia le norme sui vizi del consenso sia quelle sulle pratiche commerciali scorrette, rispetto alle quali pure emerge, come acutamente osservato, un ampliamento delle condizioni soggettive di debolezza rilevanti (arg. ex art. 26 cod. cons.)⁵⁰.

In questo contesto in cui l'utente è un bersaglio, è giusta la considerazione del Parlamento europeo secondo cui occorre incrementare la normativa sulla manipolazione e sulle dipendenze digitali in un quadro di maggiore unità, introducendo altresì un diritto digitale a non essere disturbati, da irrobustire però con un'adeguata politica di alfabetizzazione digitale. La base di partenza però è ragguardevole e innovativa: c'è un divieto di manipolare l'utente online e di determinare dipendenze comportamentali, cui si aggiunge il divieto di sfruttare le vulnerabilità umane che si palesano in conseguenza di un utilizzo non etico della tecnologia in quanto limitativo della libertà del volere.

⁴⁷ B. PASTORE, *Semantica della vulnerabilità, soggetto, cultura giuridica*, Torino, 2021, 25, sottolinea che il diritto esprime in pieno la sua funzione quando vi sono pericoli nuovi per la persona, per cui viene in rilievo «l'esserci della persona», il saper guardare «alla concretezza delle sue esigenze e dei suoi bisogni esistenziali».

⁴⁸ B. PASTORE, *Semantica della vulnerabilità, soggetto, cultura giuridica*, cit., 7, muove dalla vulnerabilità quale condizione universale, la quale assume forme e gradi peculiari legati a concreti contesti esistenziali. Egli afferma che «la vulnerabilità, insieme alle altre verità elementari, è di importanza vitale per la comprensione delle istituzioni giuridiche. Essa si pone come condizione di praticabilità, e della stessa pensabilità, del diritto». La vulnerabilità è un concetto diverso da quello astratto di soggettività, ponendo in rilievo la persona concreta. Pastore coglie nel segno quando afferma che «è il concetto di vulnerabilità che, riportandoci alla condizione di esseri limitati, fragili, dipendenti, consente di riconfigurare l'idea della soggettività, in quanto concetto riassuntivo della condizione generale della persona, superandone l'astrattezza e riposizionandola su una dimensione concreta, situata, relazionale. La vulnerabilità diventa...un referente universale nella configurazione del soggetto che consente di includere le differenze, ponendo attenzione agli esseri umani reali, in carne ed ossa». Da questo punto di vista è senz'altro felice la scelta dell'Unione europea di utilizzare la categoria – perché di questo si tratta – della vulnerabilità quale risposta alla strapotere della tecnologia.

⁴⁹ Z. BAUMAN, *Modernità liquida*, Roma-Bari, 2011, 248-249, coglie benissimo, in profondità, questo esito negativo per l'individuo dato dallo scambiare la propria sorte per il proprio destino, quando la velocità del vivere e del decidere annichilisce il pensiero.

⁵⁰ S. ORLANDO, *Commento agli artt. 24, 25, 26 del codice del consumo*, in *Codice e del consumo. Pratiche commerciali scorrette e azioni collettive*, aggiornamento, a cura di G. Vettori, Padova, 2009, 94 ss.

5. La vulnerabilità digitale quale categoria giuridica non riconducibile a figure specifiche di debolezza.

| 934

Il legislatore del codice civile è stato piuttosto restio a individuare le fragilità umane, privilegiando un sistema contrattuale imperniato sull'affidamento della controparte del contratto e dei terzi e sulla certezza della circolazione. Non è necessario in questa sede ripercorrere l'evoluzione che vi è stata dall'interdizione giudiziale all'amministrazione di sostegno⁵¹, se non per rimarcare che, in tema di incapacità legale, sintagma questo di cui si propugna l'abrogazione⁵², vi è stata un'ampia apertura dell'ordinamento italiano al concetto internazionale di disabilità⁵³, come enunciato nella convenzione dell'ONU sui diritti delle persone con disabilità del 13 dicembre 2006, ratificata con legge del 3 marzo 2009 n. 18. L'art. 404 c.c., com'è noto, ha affiancato all'infermità il concetto di «menomazione fisica o psichica», col risultato di comprendere, quali condizioni soggettive di debolezza, non solo le più diverse malattie e condizioni di salute, ma anche le riduzioni di funzionalità fisiche e mentali.

Ma è con riguardo alle condizioni di fragilità della persona non sottoposta a misure di protezione che il codice civile, diversamente da altri codici europei⁵⁴ e da alcune fonti c.d. persuasive⁵⁵, è rimasto fermo

⁵¹ Si rinvia al bel volume di G. LISELLA-F.PARENTE, *Persona fisica*, in *Tratt. di dir. civ. del CNP*, diretto da P. Perlingieri, Napoli, 2012, in part. 1-92, 243-370

⁵² Cfr. la proposta di legge «abrogazione dell'interdizione e dell'inabilitazione e rafforzamento dell'amministrazione di sostegno, versione 2020», testo in www.civilistiitaliani.eu. Nella relazione si sottolinea come il ribaltamento di prospettiva prodotto dall'introduzione dell'amministrazione di sostegno e l'abrogazione dell'interdizione e dell'inabilitazione non consente più l'utilizzo del sintagma incapace legale con riguardo alla persona maggiorenne sottoposta ad amministrazione di sostegno. La quale non diviene incapace ma è interessata da «(I) una mera e contingente sospensione di poteri, (II) giustificata da specifici pericoli sul terreno gestionale, e comunque (III) circoscritta, secondo la modulazione che verrà stabilita dal giudice tutelare, nel caso concreto, ad uno o a più (in limitatissimi casi, a tutti quanti gli) atti e operazioni da compiersi». Anche qualora vi sarà la necessità di togliere il potere di compiere tutti gli atti si avrà una «incapacitazione funzionale», relativa non già alla persona, ma a uno o a tutti gli atti. Si propone, dunque, di eliminare la categoria dell'incapacità legale per le persone disabili, in linea del resto con la Convenzione ONU sopra richiamata del 2009 e con la terminologia del titolo XII del libro primo del codice civile.

⁵³ Ai sensi dell'art. 2 co. 2 della Convenzione ONU sulla disabilità «le persone con disabilità includono quanti hanno minorazioni fisiche, mentali, intellettuali o sensoriali a lungo termine che in interazione con varie barriere possono impedire la loro piena ed effettiva partecipazione nella società su una base di eguaglianza con gli altri». È agevole notare che una tale accezione di disabilità è più estesa di quella accolta dal codice civile prima dell'introduzione nel 2004 dell'amministrazione di sostegno imperniata sull'infermità mentale. Erano le innumerevoli condizioni di disagio psichico e di fragilità umana, non riconducibili al concetto di infermità mentale a rimanere nell'ombra, schiacciate dalla rigidità disciplinare dell'interdizione e dell'inabilitazione.

⁵⁴ La riforma del codice civile francese, avvenuta con ord. n. 2016-131, ha ampliato l'ambito applicativo dei vizi del consenso, introducendo la nuova fattispecie dell'*état de dépendance* all'art. 1143 *code civil*. Lo stato di dipendenza è un'ulteriore ipotesi di violenza, introdotta per superare quella rigidità che connotava anche la disciplina d'oltralpe dei vizi del



all'incapacità di intendere e di volere (art. 428 c.c.), allo stato di pericolo (art. 1447 c.c.) e allo stato di bisogno (art. 1448 c.c.). A queste si aggiungono i concetti di deficienza psichica di cui all'art. 643 c.p. e di «condizioni di difficoltà economica o finanziaria» (c.d. usura reale)⁵⁶ di cui all'art. 644, co. 3, c.p. e la relativa problematica della sorte del contratto rispetto al reato⁵⁷.

Tutte queste condizioni soggettive sono diverse dalla (e comunque non esaustive della) vulnerabilità che connota l'utente online. L'incapacità legale, l'incapacità naturale e la deficienza psichica sono accomunate dalla presenza di uno stato patologico, abituale o temporaneo, di debolezza della persona. La quale, prima di manifestare la volontà, è già minata nell'intelletto e la controparte ne approfitta per farle compiere un atto a sé svantaggioso che altrimenti non sarebbe stato compiuto. La patologia non è determinata da altri, ma esiste già e condiziona inevitabilmente il controllo razionale del proprio agire.

L'utente online di cui parliamo, invece, quando inizia la navigazione non è affetto da alcuna patologia; è il funzionamento della piattaforma, il tipo di servizio che egli utilizza o la pratica manipolante di IA che palesa una vulnerabilità dell'utente, che la stimola, la accresce e la fa sfociare in un atto o in un comportamento pregiudizievole. Ecco perché la normativa digitale si

consenso. In questa direzione potremmo richiamare anche l'art. 138 § 2 BGB che dà rilievo a diverse condizioni di debolezza - «lo stato di costrizione, l'inesperienza, la mancanza di discernimento o la rilevante debolezza» della controparte – che incidono sulla validità del contratto. Entrambe le normative francese e tedesca richiedono per invalidare il contratto anche l'evidente sproporzione delle prestazioni e l'abuso/sfruttamento della debolezza altrui. Sullo stato di dipendenza cfr.: E. TUCCARI, *Lezioni francesi sull'abuso di dipendenza (economica?)*, in *Jus civile*, 2022, 762 ss. e F. RENDE, *Abus de dépendance e controllo del regolamento contrattuale*, in *Persona e mercato*, 2021, 3, 526 ss.

⁵⁵ Cfr. l'art. 3.2.7 *Unidroit principles* (versione 2016) attribuisce rilevanza alle seguenti condizioni di debolezza: «*dependance, economic distress or urgent needs, or of its improvidence, ignorance, inexperience or lack of bargaining skill*». Analogamente dispongono l'art. II-7:207(*unfair exploitation*) *Draft common frame of reference* (DRAFT) e l'art. 4:109 (*excessive benefit or unfair advantage*) dei *principles of european contract law* (PECL). L'art. 30.3 dei principi di diritto europeo dei contratti (accademia dei giuristi europei-Pavia) considera anche l'*assujettissement économique ou moral de l'autre partie*. Non è sufficiente, però, l'elemento soggettivo per invalidare il contratto, occorrendo, tra l'altro, una manifesta sproporzione delle due prestazioni.

⁵⁶ A. GENTILI, *Contratti usurari: tipologie e rimedi*, in *Riv. dir. civ.*, 2001, I, 354-360, sottolinea come l'usurato non sia riconducibile a una categoria socio-economica debole come il lavoratore, il consumatore o il risparmiatore, soggetti, questi ultimi, deboli al di là del singolo acquisto di beni o servizi di investimento; l'usurato è percepibile solo nel suo specifico ruolo in una concreta vicenda contrattuale. Egli afferma che il legislatore non si è limitato a proteggere un parte debole, ma abbia inteso dirigere i flussi creditizi. L'utente online, invece, come si diceva, è ontologicamente debole rispetto alle forze manipolanti dell'ambiente digitale e la relativa normativa si concentra sulla sua protezione, sia pur in quadro più generale, come diremo nell'ultimo paragrafo, di rilevanza pubblica.

⁵⁷ Per un approfondimento del tema cfr. AA.VV., *Contratto e reato*, a cura di A. Flamini e L. Ruggeri, Napoli, 2014, in part. F. D. BUSNELLI, *Atto illecito e contratto illecito: quale connessione?*, p. 15 ss.; M. RABITTI, *Illiceità penale e illiceità civile*, p. 81 ss.; M. MANTOVANI, *Norme penali e nullità virtuale del contratto*, 93 ss.; A.A. DOLMETTA, *Sul contratto usurario*, p. 281 ss. In particolare sul contratto concluso all'esito della circonvenzione di incapace cfr. A. DI AMATO, *Contratto e reato. Profili civilistici*, in *Trattato di diritto civile del CNN*, a cura di P. Perlingieri, Napoli, 2003, 43 ss e 193 ss.

concentra non tanto e non solo sulle specifiche fattispecie di debolezza umana rilevanti, per circoscriverle in modo stringente, quanto piuttosto sul funzionamento, sulla sicurezza della tecnologia e sugli obblighi a carico di certi soggetti, affinché non si verificano violazioni di diritti fondamentali.

Si prevedono molti obblighi, tra cui spicca la valutazione preventiva, a carico dei fornitori di piattaforme (e di motori di ricerca) online molto grandi, dei rischi sistemici attinenti a possibili pregiudizi dei diritti fondamentali, alla «salute pubblica» e a «gravi conseguenze negative per il benessere fisico e mentale della persona» (art. 34 DSA); analogamente stabilisce l'art. 9 AI-Act.

Anche con le fattispecie dello stato di pericolo (art. 1447 c.c.) e dello stato di bisogno (1448 c.c.) in cui versa la persona, il codice civile mostra la sua linea di policy consistente nel circoscrivere con precisione le fattispecie di eliminazione del contratto. Inoltre – ed è ciò che più conta – nella rescissione gli elementi soggettivi dello stato di bisogno e di approfittamento «non penetrano nel consenso, come i vizi della volontà», atteggiandosi piuttosto a circostanze estrinseche alla struttura del contratto⁵⁸. Diversamente la manipolazione digitale e lo sfruttamento delle vulnerabilità attengono proprio alla volontà e dunque alla struttura dell'atto, con quanto ne consegue, come vedremo, sul piano rimediabile.

Non solo: c'è un altro elemento che differenzia la rescissione dalla manipolazione digitale. La persona che cede allo stato di pericolo o allo stato di bisogno in cui si trova è consapevole di ciò fa e comprende il disvalore della condotta altrui. Invece l'utente online manipolato, la cui vulnerabilità è carpita per divenire fonte di lucro, crede di aver esercitato una sua libertà; si sente libero e non compulsato. La tecnologia digitale, se manipolante, ha il potere di sollecitare le debolezze umane, qualunque esse siano. Perciò il legislatore europeo ha introdotto la categoria della vulnerabilità, pur non rinunciando a specificarla in certi casi, quale condizione connaturata alla persona che si manifesta sollecitata dalle forze dell'ambiente digitale.

Certo, lo stato di bisogno è un concetto elastico che apre a tutte le necessità purché «qualificat[e] da un dato oggettivo, socialmente apprezzabile⁵⁹, ossia «il bisogno di qualcosa che serva a evitare un significativo pregiudizio»⁶⁰, su cui fa leva illecitamente la controparte. Ma il bisogno attinente a una carenza o difficoltà riferibile, nel limite predetto, ad

⁵⁸ G. BENEDETTI, *La rescissione*, in *Tratt. di dir. priv.*, diretto da M. Bessone, Torino, 2007, tomo VIII, 44 ss., confuta egregiamente sia la tesi che riconduce la rescissione a un vizio della causa del contratto (F. SANTORO PASSARELLI, *Dottrine generali del diritto civile*, cit., 184; G. MARINI, *Rescissione (dir. vig.)*, in *Enc. dir.*, Milano, 1988, p. 981); sia la tesi che ne individua il fondamento unitario nei vizi del volere (M. ALLARA, *La teoria generale del contratto*, Torino, 1945, 177; G. SCALFI, *Il fondamento dell'azione di rescissione*, in *Temi*, 1949, 39). L'A. offre una ricostruzione originale ed eclettica della rescissione, quale rimedio «legato tanto al momento genetico dell'atto quanto a quello funzionale del rapporto».

⁵⁹ V. ROPPO, *Il contratto*, cit., 834-835.

⁶⁰ V. ROPPO, *Il contratto*, cit., 835, reca l'esempio dell'imprenditore in grave crisi di liquidità, il quale, per evitare il fallimento, vende sottocosto i propri beni per tacitare i creditori: «il suo bisogno è oggettivo e serio».



aspetti economici o sociali che richiederebbero un sostegno da parte delle istituzioni o di enti/istituti della società, non è certo l'unica condizione di vulnerabilità che funge da sostrato alla manipolazione. Non solo: l'agire dell'utente online non è necessariamente caratterizzato, come invece lo stato di bisogno di cui all'art. 1448 c.c., dalla «prospettiva di un pregiudizio conseguente alla mancata soddisfazione del bisogno»⁶¹, di cui la controparte approfitta.

L'art. 5, par. 1 lett. b), AI-Act pone l'accento, quale esito riprovato dall'ordinamento euro-unitario, sullo sfruttamento delle «vulnerabilità di una persona o di uno specifico gruppo di persone», lasciando intendere che ogni fragilità socialmente rilevante assurge alla giuridicità. L'elencazione successiva – vulnerabilità «dovute all'età, alla disabilità o a una specifica situazione sociale o economica» - è meramente esemplificativa poiché il legislatore non ha cura di chiudere l'elenco con l'avverbio «esclusivamente».

Se ne ha una conferma in altre disposizioni in cui si adopera solo il lemma vulnerabilità, senza limitarlo in alcun modo: l'art. 9, par. 9, AI-Act stabilisce che, nell'attuare il sistema della gestione dei rischi, i fornitori di sistemi di IA devono prestare attenzione «all'eventualità che il sistema di IA ad alto rischio non abbia un impatto negativo su minorenni o «su altri gruppi di *persone vulnerabili*»; il considerando 69, cui si lega l'art. 26, par. 3, DSA, sottolinea la pericolosità delle inserzioni pubblicitarie basate sul *targeting*, le quali possono attirare le vulnerabilità, indistinte, degli utenti⁶² (anche i sistemi di raccomandazione rischiano di pregiudicare le «persone in situazioni vulnerabili», cons. 94 e art. 27 DSA).

È significativo anche il considerando 75 del GDPR, il quale, nell'elencare i rischi per i diritti e le libertà della persone fisiche derivanti dal trattamento di alcuni tipi di dati personali, menziona proprio quello in cui «sono trattati dati personali di persone vulnerabili, in particolare minori».

Insomma, rispetto all'impostazione del codice civile che individua condizioni di debolezza specifiche e rispetto alla centralità del consumatore nel diritto europeo, i rischi di sfruttamento degli utenti online hanno riportato al centro dell'ordinamento europeo la persona con le sue fragilità e l'idea, di derivazione kantiana⁶³, connaturata al principio personalistico,

⁶¹ V. ROPPO, *op.loc.ult.cit.*

⁶² S. ORLANDO, *Per un sindacato di liceità del consenso privacy*, in *Persona e mercato*, 2022, 4, 527 ss., si sofferma sul caso Leon, un signore di cui è stata carpita, tramite la profilazione, l'inclinazione al gioco d'azzardo. Il caso è tratto dalle Linee guida dell'EDPB sul targeting degli utenti dei social media, adottate il 13 aprile 2021. È un esempio – il n. 8 delle linee guida – emblematico della rilevanza della vulnerabilità, in cui la volontà è alterata dalla propria condizione di debolezza caratteriale e psichica, non predeterminata dalla legge ma riconducibile alla categoria della vulnerabilità. In questo esempio la specifica condizione di fragilità dell'utente viene abilmente sfruttata dalla tecnologia digitale.

⁶³ I. KANT, *Fondazione della metafisica dei costumi*, trad. e introduzione di F. Gonnelli, Roma-Bari, 2022, 127 ss. riflette sulla libertà quale presupposto necessario della ragione (p. 155), che è il sostrato della volontà. La manipolazione digitale mira proprio a elidere la libertà, così da impadronirsi della persona.

dell'uomo da considerarsi come fine, giammai come mezzo per raggiungere i propri obiettivi.

| 938

6. I rimedi rispetto al contratto concluso dall'utente online vulnerabile e manipolato.

Il divieto di manipolazione e di sfruttamento delle vulnerabilità dell'utente online, desumibile da diverse disposizioni, non stabilisce le sorti del contratto compiuto dalla vittima dell'impiego anti giuridico della tecnologia. E allora occorre ricostruire il giusto rimedio in coerenza con la natura delle disposizioni coinvolte e con gli interessi da queste protetti.

Si consideri, com'è emerso in precedenza, che tale divieto coinvolge l'essenza del contratto, poiché attiene al piano dell'autonomia privata (art. 1322 c.c.). È stato affermato da un illustre Autore⁶⁴ che, con riguardo al contratto, «l'idea fondamentale da cui la legge muove, e che vuole realizzata nell'ordinamento, è che il contratto funzioni come contratto, strumento essenzialmente misurato sul principio di parità e sulla libera determinazione del contenuto ad opera delle parti».

Se manca la libertà non solo nel determinare il contenuto del contratto, ma, ancor prima, nella scelta del se concludere il contratto (l'*an*), viene in rilievo un vizio genetico dello stesso, difettandone un elemento di struttura. Questo difetto di libertà determina, ad avviso di chi scrive, non già l'annullabilità bensì la nullità del contratto. Il che deve essere tenuto fermo, sebbene in queste pagine si sia sostenuto che la manipolazione digitale dell'utente vulnerabile incida sulla sua volontà. Va sottolineato, infatti, che il legislatore europeo ha attribuito alla manipolazione online un disvalore maggiore di quello sotteso ai vizi del consenso, come pure alle pratiche commerciali scorrette. Le quali, sebbene anch'esse vietate dall'art. 5 della direttiva 2005/29/CE e dall'art. 20 cod. cons., non incidono tutte allo stesso modo sulla volontà del consumatore, innescando una pluralità di rimedi⁶⁵. Invece del contratto concluso all'esito della manipolazione online deve essere predicata la nullità.

Il diritto europeo vieta l'immissione sul mercato tanto di sistemi di IA manipolanti o idonei a sfruttare le vulnerabilità dell'utente [art. 5, par. 1 lett. a) e b), AI-Act], quanto di piattaforme parimenti in grado di compromettere la volontà del destinatario (artt. 25 e 26 par. 3 DSA). Questi divieti presidiano non solo l'interesse privato alla salvaguardia della libertà di

⁶⁴ G. BENEDETTI, *Tutela del consumatore e autonomia contrattuale*, in *Materiali e commenti sul nuovo diritto dei contratti*, a cura di G. Vettori, Padova, 1999, 809, osserva che quando la legge interviene sul contratto intende garantire e non limitare l'autonomia privata. Ciò emerge con chiarezza dalla legislazione sul consumo e sui contratti tra imprese, in particolare sulla subfornitura, ma anche, spostandoci nell'ambiente digitale, dal citato regolamento (UE) 2022/1925 «relativo ai mercati equi e contendibili nel settore digitale (...)».

⁶⁵ C. GRANELLI, *Pratiche commerciali scorrette: le tutele*, in *Enc. dir. (I Tematici), Contratto*, Milano 2021, 825 ss.; ID., *Pratiche commerciali scorrette: tutele individuali*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2019, 1074 ss.; G. DE CRISTOFARO, *Pratiche commerciali scorrette*, in *Enc. dir. Annali*, 2012, 1079 ss.



scelta e della capacità di autodeterminarsi, ma anche l'interesse generale alla salute pubblica, alla protezione dei diritti fondamentali e alla tenuta della democrazia e dello Stato di diritto (cons. 104 e 106 DSA, cons. 1, 7, 8, 27, 28, 61, 176 e artt. 1 AI-Act), oltre a costituire un mezzo per il raggiungimento dell'obiettivo di policy del diritto europeo di garantire un ambiente digitale sicuro, prevedibile e affidabile (artt. 1 e 34 ss. DSA).

La persona manipolata, colpita a causa di una sua fragilità, compie un atto non voluto perché eterodiretto, con conseguente privazione di quella libertà di scelta desumibile in positivo dall'art. 13, co. 1, Cost. e in negativo, dall'art. 41, co. 2 Cost. quale limite all'esercizio dell'iniziativa economica privata.

Se il divieto di manipolazione presidia un interesse privato e pubblico, gli artt. 25 DSA e 5, par. 1 lett. a) e b), AI-Act devono qualificarsi norme imperative⁶⁶. Si aggiunga che la natura imperativa di una norma si desume anche dalla previsione di un sistema di controlli e sanzioni, operanti a prescindere dall'iniziativa dei legittimati ad agire, idoneo a giustificare sul piano razionale la nullità del contratto che viola un determinato disposto di legge⁶⁷. Ed in effetti il DSA indica il Coordinatore dei servizi digitali, da istituirsi in ciascuno Stato membro e la Commissione europea quali controllori del rispetto degli obblighi di tale regolamento (cons. 110, 113, 130-151, artt. 49-60 DSA). Non solo: l'art. 74 DSA attribuisce alla Commissione, successivamente alla decisione di non conformità di cui all'art. 73 DSA, il potere di infliggere al fornitore di piattaforme online e di motori di ricerca, entrambi molto grandi, sanzioni pecuniarie, con un limite massimo, in caso di violazione delle disposizioni del regolamento tra cui, certamente, quella contenuta nell'art. 25 DSA⁶⁸.

Anche l'AI-Act prevede che ciascuno Stato membro debba designare almeno un'autorità di notifica e un'autorità di vigilanza del mercato come autorità nazionali competenti al fine di controllare l'applicazione e l'attuazione del regolamento sull'IA; si prevedono anche altre autorità, sebbene ampi poteri spettino alla Commissione che opera tramite il suo

⁶⁶ A. ALBANESE, *Violazione di norme imperative e nullità del contratto*, Napoli, 2003, p. 6 ss. si sofferma a lungo sull'individuazione dei criteri in forza dei quali si debba qualificare imperativa una norma di legge. Egli sostiene che per affermare il carattere imperativo di una norma, occorre previamente accertare la sussistenza di uno specifico elemento di indisponibilità, che può essere dato dal carattere generale dell'interesse protetto, sebbene occorra l'indisponibilità della disciplina dell'atto nullo quale connotato essenziale della nullità; da qui l'inderogabilità, ai fini della sussistenza della imperatività, della regola della rilevanza d'ufficio (per cui il «salvo diverse disposizioni di legge» di cui all'art. 1421 c.c. sarebbe da riferire solo alla legittimazione assoluta). Rileva S. ORLANDO, *Consensus al trattamento e liceità*, cit., p. 344 ss., che sono diverse le norme imperative nel diritto europeo sul digitale che pongono limiti in funzione del rafforzamento dell'autonomia privata.

⁶⁷ Così A. ALBANESE, *Violazione di norme imperative e nullità del contratto*, cit., p. 45-59, il quale si sofferma sugli indici espressivi della imperatività. In prospettiva diversa più incentrata sugli interessi coinvolti dalla disposizione di legge G. PASSAGNOLI, *Nullità speciali*, Padova, 1995, 180 ss.

⁶⁸ Cfr. anche l'art. 75 DSA sulla «vigilanza rafforzata delle misure correttive tese a rispondere alle violazioni degli obblighi di cui al capo III sezione 5» in cui si prevedono gli obblighi a carico dei fornitori di piattaforme online (e di motori di ricerca) di dimensioni molto grandi di valutare preventivamente i rischi e di adottare misure volte ad attenuarli.

ufficio per l'IA (cons. 152-167 e art. 101 AI-Act). Si disciplina altresì un sistema di sanzioni pubblicistiche (artt. 99 ss. AI-Act), piuttosto articolato, in cui si prevede una sanzione amministrativa pecuniaria a seguito della violazione dell'art. 5 AI-Act.

Deve ammettersi, quindi, che chi utilizza sistemi tecnologici per sfruttare una vulnerabilità dell'utente online, inducendolo a concludere un contratto, si esponga a un'azione di nullità del medesimo.

Non è possibile sviluppare compiutamente in questa sede la questione della disciplina applicabile a tale nullità; la rinvio ad altra sede, anticipando che soltanto l'utente online è legittimato ad agire, configurandosi una nullità di protezione⁶⁹, categoria, questa, predicabile al di là dei casi espressamente previsti dalla legge. Più opportuno è richiamare quel pensiero dottrinale, alimentato dalle disposizioni qui analizzate sul divieto di manipolazione, secondo il quale occorre costruire attorno al consenso privacy, stante la prevalenza nella gerarchia delle fonti del GDPR⁷⁰, «una teoria dell'atto di autonomia privata di diritto europeo»⁷¹.

Tornando però al tema dei rimedi, oltre alla nullità del contratto, deve ammettersi anche, quale domanda concorrente o autonoma, la risarcibilità dei danni eventualmente subiti dall'utente online. Il cumulo dei rimedi discende da quegli studi dottrinali, penetrati nella giurisprudenza, secondo i quali «esiste una dimensione giuridica diversa dalla fattispecie» sulla validità/efficacia del contratto. Si vuol dire che i comportamenti delle parti, estranei alla fattispecie contrattuale, possono essere rilevanti anche rispetto a un contratto valido ed efficace⁷².

Questa impostazione dottrinale e giurisprudenziale consente una considerazione ulteriore: se il comportamento rileva a prescindere dalla fattispecie contrattuale, un tale rilievo deve valere anche rispetto a un contratto nullo⁷³, come ha chiarito la Corte di Giustizia⁷⁴. L'autonomia

⁶⁹ M. GIROLAMI, *Nullità di protezione*, *Enc. dir. (I tematici)*, *Contratto*, Milano, 723, considera la nullità di protezione come una figura autonoma, un *tertium genus* di invalidità che si aggiunge, «senza scardinare l'assetto tradizionale della materia», alla nullità classica e all'annullabilità. Diverse sono le posizioni in dottrina sulla configurabilità della nullità di protezione oltre i casi previsti dalla legge; quella che si va affermando l'ammette. Cfr. in aderenza al tema L. TAFARO, *Neuromarketing e tutela del consenso*, cit., 128 ss.

⁷⁰ Sono diversi i riferimenti normativi contenuti nel DSA e nell'AI-Act in cui si fa salva l'applicazione del GDPR.

⁷¹ S. ORLANDO, *Consenso al trattamento e liceità*, cit., 362-364.

⁷² Cass., 29.9.2005, n. 19024, in *Foro it.*, 2006, I, c. 1105 ss. e Cass., S.U. 19.12.2007, n. 26724-26725, in *Violazione degli obblighi di informazione nei servizi di investimento e rimedi contrattuali (a proposito di Cass., S.U., 19 dicembre 2007, nn. 26724 e 26725)*, in *Contr. e impr.*, 2008, 4-5, p. 936 ss. Queste pronunce sono state commentate da un'ampia larga parte della dottrina. Successivamente cfr. F. RENDE, *Violazione di regole informative e rimedi a dieci anni dalle sentenze Rordorf*, in *I contratti*, 2017, n. 2, 201 ss.

⁷³ G. BENEDETTI, *La rescissione*, cit., p. 48 e G. VETTORI, *Autonomia privata e contratto giusto*, in *Riv. dir. priv.*, 2000, 1, 21 ss. concordano nel ritenere che l'ottica della fattispecie «non assorbe tutta la problematica dell'area contrattuale, specie con riferimento ai rimedi giudiziali, sicché essa non può costituire impedimento ad altre prospettive». Si ritrova una traccia significativa di questa teoria anche in un passaggio di Cass., S.U., 11.11.2008, n. 26972/2008, in *Contr. e impr.*, 2009, 3, 589 ss., con nota di S. MAZZAMUTO, *Il rapporto tra gli artt. 2059 e 2043 c.c. e le ambiguità delle Sezioni unite a proposito della risarcibilità del danno non patrimoniale*, la quale, com'è noto, ha accolto la lettura costituzionalmente



dell'azione risarcitoria rispetto a quella demolitoria si fonda sulla diversità dei titoli e quindi della fonte di responsabilità; titoli che trovano una rispondenza nella legge.

Questo punto è stato chiarito, oltre che dalla dottrina, dalla sentenza Cir/Fininvest⁷⁵, la quale ha ammesso la legittimità di un'autonoma azione di risarcimento del danno ai sensi dell'art. 2043 c.c. in luogo dell'impugnazione della transazione – basata su una sentenza corrotta, pure impugnabile ai sensi dell'art. 395 c.p.c. – per errore di fatto o ai sensi dell'art. 1972, co. 2, c.c. L'autonomia rimediale è giustificata dalla impossibilità di esperire le impugnative contrattuali perché inutili o scarsamente soddisfacenti ai fini della tutela dell'interesse leso, venendo, a tal proposito, in rilievo il principio costituzionale di effettività della tutela⁷⁶. Principio che, come è stato affermato, non si sostituisce al diritto o all'obbligazione, ma contribuisce alla conversione del fatto in diritto, fornendo al contempo una tutela adeguata⁷⁷.

Questa soluzione trova sostegno, secondo la sentenza CIR/Fininvest, oltre che nell'art. 402 c.p.c. – che menziona le restituzioni nella fase rescissoria e non il risarcimento del danno sottendendone l'autonomia – soprattutto nell'art. 30 del codice della giustizia amministrativa (d. lgs. n.

orientata dell'art. 2059 c.c. fornita dalle sentenze gemelle della Cassazione n. 8827 e n. 8828/2003, completandola. Sostengono le Sezioni unite che «anche nella materia della responsabilità contrattuale è dato il risarcimento dei danni non patrimoniali» (§ 4.1), senza necessità del cumulo dei rimedi. Si afferma, infatti, che «se l'inadempimento dell'obbligazione determina, oltre alla violazione degli obblighi di rilevanza economica assunti con il contratto, anche la lesione di un diritto inviolabile della persona del creditore, la tutela risarcitoria del danno non patrimoniale potrà essere versata nell'azione di responsabilità contrattuale, senza ricorrere all'espedito del cumulo di azioni». La stessa condotta, quindi, stante la causa concreta del contratto, lede due disposizioni di legge, facendo scattare due rimedi.

⁷⁴ Corte di Giustizia, 20.9.2001, causa C-453/99, caso *Courage*, in *eur-lex.europa.eu*.

⁷⁵ Cass., 17.9.2013, n. 21255, sez. III civ., in *Danno e resp.*, 2015, 11, 1029 ss., con note di G. PAGANO, G. PONZANELLI e M. FRANZONI; in *Danno e resp.*, 2014, 2, 139 ss., con note di P. SANTORO, G. PONZANELLI, G. IMPAGNATIELLO, G. VETTORI, A. PALMIERI-R. PARDOLESI-A. ROMANO, G. LENER, B. TASSONE, R. SIMONE, P.G. MONATERI. Cfr. anche V. ROPPO, *Spunti in tema di responsabilità «pericontrattuale»*, *Dialogo con Giorgio De Nova a margine della sentenza di cassazione sul lodo Mondadori*, in *Resp. civ. prev.*, 2014, 1, 16 ss.; C. SCOGNAMIGLIO, *Effettività della tutela e rimedio risarcitorio per equivalente: la Cassazione sul caso Cir c. Fininvest*, *ivi*, 42 ss.; G. IUDICA, *Contratto e responsabilità civile. A margine della sentenza della Cassazione n. 21255 del 2013*, *ivi*, 8 ss. La vicenda giudiziaria, complessa e notissima, muove dalla contesa della proprietà azionaria del Gruppo Mondadori tra Cir e Fininvest.

⁷⁶ Cass., 17.9.2013, n. 21255, sez. III civ., cit., § 3.4.2, p. 69-70, intende il principio di effettività «come diritto a un rimedio adeguato al soddisfacimento del bisogno di tutela, di quella specifica, unica, talvolta irripetibile situazione sostanziale di interesse giuridicamente tutelato».

⁷⁷ G. VETTORI, *Effettività delle tutele*, in *Enc. dir.*, *Annali X*, Milano, 2017, 395 e 403-405, reca molti esempi tratti della giurisprudenza, interna e sovranazionale, in cui l'apporto del principio di effettività alla conversione del fatto in diritto e alla individuazione del rimedio più adatto all'interesse protetto – due facce della stessa medaglia – è piuttosto evidente. L'A. chiarisce altresì che in questa conversione di cui Egli discorre è possibile dar rilievo a interessi «non formalizzati nella fattispecie o che la fattispecie non ha saputo indicare in modo pieno» (p. 404).



104/2010), in cui il risarcimento del danno è considerato unitamente alla (o separatamente dalla) azione demolitoria.

È senz'altro vero che quest'ultima disposizione esprime un principio di settore, ma ad essa si è aggiunto un dato normativo nuovo che avvalorza la conclusione dell'autonomia del rimedio risarcitorio da quello invalidante: è l'art. 3 della direttiva (UE)/2019/2161, c.d. direttiva *omnibus*, il cui punto 5 ha modificato la direttiva sulle pratiche commerciali scorrette, prevenendo l'inserimento in quest'ultima dell'art. 11-*bis*, a tenore del quale: «i consumatori lesi da pratiche commerciali sleali devono avere accesso a rimedi proporzionati ed effettivi, compresi il risarcimento del danno subito dal consumatore e, se pertinente, la riduzione del prezzo o la risoluzione del contratto». Il risarcimento del danno, quindi, sembra aggiungersi ad altri rimedi «proporzionati ed effettivi», tra cui può ben esservi la nullità del contratto compiuto per effetto della manipolazione/sfruttamento della vulnerabilità⁷⁸.

Anche l'art. 14 («rimedi») della sopra menzionata Convenzione quadro del Consiglio d'Europa sull'intelligenza artificiale pone l'accento sulla pluralità dei rimedi; esso stabilisce che gli Stati parte, in ossequio agli obblighi internazionali e in coerenza con il proprio sistema giuridico, adottano o mantengono «misure per garantire la disponibilità di rimedi accessibili ed efficaci per le violazioni dei diritti umani derivanti dalle attività del ciclo di vita dei sistemi di intelligenza artificiale».

È noto che il diritto europeo e internazionale non ponga limiti teorici all'utilizzo dei rimedi e lasci gli Stati liberi di decidere, purché i rimedi, al plurale, siano di agevole utilizzo, efficaci ed effettivi. Ma pur volendo mantenere il discorso sul piano della teoria del diritto, è proprio il concetto di procedimento, più ampio e dinamico rispetto a quello di fattispecie⁷⁹, che consente di superare l'assenza di effetti giuridici (non già l'inesistenza)⁸⁰ del contratto nullo; procedimento nel quale rileva il rapporto tra le parti, le cui dinamiche possono evocare gli artt. 1337, 2043 o 2059 c.c. e quindi la risarcibilità del danno⁸¹.

La mancanza di effetti del contratto non esclude necessariamente la possibilità di richiedere il risarcimento del danno in caso di violazione di un obbligo legislativo, come quello di valutare preventivamente i rischi connessi all'impiego di una certa tecnologia digitale, o il rischio di ledere un diritto fondamentale come la salute.

⁷⁸ G. VETTORI, *Validità, responsabilità e cumulo dei rimedi*, in *Persona e mercato*, 2013, 4, 279 ss., argomenta, tendendo conto delle posizioni dottrinali contrarie, a favore del cumulo dei rimedi, perché regole di validità e di responsabilità sono autonome; le une non assorbono le altre nei limiti della compatibilità. ID., *Effettività delle tutele*, cit., p. 390.

⁷⁹ G. BENEDETTI, *La rescissione*, cit., 46; G. VETTORI, *Anomalie e tutele nei rapporti di distribuzione tra imprese*, cit., 75 ss. e p. 112; F. BENATTI, *La responsabilità precontrattuale*, 1963, rist. anastatica, a cura di P. Perlingieri, Napoli, 2012, 108-109.

⁸⁰ G. FILANTI, *Inesistenza e nullità del negozio giuridico*, Napoli, 1983, 19 ss.

⁸¹ Cass., 17.9.2013, n. 21255, sez. III civ., cit., § 3, 101, afferma che «le regole di comportamento [la cui fonte è il contratto, l'art. 1337 o l'art. 2043 c.c.] sono disciplina non di fattispecie ma di rapporto, non attengono al fatto rilevante per i terzi e per l'ordinamento, ma alla vicenda obbligatoria che intercorre(rà) tra le parti».



L'utente online manipolato potrà dunque richiedere la nullità del contratto e il risarcimento del danno oppure soltanto quest'ultimo rimedio, a seconda dell'interesse fatto valere e del titolo giustificativo della pretesa risarcitoria⁸².

⁸² Il tema del risarcimento del danno presenta diversi aspetti controversi e delicati; in questa sede non si può che effettuare un rinvio a G. FINOCCHIARO, *Intelligenza artificiale. Quali regole?*, cit., 60 ss. e, per un approfondimento, a T. DE MARI CASARETO DAL VERME, *Intelligenza artificiale e responsabilità. Uno studio sui criteri di imputazione*, Napoli, 2024. Sul tema della soggettività digitale cfr.: G. TEUBNER, *Soggetti giuridici digitali? Sullo status privatistico degli agenti software autonomi*, a cura di P. Femia, Napoli, 2019 e le considerazioni, scettiche sulla soggettivizzazione, di G. PASSAGNOLI, *Ragionamento giuridico e tutele nell'intelligenza artificiale*, in *Persona e mercato*, 2019, 3, 79 ss. (in part. 82).



ECONOMIA CIRCOLARE E SOSTENIBILITÀ AMBIENTALE NEL DIRITTO DEI CONSUMATORI: PRIME NOTE SULLA DIR. 2024/1799/UE RECANTE NORME COMUNI CHE PROMUOVONO LA RIPARAZIONE DEI BENI

| 945

Di Mirko Faccioli

SOMMARIO: 1. *Introduzione.* – 2. *Le modifiche alla dir. 2019/771/UE sulla vendita di beni ai consumatori.* – 3. *L’obbligo di riparazione in capo ai produttori.* – 4. *Il modulo europeo di informazioni sulla riparazione.* – 5. *La piattaforma online per la riparazione.* – 6. *Osservazioni conclusive.*

ABSTRACT. Nell’ambito di una serie di iniziative finalizzate a perseguire gli obiettivi dell’economia circolare, del consumo sostenibile e della tutela dell’ambiente, le istituzioni europee hanno recentemente emanato una direttiva recante norme comuni che promuovono la riparazione dei beni acquistati dai consumatori. Le misure previste dal provvedimento consistono principalmente nell’imposizione di un obbligo di riparazione in capo ai produttori, nell’introduzione di un modulo europeo di informazioni sulla riparazione, nell’implementazione di una piattaforma online che consenta ai consumatori di trovare agevolmente soggetti in grado di riparare i propri beni e nella modifica di alcune previsioni della dir. 2019/771/UE sulla vendita di beni ai consumatori.

As part of a series of initiatives aimed at pursuing the objectives of circular economy, sustainable consumption and environmental protection, the European institutions have recently approved a directive containing common rules promoting the repair of goods purchased by consumers. The measures envisaged consist mainly in the imposition of an obligation to repair on manufacturers, the introduction of a European repair information form, the implementation of an online platform that should allow consumers to easily find parties able to repair their goods, and the amendment of some provisions of Directive 2019/771/EU on the sale of goods to consumers.



1. Introduzione.

Presentata dalla Commissione europea il 22 marzo 2023, nel mese di luglio è stata pubblicata la direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio 2024/1799/UE del 13 giugno 2024 recante norme comuni che promuovono la riparazione dei beni e che modifica il reg. UE 2017/2394 nonché le dir. 2019/771/UE e 2020/1828/UE (d'ora in avanti, anche «la direttiva sulla riparazione»)¹. Occorre quindi iniziare a prestare la dovuta attenzione a questo provvedimento, da recepire negli Stati membri entro il 31 luglio 2026, che invero costituisce uno dei tasselli del più ampio ed articolato quadro di iniziative delle istituzioni europee, noto come *Green Deal* europeo, finalizzato a perseguire gli obiettivi dell'economia circolare, del consumo sostenibile e della tutela dell'ambiente².

Che tali finalità rivestano un ruolo di primaria importanza per l'ordinamento giuridico emerge, invero, da diverse disposizioni, collocate sia a livello eurounitario che sul piano del diritto interno: dal primo punto di vista possono essere in particolare menzionati l'art. 3, 3° e 5° par., TUE, l'art. 11 TFUE e l'art. 37 della Carta di Nizza; nel nostro ordinamento, poi, il riferimento va soprattutto agli art. 9 e 41 Cost., che come noto sono stati recentemente riformati inserendovi un espresso richiamo alla tutela dell'ambiente, della biodiversità, degli ecosistemi nonché agli interessi ambientali come limite all'iniziativa economica privata³. Con tutto questo stridono, però, le tendenze riscontrabili nell'ambito della riparazione dei beni di larga diffusione destinati al mercato dei consumatori.

¹ Pubblicata nella Gazzetta Ufficiale dell'Unione europea del 10 luglio 2024 (Serie L). Per un primo commento in lingua italiana del testo normativo, peraltro aggiornato alla prima lettura del Consiglio dell'Unione europea, v. F. PONZÙ DONATO, *Danno da prodotto difettoso e diritto alla riparazione del bene*, in *Jus Civile*, 2024, 310 ss.

² In argomento v., *ex multis*, D. IMBRUGLIA, *Mercato unico sostenibile e diritto dei consumatori*, in questa *Rivista*, 2021, 395 ss.; G. VETTORI, *Verso una società sostenibile*, in questa *Rivista*, 2021, 463 ss.; M. PENNASILICO, *Economia circolare e diritto: ripensare la "sostenibilità"*, in questa *Rivista*, 2021, 711 ss.; N. LIPARI, *Premesse per un diritto civile dell'ambiente*, in *Riv. dir. civ.*, 2024, 209 ss.; R. FADDA, *La sostenibilità tra disciplina del contratto e tutela del consumatore*, Napoli, 2024. Tra le iniziative in esame, meritano in particolare una menzione, oltre al c.d. Regolamento *Ecodesign* di cui si dirà poco più avanti, la recente dir. 2024/825/UE del Parlamento europeo e del Consiglio del 28 febbraio 2024, che modifica le dir. 2005/29/CE e 2011/83/UE per quanto riguarda la responsabilizzazione dei consumatori per la transizione verde mediante il miglioramento della tutela dalle pratiche sleali e dell'informazione. Come specifica il 5° *considerando* della dir. 2024/1799/UE, tale provvedimento, in estrema sintesi, «stabilisce specifiche sul piano della domanda che garantiscono la fornitura di migliori informazioni sulla durabilità e la riparabilità dei beni presso il punto vendita, il che dovrebbe consentire ai consumatori di prendere decisioni di acquisto consapevoli e sostenibili».

³ Sul tema v., fra gli altri, G. ALPA, *Note sulla riforma della Costituzione per la tutela dell'ambiente e degli animali*, in *Contr. impr.*, 2022, 361 ss.; G. VETTORI, *L' "interesse" delle generazioni future*, in questa *Rivista*, 2023, 631 ss.; S. ANGELI, *Sostenibilità e libertà di iniziativa economica. Limiti costituzionali e sovranazionali*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2024, 730 ss. Per una più ampia ricognizione delle disposizioni normative in esame, v. R. FADDA, *op. cit.*, 14 ss.

Come evidenziato dalla relazione accompagnatoria alla proposta avanzata dalla Commissione e ribadito dai primi cinque *considerando* della direttiva in esame, i consumatori sono, infatti, assai poco propensi a far riparare i beni difettosi, preferendo disfarsene prematuramente anche quando essi potrebbero essere rimessi in sesto e utilizzati più a lungo. Tale fenomeno si presenta tanto nell'ambito della garanzia legale disciplinata dalla dir. 2019/771/UE sulla vendita di beni ai consumatori, alla stregua della quale questi ultimi generalmente scelgono la sostituzione anziché la riparazione, quanto al di fuori dell'operatività di tale istituto, quando i consumatori rinunciano alla riparazione perché messi di fronte a scelte e condizioni non ottimali. In questo contesto, appare limitata anche l'offerta di beni ricondizionati, che pure avrebbero l'importante potenziale di poter essere riutilizzati da soggetti diversi. Di conseguenza, lo smaltimento prematuro dei beni di consumo riparabili ha pesanti ricadute negative sull'ecosistema, perché porta a un aumento dei rifiuti, genera emissioni di gas a effetto serra e accresce la domanda di risorse preziose per la produzione di nuovi prodotti⁴.

Al fine di promuovere un consumo più sostenibile, la dir. 2024/1799/UE intende quindi incentivare, tanto nel quadro della garanzia legale quanto al di fuori della stessa, la riparazione e il riutilizzo dei beni di consumo difettosi. Sul punto, si ritiene invero necessario un intervento di armonizzazione a livello europolitano, perché disposizioni nazionali divergenti in materia di promozione del consumo sostenibile generano ostacoli reali o potenziali al buon funzionamento del mercato interno, con conseguenze negative sulle transazioni transfrontaliere, in futuro destinate ad aumentare in virtù dell'evoluzione delle tecnologie digitali, quali i servizi di riparazione a distanza e la circolazione tra Stati diversi di pezzi di ricambio e di attrezzature impiegate per i servizi di riparazione.

Come si legge nella relazione sopra menzionata, dal pacchetto di misure introdotte dalla direttiva in esame le istituzioni europee si attendono altresì un aumento dell'occupazione, degli investimenti e della concorrenza nel settore della riparazione, soprattutto per i riparatori indipendenti, comprese le piccole e medie imprese. Ci si auspica inoltre che, se da un lato i produttori subiranno perdite per le mancate vendite e la ridotta produzione di nuovi beni, i considerevoli risparmi registrati dai consumatori saranno superiori al costo a carico delle imprese e verranno investiti nell'economia generale, il che a sua volta dovrebbe generare crescita e investimenti.

In linea con la dir. 2019/771/UE, l'art. 3 della direttiva sulla riparazione segue un approccio di armonizzazione piena o massima, in base al quale gli Stati membri non possono mantenere o introdurre nel diritto nazionale disposizioni che divergono da quelle stabilite dal provvedimento in esame⁵.

⁴ Ampiamente su questi aspetti, v. pure H.W. MICKLITZ, V. MEHNERT, L. SPECHT-RIEMENSCHNEIDER, C. LIEDTKE, P. KENNING, *Right to repair*, Berlin, 2022, 11 ss.

⁵ I corsi e ricorsi dei modelli dell'armonizzazione minima e dell'armonizzazione massima (o completa) nel diritto consumeristico proveniente dalle istituzioni europee sono stati ricostruiti da G. DE CRISTOFARO, *40 anni di diritto europeo dei contratti dei consumatori: linee evolutive e prospettive future*, in *Contr.*, 2019, 177 ss. Nel senso che, nella materia in esame, sarebbe preferibile lasciare agli Stati membri il margine di manovra consentito dal

Altra caratteristica della disciplina contenuta nella dir. 2024/1799/UE, del resto ricorrente nelle normative consumeristiche, è quella della imperatività, stabilita dall'art. 14 del provvedimento, che peraltro riguarda solamente i termini contrattuali peggiorativi della condizione dei consumatori e non preclude agli operatori del settore la facoltà di offrire loro forme di tutela più elevate⁶.

Più nel dettaglio, i principali aspetti attorno a cui ruota la dir. 2024/1799/UE sono l'obbligo di riparazione imposto ai produttori – che la versione finale del testo normativo invero chiama «fabbricanti»⁷ – di beni, l'introduzione di un modulo europeo di informazioni sulla riparazione, la costruzione di una piattaforma online per la riparazione e la modifica di alcune previsioni della dir. 2019/771/UE sulla vendita di beni. A parte, naturalmente, queste ultime, le previsioni della direttiva sulla riparazione sono destinate a trovare applicazione, secondo quanto stabilisce l'art. 1, 2° par., del provvedimento, alla riparazione dei beni acquistati dai consumatori in caso di difetto che si verifica o si manifesta al di fuori del periodo di durata della responsabilità del venditore disciplinato dall'art. 10 della direttiva sulla vendita⁸: potrà trattarsi, quindi, tanto di difetti insorti dopo il decorso del termine di durata della garanzia legale, quanto di difetti preesistenti ma che concretamente si manifestano o vengono invocati dal consumatore solamente dopo il decorso del termine di cui sopra⁹.

È sempre dalla dir. 2019/771/UE, inoltre, che l'art. 2 della direttiva in esame riprende le definizioni di «consumatore», «venditore», «bene» e

modello dell'armonizzazione minima, v., peraltro, H.W. MICKLITZ, V. MEHNERT, L. SPECHT-RIEMENSCHNEIDER, C. LIEDTKE, P. KENNING, *op. cit.*, 59.

⁶ Come evidenzia S. ARNOLD, *Recht auf Reparatur. Vertragliche Umsetzung und Herausforderungen für das Handwerk*, Baden-Baden, 2024, 90, la soluzione dell'imperatività in esclusivo favore del consumatore non è del tutto scontata nella materia in esame, perché «das Hauptanliegen der Verordnung liegt darin, die Reparatur von Waren zu fördern und so Ressourcen zu sparen, Müll zu verringern und die Umwelt zu entlasten. Mit diesen Zielen stünde ein zweiseitig zwingender Charakter der Normen besser im Einklang. Denn der Verbraucherschutz ist nicht das Hauptanliegen der vorgeschlagenen Regelungen».

⁷ Nel prosieguo del discorso, le due espressioni saranno scambievolmente utilizzate come sinonimi.

⁸ Per un'analisi di questa disciplina e della sua attuazione nell'ordinamento italiano, v. M. FACCIOLI, *La nuova disciplina europea della vendita di beni ai consumatori (dir. UE 2019/771): prospettive di attuazione delle disposizioni sui termini*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2020, 250 ss.; ID., *Durata della responsabilità del venditore, prescrizione dei diritti del compratore e onere della prova nella nuova disciplina italiana della vendita di beni ai consumatori (d.lgs. n. 170/2021)*, in *Jus Civile*, 2022, 39 ss.; ID., *La durata della responsabilità del venditore e la prescrizione dei diritti del consumatore*, in *La nuova disciplina della vendita mobiliare nel Codice del consumo*, a cura di G. De Cristofaro, Torino, 2022, 383 ss.

⁹ Lo precisa S. ARNOLD, *op. cit.*, 86, sottolineando altresì come l'art. 1, 2° par., dir. 2024/1799/UE dovrebbe in realtà fare espresso riferimento anche ai difetti rientranti nell'ambito della garanzia legale di cui all'art. 10 della direttiva sulla vendita, considerato che quest'ultima viene contemplata e modificata dalla direttiva sulla riparazione. E invero, anche sul piano della *ratio* e degli obiettivi della disciplina in esame, sarebbe del tutto irragionevole ritenere che il consumatore non possa avvalersi della facoltà di far riparare il bene al produttore solamente perché vengono in rilievo difetti presenti al momento della consegna e che di per sé avrebbero dato diritto a invocare la responsabilità del venditore.



«supporto durevole». Con riguardo alla qualifica di consumatore, decisiva per l'applicazione della nuova disciplina sulla riparazione e notoriamente dipendente dalle finalità dell'acquisto¹⁰, occorrerà pertanto risalire allo scopo per il quale il bene è stato originariamente comperato da colui che successivamente intende invocare le disposizioni della dir. 2024/1799/UE¹¹.

Per altri fondamentali concetti, quali quello di «riparazione», «fabbricante» e «ricondizionamento», la direttiva in parola rimanda poi al c.d. Regolamento *Ecodesign*¹², ai sensi del quale: la prima si identifica in «una più azioni effettuate per ripristinare il prodotto difettoso [...] a una condizione in cui consegue la finalità cui è destinato»; il secondo è «la persona fisica o giuridica che fabbrica il prodotto, oppure lo fa progettare o fabbricare, e lo commercializza apponendovi il proprio nome o marchio»; l'ultimo, infine, è dato dalle «azioni effettuate per preparare, pulire, testare, mantenere e, ove necessario, riparare un prodotto o un prodotto di cui ci si è disfatti in modo da ripristinarne le prestazioni o la funzionalità nell'ambito dell'uso cui è destinato e della gamma di prestazioni previsti originariamente in sede di progettazione al momento dell'immissione del prodotto sul mercato».

La dir. 2024/1799/UE preferisce, invece, fornire una definizione autonoma di altri due, non meno importanti, nozioni: quella di «riparatore», che viene identificato in «qualsiasi persona fisica o giuridica che, nel quadro della propria attività commerciale, industriale, artigianale o professionale, fornisce un servizio di riparazione, compresi i produttori e i venditori che forniscono servizi di riparazione e i fornitori di servizi di riparazione indipendenti o collegati a detti produttori o venditori»; e quella di «specifiche di riparabilità», che sono «le specifiche previste dagli atti giuridici dell'Unione elencati nell'allegato II che permettono di riparare un prodotto, comprese le specifiche per aumentare la facilità di smontaggio del prodotto, l'accesso alle parti di ricambio e le informazioni e gli strumenti relativi alla riparazione, applicabili a prodotti o componenti specifici di prodotti».

2. Le modifiche alla dir. 2019/771/UE sulla vendita di beni ai consumatori

¹⁰ L'art. 2, 1° par., n. 2 dir. 2019/771/UE definisce, infatti, come consumatore «qualsiasi persona fisica che, in relazione ai contratti oggetto della presente direttiva, agisca per fini che non rientrano nel quadro dell'attività commerciale, industriale, artigianale o professionale di tale persona».

¹¹ Lo mette in evidenza S. ARNOLD, *op. cit.*, 87, il quale ritiene che la qualifica di consumatore ai sensi della dir. 2024/1799/UE potrebbe essere peraltro attribuita pure a chi, dopo avere acquistato il bene per scopi professionali, lo abbia separato dalla propria impresa e abbia iniziato ad utilizzarlo per finalità personali.

¹² Reg. UE 2024/1781 del Parlamento europeo e del Consiglio del 13 giugno 2024 che stabilisce il quadro per la definizione dei requisiti di progettazione ecocompatibile per prodotti sostenibili, modifica la dir. 2020/1828/UE e il reg. UE 2023/1542 e abroga la dir. 2009/125/CE.

Sovvertendo l'ordine delle disposizioni contenute nella dir. 2024/1799/UE, conviene prendere le mosse dall'art. 16 del provvedimento, il quale apporta una serie di modifiche alla dir. 2019/771/UE sulla vendita di beni, in Italia attuata dal d.lgs. 4 novembre 2021, n. 170 tramite l'inserimento nel nostro sistema dei nuovi artt. 128 - 135 *septies* c.cons.

La normativa da ultimo menzionata è stata, invero, da più parti deplorata per il fatto di non prevedere alcun meccanismo diretto a promuovere la riparazione dei beni, pur riconoscendo che quest'ultima incentiva l'economia circolare e modelli di consumo più sostenibili nel 32° e nel 48° *considerando*: ne consegue la preferenza notoriamente manifestata dai consumatori nei confronti del rimedio della sostituzione, motivata tanto dall'attrattiva (sia funzionale che estetica) dei prodotti nuovi¹³ quanto dalla diffidenza verso l'efficacia e le tempistiche degli interventi di riparazione¹⁴. Le enunciazioni sulla sostenibilità e sull'economia circolare di cui si diceva poco sopra sembrano essersi, quindi, arrestate ad un livello meramente programmatico e declamatorio nella direttiva sulla vendita¹⁵, anche se non manca chi ritiene che la riparazione potrebbe essere in via ermeneutica collocato in posizione preminente rispetto alla sostituzione ricollegando il riferimento ai «costi sproporzionati» contemplato dall'art. 13, 2° par., dir. 2019/771/UE (anche) all'impatto ambientale e alle ricadute sull'ecosistema del rimedio che l'acquirente vorrebbe invocare¹⁶.

