

Percorso dottorale sviluppato con il sostegno finanziario di NextGenerationEU:

Missione 4, Componente 1, Investimento 4.1, CUP B63C22000900001

Borsa MUR ex DM 351/2022 Pubblica Amministrazione

Dipartimento di Giurisprudenza

Dottorato in Scienze Giuridiche

38° Ciclo

Coordinatore: Prof. Alessandro Palmieri

Il “consenso” come veicolo della transizione digitale

Una necessaria armonizzazione tra reale e virtuale

Settore scientifico disciplinare: IUS/01 (Diritto privato)

Candidato

Dott. Tancredi Bertolino

Università di Siena

Supervisore

Prof. Gianluca Navone

Università di Siena

Firma digitale del candidato



TANCREDI
BERTOLINO
04.05.2026
11:05:09
GMT+02:00

Anno accademico di conseguimento del titolo di Dottore di ricerca

2024/25

Università degli Studi di Siena
Dottorato in Scienze Giuridiche
38° Ciclo

Data dell'esame finale

08/06/2026

Commissione giudicatrice

Alessandro Palmieri – Professore Ordinario, Università di Siena

Maria Casoria – Professoressa Associata, Euro University of Bahrain (Bahrain)

Renata Tokrri – Professoressa Associata, Università di Tirana (Albania)

Supplenti

Anna Bitetto – Professoressa Associata, Università di Bari

alla mia famiglia

*“Non si nasce soltanto esseri umani,
lo si diventa veramente attraverso l’interazione con altri esseri umani”.*
(Aristotele)

*“Una società che ricorre esclusivamente al diritto per risolvere i propri conflitti
non è umana.
E non è più societas”.*
(A. Pizzorusso)

*“L’umanità ha superato più volte la quasi estinzione negli ultimi centomila anni
e credo che alla fine troveremo il modo di adattarci e persino di prosperare”*
(J. Haidt)

Indice dei contenuti

Introduzione	11
---------------------------	-----------

1. Il “nuovo” diritto dei contratti nell’era digitale.....	18
---	-----------

1.1 L’evoluzione della società.....	18
1.2 Il diritto dell’innovazione: società del rischio e innovazione senza permesso	20
1.3 La centralità del “pactum”.....	23
1.4 Diritto dei contratti e nuove tecnologie	28
1.5 Il processo di formazione della volontà: dal 1942 al contratto telematico	37
1.6 Gli smart contracts e la funzione algoritmica di adeguamento	49
1.7 Intelligenza artificiale.....	53
1.8 ... e contratto	55
1.9 Il contratto da strumento di prevenzione a dispositivo di governo: i contratti per l’innovazione... 58	

2. Contrattazione digitale e gestione dei dati	62
---	-----------

2.1 Premessa	62
2.2. Innovazione digitale e dati personali	64
2.3 L’individuo come “dato”	67
2.4 Il complesso rapporto fra riservatezza, dati personali e consenso.....	72
2.5 La patrimonializzazione dei dati personali.....	76
2.6 Il trattamento dei dati personali: patrimonializzazione e monetizzazione	85
2.7 Il caso “Meta Platforms”.....	92
2.8 L’evoluzione della figura del consumatore.....	95
2.9 Il consumatore nel nuovo mercato digitale	103
2.10 La “privacy by design” e il caso “Whatsapp Pay”	109
2.11 La ricerca di un consenso “reale”: un dialogo con gli utenti	114

3. Minori, rete, consenso e società	118
--	------------

3.1 La società e i “nativi digitali”	118
--	-----

3.2 Minori: realmente soggetti deboli?	120
3.3 L'evoluzione del concetto di "best interest of the child"	124
3.4 Il contratto stipulato online dal minore di età	127
3.5 Minori online e "nuovi" profili di responsabilità (genitoriale)	134
3.6 Minori e privacy	142
3.7 Consenso digitale (a tutela speciale?)	147
3.8 Nuove prospettive di tutela digitale	151
3.9 Educazione civica digitale e Pubblica amministrazione: per una "nuova" consapevolezza della società	157
Conclusioni	162
Riferimenti bibliografici.....	167

Introduzione

Lo sviluppo tecnologico ha conosciuto e continua a conoscere delle stagioni di sviluppo che irrimediabilmente condurranno verso nuovi orizzonti, sia dal punto di vista del nostro vivere quotidiano sia, conseguentemente, dal punto di vista delle ripercussioni riguardanti discipline giuridiche innovative che dovranno necessariamente prendere forma e adeguarsi agli sviluppi costanti ed imminenti della tecnologia nei più diversi ambiti. Oltre alle classiche transazioni B2C si sono cominciati a diffondere fenomeni di condivisione di beni e servizi che danno la possibilità di soddisfare le proprie necessità tramite un accesso temporaneo senza dover necessariamente ricorrere all'acquisto.

Lo stesso modo di fare e di concepire l'impresa deve essere nuovamente rivisto e adattato alla luce dello sviluppo delle nuove forme di tecnologia. Difatti, ormai da molti anni, la digitalizzazione, l'innovazione e, anche la stessa sicurezza della Pubblica Amministrazione, sembrano indissolubilmente legati al concetto di ammodernamento del Paese¹.

Dunque, bisogna comprendere come dar corretta applicazione alle categorie tipiche del diritto privato all'interno della contrattazione digitale².

Queste sono le premesse su cui si basa la ricerca che si intende portare avanti, lo

¹ P. CLARIZIA, *La digitalizzazione dei contratti pubblici: Lo stato dell'arte*, *Giornale Dir. Amm.*, 2022, 2, 273; S. COCCHI, *La digitalizzazione dei contratti pubblici come strumento di ripresa della vita economica e sociale del paese*, *Azienditalia*, 2022, 1, 27; G. GALLONE E G. OROFINO, *Intelligenza artificiale – L'intelligenza artificiale al servizio delle funzioni amministrative: Profili problematici e spunti di riflessione*, *Giur. It.*, 2020, 7, 1738; I. MACRÌ, *Il PNRR italiano per la digitalizzazione e l'innovazione della pubblica amministrazione*, *Azienditalia*, 2022, 1, 38; F. NOTARI, *Il percorso della digitalizzazione delle amministrazioni pubbliche: Ambiti normativi mobili e nuovi modelli di governance*, *Giornale Dir. Amm.*, 2020, 1, 21; M. T. PAOLA CAPUTI JAMBRENGHI, *Spunti di riflessione su digitalizzazione della P.A. e rapporto di lavoro*, *Lavoro nella Giur.*, 2021, 8-9, 798.

² F. DI GIOVANNI, *Attività contrattuale e Intelligenza artificiale*, *Giur. It.*, 2019, 1677; E. TOSI, *Diritto privato delle nuove tecnologie digitali, Riservatezza, contratti, responsabilità tra persona e mercato*, *Diritto delle nuove tecnologie collana diretta da Vincenzo Franceschelli - Emilio Tosi*, Giuffrè, 2021; R. TREZZA, *Il contratto nell'era digitale e dell'intelligenza artificiale*, *Articoli e saggi, Il diritto dell'economia*, anno 67, n. 105 (2 2021), pp. 287-319; S. TROIANO, *Il contratto tra analogico e digitale*, *Pactum, Rivista di diritto dei contratti*, n. 1/2022.

sviluppo e le modalità con cui la digitalizzazione possa occuparsi della disciplina contrattualistica, e le ricadute dal punto di vista giuridico-legislativo in materia di prestazione del consenso, trattamento dei propri dati personali e sviluppo di nuove tecnologie che vedono un costante sviluppo e una continua ricerca volta alla semplificazione e “velocizzazione” di tutti gli aspetti riguardanti i diversi profili giuridici relativi alla disciplina contrattuale.

Posto ciò, risulta necessario prendere atto che la rivoluzione tecnologica ha reso ormai inadeguate una moltitudine di regole e, di conseguenza, porsi di fronte all’esigenza di rinnovamento dell’ordinamento.

Un tale scenario può senz’altro rivoluzionare i principi vigenti in materia fino a questo momento; infatti, tale trasformazione implica un vero e proprio cambiamento culturale, sia in generale sia con riferimento al rapporto che fino ad oggi è intercorso fra cittadino e Pubblica Amministrazione.

La disciplina del contratto è stata rivoluzionata dall’avvento delle piattaforme digitali. Sono nati nuovi soggetti, beni, opportunità e problemi che hanno creato l’esigenza di sviluppare nuove tecniche normative utili a disciplinare lo spazio “a-territoriale” di *Internet*³. Difatti, oramai, le piattaforme digitali riescono a replicare in digitale meccanismi analoghi a quelli tipici dei mercati tradizionali.

Per tal motivo le novità normative sono state molteplici, in particolar modo derivanti dalla legislazione europea.

Sul punto, si rappresenta che il Reg. 2022/2065/UE (*Digital Services Act*) e il Reg. 2022/1925/UE (*Digital Markets Act*) hanno dettato una normativa più generale in materia di mercato unico digitale. Inoltre, per colmare il divario tra contrattazione in presenza e forme di contrattazione digitali, il legislatore eurounitario è intervenuto con varie regolamentazioni sia con l’intento di rafforzare la tutela del consumatore (Dir. 2011/83/UE) sia col fine di dedicare una specifica regolamentazione al mercato digitale

³ C. E. GUARNACCIA, *Malfunzionamento delle piattaforme telematiche di negoziazione: rimedi e responsabilità*, *Diritto di Internet*, fasc. 4/2020.

(Dir. 2019/2161/UE, c.d. *Omnibus* e Dir. UE 770 e 771 del 2019)⁴. Inoltre, in questo senso, risulta di fondamentale importanza il Regolamento 2019/1150 UE⁵, il quale si è posto come obiettivo quello di andare a disciplinare i rapporti contrattuali tra i fornitori di servizi di intermediazione *online* e le imprese che si avvalgono di tali piattaforme (c.d. utenti commerciali) al fine di garantire che questi rapporti si esplicino secondo correttezza e buona fede. Infine, non si può far a meno di citare fra le altre fonti di primaria importanza in materia il D.Lgs. 26/2023 (di recepimento della *Direttiva Omnibus*) per i contratti conclusi sui “*mercati online*” (ovvero i “*marketplaces*”).

Come noto, dal punto di vista del diritto interno, una delle norme più rilevanti del sistema contrattuale risulta essere l’art. 1322 c.c., dal quale derivano tutte le “libertà” e tutti i “limiti” contrattuali previsti dal nostro ordinamento. Ne deriva che le parti, nell’esplicazione della loro autonomia privata, saranno soggette ad un vaglio di liceità che distingua fra contenuti leciti o contrari a norme imperative.

Senza soffermarci in questa sede sugli aspetti tipici della nozione e della formazione di contratto - che saranno oggetto della prima parte di questa analisi - risulta necessario comprendere come passare da una nozione tradizionale di autonomia negoziale a una di “meritevolezza meccanicistica”.

Tuttavia, se da un lato vi è questa prospettiva, dall’altro non si può far a meno di considerare come la digitalizzazione dei contratti pubblici sia diventata una delle priorità del settore perché ritenuto strumento utile ad accelerare ed efficientare i diversi tipi di procedure. Per esempio, l’utilizzo di strumenti informatici e la telematizzazione dei processi relativi ai contratti pubblici consente vantaggi in termini di spesa, oltre che minori oneri economici e gestionali e una migliore pianificazione

⁴ C. CAMARDI, *Contratti digitali e mercati delle piattaforme. Un promemoria per il civilista*, *Jus Civile*, vol. 2021, fasc. 4, pp. 870- 919.

⁵ E. BATTELLI, *Questioni aperte in materia di contrattazione nelle piattaforme online*, *Riviste Wolters Kluwer, Contratti*, 2022, 5, 563; R. CARLEO, *Piattaforme digitali e contratto*, *EJPLT*, 2022; D. DI SABATO, *Il ruolo delle piattaforme digitali nello svolgimento delle attività economiche in rete*, *Annali della Facoltà Giuridica dell’Università di Camerino, Studi*, n. 9/2020.

delle diverse esigenze. A riguardo, per esempio, il Consiglio di Stato (Sez. III, 20 gennaio 2021, n. 627) ha avuto modo di chiarire come “*la gestione telematica della gara offre il vantaggio di una maggiore sicurezza nella conservazione dell'integrità delle offerte*”.

Dunque, dalla digitalizzazione dovrebbero derivare numerosi vantaggi in vista di una migliore attuazione della trasparenza amministrativa con particolare riferimento alla conoscibilità di dati e informazioni dei soggetti interessati garantendo una maggiore completezza, tempestività e accessibilità delle informazioni.

D'altra parte, il fenomeno giuridico non può essere analizzato senza confrontarsi con le normative già vigenti, come in particolare quella relativa alla protezione dei dati personali disciplinata dal Reg. 2016/679/UE.

In tale contesto la necessità diventa quella di operare un bilanciamento di interessi tra il diritto alla protezione dei dati personali e l'esigenza di disporre di una grande quantità degli stessi per assicurare una costante progressione di questo tipo di tecnologia⁶.

Con riferimento al delicato settore della tutela della *privacy*, la digitalizzazione dovrebbe garantire parametri di inviolabilità e segretezza tali da ridurre rischi anche di natura operativa. In particolar modo, ciò può essere possibile tramite la previsione di misure quali la pseudonimizzazione e la cifratura dei dati personali. Sul punto, le Risoluzioni del Parlamento europeo dell'ottobre 2020 e del gennaio 2021 hanno individuato delle linee guida in tema di robotica e di responsabilità civile dei sistemi intelligenti, indicando come principio fondamentale quello dell'*accountability* con particolare riferimento alla protezione dei dati personali. Inoltre, sempre in tema di responsabilità, le citate Risoluzioni hanno evidenziato come potrebbe essere utile la

⁶ C. BASUNTI, *Il proporzionale bilanciamento tra diritto di accesso alle informazioni della P.A. e privacy dei singoli*, *Contratto e impr.*, 2021, 4, 1085; A. BONOMO, *Il Codice della trasparenza e il nuovo regime di conoscibilità dei dati pubblici*, *Saggi e articoli, Istituzione del Federalismo*, 3/4.2013, pp. 726-751; C. COLAPIETRO, *Il complesso bilanciamento tra il principio di trasparenza e il diritto alla privacy: la disciplina delle diverse forme di accesso e degli obblighi di pubblicazione*, *Rivista di Diritto Pubblico Italiano, Comparato, Europeo, federalismi.it*, n. 14/2020; G. FINOCCHIARO, *Intelligenza artificiale e protezione dei dati personali*, *Giur. It.*, 2019, 1670 e spec. 1674.

previsione di forme di responsabilità a tutela delle persone danneggiate dal momento che anche la macchina, come una persona umana, risulta in grado di provocare danni patrimoniali o non patrimoniali.

Tale aspetto diventa determinante nel momento in cui si analizza un meccanismo previsto fra le misure individuate dal PNNR per la digitalizzazione della Pubblica Amministrazione⁷; in particolare, si fa riferimento agli aspetti relativi alla *cybersecurity* e all'accessibilità dei dati e, dunque, al principio "*once only*" secondo cui le Pubbliche Amministrazioni non dovranno più richiedere a cittadini e imprese informazioni già in loro possesso; a riguardo, con riferimento al riutilizzo dei dati e dell'informazione nel settore pubblico e alle problematiche nei rapporti fra pubblico e privato nell'utilizzo dei dati, risulta di rilievo quanto previsto dal Reg. 2022/868/UE (*Data Governance Act*) e dalla Dir. 2019/1024/UE, oltre che dalla proposta europea sui dati (*Data Act*).

Lo sviluppo digitale da cui sono derivate tutte le nuove tecniche e innovazioni rende necessaria un'analisi con specifico riferimento a quelle che sono tutte le possibili ricadute all'interno dei rapporti fra cittadino e mondo digitale.

Alla ricerca di una possibile soluzione normativa si ritiene opportuno evidenziare come, data la velocità del progresso tecnologico, risulti necessario che qualunque tipo di normativa dovrà essere potenzialmente "*tecnologicamente neutra*", vale a dire utile a essere utilizzata anche col passare del tempo e non suscettibile rispetto alla modifica e alla creazione di nuovi tipi di tecnologia⁸; dunque, la necessità di prevedere dei meccanismi di tutela utili anche di fronte ad un'evoluzione temporale che non potrà far altro che proporre e far emergere nuove forme di criticità; dunque, tecniche che assicurino e tutelino al meglio l'integrità e la consapevolezza del volere dei contraenti che dovrà tradursi successivamente in un passaggio affidato ad un meccanismo digitale.

⁷ P. FALLETTA, *Le linee guida dell'agenzia per l'Italia digitale*, *Giornale Dir. Amm.*, 2021, 2, 163.

⁸ R. TREZZA, *Il contratto nell'era digitale e dell'intelligenza artificiale*, *Articoli e saggi, Il diritto dell'economia*, anno 67, n. 105 (2 2021), pp. 287-319.

Chiarito ciò, non si può far a meno di evidenziare come e quanto le tecnologie digitali possono essere un valido strumento di completamento del processo decisionale e della realizzazione degli interessi delle parti, alle volte anche esaltando il concetto di autonomia privata, garantendo una migliore protezione del consumatore.

Dunque, si proverà a comprendere come poter bilanciare e tutelare da un lato gli interessi della collettività, in particolar modo dal punto di vista della tutela dei dati personali e di possibili forme di manifestazione del consenso al trattamento degli stessi, anche con particolare riferimento alla figura dei minori di età e, dall'altro, gli incentivi necessari utili a comprendere come la tecnica informatica, modulata nel modo corretto, possa diventare un mezzo per “educare” gli utenti a una nuova forma di contrattazione.

1. Il “nuovo” diritto dei contratti nell’era digitale

1.1 L’evoluzione della società

Se già dai primi anni duemila si è cominciato ad assistere ad un mutamento della società, negli ultimi anni tale cambiamento ha assunto dei livelli tali da correre il rischio che gli schemi logico-giuridici con cui abbiamo lavorato fino a poco tempo fa possano adesso risultare desueti e obsoleti⁹.

Proprio per questo motivo, per star al passo con la diffusione delle nuove forme di tecnologia, le logiche produttive, di mercato e di “contratto” hanno dovuto modificare la loro natura.

Si sta assistendo a una modifica pressoché totale della società tanto che all’interno di questa analisi non si potrà far a meno di analizzare, oltre agli aspetti tecnici di questa rivoluzione digitale, anche gli aspetti riguardanti la stessa fenomenologia umana, indagando sul come tali cambiamenti possano riflettersi su di un’intera società.

Sta nascendo una nuova economia, fondata sui dati e sul loro sfruttamento - potenziale e in concreto -, dato che in tal senso sono diventati la “moneta” di scambio più importante.

Tale processo sembra essere così la parte finale di quel processo di “dematerializzazione della ricchezza” iniziato durante quest’ultimo secolo.

Come sopra anticipato, i comportamenti, le scelte e le abitudini che oggi consideriamo come “normali” si sono radicalmente modificati; basti pensare alle scelte con cui ci confrontiamo giornalmente, quali possono essere la ricerca delle notizie, l’ascolto di musica, l’acquisto di beni. Proprio in relazione a quest’ultimo profilo non si può far a meno di notare che da un lato l’e-commerce ha dato la possibilità di acquistare e vendere beni e servizi con un semplice “click” e, dall’altro, i

⁹ A. QUARTA E G. SMORTO, *Diritto privato dei mercati digitali*, Seconda edizione, Le Monnier Università, Mondadori Education S.p.a., Milano, 2024.

social network hanno consegnato la possibilità di entrare in contatto con persone e luoghi che fino a poco tempo fa sembravano inaccessibili per un singolo individuo.

Il punto è che questa rapida ascesa tecnologica non sembra in alcun modo voler frenare e il traguardo finale di questa rivoluzione digitale, dopo aver già interessato il commercio e i mercati, sembra essere la digitalizzazione di ogni attività umana.

Al di là degli aspetti socio-antropologici che riguardano tali forme di cambiamento, su cui si avrà modo di soffermarsi più avanti, sembra che il digitale rappresenti un punto di svolta della storia umana.

Si potrebbe paragonare il momento attuale a quello di una nuova rivoluzione industriale, dove le tecnologie digitali si manifestano come delle novità tali da entrare in ogni ambito dell'economia. A riguardo si è parlato di “*general purpose technologies*”, vale a dire, di “tecnologie di portata generale”, proprio perchè hanno la capacità di produrre i loro effetti su tutti i diversi campi che coinvolgono l'esperienza umana.

Una riflessione di questo tipo deriva dal fatto che con l'avvento della digitalizzazione sono cambiati i mercati, le relazioni sociali e i rapporti personali al punto che è stato affermato che “*Computing is not about computer anymore. It is about living*¹⁰”, stigmatizzando in maniera molto chiara il fatto che l'informatica non è più solamente qualcosa di strettamente legato ai computer, ma risulta essere qualcosa che ormai legato indissolubilmente alla vita di ognuno di noi.

Ad oggi, dunque, non si può far a meno di volgere l'attenzione verso le più recenti innovazioni derivanti dall'implementazione dello studio e dello sviluppo dell'Intelligenza Artificiale (d'ora in poi anche “IA”) con le sue specifiche ripercussioni su quelle che sono le categorie e i modelli utilizzati nel mondo dei contratti tradizionale.

Ci si trova in una fase di pieno sviluppo e bisogna comprendere come questa andrà ad impattare sul diritto dei contratti; ciò che risulta chiaro è che questo potrà essere ancora più dirompente rispetto alle tecnologie proposte dai primi sistemi informatici, laddove il digitale si comportava solo come veste esterna del contratto.

¹⁰ A. QUARTA E G. SMORTO, *Op. cit.*

1.2 Il diritto dell'innovazione: società del rischio e innovazione senza permesso

Ad ora si è cercato di intercettare brevemente quella che è stata l'evoluzione del concetto di contratto provando a individuare le possibili nuove categorizzazioni dello stesso.

Il concetto di innovazione, per come è stata già rappresentato, può essere letto sia dal punto di vista tecnologico sia da quello del come una certa tecnologia vada a impattare sulla società dove la stessa andrà a produrre i suoi effetti.

Si ritiene opportuno riflettere sul concetto secondo cui non sempre un'innovazione risulta positiva per una società; infatti, soluzioni utili per il singolo possono apparire inadeguate per la collettività e in un contesto simile il diritto deve intercettare l'utilità effettiva e potenziale dell'innovazione.

Anche in questo senso, si ritiene che una nuova invenzione possa ritenersi tale solo nel momento in cui questa vada a intercettare effettivamente quelli che sono i bisogni della società in cui essa viene proposta; diversamente, con difficoltà potrebbe definirsi tale dal momento che mancherebbe un effettivo vantaggio per la comunità.

Proprio in questo senso vanno lette le disposizioni normative derivanti dal diritto dell'Unione Europea nel momento in cui fa riferimento al concetto di innovazione, dunque indirizzato verso un potenziale benessere collettivo e non del singolo.

Da qui la valutazione sul come un'ipotetica innovazione vada a impattare con la società diventa un'operazione necessaria, sia per comprenderne l'utilità sia per valutarne l'impiego.

Prima delle valutazioni di ordine logico, morale, etico e sociale, che troveranno sempre terreno fertile in materia di innovazione, bisogna procedere ad una valutazione che attiene ad un'analisi costi-benefici, finalizzata a comprendere se i benefici della "novità" risultino idonei a maggiori rispetto ai rischi e ai costi; d'altra parte, come premesso, non si potrà non tener conto di ulteriori parametri come quelli

sopra richiamati. Difatti, al di là della convenienza derivante da un'analisi costi benefici, risulta impensabile non comprendere come queste vadano ad impattare a livello sociale, oltre che economico-evolutivo.

Logica conseguenza di queste valutazioni è la necessaria valutazione del rischio, che diventa la chiave di lettura con cui analizzare l'opportunità o meno di considerare "positiva" per la società una certa innovazione.

Ora, se mettiamo a confronto queste logiche con una società che corre come quella attuale, e conseguentemente con continue analisi costi-benefici, si ritiene molto attuale la definizione fornita di "società del rischio" (Ulrich Beck).

Chiarito ciò in linea di principio, risulta ora utile comprendere effettivamente se e come una data innovazione comporti degli effettivi benefici economici e sociali.

Sul punto, si rappresenta come analizzare in anticipo l'effettivo potenziale di qualcosa di nuovo sia complicato, infatti è una valutazione di ordine logico il pensare che per comprendere gli effetti di qualcosa è necessario del tempo per capire gli sviluppi della stessa.

Posto di fronte a tale bisogno, il diritto ha il complesso compito di anticipare gli sviluppi ipotetici e comprendere i profili di rischio e buona parte della dottrina ha parlato di "principio di precauzione", che trova la sua effettiva concretizzazione nella Dichiarazione di Rio del 1992, laddove si va a specificare che in caso di incertezza è necessario utilizzare tutte le cautele utili a evitare pericolo e rischi potenziali; quindi, di fronte a rischi potenzialmente irreversibili un'innovazione non potrà essere ritenuta accettabile per la società; di conseguenza, sarà necessaria una ragionevole sicurezza sull'utilizzo della novità.

Nel nostro caso, tali circostanze appaiono ancora più stringenti dal momento che nel mondo della transizione digitale il rischio potenziale diventa quasi ingovernabile.

D'altra parte, non si può far a meno di evidenziare come altra parte della dottrina ha individuato nel principio di precauzione una sorta di "permesso" indiretto per l'accesso di una innovazione nella società. Questa circostanza viene denunciata da coloro che affermano che un rischio solo potenziale non può pregiudicare un qualcosa che di per sé – in quanto innovazione – dovrebbe portare effetti benefici per la società,

segnalando altresì che un tale approccio – portato alla sua estremizzazione - potrebbe diventare un forte limite all'evoluzione stessa dell'essere umano, quasi un modo per controllarlo. Da qui, dunque, lo sviluppo della corrente alternativa che parla di “innovazione senza permesso”, la quale non ipotizza una totale assenza di controllo dei rischi, ma ritiene necessario un ridimensionamento dell'intervento del pubblico rispetto all'accettazione e praticabilità di un'innovazione.

Chiariti i contorni relativi alla questione analisi costi-benefici, meritano attenzione anche quelle questioni che abbiamo solo nominalmente richiamato.

Si fa riferimento al rapporto fra innovazione e questioni etiche e di come queste possano andare ad impattare col concetto di evoluzione e questi temi appaiono di gran lunga rilevanti se si tratta di compiere valutazioni in materia di evoluzione e transizione digitale; infatti, non ci si potrà solamente soffermare su una “aritmetica” valutazione costi-benefici.

Nonostante ciò, anche in questo settore esistono orientamenti differenti: da una parte una corrente che ritiene valida esclusivamente una valutazione costi-benefici; dall'altra quella che ritiene opportuno un confronto fra innovazione e principi etico-sociali di una società espressi dal proprio ordinamento giuridico, da compiere anche al di là dei possibili vantaggi derivanti per la società. Un esempio di questa differenza può essere proposta nella differenza fra cultura giuridica europea e quella di oltreoceano, laddove negli Stati Uniti si ritiene più condivisibile un approccio maggiormente aziendalistico secondo cui se i benefici superano i costi allora il “nuovo” deve essere implementato perché già sufficientemente utile alla società; diversamente, il sentire della cultura giuridica europea appare più spinto verso un affiancamento dei valori giuridico-morali a quelli del binomio vantaggi-svantaggi.

Si ritiene che questo secondo approccio sia il più idoneo a contemperare quelle che sono le esigenze di sviluppo di una società da un lato e il controllo dei potenziali rischi dall'altro. Un approccio meno categorico ma che risponde ad una logica secondo cui gli individui facenti parte di una società non sono solo numeri ma rispondono ad esigenze che sono delle più disperate e non solo rispondenti ad una logica economica.

Manifesto di questo secondo approccio sono le modalità con cui il legislatore ha

deciso di trattare la materia, vale a dire, facendo riferimento a clausole generali (buon costume, ordine pubblico, ecc.), utili ad essere adattate in maniera efficace anche ad una società dinamica come quella presente e, ancor di più, futura.

Da questa panoramica appare evidente come risulti difficile prevedere una normazione adeguata rispetto alle problematiche proposte e tale circostanza non può che “peggiorare” nel momento in cui ci si occupa di innovazioni tecnologico-digitali.

Sicuramente - al di là della scelta fra un approccio basato su di un bilanciamento degli interessi o uno esclusivamente utilitaristico -, ci si rende facilmente conto che per normare le nuove forme di tecnologia che sono entrate a far parte del nostro quotidiano risulterà necessario non un approccio statale, ma necessariamente sovranazionale.

1.3 La centralità del “pactum”

Come è stato puntualmente osservato, il diritto non deriva esclusivamente dai rapporti della vita in comune, ma trova la sua base nel “pactum” sociale¹¹. Infatti, se da una parte il diritto viene considerato come scienza astratta, non si può far a meno di esaminare le sue ricadute dirette all’interno delle interazioni umane¹². Ne deriva che risulta impossibile considerare il diritto come scienza distaccata dalla *societas* in cui si ritrova a esplicare i suoi effetti e, ancor di più, distaccato rispetto alla centralità del “pactum” fra consociati¹³. Dunque, prima di parlare di transizione digitale sarà

¹¹ A. MONORITI, *Ubi societas, ibi pactum. La transizione verso l’interazione umana*, in *Federalismi.it, Rivista di diritto pubblico italiano comparato europeo*, ISSN 1826-3534, n. 15/2024.

¹² V. ARANGIO-RUIZ E C. SCUTO, *Patto/Pactum*, in *Enciclopedia Treccani*, consultabile sul sito Treccani; Voce *Ius*, in *Enciclopedia Treccani*, consultabile sul sito Treccani.

¹³ In U. GROZIO, *Il dritto della guerra e della pace*, tradotto in italiano da D.A. PORPORA, 1777, Napoli si affermava che: “una di quelle cose proprie dell’uomo, è il desiderio della società, cioè a dire, di vivere con i suoi simili, non in qualunque maniera che sia, ma piacevolmente, e che sia regolata, come gli vien suggerita da’ suoi lumi”. Al riguardo, v. anche S. ROMANO, *L’ordinamento giuridico*, 1917, I edizione, Firenze, 1946; A. LEVI, *Ubi societas, ibi ius*, in *Saggi di teoria del diritto*, Bologna, 1924; G. DEL VECCHIO, *Lezioni di filosofia del diritto*, Milano, 1952; N. BOBBIO, *Studi sulla teoria generale del diritto*, Torino, 1955; N. IRTI,

necessario una nuova formazione dei soggetti interessati da questo cambiamento, gli stessi cittadini, i quali dovranno apprendere i crismi di una nuova scienza della negoziazione che dovrà comunque avere come base l'interazione umana.

Su queste premesse si fonda il ragionamento secondo cui *“il valore di un Paese dipende dal numero di accordi che i cittadini riescono a raggiungere e non dal numero di sentenze che riescono ad ottenere”*¹⁴.

In virtù di ciò, l'accordo fra le parti diventa elemento fondamentale non solo - come sappiamo già - di un contratto, ma strumento che, se utilizzato nei giusti modi - può guidare la società verso la transizione in atto.

Una società si fonda sulla presenza del diritto essendoci una profonda connessione fra i cittadini e l'ordinamento giuridico.

Chiarito ciò, però, non bisogna cadere nell'assunto secondo cui la formazione del diritto risulti come una conseguenza diretta della “vita in comune”, quando lo stesso deriva proprio dall'interazione fra essere umani. All'interno di questo meccanismo è l'accordo a diventare l'elemento che permette alla collettività di potersi normare.

Dunque, secondo questa ricostruzione, il *pactum* permette ai consociati di “creare *ius*”, rimanendo il diritto come il risultato degli accordi collettivi che riescono a prendere la forma e a modellarsi sulla base di quelle che sono le esigenze dei singoli individui e del contesto sociale in cui gli stessi si trovano ad operare.

In virtù di ciò, è proprio l'accordo a fondare il diritto, diversamente da quanto l'impostazione del sistema democratico possa lasciar immaginare che le norme siano qualcosa di generale ed astratto imposto direttamente da un'autorità scollata dal cittadino.

Proprio qui sta il punto, infatti, il rischio di tale lettura è quello di leggere il diritto in

Introduzione allo studio del diritto privato, Padova, 1973; L. FERRAJOLI, *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale*, con prefazione di Norberto Bobbio, Bari, 1989; U. SANTARELLI, *Ubi societas, ibi ius*, in A. LANDI (a cura di), *Scritti di storia del diritto*, Torino, 2010; P. BELLINI, *“Ubi societas ibi societas”*. Considerazioni critiche sul fortunato adagio “*ubi societas ibi ius*”, in *Rivista internazionale di filosofia del diritto*, 2011, p. 155; L. D'ALESSANDRO, *Diritto e Società. Per un immaginario della cultura giuridica*, Napoli, 2018; F. ANGELI, *Santi Romano e la concezione sociologica del Diritto*, in *Sociologia del Diritto*, n. 1, 2020, p. 9; J-G. BELLEY, *Ubi communitas, ibi ius*, in *Les Cahiers de droit*, Vol. 61, No. 3, 2020, pp. 597-619.

¹⁴ A. MONORITI, *Op. cit.*

maniera “inumana”, quando in realtà lo stesso dovrebbe essere chiara espressione della volontà collettiva, che muta al mutare dei diversi contesti sociali.

Da una tale ricostruzione non può che derivare che il diritto non deve essere studiato e messo in atto esclusivamente col fine di mettere fine ad una “lite”, dovendosi concentrare invece sui *pacta* volti ad una conciliazione tramite la negoziazione. In questo senso, l’accordo diventa la struttura stessa del diritto e il modo più diretto con cui la società può partecipare alla creazione dello stesso rendendolo maggiormente rispondente alla volontà collettiva degli individui, sia come singoli sia come collettività.

Il diritto nasce e si concretizza nell’accordo il quale nasce col fine di trovare una soluzione alle possibili incomprensioni derivanti dalle interazioni umane.

Proprio in ragione di ciò, si ritiene opportuno evidenziare in via preliminare questi aspetti che si pongono alla base del concetto stesso di “*ius*”, così da poter affrontare in maniera più chiara le complessità derivanti dall’applicazione di questi “sofismi” a quella che risulta essere la realtà odierna basata, da una parte, ancora sulle interazioni umane “tradizionali” e, dall’altra, su nuove forme di interazione digitale dove le nuove tecnologie hanno creato e continueranno a creare nuove modalità di contatto fra i consociati.

La possibilità di avere a disposizione determinati diritti e doveri non deve dar l’illusione di star vivendo una vita completa, infatti, il singolo individuo non può bastare a sé stesso e potrà esplicare tutta la sua essenza entrando in contatto con la *societas*; diversamente, il rischio è che si venga a creare, come è stato ottimamente chiarito, una “moltitudine di solitudini”¹⁵ dove ogni singolo si ritrovi ad esercitare i propri diritti con l’unico fine di tutelare la propria posizione. Il punto fondamentale, però, è che il diritto non nasce esclusivamente per la tutela del singolo e la ricostruzione dei singoli rapporti, ma anche per la costruzione degli stessi e per tal

¹⁵ A. MONORITI, *Op. cit.*

motivo ci si trova “solo” a invocare diritti invece di creare accordi¹⁶. Per questo motivo, una società fondata solo sul mero *ius* non può bastare a sé stessa, dal momento che la sua evoluzione dovrebbe basarsi sui *pacta*, utili a formare le regole, le quali sorgeranno sulla base di negoziazioni aventi ad oggetto gli interessi della collettività.

Assumendo la validità di questa ricostruzione, ci si rende così conto del profondo legame tra *ius* e *societas*, che tramite negoziazione e consenso arrivano a formare i *pacta* su cui si basa la società stessa; infatti, l'accordo fra i consociati non è da considerarsi come mero presupposto del diritto, ma risulta essere la sua parte fondamentale su cui poi dovrà innestarsi l'ordinamento giuridico stesso.

É evidente che una tale ricostruzione sembra essere in contrasto con la ricostruzione del concetto stesso di stato moderno dove il diritto sembra essere l'unico mezzo per risolvere i conflitti.

Proprio qui sta il punto invece, cominciare a leggere il diritto non più solo come mezzo esclusivo per sedare conflitti, al fine di farlo diventare strumento realmente utile per la società, anzi, fondamento della stessa. Nell'accordo vi è la nascita del diritto, nell'interazione umana la sua generazione. Il diritto, conseguentemente, dovrà poi dar una direzione alla realtà per come qualificati dai *pacta*.

Questa differenza fra accordo, qualificato come fenomeno reale che nasce e si estrinseca all'interno di una negoziazione, e diritto, che formalizza tale accordo, trova la sua maggiore estrinsecazione nel diritto dei contratti. Infatti, proprio dal diritto contrattuale si riesce ad evincere meglio tale distinzione, in particolare modo, facendo riferimento alla figura della nullità del contratto ex art. 1418 del Codice civile. Infatti, se da una parte un contratto si ritiene nullo quando non rispetta quanto previsto dall'articolo 1418 c.c., dall'altra non si può negare l'inesistenza di un accordo tra le parti. Ci si trova, dunque, di fronte ad un'inesistenza legale che non corrisponde ad un'inesistenza “reale”. Di per sé, un accordo fra due o più parti rimane tale, la differenza fondamentale starà nel fatto che se quest'ultimo non rispetterà i canoni

¹⁶ G. COSÌ, *L'accordo e la decisione. Modelli culturali di gestione dei conflitti*, Torino, 2017, p. 114; A. MONORITI, *Dall'ordine imposto, all'ordine negoziato*, Giappichelli, Torino, 2023, p. 6-7.

previsti dal Codice civile non potrà essere supportato e tutelato dall'ordinamento.

Ulteriore, esempio di tale ricostruzione, ci viene fornito dall'art. 1421 c.c., il quale prevede che la nullità può essere fatta valere da chiunque ne abbia interesse e rilevata dal giudice; infatti, da tale assunto normativo discende che se nessuno avrà interesse a far valere tale nullità sul piano giuridico, di conseguenza - al di là della conformità al tipo normativo - non si potrà qualificare l'accordo come nullo. Pertanto, a queste condizioni, l'accordo non solo continuerà ad esistere a livello materiale, ma non sarà perseguito neanche dall'ordinamento giuridico, superando così anche il dettato formale del codice.

In virtù di ciò, allora, si potrebbe dire che lo strumento di tutela della nullità messo a disposizione dall'ordinamento non sia realmente efficace e utile a comprendere la complessità delle relazioni sociali.

Non si ritiene però che sia questa la lettura da dare a questo percorso.

Uno degli obiettivi principali del diritto, in particolar modo all'interno delle interazioni umane, risulta essere quello di doversi "rendere conto" di quando intervenire all'interno delle interazioni stesse e, dunque, la sua capacità di saper modulare la sua azione sulla base delle necessità ritenute meritevoli di tutela fra le parti.

Secondo questa chiave di lettura, da ritenersi maggiormente apprezzabile, si vede come il diritto non si configura allora come qualcosa di "eventuale" rispetto agli accordi che intercorrono fra i consociati, ma al più è ciò che permette all'accordo di calarsi nella realtà, valutandone la compatibilità con le regole previste dall'ordinamento.

Tutto ciò non può che evidenziare la dualità del diritto che così diventa uno strumento che "da un lato, rileva e valuta gli accordi come fenomeni "di fatto" e, dall'altro, funge da meccanismo di controllo e correzione delle interazioni umane che li hanno generati intervenendo con la forza quando gli accordi stessi o la loro mancanza producono effetti indesiderati o ingiusti nella realtà sociale ed economica".

Questa funzione diventa di fondamentale importanza dal momento che gli interessi perseguiti dai singoli - individualmente e collettivamente - non possono essere

predeterminati perché nascono e si esplicano nella diversità dei rapporti sociali.

Proprio per questo risulta ad oggi fondamentale comprendere le nuove dinamiche del contatto fra essere umani alla luce delle nuove tecnologie, con l'obiettivo di comprendere come la digitalizzazione possa diventare risorsa e non ulteriore forma di allontanamento dell'individuo da quella che risulta essere la sua origine, la sua finalità, il contatto e il confronto con altri esseri umani.

Pertanto, non basterà solo disciplinare le nuove forme di attività giuridica volgendola verso una trasformazione digitale, ma bisognerà riflettere sulla "realtà" degli accordi che andranno sempre più a essere formati tramite delle interazioni digitali.

Dunque, il nuovo obiettivo della scienza giuridica non sarà solo quello di creare delle forme di tutela innovative per il cittadino, ma dovrà concentrare i propri sforzi al fine di garantire al diritto quella dualità di funzione utile a garantire un bilanciamento fra gli accordi "di fatto" e il controllo e la correzione degli stessi sulla base delle diverse interazioni umane¹⁷.

1.4 Diritto dei contratti e nuove tecnologie

Come già ampiamente analizzato, il mondo del diritto non può essere analizzato in maniera esclusivamente astratta, ma deve essere considerato e studiato calato nella sua realtà di riferimento.

A seguito della rivoluzione digitale che sta interessando la nostra realtà, si sta cominciando a comprendere come i modelli tradizionali di conclusione degli accordi risultano sempre più desueti e, soprattutto, inadeguati a fronteggiare le richieste di una società che risulta in continua evoluzione¹⁸.

Le nuove forme di tecnologia, infatti, stanno costringendo il legislatore e il giurista a

¹⁷ A. MONORITI, *Op. cit.*

¹⁸ M.P. MANTOVANI, *Il diritto dei contratti nell'era delle nuove tecnologie*, *Annali della Facoltà Giuridica dell'Università di Camerino – Studi – n. 10/2021* – ISSN online: 2281-3063.

dover ripensare nuovamente alle categorie tradizionali di contratto¹⁹. Del resto, i mercati globali, le contrattazioni digitali e tutte le nuove forme utili alla formazione di un contratto, rappresentano, ad oggi, le nuove realtà²⁰; allo stesso modo, le stesse relazioni fra gli individui, sia sociali che economiche, risultano ormai ampiamente caratterizzate dalla presenza di strumenti tecnologici utili a confrontarsi in maniera più opportuna e *smart* al modo virtuale²¹.

Al fine di analizzare le possibili modalità con cui poter prevedere nuove forme di tutela dettate dai nuovi interessi emergenti, non si può far a meno di considerare che le nuove forme di tecnologia hanno provocato diverse conseguenze sull'ordinamento giuridico. Sul punto, non si può far a meno di notare, per esempio, come il concetto stesso di contratto si è modificato, passando da accordo utile a disciplinare in maniera univoca i rapporti fra individui, ad assumere una declinazione plurale, utile alla platea potenzialmente universale verso cui potrebbe essere destinato.

I bisogni, gli interessi e le necessità degli individui sono cambiati e, ora, per questo motivo, non si può far a meno di prevedere nuovi strumenti utili a garantire idonee tutele a tutti i soggetti agenti²².

Il diritto positivo deve ora intervenire per rispondere alla sollecitazione sociale per armonizzare reale e giuridico; ciò, però, non assecondando esclusivamente le logiche dettate da una realtà economico-sociale che “corre”, ma tenendo sempre ben saldi i dettami principali previsti dalla nostra legislazione.

¹⁹ N. IRTI, *Norma e luoghi. Problemi di geodiritto*, Roma-Bari, 2001, p. 65 s.; F. MESSINEO, *Il contratto in genere*, in *Tratt. dir. civ. e comm.* diretto da A. Cicu e F. Messineo, XXI, 1, Milano, 1968, p. 417; N. IRTI, *Norma e luoghi. Problemi di geodiritto*, Roma-Bari, 2001, p. 65 s.

²⁰ T. BALLARINO, *Internet nel mondo della legge*, Padova, 1998, p. 6 ss.; L.J. CONSTANTINESCO, *Il metodo comparativo*, ed. italiana di A. Procida Mirabelli Di Lauro, Torino, 2000, p. 189; M.R. FERRARESE, *Diritto e mercato*, Torino, 1992; N. IRTI, *L'ordine giuridico del mercato*, Roma-Bari, 1998.

²¹ F. GALGANO, *I dogmi nel diritto*, in *Contr. impr.*, 2010, p. 909. *Sulla funzione della dogmatica*, L. MEN GONI, *Dogmatica giuridica*, in *Enc. giur. Treccani*, XII, Roma, 1989, p. 4 ss.

²² N. LIPARI, *Il diritto civile tra sociologia e dogmatica: riflessioni sul metodo*, Bari, 1972; A. MUSIO, *La storia non finita dell'evoluzione del contratto tra novità tecnologiche e conseguenti esigenze di regolazione*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2021, p. 226 ss.

Da questo punto di vista, si ritiene che una possibile chiave di lettura venga già fornita dall'ordinamento il quale, nella sua complessità, ha già previsto tale forma di "aggiornamento" tramite un'interpretazione in chiave evolutiva dei diversi istituti.