Per tentare di cambiare rotta, l'art. 16 della direttiva sulla riparazione contempla talune modifiche alla dir. 2019/771/UE che hanno, peraltro, subito profondi mutamenti rispetto al testo della proposta originariamente elaborata dalla Commissione¹⁷.

¹³ Che il consumatore può tra l'altro conseguire senza dover pagare alcunché per il normale utilizzo del bene sostituito nel periodo precedente la sostituzione, come stabilisce l'art. 14, par. 4, della direttiva stessa, nel nostro ordinamento attuato dall'art. 135 *ter*, 4° comma, c.cons. Secondo il 57° *considerando* della direttiva in discorso, l'utilizzo si dovrebbe considerare normale quando è conforme alla natura e allo scopo del bene.

¹⁴ Tra gli altri v., anche per ulteriori citazioni in tal senso, D. IMBRUGLIA, *op. cit.*, 505 s.; D.M. MATERA, *Difetto di conformità, gerarchia dei rimedi e sostenibilità ambientale nel nuovo art. 135-bis cod. cons. e nella Dir. 771/2019*, in *Riv. dir. priv.*, 2022, 453 ss.; E. TERRY, *A Right to Repair? Towards Sustainable Remedies in Consumer Law*, in *Eur. Rev. Priv. Law*, 2019, 852 ss.

¹⁵ Così A. BARENGHI, *Osservazioni sulla nuova disciplina delle garanzie nella vendita di beni di consumo*, in *Contr. impr.*, 2020, 807 s., 811 s., che pertanto ritiene «quantomeno dubbio» che si possa giungere in via ermeneutica alle diverse conclusioni di cui si dirà subito *infra* nel testo. Per analoghe considerazioni, v. pure E.M. KIENIGER, *Recht auf Reparatur („Right to Repair“) und Europäisches Vertragsrecht*, in *ZEuP*, 2020, 276.

¹⁶ In questo senso v., anche per ulteriori citazioni di dottrina conforme, D.M. MATERA, *op. cit.*, 464 ss.; R. FADDA, *op. cit.*, 120 ss., la quale in particolare afferma (124) che «il fondamento normativo di questa interpretazione si può rinvenire nella stessa previsione della possibilità per il venditore di evitare la sostituzione laddove comporti costi sproporzionati rispetto alla riparazione [...]. La sproporzione dei costi, infatti, può sussistere non solo nel caso in cui la sostituzione comporti spese eccessive per il venditore, ma anche nel caso in cui risulti più onerosa per il mercato in generale o per l'ambiente, determinando un costo gravoso in termini di sostenibilità».

¹⁷ Evidenzia J. CROON-GESTEFELD, *Das Recht auf Reparatur – Vorschläge aus Brüssels*, in *ZEuP*, 2024, 387, che «die im Gesetzgebungsverfahren eingebrachten Vorschläge sprechen, soweit es um Änderungen der WK-RL geht, eine andere Sprache als der



Quest'ultimo prevedeva l'inserimento, nell'art. 13, 2° par., della direttiva sulla vendita, di una regola in forza della quale, in deroga alla prima frase del paragrafo in discorso, che prevede la facoltà del consumatore di scegliere tra riparazione e sostituzione purché il rimedio prescelto non sia impossibile o non comporti costi sproporzionati rispetto al rimedio alternativo, il venditore avrebbe dovuto riparare il bene al fine di ripristinarne la conformità nel caso in cui i costi di sostituzione fossero stati pari o superiori ai costi di riparazione. Come evidenziava il testo originario del 28° *considerando* della dir. 2024/1799/UE, in questo modo il consumatore avrebbe mantenuto il diritto di scegliere la sostituzione in luogo della riparazione solo qualora la prima si fosse rivelata più economica della seconda, altrimenti soggiacendo all'obbligo di "accettare" quest'ultima¹⁸.

Solo in apparenza chiara e lineare, la disposizione *de qua* era, però, fin da subito andata incontro ad una serie di fondate critiche.

Oltre a comprimere il diritto del consumatore di pretendere la sostituzione del bene senza riconoscergli alcun tipo di vantaggio in grado di riequilibrare l'indebolimento della tutela offertagli, la disposizione in esame risultava, infatti, assai difficilmente coordinabile con la disciplina dell'art. 13, 2° par., dir. 2019/771/UE, che sotto diversi profili sembrava, anzi, destinata ad essere sostanzialmente abrogata dalla novella¹⁹. Avevano suscitato perplessità pure i profili probatori della nuova disposizione, in quanto sarebbe stato di fatto impossibile per il consumatore, posto di fronte ad un venditore intenzionato a sostenere la maggiore onerosità della riparazione rispetto alla sostituzione, dimostrare il contrario per invocare il

ursprüngliche Reparatur-RL-V. Der Verbraucher soll zur Reparatur nicht mehr so sehr angehalten sein, als vielmehr lediglich genudged werden».

¹⁸ J. CROON-GESTEFELD, *op. cit.*, 385; S. AUGENHOFER, R. KÜTER, *Recht auf oder Pflicht zur Reparatur? – Gedanken zum Vorschlag für eine RL über gemeinsame Vorschriften zur Förderung der Reparatur von Waren*, in *VuR*, 2023, 253.

¹⁹ J. CROON-GESTEFELD, *op. cit.*, 385 s.; S. AUGENHOFER, Y.M. ATAMER, K.P. GIERZ, R. KÜTER, *European Commission's Proposal for a Directive on Common Rules Promoting the Repair of Goods. Feedback of the European Law Institute*, Vienna, 2023, 13 ss., ove era stato in particolare osservato che «*first, the interrelation of the two sentences of Article 13(2) SGD is prone to cause problems whenever the consumer prefers replacement over repair. [...] [I]f the proposed sentence is added, the first sentence of this paragraph loses its meaning. Even if repair causes significant inconvenience to the consumer, the seller can choose to repair – because repair costs the same as replacement or is cheaper. Consequently, neither the inconvenience experienced by the consumer, nor any disproportionality is considered relevant. While this can be a policy choice of the EU lawmaker, from a methodological point of view, it would be advisable not to turning the existing rule ineffective by adding a new one without clarifying the consequences. Secondly, if the consumer prefers repair over replacement, the proposed new sentence in Article 13(2) SGD may lead to interpretation issues. The new rule suggests that the choice of the consumer should be respected by the seller if repair costs are either cheaper or equal to the costs of replacement. If the costs of repair are higher than the costs of replacement, the proposed second sentence allows the seller to reject repair. However, this is not what is stated in Article 13(2) first sentence SGD, according to which, the seller can reject the consumer's choice of repair only if it imposes costs on the seller that are disproportionate, considering all the circumstances. Both scenarios show that the problem is too multifaceted to be solved by simply adding one sentence to a system that has been developed over years».*



primo rimedio, così come accertarsi del fatto che il bene asseritamente riparato non fosse stato invece sostituito con un altro esemplare dello stesso tipo²⁰. A destare non poche incertezze, inoltre, era la ricostruzione del trattamento normativo dell'ipotesi nella quale il venditore e il consumatore si fossero trovati d'accordo nel procedere ad una sostituzione del bene difettoso comportante costi uguali o maggiori rispetto alla riparazione, di fatto aggirando la nuova disposizione che la direttiva in esame avrebbe dovuto introdurre²¹. Da ultimo, la previsione in esame era pure caratterizzata da scarsa effettività, dovendosi considerare decisamente più frequente l'ipotesi della maggiore onerosità della riparazione rispetto alla sostituzione che quella contraria: venendo per lo più prodotti in paesi extraeuropei a basso costo di manodopera, i beni di consumo, in genere, possono essere più economicamente sostituiti con un altro esemplare piuttosto che riparati all'interno degli Stati membri dell'Unione, dove il servizio di riparazione deve essere remunerato con somme normalmente ben più consistenti²².

La disposizione in discorso è pertanto scomparsa nella versione finale dell'art. 16 dir. 2024/1799/UE, che alla modifica della dir. 2019/771/UE ora dedica quattro differenti previsioni.

La prima introduce nell'art. 7, par. 1, lett. d) della direttiva sulla vendita un nuovo requisito oggettivo di conformità dei beni, la «riparabilità», collocato subito dopo la «durabilità»²³ e immediatamente prima della «funzionalità». Tale modifica va senz'altro salutata con favore, in quanto mette fine alla controversa questione concernente la possibilità di ritenere il requisito della riparabilità già ricompreso o meno, in via ermeneutica, per l'appunto nell'attributo della riparabilità²⁴. Allo stesso tempo, al legislatore europeo può essere, però, rimproverato di avere perso una preziosa occasione per dissipare i dubbi suscitati dalla disciplina della durata dell'obbligo del venditore di fornire gli aggiornamenti dei beni con elementi digitali²⁵ nonché per introdurre anche ulteriori e più incisive misure dirette a contrastare il fenomeno della c.d. obsolescenza programmata²⁶.

²⁰ S. AUGENHOFER, R. KÜTER, *op. cit.*, 245.

²¹ Su questo profilo v. *amplius*, T. HÜLSKÖTTER, *Auswirkungen der Pflicht zur Reparatur auf das Verhältnis von Umwelt- und Verbraucherschutz im Europäischen Verbrauchervertragsrecht: Die neue Abwägung zwischen drei Polen*, in *VuR*, 2024, 134 ss.

²² S. AUGENHOFER, R. KÜTER, *op. cit.*, 245; S. ARNOLD, *op. cit.*, 108; K. TONNER, *Green Deal und Verbraucherrecht: das Recht auf Reparatur*, in *VuR*, 2023, 242. Sul profilo dei costi della riparazione si tornerà *infra*, nel par. 6.

²³ In argomento v., da ultimo, M. D'ONOFRIO, *Il difetto di durabilità del bene*, Napoli, 2023, spec. 30 ss. per quanto riguarda i rapporti tra il requisito in discorso e le questioni concernenti il rimedio della riparazione.

²⁴ Sul punto cfr., *amplius*, R. FADDA, *op. cit.*, 95 ss.; S. AUGENHOFER, R. KÜTER, *op. cit.*, 247; S. AUGENHOFER, Y.M. ATAMER, K.P. GIERZ, R. KÜTER, *op. cit.*, 15; E.M. KIENIGER, *op. cit.*, 274 s.; S. PAGLIANTINI, *Contratti di vendita di beni: armonizzazione massima, parziale e temperata della Dir. UE 2019/771*, in *Giur. it.*, 2020, 231.

²⁵ Cfr. S. AUGENHOFER, Y.M. ATAMER, K.P. GIERZ, R. KÜTER, *op. cit.*, 16. La più grave delle incertezze sollevate dalla disciplina in esame discende dalla previsione, contenuta nell'art. 7, par. 3, lett. a), dir. 2019/771/UE, che dai contratti di vendita contemplanti un unico atto di fornitura del contenuto o del servizio digitale fa discendere l'obbligo, per il venditore, di fornire alla controparte aggiornamenti per il periodo di tempo che il consumatore può ragionevolmente aspettarsi alla luce della tipologia e delle finalità dei



Sotto un secondo punto di vista, l'art. 16 dir. 2024/1799/UE inserisce nell'art. 10 dir. 2019/771/UE una norma in base alla quale l'effettuazione della riparazione del bene comporta l'estensione di dodici mesi, per una sola volta, della durata della responsabilità del venditore, fatta salva la facoltà degli Stati membri di prevedere un termine più lungo²⁷. Questa disciplina può essere derogata dagli Stati che non prevedano un termine fisso di durata della garanzia o prevedano solamente un termine di prescrizione dei diritti del consumatore, a condizione che la durata della responsabilità del venditore o della prescrizione *de qua* in caso di riparazione del bene ammonti ad almeno tre anni²⁸. Come ha cura di precisare il 40°

beni e degli elementi digitali nonché delle circostanze e della natura del contratto. Come suggerisce anche il 31° *considerando* della direttiva in parola, il periodo di tempo corrispondente alle ragionevoli aspettative del consumatore è normalmente pari alla durata della garanzia, ma può anche superare quest'ultima: laddove ciò avvenga si pone, allora, il delicato problema di stabilire se la responsabilità del venditore per i difetti causati dagli aggiornamenti si estenda o meno oltre il termine di durata della garanzia. Su tale questione e più in generale sui problemi interpretativi suscitati dalla disciplina in esame, v., tra gli altri, A. DE FRANCESCHI, *La vendita di beni con elementi digitali*, Napoli, 2019, 113 ss.; G. PERFETTI, *Beni con elementi digitali e aggiornamenti nella novellata disciplina dei contratti di vendita B2C*, in *La nuova disciplina della vendita mobiliare*, cit., 249 ss.; G. CAPILLI, *Le modifiche e l'aggiornamento del contenuto digitale e dei servizi digitali nella disciplina di attuazione delle direttive (UE) 770 e 771 del 2019*, in *MediaLaws*, 2023, 128 ss.

²⁶ Avevano auspicato un intervento di questo tipo S. AUGENHOFER, Y.M. ATAMER, K.P. GIERZ, R. KÜTER, *op. cit.*, 20 s. Sulla possibilità di contrastare il fenomeno dell'obsolescenza programmata facendo leva sul requisito della durabilità del bene contemplato dalla dir. 2019/771/UE, v. M. D'ONOFRIO, *op. cit.*, 45 ss.; e più in generale sull'argomento, v., inoltre, G. MARINO, *Obsolescenza programmata, durabilità dei beni con elementi digitali e tutele del consumatore*, in questa *Rivista*, 2024, 157 ss.

²⁷ Sul punto, il 40° *considerando* del provvedimento precisa che «gli Stati membri potrebbero [...] incentivare ulteriormente la riparazione prevedendo altre estensioni del periodo di responsabilità del venditore nel caso in cui siano effettuate ulteriori riparazioni. Gli Stati membri potrebbero altresì introdurre o mantenere norme che prevedono l'estensione della responsabilità del venditore in caso di riparazioni per periodi superiori a 12 mesi».

²⁸ Periodo di tre anni che, come precisa sempre il 40° *considerando* della direttiva, «corrisponde al periodo minimo di responsabilità del venditore stabilito dalla direttiva (UE) 2019/771 e all'estensione minima di tale periodo in caso di riparazione». Per comprendere appieno questa previsione, occorre considerare l'ampio spazio di manovra attribuito ai legislatori nazionali sul tema della durata della garanzia legale dal 4° e 5° par. dell'art. 10 della direttiva sulla vendita. Il primo stabilisce che, qualora i rimedi previsti dall'art. 13 dir. 2019/771/UE siano soggetti a prescrizione a norma del diritto nazionale, gli Stati membri provvedono affinché il periodo della stessa consenta al consumatore di avvalersi dei rimedi in discorso per qualsiasi difetto di conformità che si manifesta entro il periodo di tempo indicato dai parr. 1° e 2°. Il secondo prevede che, in deroga a questi ultimi, gli Stati membri possono mantenere in vigore o introdurre solamente un termine di prescrizione per i rimedi previsti dall'art. 13 cit., anche in questo caso provvedendo affinché il periodo della stessa consenta al consumatore di avvalersene per qualsiasi difetto di conformità che si manifesta entro il periodo di tempo indicato dai parr. 1° e 2°. Come emerge anche dalla lettura del 42° *considerando* della dir. 2019/771/UE, i legislatori nazionali sono stati quindi chiamati a scegliere tra due opzioni: abbinare il termine di durata della responsabilità del venditore ad un termine di prescrizione dei diritti del consumatore, nel qual caso essi dovranno garantire che il periodo di responsabilità del professionista non sia eluso o limitato dal termine di prescrizione dei diritti dell'acquirente; in alternativa, regolare la materia solamente tramite la prescrizione, sempre però assicurando che il termine della stessa consenta ai consumatori



considerando della direttiva in esame, «qualora si applichi l'estensione del periodo di responsabilità, il venditore dovrebbe essere responsabile di eventuali difetti di conformità sussistenti al momento della consegna dei beni e che si manifestano nel corso del periodo di responsabilità restante del bene, inclusa l'estensione».

Oltre a rappresentare un incentivo alla riparazione²⁹, questa disposizione ha il merito di porre fine a una questione ermeneutica non affrontata dalla disciplina vigente e attualmente dibattuta dalla dottrina italiana, vale a dire la ricostruzione della durata della garanzia sul bene riparato: secondo alcuni, la durata della garanzia decorrerebbe *ex novo* con riguardo a difetti identici a quelli che hanno reso necessaria la riparazione nonché ad altri difetti provocati dalla riparazione stessa, mentre con riguardo a difetti diversi varrebbe il termine riferito alla consegna originaria; una seconda tesi chiama il venditore a rispondere, in ogni caso, solamente dei difetti manifestatisi entro due anni dal giorno in cui il bene è stato per la prima volta consegnato al consumatore; una terza tesi, infine, ritiene sorgere sempre, con la riparazione, una nuova garanzia, soggetta ad un rinnovato termine di durata della responsabilità del venditore decorrente dal momento della riconsegna del bene riparato³⁰. Va peraltro osservato che, dopo la riparazione, il consumatore non beneficerebbe dell'inversione dell'onere della prova contemplata dall'art. 11 dir. 2019/771/UE e per ragioni probatorie potrebbe, quindi, trovarsi nella difficoltà – se non nella vera e propria impossibilità – pratica di beneficiare del periodo supplementare di durata della garanzia introdotto dalla novella³¹.

La direttiva sulla riparazione prevede poi, in terzo luogo, di inserire nell'art. 13 della direttiva sulla vendita un nuovo paragrafo alla stregua del quale il venditore, prima di procedere al ripristino della conformità del bene difettoso, deve avvisare il consumatore della sua facoltà di scegliere tra sostituzione e riparazione nonché dell'estensione della durata della garanzia – nei termini di cui si è detto poco sopra – che consegue alla riparazione. Secondo il 41° *considerando*, questo dovere d'informazione dovrebbe auspicabilmente accrescere nei consumatori la consapevolezza

di continuare a esercitare i rimedi a loro disposizione in caso di difetti di conformità che si manifestano quantomeno durante il periodo previsto dalla presente direttiva come periodo di responsabilità. Per maggiori dettagli in argomento, v. M. FACCIOLI, *La nuova disciplina europea*, cit., 260 ss.

²⁹ Sulla possibilità di incentivare la riparazione tramite l'estensione della durata della garanzia legale, v. S. AUGENHOFER, R. KÜTER, *op. cit.*, 246 s.; S. AUGENHOFER, Y.M. ATAMER, K.P. GIERZ, R. KÜTER, *op. cit.*, 18 s.

³⁰ Cfr., sul punto, M. FACCIOLI, *La durata della responsabilità del venditore*, cit., 388, nel testo e in nota 15, ove si mette pure in luce che, in caso di sostituzione, l'opinione praticamente pacifica ritiene che dalla consegna del nuovo bene decorre un nuovo termine di durata biennale della garanzia: accogliendo tale impostazione, l'estensione della durata della garanzia di un solo anno in caso di riparazione renderebbe pertanto quest'ultima meno conveniente per il consumatore.

³¹ Lo evidenzia T. HÜLSKÖTTER, *op. cit.*, 139 s., secondo cui sarebbe stato opportuno, per evitare le conseguenze di cui si è detto nel testo, modificare anche l'art. 11 della direttiva sulla vendita e introdurre, come conseguenza della riparazione, anche un'estensione della durata della presunzione ivi prevista.



dell'esistenza dei due rimedi alternativi e dei vantaggi della riparazione, spingendoli a privilegiare quest'ultima³².

L'ultimo intervento sulla direttiva in tema di vendita di beni incide, infine, sulla disciplina dettata dall'art. 14, par. 1, dir. 2019/771/UE circa le modalità della riparazione e della sostituzione del bene e inserisce nella norma in parola, dopo la lett. c), due nuove previsioni contemplanti altrettante facoltà attribuite al venditore impegnato a ripristinare la conformità del bene³³.

La prima consiste nella possibilità di fornire gratuitamente in prestito al consumatore, durante il tempo necessario alla riparazione, un bene sostitutivo, eventualmente anche ricondizionato, a seconda delle caratteristiche della categoria di appartenenza del prodotto e in particolare della necessità del consumatore di avere a disposizione beni di quel tipo in modo permanente. Come chiarisce il 42° *considerando* della direttiva, fornire al consumatore un bene sostitutivo durante la riparazione può rivelarsi utile ad evitare i «notevoli inconvenienti» per l'acquirente menzionati dal par. 1, lett. c), dell'art. 14 della direttiva sulla vendita, ma al tempo stesso non fa venire meno l'obbligo del venditore di provvedere all'effettuazione del rimedio entro il «periodo di tempo ragionevole» contemplato dalla lett. b) della disposizione da ultimo menzionata³⁴.

La seconda delle due previsioni di cui si diceva attribuisce poi al venditore la facoltà di fornire al consumatore, dietro sua esplicita richiesta, un bene ricondizionato a titolo di adempimento dell'obbligo di sostituire il prodotto difettoso. La norma merita senz'altro apprezzamento per il tentativo di incentivare la circolazione di beni ricondizionati, anche se a tal fine sarebbe stato anche opportuno, al fine di incrementarne l'attrattività per i consumatori, rimarcare sul piano normativo la differenza che separa i beni in questione dai beni usati, in particolare escludendo che ai beni ricondizionati si applichi l'art. 10, par. 6, dir. 2019/771/UE, ai sensi del quale gli Stati membri possono attribuire alle parti del contratto avente per oggetto beni di seconda mano la facoltà di accordarsi per un termine di durata della garanzia e di prescrizione dei diritti del consumatore più breve di quello valevole per tutti gli altri beni, purché non inferiore ad un anno³⁵.

³² Per quanto riguarda l'ordinamento italiano, v., però, quanto rilevato *supra*, alla nota 30.

³³ Più precisamente, l'art. 16 della direttiva sulla riparazione sostituisce l'art. 14, 1° par., dir. 2019/771/UE con una previsione che, oltre ad inserire le due nuove disposizioni di cui si dirà subito *infra* nel testo, riproduce letteralmente l'attuale formulazione della norma da ultimo menzionata, con l'eccezione dell'inciso della lett. a), che da «senza spese» viene modificato, senza apparentemente apportarvi innovazioni di carattere sostanziale, in «a titolo gratuito».

³⁴ È appena il caso di sottolineare che, naturalmente, avrebbe comportato un ben maggiore incentivo ad optare per la riparazione l'introduzione di un obbligo del venditore di fornire al consumatore un bene sostitutivo durante il periodo di tempo necessario ad effettuarla: T. HÜLSKÖTTER, *op. cit.*, 139 s.

³⁵ Cfr. S. AUGENHOFER, R. KÜTER, *op. cit.*, 246; S. AUGENHOFER, Y.M. ATAMER, K.P. GIERZ, R. KÜTER, *op. cit.*, 16 s., i quali avevano auspicato l'introduzione della disposizione in esame osservando che «*the seller could be granted the option of offering the consumer a replacement with a refurbished good instead of repairing the non-conforming good. This would not counteract the sustainability objective as refurbished goods are also renewed*

Da ultimo, va evidenziato che la direttiva sulla riparazione non contempla talune soluzioni finalizzate ad incentivare il ricorso a tale rimedio nell'ambito della disciplina dettata dalla direttiva sulla vendita, suggerite dagli studiosi della materia, che probabilmente avrebbero meritato maggiore considerazione da parte delle istituzioni europee. Tra di esse, merita di essere soprattutto menzionata, oltre alla – invero da lungo tempo discussa – introduzione dell'azione diretta del consumatore nei confronti del produttore³⁶, l'idea di introdurre la possibilità, attualmente irrealizzabile in virtù della gerarchia dei rimedi che notoriamente caratterizza la dir. 2019/771/UE, di combinare i rimedi della riparazione e della riduzione del prezzo nei casi in cui il bene riparato rivesta un valore di mercato inferiore rispetto al bene nuovo e/o conservi tracce della riparazione (come macchie, graffi, ecc.) che, pur non diminuendone valore e funzionalità, potrebbero facilmente sconsigliare al consumatore l'opzione della riparazione stessa³⁷. Tali vicende, infatti, da un lato appaiono difficilmente riconducibili alle ipotesi contemplate dall'art. 13, par. 4, lett. a) e b) della direttiva sulla vendita, dall'altro attribuiscono al consumatore, ai sensi della disciplina testé menzionata, il diritto di risolvere il contratto in alternativa al rimedio della riduzione del prezzo³⁸.

3. L'obbligo di riparazione in capo ai produttori

Nel passare ad esaminare le disposizioni della dir. 2024/1799/UE dirette ad incentivare la riparazione dei beni al di fuori della garanzia legale prevista dalla dir. 2019/771/UE, è senza dubbio opportuno iniziare l'analisi dall'art. 5, che probabilmente costituisce la norma più importante e ambiziosa dell'intero provvedimento in esame³⁹.

goods. This could even be a better option for the consumer, as the waiting period for repair would not be an issue».

³⁶ S. AUGENHOFER, R. KÜTER, *op. cit.*, 247 s.; S. AUGENHOFER, Y.M. ATAMER, K.P. GIERZ, R. KÜTER, *op. cit.*, 21, ove in particolare si evidenzia che «*the current model, focussing on claims along the supply chain, imposes additional costs on the seller instead of charging the producer. A direct claim against the manufacturer would also shorten the turn-around time of repairs, which would help to foster consumers' acceptance of the proposed 'duty' to repair. A direct claim against the manufacturer would also provide for more sustainability, as it would help avoid the 'journey' a defective good would have to go through, first from the consumer back to the seller – who most likely will not be able to offer repair on their premises – and from the seller to the producer and all the way back to the consumer».*

³⁷ S. AUGENHOFER, Y.M. ATAMER, K.P. GIERZ, R. KÜTER, *op. cit.*, 14 s., 19 s.

³⁸ In argomento v., per tutti, F. OLIVIERO, *La nuova disciplina dei c.d. rimedi "secondari": riduzione del prezzo e risoluzione del contratto*, in *La nuova disciplina della vendita mobiliare*, cit., 313 ss., il quale in particolare evidenzia (329) che «la lett. b) [...] troverà applicazione ogni qual volta in cui l'intervento riparatore o sostitutivo posto in essere dal venditore non abbia scongiurato la difettosità del bene, a cagione – ci pare di poter ritenere – del manifestarsi di un difetto di conformità nuovo ed ulteriore rispetto a quello già denunciato, stante il fatto che la mancata eliminazione del difetto denunciato costituisce già causa abilitante l'accesso alle tutele di second'ordine in forza della lett. a)».

³⁹ Cfr. R. FADDA, *op. cit.*, 113; S. AUGENHOFER, R. KÜTER, *op. cit.*, 248; C. RASQUIN, J. MÖLLER-KLAPPERLICH, *Das Recht auf Reparatur („Right to Repair“) in der Europäischen Regulierung*, in *NJ*, 2024, 62.



Il 1° par. della previsione *de qua* obbliga, innanzitutto, gli Stati membri a provvedere affinché, su richiesta del consumatore, il fabbricante ripari quei beni per i quali e nella misura in cui gli atti giuridici dell'Unione europea elencati nell'allegato II alla dir. 2024/1799/UE prevedono determinate specifiche di riparabilità: sul piano ricostruttivo, la norma sembra quindi introdurre in capo ai produttori di beni l'obbligo di concludere un contratto avente per oggetto il servizio di riparazione⁴⁰ con i consumatori che ne facciano richiesta in presenza dei presupposti previsti dalla legge⁴¹.

Come sottolineano il 21° e il 22° *considerando* del provvedimento, l'obbligo di riparazione incombente sui produttori non è quindi generalizzato, ma viene circoscritto nei termini di cui sopra per evitare di imporre oneri eccessivi sul mondo imprenditoriale, assicurare che i soggetti obbligati siano effettivamente in grado di adempierlo e garantire la certezza del diritto. L'elenco delle normative europee contemplate dall'allegato II alla direttiva, che la Commissione è chiamata ad aggiornare ai sensi del 9° par. dell'articolo in esame e secondo la procedura tratteggiata dall'art. 20 della direttiva stessa, attualmente comprende lavatrici, lavasciuga biancheria e lavastoviglie, tutte per uso domestico, apparecchi di refrigerazione, display elettronici, apparecchiature di saldatura, server e prodotti di archiviazione dati, telefoni cellulari, telefoni cordless e tablet, asciugabiancheria, beni incorporanti batterie per mezzi di trasporto leggeri.

Sempre ai sensi del paragrafo in esame, il fabbricante non è obbligato a riparare i beni quando la riparazione è impossibile, espressione che secondo il 24° *considerando* della direttiva dev'essere intesa in senso tanto pratico quanto giuridico, ma comunque in maniera tale da escludere «motivi puramente economici, come il costo delle parti di ricambio». La norma *de qua* inoltre dispone che, ai fini dell'adempimento dell'obbligo di riparazione, il produttore può subappaltare la riparazione a terzi, facoltà alla quale il 17° *considerando* suggerisce di fare ricorso quando, per esempio, il produttore non dispone delle infrastrutture necessarie per eseguire la riparazione o quando quest'ultima può essere effettuata da un soggetto più vicino al consumatore, così evitando o quantomeno limitando le spese e le emissioni inquinanti riconnesse alla spedizione di prodotti⁴².

⁴⁰ Che tra le parti interessate dalla norma si concluda un contratto emerge anche dal 16° *considerando* della direttiva, ove in particolare si legge che «il prezzo e le condizioni per la riparazione dovrebbero essere concordati in un contratto tra il consumatore e il fabbricante, e il consumatore dovrebbe rimanere libero di decidere se il prezzo e le condizioni siano accettabili. La necessità di un tale contratto e la pressione concorrenziale esercitata da altri riparatori dovrebbero incoraggiare i fabbricanti che hanno l'obbligo di riparazione a mantenere prezzi accettabili per i consumatori».

⁴¹ S. ARNOLD, *op. cit.*, 110, il quale evidenzia come lo strumento dell'obbligo a contrarre venga frequentemente impiegato per perseguire finalità ricollegate all'utilità sociale e al benessere generale. Per analoghe considerazioni riferite al nostro ordinamento, v. C.M. BIANCA, *Diritto civile*, 3, *Il contratto*, 3ª ed., Milano, 2019, 179.

⁴² Il 17° *considerando* ha inoltre cura di precisare, in maniera forse pleonastica, che in questi casi il produttore rimane comunque responsabile dell'adempimento dell'obbligo di riparazione. Non essendo previsto nulla al riguardo nella dir. 2024/1799/UE, le questioni di responsabilità che dovessero insorgere tra il produttore e il terzo incaricato di provvedere alla riparazione saranno regolate dal diritto nazionale degli Stati membri (S. AUGENHOFER, R. KÜTER, *op. cit.*, 249).

L'art. 5, 2° par., dir. 2024/1799/UE prevede, poi, alcune condizioni e modalità che devono essere soddisfatte dal servizio di riparazione, quali: a) la gratuità o la previsione del pagamento di un prezzo ragionevole⁴³; b) l'esecuzione entro un periodo di tempo ragionevole dal momento nel quale il fabbricante ha avuto a disposizione il bene; c) la possibilità per il produttore di fornire in prestito al consumatore, durante il tempo necessario per la riparazione, un bene sostitutivo⁴⁴, anche in questo caso gratuitamente o ad un costo ragionevole; d) la facoltà del produttore di offrire al consumatore un bene ricondizionato nei casi in cui la riparazione sia impossibile.

Il 3° par. della norma successivamente dispone che, qualora il produttore obbligato alla riparazione sia stabilito al di fuori dell'Unione, all'obbligo deve adempiere il suo rappresentante autorizzato nell'Unione; qualora il fabbricante non abbia un rappresentante autorizzato nell'Unione, l'obbligo di riparazione incombe sull'importatore del bene; qualora, infine, non vi sia alcun importatore, deve adempiere all'obbligo il distributore del bene. Ai fini dell'adempimento dell'obbligo *de quo*, il rappresentante autorizzato, l'importatore e il distributore possono subappaltare la riparazione alla pari del produttore⁴⁵. A norma del 5° par. della norma in parola, inoltre, tutti i soggetti testé menzionati devono garantire che i consumatori possano accedere, tramite un sito web ad accesso libero, a informazioni relative ai prezzi indicativi applicati per la normale riparazione dei beni contemplati dagli atti giuridici dell'Unione elencati nell'allegato II alla direttiva.

Tra le ulteriori previsioni contenute nell'articolo in esame possono essere altresì segnalati: l'obbligo dei produttori che fabbricano pezzi di ricambio e strumenti per la riparazione dei beni elencati nell'allegato II di offrire gli uni e gli altri ad un prezzo ragionevole che non scoraggi la riparazione (par. 4)⁴⁶; il divieto per i produttori di utilizzare clausole contrattuali o tecnologie hardware o software che impediscano la riparazione dei beni elencati nell'allegato II, a meno che non siano giustificati da fattori legittimi e oggettivi, tra cui la protezione dei diritti di proprietà intellettuale ai sensi del

⁴³ Il 16° *considerando* chiarisce che la possibilità, per il produttore, di riparare il bene gratuitamente o dietro corrispettivo è giustificata dal fatto che l'obbligo di riparazione imposto ai fabbricanti dalla direttiva riguarda difetti che non discendono dalla mancanza di conformità dei beni a un contratto di vendita e che l'ottenimento di una controprestazione dovrebbe incoraggiare i produttori a sviluppare modelli di business sostenibili, comprendenti la fornitura di servizi di riparazione. Il prezzo della riparazione può tenere conto, ad esempio, del costo del lavoro, del costo delle parti di ricambio, del costo di funzionamento dell'impianto di riparazione e di un margine consueto; per essere ragionevole, poi, deve essere fissato in un ammontare che non sia tale da dissuadere intenzionalmente il consumatore a richiedere la riparazione del bene.

⁴⁴ Che il 16° *considerando* del provvedimento specifica dover essere «paragonabile» a quello da riparare.

⁴⁵ La previsione di tale facoltà è senz'altro opportuna, posto che i soggetti menzionati dalla norma, diversi dal produttore, difficilmente disporranno degli strumenti e del personale necessari a riparare i beni: cfr. S. ARNOLD, *op. cit.*, 114.

⁴⁶ A tale riguardo, il 18° *considerando* della direttiva soggiunge che «le parti di ricambio dovrebbero essere messe a disposizione almeno per il periodo di tempo stabilito negli atti giuridici dell'Unione».



diritto dell'Unione e nazionali (par. 6)⁴⁷; il divieto di rifiutare di riparare i beni elencati nell'allegato II per il solo motivo che una precedente riparazione è stata effettuata da altri riparatori o da altri diversi soggetti (par. 7), tra i quali il 24° *considerando* della direttiva include anche lo stesso consumatore. L'art. 5, 8° par., dir. 2024/1799/UE si preoccupa pure di precisare, in maniera probabilmente pleonastica, che i consumatori possono comunque rivolgersi a qualsiasi riparatore di loro scelta, con salvezza dell'obbligo di riparazione incombente sul produttore ai sensi dell'articolo stesso⁴⁸.

È strettamente collegato a quest'ultimo, infine, anche il successivo art. 6, ai sensi del quale gli Stati membri devono provvedere affinché il fabbricante e gli altri soggetti contemplati dal 3° par. dell'art. 5 della direttiva forniscano, quantomeno per l'intera durata dell'obbligo di riparazione, informazioni circa i propri servizi di riparazione gratuitamente e in modo facilmente accessibile, chiaro e comprensibile. Secondo il 25° *considerando* del provvedimento, il periodo di durata dell'obbligo di riparazione inizia nel momento in cui il prodotto viene immesso sul mercato e termina «alla scadenza delle specifiche di riparabilità»; inoltre, le informazioni di cui sopra devono essere fornite senza necessità di una richiesta del consumatore ed allinearsi ai requisiti di accessibilità dei prodotti e dei servizi previsti dalla dir. 2019/882/UE.

È stata da taluno criticata la scelta di limitare l'obbligo di riparazione incombente sui fabbricanti di beni ai soli prodotti contemplati dagli atti dell'Unione elencati nell'allegato II, che prendono in considerazione quasi esclusivamente prodotti elettronici, così escludendo dal suo ambito di operatività altri, come per esempio scarpe, vestiti e biciclette, che sarebbero senz'altro suscettibili di essere riparati: secondo questa corrente di pensiero, l'obbligo di riparazione dovrebbe essere più coraggiosamente esteso a tutti i beni, senza limitazioni precostituite, affidando l'esigenza di non imporre oneri eccessivi se non irrealizzabili sul mondo imprenditoriale alla regola, già presente nel testo della direttiva, che esclude l'obbligo di riparazione

⁴⁷ La previsione in esame specifica pure che «i fabbricanti, in particolare, non impediscono l'uso, da parte di riparatori indipendenti, di parti di ricambio originali o di seconda mano, di parti di ricambio compatibili e di parti di ricambio ottenute dalla stampa 3D se tali parti di ricambio sono conformi ai requisiti previsti dal diritto dell'Unione o nazionale, quali i requisiti in materia di sicurezza dei prodotti, o alle norme in materia di proprietà intellettuale». Sulle questioni sollevate dalla necessità di conciliare la promozione della riparazione dei beni con la tutela dei diritti di proprietà intellettuale, v., *amplius*, E. TERRY, *op. cit.*, 864 ss.; V. MENHART, *Reparaturen für alle? – Rechtliche Perspektiven des „Right to repair“*, in *ZRP*, 2023, 11.

⁴⁸ Va osservato che, per poter riparare beni con elementi digitali, il riparatore potrebbe trovarsi nella necessità di avere accesso ai dati relativi allo *smart product* che sono normalmente in esclusivo possesso del produttore. Per avere accesso ai dati in esame, il riparatore potrebbe però fare leva sul disposto dell'art. 5 reg. UE 2023/2854 del 13 dicembre 2023 riguardante norme armonizzate sull'accesso equo ai dati e sul loro utilizzo, noto anche come *EU Data Act*, il quale dispone che il titolare dei dati relativi a tali prodotti deve mettere a disposizione i dati medesimi su richiesta dell'utente o anche di una parte che agisce per conto dell'utente, previsione che il 20° *considerando* del regolamento illustra come funzionale anche a consentire all'utente di avvalersi di servizi di riparazione altrimenti inaccessibili: *amplius* sul punto, v. J. CROON-GESTEFELD, *op. cit.*, 402 s.



quando quest’ultima è impossibile⁴⁹. E pure tale previsione – si è altresì osservato – meriterebbe, del resto, di essere riformulata, introducendo un’inversione dell’onere della prova che sollevi il consumatore dal per lui difficilissimo compito di dimostrare che la riparazione è possibile qualora il produttore affermi il contrario⁵⁰.

Questi rilievi devono essere però soppesati con quantomeno due osservazioni di segno contrario. Innanzitutto, occorre ricordare che l’elenco degli atti dell’Unione contenuti nell’allegato II alla dir. 2024/1799/UE non è rigidamente predeterminato, ma può essere in futuro esteso dalla Commissione in modo da ricomprendere ulteriori normative e quindi ulteriori categorie di prodotti⁵¹. In secondo luogo, va messo in evidenza che i produttori di beni non contemplati dalle normative di cui sopra non sono legalmente tenuti ad assicurare che i loro prodotti siano riparabili, sicché imporre loro un obbligo di provvedere in tal senso, sebbene non appaia necessariamente insostenibile, significherebbe costringerli ad apportare complesse e onerose modifiche ai loro processi produttivi⁵².

Sotto un diverso ma complementare punto di vista, è stato poi sottolineato come l’obbligo di riparazione in esame astrattamente riguardi anche difetti del bene riconducibili alla negligenza del consumatore e/o all’usura derivante dal normale utilizzo del prodotto, con ulteriore aggravio di un’incombenza del produttore che appare già non poco gravosa in considerazione della sua potenzialmente anche molto significativa estensione temporale. In questo senso era stata, pertanto, auspicata una riflessione circa l’opportunità di esonerare il fabbricante dall’obbligo di riparare (quantomeno) i difetti poco sopra menzionati, anche se questo avrebbe probabilmente significato innescare frequenti controversie tra le parti circa le cause del vizio del bene⁵³.

Un’ulteriore critica all’art. 5 dir. 2024/1799/UE evidenzia, infine, l’eccessivo ed irrealistico ottimismo sotteso alla previsione della facoltà del produttore di offrire un servizio di riparazione gratuito. È invero plausibile immaginare che, in realtà, i produttori normalmente pretenderanno un corrispettivo per intervenire sul bene, salvo non provvedervi gratuitamente, ma scaricando i relativi costi sul prezzo originario del prodotto e, quindi, comunque sul consumatore⁵⁴. D’altro canto non può essere sottaciuto che un obbligo di riparazione gratuito, oltre che difficilmente sostenibile sul piano economico per il mondo imprenditoriale, potrebbe innescare indesiderabili

⁴⁹ S. AUGENHOFER, R. KÜTER, *op. cit.*, 248 s.; S. AUGENHOFER, Y.M. ATAMER, K.P. GIERZ, R. KÜTER, *op. cit.*, 23; S. ARNOLD, *op. cit.*, 120 ss., secondo cui un obbligo di riparazione di tale estensione dovrebbe essere però normativamente escluso (anche) quando «*die Reparatur unverhältnismäßig aufwändig oder besonders ressourcenintensiv wäre*».

⁵⁰ S. AUGENHOFER, R. KÜTER, *op. cit.*, 249; S. AUGENHOFER, Y.M. ATAMER, K.P. GIERZ, R. KÜTER, *op. cit.*, 23.

⁵¹ J. CROON-GESTEFELD, *op. cit.*, 388.

⁵² J. CROON-GESTEFELD, *op. cit.*, 389.

⁵³ N.M. SEITZ, *Das Recht auf Reparatur – Balanceakt zwischen Ressourcenschutz und ausfernder Herstellhaftung*, in *Gesellschafts- und Wirtschaftsrecht*, 2023, 151. In senso contrario v., però, S. ARNOLD, *op. cit.*, 122, secondo cui una previsione di questo tenore avrebbe consentito ai produttori di eludere agevolmente l’obbligo di riparazione.

⁵⁴ S. AUGENHOFER, R. KÜTER, *op. cit.*, 249; S. AUGENHOFER, Y.M. ATAMER, K.P. GIERZ, R. KÜTER, *op. cit.*, 23 s.



atteggiamenti di scarsa attenzione nell'utilizzo dei propri beni da parte dei consumatori, consapevoli della possibilità di conseguire la riparazione del prodotto senza doverne sopportare i costi⁵⁵.

4. Il modulo europeo di informazioni sulla riparazione

L'art. 4, 1° par., dir. 2024/1799/UE prevede l'introduzione nell'Unione di un «modulo europeo di informazioni sulla riparazione», un esemplare del quale è reperibile nell'allegato I al provvedimento, che il consumatore può richiedere a quanti svolgono servizi di riparazione, siano questi il produttore piuttosto che un venditore o un soggetto terzo⁵⁶, al fine di comparare le offerte sul mercato e scegliere in maniera consapevole a chi rivolgersi per far riparare i propri beni⁵⁷. Mentre la versione originaria della norma in linea di principio prevedeva l'obbligo di fornire detto documento⁵⁸, nel testo definitivo del provvedimento quest'ultimo è divenuto uno strumento opzionale che i riparatori possono adottare su base volontaria⁵⁹, conseguendo l'effetto di essere considerati adempienti ad una serie di obblighi informativi dettati da alcune direttive europee alle quali il 6° par. dell'art. 4 espressamente rinvia⁶⁰.

⁵⁵ S. ARNOLD, *op. cit.*, 123. Sul punto, v. pure H.W. MICKLITZ, V. MEHNERT, L. SPECHT-RIEMENSCHNEIDER, C. LIEDTKE, P. KENNING, *op. cit.*, 54, ove si mette in luce che «*the option of obliging manufacturers or sellers to repair goods free of charge in certain cases beyond the legal warranty [...] appears neither fair nor economically realistic. Ultimately, the goal of promoting sustainability cannot be carried out solely on the backs of the economic operators and all allocations of risk and responsibility can be undermined. If there is a claim for repair beyond the current legal warranty, this should not remain without a counter-performance obligation. The problem is not that in the case of obsolescence of products there is basically no willingness to pay, because a new purchase costs money. Instead, spending behaviour should be redirected in favour of repair by creating incentives. This can only succeed if products can be repaired, spare parts are available at favourable prices, repair services are accessible and, if necessary, replacement equipment is available for the duration of the repair.*».

⁵⁶ Chiarisce questo aspetto il 23° *considerando* della direttiva, il quale soggiunge che i consumatori «è [...] probabile che contatteranno i riparatori indipendenti più vicini o il venditore prima di rivolgersi ai fabbricanti che, ad esempio, potrebbero essere più lontani e i cui prezzi potrebbero essere più elevati a causa delle spese di trasporto».

⁵⁷ Evidenzia questo aspetto il 10° *considerando* del provvedimento.

⁵⁸ Più precisamente, l'art. 4, 1° par., della proposta formulata dalla Commissione imponeva l'obbligo di fornire il modulo ai produttori obbligati alla riparazione ai sensi dell'articolo successivo, mentre il 2° par. della norma stabiliva che gli altri riparatori non fossero tenuti a fornire il modulo se non intendevano fornire il servizio di riparazione.

⁵⁹ Sul punto v., ancora, il 10° *considerando* della direttiva.

⁶⁰ Si tratta, per la precisione, dei seguenti: gli obblighi di informazione riguardanti le caratteristiche principali del servizio di riparazione, di cui all'art. 5, par. 1, lett. a), e all'art. 6, par. 1, lett. a), dir. 2011/83/UE e all'art. 22, par. 1, lett. j), dir. 2006/123/CE; gli obblighi di informazione riguardanti l'identità e le informazioni di contatto del riparatore, di cui all'art. 5, par. 1, lett. b), e all'art. 6, par. 1, lett. b) e c), dir. 2011/83/UE, all'art. 22, par. 1, lett. a), dir. 2006/123/CE e all'art. 5, par. 1, lett. a), b) e c), dir. 2000/31/CE; gli obblighi di informazione riguardanti il prezzo, di cui all'art. 5, par. 1, lett. c), e all'art. 6, par. 1, lett. e), dir. 2011/83/UE e all'art. 22, par. 1, lett. i), e all'art. 22, par. 3, lett. a), dir. 2006/123/CE; gli obblighi di informazione riguardanti le modalità e i tempi di esecuzione del servizio di riparazione, di cui all'art. 5, par. 1, lett. d), e all'art. 6, par. 1, lett. g), dir. 2011/83/UE.

Sempre ai sensi del 1° par. della norma, il riparatore che decida di farne uso deve fornire al consumatore il modulo prima della conclusione del contratto di prestazione del servizio di riparazione, entro un periodo di tempo ragionevole dalla richiesta della controparte⁶¹ e utilizzando un supporto durevole⁶². I due paragrafi successivi specificano ulteriormente che la fornitura del modulo è di principio gratuita, ma il riparatore può chiedere al consumatore, informandolo preventivamente al riguardo, il pagamento dei costi del servizio di diagnostica (comprensivo dell'esame fisico o anche a distanza del prodotto) che si dovesse rivelare necessario per stabilire la natura del difetto del bene, il tipo di riparazione occorrente e il prezzo della medesima⁶³.

Nel 4° par. la norma in esame procede poi a indicare nel dettaglio tutta una serie di informazioni che il modulo deve specificare in modo chiaro e comprensibile nonché, come precisa il 10° *considerando* del provvedimento, in linea con i requisiti di accessibilità dei prodotti e dei servizi previsti dalla dir. 2019/882/UE. Tra esse compaiono, in particolare, l'identità e i dati di contatto del riparatore, il bene da riparare e la natura del difetto da emendare, il tipo di riparazione proposta e il tempo necessario per completarla, il prezzo del servizio o, se questo non può essere ragionevolmente definito in anticipo, le relative modalità di calcolo e il suo ammontare massimo, la disponibilità di beni sostitutivi e/o altri servizi accessori (quali rimozione, installazione, trasporto), il luogo in cui va consegnato il bene da riparare, nonché, da ultimo, il «periodo di validità» del modulo stesso.

Ai sensi del 5° par. dell'art. 4 dir. 2024/1799/UE, nei trenta giorni di calendario successivi alla data nella quale il modulo è stato fornito al consumatore, o nel più lungo periodo di tempo eventualmente concordato tra quest'ultimo e il riparatore, le condizioni specificate nel modulo non possono essere infatti modificate dal riparatore stesso. Qualora il consumatore accetti le condizioni indicate nel modulo nel suindicato «periodo di validità», il riparatore «è tenuto a eseguire il servizio di riparazione a tali condizioni»: in altri e forse più chiari termini, nei quali invero si esprimeva la versione originaria della previsione in esame ed oggi

⁶¹ Secondo l'11° *considerando* della direttiva, tale periodo di tempo dovrebbe peraltro essere il «più breve possibile» dalla richiesta del consumatore.

⁶² Come si è già avuto modo di rilevare, nel catalogo di definizioni contenute nell'art. 2 della direttiva in esame si specifica che la nozione di «supporto durevole» va ricavata dall'art. 2, n. 11), dir. 2019/771/UE, il quale lo definisce come «ogni strumento che permetta al consumatore o al venditore di conservare le informazioni che sono personalmente indirizzate a tale persona in modo da potervi accedere in futuro, per un periodo di tempo adeguato alle finalità cui esse sono destinate, e che permetta la riproduzione identica delle informazioni memorizzate».

⁶³ Il 12° *considerando* della direttiva soggiunge, sul punto, che «in linea con le informazioni precontrattuali e gli altri requisiti di cui alla direttiva 2011/83/UE, il riparatore dovrebbe informare il consumatore in merito a tali costi prima che il consumatore richieda il servizio di diagnostica e prima che sia fornito il modulo europeo di informazioni sulla riparazione. [...] Se il consumatore sceglie di far riparare il bene, il riparatore dovrebbe poter dedurre tali costi dal prezzo della riparazione. Ciò lascia impregiudicate le norme degli Stati membri in materia di deduzione obbligatoria di tali costi. La deduzione potrebbe essere comunicata tramite il modulo europeo di informazioni sulla riparazione».



si esprime il 13° *considerando* della direttiva, le condizioni di cui sopra costituiranno «parte integrante» del contratto stipulato tra il riparatore e il consumatore. Dalla disposizione *de qua*, specialmente se letta unitamente al 14° *considerando* del provvedimento⁶⁴, sembra potersi pertanto evincere che il modulo di informazioni sulla riparazione costituisce, per il riparatore, un'offerta di carattere vincolante⁶⁵ nei confronti del consumatore che accetti le condizioni ivi previste nell'arco temporale rappresentato dal «periodo di validità» di cui si diceva sopra⁶⁶.

A dispetto della minuziosità delle previsioni che si è appena finito di esaminare, sul successo che lo strumento del modulo europeo di informazioni sulla riparazione potrebbe effettivamente riscuotere nella pratica è, però, quantomeno lecito dubitare.

Considerata la difficoltà di stabilirne esattamente in anticipo i costi, nella prassi dei servizi di riparazione dei beni è invero frequente la predisposizione, da parte del riparatore, di un preventivo del prezzo dell'opera, attorno al quale le parti possono raggiungere un accordo soddisfacente per entrambe avvalendosi della flessibilità garantita dal principio dell'autonomia privata. Si pone, però, in contrasto con questo stato dell'arte la previsione dell'art. 4, 3° par., dir. 2024/1799/UE che impone di indicare nel modulo in esame il prezzo della riparazione o, in alternativa, le relative modalità di calcolo e il suo ammontare massimo: a fronte di una tale disciplina, appare verosimile immaginare che i riparatori, per sottrarsi al rischio di conseguire un compenso inadeguato rispetto ai costi sostenuti,

⁶⁴ Il quale recita che, «se un riparatore decide di fornire il modulo europeo di informazioni sulla riparazione e il consumatore accetta le condizioni ivi previste, il riparatore dovrebbe essere obbligato alla riparazione. Gli Stati membri dovrebbero prevedere rimedi proporzionati ed efficaci per i consumatori qualora il riparatore non esegua il servizio di riparazione dopo che il consumatore ha accettato il modulo europeo di informazioni sulla riparazione».

⁶⁵ È di contrario avviso J. CROON-GESTEFELD, *op. cit.*, 390, che sembra, tuttavia, argomentare la sua posizione rinviando all'originaria e non più attuale formulazione letterale del 10° *considerando* della direttiva di cui si dirà nella nota immediatamente successiva.

⁶⁶ Il punto appariva controverso nell'originario impianto della direttiva, nel 10° *considerando* della quale invero si leggeva che «a fine di salvaguardare per quanto possibile, in favore dei riparatori diversi dai produttori di beni per i quali si applica un obbligo di riparazione, la libertà contrattuale di decidere se concludere un contratto per la fornitura di servizi di riparazione, i riparatori dovrebbero rimanere liberi di decidere di non concludere un tale contratto, anche nei casi in cui hanno fornito il modulo europeo di informazione sulla riparazione». Nel senso del testo, v., peraltro, già S. AUGENHOFER, R. KÜTER, *op. cit.*, 250; S. AUGENHOFER, Y.M. ATAMER, K.P. GIERZ, R. KÜTER, *op. cit.*, 25, ove era stato correttamente osservato, in merito alla formulazione del *considerando* da ultimo riportata, che «*this regulatory decision seems unconvincing. It is incongruous to legally bind repairers to the information provided in the form for 30 days if they can declare their non-conclusion of the contract before the completion of the 30-day period. This would undermine consumers' ability to compare all offers on the market and it frustrates their possibility to make an informed choice, given that the repairer who is their best choice can declare that they will not conclude the contract*».

tenderanno a indicare prezzi particolarmente elevati, così disincentivando i consumatori a chiedere il modulo in parola, se non la riparazione stessa⁶⁷.

Conduce ad analoghe conclusioni, inoltre, la previsione della facoltà del riparatore di chiedere il pagamento dei costi necessari a predisporre il modulo, che pure potrebbe rappresentare, ad eccezione dei certamente non frequenti casi in cui si tratti di far riparare un bene di consumo di notevole valore, un significativo deterrente a richiederlo per i consumatori⁶⁸.

5. La piattaforma online per la riparazione

Sempre al fine di incentivare il ricorso alla riparazione, gli art. 7, 8 e 9 dir. 2024/1799/UE prevedono infine la creazione di una piattaforma online che consenta ai consumatori di trovare agevolmente riparatori e, laddove possibile, venditori di beni ricondizionati, acquirenti di beni difettosi da ricondizionare nonché iniziative di riparazione di tipo partecipativo⁶⁹. Nella versione originaria della norma, ogni Stato membro avrebbe dovuto provvedere all’attivazione di una piattaforma operante all’interno del proprio territorio; la versione finale del provvedimento preferisce invece affidare alla Commissione il compito di mettere (e mantenere) in piedi, entro il 31 luglio 2027, una piattaforma europea, alla quale gli Stati membri sono chiamati a partecipare tramite una propria sezione nazionale o, qualora l’abbiano a disposizione, condividendo il link alla propria piattaforma nazionale⁷⁰.

L’utilizzo della piattaforma, accessibile attraverso i siti web nazionali collegati allo sportello digitale unico istituito dal reg. UE 2018/1724, dev’essere gratuito per i consumatori. La registrazione di riparatori, venditori di beni ricondizionati, acquirenti di beni difettosi da ricondizionare e iniziative di riparazione di tipo partecipativo sulla medesima avviene su base volontaria e può essere dagli Stati membri subordinata, nel rispetto del diritto dell’Unione e del principio di non discriminazione, al possesso di determinate qualifiche professionali e al rispetto di certi standard qualitativi.

Per quanto concerne funzionalità e contenuti, principalmente si prevede che la piattaforma debba includere funzioni di ricerca riguardanti i beni, il

⁶⁷ Cfr., in tal senso, S. ARNOLD, *op. cit.*, 94 ss. e J. CROON-GESTEFELD, *op. cit.*, 390 s., sebbene argomentando sulla scorta della disciplina del *Werkvertrag* nell’ordinamento giuridico tedesco.

⁶⁸ S. AUGENHOFER, R. KÜTER, *op. cit.*, 250.

⁶⁹ Sull’esperienza delle *community-led repair initiatives*, tra le quali il 28°, 31° e 32° *considerando* della direttiva in esame menzionano i «caffè delle riparazioni», v. M. VAN DER VELDEN, *‘Fixing the World One Thing at a Time’: Community repair and a sustainable circular economy*, in *Journal of Cleaner Production*, 16 April 2021, 1 ss.

⁷⁰ L’art. 9 della direttiva stabilisce che, entro il 31 luglio 2026, gli Stati membri comunicano alla Commissione il punto di contatto nazionale che hanno designato per la piattaforma online europea o, in alternativa, le piattaforme online nazionali che hanno istituito o istituiranno conformemente all’art. 7. I suddetti punti di contatto nazionale hanno il compito di fornire l’accesso alla rispettiva sezione nazionale per la registrazione ai soggetti che intendono farlo, garantire il rispetto delle eventuali condizioni di accesso stabilite dagli Stati membri (sul punto v. *infra* nel testo) ed assistere la Commissione per quanto riguarda il funzionamento delle sezioni nazionali della piattaforma europea online.



luogo di fornitura e le condizioni della riparazione, compresi i tempi necessari per completarla, la disponibilità di beni sostitutivi temporanei e il luogo in cui il consumatore consegna i beni per la riparazione, nonché la disponibilità e le condizioni dei servizi accessori offerti dai riparatori e le norme di qualità europee o nazionali applicabili in materia. Laddove possibile, la piattaforma deve pure consentire la ricerca di venditori di beni ricondizionati, acquirenti di beni difettosi da ricondizionare e iniziative di riparazione di tipo partecipativo. Sempre attraverso la piattaforma, inoltre, ai consumatori dev'essere consentito formulare la richiesta del modulo europeo di informazioni sulla riparazione ai soggetti che lo offrono.

Da taluno apprezzata per il tentativo di sfruttare le potenzialità del digitale per promuovere la riparazione dei beni⁷¹, la piattaforma online sopra descritta è stata da altri criticata osservando che, invece di gravare la Commissione e gli Stati membri dei considerevoli costi amministrativi e tecnologici implicati dall'implementazione e dal funzionamento di un meccanismo di questo tipo, sarebbe stato preferibile lasciare ai riparatori privati che operano nel mercato il compito di pubblicizzare sul web i propri servizi, già agevolmente reperibili dai consumatori utilizzando i consueti motori di ricerca disponibili online⁷². Ciò su cui non si può dissentire, ad ogni modo, è il rilievo circa la necessità che, per avere successo, la piattaforma venga strutturata nella maniera più semplice e intuitiva possibile per i consumatori e che vengano altresì adottate misure per aumentarne l'attrattività anche nei confronti dei riparatori, prima fra tutte la gratuità della loro iscrizione⁷³.

6. Osservazioni conclusive.

Dalle riflessioni fin qui svolte crediamo sia emerso come, pur dovendo essere senz'altro apprezzata per la finalità di perseguire i fondamentali obiettivi dell'economia circolare, del consumo sostenibile e della tutela dell'ambiente, la disciplina introdotta dalla dir. 2024/1799/UE presenta una serie di criticità di fronte alle quali è quantomeno lecito dubitare dell'effettiva capacità del provvedimento di incentivare il ricorso alla riparazione dei beni da parte dei consumatori.

Senza dilungarsi a richiamare le perplessità evidenziate nelle pagine precedenti, quello che occorre ribadire in queste battute finali è la difficoltà di superare la scarsa attrattività conferita alla riparazione dai costi elevati e dai tempi lunghi, e spesso incerti, che notoriamente la caratterizzano⁷⁴. Come si è visto, il principale strumento attraverso cui legislatore europeo vorrebbe intervenire con riguardo a tali aspetti è il richiamo al criterio della

⁷¹ J. CROON-GESTEFELD, *op. cit.*, 392; S. ARNOLD, *op. cit.*, 127.

⁷² S. AUGENHOFER, R. KÜTER, *op. cit.*, 250 s.; S. AUGENHOFER, Y.M. ATAMER, K.P. GIERZ, R. KÜTER, *op. cit.*, 26.

⁷³ S. ARNOLD, *op. cit.*, 127.

⁷⁴ Insistono su questo aspetto, tra gli altri, N.M. SEITZ, *op. cit.*, 152; J. CROON-GESTEFELD, *op. cit.*, 404; E.M. KIENIGER, *op. cit.*, 266.

ragionevolezza⁷⁵, come noto già massicciamente presente nella produzione normativa eurolunitaria, il quale, però, introduce nella materia in esame un non trascurabile tasso di incertezza potenzialmente foriero di ulteriori ricadute negative⁷⁶.

Di tutto questo, del resto, sembra essere in qualche modo consapevole lo stesso legislatore europeo quando prevede, nell’art. 13 dir. 2024/1799/UE, l’obbligo degli Stati membri di adottare e notificare alla Commissione, entro il 31 luglio 2029, almeno una delle misure volta a promuovere la riparazione che il 36° *considerando* del provvedimento esemplifica e distingue in misure di natura finanziaria e non finanziaria: queste ultime possono tra le altre cose includere campagne di informazione nonché misure di sostegno alle iniziative di riparazione di tipo partecipativo attraverso mezzi diretti, come la messa a disposizione di spazi per laboratori di riparazione o luoghi di riunione, ad esempio in centri comunitari o culturali; le misure di natura finanziaria, invece, possono assumere la forma di misure fiscali, di buoni o fondi per la riparazione, di sostegno o creazione di piattaforme online locali o regionali per le riparazioni, di organizzazione o finanziamento di programmi di formazione per acquisire competenze in materia di riparazione⁷⁷.

Un ultimo profilo sul quale occorre richiamare l’attenzione riguarda, infine, il rapporto tra l’obiettivo della sostenibilità ambientale da un lato e l’alternativa tra la riparazione e la sostituzione dei beni difettosi dall’altro. Com’è stato correttamente osservato da alcuni studiosi, se è vero che la riparazione normalmente rappresenta, per le ragioni già precedentemente messe in evidenza, l’opzione maggiormente compatibile con le esigenze di tutela dell’ambiente, in alcune e certamente non insignificanti ipotesi può essere vero il contrario, per esempio perché la riparazione comporta la necessità di un lungo e dispendioso trasporto del bene dal consumatore al riparatore (e poi viceversa), oppure perché il prodotto è obsoleto e anche

⁷⁵ Devono essere ragionevoli, infatti, il prezzo e il tempo della riparazione eseguita dal produttore ai sensi della dir. 2024/1799/UE; dev’essere ragionevole, inoltre, il prezzo delle parti di ricambio e degli strumenti per la riparazione offerti sul mercato dai produttori dei beni contemplati dalle normative dell’Unione di cui all’allegato II della direttiva in parola; dev’essere ragionevole, ancora, il tempo della riparazione eseguita dal venditore ai sensi della dir. 2019/771/UE.

⁷⁶ V., per tutti, S. TROIANO, *Ragionevolezza (dir. priv.)*, in *Enc. dir., Annali*, VI, Milano, 2013, 804 ss., ove in particolare si sottolinea che «in termini positivi, si deve [...] ribadire come, anche nella prospettiva dell’armonizzazione europea, una delle cifre essenziali del criterio sia proprio la sua non riducibilità entro schemi astratti, ciò che lo rende particolarmente attraente nell’ottica di un superamento di consolidati dogmatismi od eccessi di astrazione. Ma questa caratteristica nasconde un’insidia, rappresentata dal fatto che la ragionevolezza, in misura assai più intensa di quanto non accada per altre nozioni elastiche, resiste a tentativi di razionalizzazione condotti attraverso l’individuazione, sulla base dell’esperienza, di tipologie di comportamenti ricorrenti, e ciò proprio per il suo essere criterio che, per l’origine semantica e storica e per l’intima conformazione, rinvia all’esperienza concreta: criterio, in altre parole, empirico e neutrale sul piano dei valori a cui di volta in volta si ricollega, ciò che è ragionevole o irragionevole potendosi determinare solo alla luce delle circostanze concrete e della *ratio* della norma che la richiama e, quindi, dei principi di fondo che animano la materia in cui il richiamo è presente».

⁷⁷ Per un’ampia riflessione su questi aspetti, v. S. ARNOLD, *op. cit.*, 147 ss.



dopo la riparazione consumerebbe molta più energia degli esemplari di nuova produzione, o ancora perché il bene è composto di materiali facilmente smaltibili e/o riciclabili, e così via⁷⁸. Tutti questi aspetti appaiono, però, trascurati dalla disciplina dettata dalla dir. 2024/1799/UE, che anche sotto questo punto di vista sembra non essere, pertanto, destinata a centrare in pieno gli obiettivi che si prefigge di raggiungere.

⁷⁸ Cfr., per questi rilievi, R. FADDA, *op. cit.*, 80, 89, 97, 126; C. RASQUIN, J. MÖLLER-KLAPPERLICH, *op. cit.*, 62; S. ARNOLD, *op. cit.*, 52.



LA SORTE DELLE POSIZIONI CONTRATTUALI NELLA SUCCESSIONE PER CAUSA DI MORTE

Di Luisa Pascucci

| 969

SOMMARIO: 1. Il principio (immanente al sistema) di trasmissibilità dei contratti in caso di morte di uno dei contraenti. — 2. Deroghe legali al regime ordinario di prosecuzione del rapporto: i casi di intrasmissibilità. — 3. (Segue) Le ulteriori deroghe derivanti dalle vocazioni anomale legali. — 4. Della validità dei patti che escludono la successione mortis causa nei contratti destinati per legge a proseguire. — 5. Limiti all'ammissibilità di clausole di trasmissibilità mortis causa del rapporto in deroga alle previsioni di legge. — 6. Brevi note sulla derogabilità del regime legale per disposizione testamentaria.

Il contributo indaga la sorte dei rapporti contrattuali a seguito di morte di una delle parti. Pur in mancanza di una enunciazione espressa, può ritenersi immanente al sistema il principio di prosecuzione del contratto in capo agli eredi del contraente defunto. Nondimeno, il novero di deroghe legali al regime ordinario è amplissimo e innumerevoli sono le fattispecie contrattuali per le quali la soluzione legale (espressa o implicita) è nel senso della intrasmissibilità del vincolo per morte di una delle parti. Il che, peraltro, non è da porre in rigida e necessaria correlazione con il carattere lato sensu “personale” del vincolo, posto che, da un lato, anche contratti personali possono proseguire mortis causa, se così è voluto dalle parti o financo espressamente disposto dalla legge, dall’altro la presenza dell’intuitus personae non vale, di per sé sola, ad escludere la successione mortis causa e a giustificare le deroghe legali al regime ordinario, cui risultano sottese ragioni di tutela ben diverse tra loro, non sempre riconducibili alle logiche dell’intuitus e nemmeno necessariamente esclusive dei contraenti. L’a. indaga, infine, i limiti che incontra l’autonomia privata — tanto i contraenti nel disporre pattiziamente della sorte del rapporto, quanto il testatore — nell’incidere sul regime legale di volta in volta vigente o comunque sul principio di continuazione del contratto in capo agli eredi in quanto tali.

The paper investigates the consequences on contractual relationships of the death of one of the contractual parties. Although in the absence of an express statement, the principle of continuity in the contractual relationship upon the heirs of the deceased contracting party may be regarded as immanent to the legal system. Nonetheless, the range of legal exceptions to the ordinary regime is very broad, and there are innumerable contracts for which the legal rule (be it express or implied) is yet in the sense of intransmissibility of the contractual bond upon death of one of the parties. This conclusion, moreover, is not to be placed in strict and necessary correlation with the lato sensu “personal” character of the contractual bond, since, on the one hand, even personal contracts can continue mortis causa, if

so desired by the parties or expressly provided by law and, on the other hand, the presence of intuitus personae would not be sufficient, by itself, to exclude succession mortis causa and to justify the legal exceptions to the ordinary regime, which have their grounds on very different instances for protection, not always ascribable to the logic of intuitus and not even necessarily related solely to the contracting parties. Finally, the author investigates the limits encountered by private autonomy - both by the contracting parties and by the testator in statutory successions - in affecting the legal regime in force from time to time or, in any case, in shaping the principle of continuity in the contract in the hands of the heirs as such.



1. Il principio (immanente al sistema) di trasmissibilità dei contratti in caso di morte di uno dei contraenti

La sorte dei rapporti contrattuali in caso di morte di una delle parti non trova espressa regolamentazione nel codice civile. E pur la regola della loro prosecuzione con gli eredi del contraente defunto si ritiene immanente al sistema, quasi a porsi come effetto connaturato al fenomeno della successione *mortis causa* quale successione nella generalità delle situazioni soggettive facenti capo al defunto: «se vi è trasferimento di questa somma di situazioni, vi dev'essere anche la prosecuzione dei vincoli contrattuali ad esse collegati»¹.

La regola trovava, invece, espressa consacrazione nel codice civile del 1865, ove l'art. 1127, fedele riproduzione dell'art. 1122 del Code Napoléon, prevedeva: «si presume che ciascuno abbia contrattato per sé e per i suoi eredi ed aventi causa quando non siasi espressamente pattuito il contrario, o ciò non risulti dalla natura del contratto». Dunque, il regime legale ordinario era quello della successione degli eredi nella titolarità dei contratti facenti capo al *de cuius*, salvo i casi in cui la trasmissibilità fosse impedita: dalla natura del contratto (indipendentemente da una espressa previsione di intrasmissibilità), ove lo specifico interesse di una delle parti alla prestazione personale di controparte si opponesse alla trasmissione del rapporto in capo agli eredi (contratti tipicamente detti *intuitu personae*); ovvero dall'autonomia delle parti, le quali, con patto espresso, potevano escludere la successione in qualsivoglia rapporto, non essendo positivamente individuati limiti alla loro facoltà di deroga, purché la deroga fosse — appunto — chiara ed univoca («espressamente»).

Di tale norma non vi è più traccia nel codice civile vigente, ma dai lavori preparatori al codice emerge che la mancata riproduzione della disposizione è legata al suo essere espressione di un principio da ritenersi ormai

¹ F. PADOVINI, *Rapporto contrattuale e successione per causa di morte*, Milano, 1990, 32. Sui rapporti giuridici trasmissibili nella successione a causa di morte cfr., oltre agli autori *infra* citati, e pur ivi senza pretesa di esaustività, P. RESCIGNO, *La successione a titolo universale e particolare*, in *Trattato breve delle successioni e donazioni*, diretto da P. Rescigno, coordinato da M. Ieva, I, 2^a ed., Padova, 2010, 3 ss.; G. BONILINI, *Diritto delle successioni*, Bari-Roma, 2004, 14 ss.; A. LISERRE, sub *art. 457 c.c.*, in *Commentario del Codice civile*, diretto da E. Gabrielli, *Delle successioni*, a cura di V. Cuffaro e F. Delfini, vol. I, artt. 456-564, Torino, 2009, 24 ss.; M. BIANCA-P. SIRENA (a cura di), *C. Massimo Bianca Diritto civile, 2.2, Le successioni*, 6^a ed., Milano, 2022, 160 ss.; G. BONILINI, *Manuale di diritto ereditario e delle donazioni*, 11^a ed., Torino, 2022, 12 ss.; F. DE FRANCESCO, *La successione "mortis causa" nei rapporti contrattuali: spunti interpretativi sull'art. 2-terdecies Codice "Privacy" e sull'eredità digitale*, in *Contr. impr.*, 2022, 640 ss.; A. ALBANESE, *Autonomia contrattuale e fenomeni successori*, in *Archivio giuridico Filippo Serafini*, 2023, 559 ss. Una puntuale affermazione del principio di trasmissibilità *mortis causa* dei rapporti giuridici facenti capo al defunto si rinviene, nella pur scarna giurisprudenza, in Cass., 22.7.1963, n. 2011, in *Foro it.*, 1964, I, 122; Cass., 12.4.1983, n. 2583, in *Vita not.*, 1985, 596, con nota di R. TRIOLA, *Alienazione da parte dell'erede di immobile già venduto dal de cuius e principio della priorità della trascrizione*; Cass., 4.5.1985, n. 2800, in *Giur. agr. it.*, 1985, 471; Cass., 13.2.1988, n. 1552, in *Vita not.*, 1988, 256; Trib. Reggio Calabria, 29.6.2021, n. 966, in *De Jure*.

consolidato e pacifico, come tale non (più) abbinabile a una enunciazione espressa. Del resto, è la stessa disciplina codicistica dedicata ai singoli contratti a contenere previsioni che regolano specificamente le conseguenze della morte di una delle parti sul vincolo contrattuale improntandolo al principio della continuazione. Così, una nutrita serie di norme che, pur accordando poteri di recesso agli eredi o alla controparte del contraente defunto, postulano, per il caso di mancato esercizio del diritto potestativo, la prosecuzione automatica del rapporto nonostante l'evento-morte: l'art. 1614 c.c. per il caso di morte del conduttore di fondi urbani; l'art. 1627 c.c. per l'ipotesi di morte dell'affittuario; l'art. 1674 c.c. per la morte dell'appaltatore; l'art. 1722, n. 4, ult. parte, c.c. per la morte del mandante-imprenditore (discussa è, invece, la prosecuzione del rapporto in caso di morte del mandatario-imprenditore²); l'art. 1811 c.c. per la morte del comodatario; l'art. 1833, co. 2°, c.c. per il caso di morte di una delle parti del conto corrente ordinario. Certamente, dunque, casi di trasmissibilità "attenuata", ma non di deroga alla regola generale di successione a causa di morte dei rapporti contrattuali, giacché la morte non vale qui quale causa di cessazione del rapporto, bensì quale titolo di recesso facoltativo.

2. Deroche legali al regime ordinario di prosecuzione del rapporto: i casi di intrasmissibilità.

Il principio di trasmissibilità non costituisce, però, una regola monolitica ed ammette numerose eccezioni. Vi sono, invero, non poche figure contrattuali — sempre limitando l'indagine all'orizzonte codicistico — per le quali la soluzione legale, espressa o implicita, è nel senso della intrasmissibilità del vincolo per morte di una delle parti. Ipotesi che vengono tradizionalmente ricondotte (anche sotto la vigenza dell'abrogato art. 1127 c.c.) alla categoria dei rapporti *lato sensu* a carattere personale e, nello specifico, ora ai contratti *intuitu personae*, ove il carattere "personale" attiene alla identità o alle qualità personali di una delle parti, siccome espressamente o implicitamente determinanti del consenso dell'altra parte, la quale, dunque, ha diritto all'esecuzione personale della prestazione³; ora ai contratti c.d. «personali», intesi come contratti il cui carattere "personale" è inerente al tipo contrattuale (o comunque attiene al contenuto del negozio), quali quelli che riflettono propensioni del tutto personali del contraente defunto, che i successori sono liberi di non condividere.

Tuttavia, al di là di generiche e aprioristiche classificazioni e sussunzioni, appaiono opportune talune precisazioni, onde scongiurare indebiti (o comunque non sempre debiti) automatismi.

² Sulla questione sia consentito rinviare a L. PASCUCCI, *Successione nei contratti - G. Contratto di mandato (arti. 1722, 1723, 1726, 1728, 1729, 1730 c.c.)*, in *Codice delle successioni e donazioni*, a cura di M. Sesta, coordinato da M.N. Bugetti, 2ª ed., Milano, 2023, 2447.

³ Cfr. A. PALAZZO, *Le successioni*, in *Trattato di diritto privato*, a cura di G. Iudica e P. Zatti, Milano, 2000, 186; G. CAPOZZI, *Successioni e donazioni*, t. I, 5ª ed. a cura di A. Ferrucci e C. Ferrentino, Milano, 2023, 32 ss.; AA.VV., *Le successioni e le donazioni*, in *Diritto Civile*, diretto da N. Lipari e P. Rescigno, coordinato da A. Zoppini, 2009, 11.

Quando il contratto è, *stricto iure*, «personale», la successione nel rapporto contrattuale è esclusa a tutela dei successori del contraente deceduto, onde evitare che gli stessi subentrino in pattuizioni le quali sono espressione di valutazioni affatto personali del *de cuius*. Così il mandato si estingue anche per morte del mandante (art. 1722, n. 4, c.c.), rendendo liberi gli eredi di decidere, a propria discrezione, quali affari concludere e come concluderli, se di persona o a mezzo mandatario; ancora, non si trasmette agli eredi la partecipazione al contratto di associazione (art. 24 c.c.), che riflette una propensione affatto personale dell'associato; né si trasmette la partecipazione ad una società di persone, determinante l'assunzione di responsabilità illimitata per le obbligazioni sociali, sì che gli eredi subentrano solo se «vi acconsentano» e perciò per atto tra vivi, non per successione *mortis causa* (art. 2284 c.c.); ed infine si estingue la donazione di prestazioni periodiche alla morte del donante, data la natura personale dell'*animus donandi* e dunque al fine tutelare anche la condizione degli eredi (art. 772 c.c.). Ma — *cave* — per questi contratti la legge ammette la possibilità di una deroga per volontà delle parti al regime di intrasmissibilità legale: così è a dirsi della trasmissibilità *mortis causa* — ove prevista nell'atto costitutivo — della qualità di associato (art. 24 c.c.) o di socio di una società di persone (art. 2284 c.c.), come anche della donazione di prestazioni periodiche, che non si estingue alla morte del donante se così risulta dall'atto di liberalità (art. 772 c.c.). → Dunque, la natura (*stricto iure*) personale del contratto non ne importa necessariamente lo scioglimento ed è perfettamente compatibile anche con la sua trasmissione *mortis causa*, se così è voluto dalle parti. Semplificando, anche il contratto personale può proseguire *mortis causa*, o, ciò che è lo stesso, non è rigidamente predicabile che un contratto, se personale, rigorosamente si estingue a causa di morte.

Quando, invece, il contratto è *intuitu personae* avuto riguardo al contraente deceduto, non è per questo o, solo per questo, automaticamente esclusa la successione *mortis causa* nel rapporto. Sì che l'affermazione/equazione — pur generalmente invalsa — “contratto *intuitu personae* = scioglimento *mortis causa*” si rivela oltre che apodittica e riduttiva, financo fallace.

A tale proposito va, invero, innanzitutto premesso che la stessa configurazione di un contratto come *intuitu personae* è più che mai contestata e contestabile, posto che in letteratura difficilmente si rinvencono contratti che catalizzano posizioni comuni sulla loro appartenenza certa alla categoria (a titolo esemplificativo, valga la discussa natura della fideiussione, del mutuo, del comodato, dell'affitto, etc.). Non solo: l'eterogeneità dei contratti qualificati come *intuitu personae* e la mancanza di un «trattamento normativo uniforme» stentano a far assumere alla categoria una funzione unificante⁴. Senza poi considerare che lo stesso carattere dell'*intuitus* è, per questi contratti, soltanto normale, non già essenziale, giacché gli effetti giuridici ad esso ricollegati sono derogabili per

⁴ M. GRANDI, *La prestazione di lavoro subordinato e la persona del lavoratore*, in *Riv. dir. lav.*, 1969, 436 ss.

volontà delle parti, così come, simmetricamente, l'autonomia delle parti ben può attribuire rilevanza alla considerazione della persona di una di esse, contribuendo a colorare di *intuitus* tipi legali che ne sarebbero privi. → Di qui, affermare che un contratto, se *intuitu personae*, si scioglie, può non essere risolutivo se, a monte, non è certa la sua stessa riconduzione alla categoria e financo contestata la categoria.

In secondo luogo, anche a non voler disconoscere l'utilità della categoria, va comunque considerato che alla regola della continuazione sottostanno — per legge — anche contratti tipicamente (*recte*, dalla più parte degli interpreti qualificati) *intuitu personae*. Si pensi all'art. 1627 c.c., che prevede la prosecuzione del contratto di affitto in caso di morte dell'affittuario, nonostante l'identità o qualità personali del medesimo siano appunto determinanti del consenso dell'altra parte, ivi semmai l'*intuitus personae* operando, anziché quale causa di scioglimento automatico del rapporto alla morte dell'affittuario, quale giusta causa di recesso in capo all'altro contraente⁵. O all'art. 1833 c.c., che prevede la prosecuzione del contratto di conto corrente ordinario a seguito di morte di uno dei correntisti nonostante la personalità e fiduciarità reciproca che lo connota, la quale al più dà diritto di recesso al contraente superstite e agli eredi; o, ancora, all'art. 1811 c.c., che prevede la continuazione del contratto di comodato a seguito di morte del comodatario, salvo un diritto di recesso riconosciuto al comodante in ragione della natura fiduciaria e personale, nonché gratuita, della concessione. → Dunque, non è vero che il contratto, se personale, necessariamente si scioglie, posto che, per legge, anche contratti personali possono proseguire.

In terzo luogo — ciò che più conta — da una indagine analitica dei casi di intrasmissibilità legale contenuti nel codice ci si avvede della molteplicità delle ragioni giustificatrici che stanno alla base di essi e di come la scelta legislativa a favore dello scioglimento non sempre sia riconducibile al carattere (*lato sensu*) personale del vincolo, potendo essere ispirata ad interessi di tipo diverso, talora nemmeno necessariamente esclusivi dei contraenti e financo di portata generale⁶.

In particolare, è protetto l'interesse della parte deceduta, oltretutto, indirettamente, la condizione degli eredi, nella donazione di prestazione periodiche, ove la *ratio* dell'art. 772 c.c., che stabilisce l'estinzione — per morte del donante — dell'obbligo di eseguire prestazioni periodiche in adempimento della donazione, pare potersi ravvisare «nell'intento legislativo di rispettare una presumibile volontà del donante, corrispondente alla natura personale dell'*animus donandi*»⁷.

⁵ In questo senso F. GALGANO, *Trattato di diritto civile*, I, Padova, 2009, 665, che afferma: «non c'è nesso necessario fra incedibilità del contratto per atto fra vivi e successione nel contratto a causa di morte: la trasmissione ereditaria si attua anche per contratti incedibili; e l'*intuitus personae* opera solo quale giusta causa di recesso dell'altro contraente (artt. 1614, 1627)».

⁶ Così C. CACCAVALE, *Contratto e successioni*, in *Trattato del contratto*, a cura di V. Roppo, VI, *Interferenze*, Milano, 2006, 607.

⁷ F. PADOVINI, *Rapporto contrattuale e successione per causa di morte*, cit., 43.



È invece protetta la condizione della parte diversa da quella deceduta (nella specie il committente) nel caso di morte dell'appaltatore ove «la considerazione della sua persona sia stata motivo determinante del contratto»: invero, l'art. 1674 c.c., nell'inciso finale, contiene un'eccezione alla regola espressa della prosecuzione del contratto, prevedendo lo scioglimento *mortis causa* ove l'appalto risulti concretamente stipulato *intuitu personae*. Ancora, risulta protetto — pur ivi non in via esclusiva — l'interesse della controparte superstite nel caso delle associazioni, dove l'art. 24 c.c. sancisce il principio (pur derogabile) di intrasmissibilità della qualità di associato onde proteggere l'interesse dell'associazione (*rectius*, degli associati superstiti) a che non divengano socie persone non gradite; al contempo, la norma tutela la libertà degli eredi nello scegliere se aderire o meno ad un determinato rapporto associativo. Lo stesso è a dirsi dell'art. 2284 c.c., che regola gli effetti della morte di un socio nella società di persone e che sottende una doppia funzione di tutela: da un lato, l'interesse dei soci originari a non vedere mutata la compagine dei partecipanti, prevedendo come necessario il loro consenso all'ingresso degli eredi del socio defunto; dall'altro, l'interesse degli eredi del socio defunto a non entrare automaticamente e indipendentemente da un atto di spontanea e consapevole adesione in una società in cui verrebbero ad assumere responsabilità illimitata per le obbligazioni sociali.

Doppia funzione di tutela anche in ambito di mandato, ove l'art. 1722, n. 4, c.c. prevede come regime ordinario lo scioglimento del rapporto per morte dell'una e dell'altra parte, tutelando, in caso di morte del mandatario⁸, oltre alla parte sopravvissuta per il caso di inidoneità dei successori, l'inesigibilità, da parte degli eredi, di una prestazione di fare, essendo impossibile «sapere se gli eredi avranno oppure no capacità e volontà di darvi esecuzione»⁹. Alla stessa (duplice) *ratio* risulta improntata la regola di intrasmissibilità del contratto di agenzia per morte dell'agente, desumibile dall'art. 1751, co. 7°, c.c., che riconosce agli eredi dell'agente il diritto di percepire l'indennità dovuta dal preponente per il caso di scioglimento del rapporto: anche in questo caso, non è dato sapere se gli eredi avranno la capacità e, ancor prima, la volontà di continuare lo svolgimento dell'attività agenziale; al contempo, la norma tutela il preponente per il caso di inidoneità dei successori. Non diversamente, nel contratto di lavoro subordinato la regola dell'intrasmissibilità legale in caso di decesso del dipendente, che può desumersi agevolmente dal combinato disposto degli artt. 2118, co. 3°, e 2122 c.c., tutela, oltre all'interesse del datore di lavoro ad un'esecuzione personale della prestazione, la libertà degli eredi del dipendente nello scegliere la propria attività lavorativa, essendo inesigibile, da parte loro, l'esecuzione di una prestazione di fare, che non è dato sapere se avranno capacità e volontà di adempiere¹⁰. Ivi, peraltro, non solo la funzione di tutela è duplice, essendo tutelati gli interessi di ambedue le parti

⁸ In caso di morte del mandante, come visto, il regime legale dello scioglimento è volto a tutelare la libertà degli eredi di scegliere le modalità e i criteri di amministrazione del patrimonio.

⁹ F. PADOVINI, *op. ult. cit.*, 46.

¹⁰ F. PADOVINI, *op. ult. cit.*, 49.



del contratto, ma accanto ad essi vengono in gioco interessi sovraordinati¹¹, in particolare quello — costituzionalmente garantito — di uguaglianza nell'accesso al mercato del lavoro (art. 4, co. 1°, Cost.). Parimenti, nel contratto d'opera professionale la regola dello scioglimento del rapporto per morte del professionista, che viene desunta dalla personalità dell'adempimento di cui all'art. 2232 c.c., appare talora ispirata ad un'esigenza di tutela di interessi che vanno al di là degli interessi di parte: si pensi all'art. 301 c.p.c., in cui l'interruzione del processo a seguito di morte del difensore risponde al precipuo fine di garantire l'effettività del contraddittorio ed il pieno esercizio del diritto di difesa da parte di chi risulti colpito dal fatto interruttivo, e cioè persegue l'interesse generale al corretto svolgimento della funzione giurisdizionale (artt. 24 e 111 Cost.)¹². In tutti questi casi, dunque, esula dalle logiche dell'*intuitus personae* l'esigenza di tutelare l'insopprimibile libertà del successore di decidere, a propria discrezione, a quali attività dedicarsi, senza subire alcuna predeterminazione altrui, oltre che eventuali interessi di carattere sovraordinato costituzionalmente garantiti.

In conclusione, il carattere dell'*intuitus*, di per sé solo, non basta a giustificare le deroghe legali al regime ordinario di prosecuzione del rapporto, valendo semmai al riconoscimento legale di un diritto di recesso in capo al contraente superstite pur ferma la regola della prosecuzione.

Peraltro, ed infine, questa ricostruzione degli interessi sottesi alle ipotesi di deroga legale al regime ordinario di prosecuzione del rapporto e la loro constatata varietà — in quanto tutt'altro che riconducibili ad un unico ed identico principio, bensì espressione di ragioni di tutela ben diverse tra loro — contribuisce alla individuazione della disciplina (inespressa) con cui decidere dei contratti tipici ma privi di puntuale regolamentazione dell'aspetto successorio (anche magari soltanto in relazione alla morte di una delle parti), così come delle fattispecie *tout court* atipiche. Nel silenzio della legge, il regime ordinario di trasmissibilità sarà destinato a cedere ad opposta soluzione ogni qual volta, alla luce di una valutazione da compiersi caso per caso e al di là di una astratta riconduzione alla categoria dei contratti *intuitu personae*, emergerà la presenza di un interesse assimilabile a quelli sopra analiticamente individuati su cui poggiano i divieti legali di prosecuzione del rapporto¹³. Nella delineata prospettiva, quand'anche il contratto sia (per buona parte degli interpreti qualificabile come) *intuitu personae*, nondimeno questo carattere, di per sé solo, non basterà ad importarne lo scioglimento per morte del contraente le cui qualità personali o identità siano state motivo determinante del consenso dell'altro, per una quale deroga al regime legale ordinario di prosecuzione del rapporto occorreranno altre esigenze, prima fra tutte quella di tutelare l'insopprimibile libertà del successore di decidere, a propria discrezione, a

¹¹ F. PADOVINI, *op. ult. cit.*, 49.

¹² Sul punto si rinvia a F. PADOVINI, *op. ult. cit.*, 50 e a A. FINOCCHIARO, *Interruzione del processo (diritto processuale civile)*, in *Enc. dir.*, XXII, Milano, 1972, 428.

¹³ Sia consentito rinviare a L. PASCUCCI, *Successione nei contratti - A. Contratto in generale (art. 1321 c.c.)*, in *Codice delle successioni e donazioni*, a cura di M. Sesta, cit., 2385 ss.

quali attività dedicarsi (libertà anche di rilievo costituzionale *ex art. 4, co. 2°*, Cost.), esigenza che di regola si pone — come visto — per i contratti che obbligano il defunto ad una prestazione di *facere*, inesigibile a carico degli eredi. In mancanza di esigenze di tal fatta, la successione *mortis causa* andrà garantita anche in ottemperanza ad interessi ben più generali, quale il favore legislativo per la continuità dei rapporti (reali ed obbligatori) oltre la vita dell'originario titolare, e cioè il *favor* per l'esecuzione del contratto (piuttosto che per la non esecuzione) e per l'adempimento (piuttosto che per il non adempimento) delle obbligazioni¹⁴.

3. (Segue) Le ulteriori deroghe derivanti dalle vocazioni anomale legali

Un'ulteriore serie di deroghe legali al principio generale di trasmissibilità dei rapporti contrattuali in capo agli eredi proviene da quelle disposizioni che, pur confermando il principio di continuazione del rapporto contrattuale, individuano i soggetti a favore dei quali opera la successione secondo criteri almeno in parte divergenti rispetto a quelli successori ordinari: talora, subordinando la trasmissione alla presenza di determinati presupposti di fatto o qualità personali; talaltra, attribuendo il diritto di proseguire il rapporto a persone diverse dai successibili indicati dall'art. 565 c.c. È evidente come, in tal modo, si arrechi un significativo *vulnus* alla regola di principio che vuole la prosecuzione dei rapporti contrattuali in capo agli eredi del contraente defunto, ma sotto un profilo diverso rispetto a quello fin qui analizzato: non uno scioglimento del rapporto, bensì una continuazione del rapporto con soggetti diversi rispetto agli eredi o subordinata a determinati presupposti.

È un aspetto del più generale fenomeno delle vocazioni anomale legali, da riguardarsi quali ipotesi di deviazione soggettiva o oggettiva rispetto alle regole successorie ordinarie e nel cui ambito trovano collocazione molteplici ed eterogenee figure¹⁵. Limitando alle principali fattispecie che

¹⁴ Così F. GALGANO, *Trattato di diritto civile*, cit., 669: «L'interesse protetto è, a seconda dei casi, quello dell'altra parte del rapporto oppure quello del successore; ma è anche, in ogni caso, l'interesse generale a che i contratti siano eseguiti e le obbligazioni adempiute».

¹⁵ Per ulteriori riferimenti sull'argomento v. F. SANTORO-PASSARELLI, *Appunti sulle successioni legittime*, in *Riv. it. scienze giur.*, 1930, 672 ss.; G. DE NOVA, *Il principio di unità della successione e la destinazione dei beni alla produzione agricola*, in *Riv. dir. agr.*, 1979, I, 509 ss.; L. CARRARO, *La vocazione legittima alla successione*, Padova, 1979, 221 ss.; G. CATTANEO, *La vocazione necessaria e la vocazione legittima*, Sez. IV: *Le vocazioni anomale*, in *Trattato di diritto privato*, diretto da P. Rescigno, 5, *Successioni*, 1, Torino, 1997, 509 ss.; A. IANACCONE, *Le "successioni legittime anomale" fra diritto privato e interesse pubblico economico*, in *Vita not.*, 1998, II, 551 ss.; L. MENGONI, *Successioni per causa di morte. Parte speciale. Successione legittima*, 6ª ed., in *Trattato di diritto civile e commerciale*, già diretto da A. Cicu e F. Messineo, continuato da L. Mengoni, XLIII, 1, Milano, 1999, 241 ss.; G. DE NOVA, *Successioni anomale legittime*, in *Dig. disc. priv.*, Sez. civ., XIX, Torino, 1999, 182 ss.; A. PALAZZO, *Le successioni*, cit., 23 ss.; E. MANDRIOLI, *Successioni legittime anomale: un fenomeno sempre meno anomalo*, in *Vita not.*, 2003, II, 1100 ss.; C.M. BIANCA, *Diritto civile*, II, *La famiglia - Le successioni*, 4ª ed., Milano, 2005, 723 ss.; G. BONILINI, *Le successioni legittime anomale (Introduzione)*, in *Trattato di diritto*

incidono sulla trasmissione delle posizioni contrattuali e che, peraltro, di regola, afferiscono a rapporti aventi ad oggetto diritti personali di godimento su beni immobili, vanno menzionati l'art. 6, co. 1°, l. n. 392/1978, il quale per le locazioni di immobili ad uso abitativo prevede che, in caso di morte del conduttore, «gli succedono nel contratto il coniuge, gli eredi ed i parenti ed affini con lui abitualmente conviventi»; l'art. 37 della medesima l. equo canone, che per le locazioni di immobili adibiti ad uso non abitativo dispone, al co. 1°, che «in caso di morte del conduttore, gli succedono nel contratto coloro che, per successione o per precedente rapporto risultante da atto di data certa anteriore all'apertura della successione, hanno diritto a continuarne l'attività», e, al co. 3°, che «se l'immobile è adibito all'uso di più professionisti, artigiani o commercianti e uno solo di essi è titolare del contratto, in caso di morte gli succedono nel contratto, in concorso con gli aventi diritto di cui ai commi precedenti, gli altri professionisti, artigiani o commercianti»¹⁶. Non diversamente accade nella legislazione in materia di rapporti agrari (l. n. 203/1982), ove l'art. 49 dispone la prosecuzione del contratto agrario a favore di determinati soggetti, positivamente individuati (commi 1° e 4°), ed esclude l'applicazione residuale della regola di trasmissibilità agli eredi prevedendo che il rapporto si sciogla ove manchino i soggetti dalla norma menzionati (comma 4°).

È possibile constatare come le predette fattispecie risultino accomunate da una *ratio* di tutela di esigenze “primarie” — l'esigenza abitativa sottesa all'art. 6, l. 392/1978 e l'interesse in senso lato imprenditoriale di cui agli artt. 37, l. 392/1978 e 49, l. 203/1982 — facenti capo a soggetti giudicati specialmente meritevoli, indipendentemente dalla loro qualità di eredi. In particolare, nell'ambito del complesso fenomeno delle vocazioni anomale si è soliti distinguere¹⁷ tra fattispecie derogatorie che trovano giustificazione nell'esigenza di fornire adeguata protezione a soggetti che, in ragione della particolare situazione in cui si trovano, sono tali da poter subire maggiore pregiudizio dalla morte del *de cuius*: è la *ratio* sottesa all'art. 6, l. 392/1978, il cui intento è quello di assicurare a chi già viveva nell'immobile la stabilità della permanenza in esso; e fattispecie in cui, invece, la deviazione dagli schemi successori ordinari è preordinata al perseguimento di un interesse di natura pubblicistica, quale l'interesse alla salvaguardia e all'incentivazione

delle successioni e donazioni, diretto da G. Bonilini, III, Milano, 2009, 967 ss.; A. ALBANESE, *Commento agli artt. 456 e 457 c.c.*, in *Codice della famiglia*, a cura di M. Sesta, I, 2ª ed., Milano, 2009, 1839; M. IEVA-A. RASTELLO, *Le successioni anomale*, in *Trattato breve delle successioni e donazioni*, diretto da P. Rescigno, I, cit., 697 ss.; A. PALAZZO-A. SASSI, *Trattato della successione e dei negozi successori*, t. I, Torino, 2012, 83 ss.; G. RECINTO, *Le successioni anomale*, in R. Calvo-G. Perlingieri (a cura di), *Diritto delle successioni e delle donazioni*, t. I, 2ª ed., Napoli, 2015, 707 ss.; AA.VV., *Successioni e donazioni*, in *Trattato di diritto civile*, a cura di P. Cendon, 4, Milano, 2015, 290 ss.; G. IACCARINO (diretto da), *Successioni e donazioni*, t. I, Assago, 2017, 151 ss.; P. FAVA (a cura di), *Successioni e donazioni*, Trattato teorico-pratico, Milano, 2017, 62 ss.; L. GENGHINI, C. CARBONE, *Le successioni per causa di morte*, 2ª ed., Padova, 2023, 902 ss.

¹⁶ Sia consentito rinviare a L. PASCUCCI, *Successione nei contratti - D. Contratto di locazione di immobili urbani (artt. 6 e 37, l. 27 luglio 1978, n. 392)*, in *Codice delle successioni e donazioni*, cit., 2411 ss.

¹⁷ V. riferimenti in D. RANDO, *sub art. 37, l. 27 luglio 1978, n. 392*, in *Codice delle locazioni*, a cura di M. Trimarchi, A. La Spina, 2ª ed., Milano, 2016, 637-638.

delle attività economiche (art. 37, l. 392/1978) o alla continuità ed integrità dell'impresa agricola anche dopo il decesso del titolare (art. 49, commi 1° e 4°, l. 203/1982).

Quanto alla natura dell'attribuzione in capo ai destinatari di legge, è opinione prevalente che non si tratti di un acquisto *iure proprio*, in cui il beneficiario acquista un diritto personale di godimento autonomo rispetto al precedente titolare, bensì di una trasmissione ereditaria in senso tecnico, giacché i successibili individuati dalla norma derivano il loro diritto di godimento sull'immobile dalla posizione del loro dante causa. Conferma si rinviene nella lettera delle disposizioni, formulate attraverso la terminologia tipica dei meccanismi ereditari, ma soprattutto nell'elemento sostanziale, «rappresentato dalla successione in un rapporto che era compreso nel patrimonio del defunto e che prosegue inalterato»¹⁸. La nuova parte si trova, cioè, in una situazione identica a quella del defunto. Nello specifico, poi, prevale la qualificazione delle vocazioni anomale come attribuzioni a titolo particolare di fonte legale, aventi ad oggetto i diritti ricompresi nella qualità di parte di un contratto, talora con riferimenti espliciti alla figura del legato *ex lege* di contratto¹⁹ e, segnatamente, al legato di posizione contrattuale²⁰. Coerentemente con la natura ad esse riconosciuta, si ritiene che l'acquisto del successore avvenga *ipso iure*, senza bisogno di accettazione, salva la facoltà di rinunciare, in conformità al disposto di cui all'art. 649 c.c.

4. Della validità dei patti che escludono la successione mortis causa nei contratti destinati per legge a proseguire

Visto l'ampio ventaglio di soluzioni che l'ordinamento appresta in punto di trasmissibilità/intrasmissibilità dei rapporti contrattuali in caso di morte di una o di entrambe le parti, diventa lecito chiedersi se, ed entro quali limiti, sia dato all'autonomia privata incidere sul regime legale di volta in volta vigente.

In prima battuta, l'attenzione va rivolta agli accordi (*rectius*, clausole accessorie) con cui le parti escludono la trasmissione legale del rapporto contrattuale in caso di morte di una di esse o di entrambe, rovesciando il

¹⁸ Così F. PADOVINI, *Rapporto contrattuale e successione per causa di morte*, cit., 74.

¹⁹ F. PADOVINI, *Le posizioni contrattuali*, in *Trattato di diritto delle successioni e donazioni*, diretto da G. Bonilini, I, *La successione ereditaria*, Milano, 2009, 530 ss.; non senza riserve, L. MENGONI, *Successioni per causa di morte. Parte speciale*, cit., 259; G. CATTANEO, *La vocazione necessaria e la vocazione legittima*, cit., 512; v. anche M. IEVA-A. RASTELLO, *Le successioni anomale*, cit., 699; LO. BALESTRA, M. DI MARZIO (a cura di), *Successioni e donazioni*, 2ª ed., Padova, 2014, 1162; G. IACCARINO (diretto da), *Successioni e donazioni*, cit., 1166; P. FAVA (a cura di), *Successioni e donazioni*, cit., 1679 ss.; E. DEL PRATO (a cura di), *Le successioni*, Bologna, 2020, 342 ss.

²⁰ Cfr. A. SPATUZZI, *Legato di posizione contrattuale e rapporto di locazione immobiliare*, in *Corr. giur.*, 2019, 524 ss.; sul tema v. anche A. BENNI DE SENA, *Legato e successione nel contratto di locazione*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2014, 157, spec. par. 4; LO. BALESTRA, M. DI MARZIO (a cura di), *Successioni e donazioni*, cit., 1164; AA.VV., *Successioni e donazioni*, cit., 690 ss., spec. 694; L. GENGHINI, C. CARBONE, *Le successioni per causa di morte*, cit., 1628 ss.

regime legale ordinario vigente (c.d. clausole di intrasmissibilità)²¹. Della loro ammissibilità non poteva dubitarsi nel vigore del codice civile previgente, il cui art. 1127 — come già rilevato — riconosceva ai contraenti il potere di pattuire la intrasmissibilità del rapporto purché la deroga risultasse in modo espresso ed inequivoco, senza porre ulteriori limitazioni.

Rinnovata attenzione merita la questione dopo la scomparsa, nel codice vigente, di un riferimento normativo, generale ed espresso, alla sorte dei contratti a seguito di morte di una delle parti.

In primo luogo, è stato autorevolmente osservato come la clausola di intrasmissibilità vada a limitare temporalmente l'efficacia del rapporto, se di durata²², decretandone la perdurante vigenza sino all'apertura della successione (data la tendenziale irretroattività del termine). Ecco allora che se il decesso di una parte è da riguardarsi quale termine finale — ove il contratto non ne preveda uno espresso — un primo limite che i privati incontrano nel convenire lo scioglimento del rapporto è dato dai casi in cui l'ordinamento vieti l'apposizione di termini a specifici contratti: si pensi, per esempio, al contratto di lavoro subordinato, specie nel vigore della originaria disciplina (l. 18.4.1962, n. 230) che limitava la stipula di contratti a termine ad ipotesi eccezionali e comunque tassative, sì da risultare sostanzialmente inibito alle parti concordare la cessazione del rapporto a seguito di morte del datore di lavoro²³, pattuendo con ciò un termine finale oltre i casi ammessi dalla legge. Ancora, l'apposizione di un termine finale risulta ulteriormente impedita nei casi in cui la legge prescriva una durata minima del rapporto al fine di garantire una delle parti dal rischio di uno scioglimento imprevedibile ed improvviso per fatti estranei alla sua volontà, come accade nelle locazioni di immobili urbani e nell'affitto di fondi rustici ove regolati dalle succitate leggi speciali: ivi l'esigenza di stabilità della posizione contrattuale conseguita dal conduttore non potrebbe essere

²¹ In argomento v. ampiamente F. PADOVINI, *Rapporto contrattuale e successione per causa di morte*, cit., 81 ss.

²² È evidentemente ai rapporti di durata, pendenti al momento dell'apertura della successione e cioè non aventi ancora esaurito i loro effetti a tale momento, che questo studio si rivolge. Ebbene, rispetto a detti contratti, ove venga pattiziamente dedotta una clausola di intrasmissibilità *mortis causa* del rapporto in deroga al regime ordinario di prosecuzione «[...] la morte di una delle parti avrà la funzione di fissare l'entità delle prestazioni e sarà riconducibile al termine finale se il vincolo non ne preveda uno espresso; in caso contrario, la premorienza rispetto alla data altrimenti convenuta non potrà che integrare il contenuto di una clausola condizionale. Nei rapporti ad esecuzione differita non ancora completata il decesso di una delle parti configurerà una condizione risolutiva, priva dell'effetto, solo naturale, di retroattività. Per i rapporti ad esecuzione già avvenuta — indifferente essendo che si tratti di esecuzione istantanea o differita — sarà necessario pensare ad una controvicenda, senza efficacia retroattiva, nuovamente sottoposta a termine»: così F. PADOVINI, *Le posizioni contrattuali*, cit., 537.

²³ Salvi — questo sì — quei rapporti di lavoro subordinato non inerenti all'esercizio di un'impresa, come ad esempio il lavoro domestico, ove la durata del contratto può certamente essere commisurata alla vita dell'unico e diretto beneficiario della prestazione; nei quali casi la clausola di scioglimento null'altro significato avrebbe se non quello di decretare l'invocabilità della regola generale di estinzione dell'obbligazione per impossibilità sopravvenuta con conseguente risoluzione del rapporto: cfr. F. PADOVINI, *Le posizioni contrattuali*, cit., 538.



pregiudicata da una clausola pattizia che prevedesse lo scioglimento del rapporto per morte del locatore²⁴.

Un ulteriore limite all'autonomia contrattuale delle parti proviene dalla disciplina delle vocazioni anomale, governate — come visto — da regole almeno in parte divergenti rispetto al principio legale di trasmissibilità in capo agli eredi, posto che ivi il rapporto prosegue, sì, ma con soggetti specialmente individuati. È, infatti, pacifico tra gli interpreti il riconoscimento della natura inderogabile di queste norme. Talora l'inderogabilità è positivamente sancita o inequivocabilmente presupposta dalle norme che colpiscono di nullità ogni pattuizione contraria alla disciplina legale: così è per le locazioni di immobili urbani ad uso non abitativo (per le quali rimane in vigore l'art. 79, l. 392/1978) e per la successione nei rapporti agrari (*ex art.* 58, l. 203/1982). E quand'anche (*recte*, nelle ipotesi in cui) un'espressa qualificazione in tal senso manchi, la natura inderogabile è comunque da ritenersi implicita nelle — succitate — finalità di tutela sottese alle norme speciali, volte — come sono — a soddisfare esigenze “primarie” riconducibili a diritti inviolabili dell'uomo o comunque interessi generali di rilevanza costituzionale. Non sono, dunque, ammessi — e debbono considerarsi nulli — i patti che dispongano l'estinzione *mortis causa* di un rapporto destinato per legge a proseguire con soggetti specialmente individuati, i quali patti priverebbero della tutela necessaria gli aventi diritto per legge. Questo — quantomeno — nella misura in cui effettivamente vi siano soggetti appartenenti alla cerchia dei beneficiari in cui favore dispongono le vocazioni anomale, posto che, in loro mancanza, ben può il rapporto sciogliersi a causa di morte²⁵ (*recte*, per quello che ora rileva, ammettersi una disponibilità pattizia della normativa).

Al di fuori dei limiti testé ricostruiti, la libertà contrattuale può riespandersi e ritenersi ammessi patti che escludano la successione *mortis causa* in contratti destinati per legge a proseguire. Al riguardo, in dottrina si afferma generalmente che le deroghe alla regola della trasmissibilità, giudicata immanente al sistema, si giustificano in relazione ai rapporti effettivamente stipulati *intuitu personae*, indipendentemente dall'essere contratti tipicamente *intuitu personae*²⁶ o concretamente configurati come tali dalle parti anche se naturalmente privi di questa connotazione. Peraltro, se nel vigore del codice civile del 1865 era posto un limite “formale” alla

²⁴ Così F. PADOVINI, *Le posizioni contrattuali*, cit., 538-539.

²⁵ Va, comunque, dato conto che la tesi dello scioglimento *ipso iure* del rapporto in caso di mancanza dei successibili a favore dei quali operano le vocazioni anomale non vige incontestata. Invero, assumendo a fattispecie paradigmatica l'ipotesi della locazione di immobili ad uso abitativo *ex art.* 6 l. 392/1978, che individua nei già conviventi (familiari o eredi) con il conduttore l'unica categoria di successibili in caso di sua morte, si discute se in loro mancanza o in ipotesi di loro rinuncia, nel silenzio della legge, il rapporto si estingua (nel qual senso è orientata la giurisprudenza di legittimità) od invece subentrino gli eredi in quanto tali *ex art.* 1614 c.c., a prescindere cioè dal requisito dell'abituale convivenza con il conduttore (così è attestata la dottrina prevalente). Per riferimenti sul punto sia consentito rinviare a L. PASCUCCI, *Successione nei contratti - D. Contratto di locazione di immobili urbani (artt. 6 e 37, l. 27 luglio 1978, n. 392)*, cit., 2423 ss.

²⁶ Ciò che (*id est*, *l'intuitus*), come visto, non basta a giustificare le previsioni legali di scioglimento *mortis causa* del rapporto, il quale, ove sancito, risponde ad altre (*recte*, anche ad altre) logiche di tutela.

validità di detti patti, dato dalla necessaria manifestazione in forma *espressa* della volontà in deroga, la mancata riproposizione della norma nel codice vigente parrebbe far ritenere superata la cogenza del limite, sì che la volontà estintiva del rapporto al verificarsi dell'evento-morte potrebbe ritenersi desumibile dall'aver concretamente stipulato e configurato il contratto come rapporto *intuitu personae*, indipendentemente da una clausola pattizia in tal senso; in altri termini, allorquando l'identità o le qualità personali del contraente poi venuto a mancare siano state determinanti del consenso dell'altra parte, quale effetto correlato alla natura *lato sensu* personale o fiduciaria del (o comunque ricollegata al) rapporto.

5. Limiti all'ammissibilità di clausole di trasmissibilità mortis causa del rapporto in deroga alle previsioni di legge

Problema specularmente inverso è se i privati possano prevedere pattiziamente la prosecuzione in capo agli eredi di un rapporto che, per espressa disposizione di legge, è destinato a sciogliersi alla morte di uno dei contraenti (c.d. clausole di trasmissibilità).

Anzitutto, occorre chiarire se e quale incidenza abbia, in materia, il tradizionale divieto dei patti successori istitutivi (art. 458 c.c.), tenuto conto che la trasmissibilità ha qui evidentemente fonte contrattuale. Al riguardo, si afferma generalmente che la funzione perseguita dal divieto dei patti successori non è propriamente unica, posto che, da un lato, sta la finalità di dare prevalenza alla successione legittima, contrastando la devoluzione contrattuale dei patrimoni e impedendo disparità di trattamento fra gli eredi, dall'altro quella di tutelare la libertà testamentaria attraverso il riconoscimento di un pieno ed incondizionato potere di revoca delle disposizioni già formate²⁷. Ebbene, nessuna delle due finalità appare contraddetta dal risultato cui tendono le clausole di trasmissibilità, le quali, per un verso, non attribuiscono diritti su beni, limitandosi ad escludere lo scioglimento del contratto a seguito di morte di una parte²⁸; e, per altro verso, non attentano alla libertà del testatore, nella misura in cui, a monte, manca la libertà stessa del testatore di disporre unilateralmente della sorte del contratto di cui è parte, e cioè di disporre la prosecuzione con gli eredi (escludendone l'estinzione ricollegata per legge alla propria morte) senza il consenso dell'altra parte. Ad ulteriore *discrimen* è stata addotta la natura di atto *mortis causa*, da riconoscersi al solo patto successorio, ove la morte di un contraente è causa dell'attribuzione patrimoniale e ne comporta

²⁷ Indirizzo che trova sostanzialmente concordi gli interpreti. In argomento, fra tanti, C. CACCAVALE, *Il divieto dei patti successori*, in *Trattato breve delle successioni e donazioni*, diretto da P. Rescigno, I, cit., 25 ss.; F. PADOVINI, *Rapporto contrattuale e successione per causa di morte*, cit., 114, n. 92; AA.VV., *Le successioni e le donazioni*, cit., 12 ss.; L. BALESTRA-M. MARTINO, *Il divieto dei patti successori*, in *Trattato di diritto delle successioni e donazioni*, diretto da G. Bonilini, I, cit., 63 ss.; M. IEVA, sub *art. 458 c.c.*, in *Commentario del Codice civile*, diretto da E. Gabrielli, *Delle successioni*, vol. I, cit., 29 ss.; R. CALVO, *I patti successori*, in R. Calvo-G. Perlingieri (a cura di), *Diritto delle successioni e delle donazioni*, cit., 19 ss.; G. CAPOZZI, *Successioni e donazioni*, cit., 43 ss.

²⁸ Cfr. F. PADOVINI, *Rapporto contrattuale e successione per causa di morte*, cit., 115.

un'autonoma qualificazione, e di cui invece sono prive le clausole di trasmissibilità, ove la morte non è causa della continuazione del rapporto, il quale conserva inalterati la durata e gli obblighi dallo stesso scaturenti, limitandosi a determinare un mutamento del soggetto destinato a rivestire la qualità di parte²⁹. Infine, la clausola di trasmissibilità non incide sui criteri di devoluzione del patrimonio per causa di morte, posto che i successibili rimangono pur sempre quelli a favore dei quali opera la devoluzione legittima o testamentaria.

Una volta affermata la liceità, sul piano ereditario, delle convenzioni di trasmissibilità — per non esservi contrasto con il divieto dei patti successori — occorre ulteriormente procedere ad una disamina dei casi di intrasmissibilità legale e degli interessi di volta in volta rilevanti, al fine di valutare la derogabilità o meno di ciascuna previsione (e la conseguente ammissibilità o invalidità di una clausola di prosecuzione) in ragione della disponibilità o indisponibilità dell'interesse sotteso. Si è, invero, già posto l'accento sulla peculiarità della *ratio* che ispira ogni singolo divieto legale di trasmissione del rapporto e sull'inesigibilità di una generica riconduzione delle ipotesi di intrasmissibilità legale al carattere (*lato sensu*) personale del vincolo e in particolare alla supposta categoria unificante dell'*intuitus personae*.

Ora, *nulla quaestio* se è già il legislatore ad aver compiuto detta valutazione di disponibilità degli interessi allorché, nel prevedere lo scioglimento del rapporto per morte di un contraente, ha fatto comunque salva la diversa volontà delle parti, e cioè la possibilità di una deroga pattizia nel senso della prosecuzione del contratto. Così è, come accennato, nel caso di morte dell'associato, ove l'art. 24 c.c. — in deroga al regime (ivi ordinario) di intrasmissibilità *mortis causa* della posizione contrattuale — ammette la trasmissibilità della qualità di associato in capo agli eredi ove «consentita dall'atto costitutivo»; o in caso di morte del socio di una società di persone, ai sensi dell'art. 2284 c.c. che, nel prevedere la intrasmissibilità della partecipazione ad una società di persone, fa salva la «contraria disposizione dell'atto costitutivo» e cioè la presenza di clausole che garantiscano una qualche forma di automatismo nel senso della continuazione della società di persone con l'erede del socio, sempre peraltro possibile anche mediante una successiva pattuizione tra l'erede e i soci superstiti. Così è anche nella donazione di prestazioni periodiche, che non si estingue alla morte del donante se così risulta dall'atto di liberalità (art. 772 c.c.).

Al di fuori delle ipotesi in cui è la legge stessa ad ammettere la derogabilità pattizia del regime legale di scioglimento *mortis causa* del contratto, un primo limite all'ammissibilità di detti patti è rappresentato dai casi in cui la regola legale della intrasmissibilità sia riconducibile alla tutela di interessi sovraordinati, come è a dirsi dello scioglimento del contratto di lavoro subordinato a seguito di morte del prestatore, che tutela il principio costituzionale di uguaglianza nell'accesso al lavoro (art. 4, co.1°, Cost.), e — come visto — per certi contratti d'opera professionale (art. 301 c.p.c. e

²⁹ F. PADOVINI, *Rapporto contrattuale e successione per causa di morte*, cit., 118 ss.

artt. 24 e 111 Cost.). Di qui, l'inderogabilità della regola legale che prevede lo scioglimento del rapporto e la conseguente nullità di convenzioni di trasmissibilità con essa in contrasto³⁰.

Viceversa, in assenza di esigenze di protezione di interessi generali da cui far discendere l'inderogabilità della norma, pare potersi riespandere il principio di autonomia privata. È il caso in cui la previsione dello scioglimento del rapporto sia legata a ragioni di tutela della sola parte sopravvissuta, sì da risultare ammissibile una contraria volontà delle parti. Si pensi al contratto di appalto, ove la morte dell'appaltatore determina lo scioglimento del rapporto se «la considerazione della sua persona sia stata motivo determinante del contratto» per il committente (art. 1674 c.c.), regime però derogabile — come del resto già positivamente emerge dall'art. 1674 c.c., che prevede, come prima regola, la prosecuzione del rapporto per morte dell'appaltatore, salvo un diritto di recesso del committente — se, nella pattuizione, le qualità dell'impresa siano state dedotte come prevalenti rispetto a quelle dell'appaltatore, il che altro non significa se non convenire la trasmissione automatica del vincolo obbligatorio in capo agli eredi dell'appaltatore.