Dunque, se nel 1942 le categorie giuridiche scelte dal legislatore rispondevano a quel mondo degli affari e a quelle relazioni sociali, adesso bisogna far i conti con una realtà molto più articolata, complessa e, soprattutto, dinamica, perché in costante evoluzione e, di conseguenza, dovendo fronteggiare anche il rischio di ipotetiche soluzioni che possono diventare obsolete da un giorno all'altro.

Chiarito ciò, bisognerà ora concentrarsi su quelli che sono stati individuati come nuovi modelli contrattuali, inimmaginabili per il "primo" legislatore (1942), dovendo ora considerare il contratto tecnologico non più esclusivamente secondo gli schemi previsti dal diritto comune, ma alla luce delle nuove esigenze "reali".

Come già rappresentato, allo stato il concetto di transizione è tra i più discussi, se ne parla in tutti i settori di studio, sociali ed economici²³; tale concetto ha trovato grande fortuna anche all'interno del mondo giuridico²⁴ che si trova ora di fronte a una serie di trasformazioni portate avanti dalla c.d. rivoluzione digitale con l'aspirata finalità di un maggiore progresso collettivo. Tale rivoluzione ha investito in pieno le tradizionali logiche contrattuali aprendo nuovi dibattiti sull'opportunità o meno di poter interagire con tali trasformazioni secondo gli schemi contrattuali previsti dallo statuto giuridico attuale.

Secondo parte della dottrina, l'entrata in gioco della digitalizzazione nel mondo dei contratti non costringe necessariamente a un totale ripensamento delle categorie contrattuali, infatti, come già segnalato, si ritiene maggiormente opportuno una

²³ S. TROIANO, *Il contratto tra analogico e digitale*, *Pactum, Rivista di diritto dei contratti*, Editoriale, n. 1/2022.

²⁴ Di un'età, quella presente, «segnata dalla transizione dal moderno al postmoderno» discorre G. BENEDETTI, *"Ritorno al diritto" ed ermeneutica della effettività*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2018, 763, nel chiosare le dense riflessioni dedicate al tema da Paolo Grossi nel suo libro *Ritorno al diritto* (Laterza, 2015). Poco più avanti (764 e 769) l'A. richiama la felice definizione, che di questa età suggerisce lo stesso Grossi, nei termini di un «difficile e fertile tempo di transizione».

riqualificazione delle stesse, una rilettura in chiave evolutiva e, laddove non sufficiente²⁵, specifici interventi normativi utili a fornire una risposta adeguata, da un lato, al caso di specie e, dall'altro, a situazioni simili; ciò, al fine di evitare un'eccessiva proliferazione normativa dovuta alle continue innovazioni che andranno sempre più velocemente a confrontarsi con gli schemi attuali.

In virtù di ciò, si ritiene opportuno in tale trattazione provar a categorizzare le diverse forme di contratto digitale, o meglio, le diverse "fasi" della digitalizzazione del contratto: in un primo momento, le novità hanno riguardato la fase della formazione dell'accordo e quello dei requisiti di forma, tanto da parlare di "contratto telematico", da intendersi come una forma di digitalizzazione delle forme più che del contenuto e della capacità di influire sulla formazione della volontà delle parti²⁶; nella fase successiva il digitale comincia a coinvolgere anche l'oggetto del contratto stesso, dunque si comincia a parlare di beni e servizi offerti su una realtà virtuale e, in questo senso si comincia ad affermare l'idea di un "*contratto a oggetto (o contenuto) digitale*"²⁷; infine, i meccanismi di digitalizzazione entrano in maniera definitiva nella stessa regolamentazione del contratto nella veste di algoritmo idoneo a prendere il

²⁵ G. FINOCCHIARO, *Il perfezionamento del contratto online*, cit., 189, stigmatizza giustamente la «facile pratica invalsa (...) di invocare nuove norme» a fronte di qualsiasi fenomeno nuovo, che finisce di svilire il ruolo stesso del giurista, che è quello «di interpretare e, quindi, di applicare e adattare norme generali e già esistenti a fattispecie concrete». Si deve, peraltro, sottolineare che, come la stessa A. ben evidenzia, in materia di contratti digitali esiste già, ad oggi, una fitta trama di interventi normativi "nuovi", a contenuto speciale, sicché è innanzitutto su questi, e non solo sulle norme generali, che l'interprete è chiamato a svolgere il proprio complesso lavoro di ricostruzione del sistema. Il che, in realtà, dimostra che i fenomeni nuovi possono richiedere anche taluni interventi *ad hoc*, seppur nei limiti dello stretto necessario e dosati con equilibrio.

²⁶ Vi è peraltro chi preferisce distinguere il contratto telematico dal contratto informatico, includendo nella seconda categoria quei contratti in cui lo strumento telematico è solo un mezzo per tra- smettere la volontà contrattuale (ad es., i contratti conclusi a mezzo e-mail) senza incidenza sul procedimento di formazione della volontà, come accade invece nel contratto telematico in senso stretto (ad es. concluso in internet mediante *point and click*). Per una sintesi delle varie distinzioni possibili v. g. PERLINGERI e IAZZARELLI, *Internet e il contratto*, in VALENTINO (a cura di), *Manuale di diritto dell'informatica*, 3a ed., Esi, 2016, 269 ss. V. inoltre TOSI, *Diritto privato delle nuove tecnologie*, Giuffrè, 2021, 210 ss.

²⁷ G. FINOCCHIARO, *Il perfezionamento del contratto online: opportunità e criticità*, in *Dir. com. e scambi internaz.*, 2018, 189, parla, con espressione sostanzialmente equivalente, di «contratto a oggetto informatico». E v., infatti, EAD., *I contratti ad oggetto informatico*, Cedam, 1993.

posto della volontà umana nelle diverse fasi del contratto²⁸, tanto da parlare di “*contratto algoritmico*”²⁹, il quale, portato al suo estremo grado di sviluppo potrebbe definirsi come “*contratto dell’intelligenza artificiale*”.

Prima di analizzare analiticamente queste tre diverse “fasi” del contratto digitale, si ritiene opportuno segnalare che queste non risultano solo delle diverse fasi evolutive, ma delle diverse modalità con cui le forme di digitalizzazione possono convivere con le forme tradizionali di contratto, per cui, secondo questa ricostruzione, non dovremo leggere questi “istituti” in maniera evolutiva, ma come diverse modalità con cui la digitalizzazione ha interloquito e continua a interloquire con il mondo dei contrattuali; ovviamente, la diversità si andrà a manifestare nella diversa intensità con cui il digitale potrà affiancare fino anche a sostituire l’interazione umana, tenendo ben presente all’interno di un accordo potranno ben convivere anche più di una delle diverse forme di digitalizzazione del contratto.

Dunque, individuate queste tre fasi relative alla formazione e successiva affermazione della digitalizzazione del contratto, ora si ritiene opportuno comprendere al meglio la loro evoluzione.

Con riferimento alla prima fase, la fase del c.d. contratto telematico, dove il digitale risulta solo come forma esterna di un accordo “tradizionale” fra le parti, si rappresenta che al di là degli adattamenti dovuti alla forma digitale, non sembra che risultino necessari particolari interventi, potendosi continuare a utilizzare le categorie tradizionali di contratto³⁰. Tra l’altro, su questo versante, si ritiene che le soluzioni

²⁸ A.M. BENEDETTI, *Contratto, algoritmi e diritto civile transnazionale: cinque questioni e due scenari*, in *Riv. dir. civ.*, 2021, 413, «non si tratta più di affrontare l’impatto di (mere) tecniche formative semplificanti (la conclusione dei contratti), né di ragionare su nuove forme e documenti contrattuali, né di individuare i limiti della predisposizione (...). La nuova frontiera è oltre: la tecnica si fa contratto, fino a “sostituire” gli stessi contraenti-umani con programmi-macchine che gestiscono la formazione, l’esecuzione, le sopravvenienze».

²⁹ Di contrattazione algoritmica discorre anche FEDERICO, *Equilibrio e contrattazione algoritmica*, in *Rass. dir. civ.*, 2021, 482 ss. Parimenti efficace è, come nota A.M. BENEDETTI, *Contratto, algoritmi*, cit., 413, la formula *computable contracts*, coniata da SURDEN, *Computable Contracts*, in 46 *U.C. Davis Law Review*, 2012, 612 ss.

³⁰ V. A.M. BENEDETTI, *Autonomia privata procedimentale*, cit., 412. Di adattamento e non superamento delle categorie codicistiche note discorrono, tra gli altri, Delfini, *Il d.lgs. 70/2003 di attuazione della*

approntate dal legislatore in materia di forma del contratto, con particolare riferimento alle problematiche del “documento informatico” e della “firma digitale”, risultino idonee ed efficaci ad assicurare il requisito della forma scritta ex art. 1350 del Codice civile.

Rivolgendo lo sguardo alla seconda fase, quella c.d. del “contratto ad oggetto digitale”, dunque, avente come oggetto del contratto beni e servizi digitali, sembra che anche in questo caso la legislazione “classica” sia in grado di assicurare le opportune regole e tutele. Chiarito ciò, sul punto, sembra che i principali rischi riguardino i dati personali messi a disposizione delle parti con la finalità di concludere il contratto³¹, ma anche da questo punto di vista non risulta difficile sussumere queste forme di scambio al di sotto delle categorie contrattuali immaginando beni e servizi digitali che vengono ceduti in cambio dei dati personali; in tal modo, vale a dire dando un valore “reale” ai dati ceduti dall’ipotetico cliente si andrebbe a superare il rischio della gratuità dello scambio che potrebbe derivare dalla mancanza di un oggetto del contratto concretamente individuabile³², così come riportato dall’art. 135-octies, D.Lgs. 4 novembre 2021 n. 173, secondo cui si parla di contratto sia nel caso in cui “*l’operatore economico fornisce, o si impegna a fornire, contenuto digitale o un servizio digitale al consumatore e il consumatore corrisponde un prezzo o si impegna a corrispondere un prezzo*”, sia nel “*caso in cui l’operatore economico fornisce o si impegna a fornire contenuto digitale o un servizio digitale al consumatore e il consumatore fornisce o si impegna a fornire dati personali all’operatore economico*”. Ne deriva che bisognerà comprendere le modalità per intersecare e far interagire al meglio la disciplina del

direttiva 2000/31/CE sul commercio elettronico, in Contratti, 2003, 1062 ss.; Ricciuto, *La formazione del contratto telematico e la tutela del consumatore*, in AA.VV., *Il contratto telematico e i pagamenti elettronici. L’esperienza italiana e spagnola a confronto*, Giuffrè, 2004, 9 ss., e VALONGO, *La conclusione del contratto mediante esecuzione nella contrattazione informatica*, in Vita not., 2004, 1285.

³¹ Per tutti BRAVO, *Il commercio elettronico dei dati personali*, in PASQUINO, A. RIZZO e TESCARO (a cura di), *Questioni attuali in tema di commercio elettronico*, Esi, 2020, 85, nt. 6.

³² Z. ZENCOVICH e RESTA, *Volontà e consenso nella fruizione dei servizi in rete*, in Riv. trim. dir. proc. civ., 2018, 411 ss. V. inoltre SPEZIALE, *L’ingresso dei dati personali nella prospettiva causale dello scambio: i modelli contrattuali di circolazione*, in Contr. e impr., 2021, 613 e ADDANTE, *L’accesso ai dati personali quale corrispettivo di contenuti e servizi digitali*, in CUOCCI, LOPS e motti (a cura di), op. cit., 397 ss.

contratto con quella relativa alla tutela e alla circolazione dei dati personali³³.

Ad ogni modo, basandoci sull'analisi delle prime due fasi, si potrebbe affermare che l'ordinamento giuridico attuale risponde abbastanza prontamente a quelle che sono le nuove istanze presentate dalla digitalizzazione.

Un discorso un po' diverso, invece, riguarda la terza e ultima fase, quella del c.d. contratto algoritmico.

Questa è la fase dove la digitalizzazione ha lasciato un'impronta più marcata, in particolar modo, con riferimento alla necessità di dover intervenire sull'attuale legislazione. Infatti, questo è il caso in cui le parti scelgono di regolare il loro rapporto tramite un algoritmo, lasciando allo stesso finanche il perfezionamento dello stesso. Da qui si è cominciato a ipotizzare il problema della "*riduzione di autonomia privata in termini di possibilità di non adempimento*"³⁴.

È proprio da qui che si sono iniziate a elaborare tutte quelle teorie che fanno riferimento alla disumanizzazione dovuta alla transizione digitale, con lo "*smart contract*" come qualcosa di diverso e, di conseguenza, di non assimilabile al contratto tradizionale, tanto da arrivare a parlare di "*beginning of the end of the classic contract law*"³⁵.

Da una prima analisi di questa ricostruzione, sembra che il contratto digitale risulti essere il punto di non ritorno dell'evoluzione tecnologica in ambito giuridico dal momento che si andrebbe a finalizzare nella totale spersonalizzazione della volontà umana nel perfezionamento di un contratto.

³³ C. IRTI, op. cit., *passim*, e spec. 57 s., per la quale riconoscere che i dati personali possono formare oggetto di sfruttamento economico, non equivale a negarne la natura di più tradizionali diritti della personalità, bensì porta a ragionare sui concreti limiti di liceità di tale sfruttamento entro i confini previsti dalle norme che tutelano la personalità, ed è altresì utile a ricondurre tali scambi nell'area del contratto, passaggio «funzionale a estendere loro quella disciplina, ormai spiccatamente multilivello, pensata "per riequilibrare rapporti fisiologicamente fondati su una strutturale disparità di potere"».

³⁴ BATTELLI e INCUTTI, *Gli smart contracts nel diritto bancario tra esigenze di tutela e innovativi profili di applicazione*, in *Contr. e impr.*, 2019, 929. Di crisi del "dogma della volontà", collegata alla sempre maggiore oggettivizzazione e standardizzazione del contratto, discorre RAMPONE, *Smart Contract: né smart, né contract*, in *Riv. dir. priv.*, 2020, 258.

³⁵ SAVELYEV, *Contract Law 2.0: "Smart" contracts as the beginning of the end of classic contract law*, in 26 *Information and Communication Technology Law*, 2017, 116 ss.

In primo luogo, bisogna chiarire che quando si parla di *smart contract* non si fa semplicemente riferimento al contratto, ma questi possono essere anche semplici atti esecutivi di un contratto già presente a monte³⁶. Al di là però della diversa qualificazione di questa categoria, ciò che rileva è che anche in questi casi non si assiste alla scomparsa della volontà delle parti, infatti, questa – seppur nelle configurazioni più diverse – si pone sempre alla base di quella che è l’operazione compiuta dall’algoritmo contrattuale, e se vi è manifestazione di volontà allora avremo un contratto; poi sarà il legislatore o, meglio, l’interprete a individuare le modalità e le forme con cui essa è stata manifestata.

Dunque, dal punto di vista della forma, si ritiene che anche gli *smart contracts* possano essere inquadrati nelle categorizzazioni già esistenti.

Chiarite le questioni relative alla forma dei contratti digitali della terza fase, bisogna ora soffermarsi sulla questione relativa all’individuazione dell’oggetto di questi contratti. In particolare, si fa riferimento alla mancanza di un oggetto determinato o determinabile in luogo di un “protocollo informatico”³⁷ atto a prendere delle decisioni in luogo delle parti in maniera che potrebbe essere definita asettica, scollata da quelle che potremmo definire come “esigenze reali”.

D’altra parte, però, è stato rappresentato che gli automatismi derivanti dalle scelte determinate sulla base di protocolli informatici non si sottraggono a causa della loro natura alle diverse discipline codicistiche, infatti, rispetto a tali critiche sono state mosse delle osservazioni con riferimento ad alcuni casi da cui si potrebbe evincere la

³⁶ G. FINOCCHIARO, *Il contratto nell’era dell’intelligenza artificiale*, cit., 443. Analoghe perplessità esprimono JANSSEN e F.P. PATTI, *Demistificare gli smart contracts*, in ODCC, 2020, 40, i quali evidenziano come solo in alcuni casi (forse destinati ad ampliarsi nelle applicazioni future, in cui ad es. la piattaforma su cui opera- no gli *smart contracts* dovesse essere utilizzata per reperire con- traenti prima non conosciuti e concludere il contratto, che verrà poi eseguito autonomamente), gli *smart contracts* possano essere considerati contratti in senso tecnico.

³⁷ G. FINOCCHIARO, *Il contratto nell’era dell’intelligenza artificiale*, cit., 455 s., «preso atto che esistono algoritmi i quali sono in grado di apprendere in modo autonomo e di prendere decisioni senza che le relazioni causa-effetto siano necessaria- mente comprese dall’uomo, (...) [l]’oggetto del contratto in questo caso (...) è determinabile, ma non sempre prevedibile, sulla base di criteri e di parametri che in taluni casi non consentono una rap- presentazione anticipata» ossia «una pre-comprensione».

non applicabilità delle regole generali ai contratti digitali: a) impossibilità di non adempiere: non risulta una critica fondata dal momento che l'adempimento risulta di per sé un atto dovuto³⁸; b) inapplicabilità del diritto imperativo: il contratto digitale però si rapporta solo come veste esterna di una regola che di per sé è sottoposta alla legislazione che la riguarda; c) natura egualitaria dei contratti digitali: tale teoria fonda le sue basi sul fatto che le parti che stipulano un contratto digitale sono poste sulla stessa base in una sorta di totale simmetria contrattuale; ciò però non è in linea con quanto prevedibile in materia di contrattazione digitale, dal momento che risulta chiaro come una contrattazione digitale possa avvenire sulla base di una negoziazione individuale per cui una delle due parti potrà solamente scegliere o meno di perfezionare il contratto con la sua accettazione.

Di conseguenza, seppur con maggiore difficoltà, si ritiene come anche in questo caso le categorie contrattuali preesistenti sembrino, con i dovuti accorgimenti e correttivi, idonee a sostenere le nuove fattispecie proposte dalla transizione digitale.

Rimane fuor di dubbio il fatto che il legislatore deve costantemente condurre valutazioni utili a comprendere se in determinati casi risulti necessario un intervento *ad hoc*.

In questo secondo caso, si ritiene opportuno che le scelte legislative abbiano una natura “tecnologicamente neutra”, utile a reggere il confronto con l'irrefrenabile incedere dell'evoluzione tecnologica.

Altro aspetto che non bisognerà tralasciare è quello relativo al fatto che qualunque soluzione possa essere individuata dal legislatore, sarà necessario sempre tener al

³⁸ G. FINOCCHIARO, *Il contratto nell'era dell'intelligenza artificiale*, cit., 458, per la quale il problema è invece correttamente posto «se si imposta in termini di scelta relativa, per esempio, all'obbligazione alla quale adempiere, ponendosi un'alternativa fra due obbligazioni che, nel caso concreto, non possano essere entrambe adempiute. In questo caso la scelta relativa all'adempimento potrebbe essere automatica e così sfuggire alla volontà del debitore». Osserva A.M. BENEDETTI, *Contratto, algoritmi*, cit., 421, che «sul versante dell'esecuzione o, perfino, su quello della determinazione del contenuto del contratto, l'esigenza di un controllo si riduce, o viene meno del tutto: l'affare e le sue esigenze, qui, prendono il sopravvento, e, anzi, l'automazione riduce, se non azzerà, rischi e costi ai quali vanno incontro le parti di contratti non automatizzati (in certi casi, l'algoritmo può perfino eliminare la possibilità tecnica di un “inadempimento”, blindando l'esecuzione del contratto e ponendo così una prospettiva davvero nuova, anche dal punto di vista rimediale)».

centro la volontà dei contraenti che dovrà essere sempre alla base di qualunque applicazione digitale delle regole contrattuali, scongiurando in ogni modo qualunque forma di “asimmetria tecnologica”³⁹.

Infine, proponendo una lettura in chiave maggiormente propositiva dell’incedere della tecnologia nel mondo del diritto, si ritiene che la stessa non dovrebbe essere letta come punto di non ritorno di un processo di sostituzione della volontà “reale”; dunque, l’idea di una tecnologia che si affianca alle parti, non che le sostituisca; tanto più, si ritiene che le potenzialità degli algoritmi digitali potrebbero diventare uno strumento a disposizione delle parti per personalizzare al meglio il contratto, in totale controtendenza rispetto all’idea di standardizzazione e disumanizzazione che viene visto come termine ultimo dell’evoluzione digitale in ambito contrattuale.

1.5 Il processo di formazione della volontà: dal 1942 al contratto telematico

Uno dei primi aspetti di cui bisognerà tener conto per comprendere l’evoluzione e immaginare delle possibili alternative è quello dell’inquadramento degli interessi all’interno del panorama di fattispecie che si sono aggiunte allo scenario attuale.

Secondo questa impostazione, ciò che rileva in primo luogo è l’analisi di queste nuove forme di “tipicità” e del cambiamento del valore del concetto formazione della volontà al momento della conclusione del contratto⁴⁰. Difatti, se prima per la conclusione del contratto erano previste esclusivamente determinate forme – più o

³⁹ Su questo secondo asse di indagine si incentra la riflessione di FEDERICO, op. cit., 493, secondo cui l’utilizzazione dei programmi di intelligenza artificiale «esige una riformulazione del problema della giustizia contrattuale, *rectius* equilibrio contrattuale». Opportunamente sottolineano BARGELLI e CALDERAI, *A contract law for the age of digital platforms? An introduction*, in EAED. (a cura di), *A contract law for the age of digital platforms?*, Pacini, 2021, 11, come in particolare le condizioni in cui operano le piattaforme digitali «raise concerns of asymmetry, dependence, and uncertainty that affect all users, regardless of whether they are consumers, suppliers or prosumers».

⁴⁰ C.M. BIANCA, *Diritto civile*, 3, *Il contratto*, Milano, 2000, p. 43; ID., *Acontrattualità dei contratti di massa?*, in *Vita not.*, 2001, p. 1120; A. SCIALOJA, *L’offerta a persona indeterminata ed il contratto concluso mediante automatico*, cit., p. 251.

meno “gravi” – utili a far comprendere agli interessati la scelta che si stavano trovando a compiere, adesso è possibile esprimere la propria volontà tramite la forma del “*point and click*”⁴¹.

Tornando all’analisi del concetto di conclusione del contratto non si può far a meno di notare che il legislatore del 1942 se da un lato ha proposto lo schema proposta-accettazione, dall’altro ha cercato di creare degli schemi utili sia a seguire le diverse esigenze della contrattazione sia a prevedere opportune tutele all’interno della contrattazione di massa⁴²; in questo secondo caso non si può far a meno di notare la capacità del legislatore nel prevedere delle tecniche standard di conclusione del contratto senza dimenticare di prevedere delle opportune tutele per il c.d. soggetto debole dell’accordo, che in questi casi si trova di fronte a contratti “prendere o lasciare”.

Già in questa prima forma di differenziazione di conclusione del contratto si può intravedere come l’avvento della produzione di massa abbia portato il legislatore a leggere gli istituti alla luce di una produzione di beni e servizi seriale e standardizzata⁴³. Tali previsioni sono dovute al fatto che la realtà attuale richiede una forte capacità di accelerazione per una rapida conclusione degli affari⁴⁴.

Se già a partire dal 1942 il legislatore aveva deciso di prevedere delle tecniche di conclusione del contratto utili a fronteggiare potenzialmente un eventuale cambiamento delle logiche di mercato, nell’epoca attuale ci troviamo di fronte alle logiche dell’*e-commerce* che sono diventate la forma più diffusa di conclusione del

⁴¹ Espressione coniata da V. FRANCESCHELLI, *Computer e diritto*, Rimini, 1989, p. 165 ss. «Nelle forme di negoziazione c.dd. point and click nelle quali la trasmissione di volontà non avviene, sia pure informaticamente, tramite lo scambio di dichiarazioni di volontà, ma tramite la partecipazione ad un complesso meccanismo di formazione nel quale ultimo atto pare essere la pressione del tasto negoziale virtuale», così A.C. NAZZARO, *Riflessioni sulla conclusione del contratto telematico*, in *Inf. dir.*, 2010, p. 10.

⁴² Secondo AND. GENOVESE, *La crisi della disciplina del contratto standard*, in *Contr. impr.*, 2019, p. 1156 ss., «un competente legislatore nazionale, pienamente consapevole delle dinamiche del mercato, approfittava della codificazione del Quarantadue, per introdurre, di fatto per primo in Europa, una disciplina che, nel riconoscere quanto stava accadendo nella prassi, appariva al tempo davvero rivoluzionaria: la regolamentazione delle condizioni generali di contratto e dei moduli e formulari (artt. 1341, 1342 e 1370 c.c.), in breve, del contratto standard».

⁴³ A. PLAIA, *Profili evolutivi della tutela contrattuale*, in *Eur. dir. priv.*, 2018, p. 69 ss.

⁴⁴ *Relazione del Ministro Guardasigilli al codice civile*, n. 612, consultabile in consiglionazionaleforense.it.

contratto, vale a dire delle transazioni commerciali aventi ad oggetto beni o servizi che si instaurano fra soggetti tramite l'utilizzo di strumenti informatici e telematici⁴⁵.

Pertanto, risulta fondamentale adesso comprendere le dinamiche e le regole che si pongono alla base della conclusione del contratto telematico alla luce di quelle che sono le regole generali del contratto⁴⁶; inoltre, da tale riflessione non potrà che discenderne una successiva, utile a comprendere se tali forme di conclusione del contratto possano essere idonee a sostituire in tutto, o solo in parte, le forme di manifestazione del consenso tradizionali.

Idealisticamente, queste due possibilità, per quanto considerate come alternative, potrebbero essere destinate a coesistere perché se da un lato la contrattazione *online* è diventato lo strumento più efficace e *smart* per procedere alla conclusione del contratto, dall'altro, non si potrà far a meno di abbandonare definitivamente tutte le forme essenziali della contrattazione tradizionale, utili a salvaguardare la conclusione del contratto stesso⁴⁷.

La contrattazione *online* – come sopra già anticipato – segue le logiche del “*point and click*”⁴⁸ secondo cui l'espressione della volontà si manifesta non tramite la forma tipica proposta-accettazione, ma semplicemente tramite un tasto. La prima fondamentale differenza che non si può far a meno di notare da questa analisi è il venir meno di un rapporto diretto tra le parti, di un accordo “reale” tra le parti. A riguardo, si ritiene si possa utilizzare felicemente l'espressione che ha definito tali fattispecie come degli “scambi senza accordo”⁴⁹, dunque un accordo non più fondato su un dialogo, ma su un fare, e secondo lo stesso approccio si potrebbe arrivare a parlare di “*reciprocità di un fare, non di un logos*”⁵⁰.

Chiarito ciò, però, bisogna comprendere se una tale ricostruzione, per cui gli unici

⁴⁵ P. PERLINGIERI, *Le nuove tecnologie e il contratto*, in D. Valentino (a cura di), *Manuale di diritto dell'informatica*, Napoli, 2004, p. 11.

⁴⁶ R. FAVALE, *La conclusione del contratto telematico*, in *Giur. mer.*, 2013, p. 2553 ss.

⁴⁷ G. OPPO, *Disumanizzazione del contratto?*, in *Riv. dir. civ.*, 1998, I, p. 525 ss.

⁴⁸ V. nota n. 25.

⁴⁹ N. IRTI, *Scambi senza accordo*, cit., p. 347 ss.; ID., *Lo scambio dei foulards (replica semiseria al prof. Bianca)*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2000, p. 601 ss.

⁵⁰ N. IRTI, *Scambi senza accordo*, cit., p. 358.

contatti fra le parti sarebbero delle dichiarazioni volte ad accettare o rifiutare determinate condizioni già prestabilite, risulti coerente con la realtà che viviamo; ciò, portato all'estreme conseguenze, produrrebbe una vera e propria forma di disumanizzazione dell'accordo⁵¹; oppure, se il contratto digitale, anche tramite tutte le nuove previsioni legate alla transizione digitale, possa comunque garantire un rapporto tra le parti mantenendo alla base dell'accordo ancora il "*logos*".

Secondo la suesposta ricostruzione che parrebbe allontanarsi dagli schemi "tipici" potrebbe sembrare che con l'avanzare delle nuove tecnologie si stia andando ad affievolire il nucleo centrale del contratto, il dialogo delle parti finalizzato al raggiungimento di un accordo⁵²; d'altra parte, però non si può prescindere dall'evidenziare che tutte le diverse forme di accordo – reali e virtuali – basano la loro validità ed esistenza sul rispetto di tutte le norme codicistiche volte ad assicurare un'adequata tutela ad ogni forma di scambio.

Dunque, chiarito che non si può procedere ragionando secondo schemi precisi e definiti, bisogna comprendere come potrebbe essere possibile un'interpolazione delle nozioni classiche nel nuovo mondo digitale. Difatti, ormai gli scambi commerciali – e non solo – si muovono tramite una formazione digitale della volontà e un tale scenario

⁵¹ G. OPPO, *Disumanizzazione del contratto?*, cit., p. 529, che osserva come Irti, invece, fa notare che «la parte, che adotta moduli e formulari, rifiuta e nega il dialogo: non fa e non riceve domande, non dà e non attende risposte: o, meglio, fa un'unica domanda e attende un'unica risposta. Essa ha già esaurito la propria dimensione comunicativa, ma, appunto in un'espressione che consuma e annulla il dialogo. L'aderire non è un risultato dialogico ma, – come rivela l'etimo latino – ma soltanto un "rimanere attaccati", un'impossibilità di sciogliersi, un'irreversibilità dell'accaduto».

⁵² Osserva C. CAMARDI, *Gli accordi telematici: un nuovo modello di scambio*, in V. Ricciuto e N. Zorzi (a cura di), *Il contratto telematico*, in *Tratt. dir. comm. dir. pubb. econ.*, diretto da F. Galgano, XXVII, Padova, 2002, p. 14, che «da modello neutro disponibile ad accogliere le più semplici come le più sofisticate negoziazioni patrimoniali, il contratto delle reti telematiche appare sempre più come un atto governato da una procedura standardizzata irreversibile, decontestualizzato rispetto al tempo e allo spazio. Un atto non importa bilaterale o combinazione di due atti unilaterali, comunque lontano da quel concetto di negozio che ha fin qui nutrito le riflessioni del civilista e del teorico del diritto». N. IRTI, *Scambi senza accordo*, cit., p. 360, indica lo scambio telematico come il momento che segna «il declino dell'accordo – derivante dalla crisi della parola e del dialogo – dissolve il contratto nella combinazione di due atti unilaterali. [...] Le parti dello scambio assumono decisioni che nascono e restano separate: esse non si fondono né disperdono nella sintesi dell'accordo».

di “oggettivazione dei rapporti negoziali”⁵³ non poteva mai essere ipotizzabile al momento della codificazione.

Questo cambio di rotta verso una transizione digitale⁵⁴, se da un lato è stato dovuto all’avanzare progressivo e – negli ultimi anni – sempre più repentino delle nuove tecnologie, dall’altro ha mostrato come la tecnologia riesca a rendere maggiormente funzionali gli scambi⁵⁵.

Nel tentativo di conciliare questi due aspetti sono stati fatti vari tentativi.

Per esempio, alcuni autori hanno ritenuto di provare a incasellare la contrattazione telematica all’interno della fase delle trattative contrattuali, dal momento che lo schema proposta-accettazione ex art. 1326 c.c. risulta difficilmente applicabile alla categoria dei contratti digitali⁵⁶. Diversamente, è stato ipotizzato che le contrattazioni digitali possano rientrare nella macrocategoria prevista dall’art. 1327 c.c. per cui figurerebbero come una conclusione del contratto per inizio dell’esecuzione dello stesso⁵⁷. Ancora, vi è stato chi ha parlato di “schema di conclusione leggero” del

⁵³ Per A. STAZIO, *Automazione contrattuale e “contratti intelligenti”. Gli smart contracts nel diritto comparato*, Torino, 2019, p. 45, «l’accordo appare tuttora elemento essenziale del contratto che si forma attraverso le diverse tecniche apprestate dall’ordinamento, sia pure attraverso tecnologie e dinamiche innovative e con connotati e limiti peculiari».

⁵⁴ Si veda, per un quadro generale: A. GEMMA, *L’accordo telematico*, in R. CLARIZIA (a cura di), *I contratti informatici*, in *Tratt. dir. contr.*, diretto da P. Rescigno e E. Gabrielli, Torino, 2007, p. 237 ss.; S. GIOVA, *La conclusione del contratto via Internet*, Napoli, 2000, p. 57 ss.; A.M. GAMBINO, *L’accordo telematico*, Milano, 1997, p. 1 ss.; R. TARICCO, *Volontà e accordo nella contrattazione telematica*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2003, II, p. 201; E. RUGGIERO, *Il contratto telematico*, Napoli, 2003, p. 36; G. PERLINGIERI, *Le nuove tecnologie e il contratto*, in D. Valentino (a cura di), *Manuale di diritto dell’informatica*, Napoli, 2004, p. 11.

⁵⁵ Secondo A. VALONGO, *La conclusione del contratto mediante esecuzione nella contrattazione informatica*, cit., p. 1285, «il contratto telematico non è caratterizzato da una formazione atipica, in quanto il principio consensualistico non risulta affatto superato. Le dichiarazioni informatiche si inquadrano nelle categorie conosciute dal codice civile (proposta, accettazione, rinuncia, revoca, ecc.) e la loro efficacia è quella propria di questi atti. La novità, dunque, non concerne la sostanza, ma soltanto la forma del negozio giuridico».

⁵⁶ Secondo A.C. NAZZARO, *Riflessioni sulla conclusione del contratto telematico*, cit., p. 14, «spesso il predisponente offre la possibilità di effettuare scelte tra opzioni differenti, scelte guidate telematicamente mediante la compilazione del modulo di adesione. Questo porterebbe a definire “condizioni e preventivi personalizzati»; M. PENNASILICO, *La conclusione dei contratti online tra continuità e innovazione*, in *Dir. inform.*, 2004, p. 805 ss.

⁵⁷ Per E. DAMIANI, *Note in tema di conclusione del contratto mediante sistemi automatici (spunti per una rilettura della tesi di Antonio Cicu)*, cit., p. 758, la questione circa l’applicabilità dell’art. 1327 al contratto

contratto, secondo cui, al momento del *click* volto alla conclusione del contratto, l'invio delle credenziali della carta di credito possa in qualche modo essere considerato già come un principio di esecuzione del contratto⁵⁸. Infine, la costruzione giuridica che maggiormente viene considerata per catalogare all'interno degli schemi contrattuali del 1942 il contratto digitale è quella previsto dall'art. 1336 c.c., vale a dire l'offerta al pubblico che, per essere considerata valida, dovrà prevedere una proposta fatta con l'intento di vincolarsi e un'accettazione che non preveda un soggetto già individuato, per cui dovrà risultare indifferente, ai fini della conclusione del contratto, l'identità dell'accettante; dunque, una proposta utile al fine di vincolarsi e un'accettazione potenzialmente ascrivibile a qualunque soggetto⁵⁹.

Ad ogni modo, al di là delle ricostruzioni proposte, si rappresenta che la legislazione europea ha ritenuto applicabile le norme del Codice civile in materia di contratto all'e-commerce⁶⁰, ovviamente, specificando che nell'applicazione delle stesse bisognerà di volta in volta tener conto delle caratteristiche di ogni accordo telematico⁶¹.

Riassumendo, da questa breve analisi si evince che sono previste due macro-linee di pensiero sul tema: da un lato chi ritiene che si vada verso un'oggettivazione del contratto, dall'altro chi considera di poter inserire queste nuove dinamiche all'interno delle tradizionali forme sinallagmatiche.

telematico «è molto controversa, ma sembra da ultimo che si sia affermato l'orientamento che ammette l'applicazione di tale procedimento anche al contratto *on line*».

⁵⁸ 65 A.M. BENEDETTI, *Autonomia privata procedimentale. La formazione del contratto tra legge e volontà delle parti*, cit., p. 74 ss.

⁵⁹ A. CICU, *Gli automi nel diritto privato*, cit., p. 16.

⁶⁰ In ossequio all'art. 13 comma 1, del d.lgs. 9 aprile 2003, n. 70, attuativo della Direttiva 2000/31/CE, gli schemi della conclusione del contratto debbono essere ricondotti entro le regole civilistiche di diritto interno. F. DELFINI, *Il d.lgs. 70/2003 di attuazione della direttiva 2000/31/CE sul commercio elettronico*, in *Contratti*, 2003, p. 1062 ss. In senso adesivo, A.C. NAZZARO, *Riflessioni sulla conclusione del contratto telematico*, cit., p. 13, che pur riconoscendo, alla luce del dato legale, l'applicabilità alla contrattazione telematica delle norme del codice civile, fa notare che «il legislatore, tuttavia, non ha affrontato il problema della definizione del momento di perfezionamento dell'accordo».

⁶¹ R. FAVALE, *La conclusione del contratto telematico*, cit., p. 2660, secondo cui «le norme contenute negli artt. 12 e 13 del d.lg. n. 70 del 2003 risultano importanti per la conclusione del contratto telematico, perché riguardano la fase informativa che precede la stipula del contratto nonché il momento delicato dell'inoltro dell'ordine mediante internet».

Sul punto, ritengo di condividere il pensiero di parte della dottrina secondo cui: *“Il contratto conserva pur sempre il suo significato, e la sola ipotesi di una sua scomparsa dai fondamentali rapporti della vita associata avrebbe il significato di rinuncia a considerare la libertà alla base dei rapporti umani. La volontà dei soggetti, che si ritrova a giustificazione e quindi – direttamente o indirettamente – all’origine delle continue trasformazioni dei rapporti, nell’uno e nell’altro polo, ha sempre un significato essenziale”*⁶². Secondo questa analisi, si rappresenta che, al di là della transizione digitale in atto, la volontà delle parti contraenti continuerà a svolgere un ruolo fondamentale nella conclusione del contratto, continuerà a rendere unico il potenziale accordo fra le stesse.

Dunque, non si potrà considerare i contratti telematici come delle categorie a sé stanti, perché ritenuti carenti dal punto di vista della manifestazione di volontà dalle parti⁶³, ma invece si potrà parlare di diverse tecniche di assunzione delle decisioni.

Pertanto, proprio in virtù di ciò bisognerà continuare a condurre un’indagine con l’obiettivo di una riconduzione dei nuovi schemi contrattuali all’interno del sistema giuridico già a nostra disposizione, evitando il rischio di trovarsi nel circolo vizioso di una creazione e successiva abrogazione di una normativa nata per fattispecie nuove che però vengono soppiantate da ulteriori che nascono con cadenza ormai quasi incalzante.

Ci si è già ampiamente soffermati sul tema del ridimensionamento del diritto a seguito dell’evoluzione digitale; ora, si ritiene opportuno spostare il nostro *focus* sulle conseguenze di ciò, e, ancor di più, sul nuovo modo di esercitare attività d’impresa basandosi su nuove forme di regolamentazione dello scambio. In particolare, si fa

⁶² A. TRABUCCHI, *Il contratto come fatto giuridico. L’accordo. L’impegno*, in *Sillogi in onore di Giorgio Oppo, I, Profili generali*, Padova, 1992.

⁶³ G. OPPO, *Disumanizzazione del contratto?*, cit., p. 527, nella replica a Natalino Irti, osserva che «un qualche dialogo, certo non qualificante ma neanche irrilevante e meno che mai “sperpero irrazionale” può esservi anche negli scambi che consideriamo: [...]anche un qualche dialogo con il predisponente i messaggi telematici (non, come pure si è detto, “con il calcolatore”) attraverso richieste (e risposte) informatiche su qualità, prezzi, specie delle merci offerte».

riferimento a tutte quelle operazioni concluse *online* che non prevedono più indefettibilmente la presenza di soggetti agenti umani, ma l'utilizzo dei “*bot*”, utili a rendere completamente automatizzate le dinamiche di elaborazione e accettazione degli ordini *online*⁶⁴.

Non si può negare che tali meccanismi abbiano offerto maggiori soluzioni e, soprattutto, semplificazioni, nel quotidiano, ma nondimeno sono state di rilievo anche le problematiche riscontrate, in primis, la concentrazione del momento in cui si crea un bisogno e l'effettivo soddisfacimento di questo bisogno, aumentando in maniera sostanziale i rischi derivanti dalla “scarsa riflessività del soggetto acquirente”, che si ritrova coinvolto in varie sollecitazioni volti a creare una necessità da poter soddisfare in un breve termine.

Un tale contesto però non è solo caratterizzato dall'assenza delle parti, ma, oltre a ciò, assistiamo, da un lato, al fatto che la conclusione degli acquisti risulta immediata e, dall'altro, al totale annullamento dell'ambito spaziale, il che causa non poche problematiche a livello di tutela dei soggetti agenti.

Proprio per tal motivo la dottrina giuridica in primis e, successivamente, il legislatore si sono dovuti confrontare con i nuovi temi posti da questa nuova forma di contrattazione virtuale al fine di comprendere le modalità con cui queste vadano a intersecarsi con la legislazione generale vigente.

Come già rappresentato nei paragrafi precedenti, sono entrati a far parte del mondo contrattuale i contratti virtuali (contratto telematico o elettronico).

Il contratto telematico è un accordo mediante il quale le parti dichiarano a loro volontà di concludere un contratto attraverso mezzi informatici collegati tra loro attraverso la rete di *Internet*⁶⁵ avente ad oggetto un bene materiale o un servizio

⁶⁴ M. MAGGIORE e A. ASSENZA, *I contratti online*, Capitolo primo, pp. 3-22.

⁶⁵ Sul punto, per una visione d'insieme, si rinvia a E. Tosi, *Contratti informatici, telematici e virtuali. Nuove forme e procedimenti formativi*, Milano, 2020; F. Delfini, *Forma digitale, contratto e commercio elettronico*, Milano, 2020. Si rinvia, ancora, sul punto, a G. Perlingieri, F. Lazzarelli, *L'incidenza della telematica sulla formazione dell'accordo. La discussa configurabilità delle trattative precontrattuali nei contratti standard (o di massa)*, in D. Valentino (a cura di), *Manuale di diritto dell'informatica*, Napoli, 2016, 281-286; G. Perlingieri, *Il contratto telematico*, in D. Valentino (a cura di), *Manuale di diritto dell'informatica*, Napoli, 2010, 274 e ss.; V. Cuffaro, *La responsabilità precontrattuale nella contrattazione telematica*, in V. Ricciuto

tradizionale o, ancora, un bene o un servizio digitale.

Ulteriore tema che già fra le righe è stato menzionato è quello relativo all'annullamento dei rapporti fra le parti; conseguentemente, diventa fondamentale prevedere delle forme di garanzia per tutti i possibili vuoti di tutela derivanti da tali fattispecie.

Nello specifico, si fa riferimento a quel concetto di asimmetria informativa che rintraccia la categoria dei contratti *business-to-consumer* (c.d. B2C), laddove il consumatore si ritrova nella condizione di accettare in blocco o rifiutare (*take it or leave it*) le condizioni del contratto virtuale messo a disposizione dal professionista.

Proprio da ciò deriva una nuova categorizzazione basata sulla qualifica dei soggetti contraenti nel mercato virtuale; infatti, oltre ai c.d. contratti B2C, è possibile che l'e-commerce trovi come soggetti agenti o due professionisti (B2B) o due consumatori (C2C) e in base alla diversa qualifica dei soggetti agenti l'ordinamento si atteggerà in maniera diversa per applicare dei diversi livelli di tutela utili ad assicurare il corretto svolgimento delle trattative e della conclusione del contratto. In entrambi i casi, per esempio, sarà applicabile la disciplina prevista dal "Decreto E-Commerce" con particolare riferimento alla trasparenza normativa dei contratti conclusi tramite piattaforme *online* destinate alla contrattazione di massa; d'altra parte, nelle sole ipotesi di contratti B2C troverà applicazione la disciplina prevista dal Codice del Consumo, oltre alla disciplina generale del Codice civile.

Inoltre, per trovare un bilanciamento tra la figura del consumatore e del professionista sono stati previsti specifici obblighi informativi in capo al professionista, il quale dovrà comunicarli al consumatore prima della creazione del vincolo contrattuale⁶⁶.

e N. Zorzi (a cura di), *Il contratto telematico*, Padova, 2002; Id., *Nuovi diritti per i consumatori: note a margine del D.Lgs. 21 febbraio 2014, n. 21*, in *Corriere giuridico*, 2014, 745 ss.

⁶⁶ Ciò anche in ossequio a quanto previsto in tema di pratiche commerciali sleali, in virtù del quale sono vietate le omissioni ingannevoli, ossia le pratiche commerciali che omettono o presentano in modo oscuro, incomprensibile, ambiguo o intempestivo le "informazioni rilevanti di cui il consumatore medio ha bisogno [...] per prendere una decisione consapevole di natura commerciale" quando tale pratica induca il consumatore medio ad assumere una decisione di natura commerciale che non avrebbe altrimenti preso (cfr. art. 22 del Cod. Cons.). A questo riguardo, la Commissione europea negli "Orientamenti

Questi obblighi informativi non dovranno essere una mera elencazione, ma dovranno essere a riempimento del principio di trasparenza sostanziale necessario al corretto svolgimento sia delle fasi precontrattuali sia della conclusione del contratto e fra questi si ricordano: l'identità del professionista, l'individuazione delle prestazioni, la regolamentazione del recesso, la descrizione funzionale dei prodotti digitali, la disciplina del rapporto.