Più complessa diventa l'indagine in relazione ai casi in cui l'intrasmissibilità legale risulti ispirata dall'esigenza di apprestar tutela, anche se non in via esclusiva, alla condizione degli eredi, anche se parrebbe da prediligere la tesi della inderogabilità della regola legale³¹ — salvo, naturalmente, non sia la legge stessa ad ammettere la possibilità di una deroga pattizia, come per es. si è visto per associazioni e società di persone —, venendo qui in gioco l'esigenza di proteggere libertà individuali degli eredi, talora anche costituzionalmente garantite. Oltre ai già richiamati contratti di lavoro subordinato e d'opera, si pensi al contratto di mandato, la cui estinzione per morte del mandatario, prevista dall'art. 1722 n. 4 c.c., discende dall'inesigibilità, da parte degli eredi, di una prestazione di fare, data dall'impossibilità di prevedere se vi saranno eredi capaci e disponibili a proseguire il rapporto. La funzione perseguita dalla norma è, dunque, quella di garantire agli eredi piena libertà nello scegliere la propria attività. Una libertà, quest'ultima, anche di sicuro rilievo costituzionale, vista la norma di cui all'art. 4, co. 2°, Cost., sì da potersi riconoscere alla regola legale di intrasmissibilità carattere certamente inderogabile, con conseguente nullità delle convenzioni in violazione del divieto³². Alla stessa *ratio* di tutela

³⁰ F. PADOVINI, *Rapporto contrattuale e successione per causa di morte*, cit., 124-125.

³¹ Quantomeno in linea tendenziale, posto che residuano comunque casi in cui, ancorché lo scioglimento legale sia improntato alla tutela della condizione degli eredi, si ritiene la regola comunque derogabile: v. subito *infra*, in nota 32.

³² Quanto alla regola dell'estinzione in caso di morte del mandante, che, come rilevato, rinvia la sua ragione giustificatrice nel carattere personale della scelta del mandante e dei correlativi criteri direttivi — scelta e criteri che gli eredi potrebbero non condividere, dovendo essere liberi di scegliere modalità e criteri di amministrazione del patrimonio senza subire alcuna predeterminazione altrui — ebbene si tratta di un'opportunità che buona parte degli interpreti ritiene disponibile da parte del mandante (cfr. A. LUMINOSO, *Il mandato*, in *Trattato di diritto privato*, diretto da P. Rescigno, XI, 2, 2ª ed., Torino, 2007, 526), come risulterebbe confermato dalla pluralità di deroghe legali alla soluzione di principio, che ammettono la prosecuzione del mandato avente ad oggetto l'esercizio di atti di impresa (art. 1722, n. 4, c.c.) e del mandato conferito anche nell'interesse del mandatario

appare improntata la regola dello scioglimento del vincolo per morte dell'agente (art. 1751, co. 7°, c.c.), non essendo dato sapere se gli eredi avranno la capacità e, ancor prima, la volontà di continuare lo svolgimento dell'attività agenziale; sì che, anche in tal caso, la norma pare dover assumere carattere inderogabile. Certo è che ogni qual volta il mandatario o l'agente abbiano assunto l'incarico nell'ambito dell'esercizio di un'impresa commerciale non piccola, la regola dello scioglimento torna ad essere pienamente derogabile³³, mancando l'esigenza di proteggere la libertà individuale degli eredi, sì che risulta possibile convenire la trasmissione del rapporto in capo agli eredi del mandatario o dell'agente (ivi lo scioglimento rispondendo ad esigenze di tutela della sola parte sopravvissuta, come tali liberamente disponibili).

Un ulteriore limite alla libertà dei contraenti proviene dalle ipotesi di vocazioni anomale legali. Come osservato, ivi il contratto deve necessariamente proseguire — per le finalità di tutela che si sono espresse e che importano l'inderogabilità della relativa disciplina — con soggetti individuati secondo criteri speciali rispetto alle regole successorie ordinarie, sì da doversi ritenere nulle le clausole che incidono, se non sulla prosecuzione del rapporto, comunque sulla scelta del beneficiario della posizione contrattuale (per es., intendendola trasmettere agli eredi *tout court*, pretermettendo gli aventi diritto o comunque i presupposti di fatto o qualità personali individuati dalle norme speciali). Ciò che integrerebbe anche un patto successorio istitutivo nullo, nella misura in cui il beneficiario della posizione contrattuale venisse appunto individuato in soggetti diversi da quelli previsti *ex lege*.

Va, infine, considerato che, talora, la clausola di trasmissibilità, più che un patto volto ad escludere l'efficacia di un termine legale costituito dal decesso di una o di entrambe le parti, è diretta ad escludere ogni potere di recesso che la legge accordi all'una o all'altra parte a seguito della successione per causa di morte, sì da garantire una piena e sicura prosecuzione del rapporto. Ora, se nessun dubbio si nutre circa la liceità di simili clausole ove il recesso di cui le stesse dispongano sia attribuito dalla legge a favore della parte sopravvissuta (com'è a dirsi del diritto di recesso riconosciuto al comodante in caso di morte del comodatario *ex art. 1811 c.c.*, o del diritto di recesso del committente per morte dell'appaltatore *ex art. 1674 c.c.*, o del diritto di recesso dell'affittante in caso di morte dell'affittuario *ex art. 1627 c.c.*)³⁴, meno agevole appare la soluzione allorquando il recesso sia attribuito dalla legge agli (o anche agli) eredi del defunto, venendo qui in gioco esigenze di protezione di libertà individuali

o di terzi *ex art. 1723 c.c.* (cfr. PADOVINI, *Rapporto contrattuale e successione per causa di morte*, cit., 130).

³³ Per questi rilievi F. PADOVINI, *Rapporto contrattuale e successione per causa di morte*, cit., 133.

³⁴ Più discussa è l'ammissibilità di una clausola pattizia di esclusione del diritto di recesso che l'art. 1833 c.c., nel conto corrente ordinario, riconosce al correntista superstite in caso di morte dell'altro. Taluni interpreti ritengono, invero, che pur potendo convenzionalmente disciplinare modalità, condizioni e termini del recesso, le parti non possano però escluderlo, in quanto si creerebbe un inammissibile vincolo perpetuo: così A. FIORENTINO, *Conto corrente*, in *Noviss. Dig. It.*, IV, Torino, 1959, 408.

degli eredi che, in coerenza con quanto sopra osservato, importano — quantomeno di regola — l'inderogabilità della disciplina legale (deve, per esempio, ritenersi indisponibile il diritto di recesso riconosciuto agli eredi in caso di decesso del mandatario-piccolo imprenditore *ex art. 1722, n. 4, c.c.*, o quello degli eredi in caso di decesso dell'affittuario *ex art. 1627 c.c.*)³⁵.

6. Brevi note sulla derogabilità del regime legale per disposizione testamentaria

Le deroghe che l'autonomia privata può apportare al regime legale di trasmissibilità (o intrasmissibilità) dei rapporti contrattuali per morte di un contraente non si esauriscono nella sola veste di fattispecie convenzionali, ovverosia clausole pattizie con cui le parti si preoccupano di regolamentare in difformità dalle previsioni legali la sorte del contratto per morte di una di esse o di entrambe.

Una ulteriore deroga può configurarsi in presenza di una disposizione testamentaria con cui si attribuisca un legato di posizione contrattuale. Invero, in tal caso, il contratto in precedenza concluso dal *de cuius* si trasmette alla sua morte, anziché agli eredi, al legatario, in deroga al principio generale di trasmissibilità dei rapporti contrattuali in capo agli eredi.

Vero è che la figura del legato di posizione contrattuale rimane contestata in dottrina³⁶, in particolare in ragione del fatto che verrebbe trasmessa al legatario l'intera posizione contrattuale, dunque tutti i diritti e gli obblighi ad essa connessi, mentre come noto la legge prevede che il legato abbia ad oggetto diritti o beni (tanto da non richiedere accettazione) o comunque limita la responsabilità del legatario per oneri e debiti entro il valore dell'attribuzione patrimoniale ricevuta (artt. 671 e 756 c.c.). Quanto all'ulteriore argomento — addotto sempre in chiave critica — per cui il testatore verrebbe a scegliere la persona dell'altro contraente (con cui far proseguire il contratto alla sua morte) unilateralmente, senza cioè il consenso dell'altra parte, non lo si ritiene per il vero dirimente, posto che anche là dove operasse — in mancanza di legato — il regime legale ordinario, il contratto proseguirebbe con un soggetto, l'erede del contraente deceduto, che non verrebbe in ogni caso scelto dal contraente superstite, al quale non è dato fare o non fare alcunché per consentire od opporsi a ciò (salvo l'esercizio del recesso che, nella maggior parte dei casi, trattandosi di rapporti di durata, la legge gli accorda), ciò che è connaturato al fenomeno

³⁵ Così F. PADOVINI, *Rapporto contrattuale e successione per causa di morte*, cit., 137, che ulteriormente osserva che ove — per contro — la norma si limiti «a dettare una regola di contemperamento degli interessi potrà riespandersi l'autonomia»: ciò è a dirsi del diritto di recesso, dunque disponibile, degli eredi in caso di decesso dell'inquilino nella locazione di diritto comune (art. 1614 c.c.), o ancora del diritto di recesso degli eredi del correntista nel conto corrente ordinario (art. 1833 c.c.).

³⁶ Non potendone trattare *funditus* in questa sede, rinviamo a G. CAPOZZI, *Successioni e donazioni*, cit., 1365 ss.; e a R. CALVO, *Commento all'art. 659 c.c.*, in *Codice delle successioni e donazioni*, a cura di M. Sesta, cit., 827. Sul legato di posizione contrattuale v. anche citazioni in nota 20.



stesso della successione *mortis causa*. Sì che, almeno sotto questo profilo, non vi sarebbero ostacoli ad ammettere che, con testamento, ciascuna parte del contratto possa individuare un legatario, anziché l'erede, quale soggetto con cui fa proseguire il contratto alla sua morte.

Naturalmente, nella prospettiva di ammettere il legato di posizione contrattuale, il presupposto logico e giuridico è che venga trasmesso al legatario un contratto già destinato per legge a proseguire a causa di morte, e cioè che non si tratti di un contratto per il quale viga l'opposta regola legale della intrasmissibilità, atteso che per rovesciare il regime legale di scioglimento — là dove operante — non si può certamente prescindere da una forma di disposizione *pattizia*, e cioè dal necessario consenso dell'altra parte alla prosecuzione *tout court* del contratto (a dimostrazione dell'interesse a ricevere la prestazione anche da soggetto diverso dalla originaria controparte, e naturalmente entro i limiti, sopra descritti, di derogabilità pattizia della disciplina legale in ragione degli interessi di volta in volta rilevanti). Oltre a ciò, un ulteriore limite alla possibilità di disporre un legato di posizione contrattuale è dato dall'eventuale operatività di ipotesi di vocazioni anomale legali che incidano sulla trasmissione della posizione di parte di un contratto, le quali rappresentano uno sbarramento non solo — come visto — alla disponibilità pattizia, ma naturalmente anche all'autonomia testamentaria, sì che un contratto destinato per speciale disposizione di legge a proseguire con beneficiari determinati non può essere fatto unilateralmente (come nemmeno pattiziamente) proseguire con il legatario (come neppure con l'erede in quanto tale), a meno che non soddisfi *aliunde* i requisiti richiesti dalla disciplina speciale e inderogabile delle vocazioni anomale.

Un'ulteriore deroga per via testamentaria al regime legale di trasmissibilità *mortis causa* dei rapporti contrattuali è data dall'attribuzione di un legato di specie avente per oggetto un bene determinato, nella misura in cui il legatario subentri — in luogo dell'erede — nei rapporti contrattuali riferibili alla cosa assegnata. Ebbene, è alla stregua dell'interpretazione estensiva di alcune previsioni codicistiche che possono giustificarsi siffatte ipotesi di deviazione “soggettiva” rispetto alle regole ordinarie³⁷. Una prima regola è offerta dall'art. 1599 c.c., che, al ricorrere di date condizioni, sancisce l'opponibilità del contratto di locazione al terzo acquirente. La norma, così come genericamente formulata («terzo acquirente») e rubricata («Trasferimento a titolo particolare della cosa locata»), si presta ad essere estesa anche agli acquisti per causa di morte, di talché può ritenersi che il legato di una cosa determinata comporta la successione del legatario nel rapporto di locazione eventualmente concluso dall'ereditando. Analogamente è a dirsi per il legato di azienda: invero, una volta ammessa l'applicazione delle disposizioni generali sul trasferimento di azienda anche alle successioni *mortis causa* e, in particolare, l'art. 2558 c.c., che regola con formulazione ampia e omnicomprensiva la successione nei contratti in

³⁷ In argomento, ampiamente, F. PADOVINI, *Rapporto contrattuale e successione per causa di morte*, cit., 51 ss. L'a. fa, in ogni caso, salva la liceità di clausole che vietino la trasmissione della posizione contrattuale al legatario di bene determinato: cfr. F. PADOVINI, *Le posizioni contrattuali*, cit., 539.

capo all'acquirente («l'acquirente dell'azienda subentra nei contratti stipulati per l'esercizio dell'azienda stessa che non abbiano carattere personale»), ne deriva il subentro anche del legatario nei contratti stipulati per l'esercizio dell'impresa che non abbiano carattere personale. Ciò che accade anche per il contratto di assicurazione relativo alla cosa oggetto di legato: la norma di cui all'art. 1918 c.c., in virtù della quale «l'alienazione delle cose assicurate non è causa di scioglimento del contratto di assicurazione» e «i diritti e gli obblighi dell'assicurato passano all'acquirente», può infatti ritenersi applicabile anche al legato testamentario della cosa assicurata, prevedendo un meccanismo che ben si adatta ad erede e legatario. Tuttavia, gli interpreti sono soliti attribuire alle norme testé richiamate carattere eccezionale, di talché non può ritenersi che ogni diverso tipo contrattuale avente per oggetto il bene attribuito si trasmetta al legatario³⁸. Con il che, in mancanza di una disposizione espressa di legge che assegni al legatario³⁹ di beni determinati la titolarità di singoli rapporti obbligatori già facenti capo al defunto, il rapporto contrattuale continuerà con gli eredi, in forza della regola di principio. Come, del resto, risulta confermato dall'art. 1372, co. 2°, c.c., il quale rende il contratto efficace rispetto ai terzi «nei casi previsti dalla legge»; oltre che da norme più puntuali, quali gli artt. 671 e 756 c.c., che limitano la responsabilità del legatario rispettivamente per legati ed oneri e debiti ereditari⁴⁰.

³⁸ F. PADOVINI, *op. ult. cit.*, 530.

³⁹ *Recte, stricto iure*, al terzo acquirente *inter vivos*, ma con possibilità di interpretazione estensiva volta ad ammetterne l'operatività anche al trasferimento a titolo particolare per causa di morte.

⁴⁰ Così F. PADOVINI, *Rapporto contrattuale e successione per causa di morte*, cit., 55.



Commenti

REGOLAZIONE ALGORITMICA E NORME GIURIDICHE GRANULARI. SUL “PERSONALIZED LAW”, O PERSONALIZZAZIONE NORMATIVA ALGORITMICA

| 991

Di Michele Ciancimino

SOMMARIO: 1. *La personalizzazione normativa algoritmica: verso un superamento algoritmico del broccardo summum ius, summa iniuria?* – 2. *Ambiti di impiego e funzionamento del Personalized Law.* – 3. *Profili critici.* – 3.1. *Limiti di ordine generale.* – 3.2. *Perplexità teoretiche.* – 3.3. *Criticità applicative.* – 4. *Benefici della regolazione algoritmica. Ipotesi per una corretta personalizzazione del diritto.* – 4.1. *Possibili correttivi.* – 4.2. *Spunti applicativi.* – 5. *Conclusioni.*

ABSTRACT. Lo scritto offre alcune riflessioni critiche riguardanti il fenomeno della personalizzazione normativa algoritmica (c.d. Personalized Law) alla luce dei principi fondamentali dell’ordinamento italo-europeo. Vengono, quindi, esaminati benefici e profili critici della normazione algoritmica nei suoi diversi ambiti di applicazione, anche in relazione all’adozione dell’AI Act. Si rinviene, dunque, un’interessante prospettiva di regolazione algoritmica, pur nelle diverse ombre ad essa sottese, che induce ad offrire alcuni spunti ermeneutici nell’ottica di future applicazioni rispettose della dignità della persona umana.

The essay analyses algorithmic regulation and Personalized Law in the light of the fundamental principles of the legal system. It examines the tangible benefits and issues of algorithmic granular norms, considering the new provisions of the AI Act. Thus, the author emphasises the primary advantages of this perspective, notwithstanding its numerous limitations, and provides interpretative recommendations aimed at ensuring future applications that uphold dignity of human person.

1. La personalizzazione normativa algoritmica: verso un superamento algoritmico del broccardo *summum ius, summa iniuria*?

L'atavica esigenza di colmare la sempre maggiore distanza fra il dato normativo generale-astratto e la situazione concreta che quelle stesse norme dovrebbero regolare sembrerebbe poter trovare, secondo alcuni studi, una sua composizione nei sistemi di intelligenza artificiale.

Da diversi anni, infatti, si discute della possibilità di impiegare gli algoritmi intelligenti a supporto della decisione giudiziaria¹. Invero, è relativamente recente il dibattito in merito alla possibilità di una normazione granulare algoritmica a supporto non soltanto della decisione del giudice, ma anche e soprattutto dell'attività di normazione e di effettiva applicazione delle regole giuridiche. Ci si riferisce, in particolare, al c.d. *Personalized Law*, o personalizzazione normativa algoritmica², un modello di normazione ove ogni persona è soggetta a differenti norme giuridiche³.

¹ V., *ex multis*, G. FINOCCHIARO, *L'intelligenza artificiale nell'ambito giudiziario*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2024, spec. 431 ss.; G. BARONE, *Giustizia Predittiva e Certezza del Diritto*, Pisa, 2024, 15 ss.; M. LIBERTINI, M. MAUGERI e E. VINCENTI, *Intelligenza artificiale e giurisdizione ordinaria. Una ricognizione delle esperienze in corso*, in A. PAJNO, F. DONATI e A. PERRUCCI (a cura di), *Intelligenza artificiale e diritto: una rivoluzione?*, II, *Amministrazione, responsabilità, giurisdizione*, Bologna, 2022, 515 ss.; E. GABELLINI, *Algoritmi decisionali e processo civile: limiti e prospettive*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2022, 64 ss.; F. FARRI, *La giustizia predittiva in materia tributaria*, in *Riv. telem. dir. trib.*, 12 ottobre 2022; Y. MENECEUR e C. BARBARO, *Intelligenza artificiale e memoria della giustizia: il grande malinteso*, in *Quest. giust. online*, 16 maggio 2020; K.D. ASHLEY, *Artificial Intelligence and Legal Analytics*, Cambridge, Cambridge University Press, 2017, 107 ss. In senso critico, v. U. RUFFOLO, *Intelligenza artificiale, machine learning e responsabilità da algoritmo*, in *Giur. it.*, 2019, 1692; R. BICHI, *Intelligenza artificiale tra "calcolabilità" del diritto e tutela dei diritti*, *ivi*, 1778. V. anche C.V. GIABARDO, *Il giudice e l'algoritmo (in difesa dell'umanità del giudicare)*, in *Giustizia insieme online*, 9 luglio 2020, § 3, e la sua valorizzazione della "funzione inventiva" del giudizio.

² Per una bibliografia essenziale, v.: C. BUSCH e A. DE FRANCESCHI (a cura di), *Algorithmic Regulation and Personalized Law. A Handbook*, München/Oxford/Baden-Baden, Beck/Hart/Nomos, 2021; O. BEN-SHAHAR e A. PORAT, *Personalized Law. Different Rules for Different People*, Oxford, Oxford University Press, 2021; C. BUSCH, *Implementing Personalized Law: Personalized Disclosures in Consumer Law and Data Privacy Law*, in *Univ. Chicago L. R.*, 2019, 314 ss.; C. BUSCH e A. DE FRANCESCHI, *Granular legal norms: towards data-driven personalization of private law?*, in V. MAK, E. TJONG TJIN TAI e A. BERLEE (a cura di), *Research Handbook on Data Science and Law*, Cheltenham, Edward Elgar, 2024, 317 ss.; O. BEN-SHAHAR e A. PORAT, *Personalizing Negligence Law*, in *New York Univ. L. Rev.*, 2016, 627 ss.; A. PORAT e L.J. STRAHILEVITZ, *Personalizing Default Rules and Disclosure with Big Data*, in *Michigan L. Rev.*, 2014, 1417 ss.; C. BUSCH, *The Future of Pre-contractual Information Duties: From Behavioural Insights to Big Data*, in C. TWIGG-FLESNER (a cura di), *Research Handbook on EU Consumer and Contract Law*, Cheltenham, Edward Elgar, 2016, 221 ss.; A.J. CASEY e A. NIBLETT, *The Death of Rules and Standards*, in *Indiana L. J.*, 2017, 1401; P. HACKER, *Personalizing EU Private Law: From Disclosures to Nudges and Mandates*, in *Eur. Rev. Private L.*, 2017, 651 ss.; C. SUNSTEIN, *Deciding by Default*, in *Univ. Pennsylvania L. Rev.*, 2013, 44 ss. Sia consentito il rinvio anche a M. CIANCIMINO, *Personalizzazione normativa*



In accordo a tale ricostruzione, servendosi delle tecniche di analisi dei dati, ai sistemi di IA si potrebbe delegare la facoltà di gestire la crescente complessità del reale – e, dunque, di ovviare efficacemente ai limiti strutturali di una tipizzazione generale astratta – adattando le disposizioni normative alle peculiarità del singolo caso concreto.

A un primo approccio, una tale definizione potrebbe apparire mera utopia o, di contro, un prodigio della tecnica. Del resto, da tempo la dottrina più attenta evidenzia la necessità di un’attuazione delle regole e dei principi ordinamentali che sia in grado di valorizzare le specificità del caso concreto in una prospettiva assiologica⁴, così garantendo la possibilità di “costruire regole e rimedi in modo contestuale, tenendo conto di una pluralità di soggetti che producono diritto in base ad una pluralità di fonti”⁵. Che tale obiettivo possa raggiungersi non soltanto tramite una attenta attività ermeneutica, ma anche tramite analisi dei dati appare, dunque, un traguardo sorprendente che, tuttavia, necessita di attento scrutinio.

Ora, rifuggendo dalla tentazione di rinvenire nell’intelligenza artificiale una generalizzata panacea ai limiti ed alle criticità della società odierna, risulta opportuno, anche in ragione dell’adozione del regolamento sull’intelligenza artificiale⁶, provare a comprendere più in profondità quali siano gli ambiti di applicazione della personalizzazione normativa algoritmica, sì da valutarne in chiave sistematica le prospettive applicative alla luce delle potenzialità e dei limiti che essa attualmente presenta.

2. Ambiti di impiego e funzionamento del *Personalized Law*.

algoritmica nell’ordinamento italo-europeo. Criticità teoretiche e prospettive future, in C. PERLINGIERI e I. MARTONE (a cura di), *Nuove tecnologie e cultura del diritto civile*, Napoli, 2023, 25 ss.

Attente riflessioni critiche in P.M. BENDER, *Limit of Personalization of Default Rules. Towards a Normative Theory*, in *Eur. Rev. Contract L.*, 16(3), 2020, 366 ss. e ID., *Grenzen der Personalisierung des dispositiven Rechts*, in E. BEYER et al. (a cura di), *Privatrecht 2050 – Blick in die (digitale) Zukunft*, Baden-Baden, Nomos, 2019, 33 ss.

³ O. BEN-SHAHAR e A. PORAT, *How to Evaluate Personalized Law*, in *Univ. Chicago L. Rev. online*, 2022, 1.

⁴ Sulla necessità di un’ermeneutica del caso concreto alla luce dell’assiologia ordinamentale, si vedano le ampie riflessioni di P. PERLINGIERI, *Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo-europeo delle fonti*, I, Napoli, 2020, 101 ss., 165 ss.; ID., *Interpretazione e qualificazione: profili dell’individuazione normativa*, in ID., *Il diritto dei contratti fra persona e mercato. Problemi del diritto civile*, Napoli, 2003, 9 ss.; ID., *Giustizia secondo Costituzione ed ermeneutica. L’interpretazione c.d. adeguatrice*, in P. FEMIA (a cura di), *Interpretazione a fini applicativi e legittimità costituzionale*, Napoli, 2006, 371 ss., ora anche in P. PERLINGIERI, *Interpretazione e legalità costituzionale. Antologia per una didattica progredita*, Napoli, 2012, 199 ss. V. anche G. PERLINGIERI, *Legge, giudizio e diritto civile*, in *Ann. Sisdic*, 2018, 23, sulla fisiologica continuità ermeneutica fra legislazione, interpretazione e giurisdizione.

⁵ Così, G. VETTORI, *L’“interesse” delle generazioni future*, in questa *Rivista*, 2023, 635. V. anche, sul ruolo dell’effettività quale principio cardine per la ricerca di una tutela per l’interesse leso, ID., *Effettività tra legge e diritto*, Milano, 2020, spec. 88 ss., e ID., *Validità, responsabilità e cumulo dei rimedi*, in *Danno e resp.*, 2014, 150 ss.

⁶ Reg. UE 2024/1689.

Con personalizzazione normativa algoritmica si intende generalmente un diritto di precisione che, tramite avanzate tecniche di analisi dei dati, sia in grado di fornire regole concrete, talora anche applicabili immediatamente, calibrate sia sugli elementi oggettivi della vicenda concreta che su quelli soggettivi⁷.

Sul piano generale, il presupposto del funzionamento di un siffatto meccanismo regolatorio è la creazione di un ‘profilo’ dettagliato del singolo, delle sue preferenze e attitudini, delle sue tendenze, cui aggiungere, a seconda del contesto applicativo, un’analisi del contesto oggettivo di riferimento. La raccolta e l’elaborazione di tali dati, dunque, consentono di individuare dei modelli e delle preferenze comportamentali utili per l’elaborazione di precetti legali personalizzati.

Successivamente, questi precetti possono essere comunicati (tramite dispositivi connessi in rete) a chi, a vario titolo, ne sia il destinatario, sì da poter essere – anche automaticamente – applicati⁸.

Sul piano operativo, nello specifico, la personalizzazione normativa può operare su tre livelli: a monte, sul piano di definizione della regola; in via intermedia, su quello di attuazione della norma; infine, a valle, nella definizione di una controversia giudiziaria. Sono, dunque, possibili, funzioni di tipo prescrittivo, esecutivo-attuativo e decisorio⁹.

Sotto l’angolo visuale della regolazione privatistica, la personalizzazione algoritmica viene in rilievo in diverse ipotesi, fra cui: la creazione di norme negoziali (*i.e.* personalizzazione di diritti e doveri delle parti) in deroga a norme dispositive¹⁰; l’adempimento *targettizzato* degli obblighi informativi; la determinazione in concreto della capacità giuridica dei consociati; infine, la quantificazione del risarcimento dei danni.

Nell’eterogeneità del fenomeno, risulta interessante, per il momento, soffermarsi sulle prime due funzioni, ossia quelle prescrittive ed attuative, in grado di venire in rilievo tanto congiuntamente quanto isolatamente. A differenza di quella decisoria, parzialmente più nota in ragione degli studi in tema di giustizia predittiva, le prime funzioni possono risultare non immediatamente chiare in assenza di esemplificazione. Si consideri, dunque, quanto segue.

Il codice della strada prevede una soglia standardizzata per il tasso alcolemico consentito alla guida, superata la quale si incorre in sanzioni

⁷ O. BEN-SHAHAR e A. PORAT, *Personalized Law*, cit., 25. Sulla nozione stessa di dato, in una prospettiva evolutiva, cfr. S. ORLANDO, *Data vs capta: intorno alla definizione di dati*, in *Nuovo dir. civ.*, 2023, 14 ss.

⁸ H.C. GRIGOLEIT e P.M. BENDER, *The Law between Generality and Particularity. Chances and Limits of Personalized Law*, in C. BUSCH e A. DE FRANCESCHI (a cura di), *Algorithmic Regulation and Personalized Law*, cit., 115.

⁹ Si veda, volendo, M. CIANCIMINO, *Personalizzazione normativa algoritmica*, cit., 28 ss. V. anche sulla possibilità di inquadramento della personalizzazione normativa tra funzioni *ex ante* ed *ex post*, H.C. GRIGOLEIT, *Personalized Law: Distinctions and Procedural Observations*, in *Univ. Chicago L. Rev. online*, 2022, 4 ss. Per una ricostruzione delle decisioni algoritmiche, cfr. anche S. SAPIENZA, *Decisioni algoritmiche e diritto*, Milano, 2024, 31 ss.

¹⁰ O. BEN-SHAHAR e A. PORAT, *Personalized Law*, cit., 85 ss.; C. BUSCH e A. DE FRANCESCHI, *Granular legal norms*, cit., 324 ss. Cfr. però anche P.M. BENDER, *Limit of Personalization of Default Rules*, cit., 376 ss.



amministrative o penali, a seconda dell'entità della violazione¹¹. Non sono ordinariamente considerate, invero, circostanze ulteriori in grado, in concreto, di incidere in positivo o in negativo sull'effettiva capacità di guida.

In un'ipotesi del genere, tuttavia, oltre ad una valutazione concreta *ex post* della violazione, la personalizzazione normativa algoritmica influenzerebbe, in una prospettiva attuativa, la stessa possibilità di guida.

Si consideri, al riguardo, l'uso dei dispositivi di tipo alcolock, la cui interfaccia di installazione è stata resa obbligatoria per i veicoli a motore dall'art. 6, Reg. UE 2019/2144. Tali dispositivi dovrebbero consentire di mettere in moto il veicolo, almeno per alcune categorie di soggetti, soltanto a condizione di una previa verifica di tasso alcolemico pari a 0 g/l¹².

In una prospettiva di diritto personalizzato, futuristica se non, forse, distopica, un veicolo a motore evoluto dovrebbe, posta una previa valutazione concreta dell'ordinaria attitudine psicofisica alla guida del singolo, mettersi o meno in moto alla luce delle concrete capacità del singolo, a prescindere dal parametro predeterminato dal legislatore¹³.

In un contesto simile, dunque, l'impiego di algoritmi regolatori, evidentemente cooperando con appositi dispositivi automobilistici, potrebbe tenere in considerazione fattori quali metabolismo, peso, corporatura, gravidanza, ecc. al fine di consentire o meno la guida del veicolo in deroga alla soglia legislativamente prevista.

Provando, ancora, a vagliare tale ricostruzione con riguardo al diritto delle obbligazioni, si pensi a quanto stabilito dall'art. 1182 c.c. in tema di luogo dell'adempimento dell'obbligazione. In accordo a tale norma, in assenza di patti contrari, la consegna di una cosa certa e determinata avviene nel luogo in cui si trovava la cosa al sorgere dell'obbligazione.

Tuttavia, nella prospettiva di alcuni studiosi del tema, una disabilità del debitore potrebbe preventivamente consentire, tramite una personalizzazione algoritmica dell'accordo, di prevedere che la consegna avvenga di default presso il domicilio di quest'ultimo¹⁴.

Di là dal fascino che tali prospettive applicative possono *prima facie* conseguire, preliminarmente è opportuno considerare che, nonostante il crescente interesse degli studiosi per siffatta tecnica normativa, tale paradigma sta ancora muovendo i suoi primi passi, sia sul piano degli approfondimenti teoretiche che su quello delle applicazioni sperimentali¹⁵.

¹¹ D.lgs. 30 aprile 1992, n. 285, art. 186, ma v. anche l'art. 186-*bis* per la guida sotto influenza dell'alcool in casi particolari.

¹² Cfr. il disegno di legge AS n. 1086, approvato dalla Camera dei deputati il 27.3.2024, rubricato "Interventi in materia di sicurezza stradale e delega al Governo per la revisione del codice della strada, di cui al decreto legislativo 30 aprile 1992, n. 285", spec. art. 3.

¹³ L'ipotesi è suggerita da O. BEN-SHAHAR e A. PORAT, *Personalized Law*, cit., 7, ma v., in senso critico, C. BUSCH e A. DE FRANCESCHI, *Granular legal norms*, cit., 326 s.

¹⁴ L'esempio è tratto da A. PORAT e J.L. STRAHILEVITZ, *Personalizing Default Rules and Disclosure with Big Data*, in C. BUSCH e A. DE FRANCESCHI (a cura di), *Algorithmic Regulation and Personalized Law*, cit., 12 s.

¹⁵ O. BEN-SHAHAR e A. PORAT, *How to Evaluate Personalized Law*, cit., 7, in riferimento al loro *Personalized Law. Different Rules for Different People*, Oxford, 2021, affermano che "We wrote our Book as a road map to full-fledged personalized law. But we are keenly

Difatti, mentre le applicazioni di decisioni giudiziarie (più o meno) algoritmiche iniziano a diffondersi a livello internazionale, le altre ipotesi di personalizzazione si trovano al momento in una fase di sperimentazione.

3. Profili critici.

Un tale futuribile impiego del connubio fra algoritmi e diritto, probabilmente, da una parte, inquieta l’interprete tanto quanto, se non più, del comune consociato, ma dall’altra, incuriosisce rispetto ai potenziali benefici. Si ritiene, dunque, utile muovere dall’analisi dei principali profili critici, per poi confrontarli alla luce dei vantaggi che da una normazione algoritmica possono giungere.

3.1. Limiti di ordine generale.

Anzitutto, a monte, si consideri la necessità di una legittimazione democratica delle norme personalizzate.

Se è vero che tali sistemi, in parte, potrebbero operare negli ambiti di derogabilità previsti dalle norme privatistiche, dubbi legittimi possono sorgere sulla loro operatività in assenza anche solo di un previo dibattito legislativo¹⁶, alla luce del rischio della carenza di una oggettiva giustificazione normativa¹⁷ legata alla ardua trasparenza algoritmica in tale contesto¹⁸.

Da non trascurare, sempre in una prospettiva generale, il requisito dell’indipendenza degli sviluppatori e, conseguentemente, dei relativi sistemi decisionali¹⁹.

aware that, although some promising steps are already being designed, at present AI technology is not yet up to the task nor is society prepared with the necessary safeguards”.

¹⁶ P.M. BENDER, *Limit of Personalization of Default Rules*, cit., 397; H.C. GRIGOLEIT e P.M. BENDER, *The Law between Generality and Particularity*, cit., 133 ss. Sull’esigenza di un’adeguata regolazione algoritmica e della relativa responsabilità, si vedano le attente riflessioni di G. DI ROSA, *Quali regole per i sistemi automatizzati “intelligenti”?*, in *Riv. dir. civ.*, 2021, 828 ss.

¹⁷ H.C. GRIGOLEIT e P.M. BENDER, *The Law between Generality and Particularity*, cit., 132 s.; P.M. BENDER, *Limit of Personalization of Default Rules*, cit., 400 ss.

¹⁸ F. DI PORTO e N. RANGONE, *Behavioural Sciences in Practice: Lessons for EU Rulemakers*, in A. ALEMANNI e A.L. SIBONY (a cura di), *Nudge and the Law. A European Perspective*, Oxford, Hart, 2015, 29, 49; H.C. GRIGOLEIT e P.M. BENDER, *The Law between Generality and Particularity*, cit., 129.

¹⁹ Cfr. A. VERSTEIN, *Privatizing Personalized Law*, in *Univ. Chicago L. Rev.*, 2019, 567 ss. Secondo G. KLASS, *Tailoring Ex Machina: Perspectives on Personalized Law*, in *Univ. Chicago L. Rev. online*, 2022, 8, “[t]here is no reason to think that computer scientists, data managers, and statisticians are less trustworthy than are legislators, lawyers, and judges. But their errors and abuses are less visible. Because our legal system operates primarily in words, when things go wrong, it is relatively easy to understand how and why”.

Per una sensibile lettura critica del ruolo dei ‘poteri privati’, particolarmente con riguardo alla sfera digitale e al ruolo del principio di effettività, v. G. VETTORI, *Sui poteri privati. Interazioni e contaminazioni*, in *Dir. pubbl.*, 2022, 829 ss.



Nella prospettiva del diritto personalizzato, infatti, l'applicazione dei principi e delle clausole generali così come delle norme di dettaglio (quantomeno, di quelle derogabili) si trasferirebbe, almeno parzialmente, in capo ai soggetti chiamati allo sviluppo dei relativi algoritmi. Se ciò, da un lato, pone dei dubbi in merito al controllo di legalità *ex ante* dei criteri decisionali ed *ex post* delle norme personalizzate²⁰, dall'altro, non può escludersi il rischio di una svalutazione del ruolo del potere giudiziario²¹, con una possibile compromissione dell'autonomia dei giudici e delle garanzie costituzionali sull'imparzialità della decisione *ex art.* 111, II co., Cost.

Un ulteriore profilo critico sembra potersi identificare in una eccessiva compressione della libertà di autodeterminazione.

La personalizzazione, infatti, presuppone una profilazione del destinatario del comando o della valutazione. Tale analisi di attitudini, preferenze, inclinazioni e limiti, tuttavia, rischiano di costringere il soggetto all'interno delle maglie di una categorizzazione deterministica inidonea a valorizzare la complessità dell'agire umano, limitandone la reale capacità di scegliere e agire²².

Di là dai dubbi circa le modalità concrete di profilazione, non può sottovalutarsi, anzitutto, che un'analisi statistico-deduttiva può non essere in grado di cogliere l'intimità della persona, la sua c.d. *incommunicabilitas*: se il soggetto si evolve in un continuo divenire, l'algoritmo, di contro, può solo dedurre (attraverso assiomi probabilistici sul comportamento umano, per il

Cfr. anche T. SOURDIN, *Judges, Technology and Artificial Intelligence. The Artificial Judge*, Cheltenham, Edward Elgar, 2021, 189 ss.

²⁰ H.C. GRIGOLEIT e P.M. BENDER, *The Law between Generality and Particularity*, cit., 134.

P. PERLINGIERI, *Note sul «potenziamento cognitivo»*, in *Tecn. dir.*, 2021, 210, evidenzia la necessità che gli algoritmi siano “accessibili alla cognizione umana, controllabili all'interno dello stesso complesso e articolato loro sistema secondo una preconstituita gerarchia selettiva ispirata almeno alla non compromissione dell'autonomia degli esseri viventi”, sì da non ridurre la realtà a un sistema statistico-computazionale e consentire agli esseri umani di svilupparsi secondo le proprie attitudini materiali e personali. Per A. ALPINI, *Sull'approccio umano-centrico all'intelligenza artificiale. Riflessioni a margine del “Progetto europeo di orientamenti etici per una IA affidabile”*, in *comparazionedirittocivile.it*, aprile 2019, 2, riflettendo sul tema della comprensione della decisione adottata da algoritmi intelligenti, indaga i limiti legati all'ispezione del codice sorgente.

²¹ H.C. GRIGOLEIT, *Personalized Law: Distinctions and Procedural Observations*, cit., 10.

²² P.M. BENDER, *op. cit.*, 389 ss. V. anche, sui rischi di derive totalitaristiche di una normazione algoritmica, H. EIDENMULLER, *Why Personalized Law?*, in *Univ. Chicago L. Rev. online*, 2022, 4 ss.

tramite correlazioni statistiche e non causali²³) le preferenze rivelate dalle scelte individuali pregresse²⁴.

Invero, non sembra ad ora ragionevole supporre che l’agire della persona umana possa essere catalogabile in maniera schematica in una logica deterministica: infatti, sono innumerevoli le variabili che la mente di volta in volta tiene in considerazione, così come imprevedibili sono le risposte che l’organismo di ciascuno dà, pur a parità di condizioni, dinanzi ad un medesimo accadimento²⁵.

Tutto ciò, peraltro, deve considerarsi anche alla luce del rischio di ingiustificate discriminazioni algoritmiche, dovute, in particolare, a *bias* decisionali, a limiti tecnico-strutturali dell’analisi del contesto e del profilo, a vizi contenuti nei *dataset* con cui gli algoritmi sono stati ‘addestrati’²⁶.

Sempre sul piano dell’equità, deve altresì considerarsi il rischio di ingiuste discriminazioni nell’accesso a tali sistemi²⁷, particolarmente con riguardo a quelli di tipo applicativo.

²³ “Statistical generalizations may be, depending on the circumstances, objectionable even where based on causal relations, but they become much more so, where based on simple correlations. The legitimacy of generalization based not on causation but on simple correlations, may appear highly questionable in many contexts”. Così, F. DENOZZA e M. MAUGERI, “Granularization” and Cross-Subsidies: Liberal, Neoliberal and Socialist Perspectives, in C. BUSCH e A. DE FRANCESCHI (a cura di), *Algorithmic Regulation and Personalized Law*, cit., 174.

²⁴ “Algorithms can only approximate revealed (in contrast to actual or normative) preferences and even they can be analyzed only on the basis of available data as proxy of past (and potentially changed) behavior, which might be a source of error on its own”; così, P.M. BENDER, *op. ult. cit.*, 392.

²⁵ Sulla complessità del pensiero umano, v., *ex multis*, M. TOMASELLO, *A natural history of human thinking*, Cambridge-London, 2014, 33 s.; M. DI FRANCESCO e A. TOMASETTA, *The Creative Mind: From Algorithms to Extended Subjects*, in *Acta philosophica*, 2023, Sezione monografica: *Creativity: Artificial, Animal and Human Intelligence*, 17 ss., e F. KELLER, *The Concept of Embodied Human Intelligence: Power and Limits*, *ivi*, 55 ss.; J. KAPLAN, *Intelligenza artificiale. Guida al prossimo futuro*, Roma, 2018, 111 ss.

²⁶ Cfr. P.M. BENDER, *Limit of Personalization of Default Rules*, cit., 399 ss.; H.C. GRIGOLEIT e P.M. BENDER, *The Law between Generality and Particularity*, cit., 135; M. AUER, *Granular Norms and the Concept of Law: A Critique*, in C. BUSCH e A. DE FRANCESCHI (a cura di), *Algorithmic Regulation and Personalized Law*, cit., 142 ss.; P.N. SALIB, *Complex Algorithmic Law*, in *Univ. Chicago L. Rev. online*, 2022, 4 ss. Sulle decisioni algoritmiche discriminatorie v., anche per ulteriori riferimenti, la disamina di G. CARAPEZZA FIGLIA, *Decisioni algoritmiche tra diritto alla spiegazione e divieto di discriminare*, in questa *Rivista*, 4, 2023, 638 ss., e, in una prospettiva di sistema, ID., *Il divieto di discriminazione quale limite all’autonomia contrattuale*, in *Riv. dir. civ.*, 2015, 1387 ss., e ID., *Divieto di discriminazione e autonomia contrattuale*, Napoli, 2013, 73 ss.; G. RESTA, *Governare l’innovazione tecnologica: decisioni algoritmiche, diritti digitali e principio di uguaglianza*, in *Pol. dir.*, 2019, 212 ss.; A.G. GRASSO, *GDPR Feasibility and Algorithmic Non-Statutory Discrimination*, Napoli, 2023, spec. 51 ss.; E. FALLETTI, *Discriminazione algoritmica. Una prospettiva comparata*, Torino, 2022, 250 ss.; L. NAUDTS e A.M. CORRÊA, *Data-Driven Inequality and Discrimination: Challenges and Opportunities for Regulating AI Systems in the CoE and EU*, in I. GRAEF e B. VAN DER SLOOT (a cura di), *The Legal Consistency of Technology Regulation in Europe*, Oxford, Bloomsbury, 2024, 9 ss.

²⁷ Cfr. H.J. KORDI, *Personalized Enfranchisement*, in *Univ. Chicago L. Rev. online*, 2022, 8 ss.; A. MANTELERO, *La gestione del rischio nel GDPR: limiti e sfide nel contesto dei Big Data e delle applicazioni di Artificial Intelligence*, in ID. e D. POLETTI (a cura di), *Regolare*



Dal momento, infatti, che il funzionamento di tali sistemi per lo più presuppone l'utilizzo di dispositivi avanzati e sempre connessi, i costi economici per l'accesso potrebbero causare ingiuste discriminazioni sociali dettate dalla capacità di acquisto del singolo.

Non possono, peraltro, escludersi criticità relative alla riservatezza del singolo²⁸. Difatti, oltre a generici dubbi sulla protezione dei dati personali dei soggetti profilati e, più nello specifico, proprio sulla gestione di tali profili, il timore di fondo è che tramite siffatti profili si rischi, nel lungo periodo, di dar vita ad un sistema giuridico basato sul *social scoring*²⁹.

3.2. Perplexità teoretiche.

Esaminando il rapporto tra algoritmi e normogenesi, è possibile evidenziare alcuni dubbi su alcuni profili specifici, direttamente o indirettamente afferenti al prodotto della regolazione algoritmica³⁰.

Sul piano dogmatico, anzitutto, una prima perplessità si rinviene rispetto alla concreta attuazione algoritmica delle clausole generali e dei princípi.

Rifiutando, infatti, ogni teorizzazione squisitamente sillogistica dell'interpretazione del diritto, stanti i limiti legati alla mera sussunzione dell'accadimento concreto nella fattispecie astratta³¹, l'interprete è sempre chiamato a valutare le peculiarità di ogni avvenimento alla luce dei valori ad esso sottesi³².

Certo, l'algoritmo può forse operare bene nella qualificazione degli elementi del fatto concreto, soprattutto ove gli input esterni siano filtrati da un soggetto umano o analizzabili con facilità dal sistema; ma può ugualmente porre in essere un'ermeneutica adeguata e assiologicamente conforme ai valori ordinamentali³³?

la tecnologia: il Regolamento UE 2016/679 e la protezione dei dati personali, Pisa, 2018, 289 ss.

²⁸ P. HACKER, *Ambivalence of Algorithms. Gauging the Legitimacy of Personalized Law*, in M. BAKHOUM, B CONDE GALLEG0, M.O. MACKENRODT e G. SURBLYTÉ-NAMAVIČIENÉ (a cura di), *Personal Data in Competition, Consumer Protection and Intellectual Property Law. Towards a Holistic Approach?*, Berlino, Springer, 2018, 95 ss.; C. BUSCH e A. DE FRANCESCHI, *Granular legal norms*, cit., 330-332.

²⁹ Cfr. A. DAVIDSON, *Personalized Law, Political Power, and the Dangerous Few*, in *Univ. Chicago L. Rev. online*, 2022, 1 ss.; G. SCIASCIA, *Reputazione e potere: il "social scoring" tra distopia e realtà*, in *Giorn. dir. amm.*, 2021, 317 ss.

³⁰ Cfr. sul punto le riflessioni sulla genesi delle norme, nella prospettiva tradizionale e in quella algoritmica, di P. FEMIA, *Logopoeia: Normative Typification and Granular Norm's Informational Differentiation*, in C. BUSCH e A. DE FRANCESCHI (a cura di), *Algorithmic Regulation and Personalized Law*, cit., 155 ss.

³¹ Per P. PERLINGIERI, *Struttura algoritmica e interpretazione*, in *Tecn. dir.*, 2021, 486, con riferimento all'adottabilità di modelli decisionali puramente sillogistici, risulta più "accettabile" riconoscerli "un ruolo meramente integrativo, non già sostitutivo dell'interprete".

³² *Ivi*, 488.

³³ Sulla necessità di un'ermeneutica assiologica, in una realtà segnata dalle innovazioni tecnologiche, v., attentamente, C. PERLINGIERI, *Diritto privato delle nuove tecnologie: contenuti e competenze*, in *Tecn. dir.*, 2021, 70 ss.

Com'è noto, un principio generale è un concetto aperto che necessita, volta per volta, di essere riempito di contenuto alla luce dell'assiologia ordinamentale. Nessuno, ad esempio, oggi dubita che il principio di uguaglianza richieda non tanto una mera parità di trattamento costante, quanto, meglio, una ragionata differenziazione alla luce delle concrete peculiarità³⁴. Di contro, può l'elaborazione algoritmica bilanciare principi e valori?

In secondo luogo, degna di riflessioni critiche è la natura della ‘norma algoritmica’.

Alcuni appassionati difensori del *Personalized Law* hanno argomentato in merito alla ormai attuale ‘morte delle regole e degli standard’³⁵ come conseguenza dell'imminente personalizzazione normativa algoritmica, ricevendo la citata espressione, in parte iperbolica, alcune acute critiche dottrinali³⁶.

Al riguardo, si ritiene che la regolazione algoritmica, in realtà, agirebbe per lo più sul piano della *complessità* della struttura della norma: difatti, l'ampia potenza di calcolo consente di tenere in considerazione molte più variabili contemporaneamente³⁷, sì che, lo si comprende, la decisione finale ben può risultare più ‘complessa’ rispetto allo standard medio. Così, frutto dell'algoritmo sarebbe una norma strutturalmente molto più articolata, frutto dell'interpretazione di una disposizione dai molteplici parametri, non già un'assenza di norme³⁸.

In terzo luogo, infine, è lecito esitare dinanzi alla personalizzazione del regolamento negoziale negli ambiti regolati da norme dispositive, plausibile campo elettivo d'applicazione della regolazione algoritmica.

Tali regole, difatti, nella loro derogabilità, mirano a rappresentare un'ideal-tipo della generale volontà delle parti³⁹. Così, proprio sulla base della loro modificabilità, il diritto personalizzato ne propone una deroga algoritmica ed automatizzata, secondo la ricostruzione tanto della concreta volontà dei contraenti quanto delle loro reali esigenze.

Al riguardo, giova ricordare che le norme derogabili, nel loro predeterminare di default elementi negoziali, rispondono ordinariamente a esigenze che l'ordinamento ritiene meritevoli di tutela, al punto che la loro deroga dovrebbe avvenire a séguito di contrattazione. Peraltro, queste norme hanno una funzione c.d. ‘di civiltà’, di orientamento delle preferenze dei consociati⁴⁰ e, pertanto, una deroga automatizzata non effettivamente

³⁴ V., *amplius*, P. PERLINGIERI, *Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo-europeo delle fonti*, II, Napoli, 2020, 170 ss., spec. 179 ss.

³⁵ A.J. CASEY e A. NIBLETT, *The Death of Rules and Standards*, cit., 1401; IID., *Framework for the New Personalization of Law*, in *Univ. Chicago L. Rev.*, 86, 2019, 333 ss.

³⁶ Critici verso tale assunto H.C. GRIGOLEIT e P.M. BENDER, *The Law between Generality and Particularity*, cit., 121 ss.; P.M. BENDER, *op. ult. cit.*, 373 ss.

³⁷ P.M. BENDER, *op. loc. ult. cit.*

³⁸ V. anche O. BEN-SHAHAR e A. PORAT, *How to Evaluate Personalized Law*, cit., 2, I quali ritengono opportune distinguere tra ‘particolarizzare’ e ‘personalizzare’ il diritto, ai fini di comprendere la specificità del modello di normazione proposto.

³⁹ V. F. GAZZONI, *Manuale di diritto privato*, Napoli, 2024, 13 ss.

⁴⁰ P.M. BENDER, *Limit of Personalization of Default Rules*, cit., 385-387. V., anche per ulteriori riferimenti, A. ALBANESE, *L'inderogabilità nel diritto civile e nel diritto del lavoro: una questione di metodo*, in *Eur. dir. priv.*, 2024, 130 ss.; F. DELFINI, *Norme*



negoziata finirebbe per neutralizzare questa tutela assiologicamente orientata.

L'assenza di un'effettiva negoziazione potrebbe, così, condurre ad un negozio algoritmicamente formatosi con condizioni sfavorevoli per una o più parti senza che a ciò corrisponda giocoforza un corrispettivo. Verrebbe, pure, meno ogni valenza latamente etica in termini di sensibilizzazione delle parti⁴¹. Senza, dunque, poter approfondire in tale sede la questione della contrattazione algoritmica, la validità di siffatto regolamento contrattuale ben può essere messa in discussione⁴².

3.3. Criticità applicative.

Sul piano applicativo, deve constatarsi, anzitutto, la difficile realizzabilità di un tale sistema.

Vi è, infatti, un 'costo' di tipo informativo che non può essere sottovalutato. Perché siffatti sistemi funzionino correttamente, oltre ad un importante impegno in termini di progettazione algoritmica dei comandi, sono necessarie grandi quantità di informazioni sulla personalità dei soggetti destinatari⁴³. La necessaria previa profilazione, dunque, rischia di confliggere con pratiche 'opache' di raccolta e compravendita dei dati a ciò necessari⁴⁴.

Similmente, vengono in rilievo anche significativi 'costi' economici concernenti il monitoraggio dell'algoritmo di riferimento⁴⁵: dovendosi analizzare i dati raccolti garantendone la relativa qualità⁴⁶, risulta necessario monitorare il funzionamento del sistema, per far sí che sia effettivamente

dispositive e determinazione del contenuto del contratto, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2020, 566, ove ulteriori riferimenti.

⁴¹ P.M. BENDER, *op. ult. cit.*, spec. 379-382.

⁴² Alcuni autori discorrono di nullità per deroga abusiva (unilaterale) al diritto dispositivo: v., *amplius*, G. D'AMICO, *L'integrazione (cogente) del contratto a mezzo del diritto dispositivo*, in G. D'AMICO e S. PAGLIANTINI (a cura di), *Nullità per abuso e integrazione del contratto*, Torino, 2013, 222-223 e, in senso adesivo, F. DELFINI, *Norme dispositive*, cit., 567 ss. Con stretto riguardo agli *smart contract*, A. GENTILI, *La volontà nel contesto digitale: interessi del mercato e diritti delle persone*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2022, 715, richiamando G. FINOCCHIARO, *Il contratto nell'era dell'intelligenza artificiale*, *ivi*, 2018, 441 ss., 456, valorizza il ruolo cardine della "responsabilità" quale "assunzione del rischio di concludere un contratto con oggetto non determinato ma determinabile, ma comunque riconducibile al contraente in termini di responsabilità se non di volontà". V. anche, attentamente, E. ADAMO, *In tema di contrattazione algoritmica e volontà delle parti*, in *Rass. dir. civ.*, 2024, 2 ss.

⁴³ O. BEN-SHAHAR e A. PORAT, *Personalized Law*, cit., 53-54. Cfr. anche L. KAPLOW, *General Characteristics of Rules*, in F. PARISI (a cura di), *Production of Legal Rules*, *Encyclopedia of Law and Economics*, diretta da G. De Geest, VII, 2^a ed., Cheltenham, Edward Elgar, 2012, 19 ss.

⁴⁴ C. GOANTA, *The Ancient Alien. Good Faith as the Facilitator of Personalized Law*, in *Univ. Chicago L. Rev. online*, 2022, 6.

⁴⁵ O. BEN-SHAHAR e A. PORAT, *Personalized Law*, cit., 56, 202 ss.

⁴⁶ Cfr. C. BUSCH, *Algorithmic Regulation and (Im)Perfect Enforcement in the Personalized Economy*, in C. BUSCH e A. DE FRANCESCHI (a cura di), *Algorithmic Regulation and Personalized Law*, cit., 290.

sempre idoneo ad emanare comandi adeguati – non soltanto in relazione al caso concreto, ma anche all’ordinamento giuridico vigente⁴⁷. In questo senso, dovendo un previo quadro legislativo prevedere delle modalità di controllo degli algoritmi⁴⁸, deve anche considerarsi l’esigenza, proprio in chi chiamato ad operare tali controlli, di un particolare connubio fra competenze scientifiche trasversali per poter garantire l’equilibrato funzionamento dell’algoritmo.

Criticità, poi, si pongono in relazione a possibili lesioni del legittimo affidamento dei consociati sulle principali regole giuridiche⁴⁹, oltre che sull’altrui rispetto delle regole generali⁵⁰.

Le regole generali e astratte, difatti, consentono di governare il caos anche attraverso l’affidamento nei consociati del rispetto delle stesse da parte della collettività; di contro, regole variabili e imprevedibili potrebbero generare lo stesso caos che il diritto si auspica di ricondurre ad ordine⁵¹.

Tutto ciò, peraltro, si ripercuote sull’attendibilità della decisione algoritmica⁵² che, evidentemente, necessita di essere garantita ad ogni costo.

Non mancherebbero, per vero, anche riflessi sulla complessità del mercato, particolarmente in termini di possibile atomizzazione delle pratiche di mercato, così richiedendosi ulteriori interventi normativi per regolare gli algoritmi in esame in relazione alle dinamiche commerciali⁵³.

4. Benefici della regolazione algoritmica. Ipotesi per una corretta personalizzazione del diritto.

A tale enucleazione di criticità giova, ora, accompagnare un primario tentativo di possibili correttivi ad alcuni dei limiti evidenziati.

⁴⁷ C. GOANTA, *The Ancient Alien*, cit., 6, evidenzia i limiti che la personalizzazione recherebbe con sé relativamente alle diversità di standard e approcci normativi, alle singolarità in termini di principi, valori e di norme di dettaglio, fra i diversi ordinamenti giuridici nazionali.

⁴⁸ C. BUSCH, *Algorithmic Regulation*, cit., 290 s.

⁴⁹ Cfr. P.M. BENDER, *Limit of Personalization of Default Rules*, cit., 390 s.

⁵⁰ S.G. MAYSON, *But What Is Personalized Law?*, in *Univ. Chicago L. Rev. online*, 2022, 10 ss.; F. DENOZZA e M. MAUGERI, “Granularization” and Cross-Subsidies, cit., 176 s. Sul tema, fra molti, v. P. PERLINGIERI e P. FEMIA, *Realtà sociale e ordinamento giuridico*, in P. PERLINGIERI, *Manuale di diritto civile*, Napoli, 2022, 13 ss.

⁵¹ A titolo esemplificativo: la consapevolezza che in un centro abitato il limite di velocità sia, di regola, posto fra i 30 ed i 45 km/h ingenera negli automobilisti un’aspettativa sul comportamento altrui e, in teoria, induce a tenere una condotta circolatoria su questo calibrata; un limite variabile potrebbe, dunque, essere fonte di caos. In questo senso, v. P.M. BENDER, *Limit of Personalization of Default Rules*, cit., 407. Cfr. anche H.C. GRIGOLEIT, *Personalized Law: Distinctions and Procedural Observations*, cit., 6, per una riflessione critica sull’ipotesi della personalizzazione algoritmica dei limiti di velocità.

⁵² V., acutamente, sul punto H.C. GRIGOLEIT e P.M. BENDER, *The Law between Generality and Particularity*, cit., spec. 120 s. Cfr. anche P. SAMMARCO, *Osservazioni sulla responsabilità da informazioni inesatte fornite da un chatbot*, in *Dir. inf.*, 2024, 134 ss.

⁵³ C. BUSCH, *Algorithmic Regulation and (Im)Perfect Enforcement in the Personalized Economy*, cit., 291.



Tali perplessità, infatti, non possono che essere considerate unitamente ai possibili benefici identificati, i quali benefici, si ritiene, non possono essere trascurati sol perché sussistono delle vulnerabilità, anche consistenti.

Anzitutto, alla base della personalizzazione algoritmica si pone una ricerca di *precisione normativa*: quantomeno sul piano teorico, mentre una regola generale e astratta si basa su un'analisi statistico-probabilistica, una regola personalizzata, invece, opera sul piano predittivo-individuale. Quest'ultima, dunque, anche in una prospettiva di *better regulation*⁵⁴, è potenzialmente più accurata e, dunque, meglio rispondente alla complessità del reale e alla specifica realtà concreta, salvo quanto detto pocanzi⁵⁵.

Inoltre, poiché il parametro della diligenza media viene a essere sostituito da quello del 'tu diligente'⁵⁶, un comando 'su misura' può risultare più comprensibile per il destinatario concreto e, dunque, dovrebbe essere meglio eseguito rispetto ad uno calibrato sull'agente medio, tramite una versione perfezionata del criterio dell'*id quod plerumque accidit*.

Infine, rispetto all'attuazione dei concetti aperti e alla deroga delle norme dispositive da parte dei soggetti di diritto, l'impiego della personalizzazione ben potrebbe vedersi alla stregua di una singolare forma di "buona fede esecutiva digitale"⁵⁷, utile a rendere più efficiente l'agire privatistico.

Così, il ricorso a sistemi autonomi di personalizzazione del risarcimento potrebbe essere, anzitutto, utile nell'ambito della responsabilità civile e della quantificazione del danno⁵⁸. Pertanto, nella fase di determinazione dell'entità dell'illecito⁵⁹ la complessità di calcolo potrebbe risultare utile alla determinazione di un *quantum debeatur* effettivamente adeguato al danno concreto⁶⁰.

⁵⁴ V., anche per ulteriori riferimenti, F. DI PORTO e A. SIGNORELLI, *Regolare attraverso l'intelligenza artificiale*, in A. PAJNO, F. DONATI e A. PERRUCCI (a cura di), *Intelligenza artificiale e diritto: una rivoluzione? Diritti fondamentali, dati personali e regolazione*, I, Bologna, 2022, spec. 634 ss.

⁵⁵ O. BEN-SHAHAR e A. PORAT, *op. cit.*, spec. 39 ss.

⁵⁶ O. BEN-SHAHAR e A. PORAT, *op. cit.*, spec. 62, letteralmente discorrono del passaggio dal "reasonable person" standard a quello del "reasonable you", con ciò auspicando un mutamento di paradigma valutativo dalla diligenza media alla diligenza della persona concreta alla luce di caratteristiche, competenze e limiti individuali.

⁵⁷ Cfr. M. CIANCIMINO, *Personalizzazione normativa algoritmica*, cit., 30. V. anche, in una diversa prospettiva, C. GOANTA, *The Ancient Alien*, cit., 7-8.

⁵⁸ V., *amplius*, H.C. GRIGOLEIT e P.M. BENDER, *The Law between Generality and Particularity*, cit., 122 ss. Cfr. anche M. GRONDONA, *Responsabilità civile e IA: tra paure e mitizzazioni, meglio un "anything goes" in salsa popperiana*, in *Danno resp.*, 2022, 277 ss.; R. PARDOLESI, *Responsabilità civile su misura?*, *ivi*, 2021, 533 ss. Riflessioni critiche sul punto in C.M. SHARKEY, *Personalized Damages*, in *Univ. Chicago L. Rev. online*, 2 ss. In una prospettiva ampia, sull'onere della prova nella responsabilità, v., attentamente, F. PARISI e G. FREZZA, *Burdens of proof in establishing negligence: a comparative economic analysis*, in *The Italian L. J.*, 2023, 77 ss.

⁵⁹ P. PERLINGIERI, *Struttura algoritmica e interpretazione*, cit., 487.

⁶⁰ V., anche per ulteriori riferimenti, P. VIRGADAMO, *La Suprema Corte ci ripensa ancora: il danno non patrimoniale è "ontologicamente" pluripartito, le Tabelle milanesi (del 2018) non sono del tutto eque e l'art. 138 c.a.p. si applica anche se inattuato*, in *Dir. fam. pers.*, 2021, 57 ss.; A. VIGLIANISI FERRARO, *Il controverso statuto del danno non patrimoniale in Italia. Fra cortocircuiti giurisprudenziali e prospettive di riforma*, Napoli, 2024, 73 ss. Spunti sul futuro del sistema tabellare in G. D'AIETTI, *Le tabelle a punti del danno da morte: una predittività (finalmente) concreta, misurata e realizzata da giuristi*, in *Foro it.*,



Similmente, gioverebbe della personalizzazione algoritmica l’attuazione di specifici concetti aperti. Particolarmente con riguardo all’adempimento degli obblighi informativi consumeristici, ove la preventiva *disclosure* dovrebbe essere “adeguata”⁶¹, tarare il contenuto ed il quantitativo di informazioni sul destinatario delle stesse, pur garantendo la possibilità di accedere all’informativa completa, potrebbe concorrere a rendere le informazioni precontrattuali meno oscure e più efficaci. Si eviterebbe, in questo modo, un adempimento soltanto formale di tali obblighi⁶², anche alla luce della discussa effettività di tali oneri⁶³. Così, è stata suggerita la possibilità di valorizzare il ruolo della clausola generale di buona fede non soltanto nel diritto del digitale, ma anche in una prospettiva di diritto dei consumatori personalizzato⁶⁴.

Posto, dunque, tale connubio tra criticità e vantaggi, in una prospettiva di bilanciamento, giova provare a individuare possibili contrappesi in grado di garantire future applicazioni di regolazione algoritmica effettivamente conformi all’ordinamento vigente e ai suoi valori, nel pieno rispetto della dignità umana.

4.1. Possibili correttivi.

Guardando ai limiti del *Personalized Law* sopra individuati, un primo contrappeso si può rinvenire nei meccanismi di *opt-in*. Delegare al singolo la scelta di servirsi di tali sistemi, difatti, presupponendo una previa piena comprensione del funzionamento di questi, garantirebbe una teorica assunzione di responsabilità dell’utente rispetto ai rischi ivi sottesi.

Ciò, ovviamente, presuppone uno sviluppo di tali sistemi che tenga in debito conto le relative implicazioni sociali e relazionali sulle dinamiche umane⁶⁵. Rileggendo in chiave assiologica il principio di *privacy by design*

2022, V, c. 284 ss. e ID., *Le tabelle a punti per il danno da morte: un innovativo strumento per misurare il diritto. La predittività giuridica resa concreta*, in *Ius*, 2022.

⁶¹ V., *ex multis*, gli artt. 49, I co., lett. a, c. cons., 21 t.u.f., 124 t.u.b., 183 c.a.p. Cfr. sulla tematica D. RUSSO, *Sull’informazione nei contratti*, Napoli, 2016, 112 ss.

⁶² F. DI PORTO, *Good algorithms, better rules*, cit., 127 ss.; C. BUSCH, *Algorithmic Regulation and (Im)Perfect Enforcement in the Personalized Economy*, cit., 283 ss.; P. SIRENA, *The role played by ‘granular legal norms’ in the protection of vulnerable consumers*, in *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, 2022, 3263 ss. V., poi, H. MICKLITZ, *De- or Re-typification through Big Data Analytics? The Case of Consumer Law*, in C. BUSCH e A. DE FRANCESCHI (a cura di), *Algorithmic Regulation and Personalized Law*, cit., 207 ss., per una critica della tipizzazione nell’odierno diritto dei consumatori europeo.

⁶³ Sui limiti all’efficacia degli obblighi informativi precontrattuali, cfr. C. BUSCH, *The Future of Pre-Contractual Information Duties*, cit., 221 ss.; Y. BAKOS, F. MAROTTA-WURGLER e D.R. TROSSEN, *Does Anyone Read the Fine Print? Consumer Attention to Standard-Form Contracts*, in *J. Legal Studies*, 2014,1, 32; O. BEN-SHAHAR e C.E. SCHNEIDER, *More than You Wanted to Know: The Failure of Mandated Disclosure*, Princeton, Princeton University Press, 2014, spec. 67 ss.; I. AYRES e A. SCHWARTZ, *The No-Reading Problem in Consumer Contract Law*, in *Stanford L. Rev.*, 2014, 545 ss.

⁶⁴ C. GOANTA, *The Ancient Alien*, cit., 7-8.

⁶⁵ Come rilevato da R. CATERINA, *Autonomia e intelligenza artificiale*, in P. PERLINGIERI, S. GIOVA e I. PRISCO (a cura di), *Il trattamento algoritmico dei dati tra etica, diritto ed economia*, Napoli, 2020, 142, “l’essere umano non ha in concreto gli strumenti per

ex art. 25 GDPR, risulta, quindi, necessario garantire una progettazione che, anche sul piano tecnico, miri a rispettare la dignità della persona umana, arginando i pericoli per gli utenti provando a garantire le unicità di questi. Un supporto in tal senso potrebbe giungere dal potenziamento del ruolo della ‘casualità’ nelle decisioni algoritmiche, al fine di arginare il rischio che i profili pregressi possano appiattire l’autonomia dei consumatori creando una *filter bubble* di matrice algoritmica⁶⁶.

Al fine di arginare i rischi di compromissione della libertà di autodeterminazione, poi, secondo alcuni autori, risulterebbe utile, particolarmente nei rapporti privatistici, valorizzare la possibilità di predisporre specifici rimedi civilistici, calibrati in relazione al singolo ambito di applicazione⁶⁷. Ad esempio, in una prospettiva di potenziamento della protezione consumeristica nei confronti di soggetti le cui scelte siano state influenzate o determinate dall’uso esterno di algoritmi intelligenti, risulterebbe opportuno garantire un precipuo diritto di recesso a tutela dalla peculiare distorsione delle loro preferenze⁶⁸.

Rispetto alle criticità applicative, nella prospettiva dei fautori di tale prospettiva, la necessaria definizione *ex ante* ed in maniera stringente dei criteri di funzionamento dei sistemi algoritmici può consentire di gestire al meglio i costi informativi ed economici legati all’utilizzo degli stessi⁶⁹.

Nell’ottica di favorire una maggiore trasparenza nella profilazione, poi, si renderebbe necessaria l’individuazione di strumenti di monitoraggio delle relative attività prodromiche di raccolta di dati, di là da un più generale monitoraggio del digitale⁷⁰.

4.2. Spunti applicativi.

Rispetto alla coerenza sistematica della personalizzazione algoritmica, è possibile rinvenire alcuni spunti ermeneutici utili per delinearne alcuni

sottoporre a vaglio critico i risultati elaborati dall’intelligenza artificiale, e dunque non può che recepirli integralmente”.

⁶⁶ G. WAGNER e H. EIDENMÜLLER, *Down by Algorithms? Siphoning Rents, Exploiting Biases, and Shaping Preferences: Regulating the Dark Side of Personalized Transactions*, in *Univ. Chicago L. Rev.*, 2019, 604 s., per i quali gli algoritmi, pur negli inevitabili limiti regolatori, “would have to comply with the principle of nondiscrimination and conform to a serendipity requirement. Introducing an element of randomness into the algorithm would help to loosen the grip that past choices exert on present transactions”. Cfr., in tema di *filter bubble* e tutela degli utenti, M. BIANCA, *La Filter Bubble e il Problema dell’Identità Digitale*, in E. DE BELVIS (a cura di), *Diritto di famiglia e nuove tecnologie*, 2022, 31 ss.

⁶⁷ G. WAGNER e H. EIDENMÜLLER, *op. cit.*, 596 ss.

⁶⁸ G. WAGNER e H. EIDENMÜLLER, *op. cit.*, 596 s. *Contra*, C. BUSCH, *Algorithmic Regulation and (Im)Perfect Enforcement*, cit., 187 s.

⁶⁹ Cfr. O. BEN-SHAHAR e A. PORAT, *Personalized Law*, cit., 122 ss., 145 ss.; A. PORAT e J.L. STRAHILEVITZ, *Personalizing Default Rules and Disclosure with Big Data*, in C. BUSCH e A. DE FRANCESCHI (a cura di), *Algorithmic Regulation and Personalized Law*, cit., 32 ss. Ma v. P.M. BENDER, *Limit of Personalization of Default Rules*, cit., spec. 406 ss. in relazione al “role model of equal citizen” quale fondamento delle libertà costituzionali e ai rischi per la coesione sociale.

⁷⁰ C. GOANTA, *The Ancient Alien*, cit., 6.

indici necessitanti di essere valorizzati nell’ottica di una “attività positiva di ricerca e verifica”⁷¹.

Anzitutto, si noti che, in accordo con l’art. 22 GDPR, la profilazione e le decisioni automatizzate possono essere lecite, nel rispetto delle relative condizioni⁷². Si ha, quindi, una pur minima base legale che, garantendo il diritto di verifica tramite un operatore umano e la comprensibilità della decisione⁷³ potrebbe fungere da necessaria, ma non *ex se* sufficiente, base giuridica.

Sul punto, poi, il Reg. UE 2024/1689 sull’intelligenza artificiale (c.d. AI Act) può fornire delle linee guida sullo sviluppo dei predetti algoritmi, nella misura in cui finalizzato a garantire la “conformità” del prodotto AI immesso sul mercato⁷⁴. Un’appropriata indagine in tal senso, dunque, dovrà riguardare la possibilità che concreti sistemi di personalizzazione normativa intercettino o meno una o più delle applicazioni vietate di IA di cui all’art.

⁷¹ Così, in una sensibile riflessione sul ruolo della più profonda attività ermeneutica nella ricerca del vero, G. VETTORI, *Cercare la verità nel diritto. Primi appunti*, in questa *Rivista*, 2023, 410.

⁷² C. BUSCH e A. DE FRANCESCHI, *Granular legal norms*, cit., 330 s. Sull’idoneità dell’art. 22 GDPR a regolare le decisioni automatizzate v., anche per ulteriori riferimenti, G. RESTA, *Governare l’innovazione tecnologica*, cit., 234 s.; S. SAPIENZA, *Decisioni algoritmiche e diritto*, cit., 40 ss.; A.G. GRASSO, *GDPR feasibility*, cit., 30 ss.

⁷³ Sul rapporto fra art. 22 GDPR e ‘comprensibilità’ della decisione adottata dagli algoritmi intelligenti, v., fra tanti: S. WACHTER, B. MITTELSTADT e L. FLORIDI, *Why a Right to Explanation of Automated Decision-Making Does Not Exist in the General Data Protection Regulation*, in *Int. Data Privacy L.*, 7 (2), 2017, 76 ss.; G. MALGIERI e G. COMANDÉ, *Why a Right to Legibility of Automated Decision-Making Exists in the General Data Protection Regulation*, in *Int. Data Privacy L.*, 7 (4), 2017, 243 ss.; G. MALGIERI, *Automated decision-making in the EU Member States: The right to explanation and other “suitable safeguards” in the national legislations*, in *Computer L. Security Rev.*, 35 (5), 2019, 2 ss.; L. EDWARDS e M. VEALE, *Slave to the Algorithm? Why a “Right to an Explanation” is Probably Not the Remedy You Are Looking For*, in *Duke L. and Technology Rev.*, 18 (2017); KAMINSKI, *The Right to Explanation, Explained*, in *Berkeley Tech. L. J.*, 34 (189), 2019, 196 ss. C. TABARRINI, *Understanding the Big Mind. Does the GDPR Bridge the Human-Machine Intelligibility Gap?*, in *J. Eur. Consumer and Market L.*, 2020, 135-143; G. NOTO LA DIEGA, *Against the Dehumanization of Decision-Making – Algorithmic Decisions at the Crossroads of Intellectual Property, Data Protection, and Freedom of Information*, in *JIPITEC*, 9 (3), 2018, 23 ss.; GRUPPO DI LAVORO ARTICOLO 29, *Linee guida sul processo decisionale automatizzato relativo alle persone fisiche e sulla profilazione ai fini del regolamento 2016/679*, 6 febbraio 2018, in *ec.europa.eu*, 27 ss. Sia consentito il rinvio anche all’analisi svolta in M. CIANCIMINO, *Protezione e controllo dei dati in ambito sanitario e Intelligenza Artificiale. I dati relativi alla salute tra novità normative e innovazioni tecnologiche*, Napoli, 2020, 82 ss., 100 ss.

⁷⁴ Cfr. S. ORLANDO, *Gli emendamenti alla proposta di AI Act approvati dal Parlamento europeo il 14.6.2023*, in questa *Rivista*, 2023, 378 ss.



5, § 1, AI Act⁷⁵, oltre all’effettivo inquadramento basato sul rischio di cui agli artt. 6 ss. del citato Reg.⁷⁶.

Peraltro, lo stesso Reg., agli art. 57 ss., prevede e regola gli “spazi di sperimentazione normativa” (c.d. *sandbox*). Il ricorso a tali spazi, dunque, può risultare utile nell’ottica di una più approfondita indagine sulla portata applicativa, su benefici, rischi e implicazioni di tale paradigma regolatorio⁷⁷.

Si tratta di spunti interessanti, che valorizzano principalmente la necessità di una sperimentazione concreta, ma, si teme, non autonomamente sufficienti a garantire un effettivo impiego di tali sistemi in difetto di un quadro regolatorio effettivamente idoneo a governare e domare la dirompenza di un tale modello normativo con riguardo tanto ai principi e ai valori fondamentali quando agli equilibri sociali e relazionali.

5. Conclusioni.

La personalizzazione normativa algoritmica è, in definitiva, un paradigma che promette norme progettate e applicate sulla base di un’elaborata profilazione del singolo.

Questa, secondo quanto emerso, può risultare un oscuro modello giuridico, sia per l’eterogeneità delle possibili applicazioni che per la natura utopica, talora distopica, di alcune di queste.

Non si negano i possibili rischi, né possono nascondersene i benefici. Proprio questa composita natura, tuttavia, induce a soffermarsi su di essa per cercare di comprenderla in profondità. Se il progresso ha sempre un costo, tale costo necessita di essere accettato soltanto a séguito di un’attenta ponderazione⁷⁸, particolarmente quando, come nel caso in esame, l’innovazione tecnologia può impattare sui diritti e sulle libertà fondamentali.

Di certo, vantaggi può recare l’analisi personalizzata del *quantum* risarcitorio, così come l’ostensione individualizzata delle informazioni precontrattuali; invero, il panorama giuridico e tecnico ad ora non sembra contemplare la possibilità di una ‘giustizia del caso concreto su base algoritmica’.

È vero che, forse, obiettivo della personalizzazione normativa algoritmica non dovrebbe essere quello di risultare un modello perfetto di

⁷⁵ Su cui v. C. GOANTA, *Regulatory Siblings: The Unfair Commercial Practices Directive Roots of the AI Act*, in I. GRAEF e B. VAN DER SLOOT (a cura di), *The Legal Consistency of Technology Regulation in Europe*, cit., 75 ss.; M. LEISER, *Psychological Patterns and Article 5 of the AI Act: AI-Powered Deceptive Design in the System Architecture and the User Interface*, in *J. AI L. Regulation*, 2024, 8 ss.; S. SAPIENZA, *Decisioni algoritmiche e diritto*, cit., 95 ss.;

⁷⁶ Cfr. S. ORLANDO, *Regole di immissione sul mercato e «pratiche di intelligenza artificiale» vietate nella proposta di Artificial Intelligence Act*, in questa *Rivista*, 2022, 346 ss., spec. 351 ss.

⁷⁷ F. DI PORTO e A. SIGNORELLI, *Regolare attraverso l’intelligenza artificiale*, cit., 640 ss., in una prospettiva sistematica propongono l’impiego di tali spazi per la sperimentazione di nuovi modelli regolatori su base algoritmica.

⁷⁸ In tal senso, A. BERTOLINI, *Governare il potenziamento umano attraverso i principi di dignità e uguaglianza. Appunti per un quadro teorico-dogmatico di riferimento*, in *Pol. dir.*, 2022, spec. 441 ss.

normazione, ma soltanto ‘meno imperfetto’ dell’attuale imperfetto sistema giuridico⁷⁹; cionondimeno, si reputa necessaria un’attenta indagine scientifica per comprendere in che termini questa possa effettivamente giovare alla quotidianità dei consociati.

Senza, dunque, temere le novità tecnologiche, ma parimenti senza osannarle acriticamente, si avverte l’esigenza di un quadro regolatorio adatto alle specificità delle intelligenze artificiali in uno con la “diffusione di una cultura antropocentrica e solidale”⁸⁰. Sarà, così, opportuno avviare una riflessione interdisciplinare su come orientare questo modello di normazione al bene comune, nel rispetto dei principi ordinamentali e dei diritti fondamentali della persona, valutandone criticità tecniche, rischi e opportunità in uno con le implicazioni sociali e culturali.

Soltanto un tale approccio, si ritiene, potrà, da un lato, condurre i giuristi ad una piena comprensione di tali fenomeni, nell’ottica di una giusta regolazione, e, dall’altro, garantire ai consociati l’accesso a una equilibrata armonizzazione della tecnologia nei diversi ambiti di vita.

⁷⁹ In questi termini, C. COGLIANESE, *Moving Toward Personalized Law*, in *Univ. Chicago L. Rev. online*, 2022, 14.

⁸⁰ P. PERLINGIERI, *Sul trattamento algoritmico dei dati*, in *Tecn. dir.*, 2020, 189 s.



OBBLIGO DI PAGAMENTO “CONDIZIONATO” NEI CONTRATTI TELEMATICI: DOVERI INFORMATIVI DEL PROFESSIONISTA, TUTELA DEL CONSUMATORE E DIRITTI DEI TERZI INTERESSATI

Nota a Corte di Giustizia, 30 maggio 2024, causa C-400/22 V.T., *U.R. c. Conny GmbH*

| 1009

Di Chiara Sartoris

SOMMARIO: 1. *Ordine inoltrato mediante pulsante e contratti telematici con obbligo di pagamento “condizionato”: le ragioni del rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia.* - 2. *La disciplina degli obblighi informativi del professionista nei contratti a distanza e il problema rimediale.* - 3. *Orientamenti della Corte di Giustizia in tema di trasparenza dei contratti telematici.* - 4. *Postilla sui profili processuali: la legittimazione all’azione di nullità dei terzi interessati tra nuovi interrogativi e possibili criticità.*

ABSTRACT. La Corte di Giustizia nella causa C-400/22 chiarisce l’ambito di operatività della regola di trasparenza di cui all’art. 8 della direttiva 2011/83/UE estendendone la portata alle fattispecie dei contratti telematici recanti un obbligo di pagamento “condizionato” al ricorrere di determinate circostanze. La condivisibilità della soluzione sul piano della disciplina degli obblighi informativi a carico del professionista presenta, però, delle criticità in relazione ai profili processuali in punto di legittimazione all’azione di nullità, sollevando numerosi dubbi interpretativi.

The EU Court of Justice case C-400/22 clarifies the field of application of the transparency rule of art. 8 directive 2011/83/EU by extending it to telematic contracts which pose a “conditional” duty of payment. This solution, while acceptable on the ground of the rules concerning business’s duties of information, however, is open to criticisms in relation to the processual ground with reference to the legitimacy to the exercise of the nullity action, thus it arises several interpretative doubts.



1. Ordine inoltrato mediante pulsante nei contratti telematici con obbligo di pagamento “condizionato”: le ragioni del rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia

| 1010

La virtualità e la rapidità con cui è possibile concludere contratti mediante la rete è spesso fonte di incertezze in ordine al carattere oneroso o gratuito dei beni o dei servizi acquistati, soprattutto di quelli a contenuto digitale. Per questo motivo, nell’ambito del commercio elettronico, gli obblighi informativi posti dal legislatore europeo a carico del professionista costituiscono uno strumento di primaria importanza nell’ottica della tutela del consumatore. Ancora numerosi, tuttavia, sono i dubbi interpretativi concernenti la disciplina dettata dalla direttiva 2011/83/UE sui diritti dei consumatori¹ e, più in generale, lo statuto consumeristico euro-unitario. Non a caso, in una recente e interessante pronuncia², la Corte di Giustizia offre un importante chiarimento in ordine alla interpretazione dell’art. 8 della direttiva 2011/83/UE, norma centrale per le moderne economie fondate sul commercio elettronico. Secondo tale disposizione, nei contratti conclusi a distanza³ con mezzi elettronici il pulsante di inoltro di un ordine deve

¹ La direttiva 2011/83/UE, recepita dall’ordinamento italiano con il d.lgs. 21 febbraio 2014, n. 21, interviene ad abrogare le direttive 86/577/CE e 97/7/CE, rispettivamente in materia di contratti a distanza e di contratti negoziali fuori dei locali commerciali, nonché a modificare le direttive 93/13/CE in materia di clausole abusive e 99/44/CE in materia di garanzie nella vendita di beni di consumo. Per un primo studio sui contenuti della direttiva 2011/83/UE si rinvia alla seguente letteratura: S. MAZZAMUTO, *La nuova direttiva sui diritti del consumatore*, in *Eur. dir. priv.*, 2011, 861 ss.; I. RIVA, *La direttiva di armonizzazione massima sui diritti dei consumatori, o almeno ciò che ne resta*, in *Contr. e impr./Eur.*, 2011, 2, 754 ss.; G. D’AMICO, *Direttiva sui diritti dei consumatori e Regolamento sul Diritto comune europeo della vendita: quale strategia dell’Unione europea in materia di armonizzazione?*, in *Contr.*, 2012, 611 ss.; R. ALESSI, *I diritti dei consumatori dopo la Direttiva 2011/83/UE*, in *Persona e diritto*, a cura di R. Alessi, S. Mazzamuto, S. Mazarese, Milano, 2013, 315 ss.; G. DE CRISTOFARO, *La direttiva 2011/83/UE sui “diritti dei consumatori”: ambito di applicazione*, in *Annuario del contratto 2011*, Torino, a cura di V. Roppo e A. D’Angelo, 2012, 30 ss.; E. BATTELLI, *L’attuazione della direttiva sui diritti dei consumatori tra rimodernizzazione di vecchie categorie e “nuovi” diritti*, in *Eur. dir. priv.*, 2014, 3, 927 ss.

² Cfr. Corte di Giustizia, 30 maggio 2024, causa C-400/22 V.T., U.R. c. *Conny GmbH*, in *Foro it.*, 2024, 6, 307 ss.

³ La disciplina dei contratti a distanza, inizialmente contenuta in una direttiva *ad hoc* (direttiva 97/7/CE) - così come la disciplina dei contratti fuori dai locali commerciali (direttiva 85/577/CEE) - è oggi confluita all’interno della direttiva 2011/83/UE, che unifica in un unico testo le due discipline menzionate con l’obiettivo di garantire un più elevato livello di protezione dei consumatori. In tema di contratti a distanza cfr. G. ALPA, *Vendite a distanza: nuove garanzie a tutela del consumatore*, in *Contr.*, 1997, 4, 421 ss.; S. BASTIANON, *Prime osservazioni sulla Direttiva 97/7/CE in tema di contratti a distanza*, in *Resp. civ. e prev.*, 1997, 1277 ss.; F.A. REGOLI, *Due note sulla Direttiva concernente i contratti a distanza: la Direttiva 97/7/CE riguardante la protezione dei consumatori nei contratti a distanza*, in *Contr. e impr./Eur.*, 1997, 841 ss.; M.A. LIVI, *L’attuazione della Direttiva 97/7/CE riguardante la protezione dei consumatori in materia*

includere un'indicazione espressa circa la sussistenza di un obbligo di pagamento connesso all'ordine o un'analogia funzione. Non è chiaro, tuttavia, se siffatta regola riguardi solo i casi in cui il corrispettivo a titolo oneroso sia dovuto incondizionatamente; oppure se possa essere estesa anche ai casi in cui detto corrispettivo sia dovuto al ricorrere di determinate condizioni. Vediamo in che senso.

La vicenda da cui origina il rinvio pregiudiziale riguarda un contratto di gestione di affari concluso a distanza e con mezzi elettronici tra una società a responsabilità limitata tedesca operante nel settore del recupero crediti e i conduttori di un appartamento situato a Berlino. In forza di tale contratto, la società agisce in qualità di cessionaria dei diritti dei conduttori nei confronti dei locatori allo specifico scopo di far conseguire loro il rimborso dell'eccedenza del canone di locazione. In accordo con l'art. 556d del BGB, infatti, in caso di superamento del massimale di importo dei canoni stabilito per legge, il conduttore ha diritto a recuperare il credito consistente nella maggior somma pagata al locatore a titolo di canone di locazione⁴. La conclusione del contratto di gestione di affari per il recupero del credito avviene sul sito web della società intermediaria, previa registrazione dell'utente e approvazione delle condizioni generali. All'interno di queste, è fatto riferimento al carattere oneroso del contratto, mentre dell'obbligo di pagamento non vi è alcuna espressa menzione al momento della effettiva conclusione del medesimo. Per confermare e inoltrare l'ordine, agli utenti è semplicemente richiesto di cliccare su un apposito pulsante, intitolato "Conferma, procura e cessione, autorizzazione" e di sottoscrivere un apposito modulo. Il problema è che detto formulario non reca alcuna informazione circa l'obbligo di pagamento incombente sui conduttori. A quest'ultimo riguardo, la fattispecie in esame si caratterizza per una particolarità: l'obbligo di pagamento assunto dai conduttori è del tutto eventuale, perché condizionato all'effettivo recupero delle somme dovute da parte della società intermediaria.

Ebbene, proprio il carattere non incondizionato dell'obbligo in esame fa sorgere i dubbi interpretativi circa il corretto adempimento dei doveri informativi da parte del professionista. Di fronte alla decisione dell'*Amtsgericht Berlin Mitte* di accogliere la richiesta di rimborso

di contratti a distanza, in *Contr. e impr.*, 1998, 1102 ss.; B. RUGGIERO, *La disciplina dei contratti a distanza e la trasparenza contrattuale*, in *Rass. dir. civ.*, 2001, 1, 232 SSS.; A. FRATERNALE, *I contratti a distanza*, Milano, 2002; S. MAZZAMUTO, *La nuova direttiva sui diritti del consumatore*, in *Eur. dir. priv.*, 2011, 861 ss.; R. PARDOLESI, *La direttiva sui diritti dei consumatori (direttiva 25 ottobre 2011 n. 2011/83/UE). Contratti dei consumatori e armonizzazione: minimax e commiato?*, in *Foro it.*, 2012, 5, 177 ss.; C. PILIA, *Contratti a distanza e diritti dei consumatori*, Trento, 2012; F. BRAVO, *I contratti a distanza nel codice del consumo e nella direttiva 2011/83/UE. Verso un codice europeo del consumo*, Milano, 2013.

⁴ Art. 556d BGB (*Zulässige Miethöhe bei Mietbeginn; Verordnungsermächtigung*): «(1) Wird ein Mietvertrag über Wohnraum abgeschlossen, der in einem durch Rechtsverordnung nach Absatz 2 bestimmten Gebiet mit einem angespannten Wohnungsmarkt liegt, so darf die Miete zu Beginn des Mietverhältnisses die ortsübliche Vergleichsmiete (§ 558 Absatz 2) höchstens um 10 Prozent übersteigen.»



presentata dalla società intermediaria per conto dei conduttori, i locatori si rivolgono al *Landgericht Berlin*: la difesa si fonda sulla doglianza del difetto di legittimazione della società ricorrente a far valere i diritti del conduttore, dal momento che l’incarico sarebbe stato conferito sulla base di un contratto reputato nullo. Le modalità di conclusione del contratto di gestione d’affari vengono reputate contrarie all’art. 312j, paragrafi 3 e 4, del BGB - e, quindi, all’art. 8, paragrafo 2, comma 2, della direttiva 2011/83/UE - poiché il pulsante presente sul sito web della società per confermare l’ordine e concludere il contratto avrebbe dovuto riportare le parole “ordine con obbligo di pagare” o una formulazione analoga. E ciò, ad avviso dei locatori, ancorché, nella specie, l’obbligo di pagamento risultasse del tutto eventuale, perché condizionato dal buon esito dell’azione di recupero del credito. A fronte di una disomogeneità interpretativa esistente presso le Corti nazionali tedesche, il rinvio pregiudiziale disposto dal *Landgericht Berlin* mira, appunto, a stabilire se l’art. 8, parag. 2, comma 2, della direttiva 2011/83/UE sia applicabile anche nei casi in cui un corrispettivo a titolo oneroso sia dovuto soltanto al ricorrere di talune condizioni ulteriori ed eventuali, come il possibile esito positivo dell’azione giudiziale o un’ulteriore diffida ad adempiere rivolta a un terzo.

Chiara, dunque, la rilevanza del quesito sottoposto alla Corte di Giustizia nella prospettiva della effettività della tutela da assicurare al consumatore, parte di un contratto a distanza caratterizzato da un “obbligo di pagamento condizionato”. Ma altrettanto palesi risultano le peculiarità della fattispecie in esame. Al di là di un possibile dubbio sulla corretta qualificazione del rapporto contrattuale principale in termini di rapporto B2C e, conseguentemente, sull’applicabilità dello statuto consumeristico a favore dei conduttori, preme segnalare un altro aspetto. La decisione merita un’attenta riflessione anche per un aspetto di ordine processuale che, lungi dall’apparire secondario o accessorio rispetto al cuore della questione interpretativa principale, appare denso di relevantissime implicazioni di livello teorico per le discipline nazionali. Nel sondare le ragioni della ricevibilità del rinvio, la Corte di Giustizia compie una interessante riflessione sul profilo della legittimazione a far valere il rimedio consumeristico (la nullità) da un particolare punto di vista, cioè in relazione ai diritti spettanti ai terzi interessati alla caducazione del contratto. Verificata la nullità del contratto di gestione di affari, la Corte di Giustizia prende posizione sulla legittimazione a far valere il rimedio protettivo, in quanto la nullità del contratto viene domandata non dalla parte protetta (i conduttori dell’immobile), ma da un soggetto terzo (i locatori). Evidente la delicatezza di questo profilo, a cui si assommano, come si dirà, le incertezze interpretative legate alla circolazione del credito quando venga in considerazione un contratto soggetto al regime di protezione. Si tratta di interrogativi che toccano il cuore della disciplina consumeristica. Oltretutto, la vicinanza temporale della pronuncia con l’anniversario dei trent’anni



dalla direttiva 93/13/CEE rende tale riflessione più che mai attuale, a conferma dei molteplici nodi interpretativi ancora irrisolti nella materia⁵.

2. La disciplina degli obblighi informativi del professionista nei contratti a distanza e il problema rimediabile

Prima di soffermarsi sulle questioni da ultimo evocate, giova richiamare le coordinate normative alla base della decisione.

La tecnica del “*point and click*” con cui viene concluso il contratto oggetto di impugnazione è propria dei contratti a distanza disciplinati dall’art. 2, punto 7, della direttiva 2011/83/UE: in queste fattispecie, sia la fase della contrattazione, sia la fase della stipulazione avvengono tra parti che non sono fisicamente presenti nello stesso luogo e attraverso l’impiego esclusivo di “mezzi di comunicazione a distanza”. Proprio il mezzo impiegato e la frequente difficoltà per i consumatori di comprendere se i beni o servizi offerti mediante internet siano a titolo gratuito o a titolo oneroso giustificano una loro speciale protezione attraverso la valorizzazione degli obblighi informativi a carico della controparte. Merita soffermarsi sul punto.

Nota da tempo, almeno in relazione alle vendite per corrispondenza e alle vendite a comunicazione diretta (tramite posta elettronica o altri sistemi di messaggistica), la contrattazione a distanza conosce, con l’avvento di internet e delle piattaforme digitali, uno sviluppo esponenziale, sollevando nuove e più complesse questioni legate alle specificità del mezzo impiegato per la conclusione della transazione⁶. Il commercio online, invero,

⁵ Per una panoramica sulle molteplici questioni interpretative esistenti in relazione alla direttiva 93/13/CEE a trent’anni dalla sua adozione si rinvia a AA.VV., *Le clausole abusive nei contratti dei consumatori. Trent’anni di direttiva 93/13*, a cura di S. Pagliantini, in *Speciali del Foro italiano*, Milano, 2024.

⁶ In principio furono i contratti telematici, che si fondavano pur sempre su una comunicazione diretta, ancorché a distanza, tra le parti attraverso fax o posta elettronica. A essi oggi si affiancano o si sostituiscono i contratti *online*, cioè contratti che si svolgono interamente nel contesto digitale e che, proprio attraverso l’interazione con interfacce digitali, si fondano su forme di comunicazione indiretta, come la modalità *point and click*, *click-wrap* o *browse-wrap*. Tali ultime modalità pongono il rilevante problema dell’inquadramento dello schema in base al quale si concludono i contratti *online*. Il dibattito si è sviluppato su più posizioni dottrinali, essendo stato proposto di inquadrarli tanto entro lo schema dell’offerta al pubblico (art. 1336 c.c.), quanto entro lo schema dell’invito a offrire. A ciò si aggiunga che, solitamente, la conclusione del contratto richiede la previa accettazione delle condizioni generali predisposte dal gestore della piattaforma *online*. Per una ricostruzione del dibattito si rinvia ai seguenti Autori: A. GAMBINO, *L’accordo telematico*, Milano, 1997; P. PARIGI, *Contratti on line*, in *Internet. Nuovi problemi e questioni controverse*, Milano, 2001; G. FINOCCHIARO, *La letteratura sul contratto telematico*, in *Contr. e impr.*, 2002, 3, 1197 ss.; V. RICCIUTO, *Il contratto telematico e i pagamenti elettronici, l’esperienza italiana e spagnola a confronto*, Milano, 2004; G. PERLINGIERI, *Il contratto telematico*, in D. VALENTINO, *Manuale di diritto dell’informatica*, Napoli, 2004; L. FOLLIERI, *Il contratto concluso in Internet*, Napoli, 2005; A. LISI, *I contratti di Internet. Sottoscrizione, nuovi contratti, tutela del consumatore, privacy e mezzi di pagamento*, in *Giurisp. crit.*, 2006, 35 ss.; P. PACILEO, *Contratti on line e pagamenti elettronici*, Torino, 2010; E. TOSI, *Contratti informatici, telematici e virtuali*.



rappresenta una relevantissima opportunità di semplificazione e di velocizzazione della contrattazione, ma nasconde anche altrettanto rilevanti rischi per i consumatori. L’inoltro di un ordine di acquisto attraverso un semplice *click* effettuato su qualsiasi dispositivo elettronico nell’ambito di qualsiasi sito internet o piattaforma digitale comporta un inevitabile abbassamento dell’attenzione dell’utente sui dettagli e sulle condizioni dell’operazione, nonché sulle sue reali caratteristiche. Non solo, ma la dinamicità delle relazioni digitali importa anche una sostanziale ibridazione dei caratteri dei singoli contratti, apparendo sempre più sfumata la natura onerosa o gratuita. Basti pensare ai casi in cui lo scambio di beni o servizi avvenga non verso un corrispettivo in denaro, ma verso il conferimento, da parte dell’utente, di dati personali, che il gestore del servizio online può trattare per le più diverse finalità, così da monetizzarne il valore. O, ancora, si pensi ai casi in cui il contratto apparentemente non richieda l’immediato versamento di un corrispettivo, ma nasconda obbligazioni accessorie onerose. Ebbene, la spersonalizzazione del rapporto contrattuale, la distanza tra le parti, la difficoltà di identificare il professionista e l’ambiguità o la intrasparenza delle condizioni contrattuali pongono i consumatori nella condizione di non essere sempre in grado di comprendere chiaramente a quali obblighi si vincolano nel momento in cui premono il tasto di inoltro dell’ordine. In un contesto siffatto, dove necessaria si rende la predisposizione di tutele specifiche per il consumatore, cruciale è il ruolo della informazione.

La disciplina dei contratti a distanza, originariamente introdotta dalla direttiva 97/7/CE, e poi confluita nella direttiva 2011/83/UE sui diritti dei consumatori intende assicurare uno *standard* di tutela consumeristica omogeneo sia per i contratti conclusi a distanza, sia per i contratti conclusi fuori dai locali commerciali⁷. L’aspetto di novità della normativa in

Nuove frontiere e procedimenti formativi, Milano, 2010; F. AZZARRI, *La conclusione dei contratti telematici nel diritto privato europeo*, in *Contr.*, 2010, 3, 301 ss.; R. FAVALE, *La conclusione del contratto telematico*, in *Giur. mer.*, 2013, 2555 ss.; E. BATTELLI, *Riflessioni sui procedimenti di formazione dei contratti telematici e sulla sottoscrizione on line delle clausole vessatorie*, in *Rass. dir. civ.*, 2014, 4, 1068 ss.; A. ADDANTE, *Tutela del consumatore nei contratti telematici e nuove frontiere del diritto europeo della vendita*, Padova, 2016.

⁷ I contenuti della direttiva 2011/83/UE sono confluiti, nell’ordinamento italiano, all’interno del codice del consumo, in un nuovo capo I del titolo III, parte III (artt. 48-67). In particolare, il recepimento della direttiva in esame è intervenuto con il d.lgs. 21 febbraio 2014, n. 21, che ha profondamente modificato il codice del consumo con l’introduzione della disciplina del capo I, titolo III, parte III rubricato “Diritti dei consumatori nei contratti”. Cfr. F. NOVARA, *I contratti a distanza nel codice del consumo: genesi, disciplina e recesso*, in *Contr.*, 2014, 2, 178 ss.; F. DELFINI, *La novella del codice del consumo in tema di contratti a distanza dei consumatori. Prime considerazioni sul d.lgs. 21/2014 di attuazione della direttiva 2011/83/UE*, in *Riv. dir. priv.*, 2014, 2, 189 ss.; E. BATTELLI, *L’attuazione della direttiva sui consumatori tra rimodernizzazione di vecchie categorie e “nuovi” diritti*, cit., 927 ss.; V. CUFFARO, *Nuovi diritti per i consumatori: note a margine del d.lgs. 21 febbraio 2014, n. 21*, in *Corr. giur.*, 2014, 745 ss.; S. PAGLIANTINI, *La riforma del codice del consumo ai sensi del d.lgs. 21/2014: una*



commento non riguarda solo il piano oggettivo, bensì anche la forza del dettato regolatorio: si tratta di una direttiva di armonizzazione massima, che si distanzia dall'approccio di armonizzazione minima di cui alle precedenti direttive in materia consumistica, alle quali era conseguito un quadro normativo disomogeneo. L'ampia libertà concessa agli Stati membri si era rivelata controproducente, essendosi tradotta in un sostanziale ostacolo allo sviluppo di un mercato unico. L'opposto obiettivo di armonizzazione massima perseguito dalla direttiva 2011/83/UE emerge chiaramente - almeno nelle intenzioni - nell'art. 4: è precluso agli Stati membri di «mantenere o adottare» disposizioni da essa divergenti «includere le disposizioni più o meno severe per garantire al consumatore un livello di tutela diverso», salvo che la direttiva medesima non disponga diversamente.

La filosofia di fondo della direttiva in commento ruota attorno a un principio tanto di semplice comprensione, quanto di difficile attuazione. In relazione ai contratti B2C, soprattutto a quelli conclusi *online*, la realizzazione di un mercato unico efficiente richiede il rispetto di uno *standard* di trasparenza indispensabile per riequilibrare quelle relazioni contrattuali strutturalmente sbilanciate a svantaggio della parte priva di competenze professionali⁸. Quest'ultima, in particolare, viene tutelata contro atteggiamenti ingannevoli od omissivi del professionista, il quale, sfruttando la distanza e le caratteristiche del mezzo impiegato, può agevolmente occultare o rendere ambigui taluni aspetti della contrattazione, allo scopo di trarre un indebito vantaggio. Per queste ragioni, nella disciplina dei contratti a distanza l'informazione assume rilevanza sotto molteplici punti di vista, traducendosi in una pluralità di doveri che il professionista deve adempiere nel corso dell'intera relazione contrattuale (art. 6): non solo in sede di formazione del contratto, come oggetto di

rivisitazione (con effetto paralizzante per i consumatori e le imprese?), in *Contr.*, 2014, 8-19, 796 ss.; ID., *Commento sub art. 51 cod. cons. - Requisiti formali per i contratti a distanza*, in G. D'AMICO, *La riforma del codice del consumo. Commentario al d.lgs. n. 21/2014*, Milano, 2015, 169 ss.; C. GRANELLI, "Diritti dei consumatori" e tutele nella recente novella del Codice del Consumo, in *Contr.*, 2015, 59 ss.; M. ASTONE, *Diritti dei consumatori e obblighi di informazione tra direttiva 25-10-2011 n. 183 e d.lgs. 21-2-2014 n. 24. Ambito applicativo: i contratti standard di servizi di assistenza legale*, in *Eur. dir. priv.*, 2015, 3, 671 ss.

⁸ La letteratura giuridica su questi temi è ormai vasta. Senza pretesa di esaustività, si ricordano: G. BENEDETTI, *Tutela del consumatore e autonomia contrattuale*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1998, 25 ss.; M. DE POLL, *Asimmetrie informative e rapporti contrattuali*, Padova, 2002; L. DI NELLA, *Mercato e autonomia contrattuale nell'ordinamento comunitario*, Napoli, 2003; A. GENTILI, *Informazione contrattuale e regole dello scambio*, in *Riv. dir. priv.*, 2004, 561 ss.; G. SMORTO, *Autonomia contrattuale e diritto europeo*, in *Eur. dir. priv.*, 2007, 325 ss.; S. GRUNDMANN, *L'autonomia privata nel mercato interno: le regole d'informazione come strumento*, in *Eur. dir. priv.*, 2011, 302 ss.; R. ALESSI, *Gli obblighi di informazione tra regole di protezione del consumatore e diritto contrattuale uniforme ed opzionale*, in *Eur. dir. priv.*, 2013, 328 ss.; S. PATTI, *Autonomia privata e diritto privato europeo*, in *Contr. E impr.*, 2013, 635 ss.



specifici doveri di *disclosure*, il cui contenuto è dettagliato normativamente; bensì anche durante l'esecuzione del contratto, affinché il consumatore possa esercitare in modo consapevole i propri diritti. Ma vi è di più. Le informazioni precontrattuali trasmesse prima della stipulazione del contratto, debbono anche rifluire al suo interno, divenendo parte integrante del suo contenuto (art. 6, comma 5). La protezione si completa e si rafforza poi anche con la prescrizione della documentalità delle informazioni trasmesse e della consegna al consumatore di una copia del contratto (c.d. neoformalismo)⁹.

In definitiva, la direttiva 2011/83/UE si lascia apprezzare per aver positivamente per la prima volta le implicazioni della correlazione tra vincoli formali e asimmetria informativa tra professionista e consumatore, valorizzando i primi nell'ottica di condurre a un punto di equilibrio la seconda. Tanto l'informazione costituisce uno strumento cruciale per la tutela effettiva dei consumatori, che il suo ruolo è stato ulteriormente rafforzato dalla recente direttiva 2019/2161/UE (c.d. *Omnibus*), adottata nell'ambito del pacchetto normativo relativo al *New Deal for Consumers*; attraverso il quale l'Unione europea persegue l'obiettivo di adeguare la disciplina consumistica esistente ai più recenti mutamenti tecnologici e alla digitalizzazione del mercato europeo¹⁰. In questa prospettiva, la nuova

⁹ Sul rapporto tra obblighi informativi e regole sul (neo)formalismo contrattuale si rinvia *ex multis*: R. LENER, *Forma contrattuale e tutela del contraente debole “non qualificato” nel mercato finanziario*, Milano, 1996; D. VALENTINO, *Obblighi di informazione, contenuto e forma negoziale*, Napoli, 1999; E. MORELATO, *Neoformalismo e trasparenza contrattuale*, in *Contr. e impr.*, 2005, 597 ss.; L. MODICA, *Vincoli di forma e disciplina del contratto. Dal negozio solenne al nuovo formalismo*, Milano, 2008; EAD, *Il volto crudele, ma autentico, del formalismo informativo*, in *Foro it.*, 2018, I, 1283 ss.; B. PASA, *La forma informativa nel diritto contrattuale europeo. Verso una nozione procedurale di contratto*, Napoli, 2008; S. LANDINI, *Formalità e procedimento contrattuale*, Milano, 2008; E. SCODITTI, *Intermediazione finanziaria e formalismo protettivo*, in *Foro it.*, 2009, 190 ss.; S. PAGLIANTINI, *Forma e formalismo nel diritto europeo dei contratti*, Pisa, 2009; *ID.*, voce *Neoformalismo contrattuale*, in *Enc. Dir.*, Annali, IV, Milano, 2011, 770 ss.; E. MINERVINI, *La trasparenza contrattuale*, in *Contr.*, 2011, 977 ss.; F. ADDIS, “Neoformalismo” e tutela dell'imprenditore debole, in *Scritti in onore di Lelio Barbiera*, a cura di M. Pennasilico, Napoli, 2012, 25 ss.; R. FAVALE, *Il formalismo nel diritto dei consumatori*, in *Contr. e impr./Eur.*, 2012, 582 ss.; G. BERTI DE MARINIS, *La forma del contratto nel sistema di tutela del contraente debole*, Napoli, 2013; E. TOSI, *Forma informativa nei contratti asimmetrici*, Milano, 2018.

¹⁰ La direttiva 2011/83/UE - così come la direttiva 93/13/CE, la direttiva 98/67/CE e la direttiva 2005/29/CE - è stata modificata dalla recente direttiva 2019/2161/UE per una migliore applicazione e modernizzazione delle norme europee sulla tutela del consumatore (c.d. *Omnibus*), recepita dall'ordinamento italiano con il d.lgs. 7 marzo 2023, n. 26. Si tratta di un provvedimento volto ad aggiornare e a uniformare il quadro normativo esistente alla luce delle innovazioni tecnologiche degli ultimi anni. In particolare, la direttiva *Omnibus* si pone tre obiettivi fondamentali: garantire una maggior trasparenza nell'ambito del commercio elettronico; rimuovere gli oneri eccessivi a carico delle imprese; assicurare una informazione adeguata degli utenti in relazione ai criteri di classificazione usati dalle piattaforme. Ai presenti fini, interessa particolarmente il primo obiettivo. La



direttiva determina un ampliamento degli obblighi informativi precontrattuali introducendo all'interno dell'art. 6 *bis* una serie di obblighi supplementari a carico del fornitore nel caso di contratti conclusi tramite *marketplace* digitali.

Tuttavia, la bontà di questo intervento normativo si scontra con le difficoltà dello strumento tecnico impiegato. Preme evidenziare che il rafforzamento della tutela avuto di mira dalle nuove regole sembra essere frustrato dalla portata complessiva della direttiva c.d. *Omnibus*. In accordo con il paragrafo 2 dell'art. 6 *bis*, agli Stati membri è consentito di imporre ai fornitori dei mercati *online* ulteriori obblighi di informazione rispetto a quelli indicati nel paragrafo 1, purché le disposizioni nazionali siano proporzionate, non discriminatorie e giustificate da motivi di tutela dei consumatori. Come è chiaro, questa possibilità, lungi dall'ampliare le possibilità di tutela, solleva numerosi dubbi circa la concreta effettività della protezione immaginata, poiché implica un sostanziale “declassamento” della “*full harmonization*” perseguita dalle direttive modificate¹¹, *in primis* dalla

direttiva *Omnibus* interviene a modificare la direttiva 2011/83/UE nella direzione di fissare maggiori obblighi di trasparenza a carico dei professionisti legati alle caratteristiche del mezzo digitale impiegato per effettuare la transazione. In particolare, il recepimento della direttiva nell'ordinamento italiano si è tradotto in una modifica dell'art. 49 cod. cons., lett. t) e u), con riguardo alle informazioni da rendere al consumatore parte di un contratto avente a oggetto beni con elementi digitali, contenuti digitali o servizi digitali; nonché nell'aggiunta del nuovo art. 49 *bis* cod. cons., che prevede una serie di informazioni supplementari da rendere ai consumatori in relazione ai contratti conclusi sui *marketplaces* digitali. In particolare, giova ricordare che, in base alla disciplina attuale, il consumatore ha diritto di sapere se il fornitore sia un professionista o un soggetto non professionista; in quest'ultimo caso, il consumatore deve essere informato espressamente del fatto che al contratto non si applicano i diritti dei consumatori; inoltre deve essere indicato il modo in cui gli obblighi relativi al contratto sono ripartiti tra il fornitore e il gestore del *marketplace* digitale. Cfr. G. SMORTO, *La tutela del contraente debole nella platform economy dopo il Regolamento UE 2019/1150 e la direttiva UE 2019/2161 (c.d. omnibus)*, in V. FALCE, *Fairness e innovazione nel mercato digitale*, Torino, 2019, 49 ss.; A. CILENTO, *New Deal per i consumatori: risultati all'altezza delle ambizioni?*, in *Contr. e impr.*, 2019, 1195 ss.; M.B.M. LOOS, *The modernization of European Consumer Law: a pig in a pocke?*, in *European Review of Private Law*, 2019, 6, 1297 ss.; G. VERSACI, *Le tutele a favore del consumatore digitale nella “direttiva Omnibus”*, in *Pers. e merc.*, 2021, 3, 583 ss.

¹¹ Queste le parole di G. VERSACI, *Le tutele a favore del consumatore digitale nella “direttiva Omnibus”*, cit., 585, il quale osserva: «come è noto, l'armonizzazione ha già assunto diverse sfaccettature, ma queste non sembrano destinate ad esaurirsi. Nella direttiva in esame, infatti, non si è soltanto introdotta un'armonizzazione che degrada quella precedente, frustrando gli intenti di una stagione in cui il vento pareva soffiare ormai a favore di un sempre maggiore avvicinamento delle discipline nazionali, ma si è altresì aggiunta la variante di un'armonizzazione che consente persino un abbassamento – per quanto non di grande rilievo, nel caso specifico – dello standard di tutela».

direttiva 2011/83/UE. Tale considerazione non fa altro che aggravare un problema risalente. Anche in relazione alla direttiva 2011/83/UE si è discusso in ordine alla omogeneità dello *standard* di protezione assicurato. In effetti, nonostante avesse fissato obiettivi ambiziosi nell’ottica del rafforzamento dei diritti dei consumatori (art. 4), i risultati raggiunti non sono stati sufficienti. E non lo sono stati proprio nell’ottica di una effettiva armonizzazione delle discipline nazionali. Basti pensare a due aspetti. Se, per un verso, la disciplina dell’informazione per i contratti a distanza e per quelli negoziati fuori dai locali commerciali è stata uniformata, per altro verso, i contratti c.d. diversi soggiacciono a regole differenti. Invero, l’armonizzazione massima perseguita dalla direttiva del 2011 non esclude che, accanto alle disposizioni inderogabili, gli Stati membri possano introdurre disposizioni idonee ad assicurare un livello di tutela più elevato: tanto viene ammesso in relazione agli obblighi informativi per i contratti diversi da quelli negoziati a distanza o fuori dai locali commerciali (art. 6, par. 8). Ne deriva un sistema fondato su due diversi regimi di informazione “*in contrahendo*”. Non solo, ma la disciplina nel suo complesso non può dirsi efficace neppure con riguardo al piano rimediabile. Poiché l’informazione consumeristica deve «*declinarsi al plurale, mancando un rimedio che funga da fattore agglutinante*»¹², appare logico ipotizzare uno statuto rimediabile diversificato e graduato in intensità a seconda della tipologia di dovere informativo - e, quindi, di interesse - violato. Un conto è la condotta ingannevole del professionista che altera il processo di formazione della volontà del consumatore; altro conto è una mera omissione di alcuni dati che non consentono al consumatore di esprimere una volontà consapevole. Altro conto ancora sono le violazioni concernenti le regole sulla forma con cui le informazioni debbono essere trasmesse.

Il vero problema è un altro.

La direttiva 2011/83/UE lascia un ampio margine di discrezionalità agli Stati membri nel determinare i rimedi riservati al consumatore, prescrivendo unicamente che le sanzioni da adottare nei confronti dei professionisti siano “effettive, proporzionate e dissuasive” (art. 24). Siffatta libertà normativa continua a tradursi in una sostanziale differenziazione delle tutele inidonea a realizzare pienamente l’obiettivo di un efficiente funzionamento del mercato unico¹³. D’altro canto, la contraddizione insita in questa impostazione

¹² Così S. PAGLIANTINI, *La riforma del codice del consumo ai sensi del d.lgs. 21/2014: una rivisitazione (con effetto paralizzante per i consumatori e le imprese?)*, cit., 797.

¹³ In senso critico v. R. ALESSI, *Gli obblighi di informazione tra regole di protezione del consumatore e diritto contrattuale europeo universe e opzionale*, cit., p. 312: «è proprio nel quadro del consueto silenzio in punto di rimedi alla violazione degli obblighi di informazione che si compie il sostanziale fallimento dei propositi di riordino annunciati e, in particolare, del tentativo di dare compiuta collocazione agli obblighi di informazione nella disciplina generale del contratto professionista/consumatore». Anche perché, come osserva anche l’A., le regole in tema di informazione nei contratti a distanza e negoziati fuori dai locali commerciali si differenziano da quelle relative ai



emerge in maniera esplicita e, anzi, si intensifica nel testo dell'art. 2, paragrafo 5, secondo cui la direttiva non intende pregiudicare «*il diritto contrattuale nazionale generale, quali le norme sulla validità, formazione o efficacia di un contratto, nella misura in cui gli aspetti relativi al diritto contrattuale generale non sono disciplinati*» dalla medesima.

Con riguardo all'ordinamento italiano, la situazione si complica ulteriormente. Nel recepire la direttiva 2011/83/UE il legislatore non ha integrato la disciplina europea sul piano rimediario, diastendendo le indicazioni. Il compito di individuare la soluzione rimediaria più adeguata è così rimasto nelle mani dell'interprete e si è inserito nel noto e risalente dibattito sulla distinzione tra regole di condotta e regole di validità. A rigore, l'inosservanza di una regola di condotta dovrebbe implicare il sorgere di una responsabilità (precontrattuale o contrattuale), salvo che non sia espressamente prevista la nullità del contratto, come testimoniato da talune disposizioni del codice del consumo. È il caso dell'art. 53, comma 1, cod. cons., che commina la nullità per l'omessa informazione relativa al diritto di recesso consumeristico. Come chiarito dalle Sezioni Unite nel noto arresto del 2007, previsioni di tal fatta, lungi dal mettere in crisi lo schema evocato, lo confermano, essendo espressive di eccezioni circoscritte che «*nulla consente di elevare a principio generale e di farne applicazione in settori nei quali analoghe previsioni non figurano*». Difatti «*il carattere sempre più frammentario e sempre meno sistematico della moderna legislazione impone molta cautela nel dedurre da singole norme settoriali l'esistenza di nuovi principi per predicarne il valore generale e per postularne l'applicabilità anche in settori ed in casi diversi da quelli espressamente contemplati da singole e ben determinate disposizioni*»¹⁴.