Una tale costruzione di questi obblighi di informazione deriva da una lettura combinata di quelle che sono le norme del Codice del Consumo (art. 49) e del Decreto *E-Commerce* che si integrano vicendevolmente al fine di assicurare una migliore tutela al consumatore.

A conclusione, tenendo sempre ben presente la differenza fra violazione di regole di validità e regole di condotta in materia di obblighi di informazione⁶⁷, va chiarito che un'eventuale violazione degli stessi in questo caso non comporterà l'invalidità del contratto, ma rileverà giuridicamente come un inadempimento grave del professionista, il quale sarà soggetto ad un'azione di risoluzione e risarcimento del danno da parte del consumatore⁶⁸.

sull'interpretazione e sull'applicazione della direttiva 2011/83/UE del Parlamento europeo e del Consiglio sui diritti dei consumatori (2021/C 525/01) ha precisato che "Non è sufficiente fornire le informazioni precontrattuali obbligatorie solo nell'ambito delle condizioni generali che il consumatore può dover accettare prima di passare al processo di transazione. L'obbligo di fornire informazioni in "modo chiaro e comprensibile" implica che le singole informazioni obbligatorie siano portate all'attenzione del consumatore".

⁶⁷ A. MUSIO, *La violazione degli obblighi di informazione tra regole di validità e regole di correttezza, Comparazione e diritto civile*, www.comparazionedirittocivile.it.

⁶⁸ A. ALBANESE, «Regole di condotta e regole di validità nell'attività di intermediazione finanziaria: quale tutela per gli investitori delusi?», in *Corr. giur.*, 2008; R. SACCO, in R. SACCO - G. DE NOVA, *Il contratto*, in *Tratt. dir. civ.* diretto da R. Sacco, 3^a ed., Torino, 2004, p. 244; E. SCODITTI, *La violazione delle regole di comportamento dell'intermediario finanziario e le sezioni unite*; in *Giust. civ.*, 2008, p. 1175, con nota di G. NAPPI, *Le sezioni unite su regole di validità, regole di comportamento e doveri informativi*; in *Giust. civ.*, 2008, p. 2775, con nota di T. FEBBRAJO, *Violazione delle regole di comportamento nell'intermediazione finanziaria e nullità del contratto: la decisione delle sezioni unite*; in *Resp. civ. e prev.*, 2008, p. 547, con nota di F. GRECO, *Intermediazione finanziaria: violazione di regole comportamentali e tutela secondo le Sezioni Unite*; in *Giur. comm.*, 2008, p. 344, con nota di G. GOBBO, *Le sanzioni applicabili alla violazione delle regole di condotta in tema di investimenti mobiliari: la prima pronuncia nomofilattica su nullità e responsabilità contrattuale*.

Chiariti i contorni dell'ambito in cui si articola il contratto *online* bisogna ora comprendere le modalità secondo cui si può definire validamente concluso questo genere di contratto e, dunque, comprendere quando un contratto *online* possa ritenersi efficace.

Il Decreto *E-Commerce* stabilisce che *“Le norme sulla conclusione dei contratti si applicano anche nei casi in cui il destinatario di un bene o di un servizio della società dell'informazione inoltri il proprio ordine per via telematica”*.

La differenziazione fondamentale cui bisogna far riferimento in questo settore è quella fra contratti a comunicazione diretta (p.e., *e-mail*) e contratti a comunicazione indiretta; nei primi la manifestazione di concludere un contratto avviene tramite una comunicazione effettiva tra le parti, mentre, per i secondi vale la logica del *“point-click”*, secondo cui il contratto viene perfezionato dall'accettazione delle clausole tramite un *click*, senza un effettivo scambio di volontà tra le parti.

Non è difficile immaginare che le logiche di mercato attuale – e si ritiene anche future – pongano come strumenti più utili e, di conseguenza, maggiormente utilizzati, quelli di matrice indiretta, perché risultano gli unici a poter gestire un mercato elettronico globale e potenzialmente illimitato; diversamente, risulterebbe quantomeno anacronistico immaginare una trattativa individuale per ogni singolo scambio, viste e considerate le esigenze di velocità e dinamicità richieste dalla realtà odierna.

Individuato nella comunicazione indiretta lo schema di massima utile a gestire la contrattazione di massa *online*, ora si mostra la necessità di comprendere gli schemi giuridici all'interno dei quali ricondurre la conclusione di questo genere di contratti.

Anche in questo caso, il punto di partenza è rappresentato dall'individuazione del momento in cui il soggetto proponente viene a conoscenza dall'accettazione dell'altra parte e, dunque, individuare l'incontro delle volontà *online*.

La dottrina ha fatto riferimento o allo schema dell'offerta al pubblico o a quello dell'invito a offrire. La differenza fra queste due ipotesi è stata individuata nella completezza dell'offerta in questione, per cui se l'offerta conterrà tutti gli elementi essenziali del contratto, allora saremo di fronte ad un'ipotesi di offerta al pubblico; mentre, se l'offerta dovesse difettare di uno dei suoi elementi essenziali, allora

ricadremo nella seconda ipotesi rappresentata dall'invito ad offrire formulato dal soggetto acquirente *online* (p.e., *Amazon* ha scelto di qualificare le proprie offerte come inviti ad offrire e non come offerte al pubblico).

Chiarito ciò, vi è un ulteriore aspetto che merita la giusta considerazione, con riferimento alla regolamentazione delle condizioni di contratto da cui derivano diritti e obblighi delle parti. Questo punto merita particolare attenzione perché rappresenta uno dei *vulnus* maggiormente rintracciabili nella contrattazione *online*. Nell'e-commerce le condizioni di contratto sono delle condizioni standard elaborate dalla piattaforma in modo tale da prestarsi al meglio rispetto ad una contrattazione massiva; pertanto, il rischio che queste vengano formulate in maniera generica o esageratamente indefinita risulta concreto.

Il punto però è che se, da una parte, queste clausole possono risultare poco chiare al consumatore, dall'altro, il consumatore stesso non si sofferma generalmente sulla lettura e sull'analisi delle stesse.

Posto di fronte a questa problematica, il legislatore al fine di salvaguardare queste forme di contrattazione non ha optato per l'invalidità delle clausole, ma ha posto come condizione la conoscibilità delle stesse da parte del contraente "debole" (consumatore).

Quindi, le condizioni saranno ritenute efficaci a condizione che queste siano state rese conoscibili dalle piattaforme, tenendo conto dell'ordinaria diligenza del contraente *online*.

Poste di fronte a questa esigenza, la modalità con cui le piattaforme di e-commerce hanno reagito a questa necessità è stata la tecnica del "*browse-wrap*", per cui l'accettazione si formalizza tramite la continuazione nella navigazione e non più mediante un *click* di accettazione. Tale tecnica rintraccia in maniera più opportuna quelle che sono le esigenze di tutela da garantire al consumatore che, nella migliore delle ipotesi, si troverà costretto ad aprire queste condizioni generali prima di procedere all'acquisto.

A completamento di questa tecnica, necessaria per ritenere efficace la conclusione di un contratto *online*, si rappresenta come le piattaforme digitali non solo dovranno

rendere sempre disponibili le condizioni vigenti, ma dovranno assicurare la conoscibilità di tutte le versioni antecedenti e renderle sempre accessibili al consumatore; ciò, al fine di evitare problematiche di certezza del diritto derivanti dalle modifiche succedutesi nel tempo.

1.6 Gli smart contracts e la funzione algoritmica di adeguamento

Un ulteriore profilo che si ritiene rilevante, anche da un punto di vista evolutivo di questa materia è quello relativo alla “causa algoritmica” del contratto, quindi alla sua funzione economico-individuale e degli interessi algoritmicamente rilevati dalle parti.

La possibilità di regolare i propri interessi con algoritmi lascia alle parti un nuovo margine di operatività utile a costruire un contratto ancora più aderente a quelli che sono i loro interessi.

Secondo una tale ricostruzione si ritiene si possa affermare che si stia passando da una causa considerata come funzione economico-individuale del contratto a una causa con “funzione algoritmica di adeguamento”⁶⁹ ed è proprio questa funzione che ha dato il via allo sviluppo di nuove tecniche negoziali quali la *blockchain*⁷⁰ e gli *smart*

⁶⁹ R. TREZZA, *Il contratto nell'era digitale e dell'intelligenza artificiale, Articoli e Saggi, Il diritto dell'economia*, issn 1123-3036, anno 67, n. 105 (2 2021), pp. 287-319.

⁷⁰ Il termine *blockchain* non indica in maniera univoca e specifica un determinato concetto, in quanto, il suo significato muta al mutare del contesto in cui questa tecnologia viene impiegata. Tuttavia, nella sua accezione generale, per *blockchain* (letteralmente “catena di blocchi”) si intende la tecnologia che sfrutta le caratteristiche di una rete informatica di nodi che consente di gestire e aggiornare, in modo univoco e sicuro, un registro – strutturato come una catena di blocchi – contenente dati e informazioni (per esempio transazioni) in maniera aperta, condivisa e distribuita senza la necessità di un'entità centrale di controllo e verifica. In merito al rapporto tra *blockchain* e *smart contracts*, si veda l'opera recente di R. Battaglini, M. Giordano (a cura di), *Blockchain e smart contract. Funzionamento, profili giuridici e internazionali, applicazioni pratiche*, Milano, 2019; G. Aiello, *Blockchain law: analisi tecnico-giuridica delle reti blockchain e degli smart contracts*, in *Dir. mer. tec.*, 18 febbraio 2020, 3-41; R. Pessi, P. Matera, G. Sigillò Massara, *Diritto, lavoro, nuove tecnologie e blockchain*, Roma, 2021. In chiave comparatistica, sul punto, si rinvia a X. Li, P. Jiang, T. Chen, X. Luo, Q. Wen, *A survey on the security of blockchain systems*, in *Future Generation Computer Systems*, 2017; D. Macrinici, C. Cartoceanu, S. Gao, *Smart contract applications within blockchain technology: A systematic mapping study*, in *Telematics and*

*contracts*⁷¹.

Al fine di rendere più chiaro il discorso, si rappresenta che da un lato la *blockchain* è una tecnologia che su basa su un sistema di crittografia utile a creare un sistema di archiviazione sicuro e permanente delle transazioni avvenute su quella rete, e, dall'altro, gli *smart contracts* (c.d. contratti intelligenti) hanno il compito di trasferire determinati dati all'avveramento di determinate condizioni, mentre la *blockchain* avrà il compito di certificare dette operazioni.

Le basi su cui si fondano queste nuove forme di tecnologia sono rappresentate dalla decentralizzazione, dalla sicurezza, dalla trasparenza, dall'immutabilità e dal consenso, e proprio su queste basi hanno permesso di delineare un nuovo concetto di fiducia delle parti rispetto grazie alla loro capacità di contenere valori digitali e beni virtuali.

Col concetto di *smart contracts* si fa riferimento ai c.d. contratti intelligenti; chiarito ciò, però, non bisogna considerare questi ultimi come strumenti utili a portare avanti delle contrattazioni in maniera autonoma, non possono pertanto essere considerati

Informat-ics, 2018; Z. Zheng, S. Xie, H.N. Dai, X. Chen, H. Wang, *Blockchain challenges and opportunities: A survey*, in *International Journal of Web and Grid Services*, 2018, 14(4), 352-375; J. Ream, Y. Chu, D. Schatsky, *Upgrading blockchains: Smart contract use cases in industry*, Deloitte Press, 2016; C. Sillaber, B. Watzl, *Life cycle of smart contracts in blockchain ecosystems*, in *Datenschutz und Datensicherheit - DuD*, 41(8), 2017, 497-500; M. Coblenz Obsidian, *A safer blockchain programming language*, in *Proceedings of the 39th International Conference on Software Engineering Companion, ICSE-C '17*, 97-99; M. Frowis, R. Bohme, *In code we trust?*, in *Data Privacy Management, Cryptocurrencies and Blockchain Technology*, 2017, 357-372; C. Natoli, V. Gramoli, *The blockchain anomaly*, in *2016 IEEE 15th International Symposium on Network Computing and Applications (NCA)*, 310-317; S. Bragagnolo, H. Rocha, M. Denker, S. Ducasse, *Smartinspect: solidity smart contract inspector*, in *2018 International Workshop on Blockchain Oriented Software Engineering (IWBOSE)*, 9-18; X. Li, P. Jiang, T. Chen, X. Luo, Q. Wen, *A survey on the security of blockchain systems*, in *Future Generation Computer Systems*, 2017; K. Christidis, M. Devetsikiotis, *Blockchains and smart contracts for the internet of things*, in *IEEE Access*, 2016, 2292-2303; B. Rodrigues, T. Bocek, A. Lareida, D. Hausheer, S. Rafati, B. Stiller, *A blockchain-based architecture for collaborative ddos mitigation with smart contracts*, in *Proceedings of International Conference on Autonomous Infrastructure, Management and Security*, 2017, 16-29.

⁷¹ Sul contratto intelligente, si rinvia a V. Bellomia, *Il contratto intelligente: questioni di diritto civile*, in *Judicium*, consultabile online; M. Giaccaglia, *Gli Smart Contracts. Vecchi e nuovi(?) paradigmi contrattuali nella prospettiva della protezione dei consumatori*, in *Dir. mer. tecn.*, 20 maggio 2020, 1-35; G. Castellani, *Smart contracts e profili di diritto civile*, in *Comp. dir. civ.*, consultabile online; S. Aceto di Capriglia, *Contrattazione algoritmica. Problemi di profilazione e prospettive operazionali. L'esperienza "pilota" statunitense*, in *Federalismi*, 2019, n. 18, 2-60.

come dei contratti giuridici a sé. Infatti, per quanto a livello di nomenclatura potrebbero essere accostati al concetto di contratto digitalizzato, dunque ad una trasposizione in digitale di un pregresso accordo, è proprio la loro funzione che li rende qualcosa di accessorio ad esso.

Uno *smart contract*, essendo propriamente un insieme di clausole scritte in linguaggio informatico, può dare solo esecuzione a qualcosa che è stato già predeterminato dalla volontà delle parti; di conseguenza, come anticipato, avrà un compito accessorio nel funzionamento della *blockchain* potendo produrre opportuni vantaggi.

Questi contratti non seguono il classico schema di conclusione del contratto, il quale viene affidato invece ad un programma informatico, mentre il testo viene tradotto in un testo crittografato. Successivamente, al verificarsi delle condizioni integrate nel sistema automatico allora si esplicano gli effetti: in sintesi, il contratto si auto-esegue⁷², sia provvedendo alla sostituzione dell'individuo fisicamente individuato sia negli atti da compiere secondo regole pre-individuate.

Da questi assunti si possono rilevare alcune criticità.

Posto a confronto con il contratto tradizionale, il contratto intelligente basa la sua vincolatività non tanto solo sulla fiducia delle parti, ma sulla *blockchain* di riferimento, che di per sé non permette l'inadempimento delle parti.

Tema di dibattito è quello relativo ai limiti di questi contratti intelligenti e, in particolare, con riferimento alla possibilità che esso possa essere riconducibile alle ordinarie forme di conclusione del contratto e, di conseguenza, ai possibili rimedi esperibili in caso di problematiche legate all'esecuzione di un contratto che di per sé dovrebbe funzionare automaticamente.

Consideriamo l'ipotesi dell'errore ex art. 1433 c.c.: se la volontà risulta correttamente perfezionata e, successivamente trasposta nella *blockchain* di riferimento, allora lo *smart contract* risulterà valido, al di là dell'ipotetico errore riscontrato. Il fatto che

⁷² M. PROTO, *Questioni in tema di intelligenza artificiale e disciplina del contratto*, *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, No 16 bis, junio 2022, ISSN: 2386-4567, pp. 3746-3761.

secondo questi schemi l'accordo non risulti modificabile crea un potenziale vuoto di tutela.

E ancora, non si può far a meno di far riferimento al concetto di irrevocabilità che porta con sé questo contratto, infatti, una volta inserito nella *blockchain* non sarà più possibile sollevare l'eccezione di inadempimento.

Da ciò ne deriva una diversa risposta dal punto di vista della risoluzione del contratto che non potrà più essere pronunciata su richiesta delle parti, ma si dovrà ipotizzare una sorta di funzione di autodistruzione dello *smart contract* risolutivo che possa ripristinare la situazione antecedente alla conclusione del contratto.

Verosimilmente, allo stato sembra che le parti potrebbero esperire solo dei rimedi restitutori col conseguente problema che potrebbe sorgere rispetto a prestazioni infungibili.

Sempre in ragione del fatto che questi contratti risultano caratterizzati dal concetto di automazione non si può far a meno di considerare le possibili ricadute anche sulla clausola generale di buona fede che tradizionalmente risulta fondamentale al fine di fronteggiare i rischi derivanti da possibili sopravvenienze non prevedibili al momento della conclusione del contratto. Nel caso degli *smart contracts* questo margine operativo lasciato tradizionalmente alle parti risulta molto compresso. Una soluzione ipotizzata è stata quella di individuare dei soggetti con lo scopo di compiere le valutazioni qualora le parti ne richiedessero l'intervento.

Un altro aspetto che ipotizza una soluzione simile riguarda la trasposizione del linguaggio umano in un linguaggio digitale necessari per i contratti intelligenti. Tale problematica fa emergere le necessità di coinvolgimento di soggetti terzi all'interno del contratto, che con la loro attività di programmazione possano intercettare la volontà delle parti e trasfonderla nel contratto. Appare strano, ma in questo senso, sembra che lo *smart contract* invece di velocizzare il processo di formazione della volontà, lo renda solo più complesso.

In virtù di ciò, si potrebbe ritenere che lo *smart contract* non possa essere idoneo a essere considerato come una forma di contratto a sé, ma la sua utilità potrebbe esplicarsi in particolar modo nei casi di contrattazione standardizzata, laddove lo

spazio di discrezionalità – che in questo caso crea difficoltà applicative – risulti limitato.

Il punto focale da cui potrebbe dipendere l'evoluzione di questa categoria sarà riuscire a trovare un punto di equilibrio tra la decentralizzazione tipica del mondo digitale e la giustiziabilità, necessaria per individuare le parti, le decisioni e le istanze contenute in questi contratti⁷³.

1.7 Intelligenza artificiale...

Prima di indagare gli aspetti più tecnici, si ritiene opportuno premettere che lo sviluppo di nuove forme di approccio al digitale ha riportato in auge il dibattito che sembrava sopito con particolare riferimento alle possibilità e alle modalità con cui la digitalizzazione possa entrare a far parte del nostro ordinamento.

Infatti, se in un primo momento l'evoluzione digitale non ha incontrato forti dibattiti sociali perché generalmente riconosciuta come miglioramento dello stile di vita degli individui sia come singoli sia come collettività; in questa prima fase della digitalizzazione il tema si è focalizzato sul concetto di “*digital divide*”, vale a dire nella differenza fra coloro che potevano beneficiare degli effetti migliorativi derivanti da una maggiore digitalizzazione. In questi termini allora il problema sembrava porsi avuto riguardo alla necessità di garantire la maggior diffusione possibile delle nuove tecnologie.

Solo successivamente, probabilmente con l'effettiva diffusione delle tecnologie su larga scala che ha permesso alla gran parte della popolazione di poterne godere, sono cominciati a porsi i primi dubbi di ordine etico-morale.

A riguardo, vale la pena richiamare quanto detto in precedenza. Infatti, in queste forme si nota esattamente quanto riportato nel momento in cui si chiarisce che per vedere gli effetti di un'innovazione su una società è necessario che passi del tempo.

⁷³ R. TREZZA, *Op. cit.*

Ecco, probabilmente è quanto si sta verificando anche oggi: una società che all'inizio è stata travolta dall'onda tecnologica tanto da volerne beneficiare ad ogni costo, per arrivare solo ora alla consapevolezza dei rischi che potrebbe comportare un simile approccio.

Sul punto, si ritiene che le maggiori valutazioni, sia in ordine alla logica costi-benefici sia secondo valutazione di ordine etico-sociale, siano da individuare in materia di riservatezza. Se in un primo momento tale questione è stata considerata alla stregua delle problematiche derivanti dalla tutela della *privacy* dei singoli, col passare del tempo ci si è resi conto che l'incedere dei meccanismi di intelligenza artificiale hanno create nuove preoccupazioni. Si è cominciato a leggere queste nuove forme di tecnologia non più solo come forme di implementazione e semplificazione della vita quotidiana, ma come una nuova forma di capitalismo, il c.d. "capitalismo della sorveglianza"⁷⁴. Per comprendere al meglio questa definizione bisogna far riferimento alle modalità con cui la tecnologia è arrivata a interfacciarsi con gli individui; nel caso di specie, si fa riferimento alla capacità della tecnologia di analizzare e comprendere le abitudini e le necessità degli individui così da fornir loro ciò di cui hanno bisogno. Da qui l'evoluzione dal concetto di tecnologia a quello di sorveglianza, il quale apre le porte a una serie di rischi che mettono a rischio la sfera privata dei singoli e - potenzialmente - anche la loro capacità di autodeterminazione.

Questi temi sono quelli che ad oggi accompagnano più di frequente la tecnologia dell'intelligenza artificiale insieme a tutti i rischi che potrebbero derivare della sua crescente diffusione nei settori più diversi della società.

Rimane il fatto che questi dubbi e interrogativi non sono più sul "se" e sul "quando" queste forme possano trovare una forma di applicazione alla società, ma solamente sul "come", dal momento che la rapidità con cui si la transizione digitale sta presentando i suoi effetti non ha dato la possibilità di opporsi a tali nuove forme.

Ovviamente, in questa sede, cercheremo di comprendere quelle che sono le implicazioni nel mondo del diritto dei contratti derivanti dall'utilizzo dell'intelligenza

⁷⁴ A. QUARTA E G. SMORTO, *Diritto privato dei mercati digitali*, Seconda edizione, Le Monnier Università, Mondadori Education S.p.a., Milano, 2024, pag. 43.

artificiale.

1.8... e contratto

La digitalizzazione ha imposto un totale ripensamento delle categorie contrattuali, nuovi strumenti di regolamentazione, nuove forme di responsabilità, oltre a nuovi modi di esprimere la propria volontà.

Se finora ci siamo confrontati con le nuove dinamiche presentate dalla rivoluzione digitale, ora risulta necessario proporre delle valutazioni dovute all'avvento dell'Intelligenza Artificiale⁷⁵ e a come questa si andrà a rapportare col tema già presente della digitalizzazione dei contratti.

Attualmente, ci si trova in quella che sistematicamente è stata definita come la terza fase dell'intelligenza artificiale; difatti, se finora l'utilizzo di questa forma di tecnologia è rimasta "confinata" allo svolgimento di compiti prestabiliti e specifici (c.d. *narrow AI*), adesso ci si interroga su come passare da questa alta specificità ad un'intelligenza artificiale superiore, quasi generale (c.d. *general AI*).

Col concetto di "intelligenza artificiale" si intende far riferimento a tutte le tecnologie caratterizzate dalla capacità di eseguire mansioni e attività che finora sono state unicamente svolte attraverso l'attività dell'intelligenza umana.

Se ora proviamo a calare questi assunti nel mondo dei contratti non possiamo far a meno di chiederci quali possano essere i confini giuridici dell'innovazione.

Si ritiene infatti che l'impiego dell'intelligenza artificiale all'interno dei contratti

⁷⁵ Sulla nozione di Intelligenza Artificiale in campo giuridico, vedi R. Trezza, *Diritto e Intelligenza Artificiale. Etica, Privacy, Responsabilità, Decisione*, Pisa, 2020. Inoltre, si veda, specificamente per la relazione I.A.-diritto civile, G. Taddei Elmi, A. Contaldo (a cura di), *Intelligenza artificiale. Algoritmi giuridici. Ius condendum o "fantadiritto"?*, Pisa, 2020; U. Ruffolo (a cura di), *Intelligenza artificiale. Il diritto, i diritti, l'etica*, Milano, 2020; G. Alpa (a cura di), *Diritto e intelligenza artificiale. Profili generali, soggetti, contratti, responsabilità civile, diritto bancario e finanziario, processo civile*, Pisa, 2020; V. Guarriello, *Profili civilistici dell'intelligenza artificiale*, in *Salvis Juribus*, 13 maggio 2020, consultabile online; M. Cupersito, *Intelligenza artificiale e diritto: profili normativi, etici e politici*, in *Opinio Iuris*, 1° giugno 2020, consultabile online.

preveda l'utilizzo di regolamentazioni specifiche con clausole utili a garantire la maggior tutela per le parti coinvolte⁷⁶.

Fra i profili che meritano di essere attenzionati non si può far a meno di notare come fra le norme che assumo maggior rilievo sul tema vi sia l'art. 1322 c.c. in materia di libertà contrattuali⁷⁷ e degli annessi limiti⁷⁸.

Come noto, le parti di un contratto possono liberamente determinarne il contenuto a patto che non vengano violate norme imperative o, ancora, per contrarietà all'ordine pubblico e buon costume.

Tali incisi non possono che applicarsi anche alle nuove forme di contratto derivanti dall'intelligenza artificiale, vale a dire il "contratto algoritmico", il quale dovrà sostenere un attento vaglio di meritevolezza prima di essere ritenuto valido.

Vi è dunque la necessità di un vaglio di meritevolezza utile a comprendere se i sistemi intelligenti siano in grado di contemperare esigenze di tutela delle parti e idoneità al perseguimento dello scopo. Di conseguenza, la sfida diventa quella di riuscir a far rientrare negli schemi degli algoritmi quelle che sono i valori del nostro ordinamento.

Nonostante i primi tentativi di regolamentazione è indubbio che allo stato la disciplina dell'intelligenza artificiale applicata al mondo dei contratti lascia ampi margini di discrezionalità e, pertanto, si ritiene necessaria la creazione di clausole che prevedano una disciplina per tutti gli ambiti che attualmente risultano privi di alcuna forma di tutela.

Pertanto, risulterà indispensabile capire il concreto utilizzo dell'AI all'interno del contratto che si pone come fine ultimo la disciplina e la tutela del rapporto fra le parti. Difatti, in mancanza di una specifica disciplina, le parti potrebbero arrivare ad

⁷⁶ F. DE STEFANI, *IA nei contratti: i confini giuridici dell'innovazione*, *Agenda Digitale, Cultura e Società Digitali*, 12 dicembre 2024, <https://www.agendadigitale.eu/cultura-digitale/ia-nei-contratti-i-confini-giuridici-dellinnovazione/>.

⁷⁷ Sul punto, per una visione ampia e anche comparatistica, si rimanda a G. Alpa, G. Conte (a cura di), *Diritti e libertà fondamentali nei rapporti contrattuali*, Torino, 2018.

⁷⁸ Sul punto, si rinvia a F. Criscuolo, *Autonomia negoziale e autonomia contrattuale*, in *Trattato di diritto civile diretto da P. Perlingieri*, Napoli, 2008; D. Marrama, *Soggetti «legali» e autonomia privata. Sui limiti dei poteri legislativi e dell'interpretazione*, Torino, 2012; E. Gabrielli, *L'autonomia privata. Dal contratto alla crisi d'impresa*, Padova, 2020.

utilizzare l'intelligenza artificiale per dar esecuzione ad un contratto che non prevede il suo utilizzo.

Sul tema non possono che riscontrarsi questioni molto delicate dal punto di vista giuridico, in particolar modo con riferimento ai limiti dell'autonomia contrattuale ex art. 1322 c.c. e l'autonomia decisionale dell'intelligenza artificiale.

Da una parte, infatti, avremmo le parti che decidono nella loro autonomia di affidare all'intelligenza artificiale la formazione di un contratto e, dall'altro, il sorgere di possibili criticità con riferimento all'imputabilità del contratto stesso, dei suoi effetti giuridici, dei rimedi utilizzabili⁷⁹.

Secondo parte della dottrina saremmo di fronte ad un'ipotesi di contratti senza accordo; d'altra parte, è stato rappresentato che anche in questi casi la volontà delle parti che scelgono di affidare il loro accordo all'IA conserva un suo rilievo.

Posti di fronte a questa scelta potrebbe dirsi che la volontà permane alla base, essendo le parti autori della scelta di utilizzare l'AI ed essendo sempre le parti a decidere se far propri gli effetti giuridici di questo contratto.

Si ritiene che queste due funzioni fondamentali possano essere idonee a categorizzare il contratto concluso tramite sistemi di AI all'interno della categoria di contratto e, di conseguenza, di poter utilizzare gli schemi tipici del diritto contrattuale.

All'interno di questi contratti, il sistema di AI viene utilizzato sia per elaborarne il contenuto sia per comprendere se concludere o meno il contratto stesso e proprio in questo senso, l'AI non diventa più solo uno strumento di completamento del contratto, ma un vero e proprio strumento di integrazione della volontà contrattuale e per questo motivo si ritiene che lo strumento tecnologico debba essere considerato come una fonte di integrazione del contratto determinata dalla volontà delle parti.

Ad ogni modo, per quanto può essere opportuno segnalare in questa fase della trattazione, decidere di utilizzare dei sistemi di intelligenza artificiale all'interno di

⁷⁹ V. MONTANI, *Esplorando le Implicazioni Giuridiche dell'Intelligenza Artificiale nei Contratti: Una Conversazione con il Prof. Fabio Bravo*, *Diritto Mercato Tecnologia*, 9 marzo 2024, <https://www.dimt.it/news/esplorando-le-implicazioni-giuridiche-dellintelligenza-artificiale-nei-contratti-una-conversazione-con-il-prof-fabio-bravo/>.

vicende contrattuali, significa anche esporsi a effetti giuridici non prevedibili *ex ante*.

Una possibile soluzione potrebbe essere quella rappresentata da parte della dottrina secondo cui dovrebbe poter essere ipotizzabile un recesso *ad nutum* dal contratto per le parti le quali dovrebbero aver un lasso di tempo determinato utile a comprendere le dinamiche contrattuali derivanti dall'attività dell'AI e poter così decidere se sottoporsi o meno alle regole da esso derivanti; avremmo qui un diritto di recesso con una nuova funzione, non più quella di “ripensamento”, ma di autodeterminazione, utile a “*far valere quella “riserva di umanità” che, anche in materia di diritto dei contratti, non può mai venir meno al cospetto dell’avvento dell’intelligenza artificiale*”⁸⁰.

1.9 Il contratto da strumento di prevenzione a dispositivo di governo: i contratti per l'innovazione

Dopo aver analizzato ampiamente il concetto di innovazione, sia con riferimento alla sua concettualizzazione teorica sia rispetto alla sua concretizzazione sul piano della digitalizzazione e transizione digitale in materia contrattuale, si ritiene infine opportuno un richiamo a un'ulteriore categoria rappresentata dai c.d. “contratti per l'innovazione”⁸¹.

Come evidenziato, nei momenti di maggiore trasformazione della società si modificano anche le funzioni principali della stessa, sia in campo sociale sia in campo economico; di conseguenza, appare evidente – anche sulla base di quanto già rappresentato – che la digitalizzazione ha fornito nuovi impulsi alla funzione del contratto.

Fin d'ora, la funzione del contratto è stata quella di regolare determinate fattispecie al fine di poter governare al meglio i loro rischi potenziali; ciò, perché possibile

⁸⁰ V. MONTANI, *Op. cit.*

⁸¹ A. QUARTA E G. SMORTO, *Diritto privato dei mercati digitali*, Seconda edizione, Le Monnier Università, Mondadori Education S.p.a., Milano, 2024.

immaginare gli eventi futuri che potevano in qualche modo contrassegnarlo. Dunque, secondo questo schema diventa fondamentale il concetto di percezione, analisi e individuazione del rischio al fine di poter sviluppare nella maniera più opportuna il contratto.

Con l'avvento della digitalizzazione e della transizione digitale però questo concetto di previsione del rischio viene meno. Difatti, come più volte evidenziato, la rapidità dell'evoluzione della materia e degli schemi ad essa connessi non permette un'analisi del rischio idonea a prevedere i possibili rischi per cui prevedere adeguata tutela, e ciò – di conseguenza – fa venire meno la base su cui si fondava la scelta di disciplinare determinate fattispecie con un contratto.

Si nota dunque che la condizione di incertezza prodotta dal continuo sviluppo della digitalizzazione non sembra poter essere rimossa in alcun modo rimanendo impossibilitati a far qualunque tipo di valutazione prognostica.

Il risultato di questo processo, tipico dei periodi in cui la digitalizzazione prende il sopravvento, è il cambiamento della funzione del contratto.

In questo nuovo sistema sarà necessario individuare nuovi piani di collaborazione fra le parti col contratto che passa da strumento di prevenzione dispositivo di governo delle possibili situazioni di incertezza in cui le parti si possono imbattere a causa del rapido mutamento delle condizioni per cui lo stesso contratto è chiamato a governare, ragionando adesso in termini di obiettivi da raggiungere e informazioni da condividere; in questo senso, il contratto diventa sede *“di obbligazioni formali e azionabili in giudizio e di impegni impliciti giuridicamente irrilevanti, che prendono il posto dell'integrazione verticale nei settori ad alto tasso di innovazione tecnologica, dando vita a quelli che vengono definiti “contratti per l'innovazione”, dove il contenimento dei comportamenti opportunistici si spiega in base all'investimento che ciascuno dei contraenti deve compiere per “conoscere” l'altro, in una sorta di dipendenza reciproca che scoraggia la ricerca di alternative e incentiva, invece, il coordinamento e la collaborazione tra le parti”*⁸².

⁸² A. QUARTA E G. SMORTO, *Op. cit.*, p. 51.

Tale ricostruzione riprende il concetto dei contratti relazionali (c.d. *relational contract*), dove il contratto pone come base dell'accordo una relazione fra le parti; in tal senso, il contratto non assume più la sola veste di dato formale che regola le criticità di un rapporto solo tramite delle clausole previste al momento della stipula (p.e., il caso delle sopravvenienze), ma diventa qualcosa di più; infatti, tale contratto, ponendosi come finalità quella di regolare una relazione più ampia fra le parti, si fonderà non più sulle clausole previamente previste, ma su una base di opportunità, collaborazione e fiducia al fine di poter garantire al meglio gli interessi delle parti che si trovano di fronte a dinamiche evolutive non più prevedibili.

2. Contrattazione digitale e gestione dei dati

2.1 Premessa

Compiuta una prima analisi sia sul fronte dell'evoluzione della società che su quello della possibile risposta sul piano giuridico da parte della stessa, in particolar modo in ambito contrattuale, al fine di continuare la presente indagine volta alla comprensione di un possibile punto di incontro tra sociale e digitale, non si può far a meno di trattare un tema che già da tempo si pone al centro del dibattito dottrinario e giurisprudenziale: la gestione dei dati personali.

Infatti, in tale contesto, la necessità diventa quella di operare un bilanciamento di interessi tra il diritto alla protezione dei dati personali e l'esigenza di disporre di una grande quantità degli stessi per assicurare uno sviluppo di quella che sta diventando la nuova forma di contrattazione.

La nuova forma di contrattazione che si pone ormai come prima alternativa nella conclusione di un determinato tipo di contratti ha generato una totale rivalutazione del valore dei dati personali che adesso diventa parte integrante del concetto di scambio posto alla base di un contratto.

Per questo motivo, la gestione di questi dati è diventata determinante e, di conseguenza, si sono sviluppate diverse modalità con cui gestire e utilizzare grandi quantità di dati.

In prima analisi, va chiarito che esistono due macrocategorie, di dati: i dati personali, utili a individuare una persona, e i dati non personali, i quali vengono definiti in negativi risultando come tutti quei dati che non sono dati personali.

La fonte disciplinare primaria in materia è rappresentata dal Regolamento generale sulla protezione dei dati personali n. 2016/679/UE (c.d., *GDPR*) che ha previsto una disciplina uniforme per tutti gli Stati membri dell'Unione Europea finalizzata alla creazione di una strategia comune volta a evitare la frammentazione di tale regolamentazione a livello europeo. Successivamente, la rapida evoluzione digitale

che ha investito tale materia ha portato alla creazione di un mercato unico dei dati necessario per prevedere degli standard etici e valori condivisi per tutti gli Stati membri e, in virtù di ciò vi è stata l'adozione di due Regolamenti, il *Data Governance Act*, in materia di *governance* europea dei dati, e il *Data Act*, previsto per l'armonizzazione delle norme in materia di accesso equo ai dati e al loro utilizzo.

Il *Data Governance Act* ha individuato tre diversi ambiti applicativi.

Il primo ambito fa riferimento ai dati generati o raccolti da enti pubblici sia personali che non personali. Nello specifico, si tratta di dati che, essendo molto difficili da raccogliere, non vengono realmente utilizzati. Per contrastare ciò, in questo ambito, il Regolamento ha previsto delle modalità di raccolta e di utilizzo dei dati in grado di contemperare le esigenze di riservatezza e di analisi degli stessi. Infine, con riferimento alla possibilità di riutilizzo degli stessi, è stato previsto che gli enti pubblici dovranno prevedere tale possibilità senza doversi interfacciare direttamente con i soggetti interessati.

Il secondo ambito di intervento del Regolamento è rappresentato dalla condivisione di dati personali e non personali di imprese tramite la fornitura di un servizio di intermediazione e gestione da parte di soggetti terzi, i quali dovranno assicurare da una parte l'accessibilità ai dati e, dall'altra, il rispetto di determinati standard durante il loro utilizzo.

Infine, il terzo ambito si concentra sulla gestione di dati da parte di enti che trattano i dati con finalità altruistiche. In tal caso, si fa riferimento a tutte quelle organizzazioni che mettono a disposizione i dati raccolti per una finalità di interesse comune (p.e., cambiamento climatico, mobilità, servizi pubblici, ecc.).

Riassunta brevemente la struttura del primo regolamento richiamato, si ritiene opportuno analizzare la struttura del *Data Act*.

Come anticipato, è stato adottato per garantire un sistema di governo dei dati utile a rendere più chiaro l'accesso e la circolazione di dati non personali generati dalle macchine. In questo senso, i dati sono qui considerati come il risultato dell'interazione fra l'utente e il dispositivo digitale. Proprio per questo motivo, i produttori di tali dispositivi, al momento della loro creazione, dovranno garantire degli strumenti utili

alla gestione dei dati che verranno creati, tutto ciò al fine di una migliore condivisione e interoperabilità degli stessi

Dunque, risulta chiaro come il *Data Act* si è posto come finalità la creazione di spazi per la gestione dei dati in settori strategici per facilitarne la raccolta e la condivisione, tra cui si possono ricordare: sanità, industria, pubblica amministrazione, ecc. All'interno di questi spazi europei sarà possibile che i soggetti titolari di questi dati possano provvedere alla circolazione degli stessi sia nello stesso settore sia scambiandoli e mettendoli a disposizione in altri settori, per sviluppare una migliore sinergia nel loro utilizzo, e ciò potrà avvenire o a titolo gratuito o tramite compensazione.

2.2. Innovazione digitale e dati personali

Si è già avuto modo di comprendere come il tema dell'innovazione possa essere indagato dai più diversi punti di vista, tanto che non si sbaglia nell'affermare che lo stesso investa ogni ambito della scienza umana.

Sulla scorta di ciò, non si può far a meno di riflettere sull'incidenza del concetto di innovazione in relazione alla gestione dei dati personali.

Risulta evidente, infatti, come il digitale rappresenti ormai la realtà dell'uomo di oggi e, di conseguenza, i dati risultano essere la nuova "natura" con cui si interfaccia l'essere umano con una "*natura artificiale che avvolge tutta la nostra vita*"⁸³.

Posto ciò, la dimensione digitale deve essere analizzata con l'utilizzo diverse chiavi di lettura, tra cui il concetto di sviluppo tecnologico, quello di società e quello del diritto.

Ormai risulta chiara la facilità e la velocità con lo sviluppo tecnologico ha investito il nostro quotidiano ed esempio di ciò è la straordinaria produzione di dati che ogni

⁸³ *Innovazione digitale e tutela dei dati personali: tra tecnologia, società e diritto. Traiettorie per un settennato, Intervento di Ginevra Cerrina Feroni, Vice Presidente dell'Autorità Garante per la protezione dei dati personali (www.federprivacy.org, 16 settembre 2020).*

giorno vengono creati, utilizzati e trafficati, non solo dagli esseri umani, ma anche dalle macchine e dalle intelligenze artificiali.

Un'importante conseguenza di ciò è il cambiamento della società stessa che – investita da questa onda di dati – non risulta in grado di individuare il discrimine utile a rendere la circolazione e la gestione degli stessi utile e produttiva. Diversamente, ciò cui stiamo assistendo è la compromissione delle sfere più personali dell'individuo.

Per questo motivo, diventa fondamentale l'intervento del diritto che con la sua forza regolatrice possa individuare le modalità più opportune per assicurare il corretto utilizzo di questi dati personali.

In questo senso, la protezione dei dati diventa la base per la formulazione di una nuova categoria di diritti utile ad assicurare una corretta gestione degli stessi in relazione al cambiamento dei tempi.

La conseguenza di ciò è la necessaria consapevolezza che, ad oggi, il dato personale è ormai da considerarsi un bene dotato di valore⁸⁴ e, in quanto tale, un bene di cui un individuo può liberamente disporre o, diversamente, che un terzo può trattare per lo svolgimento di specifiche attività⁸⁵.

Con riferimento al concetto di circolazione dei dati si evidenzia che il dato personale risulta⁸⁶: valorizzato dal mercato, in quanto bene attratto dalla funzione circolatoria; è un bene giuridico, ma non per questo può essere considerato alla stregua di un bene merce, infatti deve essere qualificato come “speciale”, essendo espressione dell'identità di un individuo; di conseguenza, le sue dinamiche di circolazione non possono rifarsi alle tradizionali logiche proprietarie derivanti dal diritto privato classico⁸⁷; il Regolamento per la protezione dei dati personali (GDPR) si pone come fine quello di regolare l'attività relativa al trattamento degli stessi; infine, dal momento che

⁸⁴ Si rinvia a V. ZENO-ZENCOVICH, *profili negoziali degli attributi della personalità*, in *Dir. inf.*, 1993, 549 ss.; G. RESTA, *Autonomia privata e diritti della personalità*, Napoli, 2005, 2 s.; N. ZORZI GALGANO (a cura di), *Persona e mercato dei dati. Riflessioni sul GDPR*, Padova, 2019, passim.

⁸⁵ V. RICCIUTO, *La patrimonializzazione dei dati personali. Contratto e mercato nella ricostruzione del fenomeno*, in V. CUFFARO, R. D'ORAZIO, V. RICCIUTO (a cura di), *I dati personali nel diritto europeo*, Torino, 2019, 54 ss.

⁸⁶ V. RICCIUTO, *L'equivoco della privacy. Persona vs. Dato personale*, E.S.I., in *Jus Civile*, NAPOLI, 2022.

⁸⁷ Sul punto L. MENGONI, F. REALMONTE, voce *Disposizione* (atto di), in *Enc. dir.*, XIII, Milano, 1964, 189 ss.

la base della legittimazione del trattamento dei dati risulta essere il consenso dell'interessato, non può che derivarne la natura negoziale del dato stesso.

La digitalizzazione del commercio, degli scambi, della attività produttive, degli interessi patrimoniali e non patrimoniali, finanche della socializzazione e degli interessi personali, ha messo a disposizione dell'essere umano un nuovo mondo con cui confrontarsi e relazionarsi⁸⁸.

La prima conseguenza di ciò è che l'essere umano adesso, oltre ad avere coscienza di sé in relazione al mondo fisico, dovrà qualificarsi anche tramite la sua identità digitale che in qualche modo dovrebbe trasporre la sua “vecchia” realtà in una dimensione all'interno della quale è necessario trovare un punto di equilibrio fra identità personale e unicità dell'individuo⁸⁹. In questo senso, vediamo come l'identità modifica la sua composizione e passa da elemento statico a elemento dinamico, diventa un “concetto liquido”, direttamente collegato ad una realtà che diventa sempre più fluttuante⁹⁰.

Tale evoluzione non può che derivare da quella evoluzione tecnologica che rappresenta il *fil rouge* lungo cui si dipana la presente ricerca – in questa fase – si pone come finalità quella di comprendere come si possano salvaguardare i diritti di libertà di fronte a questo “*invincibile contrasto tra le potenzialità tecnologiche e i rischi*”

⁸⁸ C. IURILLI, *Il manierismo consumerista nell'era digitale. L'identità digitale, la sua patrimonializzazione ed il possibile abbandono della figura del consumatore*, *Judicium*, Pacini Giuridica, 27 luglio 2023.