Orbene, una volta esclusa l'operatività di un rimedio caducatorio, e ferma restando la possibilità che sussistano i presupposti per il risarcimento del danno, la disciplina consumeristica sembra preferire rimedi di tipo manutentivo, quanto meno nelle ipotesi in cui l'informazione precontrattuale costituisca parte integrante del contratto. Sicché, ove possibile, quell'informazione integra o sostituisce il contenuto contrattuale incompleto o difforme. In altri casi, la presenza di condizioni contrattuali

contratti “diversi” dai predetti. Cfr. anche M. ASTONE, *Diritti dei consumatori e obblighi di informazione tra direttiva 25-10-2011 n. 183 e d.gls. 21-2-2014 n. 24. Ambito applicativo: i contratti standard di servizi di assistenza legale*, cit., 671 ss., la quale evidenzia come già la scelta dello strumento della direttiva susciti perplessità in relazione all'obiettivo di armonizzazione massima.

¹⁴ Cfr. Cass., Sez. Un., 19 dicembre 2007, nn. 26724-26725 (spec. paragrafo 1.6), in *Danno e resp.*, 2008, 536 ss., con nota di V. ROPPO, *La nullità virtuale del contratto dopo la sentenza Rordorf*; in *Giust. civ.*, 2008, 953 ss., con nota di T. FEBRAJO, *Violazione delle regole di comportamento nell'intermediazione finanziaria e nullità del contratto: la decisione delle sezioni unite*; in *Corr. giur.*, 2008, 107 ss., con nota di A. ALBANESE, *Regole di condotta e regole di validità nell'attività di intermediazione finanziaria: quale tutela per gli investitori?*; in *Giur. it.*, 2008, 2, 347 ss., con nota di G. COTTINO, *La responsabilità degli intermediari finanziari e il verdetto delle Sezioni Unite: chiose, considerazioni...*; in *Obbl. e contr.*, 2008, 393 ss., con nota di G. VETTORI, *Regole di validità e di responsabilità di fronte alle Sezioni Unite. La buona fede come rimedio risarcitorio*.



che non siano state oggetto di previa comunicazione in sede precontrattuale giustifica la loro non vincolatività per il consumatore, senza incidere per questo sulla validità complessiva del contratto. Quanto appena osservato non vale, invece, per quei casi, invero sporadici e non coordinati tra loro, in cui la direttiva - e, di riflesso, il codice del consumo - indicano espressamente il rimedio attivabile dal consumatore. Oltre al già menzionato caso della violazione dell'obbligo di informazione sul diritto di recesso, si ricordano anche le norme in tema di violazione degli obblighi di informazione sulle spese aggiuntive e su altri costi, nonché le norme relative alla violazione degli obblighi di informazione relativi ai contratti a distanza conclusi con mezzi elettronici.

Ai limitati fini del presente scritto, giova concentrare l'attenzione su quest'ultima fattispecie, che è quella per la quale il giudice tedesco ha richiesto l'intervento della Corte di Giustizia nel rinvio pregiudiziale in esame. L'art. 8, comma 2, della direttiva 2011/83/UE, nel prevedere la “*non vincolatività*” del contratto o dell'ordine per il consumatore il quale non sia stato inequivocabilmente informato dal professionista che l'inoltro dell'ordine implica il sorgere dell'obbligo di pagare un corrispettivo, enuncia la c.d. “*Button solution*”: cioè una regola sul formalismo attinente alla onerosità dell'ordine allo scopo di combattere il fenomeno dei cc.dd. *Internet cost traps*. Se chiara può dirsi la *ratio* della regola, meno semplice è l'inquadramento giuridico del rimedio previsto, il quale, di per sé, potrebbe evocare tanto l'idea del mancato perfezionamento del contratto¹⁵, quanto l'idea della nullità¹⁶. Benché entrambe le tesi siano state sostenute, maggiormente persuasivo appare quanto messo in luce da attenta dottrina, secondo la quale il rimedio previsto dall'art. 8, parag. 2, della direttiva 2011/83/UE sarebbe descritto negli stessi termini del rimedio contro le clausole abusive di cui all'art. 6 della direttiva 93/13/CE: si tratterebbe, cioè, di una “non vincolatività” della sola pattuizione fonte di uno squilibrio normativo, sempre che il contratto possa sussistere senza la medesima¹⁷.

¹⁵ Secondo l'orientamento evocato, si tratterebbe di una ipotesi di vera e propria inesistenza poiché il contratto non si sarebbe affatto concluso. Cfr. G. PERLINGIERI, F. LAZZARELLI, *Il contratto telematico*, in *Manuale di diritto dell'informatica*, a cura di D. Valentino, Napoli, 2016, 290 ss.

¹⁶ Più precisamente, secondo i sostenitori dell'orientamento in esame, si sarebbe in presenza di una nullità virtuale. Cfr. M.P. PIGNALOSA, *Contratti a distanza e recesso del consumatore*, Milano, 2016, 280 ss.; T. FEBRAJO, *L'attuazione della direttiva 2011/83/UE sui diritti dei consumatori e il suo impatto sulle tutele contrattuali*, cit., 507 ss., il quale propende per la nullità di protezione.

¹⁷ La questione dell'inquadramento della “non vincolatività” tra le patologie contrattuali euro-unitarie è approfondita specialmente da S. PAGLIANTINI, *La vaghezza del principio di “non vincolatività” delle clausole vessatorie secondo la Corte di Giustizia: ultimo atto?*, in *Rass. dir. civ.*, 2010, 507 ss.; ID., *Rinvio pregiudiziale ed interpretazione adeguatrice (la narrazione del civilista)*, Milano, 2023, 137: «(...) quando (...) si registri una *comunanza* della sanzione comminata, diventa arduo per l'interprete ipotizzare che una *diversità soltanto fenomenica* basti a divaricare i principi processuali reggenti, in luogo di altre, *talune* discipline consumistiche. Soltanto il plusvalore di un ordine pubblico europeo, munito di una funzione selettiva, può consentire, in altre parole, di ovviare all'alea



Ove si condivida siffatta impostazione si perverrà, alla seguente conclusione: poiché la clausola relativa all'assunzione di un obbligo di pagamento del corrispettivo è una pattuizione essenziale del contratto, non solo essa non va applicata verso il consumatore, *id est* va dichiarata nulla; ma la sua non vincolatività si estende all'intero contratto, determinandone la caducazione.

3. Orientamenti della Corte di Giustizia in tema di trasparenza dei contratti telematici

In relazione alle coordinate normative di riferimento, è ora possibile affrontare la questione della corretta interpretazione dell'art. 8, paragrafo 2, comma 2, della direttiva 2011/83/UE, oggetto del rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia.

Nell'ambito della conclusione di un contratto telematico il completamento del processo di inoltro di un ordine, quando comporta l'assunzione di un obbligo di pagamento a carico del consumatore, costituisce una fase fondamentale. In quel momento, invero, il consumatore assume un duplice obbligo: quello di vincolarsi al contratto a distanza e quello di pagare un corrispettivo. Come anticipato, la conclusione di contratti a distanza con mezzi elettronici può nascondere il rischio di *cc.dd. Internet cost traps*, e cioè il rischio che la fornitura del bene o del servizio, soprattutto se a contenuto digitale, pur presentata come gratuita, preveda prestazioni accessorie (come la conclusione di un contratto di abbonamento a titolo oneroso) o, addirittura, sia in realtà onerosa.

Nel caso di specie, la tutela fornita dall'art. 8, comma 2, direttiva 2011/83/UE trova recepimento testuale nel paragrafo 312j BGB, il quale impone al professionista non solo di informare il consumatore del fatto che sta assumendo un impegno vincolante e oneroso; ma anche di indicare in modo chiaro, laddove l'ordine venga effettuato cliccando su un pulsante, che si tratta di un "ordine soggetto a pagamento" ("*zahlungspflichtig bestellen*")¹⁸. Simile anche la previsione dell'art. 51, comma 2, cod. cons.

di una mappatura ondivaga a motivo di una pura discrezionalità giudiziale»; ancora «(...) tanto il dispositivo italiano che quello tedesco sono collimanti nello stabilire, in conformità a un precetto europeo di *full harmonization*, che l'inadempimento ad un siffatto obbligo è ostativo a che il consumatore sia vincolato dal contratto »; A. GENTILI, *La "nullità di protezione"*, in *Eur. dir. priv.*, 2011, 1, 83 ss.

¹⁸ Non è un caso che proprio la spinta della delegazione tedesca durante i lavori preparatori della direttiva abbia fortemente inciso sulla introduzione della *c.d. button solution*. Cfr. La Nota del Segretariato generale del Consiglio del 4 giugno 2010 "*Internet cost traps*": «Given the constantly large number of complaints about Internet cost traps [...] Germany has proposed the inclusion of a "button solution" in the Directive on Consumer Rights [...] With a view to efficient consumer protection in Europe, Germany asks the Member States and the Commission to support the

italiano, che per i contratti a distanza implicanti un obbligo di pagamento impone al professionista di rendere le informazioni di cui all’art. 49, comma 1, lett. a), e), q), r), cod. cons. prima dell’invio dell’ordine da parte del consumatore.

La Corte di Giustizia ha avuto occasione di pronunciarsi più volte sulla portata della disposizione in esame. In particolare, ha chiarito che la formulazione presente sul pulsante di inoltro dell’ordine o su una funzione analoga può consistere in qualsiasi dicitura corrispondente a quella riportata nell’art. 8 (“ordine con obbligo di pagare”), purché sia facilmente leggibile e inequivocabile. In presenza di una qualsiasi altra formulazione corrispondente, la valutazione in ordine alla sussistenza dell’obbligo di pagamento deve basarsi unicamente sulla dicitura riportata sul pulsante, senza possibilità di prendere in considerazione le circostanze che accompagnano il processo di inoltro di un ordine¹⁹. Siffatta impostazione, ad avviso dei giudici, non solo realizza l’obiettivo di garantire un elevato livello di tutela dei consumatori in materia di informazione; ma non compromette neppure la competitività o la libertà di impresa dei professionisti interessati²⁰. Tanto trova conferma, d’altra parte, nel

proposal on a “button solution”, thereby increasing consumer confidence in the Internal Market». Per un approfondimento sulla normativa tedesca v. A. SCHWAB, A. GIESEMANN, *Die Verbraucherrechte-Richtlinie: Ein wichtiger Schritt zur Vollharmonisierung im Binnenmarkt*, in *ZEuP*, 2012, 253 ss.

¹⁹ Cfr. Corte di Giustizia, 7 aprile 2022, causa C-249/21 *Fuhrmann-2-GmbH c. B.* La sentenza riguarda un contratto telematico di albergo concluso tramite una nota piattaforma di locazione di alloggi *online*. Secondo il giudice del rinvio il termine “prenotazione” che ricorre nella dicitura presente sul pulsante di inoltro dell’ordine (“conferma prenotazione”) non è necessariamente associato, nel linguaggio comune, alla sussistenza di un obbligo di pagare un corrispettivo, potendo essere inteso anche come sinonimo di “riservare o ordinare preventivamente a titolo gratuito”. Nel qual caso si sarebbe in presenza di una violazione dell’art. 312j, parag. 3, BGB, ossia dell’art. 8, comma 2, della direttiva 2011/83/UE. Per questi motivi, il giudice del rinvio chiede se tale ultima disposizione debba essere interpretata nel senso che per determinare «se una formulazione presente sul pulsante di inoltro dell’ordine o su una funzione analoga, come la formulazione “conferma prenotazione”, “corrisponda” alla dicitura “ordine con obbligo di pagare”, ai sensi di tale disposizione, occorre basarsi sulla sola dicitura riportata su tale pulsante o su tal funzione analoga oppure se occorra anche prendere in considerazione le circostanze che accompagnano il processo di inoltro dell’ordine».

²⁰ Sul punto si era già pronunciata in senso conforme la menzionata sentenza Corte di Giustizia, 7 aprile 2022, cit., punto 31: «se è vero che la Corte ha dichiarato che, nell’interpretazione delle disposizioni della direttiva 2011/83, si deve garantire, come enunciato dal considerando 4 di tale direttiva, un giusto equilibrio tra un livello di tutela dei consumatori e la competitività delle imprese, rispettando al contempo la libertà di impresa dell’imprenditore, come sancita all’articolo 16 della Carta dei diritti fondamentali (v., in tal senso, sentenza del 10 luglio 2019, *Amazon EU*, C-649/17, punto 44 e giurisprudenza ivi citata), occorre tuttavia constatare che un simile bilanciamento non è pertinente nel caso di specie, atteso che la redazione o la modificazione di una dicitura presente su un pulsante o su una funzione di inoltro elettronica di un ordine non implica



considerando 39 della direttiva 2011/83/UE, il quale evidenzia la necessità che l'attenzione del consumatore sia attirata in modo specifico, mediante una formulazione inequivocabile, sul fatto che l'inoltro dell'ordine comporta un obbligo di pagamento.

Alla luce di tali premesse, la Corte di Giustizia affronta una questione ancor più complessa: nel caso di specie, l'obbligo di pagamento che il consumatore assume inoltrando l'ordine non sorge in quel momento, ma è del tutto eventuale, perché è subordinato al ricorrere di ulteriori condizioni: la società intermediaria, infatti, può avanzare la propria pretesa remuneratoria verso il consumatore solo in caso di esito positivo dell'azione giudiziaria proposta contro il locatore o di invio di una diffida al locatore. Come è chiaro, la risposta all'interrogativo se l'art. 8, paragrafo 2, comma 2, della direttiva 2011/83/UE (e l'art. 312j, paragrafi 3 e 4, BGB) si applichi anche a tale fattispecie dipende dall'ampiezza con cui si interpreta. Delle due l'una: o si esclude l'applicabilità della disposizione poiché l'obbligo di pagamento è condizionato o si estende il suo ambito di applicazione sì da ricomprendere anche la medesima.

La Corte di Giustizia, in coerenza con il canone dell'interpretazione conforme, ricorda che la disposizione oggetto di analisi non deve essere interpretata solo in relazione alla sua lettera, ma anche in relazione al contesto e agli scopi perseguiti dalla direttiva in cui è inserita. Alla luce dei considerando 4, 5 e 7 della direttiva 2011/83/UE, l'interpretazione estensiva è reputata più coerente con il significato e la finalità della disposizione menzionata, l'unica in grado di garantire un elevato livello di tutela dei consumatori nelle transazioni con i professionisti. Ebbene, se, come si evince dal già menzionato considerando 39 della direttiva, nei contratti conclusi a distanza mediante siti internet è di fondamentale importanza per il consumatore determinare il momento in cui si assume l'obbligo di pagare il professionista, occorre che la sua attenzione venga specificamente attirata, con una formulazione inequivocabile, sul fatto che l'inoltro di un ordine comporta un obbligo di pagamento. E poiché l'art. 8, paragrafo 2, comma 2 non prevede alcuna distinzione tra obblighi di pagamento corredati da condizione e obblighi di pagamento incondizionati, se ne deve dedurre una conclusione precisa: l'obbligo del professionista di informare il consumatore sorge nel momento in cui quest'ultimo accetta di vincolarsi a un obbligo di pagamento in caso di realizzazione di una condizione esterna alla sua volontà, anche qualora tale condizione non si sia ancora realizzata. Diversamente ragionando, infatti, il professionista potrebbe agevolmente svincolarsi da tale obbligo informativo *«proprio nel momento in cui quest'ultimo può rivelarsi utile per il consumatore, semplicemente inserendo nelle loro condizioni generali clausole che farebbero dipendere l'obbligo di pagamento del consumatore dal verificarsi di condizioni soggettive che non dipendono dall'espressione della volontà del consumatore»*²¹. Non solo, ma l'interpretazione restrittiva finirebbe per compromettere l'effettività della

alcun onere significativo tale da nuocere alla competitività o alla libertà di impresa dei professionisti interessati».

²¹ Così Corte di Giustizia, 30 maggio 2024, causa C-400/22, cit. (paragrafo n. 53).

tutela anche da un altro punto di vista: introdurrebbe una indebita distinzione tra i consumatori il cui obbligo di pagamento esiste già alla data di conclusione del contratto, i quali fruirebbero della protezione offerta dalla direttiva; e i consumatori il cui obbligo di pagamento non solo non è ancora definitivo alla data della conclusione del contratto, ma il suo sorgere dipende dal verificarsi di altre condizioni, sulle quali essi non possono esercitare alcuna influenza.

4. Postilla sui profili processuali: la legittimazione all'azione di nullità dei terzi interessati tra nuovi interrogativi e possibili criticità.

La conclusione del ragionamento svolto dalla Corte di Giustizia si dipana attraverso un passaggio logico imprescindibile che merita ora di essere analizzato in maniera specifica, in quanto denso di implicazioni sistematiche in ordine al regime rimediabile.

La Corte giudica ricevibile la domanda di pronuncia pregiudiziale nonostante la società di recupero crediti abbia messo in dubbio la rilevanza del rinvio, reputando che un terzo (i locatori) non possa avvalersi di un eventuale vizio del rapporto giuridico di cui essa è parte assieme al consumatore (i conduttori). Ciò in quanto quella nullità²², che è rimedio con funzione di protezione, finirebbe per realizzare l'interesse del terzo, anziché del consumatore; o meglio, il terzo finirebbe per trarre giovamento dalla declaratoria di un rimedio dotato di un raggio protettivo circoscritto a favore di un soggetto preciso.

Ebbene, dopo aver chiarito che le questioni vertenti sul diritto dell'Unione godono di una presunzione di rilevanza e che essa, quindi, è

²² A rigore, con riguardo all'ordinamento tedesco, si dovrebbe discorrere di una *Unwirksamkeit*, cioè di una inefficacia della clausola abusiva, ai sensi dell'art. 306 BGB. Ma, come è noto, in quell'ordinamento i termini *Unwirksamkeit* e *Nichtigkeit* (nullità) sono solitamente impiegati come sinonimi. O, per meglio dire, la *Unwirksamkeit* può avere cause diverse di cui la *Nichtigkeit* costituisce la più rilevante, implicando un grado di inefficacia più forte. Non a caso, di solito, si discorre di *Nichtigkeit* proprio quando la nullità-inefficacia travolge l'intero negozio. Inoltre, differentemente dall'ordinamento italiano, la *Unwirksamkeit* di cui all'art. 306 BGB quale patologia che colpisce la clausola abusiva inserita in un contratto B2C, soggiace alla stessa disciplina applicabile alle invalidità che concernono contratti tra pari. Per un approfondimento su questi aspetti v. W. FLUME, *Allgemeiner Teil des bürgerlichen Rechts*, II, *Das Rechtsgeschäft*, 3. Berlin – Heidelberg, 1979, 556 ss.; K. LARENZ, M. WOLF, *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts*, 8 Aufl., München, 1997, 825 ss.; G. DE CRISTOFARO, *L'inserimento nel BGB della disciplina delle condizioni generali di contratto*, in *Riv. dir. civ.*, 2004, 1, 667 ss.; G. WAGNER, *Zwingendes Privatrecht – Eine Analyse anhand des Vorschlags einer Richtlinie über Rechte der Verbraucher*, in *Zeitschrift für Europäische Privatrecht*, 2010, 248 ss.

tenuta a statuire²³, la Corte prende subito posizione sulla questione processuale. La risposta ruota attorno al parallelismo, già menzionato, con il rimedio contro le clausole abusive di cui l'art. 6 della direttiva 93/13/CE, come interpretato dalla medesima Corte tanto in punto di poteri del giudice (potere-dovere di rilevazione officiosa dell'abusività), quanto in punto di poteri del consumatore (diritto di opposizione alla dichiarazione di non vincolatività della clausola abusiva)²⁴. Secondo una impostazione ormai

²³ Secondo un orientamento giurisprudenziale ormai costante, nell'ambito della cooperazione tra Corte di Giustizia e giudici nazionali sancita dall'art. 267 TFUE, è compito di questi ultimi valutare, in relazione a ciascuna singola controversia pendente dinnanzi a loro, se vi sia la necessità di una pronuncia pregiudiziale e se la questione sia rilevante. Con la conseguenza che «allorché le questioni sollevate vertono sull'interpretazione o sulla validità di una norma giuridica dell'Unione, la Corte è, in via di principio tenuta a statuire». Le questioni vertenti sul diritto dell'Unione europea invero «godono di una presunzione di rilevanza. La Corte può rifiutare di statuire su una domanda di pronuncia pregiudiziale proposta da un giudice nazionale soltanto quando appaia in modo manifesto che l'interpretazione del diritto dell'Unione europea o il giudizio richiesto sulla sua validità non ha alcuna relazione con la realtà effettiva o con l'oggetto della controversia principale, qualora il problema si di natura ipotetica oppure qualora la Corte non disponga degli elementi di fatto e di diritto necessari per favorire una soluzione utile alle questioni che le sono sottoposte» (così Corte di Giustizia, 30 maggio 2024, causa C-400/22 in commento, par. nn. 32-33). Cfr. i seguenti precedenti conformi: Corte di Giustizia, 8 settembre 2011, causa C-78/08, *Paint Graphos e a.*, par. n. 30; Corte di Giustizia, 26 febbraio 2013, causa C-399/11, *S. Melloni*; Corte di Giustizia, 16 giugno 2015, causa C-62/14, *Gauweiler e a.*, par. n. 24; Corte di Giustizia, 28 ottobre 2020, causa C-521/18, *Pegaso e Sistemi di Sicurezza*, par. n. 26; Corte di Giustizia, 12 ottobre 2023, causa C-286/22, *KBC Verzekeringen*, par. n. 21.

²⁴ Il riferimento è alla nota giurisprudenza della Corte di Giustizia che, a partire dal caso *Oceano Grupo Editorial* del 2000, ha interpretato l'art. 6 della direttiva 93/13/CE chiarendo via via, a testo immutato, i profili di disciplina del rimedio contro le clausole abusive. Cfr. Corte di Giustizia, 27 giugno 2000, cause riunite da C-240/1998 a C-244/1998, *Océano Grupo Editorial*, in *Foro it.*, 2000, IV, 413 ss.; Corte di Giustizia, 21 novembre 2002, causa C-473/2000, *Cofidis SA*, in *Foro it.*, 2003, IV, 16 ss.; Corte di Giustizia, 26 ottobre 2006, causa C-168/2005, *Mostaza Claro*, in *Foro it.*, 2007, IV, 373 ss.; Corte di Giustizia, 4 giugno 2009, causa C-243/2008, *Pannon*, in *Foro it.*, 2009, IV, 489 ss. Da ultimo, quanto alle interferenze tra potere officioso del giudice e principio del giudicato nel procedimento monitorio, si ricordano le recenti quattro sentenze della Grande Sezione: Corte di Giustizia, Grande Sezione, 17 maggio 2022, causa C-600/19, *Ibercaja Banco*; cause riunite C-693/19, *SPV Project*, e C-831/19, *Banco Desio e della Brianza*; C-725/19, *Impulso Leasing Romania*; causa C-869/19, *Unicaja Banco*. Le sentenze sono consultabili sul sito www.curia.europa.eu e, nella dottrina italiana, sono state commentate da: S. CAPORUSSO, *Decreto ingiuntivo non opposto e protezione del consumatore: la certezza arretra di fronte all'ineffettività*, in *Giur. it.*, 2022, 2117 ss.; M. STELLA, *Il procedimento monitorio nella curvatura delle nullità di protezione consumeristiche*, *ivi*, 2126 ss.; A. GIUSSANI, *Decreto ingiuntivo non opposto dal consumatore: la lettura della Corte di Giustizia*, in *Riv. dir. proc.*, 2023, 281 ss. Per l'ordinamento italiano si veda la nota sentenza: Cass., Sez. Un., 12 dicembre 2014, nn. 26242-26243, in *Corr. giur.*, con nota di V. CARBONE, "Porte aperte" delle sezioni unite alla rilevanza dell'ufficio del giudice della nullità del contratto, di I. PAGNI, *Nullità del contratto - il*



consolidata, le clausole abusive devono essere disapplicate (dichiarate nulle) dal giudice solo se il consumatore non si oppone attraverso l’interpello in sede giudiziale. Al consumatore, infatti, è riconosciuto uno strumento processuale attraverso il quale esprimere la propria volontà in ordine alla clausola non negoziata ogniqualvolta non si sia avveduto della sua abusività. In tal modo, il contraente protetto è posto nella condizione di valutare se avvalersi del rimedio o se inibirne l’applicazione e mantenere la clausola abusiva. L’operatività del rimedio caducatorio, dunque, non è incondizionata e necessitata, ma trova un limite nella volontà del contraente protetto recuperata nel processo in sede di contraddittorio.

Nel caso in esame, la Corte di Giustizia - in adesione alle conclusioni dell’Avvocato Generale²⁵ - sembra aggiungere un nuovo tassello al mosaico dello statuto rimediabile dell’art. 6 della direttiva 93/13/CE. A suo dire, l’obiettivo protezionistico sotteso al rimedio non verrebbe compromesso dall’estensione della legittimazione in capo a soggetti terzi, in quanto l’accertamento della nullità e la successiva caducazione del contratto o della clausola abusiva, da chiunque venga chiesto, trova, pur sempre, un limite nella volontà del consumatore; il quale solo conserva «*la possibilità di confermare il contratto o di concluderne uno nuovo con il professionista*»²⁶.

“sistema” delle impugnative negoziali dopo le sezioni unite; in *Foro it.*, 2015, I, 862, con note di F. DI CIOMMO, *La rilevabilità d’ufficio ex art. 1421 c.c. secondo le sezioni unite: la nullità presa (quasi) sul serio*, di A. PALMIERI, R. PARDOLESI, *Nullità negoziale e rilevazione officiosa a tutto campo (o quasi)*, di S. PAGLIANTINI, *Nullità di protezione e facoltà di non avvalersi della dichiarabilità: “quid iris”?*; in *Nuova giur. civ. comm.*, con nota di C. SCOGNAMIGLIO, *Il pragmatismo dei principi: le Sezioni unite e il rilievo officioso delle nullità*, di N. RIZZO, *Commento a Cassazione Sezioni unite 26242 del 2014*. In risposta alle menzionate sentenze gemelle della Grande Sezione della Corte di Giustizia, si veda da ultimo: Cass., Sez. Un., 6 aprile 2023, n. 9479, in *Foro it.*, 2023, I, 1452 ss., con note di P. FARINA, *Le sezioni unite rispondono alla Corte di giustizia creando un nuovo statuto. L’opposizione ultra-tardiva a decreto ingiuntivo e l’effettività della tutela consumeristica*, e di R. PARDOLESI, B. SASSANI, *Clausole abusive nei contratti B2C, decreto ingiuntivo non opposto, giurisprudenza eurolunitaria e sezioni unite: meta-realtà e diritto a metà*, e di S. PAGLIANTINI, «*Ce n’est qu’un début*»: *spigolature civilistiche sul decalogo europeista di sez. un. 9479/23*; in *Giur. it.*, 2023, 1054 ss., con nota di C. CONSOLO, *Istruttoria monitoria «ricarburata» e, residualmente, opposizione tardiva consumeristica «rimaneggiata» (specie) su invito del g.e.*, e di E. D’ALESSANDRO, *Dir. 93/13/CEE e decreto ingiuntivo non opposto: le Sez. un. cercano di salvare l’armonia (e l’autonomia) del sistema processuale nazionale attraverso una lettura creativa dell’art. 650 c.p.c.*

²⁵ Cfr. Conclusioni dell’Avvocato Generale Giovanni Pitruzzella presentate il 14 novembre 2023, paragrafi nn. 51-56: «Se il diritto nazionale non lo vieta, ritengo che un terzo sia legittimato a far valere l’eventuale invalidità di una clausola di un contratto sottoscritto tra un consumatore o un professionista ove vi abbia interesse ma, dal momento che l’invalidità prevista da articolo 8 è “di protezione” sarà sempre il consumatore ad avere l’ultima parola sulla volontà di beneficiare o meno dell’invalidità o se con successiva manifestazione convalidare gli effetti di una clausola invalida (nullità relativa). È pertanto escluso che il terzo possa invalidare una clausola di un contratto tra consumatore e professionista perché viziata contro la volontà e l’interesse del consumatore, soggetto della tutela del provvedimento legislativo» (spec. paragrafo n. 56).

²⁶ In particolare, la Corte di Giustizia precisa che in conformità all’art. 3, paragrafo 5, della direttiva 2011/83/UE, al consumatore va riconosciuta la possibilità «dopo aver ottenuto



Ad avviso della Corte, infatti, la legittimazione dei terzi esige pur sempre una verifica, da parte del giudice, circa la coincidenza tra il loro interesse a ottenere la caducazione del contratto B2C e l'interesse del consumatore parte di quel contratto ad avvalersi della tutela invalidante: la possibilità per un terzo interessato di domandare l'invalidità in tanto è ammissibile, in quanto sia occasionalmente strumentale alla protezione dell'interesse del consumatore. Sicché, laddove tali interessi non coincidano, il giudice deve assumere la decisione in linea con la volontà del solo consumatore, in coerenza con la finalità protettiva del rimedio. Non è chiaro se qui la Corte intenda riferirsi al dovere di interpellare il consumatore, che normalmente sorge al momento della rilevazione officiosa della invalidità da parte del giudice. Ma se la sorte della clausola o del contratto resta affidata alla volontà del consumatore, si deve supporre che il momento dell'interpello debba essere sempre garantito anche quando la *quaestio nullitatis* sia posta dal terzo.

Ebbene, ad avviso di chi scrive, la discutibilità di quanto affermato dalla Corte di Giustizia emerge da due punti di vista.

Primo. La ricostruzione prospettata sembra non tenere in alcuna considerazione un interrogativo logicamente antecedente di non poco momento: quello relativo alla sorte della titolarità dell'apparato protettivo a valle di un'operazione di cessione del credito. La questione si inserisce nel complesso dibattito relativo alle conseguenze della "circolazione dello statuto consumeristico"²⁷. La sua rilevanza è di particolare evidenza in un caso come quello in esame, in cui la contestazione della validità del contratto da parte dei terzi locatori fa sorgere l'interrogativo - evaso dalla Corte - se l'interpello a favore del consumatore spetti a coloro che tale qualifica avevano in origine, quali conduttori dell'immobile, ovvero trasli su colui che sia divenuto cessionario del credito sorto dal contratto di

un'ulteriore informazione sull'obbligo di pagamento» di «decidere di mantenere gli effetti di un contratto o di un ordine che, fino a quel momento, non lo vincolava a causa dell'inosservanza, da parte del professionista, all'atto della sua conclusione, dell'obbligo a esso incombente previsto all'articolo 8, paragrafo 2, secondo comma della direttiva 2011/83» (parag. n. 54).

²⁷ Nella dottrina italiana il tema è stato indagato da S. PAGLIANTINI, *Il consumatore "frastagliato" (Istantanee sull'asimmetria contrattuale tra vicende circolatorie e garanzie)*, Pisa, 2021, 50 ss.; ID., *La circolazione dello statuto consumeristico: esperimenti in una terra incognita*, in *Foro it.*, 2024, 4, 1069 ss. Con particolare riguardo alla sentenza che qui si commenta, l'A. si chiede: «se l'art. 8, par. 2, è da riguardarsi a guisa di una disposizione formalizzante una non vincolatività di cui può disporsi, come fa a circolare uno statuto consumeristico esposto ad una *mutatio* di volontà del cedente? (...) una cessione che non spoglia il cedente della titolarità soggettiva del credito, tecnicamente è un non sense. Ergo, delle due l'una: o cessione v'è, ed allora il consumatore cedente esce di scena; o, se il primato della sua volontà rimane poziore, fino al punto - notiamo - che il giudice deve decidere in linea con la sua volontà, nessuna cessione potrà, in realtà aversi. Ammettendo infatti che il cedente possa pentirsi esprimendo la volontà di mantenere gli effetti della clausola e/o del contratto, la conseguenza non potrà che essere il rigetto della domanda di nullità del cessionario.». Si vedano, inoltre, le posizioni sostenute da V. CONFORTINI, *Cessione del credito e nullità di protezione (sulla circolazione degli statuti asimmetrici)*, in *Jus civile*, 2022, 1046 ss.; A. IULIANI, *Contratto a favore di terzo e tutela consumeristica*, in *I nuovi orientamenti della Cassazione civile*, a cura di C. Granelli, Milano, 2023, 427 ss.



locazione, cioè la società cessionaria. A seguire recenti pronunce della giurisprudenza europea in tema di contratti di credito ai consumatori prima (caso *Lexitor*) e in tema di clausole abusive poi (caso *Ryanair*)²⁸, sarebbe la qualifica delle parti del contratto originario a determinare lo statuto del credito e, dunque, a fondare l'applicazione della disciplina protezionistica. Ma il dibattito è ancora aperto, non essendo pacifico se, in caso di cessione del credito, la circolazione del regime protezionistico segua un criterio di ordine soggettivo (la qualità del contraente originario) ovvero oggettivo (inerente alla fonte del credito). Come è chiaro, la soluzione di tale nodo interpretativo appare di fondamentale importanza allo scopo di comprendere se la domanda di nullità proposta da un terzo possa trovare accoglimento, considerato che essa deve essere sorretta da un interesse coincidente con quello del contraente protetto.

Secondo. Anche a voler sostenere che, a valle della cessione del credito, i conduttori cedenti conservino il diritto di opporsi alla declaratoria di nullità, la statuizione relativa alla legittimazione ad agire dei terzi implica un forte impatto sistematico sulla disciplina nazionale. La sentenza, invero, lungi dal confermare l'impostazione consolidata²⁹, sembra riecheggiare le posizioni di quella autorevole dottrina, sinora minoritaria, contraria configurazione della nullità di protezione come nullità con una legittimazione riservata

²⁸ Cfr. Corte di Giustizia, 11 settembre 2029, causa C-383/18, *Lexitor*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2020, 280 ss., con nota di G. DE CRISTOFARO, *Estinzione anticipata del debito e quantificazione della "riduzione del costo totale del credito" spettante al consumatore: considerazioni critiche sulla sentenza "Lexitor"*; in *Banca, borsa e tit. cred.*, 2019, II, 639 ss., con nota di A.A. DOLMETTA, *Anticipata estinzione "riduzione del costo totale del credito". Il caso della cessione del quinto*; Corte di Giustizia, 18 novembre 2020, causa C-519/19, *Ryanair DAC c. DelayFix*, in www.curia.europa.eu

²⁹ Secondo l'orientamento prevalente in dottrina e in giurisprudenza, nonostante l'ambiguità del dato normativo dell'art. 36 cod. cons., la nullità di protezione sarebbe una nullità relativa. Noto l'assunto su cui si basa tale impostazione: lasciare la disponibilità del rimedio e della relativa azione in capo ad altri soggetti e, soprattutto, del professionista, autore della clausola abusiva, significherebbe compromettere tanto l'effettività, quanto la dissuasività del sistema di protezione edificato dal legislatore europeo. Cfr. da ultimo Cass., Sez. Un., 4 novembre 2019, n. 28314, in *Foro it.*, 2020, I, 934, con nota di S. PAGLIANTINI, *La nullità selettiva quale epifania di una deroga all'integralità delle restituzioni: l'investitore è come il contraente incapace?*; in *Pers. e merc.*, 2019 21 ss., con nota di G. VETTORI, *Nullità selettiva e riequilibrio effettivo: l'evoluzione della buona fede*, e di C. SARTORIS, *La sentenza delle Sezioni Unite sulla nullità selettiva: tra protezione e buona fede*: secondo la Corte «pur in presenza di differenze testuali non prive di rilievo, il tratto unificante del regime giuridico delle nullità di protezione sia la legittimazione esclusiva del cliente ad agire in giudizio». In termini più generali v.: G. PASSAGNOLI, *Nullità speciali*, Milano, 1995, 185 ss.; G. GIOIA, *Nuove nullità relative a tutela del contraente debole*, in *Contr. e impr.*, 1999, 3, 1338 ss.; S. POLIDORI, *Discipline della nullità e interessi protetti*, Camerino-Napoli, 2001; S. MONTICELLI, *Nullità, legittimazione relativa e rilevanza d'ufficio*, in *Riv. dir. priv.*, 2002, 690 ss.; M. GIROLAMI, *Le nullità di protezione nel sistema delle invalidità negoziali. Per una teoria della moderna nullità relativa*, Padova, 2008; EAD., *La nullità relativa di protezione: da eccezione a *terbium genus* nel sistema dell'invalidità negoziale*, in *Le forme della nullità*, a cura di S. Pagliantini, Torino, 2009; ARDUINI, *La nullità di protezione tra legittimazione relativa all'azione e rilevanza d'ufficio condizionata*, in *Obbl. e contr.*, 2010, 10, 691 ss.; I. PRISCO, *Le nullità di protezione. Indisponibilità dell'interesse e adeguatezza del rimedio*, Napoli, 2012.



unicamente al consumatore³⁰. Secondo questa impostazione, il sintagma “la nullità opera vantaggio del consumatore” significherebbe unicamente che «la sentenza che accerta la nullità di una clausola non farà cadere quanto in essa al consumatore non nuoce e ha ancora funzionalità: è dunque asseverazione della operatività necessariamente parziale, non della legittimazione necessariamente relativa»³¹. Per la verità, a seguire siffatto modo di ragionare, quella descritta dalla Corte di Giustizia non sembrerebbe neppure una legittimazione *ad excludendum* dal lato del professionista; di più, si tratterebbe di una vera e propria legittimazione aperta ai terzi interessati. Questo modo di ragionare, si fonda sulla considerazione secondo cui la tutela del consumatore non si realizza sul piano della relatività dell’azione, ma viene recuperata sul piano del contraddittorio attraverso lo strumento processuale del diritto di opposizione. Quest’ultimo si configurerebbe, allora, come una sorta di legittimazione “successiva” a far valere il rimedio, laddove la volontà del consumatore coincida con quella del soggetto che domanda la nullità; ovvero come un inibitore della nullità laddove questi preferisca non fruire della tutela.

Sia consentito avanzare qualche perplessità circa l’opportunità di configurare una legittimazione siffatta. Non solo per la difficoltà pratica che i terzi possono incontrare, nella maggior parte dei casi, nel dimostrare un proprio concreto e attuale interesse all’accertamento della nullità della clausola abusiva; nonché un interesse che possa dirsi coincidente con l’interesse del consumatore. Non solo perché essa metterebbe in crisi un regime rimediabile faticosamente ricostruito attraverso l’opera interpretativa della dottrina e della giurisprudenza in relazione alle specificità della

³⁰ Il riferimento è, in particolare, ad A. GENTILI, *L’inefficacia delle clausole abusive*, in *Riv. dir. civ.*, 1997, 412 ss., secondo il quale la formula della “operatività a vantaggio” non identificherebbe il profilo della legittimazione ad agire, bensì «il modo di operare dell’inefficacia unidirezionale», cioè la direzione nella quale e secondo la quale deve operare il modulo della parzialità necessaria. Sicché la tutela offerta implicherebbe la estinzione degli «obblighi e oneri a carico del consumatore che generano in suo danno un significativo squilibrio, ma non i diritti e le facoltà che la stessa clausola, o un suo elemento, gli accordi». Si vedano anche S. POLIDORI, *Nullità di protezione e sistematica delle invalidità negoziali*, Napoli, 48 ss., secondo il quale, pur non potendosi negare che le nullità di protezione non possano essere ridotte a mere eccezioni al modello codicistico della nullità, non si potrebbe neppure «cedere alla tentazione di istituire una corrispondenza necessaria fra finalità protettiva della patologia e legittimazione (in ogni caso) riservata al contraente debole» in considerazione della complessità degli interessi tutelati; A. DOLMETTA, *All’essenza della nullità di protezione: l’operatività “a vantaggio”*. Per una critica costruttiva di Cass. SS.UU., n. 28314/2019, in *Riv. dir. banc.*, 2020, 1, 96 ss., il quale nel commentare la questione della nullità selettiva, esclude che il *proprium* della nullità di protezione coincida con la legittimazione relativa. Dalla formula della “operatività a vantaggio”, letta assieme al potere di rilevazione officiosa della nullità, emergerebbe solo che la legittimazione esclusiva del contraente protetto sia «più che altro un mezzo per escludere che lo strumento venga nel concreto deviato dal suo fine istituzionale e nel concreto utilizzato per il vantaggio dell’impresa contraente (legittimazione c.d. *ad excludendum*)». Secondo l’A., pertanto, nulla sembra escludere che «l’azione giudiziale intesa all’accertamento della nullità di protezione sia avviata da un terzo (tipico, in proposito, l’esempio del fideiussore): purché la stessa risulti nel concreto diretta a operare a vantaggio del cliente».

³¹ Così A. GENTILI, *L’inefficacia delle clausole abusive*, cit., 412.

normativa italiana alla luce dei consolidati principi enunciati dalla Corte di Giustizia. E non solo perché in contrasto con il dato testuale nei luoghi in cui la finalità protettiva della nullità si combina esplicitamente alla legittimazione riservata, come nell’art. 135 *sexies* cod. cons., senza che sia ravvisabile una diversità di *ratio*. Ma, soprattutto, perché dubbio è il fondamento su cui la descritta impostazione sembra poggiare. Se, davvero, fosse del tutto indifferente che a contestare la nullità sia il consumatore, un terzo o addirittura il professionista, si perverrebbe al seguente esito: si assisterebbe a un capovolgimento dell’assetto degli interessi coinvolti. Si intende dire che, secondo la prospettiva descritta, il fondamento della disciplina coinciderebbe non con la tutela di un interesse seriale, il quale si identifica e si esprime nella posizione contrattuale del singolo consumatore; bensì con un vero e proprio interesse generale alla tutela del mercato, che assorbirebbe al suo interno anche l’interesse particolare del consumatore. Tanto metterebbe in discussione l’idea sui cui è stato eretto lo statuto della nullità di protezione, cioè di un rimedio avente natura ibrida sul piano assiologico, che mentre protegge la singola posizione contrattuale svantaggiata, nel contempo, tutela l’assetto generale del mercato. Ad avviso di chi scrive, l’interesse generale non assorbe, né esaurisce per intero l’interesse del singolo contraente; lo condiziona, senza dubbio, e anzi lo limita in un certo senso, ma non lo azzerà³². Ebbene, ove si condivida quanto osservato, si perverrà alla conclusione che la tecnica più adeguata per tutelare in maniera effettiva l’interesse del consumatore sia proprio quella di escludere la legittimazione non solo del professionista, ma anche dei terzi.

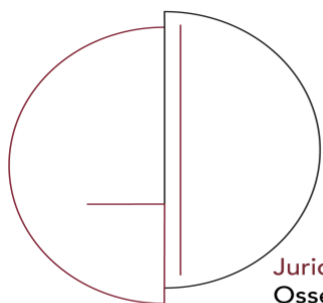
Insomma, una statuizione come quella contenuta nella sentenza in commento, pur circoscritta, nel caso di specie, a questione processuale relativa alla ricevibilità del rinvio pregiudiziale, non è di poco momento sul piano sistematico e richiederebbe di essere maggiormente approfondita, apparendo densa di implicazioni per la configurazione del regime della nullità di protezione. Ma, certo, si può sin da subito concordare su un dato: tale sentenza non è altro che una ulteriore dimostrazione di quello che è stato autorevolmente definito come un fenomeno di «iper-funzionalismo di una Corte di Giustizia che, nell’ultimo lustro, ha messo in pratica una strategia incessante di smontaggio delle categorie civilistiche tradizionali, iniziando da quella nullità di protezione (art. 36, comma 1, c. Cons.), i cui attributi vengono periodicamente disassemblati e manipolati in vista di una nuova (e cangiante) configurazione della stessa»³³.

³² Per un approfondimento su questo punto, sia consentito rinviare a quanto osservato in altre occasioni: C. SARTORIS, *Nullità di protezione e interesse ad agire*, Milano, 2022, 296-301; EAD., *Rilievo d’ufficio della nullità di protezione e giudizio esecutivo: la questione della latitudine soggettiva*, in *Le clausole abusive nei contratti dei consumatori. Trent’anni di direttiva 93/13*, a cura di S. Pagliantini, cit., 393 ss.

³³ Così S. PAGLIANTINI, *Rinvio pregiudiziale ed interpretazione adeguatrice (la narrazione del civilista)*, cit., 105.



Osservatorio



Juridical Observatory on Digital Innovation
Osservatorio Giuridico sulla Innovazione Digitale

DIRITTO E NUOVE TECNOLOGIE*

Rubrica di aggiornamento dell'OGID.

Questa rubrica di aggiornamento è curata dal Prof. Salvatore Orlando e dal Dott. Mario Mauro nell'ambito delle attività dell'OGID, Osservatorio Giuridico sulla Innovazione Digitale, costituito presso il Dipartimento di Diritto ed Economia delle Attività Produttive dell'Università di Roma "La Sapienza" (<https://web.uniroma1.it/deap/ogid> - jodi.deap@uniroma1.it).

SOMMARIO

1. [2024/3\(1\)CC](#) La sentenza CGUE (seconda sezione) del 30.5.2024 nelle cause riunite C-662/22 e C-667/22 sul divieto ai sensi della direttiva 2000/31/CE per uno Stato membro di imporre obblighi ulteriori a un fornitore di servizi online stabilito in un altro Stato membro quali l'iscrizione in un registro, la comunicazione di informazioni e il versamento di un contributo economico (caso Airbnb Ireland UC e Amazon Services Europe Sàrl c. AGCOM) – **Claudia Confortini**
2. [2024/3\(2\)TB](#) La sentenza CGUE (prima sezione) del 26.9.2024 nella causa C-768/21 sulla non obbligatorietà per le autorità di controllo di imporre una sanzione a fronte dell'accertamento di una violazione del GDPR – **Timoteo Bucci**
3. [2024/3\(3\)SB](#) La sentenza CGUE (quarta sezione) del 4.10.2024 nella causa C-446/21 sulla nozione dei dati particolari resi manifestamente pubblici e sul periodo massimo di trattamento dei dati personali degli utenti di una piattaforma di social network a fini di pubblicità mirata – **Stefano Bartoli**
4. [2024/3\(4\)FPe](#) Le novità del Testo unico sui servizi di media audiovisivi (TUSMA) alla luce delle modifiche apportate dal D. Lgs. 50/2024 ('decreto correttivo') - **Francesca Pellicanò**
5. [2024/3\(5\)ES](#) Pubblicato il D.Lgs. 138/2024 del 4.9.2024 di recepimento della direttiva 2022/2555/UE 'NIS2' relativa a misure per un livello comune elevato di cibersecurity nell'Unione europea – **Emanuele Stabile**

* Contributo non sottoposto a referaggio ai sensi dell'art. 2.2, lett. c), del Regolamento per la classificazione delle riviste nelle aree non bibliometriche, approvato con Delibera del Consiglio Direttivo n. 306 del 21.12.2023.

6. [2024/3\(6\)FS](#) Le disposizioni del ‘Decreto salva infrazioni’ (DL 131/2024) a completamento della liberalizzazione della gestione collettiva dei diritti d’autore - **Francesco Santonastaso**
7. [2024/3\(7\)RG](#) I primi tre decreti del Ministro della Salute previsti dalla legge sull’oblio oncologico e il vademecum del Garante privacy – **Raffaella Grisafi**
8. [2024/3\(8\)VR](#) La decisione del Garante privacy olandese del 16.5.2024 contro Clearview per illecito trattamento di dati biometrici con finalità di riconoscimento facciale. – **Valentino Ravagnani**
9. [2024/3\(9\)FG](#) L’annuncio del 26.9.2024 dal Garante privacy italiano di aver avviato un’indagine sull’accordo tra Open AI ed alcuni editori italiani di testate giornalistiche (GEDI, RCS) - **Francesco Grossi**
10. [2024/3\(10\)SO](#) L’annuncio del Garante privacy irlandese del 12.9.2024 di aver avviato un’indagine per verificare se Google ha svolto una DPIA per lo sviluppo del modello di IA ‘PaLM2’ – **Salvatore Orlando**
11. [2024/3\(11\)FP](#) I lavori dell’UNCITRAL nel settore del commercio digitale e l’approvazione del Model Law sulla contrattazione automatizzata (MLAC) del luglio 2024 – **Federico Pistelli**
12. [2024/3\(12\)GD](#) La storica sentenza emessa il 5.8.2024 negli USA contro Google sul monopolio nelle ricerche online e nella pubblicità degli annunci di testo (causa Stati Uniti d’America c. Google LLC, 2024 WL 3647498) – **Giorgia Diotallevi**

Una raccolta indicizzata dei numeri della rubrica degli anni 2020-2022 è disponibile su: <http://www.personaemercato.it/atlane-storico-del-diritto-dei-dati-anni-2020-2022/>

2024/3(1)CC

1. **La sentenza CGUE (seconda sezione) del 30.5.2024 nelle cause riunite C-662/22 e C-667/22 sul divieto ai sensi della direttiva 2000/31/CE per uno Stato membro di imporre obblighi ulteriori a un fornitore di servizi online stabilito in un altro Stato membro quali l'iscrizione in un registro, la comunicazione di informazioni e il versamento di un contributo economico (caso Airbnb Ireland UC e Amazon Services Europe Sàrl c. AGCOM).**

| 1035

La sentenza in oggetto si segnala poiché torna a chiarire la portata di un principio, quello del controllo nel Paese di origine, che storicamente rappresenta un presidio della certezza del diritto nello spazio dell'Unione Europea, in quanto strumento di contenimento dei rischi di frammentazione normativa e *over-regulation*; purtuttavia, potrebbe apparire come il simbolo di un residuo, fastidioso privilegio, riservato soprattutto a poche, potenti multinazionali straniere, le quali possono farsi scudo di esso per evitare l'applicazione di leggi nazionali più severe di quelle dello Stato scelto per stabilirsi. Esso, del resto, ha visto la luce (col fine di incentivare imprese con sede fuori dall'Ue a stabilire una filiale all'interno dell'Ue, evitando la possibile applicazione di una molteplicità di leggi nazionali) in un contesto molto diverso da quello attuale. Vale a dire negli anni '90 dello scorso secolo, allorché le scelte di politica legislativa in ambito europeo erano più che altro orientate a favorire la crescita e lo sviluppo di quelle che all'epoca erano *start up* dell'industria digitale, assicurando chiarezza e stabilità del quadro normativo. Oggi, il mercato interno è dominato da oligopolisti (per lo più statunitensi o cinesi) come Google, YouTube, Amazon o Tik Tok, i quali si sono potuti avvantaggiare del principio dell'*home state control* più (e a scapito) di potenziali concorrenti europei. Nel volgere dei decenni, la regola ha finito per dare ampio spazio al fenomeno del cd. *forum shopping*, spesso dissuadendo gli Stati europei dall'adozione di legislazioni più ambiziose anche per la paura di una fuga d'impresе digitali stabilite nel proprio territorio.

Non è un caso se la vicenda che ha originato le questioni devolute, in questa occasione, alla Corte di giustizia dell'Unione Europea ha visto protagoniste due multinazionali come Airbnb Ireland UC (**Airbnb**) e Amazon Services Europe Sàrl (**Amazon**), rispettivamente stabilite in Irlanda e Lussemburgo.

In breve, questi i fatti.

Alla luce di alcune modifiche del quadro normativo nazionale – derivanti, da un lato, dalla l. 30 dicembre 2020, n. 178 (art. 1, co. 515) e dall'altro, relativamente all'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni (**AGCOM**) dalla [delibera AGCOM n. 200/21](#) e dal [provvedimento AGCOM n. 14/21](#), adottati in applicazione del [regolamento \(UE\) 2019/1150 \(regolamento P2B\)](#) – Airbnb e Amazon, in quanto fornitrici di servizi di intermediazione *online*, sono state assoggettate all'obbligo d'isciversi in un registro tenuto dalla stessa Autorità; a comunicare una serie di informazioni



nonché a versare un contributo economico. Avverso tale delibera e tale provvedimento Airbnb e Amazon hanno proposto ricorso al Tribunale amministrativo regionale per il Lazio (**TAR Lazio**), lamentando la violazione del principio della libera prestazione dei servizi, del regolamento (UE) 2019/1150 e di diverse direttive. Nell'ottobre 2022, il TAR Lazio ha proposto alla Corte di giustizia dell'Unione europea (**CGUE**) cinque domande di pronuncia pregiudiziale, vertenti sull'interpretazione: (i) del regolamento (UE) 2019/1150; (ii) della direttiva 2000/31/CE (**direttiva sul commercio elettronico**); (iii) della [direttiva \(UE\) 2015/1535](#), che prevede una procedura d'informazione nel settore delle regolamentazioni tecniche e delle regole relative ai servizi della società dell'informazione; (iv) della [direttiva 2006/123/CE](#), relativa ai servizi nel mercato interno, nonché dell'art. 56 del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea (**TFUE**).

Il giudice del rinvio, in sostanza, ha chiesto se l'art. 56 TFUE, l'art. 16 della direttiva 2006/123/CE o l'art. 3 della direttiva 2000/31/CE debbano essere interpretati nel senso che ostano a misure adottate da uno Stato membro, allo scopo dichiarato di garantire l'adeguata ed efficace applicazione del regolamento (UE) 2019/1150, le quali, a pena di sanzioni, prevedano che i fornitori di servizi di intermediazione *online* stabiliti in un altro Stato membro siano obbligati, per poter prestare i loro servizi in Italia, a iscriversi in un registro tenuto da un'autorità di tale Stato, a comunicare a quest'ultima una serie di informazioni dettagliate sulla loro organizzazione e a versare alla stessa un contributo economico.

La CGUE, richiamando il precedente costituito dalla sentenza del 9 novembre 2023, *Google Ireland e a.*, C-376/22, ha ribadito come, sulla scorta del principio del mutuo riconoscimento, lo Stato membro di destinazione di servizi della società dell'informazione non può limitare la libera circolazione di tali servizi esigendo il rispetto di obblighi aggiuntivi, rientranti nell'ambito regolamentato. L'art. 3 della direttiva 2000/31/CE osta, salve le deroghe autorizzate alle condizioni previste al par. 4, a che uno Stato membro diverso da quello di stabilimento assoggetti il prestatore del servizio a prescrizioni nuove nell'ambito regolamentato. Nel caso di specie, hanno rilevato i giudici, è pacifico che le misure dell'AGCOM contestate abbiano imposto a fornitori di servizi di intermediazione *online* stabiliti in altri Stati membri l'adempimento di obblighi nuovi. Né è stato contestato che i servizi prestati rientrino tra i «servizi della società dell'informazione», di cui all'art. 2, lett. a), della direttiva 2000/31/CE. In contrasto con quanto sostenuto dal Governo italiano, i giudici hanno reputato che obblighi come quelli sanciti dalle misure contestate siano compresi nell'«ambito regolamentato», ai sensi dell'art. 2, lett. h), della direttiva 2000/31/CE, traendone che: «l'articolo 3 della direttiva 2000/31/CE osta a misure adottate da uno Stato membro in forza delle quali, a pena di sanzioni, i fornitori di servizi di intermediazione online, stabiliti in un altro Stato membro, sono obbligati, al fine di prestare i loro servizi nel primo Stato membro, a iscriversi in un registro tenuto da un'autorità di tale Stato membro, a comunicare a quest'ultima una serie di informazioni dettagliate sulla loro organizzazione, nonché a versare alla stessa un contributo economico».

Sulla scorta di questo assunto, la CGUE ha ulteriormente puntualizzato che le misure contestate non soddisfano le condizioni di cui all'art. 3, par. 4, della direttiva 2000/31/CE: come risulta dal tenore letterale della disposizione, possono rientrare nell'ambito di applicazione di quest'ultima soltanto i provvedimenti «adottati per quanto concerne un determinato servizio della società dell'informazione». Già nella sentenza, 9 novembre 2023, *Google Ireland e a.* (C-376/22), la CGUE aveva invero chiarito che l'art. 3, par. 4, della direttiva 2000/31/CE dev'essere interpretato nel senso che provvedimenti generali e astratti, riguardanti una categoria di determinati servizi della società dell'informazione descritta in termini generali, e applicabili indistintamente a qualsiasi prestatore di tale categoria di servizi, non rientrano nella nozione di «provvedimenti adottati per quanto concerne un determinato servizio della società dell'informazione», ai sensi e agli effetti della citata disposizione. Anche nel caso di specie, alle misure contestate i giudici hanno riconosciuto portata generale e astratta, negando la qualificazione di «provvedimenti adottati per quanto concerne un determinato servizio della società dell'informazione» ex art. 3, par. 4, lett. a) della direttiva 2000/31/CE. Sotto un altro e rilevante aspetto, la CGUE ha posto in evidenza che i provvedimenti nazionali sono conformi a quest'ultima previsione se necessari al fine di garantire l'ordine pubblico, la tutela della sanità pubblica, la pubblica sicurezza o la tutela dei consumatori. Non sono tali quelli adottati, come nel caso *de quo*, allo scopo dichiarato di garantire l'applicazione del regolamento (UE) 2019/1150 dal momento che tale provvedimento mira a promuovere equità e trasparenza per gli utenti commerciali dei servizi di intermediazione *online*: non riguarda l'ordine pubblico, la sanità pubblica o la pubblica sicurezza.

Interessante è, infine, notare come la CGUE abbia rimarcato che la disposizione del par. 4 dell'art. 3 della direttiva 2000/31/CE deve interpretarsi restrittivamente «in quanto eccezione al principio del controllo nello Stato membro di origine» (in senso conforme le sentenze del 22 novembre 2012, *Probst*, C-119/12 e del 21 giugno 2022, *Ligue des droits humains*, C-817/19): «tale eccezione non può essere applicata a misure che possono, tutt'al più, presentare un nesso soltanto indiretto con uno degli obiettivi contemplati da tale disposizione [...] misure adottate da uno Stato membro in forza delle quali, a pena di sanzioni, i fornitori di servizi di intermediazione online, stabiliti in un altro Stato membro, sono obbligati, al fine di prestare i loro servizi nel primo Stato membro, a iscriversi in un registro tenuto da un'autorità di tale Stato membro, a comunicare a quest'ultima una serie di informazioni dettagliate sulla loro organizzazione, nonché a versare alla stessa un contributo economico, non soddisfano le condizioni previste all'articolo 3, paragrafo 4, lettera a), della direttiva 2000/31/CE».