⁸⁹ In relazione all'approfondimento sulle tematiche inerenti la digitalizzazione, in dottrina cfr., PASCUZZI G., *Il diritto nell'era digitale*, Bologna, 2016, 269 ss.; RICCIUTO V., *La patrimonializzazione dei dati personali. Contratto e mercato nella ricostruzione del fenomeno*, in *Il Diritto dell'Informazione e dell'Informatica*, IV, 2018, 689 ss.; COGO A., *Le regole del contratto tra social network e utente nell'uso della proprietà intellettuale del gestore, dell'utente e degli altri utenti – riflessioni a partire dall'individuazione del fenomeno, dei suoi soggetti e della funzione del contratto*, in *AIDA, Annali Italiani del Diritto D'autore, della Cultura e dello Spettacolo*, XX, 2012, 305 ss.; DI CIOMMO F., *La responsabilità civile in internet: prove di governo dell'anarchia tecnocratica*, in *Resp. Civ.*, 2006, 550 ss.; GRANIERI M., *Le clausole ricorrenti nei contratti dei social network dal punto di vista della disciplina consumeristica dell'Unione europea*, in *AIDA, Annali Italiani del Diritto D'autore, della Cultura e dello Spettacolo*, 2011, 125 ss.

⁹⁰ ALPA G., *L'identità digitale e la tutela della persona. Spunti di riflessione*, in *Contratto e impresa*, 2017, 723 ss.

dell'intervento legislativo"⁹¹.

Consapevoli di ciò, bisogna comprendere la nuova qualificazione sociale degli individui protagonisti di questo tempo, al fine di comprendere e – in caso di necessità – individuare, adeguati meccanismi di tutela dei diritti fondamentali connessi all'identità digitale.

2.3 L'individuo come "dato"

Risulta chiaro come il rapporto fra individuo e società si siano modificati in virtù dell'avvento dell'era digitale e dell'intelligenza artificiale; e, altrettanto chiaro è la nuova valenza che stanno assumendo i dati personali in relazione allo sviluppo del "nuovo" mercato digitale.

Per tal motivo si ritiene ormai necessario individuare delle nuove forme di tutela che tengano conto di questa nuova realtà e, in particolare, in grado di distinguere fra dati personali commerciali e no.

In questo senso diventa fondamentale la figura del giurista, ⁹²il quale deve essere in grado – tramite la sua attività – di rileggere il diritto alla luce dell'evoluzione digitale. In questo senso, gli operatori del diritto diventano una sorta di sociologi che dovranno prima interrogarsi sull'evoluzione sociale e dopo essere in grado di prevedere delle risposte adeguate alle nuove esigenze da parte del nostro ordinamento.

Ad oggi, si è affermato il fenomeno del "centralismo dell'atto di consumo", dove l'atto negoziale si caratterizza sulla base della qualificazione soggettiva delle parti (v. figura del consumatore) con alla base la sostanziale disparità di forza contrattuale fra consumatore e professionista. L'evoluzione della figura del consumatore che adesso risulta titolare di una nuova forza contrattuale fondata sulla commerciabilità dei suoi

⁹¹ RODOTÀ S., *Il convegno "Internet e privacy - quali regole?"* La relazione introduttiva di Stefano Rodotà dell'8 maggio 1998, in interlex.it/675/rodotint.htm.

⁹² C. IURILLI, *Op.cit.*

dati personali pone la necessità di poter riqualificare la sua figura⁹³, col fine di aumentare il livello di protezione previsto dalla normativa posta a tutela della figura del consumatore ancorando il concetto di asimmetria informativa non più solo sulla base della qualifica soggettiva del contraente debole, ma anche con riferimento ai parametri oggettivi⁹⁴.

Ulteriori riflessioni in merito alla reconsiderazione della figura del consumatore riguardano anche il secondo elemento che caratterizza la sua figura, vale a dire lo svolgimento di un atto estraneo alla sua attività di natura professionale⁹⁵.

⁹³ In dottrina, sul tema, cfr. *ex multis*, ZENO-ZENCOVICH V., *Il diritto europeo dei contratti (verso la distinzione tra contratti commerciali e contratti dei consumatori)*, in *Giur. it.*, 1993, IV, 72; ORESTANO A., *I contratti con i consumatori e le clausole abusive nella direttiva comunitaria: prime note*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1992, 468 e ss.; DI MARZIO F., *Ancora sulla nozione di “consumatore” nei contratti*, in *Giust. civ.*, 2002, I, 685.

⁹⁴ Proprio con riferimento alle persone giuridiche, alcuni autori (SANNIA M., *Commento sub art.1469-bis*, comma 1, in Cesaro E. (a cura di), *Clausole vessatorie e contratto del consumatore*, Padova, 1998, 101) fanno notare come la loro esclusione dall’ambito di operatività della normativa dovuta alla interpretazione ristretta del significato di consumatore, crei intanto dubbi circa la legittimità costituzionale delle norme interessate, potendosi ravvisare una disparità di trattamento tra persone fisiche e giuridiche nella stessa posizione di debolezza che mal si concilia col dettato dell’art.3 della Costituzione; allo stesso tempo si sottolinea come una siffatta impostazione difetta di una reale corrispondenza con la realtà socio-economica, che in questo caso viene dal legislatore troppo semplificata a fronte invece di un contesto molto complesso, insuscettibile di essere tutelato in maniera completa con il solo riferimento alla persona fisica. Sul tema si vedano anche gli scritti di GATT L., *sub art. 1469-bis, comma 2°, Ambito soggettivo di applicazione della disciplina. Il consumatore e il professionista*, in *Commentario al capo XIV-bis del cod. civ.: dei contratti del consumatore*, a cura di BIANCA C.M. – BUSNELLI F.D., Padova, 1999, 153; BARENGHI A., *Commento all’art. 1469-bis*, in *La nuova disciplina delle clausole vessatorie nel codice civile*, a cura di A. BARENGHI, Napoli, 1996, 33 e ss.; ALPA G. – CHINÈ G., *voce Consumatore (protezione del) nel diritto civile*, in *Dig. disc. priv., sez. civ., XV, Appendice*, Torino, 1997, 547 e ss.; CHINÈ G., *Il Consumatore*, in *Tratt. di dir. priv. europeo*, a cura di N. LIPARI, Vol. I, Padova, 2003, 443 e ss.

⁹⁵ L’interpretazione dei suddetti criteri qualificativi è stata oggetto di numerose pronunce giurisprudenziali, spesso dal tenore opposto: i giudici della Corte di Cassazione, che avevano già nel lontano 1965 (Cass., sez. Civile, sentenza n.451 del 1965, in *Foro It.*, 1965, XC, 1, col.614) per la prima volta definito giudizialmente la nozione di consumatore come “*colui che fa della merce acquistata un uso, un consumo esclusivamente personale per soddisfare le limitate esigenze della propria vita familiare e individuale*”, dalla fine degli anni novanta, con una serie di pronunce soprattutto in materia di clausole vessatorie, hanno dimostrato una tendenza all’ampliamento della nozione di consumatore (ZENO-ZENCOVICH V., (voce) “*Consumatore (tutela del)*”, in *Enc. giur. Treccani*, Roma, vol. III, 1988, 1 ss.; Id., *Il diritto europeo dei contratti (verso la distinzione tra “contratti commerciali” e “contratti dei consumatori”)*, in *Giur. it.*, 1993, IV, 63 ss.), così considerando, ad esempio, consumatore un condominio che abbia stipulato con una società di servizi un contratto di manutenzione degli ascensori nonché lo stesso

L'evoluzione digitale, in questo senso, però, ha portato anche all'evoluzione della persona digitale, e questo è un fenomeno di cui non si può non tener conto. Lo sbarco dell'umano nel digitale ha cambiato radicalmente il concetto di individuo, e ciò non può che comportare una necessaria rilettura da parte dell'interprete, il quale dovrà proporre delle letture aggiornate alla nuova dimensione digitale. Se per un verso, nella prima parte di questa trattazione abbiamo individuato le modifiche all'interno delle relazioni umane nel mondo digitale, per altro, non si può far a meno di evidenziare come l'individuo adesso prende la forma di "dato" e tramite questo si interfaccia con la realtà diventandone parte integrante, soprattutto all'interno degli scambi commerciali; infatti, lo stesso, in quanto "dato" espressivo di un valore economico diventa oggetto di mercato. A riguardo, si è detto che l'essere umano "*agendo in uno spazio intenzionalmente costituito con finalità commerciali esplicite... attore: autore e narratore della sua biografia e del suo epitaffio*"⁹⁶.

Proprio queste dinamiche impongono una rilettura della figura dell'individuo e, ancor di più, di quella del consumatore, una volta che si viene posti di fronte al dilemma circa l'applicazione di quelli che sono i suoi criteri di individuazione –

professionista che concluda un contratto in occasione dell'attività professionale, purché stipulato al di fuori dell'attività normalmente svolta (Trib. Roma, 20.10.1999, in *Giust. Civ.*, 2000, I, 2117).

⁹⁶ DEGLI ESPOSTI P., *Creatività automazione, la contraddizione dell'essere prosumer. Makers tra produzione e consumo*, in *isec.it*, secondo cui "Tipicamente si è soliti considerare il ruolo del consumatore secondo quelli che sono i quattro approcci tradizionali: razionale, passivo, consapevole e artigiano. Tutti contengono in sé, ad eccezione del secondo, il concetto di attività e tutti fanno riferimento ad un soggetto coinvolto in un processo di produzione di valore, tale da far convergere le figure del produttore e del consumatore in un unico soggetto. Il primo approccio legge il consumatore come un soggetto razionale, attivo e calcolatore, attento a destinare risorse scarse a sua disposizione nell'acquisto di beni e servizi e si fonda sui principi della teoria economica. Il secondo approccio, lo interpreta come un soggetto passivo e manipolato, sfruttato e asservito alle logiche del mercato, costretto dalle logiche dell'eroe e dello sciocco. Il terzo, fondato sull'impatto nella società dei consumi della filosofia post-moderna, considera il consumatore come un soggetto consapevole dei significati simbolici attribuiti ai prodotti – potremmo dire alfabetizzato alle logiche del marketing – capace di selezionare merci con una ratio precisa e che utilizza le merci per creare una rappresentazione del sé, una sua identità ed affermare uno stile di vita. Infine il consumatore artigianale, è colui che nel suo processo di consumo è spinto in primis dal desiderio di impegnarsi in atti creativi di autoaffermazione o libera espressione della sua personalità. Il consumatore artigianale non è alla ricerca attraverso il consumo di un'affermazione identitaria: si presuppone, infatti, che i consumatori abbiano già acquisito una loro affermazione in tal senso e che proprio questa legittimi tale approccio, che costituisce anche uno dei fondamenti teorico dello spostamento dal consumatore al prosumer".

oggettivi e soggettivi.

All'interno di questo nuovo contesto, le tecnologie si presentano come volano di un cambiamento fondamentale, che ha modificato un concetto che finora ha accompagnato tradizionalmente la figura del consumatore: l'asimmetria informativa.

Da questa nuova caratterizzazione dell'individuo sotto forma di "dato" sembra scaturire un nuovo ruolo attivo per il consumatore, il quale non risulterebbe più relegato al ruolo di selettore di beni e servizi⁹⁷.

Una tale ricostruzione non può che essere sintomo di quello che si è rivelato il superamento del concetto di consumerismo che ha portato alla valorizzazione dei dati personali portatori della propria identità digitale.

Un'evidente rappresentazione di ciò è stata fornita dalle riforme comunitarie in materia di diritto dei consumatori derivanti dal recepimento della Direttiva 2019/770/CE tramite D.Lgs. n. 173/2021 e della Direttiva 2019/771/CE tramite D.Lgs. n. 170/2021⁹⁸.

Tali riforme hanno avuto il compito di porre in primo piano per la prima volta il concetto di valorizzazione economica dei dati personali, dando agli stessi il valore di prestazione all'interno di uno scambio commerciale in materia digitale. Da ciò si evince come prima il contenuto digitale veniva fornito dietro il pagamento di un prezzo, e adesso lo stesso contenuto viene corrisposto in relazione a una controprestazione non pecuniaria ma avente ad oggetto i dati personali dell'individuo, anch'essi economicamente valutabili.

A riguardo, anche la c.d. Direttiva "*Omnibus*", che ha previsto diverse modifiche del Codice del Consumo, ha previsto modifiche utili a tale scopo, sostituendo il concetto di

⁹⁷ Così APPADURAI A., *Modernità in polvere* (trad. a cura di Pietro Vereni), Roma, 2001, 45, ove l'A. parla di "...nuova configurazione centrale delle dinamiche sociali, nelle quali la nuova economia culturale globale dev'essere vista come un ordine complesso, stratificato e disgiuntivo che non può più essere compreso nei termini dei modelli esistenti "centro-periferia"... né si piega ai semplici modelli "spingi e tira"... o del surplus e del deficit... o di consumatori e produttori".

⁹⁸ Le due direttive si collocano all'interno della medesima strategia per il raggiungimento del mercato unico digitale. Pur differenziandosi per l'ambito di applicazione, esse condividono la finalità di «contribuire al corretto funzionamento del mercato interno garantendo nel contempo un livello elevato di protezione dei consumatori», che perseguono imponendo agli Stati membri un livello di massima armonizzazione (artt. 1 e 4 di entrambe le direttive).

prodotto con “qualsiasi bene o servizio, compresi i beni immobili, i servizi digitali e il contenuto digitale, nonché i diritti e gli obblighi”, e, ancora, parlando di “beni con elementi digitali” quale “qualsiasi bene mobile materiale che incorpora, o è interconnesso con, un contenuto digitale o un servizio digitale in modo tale che la mancanza di detto contenuto digitale o servizio digitale impedirebbe lo svolgimento delle funzioni proprie del bene...”. Ed ancora, sempre con riferimento a quest’ultimo richiamo normativo, non si può far a meno di evidenziare il “contratto di fornitura di contenuto digitale o di servizi digitali”, laddove il consumatore si impegna a rendere disponibili i propri dati - che assumeranno la veste di veri e propri frammenti della propria identità digitale - e dando così loro una valenza commerciale.

Al di là dei riferimenti normativi sopra richiamati, si ritiene però che questa rivoluzione non sia da considerarsi localizzata alla materia del diritto dei consumatori, ma questa investe a più ampio raggio tutte le categorizzazioni del diritto dei contratti e – proprio per questo motivo – è opportuno parlare di un fenomeno quale la “patrimonializzazione del dato personale”⁹⁹, dove l’identità digitale diviene prezzo ad alta valenza economica¹⁰⁰.

⁹⁹ Attenta dottrina (RICCIUTO V., op. cit., 690 e ss.) rileva “...a fronte della possibilità di costruire e definire il fenomeno “trattamento dati” anche in chiave economica e di mercato, la riflessione del giurista italiano si è appuntata pressoché esclusivamente sul tema della sfera morale del soggetto cui i dati si riferiscono, senza offrire una lettura ulteriore del fenomeno studiato, in termini patrimonialistici, senza voler considerare l’ipotesi che quel soggetto ben potrebbe disporre dei propri dati ricavandone profitto, secondo i modelli e gli schemi giuridici propri dello scambio; e senza considerare l’attività economica di impresa che è alla base, nella prospettiva di chi acquista e compie operazioni economicamente valutabili, del trattamento di quegli stessi dati”.

¹⁰⁰ In tal senso in giurisprudenza, cfr. Consiglio di Stato, sent. 2631 del 29 marzo 2021, in *giustizia-amministrativa.it*, secondo cui (richiamando un passaggio della sentenza del TAR Lazio, Sez. I, 10 gennaio 2020 n. 260) “I fenomeno della “patrimonializzazione” del dato personale, tipico delle nuove economie dei mercati digitali, impone agli operatori di rispettare, nelle relative transazioni commerciali, quegli obblighi di chiarezza, completezza e non ingannevolezza delle informazioni previsti dalla legislazione a protezione del consumatore, che deve essere reso edotto dello scambio di prestazioni che è sotteso alla adesione ad un contratto per la fruizione di un servizio, quale è quello di utilizzo di un social network”, e che conclude affermando: “Orbene, seppure si volesse aderire alla tesi della odierna parte appellante secondo la quale il dato personale costituisce una *res extra commercium*, la patrimonializzazione del dato personale, che nel caso di specie avviene inconsapevolmente (ad avviso dell’Autorità nel momento in cui accusa una informazione ingannevole nell’esercizio della pratica in questione), costituisce il frutto dell’intervento delle società attraverso la messa a disposizione del dato – e della profilazione dell’utente – a fini commerciali”.

2.4 Il complesso rapporto fra riservatezza, dati personali e consenso

Il punto di partenza da cui non si può prescindere è il dover evidenziare la differenza formale e sostanziale che intercorre fra il diritto alla riservatezza personale e il diritto alla protezione dei dati, nonostante questi vengano trattati quasi in maniera equivalente¹⁰¹. In virtù di ciò, rileva come il concetto di *privacy* possa essere considerato sotto diversi aspetti quali possono essere la riservatezza personale, la protezione dei dati personali e la stessa identità personale¹⁰².

A riguardo, non si può prescindere dal richiamare quanto previsto dal *GDPR*, il quale prevede da una parte la tutela dei dati personali degli individui soggetti al trattamento e – di riflesso – la tutela della riservatezza personale, oltre a prevedere una regolamentazione della loro circolazione. Si nota, dunque, come tali diritti – per quanto formalmente differenti – sono soggetti a una tutela utile a operare un giusto bilanciamento fra interessi del titolare del trattamento dei dati e del diretto interessato.

A registrare tale necessità e intervenire in tal senso vi è il Considerando n. 4 del *GDPR*, che chiarisce come “*Il trattamento dei dati personali dovrebbe essere al servizio dell'uomo. Il diritto alla protezione dei dati di carattere personale non è una prerogativa*

¹⁰¹ C.M. BIANCA, *Diritto civile*, I, *La norma giuridica. I soggetti*, Milano, 2002, p. 180 ss. come nel linguaggio corrente *privacy*, riservatezza personale e protezione dei dati personali siano utilizzati in via alternativa con una certa imprecisione pur essendo diritti distinti protetti dal previgente art. 2 del Codice Privacy ora dal *GDPR* oltre che dall'art. 2 della Cost. Cui adde ID., *Note introduttive*, in *Tutela della privacy. Commentario alla L. 31 dicembre 1996, n. 675*, a cura di Bianca e Busnelli, in *Nuove leggi civ. commentate*, 1999, p. XIX ss.

¹⁰² G. ALPA, *Privacy*, in *I precedenti, La formazione giurisprudenziale del diritto civile*, a cura di Alpa, I, Torino, 2000, p. 259 ss.; G. ALPA, *L'identità digitale e la tutela della persona. Spunti di riflessione*, in *Contratto e Impresa*, 2017, p. 723 ss.; C.M. BIANCA, *Diritto Civile*, I, *La norma giuridica. I Soggetti*, Milano, 2002, p. 175 ss.; F.D. BUSNELLI, *Spunti per un inquadramento sistematico*, in *Tutela della privacy. Commentario alla L. 31 dicembre 1996, n. 675*, a cura di Bianca e Busnelli, in *Nuove leggi civ. commentate*, 1999, p. 228 ss.; *Privacy digitale*, a cura di Tosi, Milano, 2019, *passim*; e E. TOSI, *Circolazione contrattuale dei dati personali tra contratto e responsabilità*, Milano, 2023, pp. 78 ss.

assoluta, ma va considerato alla luce della sua funzione sociale e va temperato con altri diritti fondamentali, in ossequio al principio di proporzionalità. Il presente regolamento rispetta tutti i diritti fondamentali e osserva le libertà e i principi riconosciuti dalla Carta, sanciti dai trattati, in particolare il rispetto della vita privata e familiare, del domicilio e delle comunicazioni, la protezione dei dati personali, la libertà di pensiero, di coscienza e di religione, la libertà di espressione e d'informazione, la libertà d'impresa, il diritto a un ricorso effettivo e a un giudice imparziale, nonché la diversità culturale, religiosa e linguistica”.

Per quanto dalla lettura del richiamato Considerando si possa evincere una prevalenza dei diritti fondamentali rispetto alla tutela dei dati personali, si evidenzia come la relazione fra tutela dei dati personali e diritti fondamentali non necessariamente sfociare in una prevalenza degli uni rispetto agli altri, piuttosto si ritiene maggiormente condivisibile orientare la tutela del diritto alla protezione dei dati personali calibrandolo da una parte con la sua funzione sociale e, dall'altra, prevedendo una contemperazione con gli altri diritti eventualmente confliggenti, arrivando così a proporre una sorta di modello relazionale fra diritti connessi fra loro¹⁰³.

Tale premessa risulta fondamentale soprattutto in considerazione del fatto che i rapporti fra le persone fisiche soggette al trattamento e soggetti titolari dello stesso (p.e., le c.d. *big tech*) sono caratterizzati da una disparità di trattamento che si manifesta nel concetto di fragilità che riguarda l'ottenimento del consenso da parte dei soggetti che – più o meno consapevolmente - decidono di cedere i propri dati personali.

¹⁰³ R. RODOTÀ, *Persona, riservatezza, identità. Prime note sistematiche sulla protezione dei dati personali*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1997, p. 583 ss.; ID., *Tecnologie e diritti*, Bologna, 1995, 49, secondo cui: “Non si tratta solo di scegliere tra valori contrapposti, facendo prevalere seccamente l'uno l'altro. Bisogna procedere a più complessi bilanciamenti tra gli interessi in gioco, per assicurare insieme la garanzia dei diritti individuali e la progressiva apertura della società»; F.D. BUSNELLI, *Spunti per un inquadramento sistematico, Tutela della privacy. Commentario alla L. 31 dicembre 1996, n. 675*, a cura di Bianca e Busnelli, in *Nuove leggi civ. commentate*, 1999, p. 228 ss.; G. ALPA, *La normativa sui dati personali. Modelli di lettura e problemi esegetici*, in *Dir. inf.*, 1997, p. 703 ss.

Tale circostanza, ad oggi, risulta ancora più accentuata dalla “*società del capitalismo della sorveglianza digitale*”¹⁰⁴, laddove non basta più prevedere un consenso c.d. informato, al fine di ottenere un’adeguata tutela in tal senso.

Il consenso al trattamento non può essere ridotto a un semplice *click* utile a proseguire la navigazione su un sito web, ma deve essere realmente giuridicamente rilevante e, dunque, realmente *consapevole*.

È chiaro come la libertà e la consapevolezza del consenso risultino particolarmente compromessi in un panorama come quello attuale, dunque fortemente caratterizzato dal concetto di asimmetria fra le parti.

Da qui, anche tramite una lettura del Considerando n. 43 del *GDPR*, si evince come una libera manifestazione della volontà non potrà risultare in altro modo se non da una scelta consapevole di cessione dei propri dati personali; diversamente, il consenso prestato non si potrà considerare valido e – in egual misura – lo stesso consenso non sarà considerato valido se il soggetto interessato non sia messo nelle condizioni di rifiutarlo senza subire un pregiudizio.

Chiarito ciò, dunque, si nota come nella società della rivoluzione digitale, la tutela dei dati personali non è più rappresentata dal semplice consenso prestato dai soggetti interessati individualmente, ma deriva da una serie di regole protettive e conformative che i titolari del trattamento dovranno assicurare anche tramite l’utilizzo di strumenti giuridici di natura sanzionatoria e/o deterrente, derivanti da un’opportuna interpretazione sistematica degli artt. 2, Cost., e 1, 7 e 8, Carta dei diritti fondamentali UE¹⁰⁵.

Individuati i punti focali, altro aspetto meritevole di attenzione che risulta oggi quanto mai fondamentale riguarda la possibilità di utilizzare i propri dati personali per

¹⁰⁴ S. ZUBOFF, *Big other: surveillance capitalism and the prospects of an information civilization*, in *Journal of Information Technology*, 2015, 30 ss; ID., *Il capitalismo della sorveglianza*, Roma, 2019. Si veda anche *Garante per la Protezione dei dati personali, La società sorvegliata*, Atti del Convegno 28 gennaio 2016, Roma, 2016.

¹⁰⁵ TOSI E, ‘*Dati personali e contratto: un ossimoro apparente*’ (2023) 2 EJPLT, 71 - 92. DOI: <https://doi.org/10.57230/EJPLT232ET>.

finalità economiche come controprestazione rispetto al servizio richiesto.

Da questo punto di vista, vanno esaminati due fenomeni strettamente collegati, quello della patrimonializzazione e della monetizzazione dei dati personali. Sotto questo aspetto la natura del consenso assume una duplice veste: da una parte, vi è il consenso autorizzatorio¹⁰⁶, finalizzato all'utilizzo dei dati per finalità diverse rispetto a quelle necessarie per il servizio richiesto e, dall'altra, il consenso contrattuale¹⁰⁷, per acconsentire allo sfruttamento economico dei propri dati personali.

L'avvento della "patrimonializzazione" dei dati degli utenti finalizzato allo sfruttamento economico degli stessi rende necessaria un'attenta analisi del fenomeno al fine di prevedere un adeguato sistema normativo utile a disciplinare le nuove fattispecie che si verranno a proporre; in particolare, si evidenzia come non si potrà ipotizzare solo un ampliamento del sistema informativo messo già a disposizione dell'utente dalla previgente tutela consumeristica.

¹⁰⁶ D. MESSINETTI, *Circolazione dei dati personali e dispositivi di regolazione dei poteri individuali*, in *Rivista critica di diritto privato*, 1998, spec. p. 353 secondo cui il consenso al trattamento avrebbe carattere di "permesso autorizzativo" con efficacia costitutiva nell'altrui sfera (personale). Più in generale sul negozio autorizzatorio: D. AURICCHIO, voce *Autorizzazione (dir. priv.)*, in *Enciclopedia del diritto*, IV, Milano, 1959, p. 502 ss.; M. TAMPONI, *L'atto non autorizzato nell'amministrazione dei patrimoni altrui*, Milano, Giuffrè, 1992, p. 28 ss.

¹⁰⁷ D. MESSINETTI, *Circolazione dei dati personali e dispositivi di regolazione dei poteri individuali*, in *Rivista critica di diritto privato*, 1998, spec. p. 353 secondo cui il consenso al trattamento avrebbe carattere di "permesso autorizzativo" con efficacia costitutiva nell'altrui sfera (personale). Più in generale sul negozio autorizzatorio: D. AURICCHIO, voce *Autorizzazione (dir. priv.)*, in *Enciclopedia del diritto*, IV, Milano, 1959, p. 502 ss.; M. TAMPONI, *L'atto non autorizzato nell'amministrazione dei patrimoni altrui*, Milano, Giuffrè, 1992, p. 28 ss. 24 Sul tema del consenso e sulla controversa natura autorizzatoria o anche negoziale si vedano: G. ALPA- G. RESTA, *Le persone fisiche e i diritti della personalità, I*, in *Trattato di Diritto Civile*, diretto da R. Sacco, Torino 2006, *passim*, spec. p. 629 ss.; F. BRAVO, *Lo "scambio di dati personali" nei contratti di fornitura di servizi digitali e il consenso dell'interessato tra autorizzazione e contratto*, in questa *Rivista*, 2019, p. 34 ss.; ID., *La compravendita di dati personali?*, *Diritto di Internet*, 2020, II, p. 521 ss.; ID., *Il "diritto" a trattare dati personali nello svolgimento dell'attività economica*, Padova, 2018, *passim*; P. MANES, *Il consenso al trattamento dei dati personali*, Padova, 2001; e V. RICCIUTO, *La patrimonializzazione dei dati personali. Contratto e mercato nella ricostruzione del fenomeno*, in *Dir. Informaz. e informatica*, 2018, p. 689 ss.; A. VIVARELLI, *Il consenso al trattamento dei dati personali nell'era digitale*, Napoli, 2019, p. 184 ss.; C. IRTI, *Consenso "negoziato" e circolazione dei dati personali*, Torino, 2021, *passim*; P. GALLO, *Il consenso al trattamento dei dati personali come prestazione*, in *Riv. Dir. Civ.*, 2022, pp. 1054 ss.; T.M. UBERTAZZI, *Ripensando alla revoca del consenso nella prospettiva funzionale della privacy*, in *Contratto e impresa*, 2022, pp. 27 ss.; S. ORLANDO, *Per un sindacato di liceità del consenso*, in *Persona e mercato*, 2022, pp. 527 ss. e E. TOSI, *Circolazione contrattuale dei dati personali tra contratto e responsabilità*, op. cit., pp. 78 ss.

In tale contesto, dunque, non basterà più soffermarsi sullo scambio fra servizi digitali e dati personali, ma bisognerà prevedere una disciplina adeguata all'interno di un "contratto di trattamento dei dati"¹⁰⁸, vale a dire quel contratto atipico¹⁰⁹ avente come oggetto lo sfruttamento e il trattamento dei dati personali, redatto in conformità rispetto a quanto previsto in materia dal *GDPR* e - più nello specifico - a quanto previsto dall'art. 5.1, lett. b) con riferimento al concetto di utilizzo dei dati per "*finalità determinate, esplicite e soprattutto legittime*". Una tale espressione di volontà individuale si incanala in un'espressione della legittima autonomia contrattuale a disposizione delle parti di mettere a disposizione di una piattaforma digitale i propri dati per un determinato arco temporale.

Dunque, seppur in principio sembrerebbe esserci una netta discordanza fra dati personali e contratto, la possibile lettura sopra richiamata propone un'alternativa che sembra essere conforme sia ai dettami costituzionali sia alla Carta dei diritti fondamentali UE, a favore di un aumento di tutele a favore del contraente debole.

Ad ogni modo, tali aspetti verranno approfonditi nei prossimi paragrafi.

2.5 La patrimonializzazione dei dati personali

Negli ultimi decenni, fino ad arrivare al contesto attuale, si evidenzia come fra le attività che hanno conosciuto una notevole crescita vi siano tutte quelle relative all'acquisto *online* di prodotti o servizi a contenuto digitale, le quali hanno richiesto il consenso al trattamento dei dati personali dell'acquirente a titolo di controprestazione¹¹⁰, le c.d. "*non-monetary transactions*"¹¹¹.

Queste forme di scambio hanno via via assunto sempre maggiore importanza fino a

¹⁰⁸ TOSI E., *Op. cit.*

¹⁰⁹ TOSI E., *Op. cit.*

¹¹⁰ C. IRTI, *Consenso negoziato e circolazione dei dati personali*, Torino, 2021, p. 62.

¹¹¹ C. ALVISI, *Dati personali e diritti dei consumatori*, in V. CUFFARO, R. D'ORAZIO, V. RICCIUTO (a cura di), Torino, *I dati personali nel diritto europeo*, 2019, p. 675 ss.

figurare fra le principali forme di scambio ad oggi presenti nella società, ma purtroppo a tale diffusione non corrisponde altrettanta semplicità nella loro gestione, o quanto meno, va chiarito che queste sono caratterizzate da una tale complessità che non sempre un *click* è idoneo a rappresentare, soprattutto in relazione alla tutela dell'identità di ogni individuo.

In questo senso, si ritiene doveroso dover provare a ipotizzare una ricostruzione di questi rapporti in termini contrattuali, anche al fine di poter meglio tutelare tutti gli interessi che si pongono sia alla base che di contorno a questi scambi, verificando altresì anche la loro rispondenza alla disciplina contrattuale vigente, anche implementando i rimedi messi a disposizione del consumatore per tutelare la propria integrità identitaria e patrimoniale.

Con specifico riferimento a quelle che si possono definire letteralmente come “transazioni non monetarie”, si evidenzia come il legislatore europeo abbia deciso di prevedere ed estendere a queste ultime l'applicabilità della Direttiva 2019/770/UE in materia di contratti di fornitura di servizi e prodotti digitali.

Questa scelta fa denotare una chiara volontà e visione del legislatore, il quale ritiene che non sarebbe sensato distinguere fra uno scambio “giuridico” e uno “economico”¹¹², considerando *“lo scambio condizionale legittimamente ricondotto nell'ambito della corrispettività funzionale¹¹³, in relazione alla quale, sebbene non sia configurabile quella reciprocità di vincoli giuridici che caratterizza il fulcro dei contratti sinallagmatici, sia comunque possibile fondare l'applicabilità di parte della disciplina dettata per i contratti a prestazioni corrispettive”¹¹⁴.*

In questa prospettiva, il riconoscimento al consumatore di tutte le tutele previste dalla Direttiva diventa fondamentale al fine di apprestare opportuna tutela a tutto il

¹¹² G. RESTA, *I dati personali oggetto del contratto. Riflessioni sul coordinamento tra la Direttiva (UE) 2019/770 e il Regolamento (UE) 2016/679*, in *Annuario del contratto*, 2018, p. 132.

¹¹³ G. AMADIO, *La condizione di inadempimento. Contributo alla teoria del negozio condizionato*, Padova, 1996, p. 291; G.F. BASINI, *Le promesse premiali*, Milano, 2000, pp. 159-160; C.M. BIANCA, *Diritto civile*, 3, *Il contratto*, Milano, 2000, p. 263.

¹¹⁴ C. IRTI, *Op. cit.*, p. 129.

rapporto contrattuale che lo coinvolge; anzi, si ritiene che l'ambito applicativo della Direttiva dovrebbe essere ulteriormente esteso a tutte quelle fattispecie che prevedono lo scambio fra un bene e/o un servizio contro la concessione di un consenso dell'utente all'installazione di *cookies* e altre forme di *tracking-tools* (strumenti di tracciamento utili a creare un *identikit* dell'individuo¹¹⁵ in base alle preferenze espresse sul *web*) perché ampiamente riconducibili all'area dei contratti a prestazioni corrispettive¹¹⁶, dal momento che dietro la "semplice" prestazione di un consenso vi è una penetrante attività di ingerenza nella *privacy* individuale¹¹⁷ di cui il consumatore rimane più o meno consapevole.

Posto ciò, dunque, risulta evidente come il concetto di consumatore digitale faccia ormai pienamente parte del panorama giuridico sia a livello normativo che a livello giurisprudenziale.

La caratteristica che emerge nell'immediato è la presenza di moltissimi "consensi" prestati dal consumatore ai quali però non corrisponde una sua conoscenza effettiva.

Proprio per questo motivo vediamo da un lato coloro che sostengono che tale mancanza rende inidoneo questo processo ad essere disciplinato all'interno dell'ordinamento; mentre, dall'altro, coloro che intendono seguire le evoluzioni dettate dalle logiche economiche e, pertanto, seguono lo schema "dati contro servizio".

Nell'epoca presente, ormai caratterizzata dalla presenza costante dei *social*, dai *Big Data* e dall'*Internet of Things*, il concetto di patrimonializzazione¹¹⁸ è entrato a far parte

¹¹⁵ C. IRTI, *Op. cit.*, p. 134.

¹¹⁶ C. IRTI, *Op. cit.*, p. 131.

¹¹⁷ C. IRTI, *Op. cit.*, p. 134.

¹¹⁸ Nella vastità degli studi e delle ricerche sulla tutela civile della persona, il tema della utilizzazione economica degli attributi personali è stato per lungo tempo «se non ignorato, re- legato in un secondo e modesto piano»: così V. ZENO-ZENCOVICH, *Profili negoziali degli attributi della personalità*, in *Dir. inf.*, 1993, 546. Fino agli anni '80-90 del secolo scorso il problema affiora prevalentemente nel contesto di opere di taglio generale sui c.dd. diritti della personalità, tra le quali sembra opportuno segnalare: D. MESSINETTI, *Personalità (di- ritti della)*, in *Enc. dir.*, XXXIII, Milano, 1983, 355, 403; A. DE VITA, *Art. 10*, in *Comm. c.c.* Scialoja e Branca, Bologna-Roma, 1988, 609 ss. Il tema viene assumendo la sua attuale fisionomia di pari passo con l'evolversi della società dell'informazione e della comunica- zione, quando si

di ogni aspetto della nostra vita¹¹⁹ e su questa base si riesce ad articolare e creare l'identità digitale di un soggetto, basandola su preferenze, idee, opinioni, ecc., tutti elementi idonei a essere commercializzati e monetizzati nei mercati digitali.

L'identità digitale di un individuo viene così realizzata artificialmente fino a farla diventare idonea a essere inserita nei circuiti di scambio¹²⁰.

registrano, con frequenza e intensità via via crescenti, casi nei quali il nome, l'immagine e gli altri attributi immateriali della persona sono sfruttati a fini commerciali da operatori economici diversi dal titolare. Per una panoramica complessiva v. G. RESTA, *Diritti della personalità e diritti patrimoniali sull'identità della persona*, in G. ALPA (a cura di), *I precedenti. La formazione giurisprudenziale del diritto civile*, I, in *Giur. sist. civ. comm.* Bigiavi, Torino, 2006, 176 ss. Figure di calciatori, nomi di artisti e gruppi musicali, diritti di esclusiva sulla diffusione di avvenimenti riguardanti la sfera familiare (matrimoni, nascite, ecc.), contratti di pubblicità e *personality merchandising*, marchi d'impresa che riproducono il nome e l'immagine di persona, *reality shows*. È un crescendo di ipotesi che riempiono le pagine della saggistica, sollecitando ogni volta la dottrina a ridiscutere il significato pratico del dogma di indisponibilità delle situazioni esistenziali: A. ORESTANO, *Immagine, persona e relazioni di mercato*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1991, 913 ss.; G. RESTA, *I diritti patrimoniali sui segni distintivi della persona: il caso dei complessi musicali*, in *Dir. inf.*, 1997, 367 ss.; L. ALBERTINI, *L'abusivo sfruttamento commerciale (in particolare come marchio) del nome e dell'immagine altrui*, in *Giust. civ.*, 1997, II, 498 ss.; R. PARDOLESI e G. RESTA, *'Non sono solo figurine...': antitrust e nuove forme di proprietà intellettuale?*, in *Foro it.*, 1998, 74 ss.; ID., *Nuove trasmissioni televisive e sfruttamento economico della riservatezza: a proposito di «candid cameras» e «reality shows»*, in *Dir. inf.*, 2002, 804 ss.; A. FACHECHI, *A proposito di personality merchandising*, in *Giur. it.*, 2019, 60 ss.

¹¹⁹ F.G. VITERBO, *Freedom of contract and the commercial value of personal data*, in *Contr. impr. Eur.*, 2016, 593 ss.; ID., *Oltre il valore economico dei dati personali, tra autonomia negoziale e gestione aziendale*, in *Annali SISDiC*, 2023, 299 ss.; P. PERLINGIERI, *Privacy digitale e protezione dei dati personali tra persona e mercato*, in *Foro nap.*, 2018, 482 ss.; C. PERLINGIERI, *Profili civilistici dei social networks*, Napoli, 2014, 66 ss.; EAD., *Data as the Object of a Contract and Contract Epistemology*, in *Italian L. J.*, 2019, 615 ss.; A. DE FRANCESCHI, *Il "pagamento" mediante dati personali*, in V. CUFFARO, R. D'ORAZIO e V. RICCIUTO (a cura di), *I dati personali nel diritto europeo*, Torino, 2019, 1381 ss.; V. RICCIUTO, *La patrimonializzazione dei dati personali. Contratto e mercato nella ricostruzione del fenomeno*, in *Dir. inf.*, 2018, 702 ss.; ID., *L'equivoco della privacy. Persona vs. dato personale*, Napoli, 2022, spec. 105 ss.; C. SOLINAS, *Autonomia privata e regolazione pubblica nel trattamento dei dati personali*, Bari, 2022, *passim*; A. GENTILI, *La volontà nel contesto digitale: interessi del mercato e diritti delle persone*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2022, 701 ss. Più di recente, per i cennati sviluppi sul fronte della circolazione dei dati personali: S. THOBANI, *Diritti della personalità e contratto: dalle fattispecie più tradizionali al trattamento in massa dei dati personali*, Milano, 2018, spec. 158 ss.; C. IRTI, *Consenso negoziato e circolazione dei dati personali*, Torino, 2021, *passim*; E. TOSI, *Circolazione dei dati personali tra contratto e responsabilità. Riflessioni sulla fragilità del consenso e sulla patrimonializzazione dei dati personali nella società della sorveglianza digitale*, Milano, 2023, spec. 97 ss.

¹²⁰ Una enorme mole di dati personali è oggetto di osservazione automatica (ad esempio, le informazioni registrate nei c.dd. *cookies*), oppure è derivata o dedotta da altre informazioni (tramite algoritmi di profilazione e predittivi): S. FARO e N. LETTIERI, *Big data e Internet delle cose: opportunità, rischi e nuove*

Al di là dei dilemmi etici che si originano ponendosi interrogativi in tal senso, il giurista non può non rendersi conto di queste evoluzioni e, in particolare, della presenza di un vero e proprio mercato dei dati personali. Se in un primo momento è stato il *GDPR* a parlare di protezione della sfera privata in materia di libera circolazione dei dati personali, adesso è il mercato a dare ai dati un valore di scambio tanto che anche la stessa giurisprudenza è arrivata ad ammettere l'onerosità degli accordi aventi ad oggetto lo scambio di dati personali richiamando il concetto di inconsapevole¹²¹ patrimonializzazione del dato personale¹²².

Come sopra anticipato, parte della dottrina non ritiene che questa operatività del mercato risulti idonea ad essere categorizzata all'interno dell'ordinamento, ritenendo che un diritto fondamentale non possa essere oggetto di una transazione economica, richiamando il concetto di "extra-patrimonialità" dei dati personali¹²³.

esigenze di tutela per gli utenti della Rete, in C. PERLINGIERI e L. RUGGERI (a cura di), *Internet e diritto civile*, Napoli, 2015, 286.

¹²¹ C. St., 29 marzo 2021 n. 2631, in *Foro it.*, 2021, c. 325 ss., la «patrimonializzazione del dato personale [...] avviene *inconsapevolmente*». Riconosce nella patrimonializzazione un «fenomeno tipico delle nuove economie dei mercati digitali»: TAR Lazio, 10 gennaio 2020, n. 260, in *Foro amm.*, 2020, 1, 99 ss. (che ha confermato il provvedimento di AGCM, 29 novembre 2018, n. 27432, sulla correttezza del *claim* "Iscriviti. È gratis e lo sarà per sempre", presente nella *home page* di Facebook, col quale l'utente veniva indotto a credere che la fruizione del servizio fosse gratuita).

¹²² M. FRANCESCA, *Il grande gioco. Buon costume e buon costume stipulativo alla prova dei social network*, in *Teoria e prassi del diritto*, 2022, 565, la quale spiega come le regole tecniche che strutturano, ad esempio, la moderazione dei contenuti, non servano tanto (o soltanto) ad «adattarsi a un dato assetto delle regole di responsabilità», a non infrangere cioè la sfera personale degli utenti (nella segnata prospettiva, cfr. M. D'AMBROSIO, *Social network e diritti della personalità. Considerazioni in tema di privacy e responsabilità civile*, in *Riv. giur. Mol. Sannio*, 2012, 330 ss.). Persino la quota del complessivo trattamento dei dati che è deputata a escludere le comunicazioni sociali estreme, sgradevoli o abiette, sebbene non sia avulsa dall'obiettivo di proteggere i diritti fondamentali degli utenti, risponde precipuamente all'interesse lucrativo del gestore della piattaforma. È quest'ultimo, infatti, a strutturare l'attività di moderazione in modo da istituire un luogo «virtuale trasversalmente vivibile», come tale capace di incrementare le interazioni che si svolgono al suo interno: il numero di «pensieri», immagini, reazioni (mi piace, non mi piace); insomma, il numero di «dati "freschi" introdotti dagli utenti "attivi", buoni per essere monetizzati dal gestore della piattaforma». È su questo assetto contrattuale – conclude M. FRANCESCA, *op. loc. ult. cit.* – «che sembra concretamente destinato a infrangersi l'idillio di una supposta, e totalizzante libertà di espressione».

¹²³ La non patrimonialità – chiarisce P. FEMIA, *op. loc. ult. cit.* – non deve restare il «rifugio teorico di un mondo perduto», né può costituire il «superamento idealistico di una condizione reale». Si tratta, invece,

Proporre un divieto del genere all'interno dell'assetto ordinamentale attuale però non risulta troppo verosimile.

Sta di fatto che la realtà attuale però pone dei problemi che non si può far a meno di affrontare dovuti in particolare alla nuova comunicazione di massa e a tutte le novità derivanti dalla iper-connessione nelle relazioni sociali che porta il dato personale ad assumere un valore monetario all'interno degli schemi contrattuali¹²⁴, e per questo motivo non ci si può sottrarre dall'individuare opportuni profili di tutela.

La protezione che l'ordinamento prevede in materia di dati personali non si concentra sulla possibilità di godere di un bene, ma sul potere di controllo che il soggetto interessato può esercitare sul dato personale¹²⁵.

In virtù di ciò, parte della dottrina ritiene anacronistico negare la patrimonialità del dato personale e la sua conseguente utilizzabilità all'interno di un sinallagma contrattuale.