La CGUE ha risposto, dunque, alla prima, terza e quarta domanda, affermando che l'art. 3, direttiva 2000/31/CE «osta a misure adottate da uno Stato membro, allo scopo dichiarato di garantire l'adeguata ed efficace applicazione del regolamento 2019/1150, ai sensi delle quali, a pena di sanzioni, i fornitori di servizi di intermediazione online stabiliti in un altro Stato membro sono obbligati, al fine di prestare i loro servizi nel primo



Stato membro, a iscriversi in un registro tenuto da un'autorità di tale Stato membro, a comunicare a quest'ultima una serie di informazioni dettagliate sulla loro organizzazione e a versare alla stessa un contributo economico». Sono rimaste, invece, assorbite la seconda e la quinta questione, riguardanti gli obblighi di previa notifica previsti dalle direttive 2000/31/CE e (UE) 2015/1535, la cui inosservanza comporta l'inopponibilità ai privati delle misure.

Sia consentita, in chiosa, soltanto una succinta considerazione: la perdurante vigenza del principio del controllo del Paese d'origine non manca (e non ha mancato) di suscitare riflessioni critiche. Desta perplessità, in particolare, la facilità per i prestatori di servizi di scegliere lo Stato che “offre” una legislazione più conveniente, per poi indirizzare le proprie attività (anche o esclusivamente) al pubblico di un altro Stato. L'applicazione di questo principio, ove non accompagnata da correttivi, rischia di favorire una “corsa al ribasso”, inducendo i fornitori di servizi a stabilirsi nello Stato che, nel rispetto delle regole minime armonizzate, “offre” la legislazione più vantaggiosa, aggirando così le regole interne. Il timore è amplificato dalla circostanza che, secondo la CGUE, il pubblico *target* del fornitore di servizi non è tra i criteri da prendere in considerazione per individuare lo Stato di stabilimento, potendo un prestatore esser considerato stabilito in uno Stato membro in base alla sede del suo centro di attività anche se quest'ultime sono in concreto dirette soltanto al pubblico localizzato in altri Paesi membri.

Se i fornitori di servizi *online* sono liberi di scegliere il Paese di stabilimento e con ciò la giurisdizione per sé, il rischio (concreto) è che le autorità dei Paesi con le legislazioni più liberali finiscano per non avere capacità e incentivi sufficienti per vigilare sul rispetto della normativa nazionale da parte d'impresе che, per la stessa natura dei servizi che offrono, operano su tutto il mercato europeo, ben oltre i confini nazionali. Occorre evitare che, di fatto, si creino sacche di immunità e il principio cd. *one-stop-shop* degeneri nella sua versione peggiore ossia si declini nei termini di *zero-stop-shop*.

CLAUDIA CONFORTINI

<https://curia.europa.eu/juris/liste.jsf?language=it&num=C-662/22>

2024/3(2)TB

2. La sentenza CGUE (prima sezione) del 26.9.2024 nella causa C-768/21 sulla non obbligatorietà per le autorità di controllo di imporre una sanzione a fronte dell'accertamento di una violazione del GDPR

Con sentenza emessa in data 26 settembre 2024 nella causa C-768/21, la Corte di Giustizia dell'Unione Europea (CGUE) ha statuito su una domanda pregiudiziale presentata dal Tribunale Amministrativo di Wiesbaden



(Germania), riguardante l'interpretazione del combinato disposto di alcune norme del regolamento (UE) 2016/679 (**GDPR**) in relazione ai poteri sanzionatori delle autorità nazionali incaricate di vigilare sulla corretta applicazione del medesimo regolamento ai sensi degli art. 57(1)(a) e (f), art. 58(2) e art. 77(1) GDPR.

Il rinvio pregiudiziale era stato effettuato nell'ambito di un contenzioso tra un privato (**T.R.**) ed il Land dell'Assia (Germania) relativo all'omessa adozione di misure correttive da parte dell'autorità per la protezione dei dati di tale Land (la **DPA**) nei confronti di una cassa di risparmio locale (la **Cassa**).

Il caso trae origine dal fatto che la Cassa, dopo aver verificato che una propria dipendente aveva ripetutamente effettuato degli accessi illeciti ai dati personali di T.R., notificava tale circostanza come violazione dei dati personali (*data breach*) alla DPA, senza procedere invece alla comunicazione all'interessato.

T.R., venuto a conoscenza del fatto, presentava un reclamo alla medesima DPA lamentando la mancata comunicazione nei propri confronti, asseritamente in violazione dell'art. 34 GDPR. L'art. 34(1) GDPR dispone che «Quando la violazione dei dati personali è suscettibile di presentare un rischio elevato per i diritti e le libertà delle persone fisiche, il titolare del trattamento comunica la violazione all'interessato senza ingiustificato ritardo».

La DPA, sentita la Cassa per iscritto e oralmente, statuiva che essa non avesse violato tale disposizione. La motivazione della DPA si fondava sul fatto che la decisione della Cassa di non effettuare la comunicazione all'interessato era stata assunta sulla base di un'analisi effettuata dal DPO, il quale aveva ritenuto che non vi fosse un rischio elevato per i diritti e le libertà di T.R.

Sotto questo profilo, l'analisi rilevava che erano state adottate misure disciplinari nei confronti della dipendente e che quest'ultima aveva confermato per iscritto di non aver copiato, conservato o trasmesso i dati personali a terzi, e che non lo avrebbe fatto in futuro.

T.R. impugnava allora la decisione avanti il Tribunale Amministrativo di Wiesbaden, il quale sospendeva il procedimento al fine di richiedere alla CGUE di chiarire se, in caso di violazione accertata di disposizioni relative alla protezione dei dati personali, il GDPR debba essere interpretato nel senso che un'autorità di controllo è tenuta ad adottare misure correttive ai sensi dell'art. 58(2) GDPR, come una sanzione amministrativa pecuniaria, oppure nel senso che tale autorità dispone di un potere discrezionale in materia, in forza del quale è legittimata ad omettere, se del caso, siffatte misure.

La CGUE, evidenziando i criteri di necessità e proporzionalità che ai sensi del GDPR devono informare l'esercizio dei poteri delle autorità di controllo, nonché il tenore letterale delle disposizioni rilevanti in materia di poteri sanzionatori, ha statuito che il GDPR lascia all'autorità di controllo un margine di discrezionalità quanto al modo in cui essa deve porre rimedio all'inadeguatezza constatata, prendendo in considerazione tutte le circostanze del caso concreto.

Pertanto, secondo la CGUE, non si può dedurre dall'art. 58(3) GDPR, né dall'articolo 83 GDPR, che vi sia un obbligo per l'autorità di controllo di adottare, in tutti i casi in cui riscontri una violazione dei dati personali, una misura correttiva, in particolare una sanzione amministrativa pecuniaria.

In questo senso, non è infatti da escludersi che l'autorità di controllo possa omettere di adottare una misura correttiva quando – ad esempio – il titolare del trattamento che avesse già attuato, prima del trattamento, misure tecniche e organizzative adeguate ai sensi dell'art. 24 GDPR, abbia poi adottato, non appena venuto a conoscenza di una violazione, misure appropriate e necessarie a farla cessare ed evitarne la ripetizione.

La Corte ha quindi statuito che l'autorità di controllo non è tenuta ad adottare una misura correttiva qualora un siffatto intervento non sia appropriato, necessario o proporzionato al fine di porre rimedio all'inadeguatezza constatata e garantire il pieno rispetto del GDPR, rimettendo infine al giudice del rinvio la valutazione dei fatti del procedimento principale alla luce dell'interpretazione fornita.

TIMOTEO BUCCI

<https://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?jsessionid=6ED530B4876D57561BCCC016F84B89A9?text=&docid=290402&pageIndex=0&doclang=it&mode=req&dir=&occ=first&part=1&cid=3494592>

2024/3(3)SB

3. La sentenza CGUE (quarta sezione) del 4.10.2024 nella causa C-446/21 sulla nozione dei dati particolari resi manifestamente pubblici e sul periodo massimo di trattamento dei dati personali degli utenti di una piattaforma di social network a fini di pubblicità mirata

Nella recente sentenza resa il 4 ottobre 2024 nella causa C-446/21, la Corte di giustizia dell'Unione europea (CGUE) è tornata a pronunciarsi sulla nozione del trattamento dei dati particolari ex art. 9 regolamento (UE) 2016/679 (GDPR) resi manifestamente pubblici e sul periodo massimo di trattamento dei dati da parte di una piattaforma online quale un social network come Facebook.

L'occasione è stata data dalla nuova causa avviata dal Sig. Maximilian Schrems contro Meta Platforms Ireland Ltd (**Meta**), già Facebook Ireland Ltd.

Nella vicenda che qui si esamina, le contestazioni mosse dal Sig. Schrems riguardavano, tra le altre cose, il trattamento da parte di Meta dei dati dello Schrems anche relativi al suo orientamento sessuale omosessuale senza che tali dati, aggregati ad altri dati personali dello stesso Schrems e raccolti da Meta direttamente o tramite terze parti, fossero stati sottoposti a limiti temporali e al principio di minimizzazione di cui all'art. 5, par. 1, lett. c), GDPR e in assenza di consenso al loro trattamento.

Il punto cruciale era che il Sig. Schrems, utente di Facebook, sul proprio profilo non aveva mai discusso del proprio orientamento sessuale né aveva mai autorizzato Facebook a trattare i dati relativi alla propria vita sentimentale e, però, grazie ai cookie, ai social plugin e pixel inseriti nelle pagine dei siti di terze parti con le quali Meta aveva accordi, quest'ultima aveva comunque avuto accesso ai dati concernenti l'orientamento sessuale dello Schrems e aveva iniziato ad inviargli pubblicità mirata riferita anche al suo orientamento omosessuale. Secondo Meta, la base per il trattamento dei dati particolari del Sig. Schrems afferenti al suo orientamento sessuale consisteva nell'accettazione da parte del medesimo Sig. Schrems delle condizioni di utilizzo del social network che indicavano espressamente l'implementazione da parte di Meta di programmi con terze parti tramite i social plugin e appositi pixel contenuti sulle pagine dei siti terzi.

In più, durante una tavola rotonda tenutasi a Vienna il 12 febbraio 2019, liberamente accessibile dietro acquisto del relativo biglietto, trasmessa contemporaneamente in streaming ed il cui video era stato anche caricato su Youtube, il Sig. Schrems aveva pubblicamente detto di essere omosessuale. Il trattamento del dato relativo all'orientamento sessuale dello Schrems avrebbe, quindi, trovato la propria base giuridica nell'art. 9, par. 2, lett. e), GDPR, in quanto dato reso manifestamente pubblico dall'interessato.

Sul trattamento dei dati particolari in relazione alle condizioni di utilizzo di un social network, la Corte di Giustizia si era già pronunciata a Grande Sezione con la sentenza del 4 luglio 2023, C-252/21 (sulla quale v. in questa Rubrica la notizia n.7 nel numero 3/2023: [2023/3\(7\)CAT](#)). In tale occasione, tra le altre cose, la CGUE aveva dichiarato che visitare un sito o usare un'applicazione attinente ad una delle categorie menzionate nell'art. 9, GDPR (ad es. consultare un sito di un partito politico o un sito aderente ad una confessione religiosa) non rende di per sé manifestamente pubblico alcun dato (ad es. aderenza ad un partito o ad una confessione religiosa) e che il dato particolare di una persona non diviene manifestamente pubblico nemmeno quando l'utente di un sito sfrutti tool di like o di condivisione o che, comunque, consentano l'identificazione dell'utente medesimo salvo che quest'ultimo non abbia esplicitamente espresso preliminarmente la propria scelta di rendere i dati pubblicamente accessibili a un numero illimitato di persone.

Nel caso Schrems in esame, dove vi era stata una pubblica dichiarazione ad una tavola rotonda circa il proprio orientamento sessuale anche se rientrante in un più ampio dibattito circa il modo in cui Meta trattava i dati personali e soprattutto quelli particolari degli utenti della piattaforma Facebook, la Corte ha da un lato ritenuto che, se tale dichiarazione fosse da considerarsi manifestamente pubblica ai sensi dell'art. 9(2)(e) GDPR fosse questione di fatto spettante al Giudice a quo, dall'altro lato però – e qui risiede l'importanza della sentenza - la stessa Corte ha rilevato che, anche qualora si renda manifestamente pubblico un dato relativo al proprio orientamento sessuale, ciò *“non autorizza... il trattamento di altri dati personali relativi all'orientamento sessuale di quella persona ... ottenuti, eventualmente, al di fuori di tale piattaforma a partire da applicazioni e siti Internet di partners terzi, al fine dell'aggregazione e dell'analisi di detti*



dati, per proporre a tale persona della pubblicità personalizzata” (così, punti 80 e 83 della sentenza).

Il fatto, quindi, che il gestore di un social network possa trattare un dato particolare perché divenuto manifestamente pubblico, non significa che altri dati particolari, quand’anche rientranti nella stessa categoria ed area del dato diventato manifestamente pubblico, possano essere considerati anch’essi pubblici, ma per il loro trattamento si richiede comunque l’espreso consenso o che, in mancanza di consenso espreso, il trattamento di tali altri dati possa trovare la propria base giuridica in una delle eccezioni previste dall’art. 9(2) GDPR.

Quanto alla questione dell’aggregamento dei dati, ivi inclusi quelli di natura particolare, e il limite temporale del loro trattamento, la Corte, sulla scorta del principio di minimizzazione di cui all’art. 5(1)(c), GDPR, ha escluso che *“tutti i dati personali che un responsabile del trattamento, come il gestore di una piattaforma di social network online, ha ottenuto dall’interessato o da terzi e che sono stati raccolti sia su tale piattaforma che al di fuori di essa, siano aggregati, analizzati ed elaborati a fini di pubblicità mirata, senza limitazione temporale e senza distinzione basata sulla natura di tali dati”* (così, punto 65 e dispositivo della sentenza).

Il trattamento, infatti, deve essere limitato al periodo di tempo strettamente necessario alle finalità per le quali i dati sono stati raccolti e trattati, rimanendo preciso dovere del titolare dare la prova, ai sensi dell’art. 5(2) GDPR, che i dati vengono conservati per il tempo limitato al conseguimento delle finalità per le quali sono stati acquisiti. E se è vero che il periodo di conservazione non può essere predeterminato in astratto, dovendosi ogni volta verificare la natura dei dati in questione e le finalità del trattamento, secondo la Corte *“una conservazione, per un periodo illimitato, dei dati personali degli utenti di una piattaforma di social network a fini di pubblicità mirata deve essere considerata un’ingerenza sproporzionata nei diritti garantiti a tali utenti dal [GDPR]”* (così, punto 58 della sentenza). E parimenti sproporzionato deve essere considerato il trattamento indifferenziato di tutti i dati (indipendentemente dalla loro natura e, quindi, dal loro grado di sensibilità) degli utenti Facebook (in tal senso, punto 64 della sentenza).

Per questi motivi, in conclusione la CGUE ha così dichiarato:

1) L’art. 5(1)(c) GDPR dev’essere interpretato nel senso che:

il principio della «minimizzazione dei dati», da esso previsto, osta a che tutti i dati personali che un responsabile del trattamento, come il gestore di una piattaforma di social network online, ha ottenuto dall’interessato o da terzi e che sono stati raccolti sia su tale piattaforma che al di fuori di essa, siano aggregati, analizzati ed elaborati a fini di pubblicità mirata, senza limitazione temporale e senza distinzione basata sulla natura di tali dati.

2) L’articolo 9(2)(e) GDPR dev’essere interpretato nel senso che:

la circostanza che una persona si sia espressa sul proprio orientamento sessuale in occasione di una tavola rotonda aperta al pubblico non autorizza il gestore di una piattaforma di social network online a trattare altri dati relativi all’orientamento sessuale di detta persona, ottenuti, eventualmente, al di fuori di tale piattaforma a partire da applicazioni e da siti Internet di

partners terzi, al fine dell’aggregazione e dell’analisi di detti dati, per proporre a tale persona della pubblicità personalizzata.

STEFANO BARTOLI

<https://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?jsessionid=D52D73E4017A10D23654467ADE0F9BC9?text=&docid=290674&pageIndex=0&doclang=it&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=5074199>

| 1043

2024/3(4)FPe

4. Le novità del Testo unico sui servizi di media audiovisivi (TUSMA) alla luce delle modifiche apportate dal D. Lgs. 50/2024 (‘decreto correttivo’)

La legge 22 aprile 2021, n. 53, ha conferito al Governo la delega per l’attuazione della direttiva (UE) 2018/1808 (direttiva su servizi media audiovisivi) e il riordino delle disposizioni concernenti la fornitura di servizi di media audiovisivi, di cui al decreto legislativo 31 luglio 2005, n. 177, recante il Testo unico dei servizi di media audiovisivi e radiofonici. In attuazione di tale delega, il Governo ha adottato il decreto legislativo n. 208/2021, recante il nuovo testo unico per la fornitura di servizi di media audiovisivi (c.d. TUSMA, di seguito anche **Testo unico**) e abrogando il precedente.

A più di un anno dalla sua adozione, il Governo ha ritenuto necessario avvalersi della facoltà concessa dalla legge 24 dicembre 2012, n. 234, recante «Norme generali sulla partecipazione dell’Italia alla formazione e all’attuazione della normativa e delle politiche dell’Unione europea», che all’articolo 31, comma 5, richiamato anche dall’articolo 1 della legge n. 53/2021, autorizza, entro 24 mesi dalla data di entrata in vigore del decreto legislativo n. 208/2021, nel rispetto dei principi e criteri direttivi fissati dalla legge di delegazione europea, ad adottare disposizioni integrative e correttive del predetto decreto legislativo. L’intervento correttivo ha lo scopo di correggere e aggiornare quelle che sono le novità introdotte in materia regolamentare, nel rispetto dei principi di delega di cui all’articolo 3 della predetta legge di delegazione europea. Tale *iter* si è concluso con l’adozione del decreto legislativo 25 marzo 2024, n. 50 (di seguito, anche “**decreto correttivo**”), dopo la notifica dello schema di provvedimento alla Commissione europea e il parere del Consiglio di Stato, Sezione Consultiva per gli Atti Normativi, reso nell’Adunanza di Sezione del 27 febbraio 2024.

Le modifiche adottate si propongono l’obiettivo di conferire maggiore chiarezza e omogeneità all’impianto normativo e al contenuto del Testo unico, al fine di meglio perseguire l’obiettivo del corretto funzionamento del mercato unico europeo per i servizi di media audiovisivi che la stessa legge delega si era prefissata.

Si è, in primo luogo, chiarito l’ambito di applicazione di diverse disposizioni di principio, estendendone la portata a tutti i fornitori di servizi

media, sia audiovisivi sia radiofonici, indipendentemente dalla tecnologia di trasmissione, in coerenza con l'obiettivo del Testo unico di fornire un quadro completo di disciplina. In tale ottica, si è proceduto, ove possibile, in coerenza con i principi della direttiva – relativa, come noto, ai soli servizi di media audiovisivi – ad estendere anche alle piattaforme di condivisione di contenuti solo audio alcune disposizioni di contrasto alla diffusione di contenuti illegali e di tutela degli utenti, dettate dalla normativa europea solo per le piattaforme di diffusione di video.

Il decreto correttivo si compone, dunque, di quattro articoli: l'articolo 1, composto da 41 commi, in cui sono inserite le modifiche apportate al decreto legislativo n. 208/2021, che si intende integrare e correggere; l'articolo 2 che contiene le modifiche meramente formali apportate al medesimo Testo unico; l'articolo 3, recante disposizioni abrogative e l'articolo 4, contenente la clausola di invarianza finanziaria. Nell'ambito dell'articolo 1, sono sostituiti integralmente gli articoli del Testo unico 41 e 2, relativi alle piattaforme per la condivisione di video, e dal 51 al 57, recanti le disposizioni relative alla promozione delle opere europee e di produttori indipendenti; tali articoli sono sostanzialmente confermati nella precedente formulazione, salvo marginali modifiche integrative, ma sono stati integralmente ricompresi nel testo del decreto correttivo al fine di notificare tempestivamente la disciplina nei due settori di riferimento nella sua integralità.

Si procede, di seguito, a una, sia pur non esaustiva, disamina delle principali novità introdotte nel Testo unico dall'articolo 1 del decreto correttivo.

Il comma 1 modifica l'articolo 1 del Testo unico e, in particolare, la lettera a), nella quale si inserisce il richiamo ai servizi di condivisione di contenuti audiovisivi o anche solo audio al fine di ampliare, a tutela degli utenti, l'ambito di applicazione dei principi generali, relativi alla prestazione di servizi di media digitali (sic) audiovisivi e radiofonici e ai servizi di piattaforma contenuti nel Testo unico dei servizi di media audiovisivi. Inoltre, il contenuto dell'articolo 1, comma 2, del d. lgs. 208/2021 è accorpato al testo della lettera b), articolo 1, comma 1, del decreto stesso, al fine di una migliore razionalizzazione del dettato normativo.

Il comma 2 apporta diverse modifiche all'articolo 2, recante disposizioni relative all'applicazione della giurisdizione italiana ai servizi di media audiovisivi e radiofonici. Di particolare interesse, la maggior precisione con cui descrive l'ambito di applicazione soggettivo della norma, chiarendo che i destinatari della stessa, soggetti alla giurisdizione italiana, sono, oltre al fornitore, tutte le emittenti radiofoniche, indipendentemente dalla tecnologia di trasmissione, eliminandosi pertanto il riferimento ai soli concessionari radiofonici.

Il comma 3 modifica alcune definizioni dell'articolo 3 del Testo unico, per ragioni di carattere formale e sostanziale: in particolare, di grande interesse la modifica apportata al comma 1, lett. c), con cui si amplia il concetto di servizio di piattaforma per la condivisione dai soli contenuti video, ai contenuti sia audio che video o anche di solo audio. Ne deriva, dunque, che anche i servizi di piattaforma per la condivisione di audio, quali

ad esempio i *podcast*, rientrano nell’ambito di applicazione del Testo unico. Tale modifica si connette alla introduzione del nuovo comma 10-*bis* del successivo articolo 42, che estende, per quanto compatibili, le disposizioni di tutela degli utenti dai contenuti illeciti trasmessi dalle piattaforme audiovisive anche alle piattaforme di condivisione di contenuti di solo audio. Coerentemente, vengono modificate anche le definizioni di “sponsorizzazione”, di cui si amplia l’ambito oggettivo di applicazione facendo riferimento alla condivisione di contenuti audiovisivi e anche di solo audio; di “telepromozione”, per cui si specifica che ogni forma di pubblicità consistente nell’attività di esibizione di prodotti o presentazione verbale e visiva di beni e servizi è realizzabile anche dal fornitore di servizi radiofonici o dall’emittente radiofonica; e, infine, di “autopromozione”, allineando correttamente la previsione, sia per servizi di media audiovisivi sia radiofonici, alla pronuncia della Corte di giustizia dell’Unione europea, sezione terza, 30 gennaio 2024, C-255/21 –RTI, la quale ha chiarito che *“l’articolo 23, paragrafo 2, della direttiva 2010/13/UE del Parlamento Europeo e del Consiglio, del 10 marzo 2010, relativa al coordinamento di determinate disposizioni legislative, regolamentari e amministrative degli Stati membri concernenti la fornitura di servizi di media audiovisivi (direttiva sui servizi di media audiovisivi), deve essere interpretato nel senso che: la nozione di «annunci dell’emittente relativi ai propri programmi» non include gli annunci promozionali effettuati da un’emittente televisiva per una stazione radio appartenente al medesimo gruppo societario di tale emittente, salvo che, da un lato, i programmi oggetto di tali annunci promozionali siano «servizi di media audiovisivi», ai sensi dell’articolo 1, paragrafo 1, lettera a), di tale direttiva, il che implica che siano scindibili dall’attività principale di tale stazione radio e, dall’altro, detta emittente televisiva ne assuma la «responsabilità editoriale», ai sensi dell’articolo 1, paragrafo 1, lettera c), di detta direttiva”*.

Il comma 4 modifica l’articolo 4 del Testo unico, recante i *“principi generali del sistema dei servizi di media audiovisivi e della radiofonia a garanzia degli utenti e in materia di servizi di media in ambito locale”*. Infatti, il comma 1 è riformulato con l’inserimento di una suddivisione della disposizione per punti, al fine di agevolare la lettura delle casistiche riportate all’interno della norma e viene introdotto, ferma restando la libertà di espressione di ogni individuo inclusa la libertà di opinione, il *“contrasto alla tendenza contemporanea di distruggere o comunque ridimensionare gli elementi o simboli della storia e della tradizione della Nazione (cancel culture)”* (art. 4, comma 1, lett. h)).

I commi 3 e 4, invece, sono riformulati per garantire maggiore chiarezza e precisione al testo normativo inserendo, peraltro, anche il Ministero dell’università e della ricerca, il Ministero dell’istruzione e del merito e l’Autorità politica delegata all’innovazione tecnologica, quali organi che, oltre al Ministero della cultura, il Ministero delle imprese e del made in Italy, d’intesa con l’Autorità per le garanzie nelle comunicazioni (di seguito anche **AGCOM** o l’**Autorità**), deve sentire, al fine di promuovere lo sviluppo dell’alfabetizzazione mediatica e digitale. Inoltre, a tale riguardo si ricorda quanto previsto dall’articolo 1, comma 360, Legge 29 dicembre

2022, n. 197, recante “*Bilancio di previsione dello Stato per l’anno finanziario 2023 e bilancio pluriennale per il triennio 2023-2025*”, che prevede l’istituzione di un fondo nello stato di previsione del Ministero delle imprese e del made in Italy, per sostenere e promuovere progetti di alfabetizzazione mediatica e digitale e progetti educativi a tutela dei minori, realizzati dai fornitori di servizi di media e dai fornitori di piattaforme di condivisione.

Il comma 5 modifica l’articolo 5 del Testo unico, recante i “*principi generali del sistema dei servizi di media audiovisivi e della radiofonia a salvaguardia del pluralismo e della concorrenza*”, sopprimendo il principio di previsione di titoli distinti per lo svolgimento dell’attività di fornitura esercitate su frequenze terrestri nella parte in cui stabilisce che uno stesso soggetto o soggetti tra loro in rapporto di controllo o di collegamento non possono essere contemporaneamente titolari di autorizzazioni per fornitore di servizi media radiofonici digitali in ambito nazionale e in ambito locale. Già il Testo unico nel 2021 sopprimeva il divieto di titolarità congiunta dell’autorizzazione alla fornitura di media audiovisivi lineari su scala nazionale e su scala locale, su frequenze terrestri. Tale divieto potrebbe permanere in vita per la sola radiofonia digitale, ma per assicurare un corretto coordinamento di disciplina, considerando anche le modalità operative di tutta la radiofonia, nazionale o locale, che fa ricorso a tecnologie di trasmissione come il *web streaming*, prescindendo da qualsiasi distinzione di ordine territoriale, si è preferito evitare trattamenti discriminatori e adottare una disciplina uniforme. Viceversa, resta ferma la previsione di distinti titoli abilitativi per i servizi radiofonici digitali terrestri su scala nazionale e su scala locale. L’articolo 5, inoltre, amplia e specifica il novero dei soggetti nei cui confronti la normativa si riferisce. Nel dettaglio, in luogo delle emittenti o dei soli fornitori di servizi di media audiovisivi si fa riferimento sia alle emittenti radiofoniche, sia ai fornitori di servizi di media radiofonici che ai fornitori di servizi di media audiovisivi.

L’articolo 8 è modificato, e per l’effetto il Comitato di applicazione del codice di autoregolamentazione media e minori viene sostituito da un comitato interistituzionale con compiti di promozione e ricerca sui temi dell’alfabetizzazione mediatica e digitale, di esprimere pareri su codici di auto- e co-regolamentazione dei fornitori di servizi di media a tutela dei minori. Le conseguenti modifiche sono altresì trasposte nell’articolo 38, relativo alla tutela dei minori.

Oltre alle già menzionate novità delle previsioni relative alle piattaforme di audio e video o solo audio, di cui agli articoli 41 e 42, l’altra modifica di rilievo del decreto correttivo è quella apportata agli articoli da 51 a 58, come sopra già accennato, relativi al recepimento delle disposizioni della direttiva sui servizi di media audiovisivi relativi agli obblighi di programmazione e investimento in opere europee e di produttori indipendenti.

Il quadro normativo riportato nella precedente formulazione del Testo unico, stratificatosi nel tempo, prevedeva un complesso sistema di quote e sottoquote, recanti obblighi di programmazione e investimento, diversificati a seconda della natura del fornitore di servizi di media audiovisivi, se lineari o non lineari, che rendevano l’Italia uno dei sistemi più prescrittivi d’Europa

in tale ambito. Conseguentemente, nel giugno del 2023, il Consiglio dell'AGCOM ha rilevato la necessità di segnalare al Governo l'opportunità di una revisione dell'impianto generale del sistema degli obblighi in materia di programmazione e investimento formulando “[...] *alcune osservazioni e proposte in ragione dell'esigenza di una revisione di alcuni aspetti della vigente disciplina di tutela e promozione della produzione audiovisiva europea e indipendente, di cui al d. lgs. 8 novembre 2021, n. 208, e del regime di credito di imposta per le imprese di produzione cinematografica e audiovisiva, di cui all'art. 15, della legge 14 novembre 2016, n. 220, con specifico riferimento alla produzione indipendente*”. In particolare, per il tema che qui rileva, l'Autorità ha ritenuto di portare all'attenzione del legislatore la necessità di un generale ripensamento dell'impianto del sistema delle cd. Quote europee, teso a una maggiore semplificazione, flessibilità e trasparenza e al superamento del sistema di sottoquote, ritenuto eccessivamente prescrittivo, proponendo, quindi, le conseguenti modifiche al Testo unico. Tali suggerimenti sono stati parzialmente accolti nel decreto correttivo, in particolare con riferimento agli obblighi di investimento dei fornitori di servizi di media a richiesta, abbassata dal 20% inizialmente previsto dalla precedente formulazione del Testo unico al 16%. Tuttavia, la modifica apportata al comma 8 del medesimo articolo ha elevato la sottoquota in favore di opere di espressione originale italiana recenti portandola dal 50% al 70% della quota di investimento sopra menzionata, e stabilendo direttamente, e non delegandolo al regolamento ministeriale come precedentemente previsto, la ulteriore percentuale del 27% di investimento in opere cinematografiche di espressione originale italiana ovunque prodotte negli ultimi cinque anni da produttori indipendenti.

Tali obblighi di investimento si applicano anche ai fornitori di servizi di media *on-demand* stabiliti in altro Stato membro ma che siano responsabili di servizi destinati al pubblico italiano. Il legislatore italiano, infatti, si è avvalso della facoltà appositamente riconosciuta dall'articolo 13, paragrafo 2, della direttiva 2010/13/UE, come modificato dalla predetta direttiva (UE) 2018/1808 (direttiva su servizi media audiovisivi).

Infine, il decreto correttivo è intervenuto anche sull'articolo 57, relativo alle competenze riservate al regolamento dei Ministri delle imprese e del made in Italy e della cultura, non ancora adottato nel momento in cui si redige il presente contributo, a cui è demandato di stabilire, sulla base di principi di proporzionalità, adeguatezza, trasparenza ed efficacia, la definizione delle opere audiovisive, ovunque prodotte, di espressione originale italiana. Appare degno di nota come il decreto correttivo abbia provveduto a una semplificazione e snellimento anche delle previsioni del regolamento ministeriale, eliminando, inter alia, l'apertura a un'eventuale previsione di ulteriori sotto quote a favore di particolari tipologie di opere audiovisive prodotte da produttori indipendenti, ovvero le previsioni relative ai criteri per la limitazione temporale dei diritti di utilizzazione e sfruttamento delle opere e per le modalità di valorizzazione delle stesse sulle diverse piattaforme, in un'ottica di semplificazione del sistema e di un approccio maggiormente organico, a certezza del mercato e degli operatori.

FRANCESCA PELLICANÒ

Funzionaria dell'Ufficio servizio pubblico televisivo radiofonico e multimediale dell'Agcom

Le opinioni riportate sono personali e non impegnano in alcun modo la posizione dell'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni. Ogni errore od omissione è imputabile unicamente all'autrice

| 1048

<https://www.normattiva.it/uri-res/N2Ls?urn:nir:stato:decreto.legislativo:2024;50>

2024/3(5)ES

5. Pubblicato il D.Lgs. 138/2024 del 4.9.2024 di recepimento della direttiva 2022/2555/UE (“NIS2”) relativa a misure per un livello comune elevato di cibersecurity nell'Unione europea.

Il 1 ottobre 2024 è stato pubblicato sulla Gazzetta Ufficiale il D. Lgs. 138 del 4 settembre 2024 (da ora anche il **Decreto**) di recepimento della direttiva 2022/2555/UE (da ora anche **Direttiva NIS 2**, acronimo inglese che sta per “Network and Information Security”, o la **Direttiva**) relativa a misure per un livello comune elevato di cibersecurity nell'Unione europea.

Il Decreto, infatti, mira a stabilire un livello elevato di sicurezza informatica in ambito nazionale, contribuendo altresì a migliorare il livello comune di sicurezza nell'Unione europea e il funzionamento del mercato interno. In particolare, tra gli obiettivi del Decreto figurano: i) la definizione di una strategia nazionale per la cibersecurity; ii) l'integrazione del quadro di gestione delle crisi informatiche con l'organizzazione nazionale per la gestione delle crisi che coinvolgono aspetti di cibersecurity; iii) l'attribuzione di specifiche competenze all'Agenzia per la cibersecurity nazionale; iv) l'individuazione dei destinatari della normativa in commento (art. 1).

Dopo aver fornito una serie di definizioni all'art. 2, l'art. 3 stabilisce che il Decreto si applica ai soggetti pubblici e privati che operano nei settori descritti negli allegati I (c.d. “settori altamente critici”), II (c.d. “settori critici”), III, IV al Decreto, nonché ai soggetti meglio individuati dai commi 2 e seguenti del medesimo articolo. Il comma 10, infine, prevede un criterio residuale per cui la disciplina in commento si applica, “*indipendentemente dalle sue dimensioni, all'impresa collegata ad un soggetto essenziale o importante, se soddisfa almeno uno dei seguenti criteri: a) adotta decisioni o esercita una influenza dominante sulle decisioni relative alle misure di gestione del rischio per la sicurezza informatica di un soggetto importante o essenziale; b) detiene o gestisce sistemi informativi e di rete da cui dipende la fornitura dei servizi del soggetto importante o essenziale; c) effettua operazioni di sicurezza informatica del soggetto importante o essenziale; d) fornisce servizi TIC o di sicurezza, anche gestiti, al soggetto importante o essenziale*”.

Sono espressamente esclusi dall'ambito di applicazione del Decreto “*il Parlamento italiano, l'Autorità giudiziaria, la Banca d'Italia e l'Unità di informazione finanziaria per l'Italia ... enti, organi e articolazioni della pubblica amministrazione che operano nei settori della pubblica sicurezza, della difesa nazionale, o dell'attività di contrasto ... di reati, nonché agli organismi di informazione per la sicurezza di cui alla legge 3 agosto 2007, n. 124, all'Agenzia per la cybersicurezza nazionale*” (art. 4).

Tra i destinatari del Decreto occorre distinguere i c.d. “soggetti essenziali” di cui all'allegato I, ossia quelli che superano i massimali per le medie imprese di cui all'articolo 2, paragrafo 1, dell'allegato della raccomandazione 2003/361/CE; b) indipendentemente dalle loro dimensioni, i soggetti identificati come soggetti critici ai sensi del decreto legislativo che recepisce la direttiva (UE) 2022/2557; c) i fornitori di reti pubbliche di comunicazione elettronica e i fornitori di servizi di comunicazione elettronica accessibili al pubblico che si considerano medie imprese ai sensi dell'articolo 2 dell'allegato alla raccomandazione 2003/361/CE; d) indipendentemente dalle loro dimensioni, i prestatori di servizi fiduciari qualificati e i gestori di registri dei nomi di dominio di primo livello, nonché i prestatori di servizi di sistema dei nomi di dominio; e) indipendentemente dalle loro dimensioni, le pubbliche amministrazioni centrali di cui all'allegato III, comma 1, lettera a) (art. 6, comma 1). Ai sensi dell'art. 6, comma 2, invece, sono considerati “soggetti importanti” tutti quelli a cui si applica il Decreto e che non sono classificati come essenziali. Entrambe tali categorie di soggetti sono tenute ad iscriversi in una piattaforma digitale “*resa disponibile dall'Autorità nazionale competente NIS*” e l'iscrizione è necessaria al fine di consentire a quest'ultima di svolgere le funzioni previste dal Decreto (art. 7).

L'art. 9, comma 1 è dedicato alla strategia nazionale di cybersicurezza che “*individua gli obiettivi strategici e le risorse necessarie per conseguirli, nonché adeguate misure strategiche e normative al fine di raggiungere e mantenere un livello elevato di cybersicurezza*”. In particolare, la strategia definisce gli obiettivi e le priorità inerenti ai settori di cui agli allegati I, II, III e IV; un quadro di governance per la realizzazione dei suddetti obiettivi e priorità e che chiarisca i ruoli e le responsabilità dei portatori di interessi coinvolti nell'attuazione della strategia. L'art. 9, comma 3, inoltre, specifica ulteriormente il contenuto della strategia nazionale. Quest'ultima deve essere aggiornata ogni volta che sia necessario e, comunque, almeno ogni 5 anni.

Il Decreto stabilisce che l'Agenzia per la cybersicurezza nazionale è individuata come l'Autorità nazionale competente NIS (da ora anche “**Autorità**”) a cui sono assegnati i seguenti compiti:

1. sovrintendere all'implementazione e all'attuazione del Decreto, nonché predisporre i provvedimenti necessari a darvi attuazione;
2. svolgere le funzioni e le attività di regolamentazione di cui al Decreto, anche adottando linee guida, raccomandazioni e orientamenti non vincolanti;
3. individuare i soggetti essenziali e i soggetti importanti;

4. partecipare al gruppo di cooperazione NIS, nonché alle iniziative promosse a livello di Unione europea relativi all'attuazione della direttiva NIS 2;

5. svolgere le attività ed esercitare i poteri in materia di monitoraggio e vigilanza.

| 1050

L'Autorità è anche il “*punto unico di contatto NIS*” poiché svolge una funzione di collegamento tra le autorità nazionali, nonché con la Commissione europea e l'ENISA (“Agenzia dell'Unione europea per la cybersicurezza”) (artt. 10 e 14). L'art. 11 individua delle “*Autorità di settore NIS*” che supportano l'Autorità nazionale competente NIS nell'attuazione del Decreto. Nondimeno, al fine di assicurare la corretta attuazione del Decreto è costituito il “*Tavolo per l'attuazione della disciplina NIS*” che sostanzialmente supporta l'Autorità nello svolgimento dei suoi compiti (art. 12, comma 5).

L'art. 13, comma 1 designa l'Agenzia per la cybersicurezza nazionale e il Ministero della difesa come autorità nazionali di gestione delle crisi informatiche e stabilisce, al comma 3, che entro 12 mesi dall'entrata in vigore del Decreto debba essere definito il piano nazionale di risposta agli incidenti e alle crisi informatiche su vasta scala. Il piano è aggiornato periodicamente e, comunque, ogni tre anni.

Sempre al fine di assicurare adeguati livelli di cybersicurezza, è istituito un gruppo nazionale di risposta agli incidenti di sicurezza informatica (c.d. “CSIRT Italia”, dove CSIRT è un acronimo inglese che sta per “Computer Security Incident Response Team”) “*preposto alle funzioni di gestione degli incidenti di sicurezza informatica per i settori, i sottosectori e le tipologie di soggetti di cui agli allegati I, II, III e IV, conformemente a modalità e procedure definite dal CSIRT stesso*”. I compiti del CSIRT sono meglio specificati agli artt. 15, comma 3 e 16 del Decreto.

Al fine di garantire un'adeguata cooperazione a livello europeo e internazionale tra le autorità di settore, il Decreto prevede che l'Autorità partecipi al gruppo di cooperazione NIS, l'Autorità nazionale di gestione delle crisi informatiche a sua volta prenda parte alla “*Rete delle organizzazioni di collegamento per le crisi informatiche*” (c.d. “EU-CyCLONe”) e il CSIRT Italia partecipi alla rete dei CSIRT (artt. 18 – 20). Nondimeno, l'Autorità trasmette all'Unione europea la strategia nazionale di cybersicurezza entro 3 mesi dalla sua adozione o dal suo aggiornamento e coopera con le autorità degli altri paesi membri dell'Unione europea (art. 39). Nell'ottica di favorire la condivisione di informazioni, è altresì previsto che i destinatari del Decreto possano concludere accordi di condivisione delle informazioni sulla sicurezza informatica (art. 17).

Il Decreto prevede degli specifici obblighi in materia di gestione del rischio per la sicurezza informatica. Tali obblighi devono essere proporzionati al grado di esposizione al rischio, alle dimensioni dei soggetti e alla probabilità di verificazione degli incidenti (art. 31) e l'Autorità può imporre obblighi ulteriori rispetto a quelli previsti dal Decreto (art. 32).

Nello specifico è previsto che gli organi di amministrazione dei soggetti “essenziali” e “importanti”



approvino le modalità di implementazione delle misure di gestione dei rischi per la sicurezza informatica che tali soggetti intendano adottare, sovrintendano all'implementazione degli obblighi di cui al Decreto e siano responsabili delle relative violazioni. I suddetti organi sono tenuti a seguire una formazione in materia di sicurezza informatica, così come devono assicurare ai loro dipendenti una formazione adeguata in materia (art. 23).

I soggetti “essenziali” e “importanti” devono adottare misure tecniche, operative e organizzative adeguate e proporzionate alla gestione dei rischi posti alla sicurezza dei sistemi informativi e di rete che tali soggetti utilizzano nello svolgimento della loro attività o nella fornitura di servizi, nonché per prevenire o ridurre al minimo l'impatto degli incidenti per i destinatari delle loro attività e servizi. Tali misure sono basate su un approccio multi – rischio e *“assicurano un livello di sicurezza dei sistemi informativi e di rete adeguato ai rischi esistenti ... e ... sono proporzionate al grado di esposizione a rischi del soggetto, alle dimensioni del soggetto e alla probabilità che si verifichino incidenti, nonché alla loro gravità, compreso il loro impatto sociale ed economico”* (art. 24, comma 1). L'Autorità, inoltre, può imporre ai soggetti “essenziali” e “importanti” l'utilizzo di determinate categorie di prodotti o servizi ICT al fine del contenimento del rischio cibernetico.

Laddove si verifichi un incidente che abbia un impatto significativo sullo svolgimento delle proprie attività o sulla fornitura dei loro servizi, i soggetti “essenziali” e “importanti” devono notificarlo senza indugio al CSIRT Italia. Ai sensi dell'art. 25, comma 4 un incidente si definisce significativo se *“a) ha causato o è in grado di causare una grave perturbazione operativa dei servizi o perdite finanziarie per il soggetto interessato; b) ha avuto ripercussioni o è idoneo a provocare ripercussioni su altre persone fisiche o giuridiche causando perdite materiali immateriali considerevoli”*. In particolare, i menzionati soggetti sono tenuti a fornire:

“a) senza ingiustificato ritardo, e comunque entro 24 ore da quando sono venuti a conoscenza dell'incidente, una pre-notifica che, ove possibile, indichi se l'incidente significativo possa ritenersi il risultato di atti illegittimi o malevoli o può avere un impatto transfrontaliero;

b) senza ingiustificato ritardo, e comunque entro 72 ore [nds, 24 ore per i prestatori di servizi essenziali] da quando sono venuti a conoscenza dell'incidente significativo, una notifica dell'incidente che, ove possibile, aggiorni le informazioni di cui alla lettera a) e indichi una valutazione iniziale dell'incidente significativo, comprensiva della sua gravità e del suo impatto;

c) su richiesta del CSIRT Italia, una relazione intermedia sui pertinenti aggiornamenti della situazione;

d) una relazione finale entro un mese dalla trasmissione della notifica dell'incidente di cui alla lettera b)” (art. 25).

Al fine di una gestione efficace dei rischi informatici, l'art. 26 consente anche notifiche volontarie, ossia nei casi in cui il Decreto non le imporrebbe.

Ancora, per contribuire alla sicurezza, alla stabilità e alla resilienza dei sistemi di nomi di dominio, i gestori di registri dei nomi di dominio e i

fornitori di servizi di registrazione dei nomi di dominio devono istituire un'apposita banca dati in cui conservano i dati di registrazione (art. 29).

All'Autorità spetta il compito di monitorare l'osservanza dei suddetti obblighi se del caso richiedendo una rendicontazione, anche periodica, l'esecuzione di audit sulla sicurezza ed emanando raccomandazioni e avvertimenti relativi a presunte violazioni degli doveri di cui al Decreto (artt. 34 e 35). L'Autorità può sottoporre i destinatari del Decreto a verifiche, ispezioni, inviargli richieste di accesso ai dati, documenti e altre informazioni, intimare il rispetto di istruzioni vincolanti o altri obblighi meglio descritti dall'art. 36.

Laddove i destinatari del Decreto non rispettino le indicazioni dell'Autorità, quest'ultima *“può sospendere temporaneamente o chiedere a un organismo di certificazione o autorizzazione, oppure a un organo giurisdizionale ... di sospendere temporaneamente un certificato o un'autorizzazione relativi a una parte o alla totalità dei servizi o delle attività pertinenti svolti dal soggetto essenziale”*, irrogare agli esponenti aziendali la sanzione della incapacità a svolgere funzioni dirigenziali nonché comminare delle sanzioni amministrative nei casi previsti dall'art. 38, comma 10.

Il Decreto, infine, prevede delle disposizioni transitorie e finali, entra in vigore il 16 ottobre 2024 e stabilisce che le sue previsioni si applicheranno progressivamente nel tempo.

EMANUELE STABILE

<https://www.gazzettaufficiale.it/eli/id/2024/10/01/24G00155/SG>

2024/3(6)FS

6. Le disposizioni del ‘Decreto salva infrazioni’ (D.L. 131/2024) a completamento della liberalizzazione della gestione collettiva dei diritti d'autore

Il decreto legge 16 settembre 2024, n. 131, c.d. ‘**Decreto salva infrazioni**’, pubblicato nella GU n. 217 del 16 settembre 2024, interviene sulla disciplina della gestione collettiva dei diritti d'autore e completa il processo di liberalizzazione del settore imposto dalla direttiva (UE) 2014/26 (**direttiva Barnier**).

L'attuazione della direttiva Barnier in Italia è stata alquanto complicata, giacché il relativo decreto di recepimento (D.lgs. 35/2017) aveva attuato solo in parte le indicazioni del legislatore comunitario, mantenendo in vigore il monopolio SIAE nella intermediazione dei diritti d'autore previsto dal testo allora vigente dell'art. 180 della l. 633/1941 sul diritto d'autore (**L.A.**) (a differenza del regime di libera concorrenza che già dal 2012 caratterizza la gestione collettiva dei diritti connessi dei produttori discografici e degli artisti interpreti esecutori). La riserva a SIAE era poi venuta meno per effetto dell'art. 19, comma 1, del D.L. 148/2017 che aveva

affiancato a SIAE gli altri organismi di gestione collettiva (**OGC**) di cui al D.Lgs. 35/2017, negando però accesso al mercato alle entità di gestione indipendenti (**EGI**), ossia l'altra categoria di *collecting societies* cui la direttiva riserva l'esercizio dell'attività di intermediazione.

In questo scenario normativo, le EGI - ossia gli organismi che (i) non sono detenuti né controllati, direttamente o indirettamente, integralmente o in parte, dai titolari dei diritti intermediati, e (ii) perseguono fini di lucro - potevano stipulare licenze e riscuotere le *royalties* sul territorio nazionale solo sulla base di un accordo di rappresentanza con SIAE o con un OGC stabilito in Italia.

A seguito delle numerose perplessità sollevate da dottrina, giurisprudenza e Autorità per le garanzie nelle comunicazioni (**AGCOM**) circa la scelta normativa di escludere le EGI dal mercato nazionale dell'intermediazione dei diritti d'autore, limitando così ai soli OGC la possibilità di competere con SIAE, la questione è approdata dinanzi alla Corte di giustizia dell'Unione europea (**CGUE**), che con sentenza del 21 marzo 2024 nella causa C-10/22 *Lea/Jamendo* (su cui v. in questa Rubrica notizia n. 5 del numero 1/2024: [2024/1\(5\)FG](#)) ha stabilito che l'art. 180 L.A. è contrario all'art. 56 del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea (**TFUE**), in combinato disposto con la direttiva Barnier, nella misura in cui esclude in modo generale e assoluto la possibilità per le EGI stabilite in altro Stato membro di prestare in Italia i propri servizi di gestione dei diritti d'autore.

Proprio la sentenza della CGUE ha suscitato l'intervento della Commissione e ha dato la stura alla procedura di infrazione (n. 4092/2017), cui intende porre rimedio l'art. 15 del D.L. 131/2024, dedicato specificamente (tra le altre) a questa procedura di infrazione. La norma interviene sia sulla formulazione dell'art. 180 L.A., aggiungendo al riferimento a SIAE e agli OGC anche quello alle EGI, sia sull'art. 19, comma 2, del D.L. 148/2017, che viene novellato ammettendo all'attività di intermediazione sul territorio nazionale anche le EGI stabilite nel territorio dell'Unione Europea, sia infine sul D. Lgs. 35/2017, il cui impianto viene adeguato nel senso di parificare – nei limiti consentiti dalla direttiva – le EGI agli OGC operanti in Italia.

Si intende così recuperare un quadro armonico tra la liberalizzazione dell'attività di gestione collettiva dei diritti d'autore e quella dei diritti connessi già operata con il D.L. 1/2012, favorendo inoltre l'affermarsi di nuovi mercati, l'innovazione tecnologica e l'offerta di servizi innovativi distinti in favore dei consumatori, che possono così beneficiare di una maggiore varietà di opere e di modalità di fruizione delle stesse. Quanto agli operatori del settore, ossia le *collecting societies*, la piena attuazione della direttiva Barnier assicura una più ampia libertà circa la scelta della forma organizzativa ritenuta più idonea allo svolgimento dell'attività di gestione collettiva.

FRANCESCO SANTONASTASO

<https://www.normattiva.it/uri-res/N2Ls?urn:nir:stato:decreto.legge:2024;131>



2024/3(7)RG

| 1054

7. I primi tre decreti del Ministro della Salute previsti dalla legge sull'oblio oncologico e il vademecum del Garante privacy

Come riportato in questa Rubrica nella notizia n. 21 del numero 2/2024 (v. [2024/2\(21\)RG](#)), il 2 gennaio 2024 è entrata in vigore la legge 7 dicembre 2023, n. 193 (**legge sull'oblio oncologico o l. 193/2023**) finalizzata alla prevenzione delle discriminazioni e alla tutela dei diritti delle persone che sono state affette e sono guarite da malattie oncologiche. L'intento è perseguito dal legislatore attraverso la codificazione di un c.d. diritto all'oblio oncologico inteso, secondo l'art.1, co.2 l. 193/2023, come «*diritto delle persone guarite da una patologia oncologica di non fornire informazioni né subire indagini in merito alla propria pregressa condizione patologica, nei casi di cui alla presente legge*».

Il reticolato normativo distribuito in cinque articoli copre una molteplicità di ambiti poiché, ferma la portata generale dell'art.1, si occupa all'art. 2 della contrattazione generalmente intesa, con disposizioni particolari dedicate all'accesso ai servizi bancari, finanziari, di investimento e assicurativi, all'art. 3 al campo delle adozioni e all'art. 4 alle procedure concorsuali e selettive, al lavoro e alla formazione professionale. L'ultimo articolo è dedicato alle disposizioni transitorie e finali. In esso si prevedono una serie di ulteriori interventi normativi necessari a disciplinare aspetti formali o specifici dei diversi campi di applicazione invero richiamati anche nelle norme precedenti.

Il risultato è stato la produzione di una serie di decreti ministeriali che si sono susseguiti all'entrata in vigore della legge sull'oblio oncologico, e che arricchiscono il quadro generale della normativa.

Il primo intervento si è avuto con il D.M. 22 marzo 2024 del Ministro della Salute pubblicato in G.U. n. 96 del 24/4/2024 (**D. Min. Salute 22.3.2024**).

Si tratta di un decreto emanato in base alla previsione di cui all'art. 5, comma 2 l. 1993/2023, che reca un elenco di patologie oncologiche per le quali si applicano termini inferiori rispetto a quelli previsti dagli artt. 2, co. 1, 3, co. 1, lett. a), e 4, co. 1, della l.193/ 2023, della medesima legge, ossia, in tutti i casi di cui alle predette disposizioni: il decorso di dieci anni dalla conclusione del trattamento attivo della patologia in assenza di episodi di recidiva, o di cinque anni nel caso in cui la patologia sia insorta prima del compimento del ventunesimo anno di età.

Il D. Min. Salute 22.3.2024 prevede un elenco di patologie per cui l'oblio oncologico matura in un minore lasso di tempo. La ragione è da rinvenirsi in valutazioni di natura scientifica che ammettono si possa considerare il soggetto clinicamente guarito in presenza di un periodo temporale ridotto.

Nell'allegato 1 del D. Min. Salute 22.3.2024 sono indicate dieci patologie diverse, dettagliate per stadio della malattia ed età del malato con periodi di tempo, ai fini dell'oblio, che vanno da un minimo di un anno (es.

nel caso di tumori alla tiroide) ad un massimo di sette anni (tumori colon-retto).

Riepilogando dunque, perché siano applicabili gli obblighi e i divieti della l. 193/2023 è necessario che decorra un periodo pre-individuato dalla normativa e utile a far maturare il diritto all'oblio oncologico: detto lasso temporale a seconda della patologia oncologica sarà pari a dieci o cinque anni, come previsto nella l. 193/2023, ovvero sarà di una durata ancora inferiore in base alla tabella dell'allegato 1 del D. Min. Salute 22.3.2024.

Una volta maturato l'oblio oncologico, si rende necessaria la sua certificazione cosicché i destinatari della legge siano in grado di essere edotti dello stato di irrilevanza della storia oncologica e dunque provvedano a non considerarla nei diversi ambiti contemplati (es. in sede negoziale, durante un procedimento di adozione o in ambito lavorativo).

L'esigenza di una formalizzazione dei presupposti del diritto viene soddisfatta con un altro Decreto del Ministero della Salute, del 5 luglio 2024 (il **D. Min. Salute 5.7.2024**) il quale, come previsto dall'art. 5, co.1 l. 193/2023, disciplina le modalità e le forme, senza oneri per l'assistito, per la certificazione della sussistenza dei requisiti necessari ai fini dell'applicazione delle disposizioni della stessa.

Il D. Min. Salute 5.7.2024 è stato preceduto da una consultazione con le organizzazioni dei pazienti oncologici aderenti ad un avviso pubblico per la manifestazione di interesse pubblicato dallo stesso Ministero e sentito il Garante per la protezione dei dati personali (**Garante Privacy**).

Il fulcro del D. Min. Salute 5.7.2024 è contenuto negli artt. 1 e 2. Il primo descrive l'iter di presentazione e rilascio dell'istanza di certificazione per l'oblio oncologico stabilendo che l'ex paziente oncologico deve presentare un'istanza adoperando il modello predisposto dal Ministero della Salute (Allegato I del D. Min. Salute 5.7.2024) corredata di eventuale documentazione medica, con cui chiede sia attestato l'oblio oncologico attraverso l'apposito certificato previsto dalla l. 193/2023 (il **Certificato di Oblio oncologico**). Il secondo comma individua i soggetti deputati a rilasciare il Certificato di Oblio oncologico, ossia strutture sanitarie pubbliche o private accreditate, un medico dipendente del Servizio Sanitario Nazionale o un medico di medicina generale ovvero un pediatra.

Tutti questi soggetti, non solo dovranno ricevere l'istanza, ma dovranno adempiere ad un ulteriore onere: fornire le informazioni di cui all'art. 13 (rubricato *Informazioni da fornire qualora i dati personali siano raccolti presso l'interessato*) e all'art. 14 (rubricato *Informazioni da fornire qualora i dati personali non siano stati ottenuti presso l'interessato*) del Regolamento 2016/679 (**GDPR**) relative ai dati personali trattati per il rilascio del Certificato di Oblio oncologico e i diritti riconosciuti al richiedente tale certificato in qualità di interessato al trattamento. L'allegato I al D. Min. Salute 5.7.2024 contiene, oltre al modello di istanza anche l'informativa da rendersi a questi fini ex artt. 13 e 14 GDPR.

Nel rilasciare il Certificato di Oblio oncologico, i sanitari o le strutture dovranno altresì utilizzare il modello predisposto dal Ministero (allegato II al D. Min. Salute 5.7.2024) nonché rispettare una tempistica stringente di 30 giorni dalla presentazione dell'istanza.



Vi è un altro obbligo per i soggetti onerati dalla certificazione che ancora una volta richiama il GDPR e che per tale motivo richiederà particolare attenzione: il periodo di conservazione delle istanze di oblio oncologico che sanitari e strutture dovranno appunto custodire per dieci anni, termine scaduto il quale deve avvenire la loro cancellazione. Va sottolineato come la norma ribadisca detto obbligo in entrambi i commi individuando chiaramente come l'obbligo di cancellazione incomba sugli stessi soggetti che hanno ricevuto l'istanza e come esso trovi la sua fonte nella disciplina sulla tutela dei dati personali.

Ed infatti, il precitato modello di informativa sul trattamento dei dati personali allegato al D. Min. Salute 5.7.2024 contiene tra le altre anche l'informazione su questo periodo di conservazione.

Il terzo decreto attuativo della legge sull'oblio oncologico è quello adottato il 9 agosto 2024 dal Ministro della Salute di concerto con il Ministro della Giustizia (**D. Min. Salute 9.8.2024**), recante le Disposizioni in materia di oblio oncologico in relazione alle adozioni, pubblicato nella Gazzetta Ufficiale del 13 settembre 2024. Esso è stato adottato, ai sensi dell'art. 3 co. 2 l. 193/2023, per dare attuazione alle disposizioni di cui agli articoli. 22, comma 4, 29-bis, comma 4, lettera c), e 57, comma 3, lettera a), della legge n. 184 del 1983, così come modificati dalla l. 193/2023.

Anche in questo caso, il decreto è stato preceduto da interlocuzioni con il Garante Privacy e con la Commissione per le adozioni internazionali.

La struttura del D. Min. Salute 9.8.2024 riprende quella del D. Min. Salute 5.7.2024 e concentra il cuore delle previsioni negli artt. 1 e 2. In forza del primo articolo si prevede che i soggetti che presentano domanda di adozione, se hanno maturato i requisiti per l'oblio oncologico, forniscono all'azienda sanitaria incaricata dal Tribunale delle indagini di rito, il Certificato di oblio oncologico previsto dal D. Min. Salute 5.7.2024 poc'anzi analizzato, con la precisazione che se l'oblio matura dopo la fase delle indagini, il certificato è depositato direttamente presso il Tribunale.