Per chiarire meglio tali dinamiche e comprendere al meglio il valore commerciale di quello che è il patrimonio informativo che ogni individuo ha a disposizione basta far riferimento alla navigazione *online* e, in particolare, con riferimento agli obblighi informativi volti ad ottenere il consenso del navigatore.

Le modalità con cui l'utente accetta determinate condizioni di servizio sono ridotte a un *click* che ordinariamente prescinde da un'attenta analisi del contenuto delle stesse;

di un concetto di «teoria della pratica», da impiegare come «strumento per l'affermazione di valori personali» nell'ambito della qualificazione di fatti- specie che richiedono la «cooperazione altrui attraverso la forma economica». Solo così il diritto può costruire un'«alternativa alla mercificazione»: riconoscendo che «nel sistema sociale la mercificazione è un esito non soltanto possibile, ma favorito dalla struttura stessa della comunicazione sociale tendente alla razionalità formale».

¹²⁴ Praticamente inutile trincerarsi in posizioni che negano la natura contrattuale della fattispecie, giacché «la questione da affrontare è come assicurare che i flussi informativi frutto dell'attività contrattuale non producano lesioni alla personalità di ciascun utente»: opportunamente, V. CONTE, *op. cit.*, 270.

¹²⁵ F.G. VITERBO, *Protezione dei dati personali e autonomia negoziale*, Napoli, 2008, 153-175, per il quale i dati personali si configurano come termine di riferimento di «situazioni soggettive plurime e distinte, secondo che si consideri la posizione dell'interessato – titolare istituzionale e organico dei dati –, ovvero la posizione riservata ai terzi qualificati in rapporto al loro interesse alla raccolta dei dati e al relativo trattamento» (opinione di recente ribadita in ID., *Oltre il valore economico dei dati personali*, cit., 307).

ciò a maggior ragione, dal momento che un ipotetico rifiuto del consenso porta alla formazione di un “pantano”¹²⁶ che rende la navigazione impossibile. Ora, ipotizzare un tale meccanismo in materia di patrimonializzazione dei dati personali non risulta possibile dal momento che non è difficile immaginare come questa impostazione non renda lo spazio di contrattazione virtualmente libero, passando da una questione di interessi reali a una di interessi procedimentali¹²⁷ (come nel caso in cui si procede a prestare il consenso solo per poter fruire del sito, senza la consapevolezza reale dell'utilizzo dei dati prestati).

L'alternativa sembra porsi in questo senso: o lasciare alle parti la libertà di scegliere liberamente gli schemi contrattuali, oppure, chiedere all'ordinamento di compiere una sorta di giudizio di adeguatezza tra gli interessi e i procedimenti a disposizione delle parti¹²⁸.

Si ritiene che veicolo di maggiore tutela risulti essere la seconda ipotesi, dove sarà necessario cambiare la prospettiva, passando dal *click* universale, alla possibilità per l'interessato di respingere nel modo più semplice possibile gli effetti non desiderati sulla piattaforma, riservando una maggiore attenzione solo per quelli effettivamente voluti.

Ciò, dal momento che non può essere possibile ipotizzare un consenso informato di

¹²⁶ C.R. SUNSTEIN, *Sludge: What Stops Us from Getting Things Done and What to Do about It*, Cambridge Mass., 2021, *passim*. Il ‘paternalismo liberale’ (la «spinta gentile» di cui parlano R.H. THALER e C.R. SUNSTEIN, *Nudge: Improving Decisions about Health, Wealth, and Happiness*, New Heaven, 2008, *passim*) che caratterizza la regolazione del mercato dei dati personali – in tema v. F. PASQUALI, *Nudging contro nudging. Big data, privacy e paternalismo*, in N. RIVA (a cura di), *L'antipaternalismo liberale e la sfida della vulnerabilità*, Roma, 2020, 155 ss. – può facilmente degenerare in capitalismo della manipolazione di massa. È il lato oscuro del *nudging*, per il quale v. C. MCCRUDDEN e J. KING, *The Dark Side of Nudging. The Ethics, Political Economy, and Law of Libertarian Paternalism*, in A. KEMMERER, C. MÖLLERS, M. STEINBEIS e G. WAGNER (eds.), *Choice Architecture in Democracies. Exploring the Legitimacy of Nudging*, Baden-Baden, 2016, 75 ss.

¹²⁷ F.G. VITERBO, *Oltre il valore economico dei dati personali*, cit., 315 ss., la fornitura e il trattamento di dati personali – anziché costituire prestazione corrispettiva – «sono un procedimento, che può porsi in relazione al contratto secondo assetti negoziali variabili che non possono prescindere dalla prestazione di un consenso libero».

¹²⁸ C. DONISI, *Il contratto con se stesso*, cit., 85 ss. Secondo l'A., i privati sono ammessi dall'ordinamento a esercitare «una sorta di *ius eligendi*»: a scegliere, «sia pure entro certi limiti [...] tra i vari criteri reperibili nell'esperienza normativa, quello da impiegare nel caso specifico».

fronte alla formazione dello stesso senza una reale conoscenza delle regole private che strutturano il rapporto.

Dunque, la prassi imperversante delle caselle preselezionate, oltre a non dare una reale possibilità di diniego del consenso all'interessato, limita la conoscenza effettiva dei termini del trattamento.

Riassumendo, non si ritiene che il mancato rifiuto di una casella preimpostata possa essere un mezzo idoneo a prestare un consenso effettivo¹²⁹.

Volendo provare a ricostruire il meccanismo che perfeziona la prestazione del consenso secondo questi schemi si possono fare le seguenti riflessioni.

Il nostro sistema prevede che si possa concludere un accordo o tramite comportamenti concludenti o anche tramite l'inizio dell'esecuzione della prestazione¹³⁰.

Ipotizzando una conclusione del contratto ex art. 1327 c.c., si evidenzia come in favore di una rapida realizzazione dello scambio andrebbe a difettare il presupposto oggettivo rappresentato dal *fare* utile a interferire con la sfera giuridica di un altro soggetto, dal momento che l'azione di navigare *online* produce i suoi effetti esclusivamente sull'utente. In sintesi, accedere ad un sito non può corrispondere ad un comportamento concludente utile a far presumere la volontà inequivocabile dell'utente ad assumere un'obbligazione negativa¹³¹ rappresentata dal sopportare o

¹²⁹ Corte giust., Grande sezione, 1 ottobre 2019, c. 673/17, Bundesverband c. Planet49 GmbH, in *Racc.*, 2019, ha negato che per l'uso dei *cookie* sia sufficiente una casella di spunta preselezionata.

¹³⁰ Soltanto quest'ultima ipotesi è qualificata per presunzioni, nel senso che «è la stessa legge a darne, con norma particolare, una interpretazione tipica», tale che «almeno per quel che concerne il valore espressivo del contegno, il problema è superato in termini»: G. GIAMPICCOLO, *Note sul comportamento concludente*, in *Studi in memoria di Giovan Battista Funaioli*, Milano, 1961, 110. Tuttora ineccepibile la distinzione tra comportamento concludente e inizio di esecuzione illustrata da C. FADDA e P.E. BENSA, *Note*, cit., IV, 424: «[m]entre la dichiarazione tacita è il risultato di un'argomentazione, che si fa in base alle particolari circostanze del caso concreto, la *presunta* è la conseguenza che l'ordinamento trae *a priori* dall'esistenza di uno o più fatti».

¹³¹ V. ROPPO, *Il contratto*, cit., 117, il quale avverte che «senza questi limiti si rischierebbe di pregiudicare ingiustamente la posizione dell'oblato, accollandogli un contratto che egli non desidera».

dall'inibire la circolazione dei propri dati personali¹³².

Scartata questa prima ipotesi, si potrebbe ipotizzare la navigazione su di un sito alla stregua di una dichiarazione di accettazione tacita, con uno scambio che diventa valido accedendo al sito.

Anche questa ricostruzione desta delle perplessità molto simili a quelle evidenziate sopra; ciò, dal momento che manca una reale consapevolezza di essere all'interno di un negozio e, di conseguenza, senza alcuna possibilità per l'utente di far valere i propri interessi. A queste condizioni, per evitare pregiudizi derivanti dal commercio dei propri dati personali, l'utente dovrebbe rinunciare a navigare su *Internet*.

Rispetto a ciò, il fenomeno che più rileva è quello dell'utilizzazione delle categorie del diritto privato per provar a dare una qualificazione a questa nuova forma di scambio. Se in un primo momento l'idea di contratto si fondava sull'elemento fondamentale rappresentato dal consenso, adesso – in particolar modo, in questo ambito – siamo passati ad una lenta “erosione” dello stesso.

È innegabile che la rivoluzione del mercato derivante dalle nuove opportunità digitali abbia messo a dura prova quelle che finora sono state considerate le categorie giuridiche tradizionali; posto ciò, però, bisogna ora comprendere come rapportarsi ad un tale mutato contesto; difatti, se nei primi anni 2000 si pensava che il digitale non fosse in grado di “turbare” le categorie tradizionali del diritto, ad oggi, ciò diventa più complesso dal momento che non basta più una classica “procedimentalizzazione” del processo di formazione della volontà o un ampliamento degli obblighi informativi,

¹³² Prestazione negativa, dunque, perché consistente nel tollerare un'attività che si avrebbe titolo per inibire o un effetto che si avrebbe diritto di respingere. Giunti a tal punto, però, ce n'è anche per dubitare che sia soltanto la prassi linguistica a far supporre che codesta «inattività» indichi proprio l'oggetto di un diritto di credito ed anche, nella segnata prospettiva, differenti possibili oggetti. A ben vedere, nulla lascia intendere che detta tolleranza assuma la forma del mancato rifiuto di effetti contrattuali (quale corollario del già menzionato principio di protezione delle sfere giuridiche individuali: C. DONISI, *Il problema dei negozi giuridici unilaterali*, Napoli, 1972, 68 ss.), e non assuma invece la forma di un'autorizzazione che si limita a incidere, in via del tutto provvisoria e perciò sempre revocabile, sulla soglia del *neminem laedere*, spostandola «dall'ordine dei parametri sociali ai vincoli fissati dal disponente nel conformare l'altrui attività entro il limite del rispetto della propria identità personale» (D. MESSINETTI, *Circolazione dei dati personali*, cit., 352).

evidenziandosi come “la trasposizione del diritto dei contratti nei mercati digitali”¹³³ non possa essere la soluzione.

Un esempio di ciò è rappresentato dalle modalità con cui si è modificato l’approccio allo studio e alla predisposizione delle condizioni e dei termini di utilizzo da parte, in particolare, delle piattaforme digitali che si trovano a dover gestire una mole rilevante di dati personali a seguito di un semplice *click* “abilitante”. In questo senso, il problema diventa quello di riuscire a conciliare gli aspetti quantitativi con quelli qualitativi; infatti, ad un aumento dei dati messi a disposizione delle piattaforme digitali dovrà corrispondere un’adeguata attenzione e accortezza nella gestione degli stessi.

Tutte quelle che sono state fino ad oggi considerate come le categorie tradizionali del diritto dei contratti si scontrano con un’idea di consenso che rischia di essere completamente svuotata del suo valore in favore di una logica di mercato utile esclusivamente all’incessante incedere delle trasformazioni del sistema economico, con un contratto non più “semplice” accordo fra le parti, ma “strumento di controllo sociale”¹³⁴ utile ad organizzare il mercato digitale.

Per tal motivo diventa determinante riuscire a far maggior chiarezza rispetto alle modalità di utilizzo di queste categorie soprattutto in un mondo che ad oggi non può più essere diviso tra *online* e *offline*, considerando come le stesse debbano essere comunicanti e non alternative, a favore di quello che è stato definito come un mondo “*onlife*”¹³⁵.

2.6 Il trattamento dei dati personali: patrimonializzazione e monetizzazione

Dopo una prima analisi compiuta in materia di valorizzazione economica dei dati

¹³³ A. QUARTA, *Mercati senza scambi. Le metamorfosi del contratto nel capitalismo della sorveglianza*, ESI, 2020, p. 390.

¹³⁴ *Op. cit.*, p. 21.

¹³⁵ L. FLORIDI (ed.), *The Onlife Manifesto: Being Human in a Hyperconnected Era*, Cham, 2015.

personali, si evince chiaramente come il tema che lega le nuove tecnologie alla commercializzazione dei dati degli utenti risulti complesso, dal momento che le presenti valutazioni devono essere inserite nel contesto societario attuale - la dottrina ha parlato di società “*data driven*”¹³⁶ - dove lo sviluppo di applicativi diretti all'utilizzo dell'intelligenza artificiale¹³⁷ deve necessariamente confrontarsi con la disciplina consumeristica, con quella relativa alla regolazione della concorrenza e dei mercati e, in ultimo, con quella relativa al trattamento dei dati personali.

Per questi motivi appare complesso provar a ipotizzare una soluzione unica di insieme per tutti gli interrogativi che pone il tema relativo alla valorizzazione economica dei dati personali¹³⁸. Dunque, si cercherà di comprendere come bilanciare

¹³⁶ A. STAZI, F. CORRADO, *Datificazione dei rapporti socio-economici e questioni giuridiche: profili evolutivi in prospettiva comparatistica*, in *Dir. informazione e informatica*, 2, 2019, pp. 443-487: «La Data Driven Innovation consiste sostanzialmente nell'adozione di un approccio sistematico e metodologico capace di garantire la trasformazione dei dati in innovazione. Più specificamente, il concetto fa riferimento alla capacità delle imprese e degli organismi pubblici di utilizzare le informazioni derivanti dall'analisi dei dati al fine di prendere decisioni consapevoli o di sviluppare prodotti e servizi migliori, in grado di semplificare la vita quotidiana degli individui e delle organizzazioni. In tale prospettiva, l'attività di analisi dei dati diviene un fattore chiave dello sviluppo economico e sociale»; OECD, *Data-Driven Innovation: Big Data for Growth and Well-Being*, OECD publishing, Paris, 2015, <https://doi.org/10.1787/9789264229358-en>.

¹³⁷ F. PIZZETTI, *Intelligenza artificiale, protezione dei dati personali e regolazione*, Torino, 2018; A. SIMONCINI, *L'algoritmo incostituzionale: intelligenza artificiale e il futuro delle libertà*, in *BioLaw Journal - Rivista di BioDiritto*, 1, 2019, pp. 27; A. PAJNO, M. BASSINI, G. DE GREGORIO, M. MACCHIA, *Al: profili giuridici. Intelligenza Artificiale: criticità emergenti e sfide per il giurista*, in *BioLaw Journal - Rivista di BioDiritto*, 3, 2019, pp. 205-235; C. COLAPIETRO, A. MORETTI, *L'Intelligenza Artificiale nel dettato costituzionale: opportunità, incertezze e tutela dei dati personali*, in *BioLaw Journal - Rivista di BioDiritto*, 3, 2020, pp. 359-387; O. POLLICINO, *Getting the Future Right Artificial Intelligence and Fundamental Rights. A view from the European Union Agency for Fundamental Rights*, in *BioLaw Journal - Rivista di BioDiritto*, 1, 2021, pp. 7-11; G. D'ACQUISTO, *Intelligenza artificiale. Elementi*, Torino, 2021.

¹³⁸ V. FALCE, G. GHIDINI, G. OLIVIERI (a cura di), *Informazione e big data tra innovazione e concorrenza*, Milano, 2017; L. CALIFANO, C. COLAPIETRO (a cura di), *Innovazione tecnologica e valore della persona. Il diritto alla protezione dei dati personali nel Regolamento UE 2016/679*, Napoli, 2017; A. MANTELERO, *La privacy all'epoca dei big data*, in V. CUFFARO, R. D'ORAZIO, V. RICCIUTO (a cura di), *I dati personali nel diritto europeo*, cit., pp. 1181-1212. Sull'informazione quale “bene”, anche in relazione alla “dematerializzazione” dei dati personali e le modalità e tempistiche di trattamento, si vedano: J. LITMAN, *Information Privacy/Information Property*, in 52 *Stan. L. Rev.*, 2000, p. 1283; S. RODOTÀ, *Tecnologie e diritti*, Bologna, 1995, p. 52 ss.; V. ZENO-ZENCOVICH, voce *Informazione (profili civilistici)*, in *Dig. disc. priv.*, sez. civ., IX, 1993, p. 420 ss.; R. PARDOLESI, C. MOTTI, *L'informazione come bene*, in G. DE NOVA (a cura di), *Dalle res alla new properties*, Milano, 1991, p. 37 ss.; G. RESTA, *Autonomia privata e diritti della personalità*, Napoli, 2005, p. 209 ss.; C. ANGIOLINI, *Lo statuto dei dati personali. Uno studio a partire*

le esigenze di corretto trattamento¹³⁹ previste dal Reg. UE 2016/679 (c.d., *GDPR*) con la possibile commercializzazione dei dati personali degli utenti, necessitando il tema di una trattazione trasversale e ponendosi come obiettivo quello della tutela della figura unitaria del cittadino nel contesto digitale¹⁴⁰.

Il punto focale è rappresentato dal poter comprendere la possibilità di ritenere ammissibile lo scambio di dati personali contro la prestazione e/o l'accesso a servizi digitali.

Sul tema si rintracciano diversi orientamenti che si fondano su diverse letture delle fonti fondamentali in materia: art. 8, CEDU e art. 16, TFUE.

Da una parte vi è l'orientamento più tradizionale, il quale, evidenziando il concetto di indisponibilità dei diritti fondamentali, insiste per l'indisponibilità del diritto alla protezione dei dati personali.

D'altra parte, però, altro orientamento – più recente – ritiene valido inserire il diritto al trattamento dei dati non solo fra i diritti fondamentali della personalità, ma anche in ambito negoziale, ipotizzando una loro possibile commercializzazione. Difatti, questa seconda corrente sostiene che il concetto di indisponibilità di un diritto non significa che questo non sia suscettibile di scambio giuridico¹⁴¹. Diversamente, bisognerà

dalla nozione di bene, Torino, 2020. Il tema è stato inoltre analizzato dal Garante per la protezione dei dati personali, l'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato e l'Autorità per le Garanzie nelle comunicazioni nell'ambito dell'“Indagine conoscitiva congiunta sui big data” del 10 febbraio 2020, disponibile sui siti istituzioni delle tre autorità.

¹³⁹ G. D'IPPOLITO, *Monetizzazione, patrimonializzazione e trattamento di dati personali*, ed. Giappichelli (TORINO), in E. CREMONA e altri (ed.), *Il valore economico dei dati tra diritto pubblico e diritto privato*, pp. 51-76.

¹⁴⁰ *Id.*

¹⁴¹ G. RESTA, *Contratto e diritti fondamentali*, in *Enc. dir.*, I, Milano, 2021, p. 298, per il quale: «Decisiva è invece la constatazione per cui, anche a tenere saldo sul piano teorico l'assioma dell'indisponibilità, da ciò non può farsi discendere automaticamente la conseguenza dell'inoperatività del contratto quale specifico strumento di esercizio – non l'unico, ovviamente, ma uno dei vari strumenti che compongono il quadro dell'autonomia privata – dei diritti in oggetto. La distinzione di fondo tra la titolarità e l'esercizio di un determinato diritto soggettivo, ivi compresi i diritti che meritano la qualifica di fondamentali, gioca infatti un ruolo cruciale per spiegare il significato attuale del predicato dell'indisponibilità. Mentre l'assunto in discorso è direttamente riferibile al primo profilo ricordato, precludendo qualsiasi negozio dispositivo che abbia ad effetto un mutamento nella titolarità della situazione soggettiva, esso non è d'ostacolo al

analizzare e comprendere le diverse fattispecie per determinare quali siano gli “*atti in senso lato abdicativi di posizioni riconducibili alla categoria dei diritti fondamentali*”¹⁴²; altresì, il libero diritto di disporre dei propri dati personali – sempre secondo questa seconda corrente – deriva direttamente dal principio di autonomia delle scelte personali al fine di assicurare il rispetto della dignità umana¹⁴³ e, da qui, la necessaria libertà di poter gestire liberamente i propri dati personali. Infine, a maggior riprova di quanto sostenuto dalla seconda corrente di dottrina, si rappresenta come il concetto di commercializzazione dei dati risulta anche codificato, laddove si prevede la possibilità per il consumatore di cedere i propri dati personali in cambio di un servizio digitale (art. 3, par. 1, Direttiva 2019/770).

Analizzati questi due modelli, si ritiene che la tutela dei dati personali degli utenti e, più in generale, della loro identità, all’interno del contesto digitale debba passare non tanto da una serie di divieti, ma da un attento rispetto delle regole previste in questa delicata materia.

Chiarito ciò, risulta possibile individuare alcuni modelli previsti per l’utilizzo e lo sfruttamento dei dati all’interno del mercato, con una loro conseguente valorizzazione.

Il dato principale, in questo senso, è che si è passati dal trattamento dei dati come attività accessoria a trattamento dei dati come attività principale, vale a dire un contesto in cui il dato personale non è ancillare alla conclusione di un altro rapporto qualificato come principale, ma che diviene esso stesso rapporto fondamentale, basti pensare alla raccolta dei dati (c.d., *big data*) che è diventata attività d’impresa.

Ad oggi, i dati rappresentano fra gli oggetti di maggior interesse nel mondo del

riconoscimento di altri atti d'autonomia, che senza provocare la perdita o il trasferimento del diritto, diano vita ad un rapporto giuridico, il quale non appaia, ad un apprezzamento nel merito, in contrasto con basilari scelte di valore dell'ordinamento».

¹⁴² G. RESTA, *Contratto e diritti fondamentali*, cit., p. 299.

¹⁴³ S. RODOTÀ, *La vita e le regole. Tra diritto e non diritto*, Milano, 2006, p. 21 ss., e ID., *Antropologia dell'«homo dignus»*, ora in S. RODOTÀ, *Critica del diritto privato, Editoriali e saggi della Rivista Critica del Diritto Privato*, raccolti da G. Alpa e M. Marella, Napoli, 2017.

mercato digitale perché utili per ricavare informazioni con rilievo economico.

La prima idea di commercializzazione dei dati si basa sul modello di business “zero-price¹⁴⁴”, dal momento che l’utente accede a un servizio senza il pagamento di alcuna somma di denaro, gratuitamente. Difatti, secondo questo modello, l’utente digitale riceve un servizio senza la necessità di eseguire una controprestazione pecuniaria in cambio; d’altra parte, la controprestazione si sostanzierà nella cessione dei propri dati personali, i quali potranno essere utilizzati per finalità commerciali. In questo modello, dunque, l’impresa si pone come obiettivo la raccolta e la ricezione dei dati dell’individuo, finalizzando ciò alla costruzione di schemi utili alla profilazione dei diversi soggetti attivi sul mercato.

Sul punto, oltre alla dottrina, ha avuto modo di esprimersi anche la giurisprudenza, laddove ha chiarito che *“Una cosa è sostenere che i dati personali, nell’economia di un contratto, costituiscano il corrispettivo di un servizio e altra cosa è sostenere che pur in assenza di tale corrispettività, l’accesso ai dati personali – o, anche l’accesso ai dati personali – degli utenti sia il motivo o l’interesse economico che determina il fornitore del servizio a offrire gratuitamente il servizio senza effettivamente esigere un corrispettivo¹⁴⁵”*.

Dalla lettura che è stata data dai giudici, si evince come il concetto di patrimonializzazione dei dati personali faccia riferimento alla possibilità di poter estrapolare da determinati dati delle informazioni suscettibili di una valutazione economica e una conseguente possibile remunerazione.

Un secondo modello è poi rappresentato dalla classica dinamica dello scambio di prestazioni dove da una parte vengono ceduti i dati e dall’altra viene consegnata “moneta”, un vero e proprio scambio economico-commerciale; in questo senso, si parla di *“personal data economy model”*.

L’attività di questo modello prevede che si debba riconoscere agli utenti quello che è il valore che una piattaforma attribuisce ai dati personali attraverso la profilazione, dunque, a seguito del processo di patrimonializzazione. Successivamente, a seguito

¹⁴⁴ M. MURSIA, C.A. TROVATO, *op. cit.*, p. 169 ss.

¹⁴⁵ TAR del Lazio, sent. del 10 gennaio 2020, n. 260; Consiglio di Stato, sent. 29 marzo 2021, n. 2631.

della fornitura di dati, si andrebbe a corrispondere una somma di denaro agli utenti.

In questo senso, si passa da una patrimonializzazione del dato a una sua vera e propria monetizzazione, dal momento che l'impresa liquida all'utente una somma di denaro in cambio della fornitura dei suoi dati personali.

In entrambi i casi sopra richiamati, la liceità dipenderà dal rispetto delle norme e dei regolamenti in materia, oltre ai principi di liceità, limitazione delle finalità e minimizzazione nel trattamento dei dati¹⁴⁶.

Una problematica rilevante, si pone nel momento in cui i dati raccolti con una finalità vengono successivamente utilizzati per altri fini. In tal caso, per poter utilizzare gli stessi dati per obiettivi diversi da quelli individuati originariamente, senza violare i principi fondamentali in materia, sarà necessario evidenziare come le finalità "accessorie" siano compatibili con quelle principali; diversamente, il titolare del trattamento non avrà alcuna base giuridica per giustificare il "nuovo" trattamento.

Infine, un ulteriore aspetto degno di nota riguarda la fornitura dei dati e il tema del consenso per il trattamento degli stessi (c.d. "tying", o "bundling", art. 7, par. 4, *GDPR*). Sul punto, il Regolamento introduce una sorta di presunzione (relativa) di invalidità del consenso¹⁴⁷ prevedendo la necessità di un consenso prestato liberamente. Dunque, appare chiaro come il punto fondamentale riguardi la necessaria comprensione di quando il consenso si possa considerare effettivamente libero¹⁴⁸. Secondo parte della dottrina il consenso potrà considerarsi tale sulla base di una corretta informazione, della consapevolezza della perdita di controllo sulla gestione dei propri dati da parte dell'individuo, dei possibili effetti pregiudizievoli derivanti nella sua sfera giuridica; insomma, una consapevolezza sull'intera operazione giuridica, non basata esclusivamente su di un concetto di libera scelta¹⁴⁹. In questo senso, si è parlato di

¹⁴⁶ C. COLAPIETRO, *I principi ispiratori del Regolamento UE 2016/679 sulla protezione dei dati personali e la loro incidenza sul contesto normativo nazionale*, in *federalismi.it*, 22, 2018.

¹⁴⁷ Il considerando 43 del Regolamento afferma proprio che: «*Si presume che il consenso non sia stato liberamente espresso se non è possibile esprimere un consenso separato a distinti trattamenti di dati personali, nonostante sia appropriato nel singolo caso, o se l'esecuzione di un contratto, compresa la prestazione di un servizio, è subordinata al consenso sebbene esso non sia necessario per tale esecuzione*».

¹⁴⁸ G. RESTA, V. ZENO-ZENCOVICH, *Volontà e consenso nella fruizione dei servizi in rete*, cit., p. 426 ss.

¹⁴⁹ EDPB, *Linee guida 5/2020 sul consenso*, p. 10 ss.

consenso remunerato, tentando di garantire da una parte gli interessi dell'individuo e dall'altro l'intero rapporto giuridico.

È evidente come il secondo modello (*personal data economy model*) mette in atto un modello di commercializzazione più classico, in quanto i dati vengono ceduti tramite lo strumento negoziale¹⁵⁰ assimilabile alla compravendita, tanto che si è parlato di “*modello del contratto conformato mediante strumenti privatistici*”¹⁵¹, con un sostanziale scambio di dati e moneta.

D'altra parte, non sono mancate critiche a una tale ricostruzione per cui sono stati individuati dei canoni e delle condizioni necessarie al fine da considerare lecito questo schema contrattuale. In primo luogo, l'oggetto di questo contratto dovrà essere determinato con riferimento alle prestazioni e alle attività riguardanti l'individuo e i suoi dati; si fa qui riferimento al più ampio concetto di trasparenza e completezza delle informazioni relative al trattamento dei dati. In secondo luogo, un altro principio da dover rispettare è quello relativo al “*criterio dell'uso prevedibile*”, per cui: “*anche in presenza di clausole a contenuto ampio e potenzialmente onnicomprensivo, il contratto non viene interpretato in senso letterale, ma in maniera tale da realizzare il trasferimento delle sole facoltà strumentali al perseguimento dello scopo cui esso era teleologicamente orientato*”¹⁵². Ulteriore requisito derivante da questi primi due è quello dell'impossibilità della limitazione o della privazione dei diritti riconosciuti all'individuo dal *GDPR*¹⁵³; ciò, al fine di garantire all'individuo di far cancellare i propri dati e opporsi al trattamento in qualsiasi momento¹⁵⁴, oltre alla garanzia di poter recedere dal contratto in questione per motivi legittimi¹⁵⁵. Infine, si può richiamare

¹⁵⁰ F.G. VITERBO, *Freedom of contract and the commercial value of personal data*, in *Contr. impr. Europa*, 2, 2016, pp. 606-607; G. RESTA, V. ZENO-ZENCOVICH, *Volontà e consenso nella fruizione dei servizi in rete*, cit.; V. RICCIUTO, *Il contratto ed i nuovi fenomeni patrimoniali*, cit., pp. 642-662.

¹⁵¹ G. RESTA, *Contratto e diritti fondamentali*, cit., p. 309 ss.

¹⁵² G. RESTA, *Contratto e diritti fondamentali*, cit., p. 310.

¹⁵³ G. RESTA, V. ZENO-ZENCOVICH, *Volontà e consenso nella fruizione dei servizi in rete*, p. 435.

¹⁵⁴ G. SCORZA, *Il dato personale: manifestazione della personalità vs forma di ricchezza*, al Webinar *Forniture di servizi digitali. Il pagamento con la prestazione dei dati personali?*

¹⁵⁵ G. RESTA, *Contratto e diritti fondamentali*, cit., p. 310.

l'impossibilità di monetizzare il trattamento dei dati del soggetto minore di età, dal momento che, secondo la disciplina civilistica, lo stesso non avrebbe capacità negoziale per stipulare contratti di questa natura.

Questi sono alcuni dei requisiti e delle condizioni ritenute necessarie dalla dottrina per ritenere lecito il modello di monetizzazione proposto dal "*personal data economy model*".

In conclusione, in virtù di quanto sopra riportato, si evince come sia nel caso della patrimonializzazione sia in quello della monetizzazione risulta possibile ipotizzare un lecito trattamento dei dati personali che preveda un ritorno economico – parziale o totale (come nel caso del secondo modello) - nei confronti dell'utente che decide di cedere i propri dati personali. Chiaramente, ciò sarà possibile a determinate condizioni, vale a dire nel rispetto dei principi ispiratori della disciplina relativa al trattamento dei dati e garantendo al massimo la dignità dell'individuo che decide di commercializzare i suoi dati. Di conseguenza, da un lato sarà necessario rispettare sia la normativa in materia di protezione dei dati personali sia la disciplina consumeristica¹⁵⁶ e, dall'altro, garantendo la maggior trasparenza e informazione in relazione all'utilizzo dei dati ceduti, assicurare la tutela dei diritti fondamentali dei cittadini¹⁵⁷.

2.7 Il caso "Meta Platforms"

In virtù di quanto sopra riportato, si pone la questione per cui si ritiene necessario comprendere se e come si possa attribuire alla navigazione su *internet* un valore contrattuale tale da veicolare un consenso effettivo da parte dell'utente.

Un tentativo in tal senso è stato portato avanti dalla Corte di Giustizia che si è dovuta

¹⁵⁶ S. THOBANI, *Il mercato dei dati personali*, pp. 131-147.

¹⁵⁷ G. D'ACQUISTO, F. PIZZETTI, *Regolamentazione dell'economia dei dati e protezione dei dati personali*, in *An. giur. econ.*, 2019.

pronunciare sul tema nel caso “*Meta Platforms*”, con riferimento alle condizioni generali di utilizzo di un *social network*¹⁵⁸; in particolare, si tratta del divieto posto dalla piattaforma in questione di subordinare l'utilizzo di *Facebook* al trattamento dei dati personali “*off Facebook*” degli utenti (si tratta di dati provenienti dall'esterno del *social*).

I temi che sono stati approfonditi dalla Grande Sezione hanno riguardato sia il profilo della necessità sia il profilo della modalità di manifestazione del consenso.

In primo luogo, la Corte ha avuto modo di chiarire come il consenso dell'interessato è l'unica base del trattamento dei suoi dati e, nel caso di specie, non risulta possibile giustificare il tale trattamento basandosi sul fatto che la “finalità di profilazione pubblicitaria” sia necessaria per l'esecuzione del contratto o per la tutela di interessi legittimi. Difatti, se da una parte, il concetto di personalizzazione possa in linea di principio risultare utile per l'utente dando allo stesso la possibilità di ricevere aggiornamenti e visualizzare informazioni su contenuti di suo interesse, dall'altra, si rappresenta come tali forme di servizio non si ritengono strettamente necessarie dal momento che possono essere fornite dalle piattaforme digitali anche con modalità che prescindono dal trattamento di determinati dati utili alla profilazione dell'utente.

Uno dei principi fondamentali che se ne ricava è quello secondo cui gli i diritti fondamentali dell'utente non possono essere sacrificati a favore degli interessi del titolare del trattamento dei dati, non potendosi prescindere dall'impatto che un tale trattamento dei dati possa avere sull'interessato. Su queste basi, di conseguenza, è stato rappresentato che l'utente non può prevedibilmente immaginare che gli operatori di un *social* possano utilizzare i suoi dati personali senza il suo consenso.

In questo senso, è stato chiarito come il trattamento dei dati personali ai fini di una personalizzazione di un utente non possa prevalere sui suoi diritti fondamentali, in particolar modo perché tale forma di trattamento espone lo stesso a un trattamento dei suoi dati potenzialmente illimitato e, pertanto, non risulta immaginabile che tali

¹⁵⁸ Corte giust., Grande Sezione, 4 luglio 2023, c. 252/21, *Meta Platforms e a. (Condizioni generali di utilizzo di un social Network)*, in GUUE, 21 agosto 2023, C 296/03.

“informazioni” personali possano essere gestite senza un preventivo consenso.

Una seconda massima derivante dalla sentenza oggetto di analisi fa riferimento alla piena coscienza e conoscenza da parte degli utenti di rendere pubblici determinati dati sensibili. A riguardo, non si può ritenere che l’accesso a un sito risulti idoneo a presumere una volontà da parte dell’utente a rendere manifestamente pubblici i suoi dati. Infatti, è necessario che gli stessi abbiano prestato un pieno consenso alla condivisione dei dati sensibili a seguito di un’esplicita richiesta da parte della piattaforma, in modo tale da permettere all’utente di rendere pubblici i suoi dati *“soltanto se abbia esplicitamente espresso preliminarmente, se del caso sulla base di un’impostazione individuale di parametri effettuata con piena cognizione di causa, la sua scelta di rendere i dati che lo riguardano pubblicamente accessibili a un numero illimitato di persone”*.

Infine, le riflessioni dei Giudici di Lussemburgo, si sono soffermate su profili più generali, in relazione al trattamento dei dati diversi da quelli raccolti all’interno di un *social network* (c.d. *off Facebook*).

Sul punto, è stato chiarito che *“devono disporre della libertà di rifiutare individualmente, nell’ambito della procedura contrattuale, di prestare il loro consenso a operazioni particolari di trattamento di dati non necessarie all’esecuzione del contratto, senza essere per questo tenuti a rinunciare integralmente alla fruizione del servizio offerto dall’operatore del social network online, il che implica che a detti utenti venga proposta, se del caso a fronte di un adeguato corrispettivo, un’alternativa equivalente non accompagnata da simili operazioni di trattamento di dati”*; dunque, la Corte non cancella la possibilità di un utilizzo di questi dati non derivanti dall’utilizzo dei *social*, ma vincola il loro utilizzo ad una specifica proposta agli utenti i quali, nel caso in cui non dovessero accettare, non dovranno rinunciare ad un totale utilizzo dei servizi offerti dalla piattaforma.

Da tale ricostruzione, si evidenzia come la Corte abbia deciso di tutelare l’utente nella fase della navigazione richiedendo la previsione di misure utili a mettere lo stesso al corrente delle modalità di trattamento dei suoi dati; in questo senso, sembra che la Corte abbia voluto rendere edotti gli utenti *online* del valore – anche economico – che

hanno i dati personali resi disponibili durante la navigazione e così ha previsto di dar loro un valore specifico (tanto che nella sentenza si parla di “adeguato corrispettivo”).

Volendo provare a far una valutazione di massima su quanto rappresentato in esito al caso affrontato dalla Corte di Giustizia, si ritiene che se da una parte sembra essersi fatto un primo passo verso una maggiore consapevolezza del valore – patrimoniale e non patrimoniale – dei dati personali, dall'altra parte, sembra che si voglia procedere verso una “mercificazione del diritto alla protezione dei dati personali”, vincolando la loro circolazione non tanto al rispetto di determinati diritti fondamentali, ma alla sola possibilità di potersi permettere – economicamente parlando, una protezione dei propri diritti.

Dunque, per quanto il tentativo della Corte di Lussemburgo risulti propositivo verso una valorizzazione di una concreta consapevolezza del valore delle informazioni personali degli utenti, non si potrà prescindere dal procedere verso una reale valorizzazione del “consenso”.

2.8 L'evoluzione della figura del consumatore

Come già indicato in precedenza, la figura del consumatore ha conosciuto varie fasi all'interno della sua evoluzione.

In primo luogo, la figura del consumatore ha ricevuto un suo riconoscimento nella forma della sua individualità tramite una risoluzione del Consiglio d'Europa che ha approvato la Carta europea di protezione dei consumatori¹⁵⁹ e la forma di tutela prevista era in una forma successiva; a livello europeo, invece, si optò per la direttiva

¹⁵⁹ Con la risoluzione n. 543 del 1973 l'Assemblea consultiva del Consiglio d'Europa approvò il testo definitivo della *Carta europea di protezione dei consumatori* che tracciò i programmi e gli obiettivi che furono successivamente riprodotti e sviluppati dalla Risoluzione del Consiglio dei ministri della Commissione europea del 14 aprile 1975, riguardante il *Programma preliminare della Comunità Economica Europea per una politica di protezione e di informazione del consumatore*. Il *Programma preliminare* rappresenta un'anticipazione degli interventi legislativi che caratterizzeranno la politica europea per la tutela dei consumatori.

85/374/CEE in materia di responsabilità del produttore per danno da prodotti difettosi, la quale prevedeva ugualmente una forma di responsabilità individuale e successiva.

Già così, non si può far a meno di riconoscere come una responsabilità fondata su interventi esclusivamente successivi al danno non potesse essere idonea rispetto alla materia trattata, così con le direttive 1999/44/CE in materia di vendita di beni di consumo e 92/59/CEE sulla sicurezza dei prodotti si cominciarono a prevedere delle forme di tutela anticipata (*ex ante*).

La seconda fase relativa all'evoluzione del concetto di consumatore e delle relative tutele ha ad oggetto la creazione di un apparato legislativo volto a rafforzare il concetto di “adeguata informazione” ai consumatori, considerati come soggetti deboli, fino alla direttiva 93/13/CEE avente ad oggetto la disciplina delle clausole abusive nei contratti dei consumatori.

È questo il momento in cui si registra il momento di svolta in materia dal momento che con essa nasce la figura dei contratti con il consumatore e lo stesso viene identificato come parte debole del contratto. Tale qualificazione risulta fondamentale perché porta alla necessità di prevedere delle norme di maggiore tutela per il consumatore che si interfaccia contrattualmente con un professionista per evitare che l'asimmetria contrattuale delle parti possa influenzare il loro rapporto¹⁶⁰.

In ragione di ciò, tutta la legislazione successiva in materia si sposta verso la previsione a carico dei professionisti, utili a evitare pratiche commerciali scorrette e comportamenti che in qualunque modo potessero condizionare o orientare le scelte del consumatore, sempre in favore di una maggiore informazione e consapevolezza.

Infine, la prima fase di questo percorso di riconoscimento della figura del consumatore, secondo la dottrina, si conclude con la previsione di regole che vedono il consumatore non più solo come soggetto passivo del mercato, ma anche attivo grazie alla “nuova” consapevolezza nelle sue scelte frutto delle elaborazioni legislative compiute in suo favore.

Ma il percorso non si esaurisce qui, infatti, per tenere il passo rispetto alla

¹⁶⁰ G. ALPA, A. CATRICALÀ (a cura di), *Diritto dei consumatori*, cit., p.135.

“rivoluzione digitale”, non si può far a meno di evidenziare le ulteriori misure in favore di una miglior tutela del consumatore.

In prima analisi, si segnala la direttiva c.d. *Omnibus*, che ha inserito previste specifiche tutele per il consumatore che agisce all’interno del mercato unico europeo. Conseguentemente, è il d.lgs. 26/2023 (che da attuazione a livello nazionale della suddetta direttiva) che apre a una nuova forma di digitalizzazione del codice del consumo (d.lgs. n. 206/2005) facendo per la prima volta riferimento a concetti quali servizi digitali, mercato *online* e simili.

Le innovazioni del codice si sono concentrate in particolar modo sul concetto di trasparenza, oltre che di *marketplace online*, clausole vessatorie, sanzioni e, profilo di grande rilevanza, sul ruolo del consumatore qualora l’acquisto di un prodotto derivi dalla cessione dei propri dati personali (il caso più classico è quello della cessione dei propri dati ai *social network*).

Data la larga diffusione di questa nuova forma di patrimonializzazione dei dati, di particolare importanza risulta essere il Regolamento europeo sui mercati digitali, il *Digital Markets Act (DMA)*¹⁶¹.

Inoltre, il livello di attenzione e interesse prestato dal legislatore europeo rispetto a questi temi si evince anche dall’approvazione del Regolamento sui servizi digitali, il *Digital Service Act (DSA)*¹⁶², che insieme al primo vanno a comporre il c.d. *Digital Services Package*”.

Appare evidente come questi interventi rappresentino un passaggio fondamentale per la tutela dei diritti fondamentali del consumatore all’interno del mercato unico digitale.

Volendo analizzare più nello specifico le finalità di questi interventi, si rappresenta come il Regolamento sui mercati digitali si pone l’obiettivo di assicurare una concorrenza leale sulle piattaforme *online* tramite un controllo da assicurare in

¹⁶¹ Regolamento (UE) 2022/1925 del Parlamento europeo e del Consiglio 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).

¹⁶² 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 (regolamento sui servizi digitali).

anticipo rispetto ad un'ipotetica violazione; in questo senso, il Regolamento indica quali siano gli obblighi da rispettare in via prudenziale e antecedente rispetto all'ipotetico abuso. Ne deriva che l'obiettivo finale posto da questa regolamentazione sia da un lato quello della promozione dell'innovazione e, dall'altro, la tutela della concorrenza all'interno del nuovo mercato digitale.

D'altra parte, è opportuno evidenziare anche le finalità che si è posto il secondo Regolamento, in materia di servizi digitali; in particolare, si evidenzia come questo si rivolga a tutti i servizi della società dell'informazione (considerando con questa dicitura tutti quei servizi prestati a distanza a fronte della corresponsione di una retribuzione, all'interno però di un rapporto "elettronico", e quindi tramite l'utilizzo di piattaforme utili a memorizzare ed elaborare dati) col fine rendere l'ambiente digitale più tutelato. Chiarito l'ambito di tutela, si nota come i principali destinatari di tali misure risultano essere servizi digitali quali i *social network*, mercati *online*, servizi di *cloud* e piattaforme di questa natura, e ciò dal momento che queste sono diventati "soggetti" con cui concludere contratti a distanza; inoltre, se da una parte prevedendo tale forma di regolamentazione si prevede una tutela per il corretto andamento del mercato digitale, d'altra parte, lo stesso regolamento non può far a meno di prevedere un'adeguata regolamentazione della figura del consumatore e fa ciò predisponendo una disciplina utile a contrastare tutte le possibili forme di disinformazione e di distorsione delle stesse le quali potrebbero creare un grave pregiudizio per lo stesso, oltre che a creare una distorsione delle dinamiche di mercato.

Arrivati a questo punto potrebbe sembrare di essere giunti alla fine di questo percorso storico utile a delineare l'evoluzione della figura del consumatore.

In realtà, adesso risulta fondamentale soffermarsi su tale figura all'interno del panorama proposto dall'evoluzione digitale; del resto, l'approssimarsi prime e l'affermarsi, ad oggi, delle nuove tecnologie rende necessaria una lettura della figura del consumatore adeguata e in linea rispetto ai tempi presenti; inoltre, data la costante evoluzione si ritiene necessario che tale figura venga nuovamente elaborata e formata in maniera tale da essere pronta a fronteggiare il susseguirsi delle novità che ormai quasi giornalmente vengono proposte dalla società. A riguardo, l'elaborazione di

questa nuova figura non può prescindere dalla consapevolezza di quanto appena descritto, vale a dire dalle nuove tecnologie e dalla loro capacità di affermarsi rapidamente nel mercato.

Questa consapevolezza è il punto di partenza necessario utile a porre l'attenzione sul concetto di diligenza e informazione richiesta al consumatore "medio".

Partendo dall'assunto secondo cui il consumatore è il soggetto che agisce al di fuori della sua sfera professionale, si può generalmente affermare che lo stesso si qualifichi già in partenza come parte debole di un rapporto; di conseguenza, lo stesso dovrà ricevere adeguata tutela in tutte le fasi contrattuali.

Per fornire maggior concretezza al tale concetto può risultare utile richiamare quanto riportato dall'art. 20 del Codice del Consumo che per individuare il comportamento del consumatore parla di "comportamento economico del consumatore medio", che in linea di principio può manifestarsi nei comportamenti idonei a indurre in errore il consumatore, nell'influire nelle sue decisioni finali e, più in generale, in azioni contrarie alla diligenza professionale. Dunque, seppur l'art. 20 non restituisca una definizione del concetto di consumatore medio, si può evincere – in via interpretativa – che questa figura sia identificabile in un soggetto dotato di capacità critica nelle decisioni di consumo¹⁶³.

Al di là però della definizione appena fornita interpretando quanto previsto all'interno del Codice del Consumo, rimane il fatto che non è presente una definizione univoca di tale figura.

Andando a ritroso nel tempo, prima del 2005, i primi a occuparsi di provar a formulare una definizione utile della figura di consumatore furono i giudici europei, i quali delinearono tale concetto all'interno del perimetro della "avvedutezza" per definire i parametri di liceità all'interno dei traffici commerciali¹⁶⁴.

¹⁶³ A. SACCOMANI, *Le nozioni di consumatore e di consumatore medio nella direttiva 2005/29/CE*, in MINERVINI, ROSSI CARLEO (a cura di), *Le pratiche commerciali sleali. Direttiva comunitaria e ordinamento italiano*, Giuffrè, Milano, 2007, p. 151.

¹⁶⁴ Nella causa C-210/96 la Corte CE, nel paragrafo 2 della massima, afferma che «per stabilire se una dicitura destinata a promuovere le vendite di uova sia idonea a indurre in errore l'acquirente, in violazione dell'art. 10, n. 2, lett. e), del regolamento (CEE) del Consiglio 26 giugno 1990, n. 1907, relativo a

Altro punto cardine in relazione all'individuazione di tale figura è l'assunto secondo cui tale nozione non può essere considerata in maniera statica, tanto di parlare di necessità di elasticità di questo concetto¹⁶⁵, così come già indicato, facendo riferimento all'opportunità di rendere tale nozione il più facilmente adattabile ai mutamenti della società, evitando così di rendere costanti interventi di ridefinizione utili a star al passo con i tempi presenti.

In virtù di quanto rappresentato, il modello cui bisogna far riferimento non è rappresentato da un soggetto sprovvisto di qualunque genere di conoscenza in relazione al settore con cui decide di rapportarsi, ma un "consumatore consapevole e informato"¹⁶⁶ (vedi anche Considerando 18, Direttiva 29/2005).

Tornando al richiamo alla necessaria flessibilità già richiamata, si rappresenta come i concetti di attenzione, diligenza, informazione, siano di per sé utili a essere adattati alla categoria dei consumatori del mercato¹⁶⁷ e, in particolare, del nuovo mercato digitale.

Chiarito ciò, risulta ora necessario provar a dar concretezza al concetto di "media"

talune norme di commercializzazione applicabili alle uova, il giudice nazionale deve riferirsi all'aspettativa presunta connessa a tale dicitura di un consumatore medio, normalmente informato e ragionevolmente attento ed avveduto. Tuttavia, il diritto comunitario non osta a che, qualora incontri particolari difficoltà nel valutare il carattere ingannevole della dicitura di cui trattasi, egli possa fare ricorso, alle condizioni previste dal proprio diritto nazionale, ad un sondaggio di opinioni o ad una perizia destinati a chiarire il suo giudizio». CGUE, C-210/96, *Gut Springenheide GmbH e Rudolf Tusky contro Oberkreisdirektor des Kreises Steinfurt - Amt für Lebensmittelüberwachung* (1998).

¹⁶⁵ Secondo G. ALPA, in *Diritto dei consumatori*, la nozione di consumatore muta con il tempo essendo esposta a un continuo e necessario adattamento sia dal punto di vista sociologico che economico; per questo motivo, le definizioni normative di consumatore, qualora troppo dettagliate, rischiano di non essere idonee ai tempi. G. ALPA, A. CATRICALÀ (a cura di), *Diritto dei consumatori*, cit., p. 33.

¹⁶⁶ V. BONAMINI PEPOLI, *L'evoluzione del consumatore nell'era digitale*, *federalismi.it* – ISSN 1826-3534, N. 10/2023.

¹⁶⁷ V. MELI, in *"Diligenza professionale", "consumatore medio" e regola di de minimis nella prassi dell'agcm e nella giurisprudenza amministrativa*, informazione, attenzione e avvedutezza non sono concetti omogenei. Difatti, per informazione si intende il bagaglio culturale ed esperienziale del soggetto; l'attenzione riguarda la vigile consapevolezza del proprio interesse quale consumatore, incluso lo spirito critico e la capacità di selezionare informazioni. Infine, l'avvedutezza si riferisce alla mancanza di superficialità o distrazione nella valutazione delle informazioni. V. MELI, *"Diligenza professionale", "consumatore medio" e regola di de minimis nella prassi dell'agcm e nella giurisprudenza amministrativa* in V. MELI, & P. MARANO (a cura di), *La tutela del consumatore contro le pratiche commerciali scorrette nei mercati del credito e delle assicurazioni*, Giappichelli, Torino, 2011, p. 28.

diligenza richiesta. In questo senso, il legislatore non ha mai inteso creare una sorta di formazione base utile a poter identificare il consumatore “idoneo” ad operare sul mercato, ma ha voluto identificare dei margini di classificazione individuandoli nella capacità di saper essere avveduti rispetto alle operazioni che si intendono realizzare, oltre che in un grado medio di cultura generale. Facendo ciò, il legislatore ha “gravato” il consumatore di una sorta di auto-responsabilità, utile a imprimere nello stesso un senso di responsabilità e consapevolezza al momento di prendere una decisione di natura commerciale¹⁶⁸; così facendo ha spostato la sua posizione da soggetto debole a operatore del mercato.

Passando invece alle modalità con cui l’ordinamento italiano ha recepito le scelte del legislatore europeo, si evidenzia come il legislatore non abbia dato una specifica definizione di questa figura creando così un vuoto di tutela con riferimento al concetto di consumatore medio.

Logica conseguenza di ciò è la necessità di intervenire per colmare questo vuoto normativo individuando una definizione da un lato altamente flessibile e, dall’altro, utile a far chiarezza sui concetti di informazione, attenzione e consapevolezza del consumatore.

Sul punto, è evidente come la materia consumeristica si vada ad intersecare con quella relativa alla protezione dei dati personali e, in questo senso, l’anello di congiunzione è rappresentato dalla trasparenza informativa sia rispetto alla gestione dei dati personali sia rispetto alle informazioni rese disponibili per il consumatore al momento di esercitare la propria scelta.

Ad ogni modo, sia a voler seguire la strada tracciata in materia di trattamento dei dati sia in materia di informazioni da rendere al consumatore, ciò che risulta fondamentale in entrambi i casi è l’individuazione delle informazioni che devono essere fornite al soggetto interessato.

In proposito, il Regolamento generale sulla protezione dei dati (c.d. *GDPR*, Reg. n. 679/2016), ha individuato gli obblighi da rispettare per ritenere assicurati i principi di

¹⁶⁸ 59 L. ROSSI CARLEO, *Dalla comunicazione commerciale alle pratiche commerciali sleali*, in MINERVINI, ROSSI CARLEO (a cura di), *Le pratiche commerciali sleali*, cit., p. 14.

tutela in materia di trattamento dei dati digitali; a riguardo, infatti, il titolare del trattamento dovrà informare il soggetto interessato di eventuali processi decisionali automatizzati e di tutte le conseguenze relative al trattamento dei suoi dati tra cui gli schemi relativi agli algoritmi utilizzati dalle piattaforme¹⁶⁹.

La finalità di una corretta predisposizione e trasmissione delle informazioni indicate dal Regolamento è quella di rendere l'utente/consumatore maggiormente tutelato – e, di conseguenza, libero – di agire nel mercato digitale, una volta reso edotto circa i potenziali rischi e modalità di utilizzo dei propri dati; ovvero, rendere il consumatore “calcolante”, vale a dire, capace di colmare il vuoto informativo, oltre che irrobustire la sua posizione rispetto alla figura dominante del professionista.

In questo senso, tenendo come punto di riferimento quello della trasparenza informativa, la figura del consumatore sarà pronta ad operare opportunamente all'interno della società digitale grazie al nuovo valore assunto dalla sua consapevolezza¹⁷⁰, basata su di un principio di auto-responsabilità utile a favorire un approccio critico rispetto alla realtà digitale¹⁷¹.

¹⁶⁹ A. SAIJA, *Protezione dei dati personali, tutela del consumatore e concorrenza: un rapporto in evoluzione*, in *Eurojus*, Fascicolo speciale *Mercato Unico Digitale, dati personali e diritti fondamentali*, 2020, pp. 103-115. Anche se non è approfondito nel presente contributo, un altro elemento, trattato nell'articolo di A. SAIJA, che si pone al crocevia tra tutela dei dati personali e tutela dei consumatori/utenti di un servizio digitale è la portabilità dei dati. Difatti, come evidenziato dall'art. 20 GDPR, l'interessato ha diritto a ricevere in un formato strutturato, di uso comune e leggibile da dispositivo automatico, i dati forniti a un titolare del trattamento e trasmetterli, senza impedimenti, ad altro titolare oppure ottenerne la trasmissione diretta dal titolare originario al nuovo titolare. Questo diritto si applica: ai trattamenti che hanno come base giuridica il consenso preventivo dell'interessato o un contratto e sono effettuati con mezzi automatizzati. Secondo un orientamento maggioritario, la portabilità rappresenta la massima espressione del diritto dell'interessato al controllo dei propri dati personali. In particolare, consentendo il passaggio dell'utente da un fornitore all'altro, si ha uno strumento per favorire la concorrenza e l'innovazione nel mercato dei servizi digitali promuovendo l'interoperabilità delle piattaforme.

¹⁷⁰ A. PUNZI, *Verso un consumatore digitalmente avveduto? L'intelligenza artificiale e le nuove frontiere della tutela del consumatore*, in S. MASINI (a cura di) *Lo scaffale dell'inganno. Marketing cooperativo e regolamentazione della pubblicità*, Franco Angeli, Milano, 2021, p. 106.

¹⁷¹ Nella sentenza del Tar Lazio, sez. I, 21 luglio 2011, n. 6563, il Tribunale fa riferimento «al comportamento del consumatore (o, più correttamente, al livello di consapevolezza che non può non accompagnare il consumatore nell'assunzione delle scelte economiche): e, conseguentemente, al grado di avvedutezza o diligenza che deve, quale presupposto del responsabile orientamento di queste ultime, integrare il bagaglio conoscitivo di base dell'utente che si ponga quale soggetto all'interno del mercato dell'offerta/domanda di beni e servizi».

2.9 Il consumatore nel nuovo mercato digitale

È innegabile come ad oggi ci si trovi all'interno di un processo evolutivo¹⁷² che ha rivoluzionato e continuerà a rivoluzionare il sistema digitale.

In questo contesto la nuova risorsa fondamentale, come già accennato, sono i dati personali resi disponibili dagli utenti delle piattaforme digitali. Tramite queste informazioni risulta possibile individuare le preferenze dei consumatori e, conseguentemente, proporre allo stesso beni a lui più congeniali.

Da qui si procede con la proposizione dello schema che prevede una profilazione degli utenti a favore di una velocizzazione del mercato.

Per maggior chiarezza si specifica che l'art. 4, *GDPR*, descrive la profilazione come *“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”*.

In questo senso, si comprende bene l'importanza dei dati forniti dagli utenti, dal momento che una migliore profilazione produrrà un mercato maggiormente organizzato e pronto a rispondere alle esigenze degli utenti.

A riprova di ciò, la crescente importanza e valorizzazione dei dati personali è testimoniata anche dalla *“Indagine conoscitiva sui Big Data”* condotta congiuntamente dall'Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni, dall'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato e dal Garante per la Protezione dei Dati Personali si afferma come *“Negli ultimi anni i dati hanno assunto importanza via via crescente nell'organizzazione delle attività di produzione e di scambio, a tal punto da poter essere*

¹⁷² L. AMMANNATI, A. CANEPA, G.L. GRECO, U. MINNECI (a cura di), *Algoritmi, Big Data, piattaforme digitali. La regolazione dei mercati in trasformazione*, Giappichelli, Torino, 2021, p. 221.

*considerati una risorsa economica a tutti gli effetti, anzi la risorsa di gran lunga più importante in molti settori. Infatti, grazie agli avanzamenti nell'ambito dell'Information e Communication Technology (ICT), le organizzazioni tendono a raccogliere dati di qualsiasi tipo, ad elaborarli in tempo reale per migliorare i propri processi decisionali e a memorizzarli in maniera permanente al fine di poterli riutilizzare in futuro o di estrarne nuova conoscenza*¹⁷³.

In questo contesto, risulta necessario assicurare un corretto bilanciamento fra analisi dei dati e tutela dei diritti dei consumatori digitali. In quest'ottica, il Regolamento sui servizi digitale fa riferimento alla necessità di un comportamento responsabile da parte dei prestatori dei servizi da intermediari tale da creare un “*ambiente online sicuro, prevedibile e affidabile* (Considerando n. 3, *Digital Services Act*)”; altresì, lo stesso Regolamento prevede la necessità di ridurre l'incertezza del diritto (Considerando n. 4, *Digital Services Act*) prevedendo una tutela effettiva dei diritti fondamentali dei consumatori (art. 1, *Digital Services Act*).

Come anzidetto, l'operatore che si muove all'interno del mercato digitale si trova ormai soggetto alla propria profilazione tramite la raccolta dei propri dati personali.

Questa dinamica offre spazio a due considerazioni.

La prima ha carattere propositivo e propulsivo nei confronti del mercato, infatti, un'opportuna raccolta di questi dati permette di individuare le preferenze e le scelte del consumatore fino ad arrivare alla possibile creazione di un mercato “*ad hoc*” per l'utente interessato.

D'altra parte, la seconda valutazione che ne discende fa riferimento a quanto il consumatore sia disposto a cedere in termini di analisi dei propri dati in favore della creazione di un mercato più *smart*.

Da qui, il ragionamento conseguente porta a interrogarsi sul grado di libertà e discrezionalità del consumatore all'interno delle sue scelte commerciali.

Sul punto, in dottrina si è evidenziato che “*la società digitale, ponendoci al cospetto di*

¹⁷³ Autorità garante della concorrenza e del mercato, Autorità per le garanzie nelle comunicazioni, Garante per la protezione dei dati personali, *Indagine Conoscitiva sui Big Data*, cit., p. 5.

*macchine sempre più intelligenti e capaci di raccogliere e conservare dati che ci riguardano, pone le premesse per una nuova declinazione del valore della consapevolezza del consumatore*¹⁷⁴.

Nel porsi questo interrogativo assume rilievo decisivo il concetto di discrezionalità dell'utente che si interfaccia col mercato digitale. Del resto, se da una parte le imprese hanno da sempre un forte potere contrattuale, anche grazie alla quantità di dati che riescono ad avere a disposizione, dall'altra, a sua volta, il consumatore attraverso la sua intelligenza critica¹⁷⁵ dovrebbe provare a porsi su un piano di interazione di "pari" livello con la piattaforma; in tal modo, infatti, il consumatore potrebbe essere messo nelle condizioni di conoscere le informazioni utili a compiere le proprie scelte in maniera maggiormente avveduta.

Questo genere di approccio, tra l'altro, potrebbe rappresentare anche un nuovo slancio per il sistema di mercato, dal momento che le imprese sarebbero indotte a migliorare la propria reputazione ponendosi sul mercato in modo tale da rendere il consumatore più consapevole delle scelte che compie.

In questo modo si potrebbe raggiungere l'obiettivo di rendere i soggetti operanti sul mercato sia più informati (consumatori) sia più formati e - di conseguenza - appetibili (imprese).

Dunque, posto che l'obiettivo finale è rappresentato dalla protezione dei dati, da un miglioramento delle condizioni di rispetto del principio di trasparenza e, più in generale, di tutte quelle operazioni utili a rendere il consumatore più consapevole e informato, ci si rende conto come adesso le piattaforme digitali si troveranno a fronteggiarsi dal punto di vista concorrenziale proprio su questi temi. Difatti, gli utenti avendo a disposizione queste informazioni potranno decidere se rapportarsi con piattaforme che raccolgono più o meno dati personali, decidere quanti cederne o

¹⁷⁴ A. PUNZI, *Verso un consumatore digitalmente avveduto?*, op.cit., p. 106.

¹⁷⁵ A. PUNZI afferma che «un'adeguata ed efficace protezione da pratiche scorrette, o comunque da informazioni che ostacolano il pieno esercizio della libertà di decisione, passa anche per l'attivazione dell'intelligenza critica da parte del consumatore». Si veda A. PUNZI, *Il diritto e i nuovi orizzonti dell'intelligenza umana*, in *Analisi giuridica dell'economia*, 18 (1), 2019, p. 16.

ancora decidere se cederli o meno. Insomma, per quanto non si potrà “mai” parlare di equilibrio contrattuale, non si può far a meno di affermare che una tale impostazione avvalora e rivoluziona la figura del consumatore digitale che si troverà a poter esercitare la sua discrezionalità sulla base delle informazioni che lo stesso vorrà concedere.

Ovviamente, tale meccanismo trova maggior riscontro nei casi in cui l'unica controprestazione richiesta dal servizio *online* sia la cessione dei dati personali dell'utente a fronte di un servizio fornito gratuitamente.

È evidente come l'aumentare dei consumatori che svolgono attività *online* ha generato la creazione di nuove modalità di raccolta dei dati, come nel caso dei *social network*. Questi ultimi in particolare hanno rivoluzionato il concetto di utente, il quale non appare più solo come un individuo, ma è diventato un “*generatore di dati personali*”¹⁷⁶ che assumono particolare valore per le imprese che si trovano poi a utilizzare gli stessi su ulteriori mercati di cui l'utente non risulta sempre consapevole.

Proprio per evitare questo genere di inconsapevolezza, lo scenario ormai si è spostato verso la formazione di un consumatore digitalmente responsabile e informato.

In questo senso, la forma di tutela necessaria si dipana in due sensi: obblighi informativi da dover ricevere e maggiore consapevolezza della libertà di esercizio della propria scelta nella gestione dei dati personali, e in questo risultano fondamentali intelligenza critica e intelligenza artificiale¹⁷⁷.

Per rendere più concrete queste nuove dinamiche si ritiene opportuno richiamare i casi in cui alcuni *social network* hanno subito l'intervento delle autorità garanti a causa delle loro modalità operative. In particolare, si segnalano i casi che hanno visto come protagonisti *Facebook* e *Whatsapp*; in entrambi i casi, infatti, sono state considerate “aggressive” le modalità con cui le piattaforme richiedevano il consenso degli utenti all'utilizzo dei propri dati personali.

In questi casi, l'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato, al fine di

¹⁷⁶ V. BONAMINI PEPOLI, *Op. cit.*

¹⁷⁷ V. BONAMINI PEPOLI, *Op. cit.*

promuovere una maggiore tutela dei consumatori ha evidenziato la necessità di una maggiore informazione messa a disposizione degli utenti al fine di favorire un maggior livello di consapevolezza nelle scelte.

Chiarito ciò, però, risulta necessario provare a definire i confini del grado di diligenza richiesto all'utente e, sul punto, la dottrina ha sì è interrogata sul quanto gli strumenti digitali a disposizione dell'utente possano rendere lo stesso maggiormente tutelato.

Dunque, l'interrogativo fondamentale risulta essere, da un lato, se la disponibilità di nuovi strumenti digitali possa adiuvarne il consumatore nelle scelte relative alla cessione dei propri dati e - in conseguenza di ciò -, dall'altro, se la disponibilità di strumenti utili ad assicurare una maggiore consapevolezza possa portare ad un innalzamento della soglia per la definizione di "consumatore medio digitale".

Sui dubbi sollevati dalla dottrina ha provato a dare delle indicazioni e fornire degli orientamenti la giurisprudenza che con diverse pronunce ha cercato di valorizzare e concretizzare il concetto di responsabilità del consumatore. In questo senso, la dottrina non fa riferimento a un maggior grado di attenzione, ma individua il concetto di responsabilità facendo riferimento a *"un ideale regolativo delle politiche in materia consumeristica e forse anche il principio ispiratore di un vero e proprio processo di educazione della cittadinanza, fin dall'età scolare, ad un corretto, informato, intelligente approccio alle decisioni di acquisto"*¹⁷⁸.

Tale valutazione suscita non poco interesse dal momento che per la prima volta si ipotizza una sorta di insegnamento, un'educazione, della cittadinanza all'utilizzo dei *social network* e - più in generale - delle piattaforme digitali. Dunque, si ritiene necessario un nuovo intervento educativo che però non potrà essere destinato esclusivamente ai figli di questa rivoluzione digitale, ma anche a coloro che l'hanno vissuta e che la stanno vivendo.

Proprio in virtù dell'importanza di ciò, sarà utile soffermarsi sui primi soggetti individuati, vale a dire su coloro che si troveranno a vivere in questo nuovo contesto di mercato e - ancor di più - sui soggetti minorenni, i quali non hanno più - almeno

¹⁷⁸ A. PUNZI, *Verso un consumatore digitalmente avveduto? L'intelligenza artificiale e le nuove frontiere della tutela del consumatore*, cit., pp. 110-111.

apparentemente - alcuna difficoltà a rapportarsi col mondo digitale, unico mondo che tra l'altro hanno avuto modo di sperimentare.

D'altra parte, a tanta semplicità non sembra corrispondere lo stesso grado di attenzione, ma su questo avremo modo di approfondire successivamente.

Tornando, invece, alla demarcazione dei ruoli e delle figure attive sul mercato digitale, appare fondamentale prestar attenzione al già richiamato concetto di asimmetria informativa che sta alla base di ogni rapporto. Da questo punto di vista sarà determinante ridurre questo dislivello, innalzando dall'altro lato il principio di responsabilità del consumatore¹⁷⁹.

Una tale logica sembrerebbe pesare esclusivamente a carico dell'impresa digitale, ma, in realtà, una sorta di "parificazione informativa", produrrebbe un irrobustimento del principio di responsabilità del consumatore, il quale posto su di un pari piano rispetto al professionista non potrebbe più appellarsi all'atavico squilibrio caratterizzante questi rapporti.

Sul punto, la base di partenza non può che essere rappresentata dall'art. 4 del Codice del Consumo, che prova a definire il concetto di "educazione del consumatore", specificando che:

“1. L'educazione dei consumatori e degli utenti è orientata a favorire la consapevolezza dei loro diritti e interessi, lo sviluppo dei rapporti associativi, la partecipazione ai procedimenti amministrativi, nonché la rappresentanza negli organismi esponenziali.

2. Le attività destinate all'educazione dei consumatori, svolte da soggetti pubblici o privati, non hanno finalità promozionale, sono dirette ad esplicitare le caratteristiche di beni e servizi e a rendere chiaramente percepibili benefici e costi conseguenti alla loro

¹⁷⁹ M. P. PIGNALOSA, *Il consumatore calcolante*, «Lo Stato deve assicurare l'uguaglianza sostanziale, e non solo formale, e a questo scopo impone al professionista l'obbligo di informare il consumatore (e non più l'onere) proprio per renderlo edotto, educato attraverso l'informazione e dunque calcolante. E ciò per consentirgli di superare il genetico gap informativo, la debolezza che connota il suo rapporto con il professionista, rendendolo in questo modo libero di scegliere ed esercitare consapevolmente la sua autonomia privata».

scelta; prendono, inoltre, in particolare considerazione le categorie di consumatori maggiormente vulnerabili”.

Seppur molto chiaro nella sua esposizione, non vengono individuati dei confini ben definiti.

A ciò, bisogna aggiungere il fatto che al giorno d’oggi l’educazione del consumatore non potrà prescindere dalla presenza dell’intelligenza artificiale la quale potrà essere utilizzata per permettere al consumatore di prendere decisioni maggiormente consapevoli. Di conseguenza, la forma più concreta di educazione del consumatore si andrà a concretizzare nella sua miglior formazione rispetto allo sfruttamento di tutto il patrimonio di strumenti e di meccanismi di mercato utili a creare un dialogo fra intelligenza cognitiva e intelligenza artificiale¹⁸⁰, e, ciò dovrà mettere il consumatore nelle condizioni di esercitare scelte realmente consapevoli, con una consapevolezza derivante dalla conoscenza delle dinamiche di mercato, reali e digitali.

In questo senso, la dottrina ha infatti rappresentato che *“solo una nuova cultura tecnoumanistica potrà consentirci, di qui a qualche anno, di liberarci dalla paura degli algoritmi ed imparare nuovamente a pensare e a decidere di fronte allo scaffale di un supermercato come allo schermo di un negozio virtuale”*¹⁸¹, tracciando la strada verso una necessaria collaborazione fra mondo fisico e mondo digitale; strada che sembra essere l’unica percorribile per evitare la disumanizzazione sociale, sia con riferimento al mondo digitale che a quello reale.

2.10 La “privacy by design” e il caso “Whatsapp Pay”

Le trasformazioni derivanti dalla rivoluzione digitale hanno rivoluzionato il concetto

¹⁸⁰ V. BONAMINI PEPOLI, *Op. cit.*

¹⁸¹ A. PUNZI, *Verso un consumatore digitalmente avveduto? L’intelligenza artificiale e le nuove frontiere della tutela del consumatore, cit.*, p. 112

di sfera privata da un duplice punto di vista, il primo con riferimento alle informazioni che vengono cedute dall'individuo-consumatore, e il secondo rispetto alle informazioni che vengono assunte, in una sorta di scambio informativo che però non è sempre consapevole.

Dato il valore crescente assunto dal mercato delle informazioni si è sviluppata la necessità di prevedere dei sistemi di tutela idonei a sopportare lo “stress” derivanti dal continuo scambio di dati personali e, sul punto, la dottrina ha utilizzato il termine di “corpo elettronico”¹⁸² per rappresentare la “*forma disincarnata dell'individuo*”¹⁸³ richiedente opportuna tutela.

Punto di partenza per analizzare al meglio lo sviluppo della figura del consumatore digitale per arrivare alla sua caratterizzazione all'interno della rivoluzione digitale è quello derivante dal concetto di “*privacy by design*” e su come i *social network* e – più in generale – le piattaforme digitali, si confrontano con esso.

Il concetto di *privacy by design*¹⁸⁴ si sviluppa prima in dottrina per poi essere recepito a livello europeo tramite il *GDPR*. Al momento della sua elaborazione, questo principio prevedeva che le regole in materia di tutela della *privacy* dovessero essere assicurate già fin dal momento della progettazione dei siti o delle piattaforme, così da assicurare già in partenza un'adeguata tutela nei confronti degli utenti di cui venivano raccolti dati e informazioni personali; dunque, l'obiettivo è quello di tutelare il trattamento di tutti i dati raccolti nella grande massa dei consumatori (c.d. *big data*) sin dall'inizio¹⁸⁵ tramite la previsione di misure utili a prevenire un trattamento illecito dei suddetti dati.

In virtù di ciò, dunque, l'attenzione si sposta sulla progettazione dei nuovi servizi digitali che dovranno essere elaborati in maniera tale da assicurare la protezione della

¹⁸² S. RODOTÀ, *Il mondo nella rete, quali i diritti quali i vincoli*, Laterza, Roma-Bari, 2014.

¹⁸³ V. BONAMINI PEPOLI, *Op. cit.*

¹⁸⁴ Nel 1979, nel corso della trentaduesima Conferenza mondiale dei Garanti della Privacy il concetto di *privacy by design* assume la rilevanza di principio internazionale.

¹⁸⁵ Le linee guida 4/2019 adottate dal Comitato europeo per la protezione dei dati afferma che le misure tecniche e organizzative e le garanzie necessarie devono essere “progettate” alla luce di un'adeguata protezione dei diritti e delle libertà fondamentali delle persone fisiche e, in particolare, del diritto alla protezione dei dati personali, così come evidenziato dall'art. 1, comma 2 *GDPR*.

privacy dell'utente da ogni possibile violazione. Ovviamente, questa forma di tutela dovrà essere prevista non solo nella fase di inizializzazione del prodotto e di primo utilizzo, ma dovrà essere assicurata per tutta la durata di fruizione del servizio stesso; in sintesi, una tutela preventiva che deve essere assicurata per tutta la durata del trattamento dei dati.

Così strutturato, il concetto di *privacy by design* si pone come una nuova formulazione del concetto di tutela che era stato formulato a livello europeo attraverso il “principio di necessità”¹⁸⁶, che si pone come “*l'intento del legislatore europeo di rendere assai più rigorosa la tutela: i dati devono essere adeguati, pertinenti e limitati a quanto necessario rispetto alle finalità per i quali sono trattati*”¹⁸⁷.

Il tema oggetto di questa ricerca non può che mettere necessariamente a confronto tecnologia e diritto, i quali devono essere analizzati congiuntamente; difatti, se la tecnologia trova il suo spazio all'interno dei comportamenti umani prima della verifica dei fatti, il diritto cerca di intervenire e regolare quelle che sono le conseguenze del fatto¹⁸⁸.

Come già anticipato nel primo capitolo di questa trattazione, il diritto dovrà essere elaborato ed interpretato di pari passo con quella che risulta essere l'evoluzione tecnologica¹⁸⁹; pertanto, saranno necessari interventi flessibili e adattabili ai diversi ambiti e contesti con cui gli individui si troveranno a confrontarsi¹⁹⁰.

¹⁸⁶ C. COLAPIETRO, *Il diritto alla protezione dei dati personali in un sistema delle fonti multilivello, Il Regolamento UE 2016/679 parametro di legittimità della complessiva normativa italiana sulla privacy*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2018, p. 91.

¹⁸⁷ M.G. STANZIONE, *Genesi ed ambito di applicazione*, in S. SICA, V. D'ANTONIO, G.M. RICCIO (a cura di), *La nuova disciplina europea della privacy*, CEDAM, Padova, 2016, p. 22.

¹⁸⁸ «Code and law regulate our behavior in different ways; while the law typically regulates behavior after the fact, code or architecture regulates “more directly,” as “present constraints.” These differences are important, as a practical matter, to the “legal engineering” choice of how to regulate different kinds of activities». L. TIEN, *Architectural regulation and the evolution of social norms*, 7 Yale J. L. & Tech. 1, 2004, p. 3.

¹⁸⁹ G. BINCOLETTI, *La privacy by design: un'analisi comparata nell'era digitale*, Student Paper n. 35, Università di Trento, 2017, p. 89.

¹⁹⁰ F. PIZZETTI, *Privacy e il diritto europeo alla protezione dei dati personali. Il Regolamento europeo 2016/679, i principi posti alla base dell'intera disciplina sulla privacy devono essere interpretati in modo*

Se strutturato in questo modo, il concetto di *privacy* tenderà a tutelare in maniera adeguata il trattamento dei dati personali del consumatore tramite la maggior trasparenza informativa assicurata dalle piattaforme che assicurerà la possibilità di conoscere le modalità con cui le proprie informazioni private verranno utilizzate.

Difatti, il problema principale che si pone in materia è quello relativo all'asimmetria informativa esistente fra la piattaforma che predispone il proprio sistema informatico e utente che se vuole interfacciarsi con esso non può che accettare le condizioni richieste per il suo utilizzo; in questo modo, invece, prevedendo e permettendo un'adeguata informazione si rende il soggetto consapevole di ciò che accade con i suoi dati in modo tale che possa essere in condizione di effettuare delle scelte ponderate in relazione allo sfruttamento dei propri dati personali¹⁹¹.

È questo il modo in cui si ritiene possibile che si possa trovare un punto d'incontro fra tecnologia e diritto, vale a dire tramite questo concetto di trasparenza informativa, utile a trasmettere una duplice chiarezza, da una parte, nel senso dell'utilizzo di un linguaggio "*user-friendly*"¹⁹², utile a consentire all'utente una reale comprensione della regolamentazione e, dall'altra, nell'ottica di una sorta di garanzia digitale per gli utilizzatori delle piattaforme cui verrebbe garantito un adeguato livello di protezione.

Chiarito ciò, adesso risulta opportuno analizzare il presente fenomeno alla luce della

flessibile, così che siano adattabili ai diversi casi concreti. L'approccio è elastico e sostanzialistico; la protezione dei dati personali si adatta al dato e alla sua esistenza in «un'attuazione strettamente condizionata dalla concretezza della situazione di fatto». F. PIZZETTI, *Privacy e il diritto europeo alla protezione dei dati personali. Il Regolamento europeo 2016/679*, II, Giappichelli, Torino, 2016, p. 43 ss.

¹⁹¹ L. TIEN in *Architectural regulation and the evolution of social norms* afferma che: «This ignorance has normative implications. To say that a system is wrongly designed, or that it should have been designed differently, requires knowledge about design options and tradeoffs. If information about alternative design options does not reach the public, a basis for such normative judgments vanishes. But even if the public did perceive bad design, it might not perceive it as wrong design without knowledge that there was a decision to design it that way. Where equipment affects privacy, lack of knowledge is especially important because it is often difficult to detect privacy invasions». L. TIEN in *Architectural regulation and the evolution of social norms*, cit., p.18.

¹⁹² G. BINCOLETTO «Una soluzione prospettabile [...] potrebbe essere una maggiore diffusione capillare delle campagne pubblicitarie e sociali sulla privacy, per aumentare la conoscenza generale e generare una sensibilità attenta anche nell'uomo comune». G. BINCOLETTO, *La privacy by design: un'analisi comparata nell'era digitale*, cit., p. 93.

transizione digitale in atto e in questo senso risulta utile soffermarci sulle nuove modalità di pagamento elettronico tramite l'utilizzo dei *social network*. In particolare, si fa riferimento al caso “*Whatsapp Pay*”, piattaforma già lanciata in India, che consente agli utenti di effettuare pagamenti fra loro, oltre che di effettuare acquisti *online*; la peculiarità di questo servizio sta nel fatto che gli spostamenti di denaro sulla piattaforma sono esenti da commissioni; il denaro non esce dal sistema bancario, dal momento che la piattaforma risulta essere solo uno strumento per effettuare degli ordini verso un istituto di credito tramite un sistema di pagamento *UPI*¹⁹³.

Fin da subito, dato il coinvolgimento di dati bancari, si comprende come il concetto di *privacy by design* debba essere necessariamente sollecitato con particolare attenzione a tutti i dati gestiti da *Whatsapp*; di conseguenza, tutti gli utenti dovranno essere consapevoli dell'utilizzo fatto dei propri dati e ciò dovrà essere reso possibile tramite informazioni comprensibili da chiunque.

L'ultimo aspetto segnalato nel paragrafo precedente relativo alla comprensibilità delle informazioni fornite dalla piattaforma, consente l'analisi della figura del consumatore e della sua evoluzione, anche in una prospettiva evolutiva della stessa.

L'art. 25 del *GDPR* prevede la disciplina del concetto di *privacy by design* e specifica che il titolare del trattamento dei dati deve prevedere tutte le misure idonee a garantire il trattamento stesso. In questo senso, la responsabilità si basa sulla valutazione del rischio (Considerando n. 75 e 76 del *GDPR*) derivante dalla finalità, dalla natura e dai rischi per gli utenti derivanti dal trattamento.

Nel caso di *Whatsapp Pay* all'utente deve essere garantita la tutela dei dati utilizzato all'interno della relazione fra istituto di credito e *app (Whatsapp)*.

¹⁹³ L'*Unified Payments Interface* è un sistema di pagamento in tempo reale sviluppato dalla *National Payments Corporation of India*, un'organizzazione per la gestione dei pagamenti al dettaglio e dei sistemi di regolamento in India.

2.11 La ricerca di un consenso “reale”: un dialogo con gli utenti

Come già ampiamente rappresentato nei paragrafi precedenti, la rivoluzione digitale ha posto le basi – o, meglio, la necessità – di una riqualificazione del concetto di consumatore e, nel nostro caso, di consumatore medio. Questo dovrà essere formato con un livello di consapevolezza che non baserà più esclusivamente sul concetto di informazione fornita nella fase di conclusione del contratto, ma l’asimmetria informativa dovrà essere colmata tramite l’utilizzo della propria intelligenza cognitiva supportata dalle opportunità messe a disposizione dall’intelligenza artificiale.

Dal punto di vista della tutela all’interno del mercato digitale, questa si dovrà esplicitare un modo duplice: da una parte tramite la previsione di sempre più utili e opportuni obblighi informativi posti a carico delle piattaforme e, dall’altro, tramite il richiamato dialogo tra intelligenza cognitiva e artificiale.

Così formato, il consumatore dovrebbe essere in grado di rapportarsi al “nuovo” mondo in modo tale da minimizzare i rischi derivanti dallo stesso.

Una tale ricostruzione non va più considerata esclusivamente in via ipotetica dal momento che l’utente è ormai classificato come un generatore di dati personali e – di conseguenza – il suo valore va calibrato secondo i nuovi dettami utilizzati dall’economia digitale.

La ricostruzione condotta relativamente al concetto di dato personale, alla sua valorizzazione, alla sua “patrimonializzazione” e, ancora, alla sua consapevole utilizzazione, conducono a una necessaria considerazione.

Infatti, per quanto la digitalizzazione abbia diminuito – almeno apparentemente – il valore del consenso in favore di una maggiore rapidità degli “scambi”, la ricostruzione fornita dai Giudici della Corte di Giustizia ha rimesso al centro il valore del consenso degli utenti.

Così formulato sembra che questa possa essere una prima risposta alla presente ricerca, ma ciò non può ovviamente bastare.

Infatti, se in questo senso si sta cercando di tornare a una considerazione e

valutazione “reale” del consenso al trattamento dei propri dati personali, risulta opportuno comprendere come assicurare ciò ai singoli individui.

Ad oggi, l'utilizzazione e la raccolta dei dati personali sono diventati argomenti fondamentali. Ciò deriva dal fatto che gli individui sono diventati sempre più centrali all'interno del mercato digitale perché maggiormente consapevoli delle loro “scelte digitali”.

Questo cambio di approccio deriva dal fatto che è cresciuta la consapevolezza in relazione al valore delle proprie informazioni personali, anche con particolare riferimento ai propri dati sensibili. In virtù di ciò, sta cambiando il rapporto fra le piattaforme digitali e gli utenti che si interfacciano con le stesse, e il *focus* si è spostato in favore della necessità di creare un rapporto di fiducia dove si attribuisce ai dati un valore reale.

L'attenzione adesso si rivolge verso la necessità di far comprendere agli utenti i vantaggi derivanti dall'utilizzo dei dati e, di conseguenza, elemento fondamentale diventa la corretta comunicazione dei vantaggi derivanti dalla concessione dei propri dati.

Si passa così da una piattaforma digitale che prima “costringeva” l'utente a cedere i suoi dati, ad una piattaforma che ora deve “coinvolgere” lo stesso nel momento decisionale; e ciò permetterà agli individui di compiere scelte più consapevoli dal momento che la più ampia comprensione dei contenuti, delle offerte e dell'utilizzazione dei propri dati permetterà agli utenti di essere soggetti attivi del processo di gestione del consenso. Ciò, oltre ad assicurare maggiore consapevolezza creerà un'opportunità di rafforzare le relazioni fra aziende e consumatori.

Al giorno d'oggi, uno degli strumenti più diffusi per la raccolta del consenso è l'utilizzo della *cookiebar*, utile ad esprimere le proprie scelte in merito all'installazione o meno dei cookie utilizzati per archiviare le informazioni dei clienti.

Questo nuovo approccio che mette al centro l'utente deve assicurare un livello di trasparenza utile a rendere l'utente informato in maniera esaustiva sul motivo di utilizzazione dei propri dati. Tale obiettivo potrà essere raggiunto tramite diverse modalità informative: una corretta comunicazione degli obiettivi per cui vengono

raccolti i dati; la spiegazione su come verranno impiegati i dati; l'indicazione delle misure di protezione previste in materia di *privacy* e corretta gestione dei dati; la condivisione dei benefici derivanti.

Proprio attraverso lo scambio di queste informazioni sarà possibile un consenso reale che sarà utile non solo ad assicurare una consapevolezza da parte degli utenti, ma anche a creare un rapporto più utile fra piattaforma e utenti.

Una ricostruzione del genere apre a prospettive di collaborazione tali da ispirare maggior fiducia nel mercato digitale grazie a nuove forme di collaborazione fra aziende e utenti. Tra l'altro, ciò non risulta utile solo ad implementare la *privacy* e l'autonomia delle persone, ma a sua volta prevede un beneficio anche per le aziende; infatti, dei dati concessi con la consapevolezza del loro utilizzo – essendo al corrente anche della finalità del loro utilizzo – danno la possibilità di creare dei servizi maggiormente rispondenti alle esigenze degli utenti.

Dunque, si può affermare che una maggiore consapevolezza da parte degli utenti creerebbe dei rapporti mutualmente vantaggiosi, infatti da una parte le aziende potrebbero creare delle relazioni più stabili con i clienti e, dall'altro, gli utenti (clienti) acquisterebbero sempre maggiore consapevolezza in relazione alla concessione e al successivo utilizzo dei propri dati.

3. Minori, rete, consenso e società

3.1 La società e i “nativi digitali”

In via preliminare rispetto alla trattazione che andrà a caratterizzare la parte finale di questa ricerca avente natura giuridico-antropologica, si impone un’analisi del rapporto fra l’evoluzione digitale della società e la figura del minore sotto i più diversi aspetti, di normazione, di caratterizzazione, di armonizzazione, di consenso e di effettiva e necessaria tutela dello stesso.

Come ben noto, i motori di ricerca, i *social media*, le diverse piattaforme di *streaming* hanno rivoluzionato il mondo digitale; se da una parte, l’impatto è stato evidente (si fa riferimento agli individui “adulti” durante la rivoluzione digitale), dall’altro, è interessante evidenziare come a una prima analisi la generazione dei “nativi digitali” sembra aver colto a pieno e beneficiato delle nuove opportunità offerte loro, senza aver mutato il proprio approccio al vivere quotidiano.

Una tale riflessione sembra condurre verso una riflessione secondo cui i soggetti che originariamente l’ordinamento considera come deboli – e in quanto tali meritevoli di maggior tutele – potrebbero essere proprio quelli che ne necessitano di meno, a scapito, invece, di coloro che teoricamente dovrebbero essere maggiormente pronti a fronteggiare le nuove istanze promosse dalla società.

Un ragionamento orientato esclusivamente in questo senso però potrebbe risultare riduttivo, però, non si può far a meno di evidenziare come tale argomento crei un conflitto generazionale da cui la presente trattazione non può prescindere.

Dunque, punto di partenza risulta sicuramente la presa di coscienza in relazione al fatto che i servizi ad oggi proposti dalla società dell’informazione sono ampiamente accessibili a minori che – va chiarito – di conseguenza, risultano fra i principali fruitori degli stessi.

Se da un punto di vista antropologico una tale lettura potrebbe essere analizzata da un punto di vista diverso in relazione all’approccio dei fruitori dei servizi stessi, d’altra

parte risulta essenziale comprendere come tali dinamiche si vadano a riflettere sul nostro ordinamento dal momento che il coinvolgimento di istituti civilistici in tali casi è ovviamente continuo. Basti pensare, ad esempio, al fatto che per la sola possibilità di utilizzare una piattaforma digitale un minore dovrà accettare termini e condizioni di utilizzo già predisposti, creandosi già un rapporto contrattuale; se a questa prima considerazione si aggiunge il fatto che nell'ordinamento italiano la capacità di concludere un contratto si acquisisce in conseguenza della maggiore età, allora tutti i contratti "sottoscritti" dai minori dovrebbero considerarsi invalidi. Proprio in virtù di queste nuove dinamiche, il legislatore e di concerto la giurisprudenza hanno previsto delle eccezioni con riferimento a quelle azioni che si possono considerare "quotidiane" anche per i soggetti minori di età (acquisto di biglietti *online*, concerti, viaggi, ecc.). Non si può però fare a meno di notare come tali azioni possano dipendere anche dal grado di libertà concessa da un genitore ai propri figli e per questo risulta necessario provare a fissare dei limiti per governare queste fattispecie.