Va ricordato come lo schema originario di questo decreto prevedeva che la produzione del Certificato di Oblio oncologico da parte dei soggetti titolari del diritto di oblio oncologico dovesse avvenire, unitamente al deposito del certificato di sana e robusta costituzione rilasciato dalla Azienda sanitaria competente.

Sul punto si era espresso il Garante Privacy il quale, con nota in data 12 giugno 2024 prot. U.0071584 aveva osservato come una tale previsione apparisse incoerente con le finalità della legge e in contrasto con il principio di minimizzazione dei dati di cui all'art. 5, par. 1, lett. c) del GDPR, comportando l'ostensione dell'informazione relativa alla pregressa malattia oncologica, ancorché già soggetta ad oblio, in assenza di un apparente giustificato motivo.

A seguito dei su esposti rilievi, il Ministero, con comunicazione del 18 giugno 2024, ha presentato una versione aggiornata del decreto che recepisce le osservazioni formulate dall'Ufficio del Garante e che è stata poi definitivamente approvata con parere favorevole del Garante Privacy ([provvedimento n. 368 del 20.6.2024](#)).

L'art. 2 del D. Min. Salute 9.8.2024 richiama gli obblighi di cui all'art. 2 del DM 5 luglio 2024 del Ministro della Sanità per cui il Tribunale dovrà conservare per 10 anni il certificato di oblio oncologico e procedere poi a sua cancellazione.

I tre Decreti qui illustrati non esauriscono gli interventi attuativi previsti dalla Legge 193. Non è stato infatti ancora pubblicato il decreto del Ministro del Lavoro e delle politiche sociali previsto all'art. 4 della Legge 193 per promuovere specifiche politiche in grado di assicurare uguaglianza di opportunità nell'inserimento e permanenza nel mondo del lavoro a soggetti dal passato oncologico e mancano il decreto del Consiglio interministeriale per il credito e il risparmio ed il provvedimento di IVASS previsti dal comma 7 dell'art. 2 per darvi piena attuazione.

Infine, il Garante Privacy (che, ai sensi dell'art. 5, co. 4 della l. 193/2023 “vigila sull'applicazione delle disposizioni” di cui alla medesima legge), ha pubblicato sul suo sito una “[Scheda informativa](#)”, nella quale, tra altre informazioni di carattere generale, viene anche offerto un chiarimento sul significato della espressione “*conclusione del trattamento attivo*”. Come ricordato, tale espressione è utilizzata nella l. 193/2023 nelle tre disposizioni sopra richiamate, come *dies a quo* ai fini del computo del decorso del termine rilevante. Nell'Allegato I al D. Min. Salute 22.3.2024 si fa letteralmente riferimento come *dies a quo* a un termine ridotto che decorre “*dalla fine del trattamento o dall'ultimo intervento chirurgico*”. Nella predetta Scheda informativa, si legge che «*Per “conclusione del trattamento attivo” della patologia si intende, in mancanza di recidive, la data dell'ultimo trattamento farmacologico antitumorale, radioterapico o chirurgico*» (p. 6 della Scheda informativa). Tale precisazione è il risultato di una interlocuzione tra il Garante Privacy ed il Ministero della Salute, che si è avuta in occasione della gestazione del secondo decreto del Ministro della Salute, il D. Min. Salute 5.7.2024. In particolare, dal parere favorevole emesso dal Garante su questo decreto (con [provvedimento n. 367 del 20 giugno 2024](#)) si ricava che il Ministero della Salute - su richiesta del medesimo Garante Privacy - aveva comunicato che avrebbe modificato il testo dell'art. 1, co. 2 dell'emanando decreto al fine di includere una spiegazione della espressione “conclusione del trattamento attivo” dello stesso tenore di quella sopra riportata, che si trova nella Scheda informativa del Garante Privacy (si tratta dei riferimenti alla nota dell'Ufficio nota dell'Ufficio del Garante Privacy del 30.4.2024 prot. n. 52629, e alla nota del Ministero della Salute del 7.5.2024 prot. n. 6596). Si osserva, tuttavia, che nel testo finale del D. Min. Salute 5.7.2024, tale specificazione appare mancante.

RAFFAELLA GRISAFI

DM 22 Marzo 2024:

<https://www.gazzettaufficiale.it/eli/id/2024/04/24/24A02057/SG>

DM 5 Luglio 2024:

<https://www.gazzettaufficiale.it/eli/id/2024/07/30/24A03953/SG>



DM 9 Agosto 2024:

<https://www.gazzettaufficiale.it/eli/id/2024/09/13/24A04725/SG>

Scheda Informativa Garante Privacy:

<https://www.gdpd.it/documents/10160/0/Oblio+oncologico+-+vademecum+2024.pdf/9596adf0-207e-5402-8d7a-d8c4a706416d?version=1.0>

2024/3(8)VR

8. La decisione del Garante privacy olandese del 16.5.2024 contro Clearview per illecito trattamento di dati biometrici con finalità di riconoscimento facciale.

Clearview AI Inc. (**Clearview**) è una società americana che offre servizi di riconoscimento facciale. Tra le altre attività, Clearview ha costruito una banca dati con miliardi di foto ed immagini di volti umani, anche di cittadini olandesi. L'Autorità garante per la protezione dei dati personali olandese (*Autoriteit Persoonsgegevens*, **AP**), con provvedimento del 16 maggio 2024 (il **Provvedimento**) ha comminato una sanzione pecuniaria di 30.500.000€ a Clearview in seguito ad accertate plurime violazioni del regolamento (UE) 2016/679 (**GDPR**) e ad essa ha accompagnato quattro ordini di cessazione delle violazioni ancora in corso con previsione di sanzioni pecuniarie per il caso della loro inottemperanza.

Come riassunto nella premessa del Provvedimento, Clearview è stata ritenuta responsabile di aver: *i*) trattato, nell'ambito del servizio "*Clearview for law-enforcement and public defenders*", i dati personali di soggetti residenti nel territorio dei Paesi Bassi in assenza di idonea base giuridica, in violazione degli artt. 5(1)(a) e 6(1) GDPR; *ii*) trattato, in esecuzione del medesimo servizio, dati biometrici in violazione dell'art. 9 GDPR; *iii*) mancato di informare adeguatamente gli interessati, in contrasto con gli artt. 12(1), 14(1) e (2) GDPR; *iv*) mancato di rispondere a due richieste di accesso da parte di interessati, in violazione degli artt. 12(3) e 15 GDPR; *v*) mancato di agevolare gli interessati nell'esercizio del loro diritto di accesso, in contrasto con gli artt. 12(2) e 15 GDPR. Agli addebiti illustrati, l'AP aggiungeva quello della mancata designazione di un rappresentante nell'Unione europea ai sensi dell'art. 27 GDPR. Al riguardo tuttavia, l'AP si asteneva dal comminare una sanzione per tale violazione sulla base del rilievo che Clearview era stata già sanzionata dalle Autorità garanti italiane e greche per tale violazione (per il provvedimento dell'Autorità italiana del 10.2.2022, v. in questa Rubrica la notizia n. 8 del numero 1/2022: [2022/1\(8\)GDI](#)).

L'AP ha verificato che Clearview fornisce servizi che sfruttano la tecnologia del riconoscimento facciale impiegando un algoritmo in grado di analizzare i volti rappresentati in una data immagine, memorizzarne la struttura e identificarli successivamente. Il cuore di tale algoritmo consiste in un "modello", costruito utilizzando il c.d. apprendimento automatico, che converte il volto raffigurato in un codice univoco ("*embedding*" o

“vettore”). Il confronto tra vettori consente all’algoritmo di cogliere la raffigurazione del medesimo volto (*rectius*, del volto del singolo interessato) in diverse immagini.

Sfruttando la descritta tecnologia, Clearview ha costruito un database composto da oltre 30 miliardi di foto di volti umani, provenienti da fonti online pubblicamente accessibili, tra cui piattaforme di social media, siti web personali e professionali, articoli di cronaca, foto segnaletiche e database pubblici contenenti informazioni su persone condannate. Per ogni immagine mostrante uno o più volti, Clearview registra le seguenti informazioni: l’URL della pagina web della foto originale; la foto stessa; informazioni illustranti le caratteristiche della foto, come la data e l’ora in cui è stata scattata (i cc.dd. “metadati”); il vettore relativo ai volti raffigurati.

Tali dati vengono raccolti dai cosiddetti “*crawler*”, software che registrano automaticamente le informazioni su Internet. Più in dettaglio, come riportato dalla stessa Clearview nella sua “*Company Overview*”, la società opera un’attività di c.d. “*scraping non mirato*” e sistematico, procedendo alla raccolta di dati indipendentemente dal fatto che un cliente di Clearview effettui una richiesta di ricerca. La mole di informazioni raccolte nel database viene infine utilizzata per l’addestramento dell’algoritmo.

Il servizio “*Clearview for law-enforcement and public defenders*”, oggetto della decisione (di seguito, in breve “**il servizio**”), consiste nel rendere consultabile il database ad autorità governative e investigative clienti di Clearview. Gli utenti del servizio, calcolando in anticipo i vettori per ogni foto, sono così messi in grado di effettuare ricerche “per volto” partendo da un’immagine digitale di un determinato soggetto (la c.d. “immagine sonda”). Quest’ultima viene caricata sui server di Clearview, che procede a calcolarne il vettore mediante il modello addestrato. Confrontando tale specifico vettore con gli altri registrati, si possono recuperare le foto che ritraggono (anche) l’interessato, comprensive dei relativi URL e degli altri dati personali idonei a identificarlo.

Nel Provvedimento, l’AP, dopo aver ricordato il Considerando 51 del GDPR a tenore del quale il trattamento di fotografie non dovrebbe essere sistematicamente considerato un trattamento di categorie particolari di dati personali, in quanto « *esse rientrano nella definizione di dati biometrici soltanto quando saranno trattate attraverso un dispositivo tecnico specifico che consente l’identificazione univoca o l’autenticazione di una persona fisica* », ha spiegato di ritenere che le operazioni di trattamento effettuate da Clearview rientrino nell’ambito di applicazione materiale del GDPR, per una serie di ragioni.

Innanzitutto, perché le foto raccolte da Clearview, le loro fonti e i relativi metadati sono qualificabili come dati personali ai sensi dell’art. 4, n. 1 GDPR, dal momento che i soggetti rappresentati sono persone fisiche riconoscibili e sia i metadati che l’URL possono concorrere a fornirne un’identificazione univoca. Inoltre, perché i vettori conati dall’algoritmo devono qualificarsi come dati biometrici ai sensi dell’art. 4, n. 14 GDPR e dunque come dati particolari ai sensi dell’art. 9(1) GDPR. Al riguardo, com’è noto, la qualificazione come dato biometrico richiede un trattamento

mediante uno specifico mezzo tecnico che consente l'identificazione o l'autenticazione univoca di una persona fisica, non essendo sufficiente la mera riconoscibilità delle persone fisiche effigiate. Ebbene, secondo l'AP, proprio l'illustrata conversione algoritmica delle foto raccolte in vettori soddisfa il predetto requisito.

Di poi, perché la finalità di identificazione univoca dei soggetti è insita nella natura stessa del servizio, per come sopra descritto (confronto fra i vettori dell'immagine sonda e quelli delle altre foto presenti nel database).

Quanto all'ambito territoriale di applicazione del GDPR, nel Provvedimento si ricorda che ai sensi dall'art. 3(2)(b) GDPR il Regolamento è applicabile anche a trattamenti effettuati da titolari non stabiliti nell'Unione su dati personali di interessati che si trovano nell'Unione quando il trattamento riguardi il monitoraggio di comportamenti di interessati, che abbiano luogo all'interno dell'Unione. Per quanto attiene strettamente a tale ultimo profilo, nel Provvedimento si ricorda il Considerando 24 del GDPR: *«Per stabilire se un'attività di trattamento sia assimilabile al controllo del comportamento dell'interessato, è opportuno verificare se le persone fisiche sono tracciate su internet, compreso l'eventuale ricorso successivo a tecniche di trattamento dei dati personali che consistono nella profilazione della persona fisica, in particolare per adottare decisioni che la riguardano o analizzarne o prevederne le preferenze, i comportamenti e le posizioni personali»*.

Relativamente all'applicazione del GDPR, nel Provvedimento si ricordava che con lettera del 17 marzo 2023, Clearview informava l'AP del fatto che, nonostante in passato la società avesse fornito agli interessati residenti nell'Unione informazioni sulla loro apparizione o meno tra i risultati di ricerca, tale pratica veniva successivamente interrotta in quanto Clearview riteneva che l'art. 15 GDPR non fosse applicabile ai suoi servizi.

Quanto all'accertamento dei fatti rilevanti, per contro, ribadito che Clearview, nello svolgimento dei propri servizi, eseguiva trattamenti di dati personali – inclusi quelli appartenenti a categorie particolari – l'AP accertava che il trattamento aveva riguardato anche dati di interessati olandesi, oltre che di cittadini di altri Stati membri dell'Unione. Tale circostanza risultava dimostrata dal fatto che in data 11 aprile 2023 Clearview rispondeva a una richiesta di accesso avanzata da un cittadino olandese allegando tre immagini che lo raffiguravano, a riprova dall'avvenuto *scraping* di siti web olandesi. L'accertamento dell'avvenuto trattamento di dati personali di cittadini europei risultava inoltre da decisioni adottate da diverse autorità nazionali di controllo (tedesca, italiana, britannica, francese, austriaca). In particolare, nel Provvedimento si ricordava il provvedimento del 10 febbraio 2022 del Garante privacy italiano (su cui v. in questa Rubrica la notizia n. 8 del numero 1/2022: [2022/1\(8\)GDI](#)), dove veniva *inter alia* accertato anche come i cambiamenti nell'aspetto degli interessati non impedivano il loro riconoscimento, reso possibile attraverso una funzione tecnica che consente di collegare i nuovi dati a quelli vecchi, e che Clearview disponeva in tal modo di un archivio di informazioni costantemente aggiornato nel corso del tempo.

Non solo. L'attività di ricerca e abbinamento di immagini consentiva ai clienti della società di estrarre informazioni ulteriori sui soggetti effigiati, quali lo stato di parentela, lo status di genitore, l'ubicazione o il luogo di residenza, l'uso di social media, le abitudini (ad esempio, se l'individuo in questione fuma o beve), la professione e le attività retribuite svolte (compreso il loro carattere lecito o meno). Con ciò, gli utenti di Clearview erano in grado di accedere ai diversi profili identitari dei soggetti rappresentati, ricostruendone la "storia" in chiave diacronica. È evidente l'interesse che tale servizio poteva destare per le autorità pubbliche, clienti di Clearview, e, massimamente, per le forze dell'ordine.

Per tali ragioni, l'AP concludeva che i trattamenti in esame dovessero rientrare nell'ambito territoriale di applicazione del GDPR.

Al quesito se Clearview potesse qualificarsi come titolare del trattamento ai sensi dell'art. 4, n. 7 GDPR veniva data risposta affermativa: sulla base di quanto descritto, infatti, l'AP accertava che Clearview determinava autonomamente scopo e modalità di funzionamento della propria piattaforma, cioè a dire il procedimento di estrazione dei dati, la compilazione del database, l'addestramento dell'algoritmo di riconoscimento facciale, la tecnologia specifica per il *matching* tra le foto caricate dall'utenza e quelle raccolte.

Quanto alla liceità del trattamento, delle basi giuridiche di cui all'art. 6 GDPR risultava astrattamente applicabile solo quella di cui alla lett. *f*), ossia la base del legittimo interesse. L'AP procedeva dunque a vagliare i tre presupposti cumulativi dell'anzidetta condizione di liceità del trattamento, ossia: il legittimo interesse del titolare del trattamento o di terzi; la necessità del trattamento per soddisfare tale legittimo interesse; la recessività, rispetto a quest'ultimo, degli interessi o dei diritti e libertà fondamentali dell'interessato rispetto.

Nel merito, occorre, in primo luogo, verificare il perseguimento di un interesse ritenuto meritevole di protezione dall'ordinamento ed effettivamente tutelato dall'ordinamento. L'AP argomentava che tale interesse deve essere conforme alla legge, e ricordava la giurisprudenza della CGUE a tenore della quale esso deve essere anche sufficientemente specifico, attuale e concreto.

In sede di istruttoria, Clearview rifiutava di rispondere alle richieste formulate in proposito dall'AP, ritenendosi non vincolata al GDPR. Gli accertamenti si incentravano, pertanto, sulle *privacy policy* pubblicate, che tuttavia si incentravano sulla base giuridica per il trattamento dei dati personali degli utenti del servizio (ossia i clienti di Clearview) o su adempimenti posti in essere per ottemperare ad altri requisiti di legge e si limitavano ad avvisare che la raccolta si appuntava su foto pubblicamente disponibili online.

Nel valutare la sussistenza del requisito in analisi, l'AP rilevava che il modello commerciale di Clearview consiste nel fornire l'accesso alla piattaforma a pagamento. Pertanto, emergeva un interesse eminentemente privato, espressivo di libertà di impresa, confliggente col diritto fondamentale alla protezione dei dati personali. Secondo l'AP, essendo il trattamento dei dati personali effettuato da Clearview (idoneo a violare i

diritti fondamentali degli interessati) esattamente l'oggetto dell'attività commerciale svolta da Clearview con terzi (e non un aspetto secondario o incidentale) Clearview non può invocare la base del legittimo interesse ai sensi dell'art. 6(1)(f) GDPR. Ciò in quanto, così si trova argomentato nel Provvedimento, la libertà d'impresa non può estendersi fino al punto di comprendere attività la cui realizzazione quasi completamente coincide con la violazione di diritti fondamentali di terzi.

Quanto all'interesse degli utenti, clienti di Clearview (autorità governative e organi di polizia/investigativi), riassumibile nell'esercizio delle attività di contrasto della criminalità, risultava ostativa l'espressa disposizione normativa di esclusione dell'applicabilità dell'art. 6(1)(f) GDPR «*al trattamento di dati effettuato dalle autorità pubbliche nell'esecuzione dei loro compiti*». Né tantomeno l'interesse generale alla repressione della criminalità poteva dirsi sufficiente, secondo l'AP, ad integrare l'echeggiata condizione.

Ciò solo avrebbe esaurito il punto. Nondimeno, l'AP chiosava anche sulle condizioni di necessità e bilanciamento.

In proposito veniva ricordata la giurisprudenza della CGUE, per la quale il test di necessità impone che il trattamento sia strettamente funzionale a soddisfare il legittimo interesse e non siano disponibili a tal fine mezzi meno invasivi; e che tale seconda condizione deve essere esaminata alla luce del principio di minimizzazione di cui all'art. 5 GDPR. Tanto premesso, l'AP argomentava che neppure tale requisito risultava rispettato da Clearview, per almeno due ragioni. Anzitutto, perché della mole di dati estratti tramite lo *scraping* non mirato un gran parte risultava destinata a non essere concretamente impiegata per le ricerche degli utenti. Di poi, perché l'ampia formulazione del periodo di conservazione dei dati contenuta nella *privacy policy* di Clearview le consentiva di tenere questi ultimi a propria disposizione per lungo tempo.

Quanto al bilanciamento della libertà d'impresa con i diritti e le libertà fondamentali degli interessati, l'AP ricordava che esso deve basarsi sulle peculiarità del caso concreto, e che, sulla base della giurisprudenza della CGUE, devono osservarsi i seguenti parametri: la gravità del pregiudizio ai diritti e alle libertà dell'interessato; la natura dei dati personali raccolti; i metodi specifici di trattamento, con enfasi sul numero dei soggetti aventi accesso a tali dati; le ragionevoli aspettative dell'interessato, ascrivibili al rapporto intrattenuto col titolare del trattamento, a che i suoi dati non vengano ulteriormente trattati (arg. *ex* Considerando 47 GDPR); le eventuali garanzie offerte dal titolare del trattamento.

Alla stregua di questi parametri, l'AP affermava che, nel caso di specie, un ragionevole bilanciamento mancava.

Veniva in particolare ritenuto rilevante la circostanza che, come detto, l'impiego da parte di Clearview della tecnologia di riconoscimento facciale si qualifica come trattamento di dati biometrici in vista dell'identificazione univoca di un individuo *ex* artt. 4, n. 14 e 9(1) GDPR. Inoltre, l'AP sottolineava che si tratta di operazioni su larga scala, per di più coinvolgenti anche minori, meritevoli di «*una specifica protezione (...) in quanto (...) meno consapevoli dei rischi*» (Considerando 38 GDPR). Inoltre, l'AP

rilevava il difetto di opportune misure di cancellazione automatica delle foto presenti nel database una volta che esse cessavano di essere pubblicate su Internet (ad esempio perché l'interessato aveva modificato le impostazioni sulla privacy del proprio account di social media o la foto veniva rimossa da un sito web accessibile al pubblico). Ancora, l'AP rilevava che nessuna aspettativa circa il trattamento da parte di Clearview poteva dirsi ipotizzabile nel caso di specie, posto che tra gli interessati e Clearview non si dava alcun preesistente rapporto giuridico. Infine, nel Provvedimento si negava la possibilità di ritenere assolti gli obblighi di trasparenza imposti dal GDPR (v. *infra*).

La conseguenza, secondo AP è che gli interessi e i diritti fondamentali degli interessati sono stati gravemente violati, in assenza di ragionevoli aspettative e in assenza di salvaguardie per gli interessati minimamente sufficienti. L'AP concludeva dunque affermando che le posizioni soggettive degli interessati, in difetto di un legittimo interesse idoneo a fondare il trattamento ai sensi degli artt. 5 e 6 GDPR, dovessero prevalere sull'interesse meramente privatistico all'esercizio di attività di impresa da parte di Clearview.

Per quanto attiene specificamente ai requisiti di liceità del trattamento di dati biometrici, in considerazione dei significativi rischi che esso è idoneo a produrre, nel Provvedimento si ricordava come l'art. 9 GDPR imprime al par. 1 un divieto, superabile nei casi eccezionali di cui al par. 2, e che, in questo contesto, rilevano, in particolare, i casi di cui alle lett. a) ed e), ossia, rispettivamente: il consenso esplicito dell'interessato; l'aver il trattamento a oggetto dati personali resi manifestamente pubblici dall'interessato. L'AP ricordava anche che tali eccezioni, come chiarito dalla giurisprudenza della CGUE, devono essere interpretate in senso restrittivo.

Anche alla luce di ciò, dalle dichiarazioni sulla privacy esaminate, l'AP riteneva non potersi evincere alcun motivo di eccezione. Più precisamente, solo l'ipotesi di cui alla lett. e) era astrattamente applicabile al caso di specie. Tuttavia, essa richiedeva una esplicita e chiara dichiarazione affermativa dell'interessato a rendere accessibili al pubblico i propri dati personali. Al riguardo, la mera circostanza che questi si trovassero online non poteva dirsi sufficiente a rappresentare un intento di questo tipo.

Nessun motivo legittimo di eccezione ai sensi dell'art. 9(2) GDPR era dunque invocabile da Clearview, di talché le operazioni da questa poste in essere dovevano ritenersi in contrasto col divieto di cui al par. 1.

L'AP proseguiva l'analisi soffermandosi sui doveri di trasparenza.

Com'è noto, l'art. 5(1)(a) GDPR pone la trasparenza tra i principi fondamentali applicabili al trattamento di dati personali. Nei Considerando 60 e 39 GDPR si chiarisce che l'interessato deve essere informato dell'esistenza del trattamento, delle sue finalità e dei rischi, delle regole, delle garanzie, dei diritti di cui è titolare e delle modalità di esercizio degli stessi. L'art. 12(1) GDPR, dal canto suo, stabilisce che il responsabile del trattamento adotta misure adeguate affinché gli interessati ricevano, per iscritto o con altri mezzi, le informazioni relative al trattamento in forma concisa, trasparente, intelligibile e facilmente accessibile, utilizzando un linguaggio chiaro e semplice. Infine, le disposizioni di cui all'art. 14(1) e (2)

GDPR fissano i requisiti sostanziali concreti che i titolari del trattamento devono rispettare per informare gli interessati quando le informazioni non sono state ottenute direttamente dall'interessato. Tali disposizioni sono particolarmente rilevanti, in quanto Clearview non riceveva i dati personali direttamente dagli interessati ma li estraeva da altre fonti (pubbliche), come le piattaforme dei social media.

In sede istruttoria, l'AP esaminava quattro diverse versioni della *privacy policy* di Clearview, aggiornate alle modifiche del: 13 gennaio 2019, 29 gennaio 2020, 20 marzo 2021, 29 dicembre 2022.

In esse, Clearview forniva una descrizione sommaria delle finalità del trattamento, senza fare riferimento a specifici motivi o legittimi interessi rilevanti ai sensi degli artt. 6 e 9 GDPR. Solo si accennava alla fornitura di servizi prestati ai propri clienti, quali autorità governative, servizi investigativi o altri servizi di sicurezza pubblici/privati, per collaborare alle indagini su possibili violazioni di leggi. Quanto ai tempi di conservazione delle informazioni, come sopra accennato, si impiegava la formula assolutamente generica «*per tutto il tempo in cui è possibile adempiere alle finalità*». Sull'eventuale cessione a terzi dei dati derivanti dai modelli delle immagini raccolti, veniva precisato che questa era limitata a fornitori di servizi, altri fornitori e altri soggetti, senza tuttavia menzionare destinatari specifici o relative categorie. Inoltre, le informative del 2021 e del 2022 non indicavano i diritti degli interessati e le modalità di esercizio degli stessi, neppure la facoltà di reclamo. Solo per i cittadini della California, della Virginia e dell'Illinois, si rinviava a pagine web separate con moduli specifici per presentare, ad esempio, richieste di accesso, rettifica e/o cancellazione.

Pertanto, secondo l'AP nessuna delle predette versioni della *privacy policy* – anche senza considerare una serie di rilievi svolti nel Provvedimento su alcune contraddittorietà tra le diverse versioni – rispettava gli obblighi di trasparenza derivanti dagli artt. 12(1) e 14 GDPR, violando così l'art. 5 GDPR.

Il rilievo cruciale stava nel fatto che non veniva reso chiaro agli interessati la facoltà di Clearview di trattare le loro foto (compresi i metadati) a fini di riconoscimento facciale.

Nello specifico, la violazione stava nella mancata adozione di misure adeguate a rendere i soggetti: delle basi giuridiche del trattamento; dei periodi di conservazione; delle (categorie di) destinatari dei dati; dei dettagli dei trasferimenti verso paesi terzi; dei diritti esercitabili; della possibilità di presentare reclamo; della fonte specifica di provenienza dei singoli dati. In proposito, la mera pubblicazione di un'informativa sul sito web di Clearview non veniva considerato sufficiente dall'AP per adempiere agli obblighi di cui all'art. 14 GDPR.

Sul diritto all'accesso da parte degli interessati, l'art. 12(2) GDPR stabilisce che il titolare del trattamento deve facilitare l'esercizio dei diritti di cui agli articoli dal 15 al 22 GDPR (v. altresì Considerando 59 GDPR). Il par. 3 dell'art. 12 GDPR prescrive altresì l'obbligo di informazione sull'andamento dell'esame della richiesta, da svolgersi senza indebito ritardo e in ogni caso entro un mese dal ricevimento della richiesta

(prorogabile di altri due mesi se necessario, tenendo conto della complessità e del numero delle richieste). Ai sensi dell'art. 15(1) GDPR, infine, l'interessato ha diritto a sapere se sia o meno in corso un trattamento di dati personali che lo riguarda e, in tal caso, a ottenere l'accesso a tali dati.

Come si è detto, la versione del 2022 della *privacy policy* di Clearview ometteva riferimenti ai diritti summenzionati. Non solo. Nella sua risposta del 17 marzo 2023, la società informava l'AP di aver cessato di rispondere alle richieste di accesso, ritenendosi non soggetta al GDPR.

Per tali ragioni, l'AP affermava la violazione da parte di Clearview degli artt. 12(3) e 15 GDPR.

Infine, nel presupposto, ritenuto assolto nel caso di specie, come sopra ricordato, dell'applicazione dell'art. 3(2) GDPR, l'AP rilevava la violazione dell'art. 27 GDPR, ossia della disposizione che impone che sia designato per iscritto un rappresentante nel territorio dell'Unione (come definito all'art. 4, n. 17 GDPR), a meno che il trattamento: *a*) sia occasionale e non includa un trattamento su larga scala di categorie particolari di dati di cui all'art. 9(1) GDPR, o di dati personali relativi a condanne penali e a reati *ex art.* 10 GDPR e sia improbabile un rischio per i diritti e le libertà delle persone fisiche; *b*) sia effettuato da autorità pubbliche o organismi pubblici. Più precisamente, ai sensi dell'art. 27(3) GDPR, il rappresentante deve essere stabilito in uno degli Stati membri in cui si trovano gli interessati i cui dati personali sono trattati in relazione all'offerta di beni o servizi o il cui comportamento è monitorato.

Al riguardo, l'AP accertava che Clearview operava il monitoraggio del comportamento degli interessati nell'Unione non designando un rappresentante nel territorio della stessa. La società motivava tale omissione sostenendo di non avere clienti nei Paesi Bassi e nell'Unione e di non essere coinvolta nel monitoraggio dei comportamenti di soggetti all'interno del territorio dell'Unione.

Tuttavia, si è detto che l'AP concludeva per l'applicabilità del GDPR ai trattamenti posti in essere da Clearview, proprio ai sensi dell'art. 3(2)(b) GDPR e in particolare in relazione alla conclusione che il trattamento di Clearview comporti un monitoraggio dei comportamenti degli interessati, che hanno luogo all'interno dell'Unione.

Pertanto, non potendo applicarsi l'eccezione di cui alla lett. *b*) dell'art. 27(2) a cagione della natura privata della società, veniva statuita anche la violazione dell'art. 27 GDPR.

VALENTINO RAVAGNANI

<file:///C:/Users/Orlandos/Downloads/Decision%20fines%20and%20orders%20subject%20to%20a%20penalty%20Clearview.pdf>

<https://www.autoriteitpersoonsgegevens.nl/en/documents/decision-fine-clearview-ai>

2024/3(9)FG

9. L'annuncio del 26.9.2024 dal Garante privacy italiano di aver avviato un'indagine sull'accordo tra Open AI ed alcuni editori italiani di testate giornalistiche (GEDI, RCS)

| 1066

Con comunicato stampa del 26.9.2024, il Garante per la protezione dei dati personali (il **Garante** o l'**Autorità**) ha dichiarato di aver puntato la sua attenzione sugli accordi tra OpenAI (l'azienda che realizza ChatGPT) e due dei principali gruppi editoriali italiani, RCS MediaGroup (**RCS**) e GEDI Gruppo Editoriale (**GEDI**). L'obiettivo dell'Autorità è verificare se tali intese rispettino la normativa vigente in materia di protezione e circolazione dei dati personali, in particolare nel contesto della condivisione e sfruttamento dei contenuti editoriali per l'addestramento di modelli di intelligenza artificiale, come quelli sviluppati da OpenAI.

Al centro di questa questione vi è la conformità al Regolamento (UE) 2016/679 (**GDPR** o il **Regolamento**), e, in particolare, delle disposizioni dell'art. 6 GDPR per le quali qualsiasi trattamento di dati personali deve essere giustificato da una base giuridica conforme, tra cui il consenso o il legittimo interesse. Il Garante potrebbe concentrarsi sul rispetto di tali disposizioni da parte di OpenAI e degli editori coinvolti, verificando se nei contenuti editoriali utilizzati per addestrare i modelli di IA siano presenti dati personali e come questi siano trattati, ed ulteriormente accertando se il trattamento sia rispettoso delle disposizioni in materia di trasparenza e minimizzazione previste dal Regolamento.

Gli accordi tra OpenAI, RCS e GEDI sembrano infatti prevedere la concessione in licenza di contenuti editoriali, volti a migliorare la capacità dei modelli di intelligenza artificiale, come ChatGPT, di fornire risposte accurate e dettagliate. Tuttavia, rimangono aperte le sopra accennate questioni rilevanti per la privacy. In questo contesto, GEDI e RCS potrebbero ricoprire il ruolo di titolari del trattamento, mentre OpenAI potrebbe agire come responsabile del trattamento o anch'esso titolare, con conseguenti differenze sugli obblighi contrattuali e di sicurezza dei dati.

Un aspetto particolarmente rilevante in questo scenario riguarda il web scraping, ovvero la raccolta automatizzata di dati online. Questo processo è spesso utilizzato per arricchire i modelli di IA generativa con grandi volumi di dati. Tuttavia, se questi dati includono informazioni personali identificabili, la pratica deve rispettare il GDPR. Del web scraping si è già occupato il Garante, in una recente Nota informativa del 20.5.2024 (su cui v. in questa Rubrica la notizia n. 31 del numero 2/2024: [2024/2\(31\)SB](#)) sotto il profilo delle possibili azioni di contrasto al fenomeno.

L'iniziativa del Garante, che, come tipicamente nel caso di avvio di istruttorie, verosimilmente comporterà la richiesta di informazioni dettagliate agli editori coinvolti e ad OpenAI, si colloca dentro questo scenario, in cui si vanno delineando le misure tecniche necessarie affinché gli editori, in qualità di titolari del trattamento, possano contrastare il web scraping o renderlo conforme ai requisiti di cui al Regolamento.

Sempre in questo contesto, si segnala la questione sollevata di recente dall'autorità di controllo irlandese (v. *infra* notizia n. 10, in questo numero di questa Rubrica) sulla necessità ai sensi dell'art. 35 GDPR di esperire una valutazione d'impatto sul trattamento dei dati (*Data Protection Impact Assessment* o **DPIA**) per valutare il rischio per i diritti e le libertà degli interessati derivante dal trattamento dei dati a fini di addestramento dei modelli IA.

FRANCESCO GROSSI

<https://www.garanteprivacy.it/home/docweb/-/docweb-display/docweb/10057722>

2024/3(10)SO

10. L'annuncio del Garante privacy irlandese del 12.9.2024 di aver avviato un'indagine per verificare se Google ha svolto una DPIA per lo sviluppo del modello di IA 'PaLM2'

La *Data Protection Commission* irlandese (**DPC** o **Garante privacy irlandese**) ha annunciato con comunicato stampa del 12 settembre 2024 di aver avviato un'indagine su Google Ireland Limited (**Google**) ai sensi della Sezione 110 del [Data Protection Act 2018](#).

L'indagine è volta ad accertare se Google ha assolto a tutti gli obblighi che avrebbe dovuto assolvere ai sensi dell'art. 35 del regolamento (UE) 2016/679 (**GDPR** o il **Regolamento**) relativamente allo sviluppo del suo modello di IA per finalità generali *Pathways Language Model 2* (**PaLM 2**).

Il Garante Privacy irlandese assume che per lo sviluppo di PaLM2 Google abbia trattato dati personali di persone fisiche che si trovano nell'Unione europea o nello Spazio Economico Europeo, e ritiene che tale circostanza renda obbligatorio per Google effettuare una valutazione d'impatto sulla protezione dei dati (**DPIA**, acronimo da *Data Protection Impact Assessment*), ai sensi dell'art. 35 GDPR.

L'art. 35(1) GDPR prevede che una DPIA è obbligatoria quando un tipo di trattamento, che prevede in particolare l'uso di nuove tecnologie, può presentare un rischio elevato per i diritti e le libertà delle persone fisiche, considerati la natura, l'oggetto, il contesto e le finalità del trattamento.

Nel comunicato stampa, il Garante Privacy irlandese ha precisato che l'indagine è volta ad accertare se Google abbia effettuato una DPIA prima di aver dato inizio alle operazioni di sviluppo di PaLM 2, e, in caso affermativo, se abbia osservato tutti gli obblighi che il Regolamento prevede debbano osservarsi per compiere tempestivamente, correttamente ed esaustivamente tale valutazione.

La DPC ha ricordato che il rispetto delle prescrizioni del GDPR in materia di DPIA è di cruciale importanza per assicurare che i diritti e le libertà fondamentali delle persone fisiche siano adeguatamente presi in considerazione e protetti nel contesto di processi di trattamento di dati

personali che comportano un rischio elevato di pregiudizio degli stessi diritti e libertà, e che tra le finalità della DPIA vi è quella di assicurare che il trattamento sia necessario e proporzionato e che salvaguardie appropriate siano adottate alla luce dei rischi evidenziati grazie alla valutazione.

Infine il Garante privacy irlandese ha dichiarato nel comunicato che l'indagine avviata nei confronti di Google per PaLM 2 fa parte di un più ampio impegno che la medesima autorità ha assunto, lavorando in modo congiunto con le altre autorità di controllo dell'Unione europea e dello Spazio Economico Europeo, per regolare il trattamento dei dati personali di interessati dell'Unione europea e dello Spazio Economico Europeo per finalità di sviluppo di modelli e di sistemi di intelligenza artificiale.

SALVATORE ORLANDO

<https://www.dataprotection.ie/en/news-media/press-releases/data-protection-commission-launches-inquiry-google-ai-model>

2024/3(11)FP

11. I lavori dell'UNCITRAL nel settore del commercio digitale e l'approvazione del Model Law sulla contrattazione automatizzata (MLAC) del luglio 2024.

Nel corso della cinquantasettesima sessione (15 luglio 2024), la Commissione delle Nazioni Unite per il diritto commerciale internazionale (UNCITRAL) ha approvato il modello di legge MLAC sulla contrattazione automatizzata (*Model Law on Automated Contracting*). Lo sviluppo del MLAC è stato affidato allo Working Group IV dell'UNCITRAL al fine di garantire la maggior continuità possibile con le precedenti iniziative dedicate al commercio elettronico. L'UNCITRAL è la commissione delle Nazioni Unite per il diritto commerciale internazionale (*United Nations Commission on International Trade Law*). Essa ha il mandato di promuovere l'armonizzazione progressiva e la modernizzazione del diritto del commercio internazionale, e persegue questo obiettivo attraverso la preparazione e la promozione dell'uso e dell'adozione di strumenti legislativi e non legislativi in vari settori del diritto commerciale. Uno di questi settori è il commercio elettronico – o “commercio digitale” – per il quale l'UNCITRAL ha preparato una serie di modelli di legge (*Model Law*), di cui l'ultimo è il MLAC, e una Convenzione, precisamente:

[MLEC](#) UNCITRAL Model Law on Electronic Commerce (1996)

[MLES](#) UNCITRAL Model Law on Electronic Signatures (2001)

[ECC](#) United Nations Convention on the Use of Electronic Communications in International Contracts (2005)

[MLETR](#) UNCITRAL Model Law on Electronic Transferable Records (2017)

[MLIT](#) UNCITRAL Model Law on the Use and Cross-border Recognition of Identity Management and Trust Services (2022)

[MLAC](#) UNCITRAL Model Law on Automated Contracting (2024)

In vista del prossimo incontro (18-22 Novembre 2024), lo Working Group IV discuterà inoltre il secondo draft delle regole sui [Data Provision Contracts](#), che potrebbero in futuro essere incorporate in un Model Law o in Model Contract Clauses. L’iniziativa ha lo scopo di fornire certezza giuridica relativamente alla circolazione contrattuale dei dati, dalle modalità di trasferimento fino alla identificazione dei rimedi.

Questi testi ambiscono ad abilitare e facilitare l'uso di mezzi elettronici per intraprendere attività commerciali, sono stati utilizzati in oltre cento Stati in tutto il mondo. I testi sul commercio elettronico dell'UNCITRAL riguardano prevalentemente le comunicazioni tra le parti contrattuali commerciali tramite “messaggi di dati” (i.e. mediante mezzi elettronici, magnetici, ottici o simili). I testi precedenti, come il Modello di legge UNCITRAL sul Commercio Elettronico del 1996 ([MLEC](#)), sono stati preparati con particolare riferimento alle comunicazioni elettroniche tramite l’interscambio elettronico di dati attraverso sistemi informativi (EDI: *electronic data interchange*), mentre testi più recenti, come la Convenzione delle Nazioni Unite del 2005 sull'uso delle comunicazioni elettroniche nei contratti internazionali (*United Nations Convention on the Use of Electronic Communications in International Contracts*: [ECC](#)), sono stati elaborati con l'intento di regolare le comunicazioni elettroniche effettuate utilizzando tecnologie Internet.

I testi più recenti dell'UNCITRAL sul commercio elettronico, in particolare il Modello di legge del 2017 sui titoli di credito elettronici (*Model Law on Electronic Transferable Records*: [MLETR](#)) e il Modello di legge del 2022 sull’identificazione elettronica transfrontaliera (*Model Law on the Use and Cross-border Recognition of Identity Management and Trust Services*: [MLIT](#)), hanno iniziato a riconoscere gli oggetti di scambio digitali e a facilitare l'uso di sistemi distribuiti. Altre questioni che richiedono uno sforzo di armonizzazione sono state presentate in un congresso organizzato nel 2017 per celebrare il cinquantesimo anniversario dell'UNCITRAL e per esplorare le nuove direzioni del commercio internazionale. Nel 2018, successivamente alla presentazione in seno all'UNCITRAL di una proposta per monitorare gli sviluppi relativi agli aspetti legali dei contratti intelligenti e dell'intelligenza artificiale (A/CN.9/960), è stato deciso che il lavoro esplorativo dell’UNCITRAL dovesse procedere sulla base di una comprensione più ampia delle questioni legali relative all'economia digitale, comprendente altri argomenti come l'uso delle tecnologie a registro distribuito, la gestione della supply chain e i flussi di dati transfrontalieri.

In questo contesto, l’UNCITRAL ha elaborato nel 2023 un importante documento ricognitivo e classificatorio dedicato alla tassonomia delle questioni giuridiche legate all’economia digitale ([Taxonomy of legal issues related to the digital economy](#)), da servire per le proposte e per i lavori preparatori dell'UNCITRAL su nuovi testi legislativi e non legislativi sul commercio digitale.



In preparazione della MLAC, lo Working Group IV è stato investito del mandato di rivedere, in una prima fase, le precedenti disposizioni UNCITRAL, al fine di verificare quali di esse possano essere adattate al contesto dell'economia digitale. Questo approccio è funzionale a sviluppare, in una seconda fase, nuove disposizioni per affrontare le ulteriori questioni derivanti dall'uso dell'automazione e dell'intelligenza artificiale nella contrattazione. L'obiettivo più generale della MLAC sulla contrattazione automatizzata è di fornire chiarezza e certezza giuridica alle imprese che si avvalgono di sistemi automatizzati per la formazione e l'esecuzione dei propri contratti e ai destinatari degli effetti giuridici corrispondenti.

Gli artt. 1-2 MLAC esordiscono richiamando alcune definizioni essenziali e specificando l'ambito di loro applicazione, a partire dall'uso di sistemi automatizzati nella contrattazione. Secondo la definizione datane nell'art. 1, par. 1 MLAC, la formazione e l'esecuzione del contratto avvengono tipicamente attraverso lo scambio di «data messages» contenenti input determinati di comunicazione – come, ad esempio, di proposta e accettazione, ovvero di esecuzione ordini ed effettuazione di pagamenti – all'interno dei quali sono poi memorizzate le clausole negoziali. Si tratta di sistemi in grado di coprire l'intero ciclo di vita del contratto, dalla negoziazione, alla formazione (art. 2, par. 1, lett. a MLAC) fino alla sua esecuzione e alla risoluzione di eventuali controversie (art. 2, par. 1, lett. b MLAC), senza che sia necessario il ricorso ad alcun intervento umano (art. 1, par. 2 MLAC). I sistemi automatizzati vengono distinti in deterministici, quando producono risultati prevedibili in base a determinati input, e sistemi non deterministici, come quelli che fanno uso dell'intelligenza artificiale (art. 1, par. 2 MLAC). L'ambito di applicazione è dunque particolarmente ampio, poiché copre sistemi con grado variabile di sofisticatezza, da quelli che si limitano a generare un medesimo output a partire da uno stesso input («ruled-based systems»), fino a quelli nei quali l'intervento della tecnologia dell'intelligenza artificiale introduce uno spettro più o meno ampio di incognite nella produzione dei risultati. I lavori preparatori della MLAC riconoscono comunque che, allo stato dell'arte, i sistemi automatizzati di contrattazione vengono usati soprattutto nel contesto di transazioni a basso costo e con un numero inferiore di variabili.

L'art. 3 definisce le regole sull'interpretazione della MLAC, sottolineandone il collegamento con i precedenti strumenti di armonizzazione nel settore del commercio elettronico. In primo luogo, sottolinea che lo scopo di promuovere l'uniformazione a livello internazionale nell'applicazione di queste regole e l'osservanza del principio di buona fede debbano costituire i criteri principi nell'interpretazione del MLAC. In secondo luogo, nelle materie non specificamente regolate, si dovrà continuare a far applicazione dei principi sviluppati nei precedenti testi sul commercio elettronico.

L'art. 4 introduce il concetto di neutralità tecnologica, stabilendo che il MLAC non imponga l'uso di alcuna tecnologia o sistema specifico per la contrattazione automatizzata. L'obiettivo è quello di garantire alle imprese la libertà di scegliere le tecnologie che meglio si adattino alle loro attività, senza che ciò possa determinare, di per sé, una violazione dei requisiti di

legge. La neutralità tecnologica rappresenta inoltre il criterio per garantire la flessibilità del quadro giuridico e la sua attività ai progressi della scienza, che renderebbero altrimenti obsoleta la cornice normativa con l'emergere di nuove forme di sistemi automatizzati.

Gli artt. 5 e 6 MLAC concernono il riconoscimento di effetti giuridici ai contratti conclusi attraverso un sistema automatizzato. L'art. 5 MLAC sancisce che i contratti formati o eseguiti in conformità di questo sistema siano idonei a produrre effetti giuridici vincolanti per le parti contraenti. Detto in altri termini, la sola circostanza per cui le parti del contratto abbiano impiegato sistemi automatizzati per la formazione o l'esecuzione dell'accordo non può venir dedotta come argomento a sostegno della pretesa invalidità o inefficacia. Inoltre, non solo agli inputs originari, ma anche a quelli ricevuti dopo la formazione del contratto (ad esempio, gli aggiornamenti dinamici delle informazioni) le parti possono riconoscere effetti giuridici (art. 6 MLAC). Il principio garantisce insomma che le interazioni fra il contratto e l'ambiente nel quale opera – come nel caso della fluttuazione dei prezzi – non ne compromettano l'esecuzione. Questo approccio si è ben radicato ha caratterizzato i lavori dell'UNCITRAL fin dalla Model Law sul Commercio Elettronico e ha di mira l'obiettivo di garantire che i processi automatizzati godano dello stesso status giuridico dei metodi contrattuali tradizionali.

L'art. 7 MLAC riguarda l'attribuzione delle azioni eseguite dai sistemi automatizzati. L'art. 7, par 2 MLAC riconosce che ciascun input generato o inviato da un sistema automatizzato e, di conseguenza, i risultati che ne discendono, debba essere attribuito alla persona per conto della quale il sistema opera. Nell'ipotesi in cui il sistema automatizzato sia gestito da più parti, i lavori preparatori precisano che il criterio di attribuzione delle azioni a ciascuna parte segua le regole operative del sistema di riferimento. Ciò può comportare la necessità di risalire allo script che regola l'attività di uno smart contract, al fine di comprendere quali siano i fattori che vi danno avvio. La norma ha però una valenza più generale, nel chiarire che i sistemi automatizzati sono strumenti; dunque, non possiedono una autonoma personalità giuridica. In linea con le precedenti disposizioni UNCITRAL e la Raccomandazione UNESCO sull'etica dell'IA i loro risultati devono pertanto essere attribuiti alle persone fisiche o giuridiche che li hanno creati o che li governano. L'art. 7, par. 4 MLAC specifica, tuttavia, che dal principio di attribuzione non debba necessariamente discendere una regola di allocazione della responsabilità, che chiede invece di verificare l'identità del soggetto che sopporti le conseguenze giuridiche derivanti da un certo output. In altre parole, l'art. 7 MLAC non pregiudica l'applicazione di norme di diritto sostanziale che disciplinino le conseguenze giuridiche del principio di attribuzione.

L'art. 8 affronta poi le questioni dell'intenzione, della conoscenza e della consapevolezza in relazione alla conclusione di contratti che coinvolgano l'uso di un sistema automatizzato, nonché delle conseguenze di azioni inattese. Quando la legge richiede la prova di questi stati d'animo nella formazione e nell'esecuzione del contratto, il MLAC stabilisce che tali requisiti sono soddisfatti attraverso l'esame della progettazione e del



funzionamento tecnico del sistema automatizzato. La progettazione del sistema, comprese le regole e i parametri operativi, diventa così una prova fondamentale per dimostrare l'intenzione o la conoscenza, anche in assenza di un coinvolgimento umano diretto. Ciò ha lo scopo di garantire che i sistemi automatizzati siano trattati equamente nelle controversie legali, in particolare quando sorgono questioni relative a errori o frodi. La norma si occupa altresì di disciplinare le conseguenze relative al verificarsi di errori nella trasmissione di messaggi di dati generati dai sistemi automatizzati, stabilendo i presupposti per la tutela delle parti che abbiano fatto affidamento sui risultati da essi prodotti. L'affidamento non è tutelato quando la generazione e l'invio di un messaggio di dati da un sistema automatizzato sia frutto di un'azione che non poteva essere ragionevolmente prevista, a condizione che la parte affidataria sapesse o non potesse ignorare che il risultato fosse frutto di un'azione inattesa (art. 8, par. 1, lett. a-b MLAC). La MLAC si discosta dunque dall'iniziale proposta di far riferimento all'«error», evitando così ambiguità con la corrispondente nozione giuridica, utilizzando invece il concetto di «unexpected action». Nei lavori preparatori si precisa inoltre che le azioni inattese nella generazione e invio di messaggi di dati possono dipendere da falle nella progettazione del sistema o delle sue regole operative che, ad esempio, hanno permesso l'interferenza di terzi nel funzionamento del sistema automatizzato. La logica di questa regola è quella di rendere più trasparenti le caratteristiche e i limiti operativi dei sistemi automatizzati da parte delle imprese che ne fanno uso, incentivando così il rispetto di standard elevati professionalità e tracciabilità. L'art. 9 precisa però che la MLAC non pregiudichi l'applicazione di leggi sostanziali che disciplinino obblighi di disclosure sul design, operatività e utilizzo di sistemi automatizzati.

Nei lavori preparatori, lo Working Group ha esaminato anche le modalità per consolidare i vari testi UNCITRAL sul commercio elettronico e sulla contrattazione automatizzata in un quadro legislativo unificato. Il gruppo ha fornito una tabella di marcia per l'aggiornamento delle leggi e delle disposizioni esistenti nel MLEC, nel CEC e nei testi correlati, al fine di riflettere meglio l'uso della tecnologia moderna nella contrattazione. Lo Working Group suggerisce che questi testi consolidati potrebbero affrontare meglio le sfide poste dalle tecnologie digital ledger, dalla blockchain e da altre tecnologie emergenti. La raccomandazione formulata dal gruppo di lavoro è quella di sviluppare un nuovo testo legislativo consolidato per integrare le disposizioni relative alle firme elettroniche, ai messaggi di dati e ai sistemi automatizzati, garantendo alle imprese a livello globale un quadro giuridico chiaro e unificato per le transazioni digitali.

FEDERICO PISTELLI

https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/mlac_en.pdf

2024/3(12)GD

12. La storica sentenza emessa il 5.8.2024 negli USA contro Google sul monopolio nelle ricerche online e nella pubblicità degli annunci di testo (causa *Stati Uniti d’America c. Google LLC*, 2024 WL 3647498).

Con una sentenza destinata a lasciare il segno (*Stati Uniti d’America c. Google LLC*, 2024 WL 3647498), il 5 agosto 2024, la Corte distrettuale degli Stati Uniti per il Distretto di Columbia ha stabilito che Google ha violato la Sezione 2 dello Sherman Act utilizzando illegalmente accordi di distribuzione esclusiva per mantenere il suo monopolio nel mercato dei servizi di ricerca online e della pubblicità degli annunci di testo (citando testualmente la sentenza “*Google has violated Section 2 of the Sherman Act by maintaining its monopoly in two product markets in the United States—general search services and general text advertising-through its exclusive distribution agreements*”).

Lo Sherman Act (del 1890) è la più antica legge antitrust degli Stati Uniti d’America e rappresenta il primo intervento del governo statunitense per limitare i monopoli e i cartelli. La Sezione 2 dello Sherman Act dispone che: “*Chiunque monopolizzerà, o tenterà di monopolizzare, o si combinerà o cospirerà con qualsiasi altra persona o persone per monopolizzare qualsiasi parte del commercio tra i vari Stati o con le nazioni straniere, sarà considerata colpevole di un crimine e, in caso di condanna, sarà punita con un’ammenda non superiore a 100.000.000 di dollari se si tratta di una società, o, se si tratta di qualsiasi altra persona fisica, a 1.000.000 di dollari, o con la reclusione non superiore a 10 anni, o con entrambe le pene, a discrezione della corte*”.

Le indagini, condotte dalla Federal Trade Commission e dal Dipartimento di Giustizia, sono iniziate nel 2020, durante l’amministrazione Trump, e si sono intensificate sotto il presidente Biden.

Nello specifico, con la sentenza in questione la Corte ha rilevato che:

- i servizi di ricerca generale e di pubblicità di annunci di testo sono dei mercati rilevanti da punto di vista del prodotto
- Google detiene il monopolio nei predetti mercati
- i contratti di distribuzione stipulati da Google sono accordi di esclusiva con effetti anticoncorrenziali
 - Google non ha offerto valide giustificazioni affinché gli accordi di esclusiva stipulati potessero essere considerati pro-concorrenziali
 - Google ha utilizzato il suo potere di monopolio per applicare tariffe sovra concorrenziali per gli annunci di testo.

Dalla sentenza di circa 280 pagine emessa dal giudice Amit P. Mehta si evince che Google spende miliardi di dollari all’anno per essere il motore di ricerca automatico su browser come Safari di Apple e Firefox di Mozilla. Ad esempio, secondo le risultanze istruttorie Google avrebbe pagato ad Apple un importo stimato in circa 20 miliardi di dollari per essere il motore di ricerca predefinito nel 2022 (punto 299 della sentenza).

Con la sentenza si è aperta la seconda fase del processo, attinente alla definizione della sanzione da irrogare a Google. Durante questa seconda

fase le parti (*i.e.*, il Dipartimento di Giustizia e Google) potranno depositare le loro proposte di sentenza definitiva e gli elenchi dei testimoni, rispettivamente, il 20 novembre e il 20 dicembre 2024. Il giudice Mehta ha fissato le udienze per le richieste di risarcimento ad aprile 2025 e ha affermato che intende emettere una decisione entro agosto 2025.

Nel frattempo, Google ha dichiarato che impugnerà la sentenza in commento, preannunciando di voler andare fino in fondo. Vi è, quindi, la possibilità che il caso finisca alla Corte Suprema e che i tempi per la definizione della controversia siano più lunghi di quelli prospettati dal giudice federale Mehta.

La sentenza in commento è di particolare rilievo in quanto, se confermata, potrebbe costituire un “precedente” ed influenzare il mercato dei giganti del digitale. Infatti, questa decisione è solo la prima di una serie di altre sentenze attese nei confronti di Apple, Amazon, Meta e la stessa Google, contro cui il Dipartimento di Giustizia degli Stati Uniti d’America ha instaurato negli ultimi anni diversi giudizi, contestando il rispetto della normativa antitrust.

L’ultimo importante verdetto di una corte statunitense in un caso antitrust risale al 1998, reso all’esito del giudizio promosso dal Dipartimento di Giustizia degli Stati Uniti d’America contro Microsoft, su cui si è basato il giudice Mehta nel processo contro Google. In quell’occasione anche Microsoft era stata accusata di violare la sezione 2 dello Sherman Act, in quanto, quale monopolista nel mercato dei browser, impostava come predefinito *Internet Explorer* sul sistema operativo Windows (installato sulla quasi totalità di computer utilizzati all’epoca), a scapito dei concorrenti di allora come Netscape, Navigator e Opera. Durante il processo era stato dimostrato che, se un utente avesse provato a disinstallare Explorer, si sarebbe rallentato l’intero sistema operativo. *Explorer* era, dunque, parte integrante del software e l’installazione di un altro browser prevedeva processo un lungo e complesso. Alla sentenza seguì la richiesta di dividere Microsoft in due società distinte (la parte che si occupava di Windows e la parte che si occupava di *Explorer*). Dopo il processo in appello, si raggiunse un compromesso e, di fatto, non cambiò nulla. Il tramonto di *Internet Explorer* è stato più che altro legato all’evoluzione del mercato, dove all’inizio degli anni 2000 iniziarono a comparire nuovi browser, gratuiti, open source più moderni di *Explorer*.

In altri termini, il giudizio contro Google rappresenta una seconda possibilità per il Dipartimento di Giustizia, a seguito del “fallimento” nel caso Microsoft, per cercare di contrastare un dominio ritenuto anticoncorrenziale di una grande azienda tecnologica in un settore chiave.

Inoltre il Dipartimento di Giustizia americano starebbe considerando rimedi comportamentali e strutturali per impedire a Google di dare al suo motore di ricerca un vantaggio rispetto ai concorrenti o ai nuovi entranti in relazione all’utilizzo di suoi prodotti come *Chrome*, l’app store *Play* e il sistema operativo *Android*. Il Dipartimento di Giustizia potrebbe anche cercare di costringere Google a condividere i dati di ricerca degli utenti con i concorrenti e limitare la sua capacità di utilizzare i risultati di ricerca per addestrare nuovi modelli e prodotti di intelligenza artificiale generativa.

Per quanto riguarda le misure a favore della concorrenza previste in Europa dal Regolamento (UE) 2022/1925 (**Digital Markets Act** o **DMA**), si può ricordare la recente indagine avviata nel marzo di quest'anno dalla Commissione europea ai sensi dell'art. 20 del DMA al fine di verificare, *inter alia*, un'eventuale violazione delle disposizioni del medesimo regolamento da parte di Alphabet - con riguardo alle regole in materia di "steering" di *Google Play* e di "self-preferencing" di *Google Search* - di Apple - con riguardo alle relative regole in materia di "steering" dell'*App Store* e di "choice screen" di *Safari* - e di Meta - con riguardo al modello "pay or consent" adottato dalla società (sull'avvio di questa indagine, v. in questa Rubrica la notizia n. 3 del numero 1/2024: [2024/1\(3\)RA](#)).

GIORGIA DIOTALLEVI

<https://static01.nyt.com/newsgraphics/documenttools/f6ab5c368725101c/43d7c2a0-full.pdf>