Un aiuto in questo senso ci viene già fornito sia dalla legislazione nazionale sia da quella sovranazionale; nello specifico, l'art. 8 del *GDPR* individua la soglia dei sedici anni come discriminare per poter o meno manifestare il proprio consenso al trattamento dei propri dati personali; al di sotto di tale soglia, il consenso dovrà essere prestato da coloro che esercitano la responsabilità genitoriale. Inoltre, il Regolamento in questione ha previsto in capo agli Stati Membri anche la possibilità di abbassare questa soglia; l'Italia, per esempio, ha individuato il proprio limite, al di sotto del quale sarà necessario il consenso dei genitori, in quattordici anni di età.

Appurati questi limiti però ci si rende conto come questi non possano esaurire le tutele per i soggetti di minore età; difatti, lo step successivo è quello di individuare delle modalità per poter conoscere l'età effettiva degli utenti. Uno degli esempi più famosi in relazione a questa circostanza è il caso "*TikTok*" del 2022, dove il Garante italiano per la protezione dei dati personali ha condannato il servizio digitale a sospendere il trattamento dei dati di tutti gli utenti di cui non si riuscisse ad accertare l'età.

Questo è solo la premessa da cui si muoverà la nostra indagine finale volta a

comprendere da un lato quali siano le tutele in favore dei minori che si interfacciano con piattaforme *online* e/o che “stipulano” contratti telematici e, dall’altro, comprendere quanto i “nativi digitali” necessitino di maggiori tutele rispetto a coloro che esercitano la loro responsabilità genitoriale.

3.2 Minori: realmente soggetti deboli?

Si è detto come l’incremento e l’espansione dei servizi di rete hanno causato dapprima la nascita del mondo contrattuale telematico e, a adesso, quella che chiamiamo la “rivoluzione digitale”.

Dunque, risulta chiaro come ad oggi i rapporti telematici siano diventati la forma ordinaria nei rapporti di scambio fra consumatori e piattaforme digitali.

Se in partenza, si è già considerata la dinamica relativa allo squilibrio informativo fra parte digitale e consumatore a causa della già richiamata asimmetria informativa, non può che risaltare ancor di più l’ipotetico sfalsamento nel rapporto fra piattaforma digitale e minore di età dal momento che gli stessi vengono ritenuti dall’ordinamento maggiormente “vulnerabili” perché ancora meno consapevoli rispetto a ciò che può significare prestare il proprio consenso al trattamento dei dati personali, come anche iscriversi a una piattaforma *social* o concludere un contratto *online*. Così, se il consumatore “ordinario” diventa parte debole del contratto solo nel momento in cui si interfaccia con le piattaforme *online*, il minore di età meriterebbe tutela proprio in funzione del suo *status* che lo rende legalmente incapace¹⁹⁴.

Con riferimento a questo concetto, però, non si può prescindere dal considerare che l’incapacità del minorenne risulta essere uno *status* particolare rispetto al concetto generale di incapacità; difatti, proprio il nostro ordinamento nel disciplinare tale figura introduce una sorta di presunzione di immaturità dei soggetti minori.

Sotto questo punto di vista, però, da parte mia non si può sottovalutare le nuove

¹⁹⁴ E. ANDREOLA, *Minori e Incapaci in Internet*, *Diritto privato. Nuovi orizzonti*, 13, 2019.

capacità dei minori che “vivono” il web come una nuova casa e – proprio in virtù di ciò – si ritiene opportuno evidenziare tale aspetto. A riguardo l’ordinamento sembrerebbe far fronte a questa realtà considerando alcuni settori in cui si può esplicitare una sorta di capacità d’agire anticipata e autorizzata, facendo una differenza fra ciò che possono fare e non fare minori d’età.

In virtù di quanto sopra riportato, risulta necessario comprendere se quanto previsto – tradizionalmente - dal nostro legislatore sia utile e adeguato a gestire le nuove istanze derivanti dalla rivoluzione digitale, anche in questo particolare contesto, dove il concetto di “spersonalizzazione” sta conducendo a una apparente dispersione della volontà della “persona” in favore di procedure quasi totalmente automatizzate¹⁹⁵.

Prevedere una sorta di regolamentazione per il mondo digitale – per quanto l’attuale obiettivo dei legislatori di tutto il mondo si a questo – risulta quanto mai complicato, tanto che allo stato il panorama legislativo appare quanto mai frammentato.

Fra le varie motivazioni poste alla base di ciò, vi è il fatto che *Internet* “vive di vita propria”, cresce e si sviluppa a una rapidità senza precedenti, seguendo le stesse leggi con la natura tesse le sue reti”¹⁹⁶. Allo stesso modo, il fatto stesso che la figura del minore è stata considerata tradizionalmente in via residuale dall’ordinamento ha reso complesso comprendere le effettive dinamiche del rapporto fra minori e *Internet*.

Il punto è che, ad oggi, *Internet* è diventato – volenti o nolenti – il punto di massimo sfogo della socializzazione per i minori, e, pertanto, risulta fondamentale indagare questo nuovo panorama proposto alla società non più in chiave tradizionale, ma soprattutto sociologico-giuridica; ciò, dal momento che i due piani non possono più prescindere l’uno dall’altro.

Un esempio chiarificatore di queste nuove dinamiche viene fornito da Clay Shirky, il quale racconta come “*la figlia di un suo amico, una bambina di quattro anni, stava*

¹⁹⁵ S. RODOTÀ, *Il mondo nella rete. Quali i diritti, quali i vincoli*, Laterza, Roma-Bari, 2014, 33.

¹⁹⁶ A. BARABASI, *Linked. The New Science of Networks*, Cambridge, Perseus, 2002 (trad. it. *Link. La scienza delle reti*, Torino, Einaudi, 2004, 169).

guardando un dvd quando, nel bel mezzo del film, era saltata giù dal divano per frugare tra i cavi dietro il televisore. Alla domanda del papà: «Che stai facendo?», la piccola rispose: «Cerco il mouse». I bambini di quattro anni sanno già che a uno schermo senza il mouse manca qualcosa: una volta trovato, però, è importante che ne facciano buon uso»¹⁹⁷.

Tornando all'analisi della qualificazione del minore come "soggetto debole", non si può prescindere da un'analisi sul concetto di "sicurezza" della rete, il quale al suo interno vede numerosissime sfaccettature che vanno dal concetto di *privacy* a quello di *best practice* utili a tutelare il soggetto minore che si rapporta con la rete e con tutti quei pericoli che potrebbero comportare un danno – fisico e non – nei confronti dello stesso.

Proprio qui si ritrova un punto fondamentale, che se inizialmente potesse sembrare essere stato elaborato per la tutela dei minori, secondo la mia chiave di lettura dovrebbe estendersi più in generale a ogni fruitore della rete; si fa riferimento al concetto di "educazione digitale", di cui si dovrebbe tener conto dal legislatore all'educatore all'utilizzo della rete¹⁹⁸.

Per analizzare quanto sopra individuato bisogna in primo luogo comprendere quelle che sono le minacce derivanti dalla rete; infatti, se da una parte si ha a disposizione uno strumento che permette una comunicazione e un interfacciarsi tendenzialmente universale, dall'altra, vi sono una serie di pericoli che alle volte possono essere sottovalutati e di cui solo adesso stiamo cominciando a comprenderne la portata. A riguardo, non si può far a meno di ricordare tutti i casi di furto d'identità, le violazioni della *privacy*, il furto di dati sensibili, le truffe *online*, ecc.; e questi sono solo alcuni dei pericoli cui giornalmente è esposto l'utente che interagisce con il *web*. Ovviamente, ad ogni minaccia si cerca di far fronte tramite studi e ricerche idonee a sviluppare e aggiornare costantemente delle *policy* di sicurezza utili a creare situazioni di pericolo,

¹⁹⁷ A. IANNACCONE, *Internet@Minori. Tra rischi e Opportunità, Orizzonti di lettura*, p. 146.

¹⁹⁸ D. ALFIERI, *Internet: quando la "rete" cattura i minori*, *Rivista Italiana di Informatica e Diritto*, ISSN 2704-7318, Fascicolo 1-2022.

ma lo strumento più efficace e utile a minimizzare il rischio – come in tanti ambiti della scienza – risulta essere la conoscenza e, ancora di più, l’educazione digitale, nella veste di una formazione volta alla prevenzione dalle minacce informatiche, che dovrà essere impartiti al di là dei limiti di età che sono stati individuati come discriminanti per determinare il rischio e la “debolezza” di un utente.

Con riferimento alla suddetta differenza, infatti, va evidenziato come la rapidità di apprendimento dei minori risulta di gran lunga superiore rispetto a quella degli adulti, i quali sembrano più rassegnati all’evoluzione digitale, senza potersi opporre, ma – allo stesso tempo – senza impegnarsi a fondo per comprenderla e dominarla.

Proprio da qui il mio focus relativo alla necessaria comprensione e individuazione del soggetto debole nel nuovo mondo digitale.

Chiarito questo punto di vista, ora si ritiene opportuno spostare la nostra attenzione sull’impatto di Internet sui minori e comprendere le dinamiche che nascono da questa relazione analizzandone le possibili soluzioni in termini educativi rispetto alle nuove generazioni.

Il dato da cui non si può prescindere è il fatto che *Internet* sia diventato parte integrante della vita sia dei bambini che dei giovani non ancora maggiorenni, offrendo loro ogni genere di opportunità, seppur in veste digitali; dunque, già da qui bisogna essere consapevoli che i minori e Internet hanno un rapporto privilegiato rispetto agli adulti “rassegnati” alla digitalizzazione.

Se prima, l’opportunità di connettersi a Internet era un qualcosa destinato a pochi, adesso il concetto di connessione è diventato propugnatore delle pari opportunità per i minori. Dunque, se da una parte l’ambiente *online* prova a volgersi anche verso una promozione delle opportunità dei minori, dall’altra, i rischi cui possono essere esposti danno vita a potenziali danni, soprattutto a causa del fatto che la rete, smaterializzando i rischi, aumenta l’esposizione al rischio degli stessi.

In questo senso, il necessario intervento del legislatore dovrebbe concentrarsi sull’educazione dell’utente al punto da prevenire e scongiurare l’esposizione e notizie scorrette; la potenziale discriminazione e i potenziali abusi; il rischio di potenziali

rapporto contrattuali inficiati da un consenso estorto con inganno dai soggetti coinvolti.

A livello internazionale, si ritiene che la problematica vada trattata a livello generale, al fine di prevedere la protezione dei soggetti minori; in tal senso, si prevede la necessità di incrementare gli strumenti messi a disposizione degli utenti per incrementare le capacità per navigare in rete in maniera corretta.

Una panoramica di ciò viene ben fornita dal Considerando n. 38 del *GDPR* (Regolamento *Privacy* UE/2016/679), laddove rappresenta che: *“I minori meritano una specifica protezione relativamente ai loro dati personali, in quanto possono essere meno consapevoli dei rischi, delle conseguenze e delle misure di salvaguardia interessate nonché dei loro diritti in relazione al trattamento dei dati personali. Tale specifica protezione dovrebbe, in particolare, riguardare l'utilizzo dei dati personali dei minori a fini di marketing o di creazione di profili di personalità o di utente e la raccolta di dati personali relativi ai minori all'atto dell'utilizzo di servizi forniti direttamente a un minore. Il consenso del titolare della responsabilità genitoriale non dovrebbe essere necessario nel quadro dei servizi di prevenzione o di consulenza forniti direttamente a un minore”*.

Individuati i termini delle previsioni internazionali, a livello nazionale si evidenzia come l'Autorità Garante per l'Infanzia e l'Adolescenza (AGIA) ha steso il documento *“La tutela dei minorenni nel mondo della comunicazione”* prevedendo specifiche indicazioni in materia di minori e Internet. L'AGIA ha chiarito anch'essa la necessità di prevedere un'educazione digitale cercando di bilanciare i diversi diritti dei minori. Ne deriva che per prevedere un'idonea tutela sarà necessaria un'opera di continuo aggiornamento tale da coinvolgere nella parabola decisionale-legislativa sia le istituzioni sia la famiglia e tutte quelle componenti istituzionali che si occupano della tutela del minore.

3.3 L'evoluzione del concetto di “best interest of the child”

Una volta individuati i rischi e le ipotetiche aree di intervento, si ritiene opportuno

verificare quelli che sono i possibili profili di rischio derivanti dall'attività del minore in rete. Infatti, vi è l'esigenza di bilanciare i diritti di informazione derivanti anche dalla possibilità di navigare *online* e il diritto a essere tutelato dai potenziali rischi da esso derivanti. Inoltre, vale la pena evidenziare nuovamente come anche in tale contesto diventa fondamentale il ruolo di coloro che sono preposti alla sorveglianza dei "giovani" (per esempio, familiari, ecc.) i quali dovranno svolgere un adeguato processo di educazione e vigilanza; va da sé che in questo senso anche i c.d. "educatori" dovranno essere sottoposto ad un adeguato processo educativo in termini digitali. Dunque, è necessari un'opportuna "educazione civica al digitale" idonea a essere recepita da tutte le fasce di età¹⁹⁹.

Poste queste premesse, si evidenzia che il dibattito sul fatto che lo spazio digitale risulti più idoneo per gli adulti piuttosto che per i minori sia sempre aperto e, da parte dello scrivente, ciò non risulta implausibile dal momento che rimane ferma l'idea che - nonostante l'età - i nativi digitali siano per certi versi più abituati alle dinamiche digitali.

Rimane il fatto che pur considerando valido il ragionamento sopra riportato, non si può far a meno di considerare le regole poste dal nostro ordinamento giuridico, il quale prevede che l'istituto della responsabilità genitoriale nei confronti dei minori.

Posto ciò, la presente analisi in tema di responsabilità del minore non può prescindere dal concetto di "*best interest of the child*"²⁰⁰, il quale rileva ogni qualvolta ci si trova a riflettere ed esaminare settori con al centro la figura del minore e - più in generale - alla tutela dell'infanzia²⁰¹. Tale principio deriva direttamente dalla Convenzione sui diritti del fanciullo dell'ONU e, in particolare, dall'art. 3 secondo cui "*In tutte le decisioni relative ai fanciulli di competenza sia delle istituzioni pubbliche o private di assistenza sociale, dei tribunali, delle autorità amministrative o degli organi*

¹⁹⁹ D. PIERANTONI, *Minori su Internet: profili di responsabilità*, *Rivista italiana di informatica e diritto*, ISSN 2704-7318, n. 2/2024.

²⁰⁰ Per un'ampia panoramica sul superiore interesse del minore, cfr. BIANCA 2021.

²⁰¹ PITTO 2023, p. 42 ss.

legislativi, l'interesse superiore del fanciullo deve costituire oggetto di primaria considerazione". Stante ciò, ne consegue che anche in tale materia non si potrà prescindere dal mettere al centro le istanze dei minori.

Questa impostazione fornita a livello internazionale è discesa, di conseguenza, negli ordinamenti sovranazionali e nazionali; in questo senso, si evidenzia anche quanto previsto dall'art. 24 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea laddove si prevede che *"In tutti gli atti relativi ai bambini, siano essi compiuti da autorità pubbliche o da istituzioni private, l'interesse superiore del bambino deve essere considerato preminente"*, e così tale dizione è diventata strumento interpretativo della Corte di Giustizia dell'Unione Europea (CGUE). Allo stesso modo anche la Corte Europea dei diritti dell'Uomo (CEDU) – seppur in maniera implicita – ha più volte richiamato il concetto volto alla tutela dell'infanzia e dell'adolescenza e in questo senso ha attribuito valore fondamentale e fondante a questo concetto in caso di bilanciamento degli interessi già richiamati fra diritto alla navigazione e rischi derivanti da essa, rapportati con quelli dei loro familiari²⁰².

Chiarite le modalità con cui le istituzioni sovranazionali trattano il tema, ora è necessario porre l'attenzione su quanto previsto dal nostro ordinamento.

In primo luogo, si evidenzia come la stessa Carta costituzionale abbia previsto ai suoi artt. 30 e 31 una disciplina utile a prevedere delle norme cardine in materia di famiglia, genitorialità e tutela dell'infanzia, prevedendo una sorta di *"statuto dei diritti dell'infanzia e della gioventù"*²⁰³.

Analizzando il tema di nostro interesse più nello specifico, si ritiene opportuno evidenziare come il nostro ordinamento si pone rispetto alla formazione del minore. Ovviamente, al momento della stesura della Costituzione non si poteva prevedere una

²⁰² V. sentenza 7 agosto 1996, Johansen. Cfr. in seguito, fra le altre sentenze, 9 giugno 1998, Bronda; 13 luglio 2000, Elsholz; 13 luglio 2000, Scozzari e Giunta; 11 ottobre 2001 Hoffmann; 11 ottobre 2001, Sahin; 11 ottobre 2001, Sommerfeld; 16 luglio 2002, P., C., e S.; 5 dicembre 2002, Hoppe.

²⁰³ D. PIERANTONI, *Op. cit.*.

tale rivoluzione – quanto meno dal punto di vista digitale – e, pertanto, in materia di “educazione” le norme dispongono in maniera generale un diritto all’educazione del bambino. Ulteriori sviluppi, successivamente, sono derivati dall’elaborazione del concetto di “*favor minoris*”²⁰⁴ all’interno del contesto familiare al fine predisporre una tutela “speciale” per i minori. Inoltre, all’interno dell’elaborazione giurisprudenziale portata avanti dalla Corte costituzionale si è arrivati ad affermare come il diritto del minore debba prevalere rispetto a quello degli altri soggetti dell’ordinamento.

Dunque, nella sua evoluzione il concetto di “*best interest of the child*” è diventato il grimaldello utile a salvaguardare in via generale le istanze del minore a più ampio spettro possibile. Proprio per questo motivo tale clausola ha preso delle forme molto flessibili, al fine di potersi definire conformemente a quello che risulta essere il caso concreto di riferimento; ciò, da una parte al fine di prevedere dei meccanismi di tutela utili ad adattarsi ai più svariati contesti di riferimento e, dall’altra, poter rispondere alle esigenze di protezione derivanti dai nuovi “pericoli” digitali.

3.4 Il contratto stipulato online dal minore di età

Una delle categorie del diritto privato che da sempre si pongono come fondamento dell’idea di certezza del diritto è quella relativa alla capacità di agire. In questo senso, ciò rileva anche nel contesto proposto dalla presente trattazione, dal momento che la scuola tradizionale ha sempre ritenuto il soggetto minore totalmente incapace di agire, in particolar modo con riferimento alla capacità di disposizione patrimoniale.

Tenendo ferme queste premesse, e richiamando quanto già rappresentato nel paragrafo precedente, si ritiene opportuno valorizzare possibili letture alternative in

²⁰⁴ V. Corte cost. sent. 10 febbraio 1981, n. 11. La Corte in tale sentenza analizza il riferimento all’interesse del minore di cui alla legge 5 giugno 1967, n. 431, affermando che tale complesso normativo considera la tutela dell’interesse del minore infraotenne in stato di abbandono in posizione di preminenza rispetto a tutti gli altri, compresi quelli dei genitori naturali. La stessa Consulta nella decisione ammette l’esistenza in tale disciplina di «tratti decisamente innovatori».

relazione alla capacità del minore di portare avanti un'attività contrattuale, proponendo un'interpretazione della norma non più fondata sul solo dato letterale, ma associata all'idea della ricerca del “*best interest of the child*”, superando così anche la differenziazione degli atti del soggetto minorenni fra personali e patrimoniali, come in un primo momento era stato ipotizzato, con l'obiettivo di rendere più conforme alle esigenze della realtà la capacità di agire del “grande” minore²⁰⁵. Secondo questa lettura, l'interesse del minore e la sua capacità di discernimento vengono posti alla base della validità del contratto stipulato dallo stesso.

Nel corso del tempo, risulta evidente come il concetto di “*best interest*” sia mutato e, pertanto, non appare immotivato questo ripensamento della categoria in funzione delle nuove forme di attività messa a disposizione dal panorama socio-giuridico, anche alla luce del fatto che la rigidità del dato numerico che individuava la capacità d'agire al momento del superamento dell'età-soglia è stata già ridimensionata dal legislatore il quale, ispirandosi anche a regole e principi individuati nella Costituzione (e, in particolar modo, nel suo art. 2), nella Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea, nella Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo e, ancora, in tutta quella normativa posta a tutela dell'individuo²⁰⁶, ha proposto una nuova classificazione della categoria relativa alla possibilità del minore di compiere determinate attività contrattuali. In questo senso, si è passati dal considerare la disciplina a tutela del minore di età in senso protettivo ad un approccio partecipativo²⁰⁷. Da qui, difatti, la figura del minore è stata riletta alla luce di una sorta di nuovo “*ordine giuridico minorile*”, fondato sulla considerazione dell'interesse preminente del fanciullo, sul diritto del minore di poter esprimere la propria opinione nelle questioni che lo vedono protagonista o – quanto meno – coinvolto, nella considerazione di questa opinione in

²⁰⁵ R. SENIGAGLIA, *Minore età e contratto. Contributo alla teoria della capacità*, Giappichelli, 2020.

²⁰⁶ P. RONFANI, *I diritti del minore. Cultura giuridica e rappresentazioni sociali*, Milano, 2001, *passim*. V., inoltre, C. FOCARELLI, *La Convenzione di New York sui diritti del fanciullo e il concetto di “best interests of the child”*, in *Riv. dir. int.*, 2010, p. 981 ss.; F. SCAGLIONE, *Ascolto, capacità e legittimazione del minore*, in *Dir. fam.*, 2014, pp. 426-428; M. DOGLIOTTI, *Capacità, incapacità, diritti degli incapaci. Le misure di protezione*, in *Tratt. dir. civ. e comm.*, Milano, 2019, p. 82 ss.

²⁰⁷ D. MESSINETTI, *Diritti della famiglia e identità della persona*, in *Riv. dir. civ.*, 2005, p. 154.

base all'età e alla sua capacità di discernimento e, infine, sul diritto del minore a essere ascoltato in tutte le questioni che lo riguardano²⁰⁸.

Da tale ricostruzione non può che desumersi che il “nuovo” minore potrà vantare nuove forme di autonomia, ancor più evidenti dal punto di vista patrimoniale.

Sul punto, si può intuire che, al di là delle scelte giuridico-dogmatiche, la rivoluzione si pone maggiormente su un piano culturale e se, sulla base di quanto sopra riassunto, sono stati fatti dei primi passi, adesso, nell'epoca dei “nativi digitali”, sarà necessario individuare ulteriori forme di disciplina e tutela, dal momento che il minore di età potrà rapportarsi con una nuova “patrimonialità” non più così facilmente controllabile.

La fattispecie ricorrente in relazione alle attività svolte dal minore *online* e alla sua relativa tutela è quello che discende dalla possibilità di acquistare prodotti in rete e, più in generale, di concludere contratti *online*. In tale contesto diventa complesso anche comprendere quali acquisti possano essere frutto di un errore e quali di una reale volontà e, pertanto, assume importanza il dover rispondere alla domanda relativa al fatto se tali acquisti di beni o servizi possano considerarsi validi oppure no²⁰⁹.

Difatti, ad oggi, è ormai semplicissimo acquistare beni o servizi attraverso l'utilizzo della rete; di conseguenza, diventa rilevante rapportare le peculiarità della figura del minore con quelle che sono le dinamiche quotidiane del mondo digitale.

Preliminarmente, va chiarito che il fatto che il contratto viene stipulato *online* non rende inapplicabile la disciplina ordinaria del contratto. Sotto questo punto di vista, se da una parte il minore ha capacità giuridica, con annessi diritti e obblighi da essa derivanti, dall'altra, non si trova nella condizione di poterne disporre liberamente

²⁰⁸ R. SENIGAGLIA, *Op. cit.*, pp. 7-8.

²⁰⁹ R. GIARDA, J. LIOTTA, G. RINDI, *Vita quotidiana del minore online. Tra esigenze di tutela e limiti tecnologici*, *Medialaws*.

(capacità d'agire)²¹⁰, salvo che in alcuni specifici casi per cui il minore che ha compiuto sedici anni: 1) ha la capacità di compiere tutti gli atti giuridici relativi alle opere da lui create e di esercitare le azioni che ne derivano (art. 108, l. 633/1941); 2) può riconoscere il figlio nato fuori dal matrimonio (art. 250, c. 5, c.c.); 3) previa autorizzazione del tribunale, può contrarre matrimonio (art. 84 c.c.). Questa condizione a cavallo fra queste due posizioni crea nel minore una situazione peculiare soprattutto per il fatto che risulta coinvolto anche il suo quotidiano e le sue interazioni con la collettività²¹¹, e ciò deriva dalle particolari tutele che il legislatore ha posto a supporto di tale figura dal momento che si ritiene che lo stesso non sia pienamente in grado di comprendere le conseguenze delle proprie azioni.

Chiarito ciò, però, sarebbe inverosimile ritenere che il minore di età, al giorno d'oggi, non si trovi a compiere atti che in teoria andrebbero oltre la propria capacità. Proprio per casi del genere, infatti, l'ordinamento ha previsto specifici rimedi, tra cui: 1) art. 428 c.c., in materia di atti negoziali stipulati da un soggetto che al momento della stipula non era in grado di intendere e di volere (incapacità naturale); 2) art. 1425 c.c., in materia di incapacità legale di agire.

In entrambe le ipotesi la risposta del sistema legislativo è quella dell'annullabilità dell'atto compiuto dal minore, che produrrà effetti provvisori fino alla richiesta di annullamento da parte dell'incapace stesso che comporterà l'eliminazione degli effetti.

Così strutturata l'annullabilità non si pone in un'ottica di valutazione rispetto a quelli che sono i risultati prodotti dall'atto dispositivo compiuto dal minore, ma assume come decisoria la circostanza per cui il minore, in quanto tale, non abbia la maturità per valutare e decidere adeguatamente, dunque, una vera e propria presunzione assoluta di incapacità. D'altra parte, se si volesse ipotizzare un'analisi sull'effettiva capacità di discernimento del minore, ci troveremmo a dover rivalutare il concetto stesso di presunzione, quanto meno sotto il punto di vista della sua assolutezza.

²¹⁰ M. BALLORIANI - R. DE ROSA - S. MEZZANOTTE, *Manuale breve di diritto civile*, Milano, 2019.

²¹¹ F. GIARDINA, Art. 2, in A. BARBA - S. PAGLIANTINI, *Commentario del Codice Civile*, Milano, 2012.

Oltre a ciò, bisogna evidenziare che questo regime di presunzione assoluta di incapacità va calibrato con delle eccezioni relative ai casi di raggiri usati dal minore e al caso degli “atti minuti di vita quotidiana”.

Con riferimento al primo caso, l’art. 1426 c.c. (Raggiri usati dal minore) prevede che non risultano annullabili gli atti compiuti dal minore che ha nascosto la propria età facendo credere all’altra parte di poter stipulare validamente il contratto; in questo caso appare chiaro come si sposti la tutela sul legittimo affidamento della controparte. La *ratio* alla base di questa norma si rinviene nel brocardo “*malitia supplet aetatem*”²¹², per cui se il minore è in grado di organizzare artifici tali da ingannare la controparte (adulta e titolare perciò della capacità di agire), allora sarà nella condizione di poter concludere un contratto²¹³.

La seconda eccezione, invece, a riferimento ai c.d. “atti minuti della vita quotidiana”, con cui si fa riferimento a tutti quegli atti che consentono al minore di partecipare alla vita sociale, potendo così compiere lo stesso tutti quegli atti che esulano dalla disciplina prevista dall’art. 1425 c.c.²¹⁴. Se da una parte una tale previsione sembra derivare da una regolarizzazione civile di prassi che potremmo definire come quotidiane, d’altra parte, non essendoci una specifica definizione e individuazione di questa categoria di atti, risulta complesso individuarne i contorni, anche per una forte carenza di casi sentenziati dalla giurisprudenza; a riguardo, la dottrina ha evidenziato che forse proprio l’esiguità a livello economico di questi traffici commerciali giustifica tale mancanza, valorizzando risposte a livello conciliativo invece che giudiziario²¹⁵.

In questo caso, dunque, si osserva come l’eccezione si pone come limitazione al concetto di incapacità assoluta proposto dal sistema permettendo al minore di compiere atti che nella prassi sono considerati di scarso valore economico e con un

²¹² E. ANDREOLA, *Gli acquisti online del minore tra invalidità dell’atto e responsabilità dei genitori*, in *Contr. e impr.*, 2, 2018.

²¹³ F. CARINGELLA - L. BUFFONI, *Manuale di diritto civile*, cit. Per un ulteriore punto di vista, si veda G. ANZANI, *Capacità di agire e interessi della personalità*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2009.

²¹⁴ E. CARBONE, *Contrattualità quotidiana e dignità della persona*, in *Riv. Dir. Civ.*, 5, 2019.

²¹⁵ G. ALPA, *I contratti del minore. Appunti di diritto comparato*, in *Contratti*, 5, 2004.

impatto sul sistema di interessi tutela dall'ordinamento di scarso rilievo²¹⁶; il tratto fondamentale rimane il fatto che tali atti potranno essere considerati validi, perché ritenuti estrinsecazione del diritto alla personalità del minore, a condizione che non risultino pregiudizievoli per il minore stesso²¹⁷.

Dal punto di vista giuridico, questi atti trovano giustificazione nell'art. 1389 c.c., laddove il minore compie questi atti in rappresentanza del genitore. Inoltre, in dottrina si ritiene che risulti applicabile in via analogica a queste fattispecie anche l'art. 409 c.c. (Amministrazione di sostegno), che permette all'amministrato di compiere gli atti utili a soddisfare le proprie esigenze quotidiane.

Chiarita la disciplina prevista dall'ordinamento in materia di atti dispositivi compiuti dal minore, ciò che rileva adesso è vedere come ciò si relazioni al mondo digitale che per sua stessa natura apre le maglie ordinamentali creando nuove opportunità. Infatti, la rivoluzione digitale ha spostato i traffici commerciali su altri piani con i minori che si trovano a confrontarsi quotidianamente con piattaforme *online* di beni e servizi, senza però rendersi bene conto di quelle che sono le conseguenze derivanti dalla possibilità di concludere un contratto telematico.

In virtù di ciò, volendo rileggere le norme ordinamentali calate nel mondo digitale non si può far a meno di rilevare determinate criticità, derivanti nello specifico dal fatto che il mondo virtuale è un terreno molto più florido rispetto a quello reale per creare possibili vuoti di tutela in una materia già di per sé caratterizzata da complessità.

Con riferimento al primo caso disciplinato dall'art. 1426 c.c. in materia di raggiiri si evidenzia come sarà necessario un innalzamento di complessità degli inganni utili a mentire sulla propria età da parte dell'utente; per questo motivo sono stati creati dei sistemi utili a rendere l'interazione degli utenti il più reale possibile, ma nonostante ciò rimane complesso tracciare una chiara linea di demarcazione fra ciò che dovrà

²¹⁶ R. CATERINA, *Le persone fisiche*, cit., 38 ss.; E. CARBONE, *Contrattualità quotidiana e dignità della persona*, in *Riv. dir. civ.*, 5, 2019.

²¹⁷ F. GAZZONI, *Manuale di diritto privato*, Edizioni Scientifiche Italiane, 2024.

considerarsi raggio e una dichiarazione di età nell'ambito digitale.

Quanto invece al secondo caso (atti minuti di vita quotidiana), l'analisi va condotta non solo sul valore prettamente economico della prestazione compiuta dal minore, ma ancor di più sulle conseguenze che quell'atto può avere sulla sfera giuridica dello stesso. In questo caso, però, diversamente da quanto previsto in materia di annullabilità, sembra che le fattispecie del mondo digitale siano maggiormente sovrapponibili a quelle del mondo reale²¹⁸, dal momento che le valutazioni circa l'incidenza delle conseguenze sul minore non derivano dalla concreta concretizzazione delle stesse, ma si rifanno a ragionamenti che non hanno una specifica tangibilità.

Proprio per questo motivo, si ritiene che la normativa applicabile potrebbe essere la medesima del mondo fisico-tangibile.

Se però finora le valutazioni sono state compiute tenendo come termine di confronto il punto di vista di uno scambio monetario, un ragionamento a parte meritano i servizi di *social network*, i quali hanno ormai raggiunto una diffusione talmente elevata da entrare a pieno nello sviluppo sociale del minore²¹⁹, senza chiedere – solo apparentemente – nessuna controprestazione in cambio. Infatti, nonostante dal punto di vista economico non risulti quasi alcuna forma di esborso, si apre il tema della cessione da parte del minore dei propri dati e sulla consapevolezza in relazione al consenso fornito per l'utilizzazione degli stessi e, ancor di più, se in termini di esborso (non solo necessariamente economico) si possa considerare esiguo il valore in relazione alla cessione dei propri dati personali.

Per le dinamiche presenti, la presenza all'interno di un *social network* potrebbe rientrare nel concetto di atti minuti di vita quotidiana, ma le difficoltà a livello di inquadramento giuridico restano.

In conclusione, ciò che si può affermare è che il mondo digitale ha aperto a nuove possibilità, anche per i minori, provocando una frattura nell'ordinamento dovuta all'emergere di tematiche giuridiche con cui bisognerà ora confrontarsi al fine di

²¹⁸ R. GIARDA, J. LIOTTA, G. RINDI, *Op. cit.*

²¹⁹ F. CAMILLETTI, *Alcune considerazioni sui profili giuridici dei social network*, in *Contratti*, 4, 2017.

trovare il giusto punto di equilibrio fra nuove garanzie di socialità, sviluppo e tutela del minore di età.

3.5 Minori online e “nuovi” profili di responsabilità (genitoriale)

Come già ampiamente rappresentato, risulta evidente che Internet è ad oggi uno dei principali canali di riferimento per i minori. Tale consapevolezza, difatti, ha condotto alla previsione dell’art. 2-*quiquies* del Codice della *Privacy*, che in materia di consenso del minore in relazione ai servizi della società dell’informazione ha previsto che lo stesso potrà prestare il consenso al trattamento dei propri dati personali solo a partire dall’età di quattordici anni. Stante ciò, non è inusuale trovare profili digitali di minori che non superano la soglia sopra individuata e che fanno ciò non solo come “ospiti”, ma anche come attori principali che vengono remunerati sulla base della loro attività sulle piattaforme *social* di riferimento.

Un tale contesto non fa che aprire scenari che aprono a riflessioni sotto i più diversi punti di vista, ma qualunque riflessione non può prescindere dal fatto che questa debba essere inserita all’interno di nuovi parametri di riferimento, i quali sono adesso dominati dalla digitalizzazione e dai quali gli individui – minori e non – non posso più prescindere, anche con riferimento alla tutela del diritto a una libera informazione e comunicazione. Proprio con riferimento a questi ultimi già la stessa Costituzione (art. 21) prevede una tutela dell’espressione del proprio pensiero con “ogni... mezzo di diffusione” e, nel nuovo contesto, questo non può che riferirsi all’utilizzo della rete²²⁰.

²²⁰ A tal proposito è interessante osservare il riferimento che l’art. 17 della Convenzione di New York fa ai mass media, sancendo il diritto all’informazione delle persone di minore età: dal 1989, l’avvento di Internet e lo sviluppo dell’ambiente digitale come luogo di opportunità ma anche di potenziali pericoli ha certamente inciso sull’applicazione della Convenzione, promuovendone un cambio di prospettiva e un’attualizzazione dei contesti entro cui i diritti possono svilupparsi. Di seguito il testo del citato art. 17: «Gli Stati parti riconoscono l’importanza della funzione esercitata dai mass media e vigilano affinché il fanciullo possa accedere a una informazione e a materiali provenienti da fonti nazionali e internazionali varie, soprattutto se finalizzati a promuovere il suo benessere sociale, spirituale e morale nonché la sua salute fisica e mentale. A tal fine, gli Stati parti: Incoraggiano i mass media a divulgare informazioni e

Anche in questo senso, assume valore fondante il concetto di “*best interest of the child*”, come anche evidenziato nei programmi del Consiglio d’Europa in materia di diritti delle persone; nello specifico, si rappresenta che l’obiettivo finale risulta essere quello della tutela e della valorizzazione dei minori. Ne consegue che la “Strategia del Consiglio d’Europa per i diritti delle persone di minore età”, elaborato del confronto tra Stati membri, organizzazioni internazionali, organizzazioni della società civile e individui minorenni provenienti da tutta Europa propone diversi obiettivi tra cui assumo notevole importanza il primo, teso a tutelare i minori da violenze fisiche e psicologiche, perpetrati ormai anche attraverso le piattaforme digitali, e il quarto, relativo alla vita dei più giovani (minorenni) nel mondo digitale tutelano e favorendo quelle che sono le opportunità da esso derivanti e – in egual modo – assicurando gli stessi dai nuovi potenziali pericoli.

Aspetto fondamentale diventa di conseguenza l’individuazione del discrimine che da una parte favorisce le opportunità digitali e, dall’altra, presta attenzione alle istanze di tutela rispetto ad un’adeguata formazione del minore. In questo senso, seppur non formalmente richiamato, appare determinante il ruolo dei genitori cui è affidata – in via generale – la cura del minore e, ciò si riflette sul dovere per gli stessi di educare i figli affinché ad essi sia assicurato lo sviluppo della loro personalità²²¹.

materiali che hanno una utilità sociale e culturale per il fanciullo e corrispondono allo spirito dell’art. 29; Incoraggiano la cooperazione internazionale in vista di produrre, di scambiare e di divulgare informazioni e materiali di questo tipo provenienti da varie fonti culturali, nazionali e internazionali; Incoraggiano la produzione e la diffusione di libri per l’infanzia; Incoraggiano i mass media a tenere conto in particolar modo delle esigenze linguistiche dei fanciulli autoctoni o appartenenti a un gruppo minoritario; Favoriscono l’elaborazione di principi direttivi appropriati destinati a proteggere il fanciullo dalle informazioni e dai materiali che nuocciono al suo benessere in considerazione delle disposizioni degli artt. 13 e 18».

²²¹ V. Relazione illustrativa al d.lgs. 28 dicembre 2013, n. 154 (Revisione delle disposizioni vigenti in materia di filiazione, a norma dell’articolo 2 della legge 10 dicembre 2012, n. 219), ove – con riferimento alla nozione di responsabilità genitoriale, introdotta superando quella di potestà genitoriale – si sottolinea come i contenuti dell’impegno genitoriale sono da considerarsi alla stregua di un’assunzione di responsabilità da parte del genitore nei confronti dei figli: «La modifica terminologica dà risalto alla diversa visione prospettica che nel corso degli anni si è sviluppata ed è ormai da considerare patrimonio condiviso: i rapporti genitori-figli non devono essere più considerati avendo riguardo al punto di vista dei genitori, ma occorre porre in risalto il superiore interesse dei figli minori». A tal proposito, v. anche Corte cost., 29 maggio 2020, n. 102.

Questo dovere non può che considerarsi ampliato anche rispetto al concetto di preparazione al digitale²²² sia dal punto di vista educativo sia dal punto di vista di vigilanza degli stessi. Soprattutto in relazione alla seconda “missione” per i genitori si ritiene fondamentale che gli stessi calibrino il loro intervento in maniera proporzionata ai rischi cui sono esposti i minori. Sotto questo profilo, la giurisprudenza di merito ha avuto modo di chiarire come sia *“bene porre in evidenza che gli obblighi inerenti la responsabilità genitoriale impongono non solo il dovere di impartire al minore una adeguata educazione all'utilizzo dei mezzi di comunicazione ma anche di compiere un'attività di vigilanza sul minore per quanto concerne il suddetto utilizzo; l'educazione si pone, infatti, in funzione strumentale rispetto alla tutela dei minori al fine di prevenire che questi ultimi siano vittime dell'abuso di internet da parte di terzi. L'educazione deve essere, inoltre, finalizzata a evitare che i minori cagionino danni a terzi o a sé stessi mediante gli strumenti di comunicazione telematica; sotto tale profilo si deve osservare che l'anomalo utilizzo da parte del minore dei mezzi offerti dalla moderna tecnologia tale da ledere la dignità cagionando un serio pericolo per il sano sviluppo psicofisico dello stesso, può essere sintomatico di una scarsa educazione e vigilanza da parte dei genitori; i genitori sono tenuti non solo ad impartire ai propri figli un'educazione consona alle proprie condizioni socio-economiche, ma anche ad adempiere a quell'attività di verifica e controllo sulla effettiva acquisizione di quei valori da parte del minore”*²²³.

Dunque, dal quadro ben articolato fornito dai giudici di merito appare chiaramente la descrizione dei compiti assegnati ai genitori in sede di educazione digitale. Appare così chiaro come il nostro ordinamento abbia loro destinato una forma educativa in funzione di una migliore formazione digitale derivante dall'evoluzione tecnologica.

Se in termini astratti una tale ricostruzione non può che discendere in maniera pressoché automatica da una lettura dei principi fondamentale del nostro ordinamento, bisognerebbe anche interrogarsi sul fatto che i genitori siano realmente in grado di fornire una reale educazione in tal senso. Infatti, come già rappresentato,

²²² C. RAVERA (2019), *Minori e internet: quando i genitori devono vigilare*, in “ilFamiliarista.it”, 20 marzo 2019.

²²³ V. Tribunale per i minorenni di Caltanissetta, 8 ottobre 2019.

tanto da diventare uno dei punti focali di questo capitolo, si ritiene che i primi soggetti che dovrebbero ricevere un'educazione al digitale risultino essere gli stessi individuati dal sistema a giuridico per impartirla.

Tenendo fermo quanto appena evidenziato, si ritiene opportuno analizzare i profili di responsabilità che possono coinvolgere sia i minori sia i genitori titolari dei doveri educativi.

Sul punto, va primariamente evidenziato come il concetto di responsabilità genitoriale provi a riassumere quelli che sono i diritti e gli obblighi in capo al genitore successivamente alla filiazione. Come già rappresentato fra gli obblighi fondamentali vi è quello educativo, il quale - abbiamo avuto modo di comprendere - rilevi in maniera fondamentale se rapportato alla nuova esposizione sul Web dei minori al fine di promuovere una navigazione e un utilizzo degli strumenti in maniera il più possibile consapevole e sicuro. Inoltre, si è evidenziato come l'età di quattordici anni sia diventato il primo traguardo - in tal senso - per il soggetto minorenne dal momento che a partire da questa età il minore potrà prestare validamente il suo consenso al trattamento dei dati personali sulle piattaforme digitali (tra cui i diversi *social network*). Tale circostanza rende molto più complesso il controllo e lo sviluppo educativo perseguito dei genitori - anche quelli più diligenti -, dal momento che i diversi servizi di controllo messi a punto dagli stessi servizi della società dell'informazione vanno a interrompersi al raggiungimento dell'età individuata. Pertanto, si genera automaticamente un *vulnus* all'interno dell'ordinamento che da una parte pone a carico dei genitori il controllo e l'educazione dei figli e, dall'altro, mette gli ipotetici soggetti controllati nella condizione di poter svolgere attività al di fuori della sfera dei propri genitori, lasciandoli però egualmente titolari di un dovere preventivo non più efficacemente esercitabile²²⁴.

Ipotizzare che il controllo dell'utilizzo della rete da parte dei minori sia

²²⁴ B. AGOSTINELLI, *Autonomia e controllo di minori on line. I nuovi confini della responsabilità genitoriale*, *Rivista italiana di informatica e diritto*, n. 2/2024.

esclusivamente una questione relativa alla previsione di una regolazione specifica non può essere esaustivo; per tal motivo, ad oggi, la tutela di queste figure è prevista da una lettura sistematica delle disposizioni dell'ordinamento a cavallo fra normativa "digitale" e normativa tradizionale (ex Codice civile); ciò, in modo particolare, dal momento che la funzione educativa deve anche adeguarsi a quelle che sono le nuove istanze portate avanti dalla mutata considerazione e valutazione della figura del minore sia nella compagine familiare sia all'interno della società.

Difatti, i minori sono sempre più inseriti nel mondo dei "grandi", laddove si trovano ad avere delle opportunità e delle occasioni che prima erano riservate ad altri momenti della vita. Anche i modi di socializzare e comunicare si sono modificati portando a una rivoluzione del concetto stesso di capacità di agire che prima veniva relegato al raggiungimento della maggiore età.

Con l'aumentare dell'esposizione dei minori a tutti i diversi paradigmi della società, sono automaticamente aumentate tutte quelle sollecitazioni che portano gli stessi a confrontarsi con fattispecie "adulte".

Tale circostanza non può che tradursi in un necessario adeguamento di quelli che sono i formanti educativi considerati fino ad oggi. Di conseguenza, a un più precoce livello di emancipazione non potrà corrispondere un alleggerimento delle figure poste a tutela del minore, ma un necessario aggiornamento del modello educativo²²⁵, passando così dagli avvertimenti "classici" a un'educazione all'utilizzo degli strumenti tecnologici per soggetti che non hanno la possibilità di autodeterminarsi pienamente e – soprattutto – consapevolmente.

Uno degli strumenti approntati dalla società dell'informazione per fornire ai genitori dei mezzi più o meno adeguati a vigilare sui figli è quello del "*parental control*", utile a creare un filtro rispetto alla navigazione in rete. Questo strumento non va considerato solo come uno strumento di controllo e monitoraggio, ma vuole diventare un vero e

²²⁵ Sulla necessità di una specifica "dimensione digitale" nell'educazione, da non confondere con l'educazione digitale come "complesso di regole di competenza sull'uso della rete", v. BIANCA 2019, p. 161; PERLINGERI 2016, p. 1332 ss.; in argomento sia consentito rinviare anche ad AGOSTINELLI 2021. Sul fronte degli studi in ambito psicologico, v., ad es., VOLPI 2017.

proprio mezzo per educare.

Proprio per tali motivi, gli strumenti normativi più recenti si sono concentrati su questi aspetti.

In primo luogo, a livello europeo, rileva quanto previsto dal *Digital Services Act* (Reg. UE 2022/2065), in combinato disposto con il *Digital Markets Act* (Reg. UE 2022/1925, in materia di mercati digitali), che ha evidenziato la necessità di prevedere una tutela dei diritti del minore tramite varie misure preventive²²⁶ utili a “*migliorare il funzionamento del mercato interno e garantire un ambiente online sicuro e trasparente* (Considerando n. 41)”; tutto ciò, perché la figura del minore risulta doppiamente interessante dal momento che se in un primo momento questa sarà la figura da educare e tutelare, successivamente diventerà il nuovo consumatore indipendente, che a questo punto sarà pronto a districarsi facilmente nel mondo digitalizzato.

Secondariamente, e direttamente discendente da quanto previsto a livello sovranazionale, si evidenzia come la Delibera AGCOM 9/23/CONS del 25 gennaio 2023 ha favorito l’emanazione di una serie di linee guida tese ad assicurare la tutela dei minori dai rischi derivanti dal cyberspazio. Proprio in qui si vede la prima concretizzazione degli strumenti del *parental control* laddove si stabilisce che “*i contratti di fornitura nei servizi di comunicazione elettronica devono prevedere tra i servizi preattivati per le offerte dedicate ai minori proprio i sistemi di controllo parentale e anche quelli di filtro di contenuti inappropriati per i minori e di blocco di contenuti riservati ad un pubblico di età superiore agli anni diciotto, disattivabili solo su richiesta del consumatore maggiorenne o del genitore*”²²⁷. Oltre a questi primi interventi, si segnala la l. n. 159 del 13 novembre 2023 (Disposizioni per la sicurezza dei minori in ambito digitale) che ha favorito ulteriormente norme volte all’applicazione del *parental control* inteso, secondo la lettura dell’art. 13, come “*possibilità di limitare e*

²²⁶ In particolare rispetto alla progettazione o all’uso, «anche mediante manipolazione, di piattaforme online di dimensioni molto grandi e di motori di ricerca online di dimensioni molto grandi, con ripercussioni negative, effettive o prevedibili, sulla tutela della salute pubblica e dei minori e gravi conseguenze negative per il benessere fisico e mentale della persona o per la violenza di genere». Per maggiori approfondimenti, rinvio a AGOSTINELLI 2023-a, p. 412 ss.

²²⁷ B. AGOSTINELLI, *Op. cit.*

controllare, da parte dei genitori o di coloro che esercitano la responsabilità genitoriale, l'accesso ai contenuti e/o alla rete da parte dei minori, mediante la scelta degli spazi digitali e dei tempi di utilizzo”.

Esaurita la trattazione relativa al quadro normativo di riferimento volto alla previsione di tutela per il minore in ambito digitale, si prende bene consapevolezza della volontà di sviluppare un sistema educativo che porti verso una maturazione digitale; ciò al di là del dato anagrafico valevole per la prestazione del consenso digitale; si ricorda, infatti, che al raggiungimento del quattordicesimo anno di età gli individui possono prestare il loro consenso al trattamento dei propri dati personali.

Chiarito ciò, però, non si può ritenere che la potenziale maggior sicurezza degli ambienti digitali possa sollevare i “controllanti” dai loro obblighi, nonostante l'adempimento dello stesso diventa sempre più complesso, in particolar modo dopo il raggiungimento dei quattordici anni.

Tale considerazione conduce a quanto già accennato nelle premesse di questo paragrafo, laddove si rappresentavano le criticità derivanti dal rapporto fra responsabilità genitoriale e la c.d. maturità digitale (compimento dei quattordici anni). Sul punto, ulteriore criticità deriva direttamente dal dettato dell'art. 2048 c.c. laddove – al di là della maturità digitale – rimane per sempre in capo ai genitori una possibile *culpa in vigilando*; difatti, inserendo ciò nelle logiche della “rete” non potrà mai considerarsi un genitore liberato dalla presunzione “di non aver potuto impedire il fatto”, nonostante tutta la formazione impartita al corretto uso dei mezzi telematici.

In questo senso, si sembra passare da un vuoto di tutela per i minori a un vuoto normativo nei confronti delle figure che devono adempiere gli obblighi educativi e di vigilanza, rimanendo le stesse ostacolate dalle stesse disposizioni previste a loro supporto.

Forse potrebbe risultare opportuno provare a ripensare la modulazione degli strumenti di tutela bilanciandoli con una migliore caratterizzazione del concetto di maturità digitale, ipotizzando, per esempio, un innalzamento dell'età per ottenere quella che impropriamente potremmo definire come una “patente digitale” o, in alternativa, lasciando alle figure deputate al controllo una sorta di potere utile a

valutare le scelte degli ultraquattordicenni conservando così un potere di supervisione utile all'adempimento dei loro doveri educativi.

Un ulteriore fenomeno in materia di responsabilità, anche se non direttamente collegato al tema di analisi, ma degno di attenzione, riguarda le scelte dei genitori. Si fa riferimento allo “*sharenting*”, dove i genitori rendono pubbliche foto e video dei propri figli, concettualmente in controtendenza rispetto all'idea di vigilanza, dal momento che sembra una sorta di violazione di quelli che dovrebbero essere i doveri di protezione in capo ai genitori.

Sul punto, la Corte di legittimità²²⁸ ha avuto modo di chiarire che, al di là del consenso di entrambi i genitori per la diffusione di queste immagini, l'immagine stessa risulta essere “*altamente caratterizzante l'identità dell'individuo, unico e originale, come tale riconoscibile*” e, per tali motivi può essere una fonte di danno.

Non si può fare a meno di notare come tale fenomeno porta con sé un insieme di temi come il diritto alla *privacy*, come anche tutti i rischi derivanti dall'esposizione dei minori in rete.

Un'ottima sintesi da questo punto di vista viene fornita dalla dottrina laddove, per descrivere lo stato delle cose con riferimento al concetto di tutela dei figli, ha osservato che “*nessuno, prima dell'era digitale, avrebbe mai pensato di patentare un minorenne e di metterlo alla guida di un'auto, neppure con il consenso dei genitori*”²²⁹.

Per concludere, in virtù di quanto tutto sopra riportato, si evidenzia come i confini e le possibilità per i minori si siano notevolmente ampliati nell'epoca della rivoluzione digitale.

All'interno di questi nuovi parametri la nozione di responsabilità non può che aver subito un'influenza tale da andare a incidere sul diritto alla riservatezza del minore²³⁰.

²²⁸ Cass., 21 agosto 2024, n. 23018.

²²⁹ B. AGOSTINELLI, *Op. cit.*

²³⁰ C. CAMARDI (2018), *Relazione di filiazione e privacy. Brevi note sull'autodeterminazione del minore*, in “Jus civile”, 2018, n. 6

Trovandosi nella necessità di dover provare a rileggere e riformulare quelle che sono i temi fondanti le forme di responsabilità genitoriale nei confronti dei minori che si relazionano con questi nuovi contesti operativi non si potrà distaccarsi dal concetto di supervisione, ma sarà forse opportuno ripensare alle forme di educazione al digitale sia per i soggetti educati come anche per gli educatori.

3.6 Minori e privacy

Dopo aver tentato di definire la figura del minore nella sua evoluzione all'interno di quello che è il panorama giuridico e familiare presente conducendo un'analisi al confine fra il sociologico e l'ordinamentale, ora si analizzerà come – al di là dei profili specifici di responsabilità – l'ordinamento risponde alle nuove necessità in materia di consenso e trattamento dei dati dei minori nel rispetto del tema costante relativo al rispetto della *privacy* degli stessi.

Come già rappresentato, l'affermarsi delle piattaforme digitali e ancor di più dei *social network* (caso che renderà più chiare le tematiche in esame), che sembrano caratterizzate da modalità di accesso molto simili, ha comportato un rapido processo di attualizzazione e sviluppo del concetto di abitudine degli individui al virtuale fino ad arrivare ad appropriarsi anche di quelle che sono le dinamiche interpersonali sia a livello relazionale che a livello di acquisto di servizi e beni²³¹.

Tale processo opportunamente definito dalla dottrina come “*datafication*”²³² ha comportato da un punto di vista più evidente un mutamento delle relazioni e dei modi con cui gli individui si rapportano tra loro e, da un altro, un cambiamento delle dinamiche relative alla tutela della *privacy* degli individui.

Aspetto di rilievo è il fatto che durante l'affermarsi delle piattaforme digitali l'attenzione non si è posta in maniera rilevante sul secondo tema, limitandosi

²³¹ F. RUGGERI, *Minori e privacy*, in E. BATTELLI (a cura di), *Diritto privato delle persone. Minori di età*, Giappichelli, Torino, 2021, p. 139.

²³² E. BATTELLI, *Diritto privato digitale, Nuovi percorsi del Diritto Privato*, Giappichelli, Torino, 2024.

esclusivamente al recepimento delle nuove dinamiche sociali.

Diversamente, bisogna spostare l'attenzione sui rischi derivanti dall'uso improprio della rete e dalla cessione "inconsapevole" dei propri dati. Tra l'altro, se questo problema investe già di per sé gli individui "adulti", appare chiaro quanto questo potrebbe comportare un rischio per i minori, i quali se da una parte possono gestire potenzialmente meglio alcuni di questi rischi, dall'altro non sono totalmente consapevoli di ciò che può comportare l'utilizzo da parte di terzi dei propri dati personali.

Un chiaro esempio di tutto ciò è fornito dal caso verificatosi nel 2018 laddove l'Agenzia *Cambridge analytica* aveva creato un'applicazione utile a creare una profilazione delle personalità degli utenti di *Facebook*.

Una tale circostanza, oltre a creare uno strumento utile a rintracciare in modo quasi "pericoloso" i dati degli utenti, con la predisposizione di modelli comportamentali in cui incasellare ogni individuo favorendo una totale spersonalizzazione delle interazioni sociali, espone anche a ulteriori rischi legati a possibili furti di identità con tutte le possibili conseguenze da esso derivanti²³³.

Sul punto, inoltre, non si può prescindere dalla consapevolezza relativa al fatto che il concetto di *privacy* si sia ampiamente ampliato e modificato. Infatti, se prima tale diritto si qualificava per avere un contenuto negativo, escludente soggetti terzi dalla conoscenza dei fatti privati e di opposizione a qualsiasi indesiderata ingerenza di altri nella propria sfera fisica e morale. Questa nozione caratterizza oggi quello che si definisce diritto alla riservatezza²³⁴. Diversamente, il diritto alla *privacy* costituisce adesso un diritto autonomo positivo, qualificato come diritto alla autodeterminazione e alla libera scelta di modalità di circolazione dei propri dati personali, assumendo così una portata radicalmente più ampia rispetto alla concezione precedente²³⁵.

Logica conseguenza di ciò è che lo stesso non può più essere considerato

²³³ G. D'IPPOLITO, *Profilazione e pubblicità targettizzata on line. Real-Time Bidding e behavioural advertising*, ESI, Napoli, 2021.

²³⁴ E. BATTELLI, *Op. cit.*

²³⁵ M. BIANCA, *Il minore e i nuovi media*, in R. SENIGAGLIA (a cura di), *Autodeterminazione e minore età. Itinerari di diritto minorile*, Pacini Giuridica, Pisa, 2020, p. 151, ss.

esclusivamente come diritto alla riservatezza (c.d. *right to be let alone*), ma come diritto alla libera disposizione dei propri dati personali e alla propria identità personale e, pertanto, sarà necessario trovare un punto di equilibrio fra il nuovo già menzionato concetto di *privacy* e il trattamento dei dati personali.

Ad oggi, ormai, qualunque forma di rapporto con la rete presuppone una circolazione dei dati dell'utente e, conseguentemente, un trattamento dei dati dello stesso. Proprio per tal motivo, le nuove "preoccupazioni" giuridiche si concentrano sulla raccolta, sull'archiviazione, sulle modalità di cessione e/o di gestione dei dati personali del titolare degli stessi.

Avendo in parte già trattato questo tema nel capitolo precedente, la lente focale si sposterà adesso sull'analisi di questi concetti associati alla figura del minore di età. Ovviamente, a causa del diverso modo di rapportarsi dei più giovani con la rete e delle istanze di tutela più ampie richieste dagli ordinamenti sovranazionali e statali si evidenzierà come *"la protezione dei dati del minore (e la loro circolazione) si presenti, nell'attuale assetto economico/sociale e giuridico, in termini diversi rispetto a quella dei maggiori di età ed esiga quindi una risposta normativa differenziata"*²³⁶.

A livello europeo, finora si è posta l'attenzione non tanto sul concetto di rappresentazione identitaria del soggetto cessionario dei dati, ma sulla circolazione dei dati stessi, specificando che il trattamento dovrà essere ritenuto lecito se conforme al dettato dell'art. 8 del *GDPR* (dunque, se il soggetto ha almeno sedici anni, lasciando agli Stati membri la possibilità di indicare una nuova soglia fra i tredici e i sedici anni), specificando, inoltre, che nel caso di mancato raggiungimento dell'età in questione, tale trattamento sarà lecito se autorizzato dai titolari della responsabilità genitoriale²³⁷. Tale norma ha così cercato di colmare il vuoto di tutela nei confronti di quei soggetti che sono qualificati come i maggiori utilizzatori della rete²³⁸.

²³⁶ L. BOZZI, *I dati del minore tra protezione e circolazione: per una lettura non retorica del fenomeno*, in *Eur. dir. priv.*, 1, 2020.

²³⁷ G. CAPILLI, *La capacità negoziale dei minori. Analisi comparata e prospettive di riforma*, Giappichelli, Torino, 2012.

²³⁸ E. BATTELLI, *I soggetti vulnerabili: prospettive di tutela della persona*, in *Dir. fam. pers.*, 1, 2020; D. POLETTI, *Soggetti deboli*, in *Enc. dir.*, Annali, VII, Giuffrè, Milano, 2014.

Quella che è stata individuata come conseguenza dell'eccessivo incedere del virtuale sul personale è diventata così base utile a eliminare i confini che finora erano stati utili a comprendere i rischi della rete; difatti, in questo modo, la circolazione dei dati immessi nel circuito virtuale globale dallo stesso interessato comporta il rischio di ripercussioni negative sullo sviluppo della loro personalità dal momento che i dati in questione non saranno più nel controllo né del diretto interessato né degli esercenti la responsabilità genitoriale.

Si è già parlato del crescente valore economico dei dati personali, diventati ormai oggetto di controprestazione per l'ottenimento di utilità e servizi (alle volte anche senza uno scambio bene-prezzo), ma in questa sede non ci occuperemo dei dati come valore economico²³⁹, ma si indagherà e attenzionerà il valore del patrimonio identitario degli interessati e di tutte quelle situazioni che si ripercuotono non tanto su logiche di mercato, quanto più sul patrimonio sociale ed esistenziale dell'individuo.

Si capisce, poi, come queste logiche che di per sé hanno un valore fondante su ogni individuo diventino ancora più "gravi" con riferimento allo sviluppo dell'individualità del minore di età.

Nel momento in cui si decide di trattare i dati personali all'interno di vere e proprie logiche di mercato, si dovrà ragionare in termini di trasparenza, cercando di comprendere se la disciplina messa a disposizione dell'ordinamento possa soddisfare le esigenze di tutela derivanti dai *deficit* informativi che possono derivare dai dati ceduti dal minore.

Da qui discende una necessaria nuova considerazione del concetto di consenso dal momento che tutto ciò che si è considerato valido e sufficiente finora non potrà adattarsi alle nuove istanze di tutela dei minori. Pertanto, considerato che si ritiene che i minori non vengano considerati in grado di *"valutare correttamente situazioni pericolose, non essendo pienamente consapevoli delle conseguenze che (...) potrebbero*

²³⁹ E. BATTELLI, *Il contratto di accesso ad Internet*, in *Medialaws*, 2021.

scaturire dalle loro azioni virtuali”²⁴⁰, bisognerà analizzare come prevedere un sistema adeguato utile ad assicurare adeguati mezzi di tutela per gli stessi; ciò, in particolare, dal momento che le tecniche di *marketing* e le nuove modalità di catalogazione dei dati rendono questi soggetti ancora più a rischio.

Volendo analizzare quanto previsto dalla regolamentazione in materia si rappresenta come il *GDPR* (art. 1) individui i soggetti destinatari della tutela del trattamento dei propri dati personali qualunque soggetto, al di là dell’ottenimento della capacità d’agire, così da includere nell’alveo di tutela anche i minori. Se questa è la base, è il Considerando 38 a specificare che i minori di età necessitano di una tutela speciale in materia perché ritenuti meno consapevoli del valore dei propri dati e dei propri diritti da esso discendenti²⁴¹. Oltre a ciò, ulteriore riferimento del Regolamento utile a far comprendere l’importanza riservata dal legislatore europeo alla figura del minore è quello relativo al diritto all’oblio, laddove il Considerando 65 specifica che tale diritto assume maggior rilievo nel momento in cui il soggetto che esprime il consenso risulta essere un minore di età.

Chiarito ciò, considerato che col passare del tempo questi soggetti dovranno esercitare autonomamente questi diritti, risulta fondamentale la posizione dei soggetti investiti della responsabilità genitoriale e che, di conseguenza, titolari di una posizione di protezione.

Rapportando tali previsioni a quanto si verifica durante il trattamento dei dati personali, discende che, al di là del consenso ottenuto dai soggetti titolari di una

²⁴⁰ A. ANNONI-A. THIENE, *Minori e privacy. La tutela dei dati personali dei bambini e degli adolescenti alla luce del Regolamento (UE) 2016/679*, Jovene, Napoli, 2019, p. 48.

²⁴¹ M. OROFINO, *Minori e diritto alla protezione dei dati personali*, in M. OROFINO-F. PIZZETTI (a cura di), *Privacy, minori, cyberbullismo*, Giappichelli, Torino, 2018, p. 1 ss.; I. CAGGIANO, *Privacy e minori nell’era digitale. Il consenso al trattamento dei dati dei minori all’indomani del Regolamento UE 2016/679, tra diritto e tecno-regolazione*, in *Famiglia*, 2018, p. 4 ss.; F. SCIA, *Riservatezza e oblio: i diritti dei minori nell’era di internet e dei social network*, in *Innov. e dir.*, 4, 2018, p. 21 ss.; F. NADDEO, *Il consenso al trattamento dei dati personali del minore*, in *Dir. inf.*, 1, 2018, p. 27 ss.; F. BRAVO, *Il consenso e le altre condizioni di liceità del trattamento di dati personali*, in G. FINOCCHIARO (a cura di), *Il nuovo Regolamento europeo sulla privacy e sulla protezione dei dati personali*, Zanichelli, Bologna, 2017, p. 167 ss.; G. SPOTO, *Disciplina del consenso e tutela del minore*, in S. SICA-V. D’ANTONIO-G.M. RICCIO (a cura di), *La nuova disciplina europea della privacy*, Cedam, Padova, 2016, p. 111 ss.

posizione di protezione, non risultano adeguati meccanismi utili a verificare realmente l'età del minore.

Da qui derivano infatti tutti quei tentativi utili a creare dei procedimenti che possano realmente individuare l'età del minore che si interfaccia con le piattaforme *online*.

Risulta essere proprio questo il contesto in cui il concetto di “nativi digitali” crea una situazione di squilibrio fra soggetti controllanti (per esempio, i titolari della responsabilità genitoriale) e i soggetti controllati (i minori di età), dal momento che questi ultimi risultano in grado di *bypassare* quelle che sono le norme poste a loro tutela al fine di raggiungere il loro fine ultimo durante la navigazione, senza curarsi realmente del consenso prestato con quel *click*.

In questo senso, allora, la soluzione non dovrebbe essere esclusivamente in funzione della creazione di sempre più sofisticati strumenti di controllo per gli accessi ai siti, ma, diversamente, ipotizzando una maggiore responsabilizzazione dei soggetti titolari di questi dati.

Sotto questo punto di vista, infatti, i diversi strumenti di controllo messi a punto (per esempio, inserimento data di nascita, richiesta dei documenti di identità, ecc.) per poter accedere alle piattaforme di commercio *online* o per poter navigare sul *web*, risultano molto semplici da “ingannare”.

Pertanto, se l'obiettivo finale risulta quest'ultimo bisognerà provare a prevedere dei nuovi meccanismi che rendano l'utente minore “unico”, così da vedere corrispondere l'età reale con quella digitale.

3.7 Consenso digitale (a tutela speciale?)

Chiarito quanto sopra rappresentato bisogna provare a comprendere il concetto di consenso e – ancor di più – quello di consenso consapevolmente prestato, dal momento che risulta quanto mai raro che questo sia il risultato di un'attenta lettura di

quanto previsto nell'”informativa sulla *privacy*”²⁴².

Per quanto attiene alla figura dei minori, risulta importante evidenziare quanto previsto dal Considerando 58 del *GDPR*, che rappresenta che *“dato che i minori meritano una protezione specifica, quando il trattamento dati li riguarda, qualsiasi informazione e comunicazione dovrebbe utilizzare un linguaggio semplice e chiaro che un minore possa capire facilmente”*. Dunque, in vista di una maggiore tutela, il legislatore europeo fa riferimento alla necessità di prevedere un linguaggio il più possibile comprensibile per questa categoria di utente (i minori), ma ciò non si ritiene possa essere la soluzione più adeguata a fronteggiare la leggerezza con cui si può indicare di aver preso visione della suddetta informativa, al di là del linguaggio maggiormente comprensibile per gli interessati.

Al fine di permettere al minore di compiere scelte realmente consapevoli si ritiene che un consenso possa essere effettivamente e consapevolmente prestato a condizione che previamente l'interessato sia stato messo a conoscenza di tutti i rischi derivanti dal trattamento dei dati.

Allo stato, però, non si ritiene che ciò avvenga e che il consenso venga “ceduto” senza l'opportuna consapevolezza del suo effettivo valore con i dati di ogni soggetto, minore e no, ormai trattati solo come moneta per pagare il prezzo utile ad accedere ai servizi proposti dalle diverse piattaforme digitali.

In linea con questo ragionamento utile a riempire il concetto di consenso informato, si ritiene che non possa essere esaustivo neanche un obbligo informativo relativo alla controprestazione “pagata” dal consumatore, e ciò ancor di più con riferimento alla figura del minore che non sempre risulta in grado di comprendere realmente la differenza fra dati personali e somma di denaro.

Ulteriore aspetto è quello relativo alle modalità con cui il più delle volte la libertà nella prestazione del consenso al trattamento dei dati personali viene turbata dalla circostanza per cui un eventuale rifiuto da parte del titolare dei diritti impedisca di per

²⁴² L. GATT-R. MONTANARI-I.A. CAGGIANO, *Consenso al trattamento dei dati personali e analisi giuridico-comportamentale. Spunti di riflessione sull'effettività della tutela dei dati personali*, in *Pol. dir.*, 2, 2017, p. 363 ss.

sé la possibilità di fruire del servizio *online*, finendo col prevedere una sorta di “obbligo” per l’utente che si trova nella condizione di dover cedere i propri dati personali per poter fruire del servizio digitale, al di là di un consenso effettivamente prestato; e lo stesso processo distorto si manifesta nel caso in cui - seppur non vi sia un impedimento effettivo all’utilizzazione del sito - vi sia una “sollecitazione aggressiva”²⁴³ che rende all’utente più semplice prestare il consenso invece che negarlo.

Diretta conseguenza di quanto sopra riportato è che nei contratti *online* e nell’accesso ai servizi digitali il consenso viene “imposto”, dal momento che diventa condizione per poter fruire dei servizi.

D’altra parte, pur volendo ammettere che i gestori delle piattaforme predispongano i loro siti in maniera conforme a quanto previsto dalla regolamentazione in materia, bisogna comprendere le modalità per accertare sia consapevole e informato del trattamento che viene effettuato sui dati ceduti²⁴⁴, sia dal punto di vista economico²⁴⁵ che personale-sociale.

Ad oggi, gli utenti, al di là della loro età anagrafica, risultano essere “*i migliori ausiliari di chi “sfrutta” il valore dei propri dati*”²⁴⁶, laddove gli stessi si trovano ordinariamente a prestare il loro consenso o ad accettare i *cookies* anche quando non necessario²⁴⁷. Sul punto, la dottrina ha infatti osservato come “*il consenso si rivela mero simulacro di autodeterminazione e quindi inadeguato strumento di protezione*”, manifestando una “*propria ontologica debolezza quale espressione di autodeterminazione e strumento di tutela del “mercato del dato”*”²⁴⁸.

Fin a questo momento l’indagine è stata portata avanti con l’obiettivo di comprendere la natura giuridica del consenso informato; forse, invece, bisognerebbe

²⁴³ E. BATTELLI, *Op. cit.*

²⁴⁴ C. IRTI, *Persona minore di età e libertà di autodeterminazione*, in *Giust. civ.*, 3, 2019.

²⁴⁵ L. FLORIDI, *La quarta rivoluzione*, Raffaello Cortina Editore, Milano, 2017.

²⁴⁶ E. BATTELLI, *Op. cit.*

²⁴⁷ R. CABAZZI, *Utilizzo dei “cookie” e (nuova) tutela dell’utente interessato: la presa di posizione della Corte di giustizia nel caso “Planet49”*, in *Medialaws*, 2, 2020.

²⁴⁸ L. BOZZI, *I dati del minore tra protezione e circolazione: per una lettura non retorica del fenomeno*, in *Eur. dir. priv.*, 1, 2020.

valutare se i requisiti individuati dal legislatore per la prestazione del consenso siano da ritenersi utili rispetto all'espletamento del compito per cui lo stesso è stato previsto.

In questo senso, la tutela dei dati personali non può ritenersi qualificabile come qualcosa di diverso rispetto alla tutela dei diritti della persona²⁴⁹.

Da quanto sopra riportato appare chiaro come si sia voluto evidenziare come i minori di età – seppur bisognosi di un supporto utile a far comprendere il valore delle loro azioni – siano “esperti” nell'utilizzo dei servizi digitali. Nonostante ciò, però, si evidenzia come gli stessi siano ugualmente vulnerabili rispetto alle controprestazioni richieste per poter usufruire dei servizi della società dell'informazione. Dunque, in virtù di questa limitata consapevolezza, lo strumento individuato per tutelare la loro figura (consenso digitale) risulta totalmente inadeguato.

Se tale ragionamento risulterà corretto, allora bisognerà proporre dei meccanismi di tutela alternativi utili ad assicurare “realmente” la protezione dei dati personali dei minori e non solo con un'accettazione delle condizioni di utilizzo che sia frutto di un'autodeterminazione realmente consapevole²⁵⁰.

Da ciò deriva che i potenziali nuovi strumenti di tutela dovranno essere calibrati sull'idea che esiste ormai un mercato digitale completamente rivolto al minore con interessi e dinamiche speciali rispetto a quelle che vengono previste più genericamente dall' *e-commerce*²⁵¹, contraddistinte da una limitata consapevolezza rispetto alle conseguenze dell'agire su Internet da parte dei minori.

Posto che da tale ricostruzione si ritiene necessaria una disciplina specifica che tuteli i minori nel mercato dell'*online*²⁵², bisogna comprendere come rapportare ciò a quanto

²⁴⁹ A. FICI-E. PELLECCIA, *Il consenso al trattamento*, in R. PARDOLESI (a cura di), *Diritto alla riservatezza e circolazione dei dati personali*, I, Giuffrè, Milano, 2003.

²⁵⁰ L. BOZZI, *I dati del minore tra protezione e circolazione: per una lettura non retorica del fenomeno*, in *Eur. dir. priv.*, 1, 2020.

²⁵¹ R. SENIGAGLIA, *The best interest of the child tra persona e contratto*, in M. BIANCA (a cura di), *The best interest of the child*, Università di Roma La Sapienza, Roma, 2021.

²⁵² D. DI SABATO, *Il contratto del minore tra incapacità di contrarre e capacità di consumare*, *Riv. dir. impr.*, 1, 2011.

previsto dagli schemi tradizionali del nostro ordinamento. Nel fare ciò, inoltre, non si potrà prescindere dal fatto che – al di là degli aspetti prettamente economici derivanti dal commercio *online* – ormai, volenti o nolenti, lo spazio digitale è diventato per i minori il luogo principale di socializzazione e, pertanto, non si può ipotizzare uno scollamento degli stessi da tali dinamiche. D'altra parte, è chiaro che tale circostanza non può autorizzare *social network* o altre piattaforme digitali del genere a sfruttare le dinamiche sociali per estorcere più o meno consapevolmente ai minori dei dati e dei diritti di cui loro non sono pienamente consapevoli, sia per motivi legati alla minore età sia per altri legati a una scarsa informazione sugli stessi.

Di conseguenza, la possibile soluzione non potrà andare a ledere quelli che sono ormai dei nuovi diritti della personalità dei minori (ad esempio, quello della socializzazione) e, pertanto, sarà indispensabile operare un opportuno bilanciamento fra tutela della persona (e, nel caso di specie, del minore) e libertà di autodeterminazione, prevedendo misure utili a sopportare le esigenze di tutela dei soggetti più vulnerabili e che – allo stesso tempo – non ne limitino lo sviluppo e la propria autodeterminazione²⁵³.

3.8 Nuove prospettive di tutela digitale

Dopo aver provato a individuare i parametri su cui costruire delle forme di tutela *ad hoc* per i minori di età, si ritiene opportuno proporre una rassegna di quelle che sono le nuove proposte in materia.

Prima di indagare a livello nazionale ed europeo quelle che sono le proposte portate avanti al fine di prevedere una tutela aggiornata alle esigenze attuali, si ritiene d'interesse analizzare quanto accade a livello internazionale.

²⁵³ F. AZZARRI, *Diritti della persona e interventi delle corti: dalla fonte costituzionale alle regole civilistiche*, in E. NAVARRETTA (a cura di), *Effettività e drittwirkung nelle discipline di settore*, Giappichelli, Torino, 2017.

In modo particolare, si fa riferimento alla legge del Parlamento australiano, il c.d. “*Online Safety Amendment (Social Media Minimum Age) Bill 2024*”, varata in risposta alle sollecitazioni derivanti dalla preoccupazione derivante da un utilizzo rischioso e pregiudizievole delle piattaforme *social* da parte dei giovani, con l’obiettivo di prevedere delle migliori forme di protezione per i giovani.

La normativa australiana sulla sicurezza *online*, la quale prevede la fissazione di un’età minima per l’accesso ai *social media*, vuole rafforzare la tutela e regolare i casi pregiudizievoli per i minori fino all’età minima dei sedici anni (finora fissata, invece, a tredici anni), e fa ciò predisponendo a carico delle piattaforme digitali una serie di vincoli e misure da dover rispettare per poter svolgere la propria attività.

Al fine di individuare al meglio i destinatari di queste nuove disposizioni, la legge qualificato il concetto di “piattaforma di *social media*” tale per vedere applicabile la normativa in questione; nello specifico, si ritiene tale un servizio elettronico tale da consentire l’interazione tra due o più utenti tramite collegamenti virtuali e pubblicazione di contenuti.

Una volta individuati, per grandi linee, i destinatari di tale normativa, risulta di interesse comprendere gli obblighi posti a carico dei gestori di queste specifiche piattaforme digitali. A riguardo, si evidenzia come su questi gravi un onere probatorio relativo all’adozione di misure utili a precludere ai minori di sedici anni la possibilità di creare *account social*, prevedendo, in caso di violazioni, specifiche sanzioni. Dunque, non si individuano misure specifiche e dettagliate per rendere tali misure il più possibile flessibili e adattabili a quelli che sono i continui sviluppi tecnologici; inoltre, tra gli obblighi previsti per le piattaforme vi è quello posto a presidio della *privacy*, laddove si prevede il divieto di utilizzo delle informazioni raccolte per scopi diversi da quelli relativi all’accertamento dell’età dell’utente, salvo consenso validamente prestato dall’interessato.

Infine, per quanto attiene alle possibili sanzioni, si prevede in caso di violazione degli obblighi suddetti il pagamento di ingenti somme a carico dei gestori delle piattaforme sociali.

Individuato un primo approccio a livello internazionale, ora la nostra attenzione si rivolgerà al panorama nazionale e dell'Unione Europea.

Ad oggi, l'idea è quella di provare a percorrere una strada utile a rafforzare la tutela del minore *online* prevedendo una legge utile a regolare l'accesso dei giovani ai *social network*. Se da una parte – come si è già evidenziato – si continua a sottolineare l'importanza dei titolari della responsabilità genitoriale, dall'altra, per rispondere alle nuove criticità proposte dal sistema si vuol provar a muover i primi passi verso una regolamentazione della presenza dei giovani sui *social*. Tra le varie proposte previsionali vi è l'innalzamento dell'età minima per accedere alle piattaforme con verifica obbligatoria dell'età da parte delle stesse; la nullità dei contratti stipulati dai minori di quindici anni; oltre a prevedere un'attenzione generalmente più forte su tutte quelle attività che coinvolgono le attività *online* dei minori. Insomma, la soluzione in questione propone un innalzamento dei livelli di controllo e monitoraggio delle attività dei minori, anche se potrebbe non minimizzare il rischio di quelli che sono i rischi derivanti da queste attività.

Aspetto importante, però, è che il legislatore è consapevole delle nuove problematiche derivanti dall'incedere costante della rivoluzione digitale e, dunque, prova a fronteggiarle con gli strumenti messi a disposizione dal sistema.

Questa nuova proposta deve essere letta in combinato con quelle che sono le normative europee che nello stesso senso si stanno adoperando per rendere effettiva la tutela dei minori *online* (uno degli obiettivi principali del *Digital Services Act*) e, in questo senso, un passaggio fondamentale sarà rappresentato dall'introduzione del “*Portafoglio europeo dell'identità digitale (EUDI)*” che proverà a garantire delle modalità di identificazione più sicure e difficilmente aggirabili.

In linea con quanto sopra riportato, si evidenzia, inoltre, come a livello sovranazionale siano state proposte delle linee guida per rendere la rete più sicura; in particolar modo, la Commissione Europea ha introdotto delle misure vincolanti per le piattaforme digitali, tra cui la predisposizione di filtri o, ancora, la limitazione della raccolta dei dati. Più nello specifico, l'obiettivo della Commissione è quello di tentare di rendere realmente effettivo quanto già previsto dal *Digital Services Act*, in particolare

dal suo art. 28 (*Protezione online dei minori*), che prevede: “1. I fornitori di piattaforme online accessibili ai minori adottano misure adeguate e proporzionate per garantire un elevato livello di tutela della vita privata, di sicurezza e di protezione dei minori sul loro servizio. 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. Il rispetto degli obblighi di cui al presente articolo non obbliga i fornitori di piattaforme online a trattare dati personali ulteriori per valutare se il destinatario del servizio sia minore. La Commissione, previa consultazione del comitato, può emanare orientamenti per assistere i fornitori di piattaforme online nell'applicazione del paragrafo 1”.

Ci si rende subito conto da una prima lettura che una reale attuazione di quanto riportato nel suddetto articolo sarebbe una forte risposta dell'ordinamento alle esigenze di tutela per i minori.

Dunque, in questo senso, la Commissione Europea, in data 14 luglio 2025, ha adottato le “Linee guida sulla sicurezza online dei minori” in una sorta di attuazione di quanto previsto dal *Digital Services Act*, con l'obiettivo dichiarato di contrastare quelli che sono i rischi derivanti da una navigazione in rete poco consapevole.

Queste linee guida si applicano alle piattaforme digitali (con esclusione delle micro e piccole imprese) prevedendo degli standard molto restrittivi per l'accesso e l'interazione dei minori, tra cui: profili dei minori impostati esclusivamente in modalità privata per impedire la diffusione involontaria di dati personali derivante dall'utilizzo di profili “pubblici” (che consentono visibilità dei contenuti senza autorizzazione alcuna); predisposizione di filtri utili a escludere i contenuti ritenuti potenzialmente dannosi per i minori; creazione di avvisi “proattivi”, utili a far comprendere al minore in maniera esplicita i rischi derivanti dalla condivisione dei propri dati tramite visualizzazione e condivisione di determinati contenuti ritenuti rischiosi; e, ancora, controllo delle interazioni, utile a prevenire la diffusione di contenuti non autorizzati.

È evidente come il legislatore si è concentrato su tutti quei casi ritenuti *vulnus* alla figura dei minori.

Ma vi è di più.

Infatti, si ritiene che sia l'aspetto fondamentale di questo intervento non sia rappresentato dalle tutele tecniche già sopra evidenziate, ma, invece, oltre alla previsione di un divieto di utilizzo commerciale dei dati e dell'interazione dei minori con finalità di manipolazione e pubblicitarie, questo va rintracciato nelle misure proposte per aumentare e rafforzare il livello di consapevolezza degli utenti minorenni tramite un'alfabetizzazione digitale e programmi educativi mirati.

È proprio questo il concetto cui si è fatto riferimento nei precedenti paragrafi laddove si individuava una possibile soluzione in una nuova forma di educazione digitale da fornire tanto ai minori quanto agli stessi adulti, titolari di una posizione di controllo che diventa sempre più complessa da esercitare soprattutto nel contesto digitale, luogo ove si ritiene ormai maggiormente necessaria.

È chiaro come la previsione di queste linee guida intende aggiornare e ampliare il quadro di responsabilità delle piattaforme nell'ambiente digitale ponendosi il chiaro obiettivo di rendere la protezione dei minori *online* un obbligo giuridico e non più solo un'opzione.

Infine, non si può far a meno di menzionare la Risoluzione, non vincolante, datata 26 novembre 2025, con cui il Parlamento europeo ha proposto delle soluzioni per i rischi di manipolazione e dipendenza dei minori *online*.

Questa proposta evidenzia il difetto di consapevolezza da parte dei genitori nei confronti dei figli, evidenziando un grave innalzamento del rischio per gli stessi.

In linea con quanto già sopra rappresentato, il Parlamento europeo propone di fissare a 16 anni il limite di età per poter accedere ai *social media* basati sull'Intelligenza Artificiale, lasciando un margine di operativo ai minori fra i 13 e i 16 anni su esclusiva autorizzazione dei genitori, oltre al contrasto alle tecnologie persuasive e all'eliminazione delle pratiche maggiormente dannose che creano dipendenza nei minori.

In questo modo, il Parlamento ritiene di poter individuare, anche tramite l'intervento delle autorità sanitarie nazionali e dell'OMS (Organizzazione Mondiale della Sanità), gli utilizzi appropriati delle piattaforme digitali, l'età più opportuna per la loro fruizione, il

miglior tempo di utilizzo, i servizi e tutte le attività da esse derivanti, così da poter adeguatamente contrastare anche quelle pratiche di “*gamification*” che, creando dei meccanismi di ricompensa nel minore, conducono lo stesso a una dipendenza da *social*.

Nel tempo della rivoluzione digitale i rischi sono sempre nuovi e meno controllabili, pertanto, la necessità di creare uno spazio digitale “sicuro” per i minori, dove possano navigare e socializzare senza correre rischi fuori dalla norma, diventa di prima importanza.

Una tale impostazione sembra quella richiamata nella parte finale del secondo capitolo di questo studio, laddove si propone di leggere il rapporto fra utente e piattaforma digitale non più solo come un rapporto contrattuale basato su un consenso da attenzionare sempre di più, ma come una sorta di collaborazione fra le parti al fine di favorire un radicale cambio di paradigma nella progettazione dei servizi, con un guadagno che potrà concretizzarsi anche nelle nuove opportunità nascenti da una maggiore consapevolezza del potere contrattuale in mano ad entrambe le parti del rapporto, da un lato con una maggiore comprensione delle dinamiche operative da parte dell’utente e, dall’altro, con una maggiore consapevolezza per le piattaforme digitali rispetto a quella che è la domanda degli utenti. Se poi, si vorrà considerare la figura dei nativi digitali, allora si comprende come una maggiore educazione degli stessi si ripercuoterà automaticamente su quelli che saranno gli investimenti futuri che vedranno loro come protagonisti. Di conseguenza, sarà un vantaggio reciproco per le parti creare maggiore fiducia nell’utente predisponendo meccanismi utili a salvaguardarlo dai pericoli e a rendere l’esperienza digitale non più come qualcosa di potenzialmente “rischioso”, ma come strumento di ricerca di opportunità e di crescita.

3.9 Educazione civica digitale e Pubblica amministrazione: per una “nuova” consapevolezza della società

Dopo aver posto l'evidenza sugli aspetti relativi alla figura del minore, i quali hanno portato alla proposizione di una rivoluzione del concetto di educazione, si ritiene opportuna una digressione finale sul concetto stesso di metodo educativo da proporre non solo alle nuove generazioni, ma a tutti gli attori/utenti che si interfacciano al digitale, sia per interessi diretti sia indiretti, come nel caso di uno sviluppo di una responsabilità genitoriale che risulta in questo ambito quanto mai stirata.

Nello specifico, in questo passaggio si intende richiamare quanto già evidenziato all'inizio del capitolo laddove si evidenzia la necessità di una rivoluzione dal punto di vista dell'educazione sia dei minori che degli adulti messi di fronte a quelle che sono le istanze del nuovo mondo digitale.

Idealmente si ritiene che possa essere questa la soluzione da proporre o da affiancare a quelli che sono i rimedi legislativi dal momento che non si ritiene possano bastare la più moderne soluzioni utili, sul fronte della tutela dei minori, a individuare l'età di un utente.

Non può essere solo questa la linea da tracciare e seguire.

È chiaro che diventa fondamentale prevedere degli schemi da dover rispettare, ma la soluzione non potrà prescindere dall'informare e formare la nuova classe digitale alla luce di un incedere tecnologico che non andrà mai in direzione opposta a quella attuale.

In questo senso si può notare come quelle che si ritenevano soluzioni per prevedere idonee tutele per i soggetti considerati dal sistema come vulnerabili, diventano lo spunto per qualcosa di più grande, una vera e propria rivoluzione della formazione utile ad affiancarsi al ruolo fondamentale dei titolari della responsabilità genitoriale.

In un tale contesto, in cui l'educazione e la formazione non sono più a favore di una categoria di soggetti, ruolo fondamentale diventa quello della Pubblica

amministrazione che in qualche modo prende il timone della formazione di tutti i cittadini.

Proprio in questo senso devono essere visti i primi interventi volti a far passare il concetto di competenza informatica da esempio di specializzazione di pochi a conoscenza di molti, diventando così un diritto che lo Stato è chiamato a garantire. Al centro di ciò si inserisce la conversione del D.L. n. 45 del 7 aprile 2025, che prevede lo sviluppo di competenze informatiche nella forma di un nuovo diritto che la Pubblica amministrazione si impegna ad assicurare²⁵⁴.

Questo percorso inizia già a partire dall'entrata in vigore del Codice dell'amministrazione digitale con cui si è parlato per la prima volta di "diritto all'alfabetizzazione informatica". Dunque, fin da quel momento la Pubblica amministrazione avrebbe dovuto assumere il compito di diffondere al meglio la cultura digitale in modo da favorire altresì le opportune tutele per tutti quei soggetti considerati a rischio con lo sviluppo di nuove competenze informatiche.

Ecco, se questi obiettivi fossero stati considerati realmente come tali probabilmente oggi ci saremmo trovati meno spiazzati rispetto alle nuove dinamiche derivanti dal mondo digitale. Di conseguenza, ciò che poteva inserirsi in un processo graduale, oggi diventa improrogabile.

La validità del progetto italiano portato avanti dal concetto di alfabetizzazione informatica è stato di recente (approvata in data 15 dicembre 2022) accolto anche a livello europeo con la *"Dichiarazione comune europea sui diritti e i principi digitali per il decennio digitale"*, che ha introdotto il diritto dei cittadini di acquisire competenze digitali.

Dunque, è chiaro come anche l'Unione Europea ha messo al centro l'istruzione digitale a favore di una consapevole partecipazione allo spazio pubblico digitale, cominciando così a prevedere diritti per i cittadini e non solo discipline "di controllo".

Inoltre, e questo è un dato rilevante con riferimento al fatto che l'Italia si è mostrata pioniera in questa materia si evidenzia che già con la Legge n. 92 del 20 agosto 2019 si

²⁵⁴ G. BONATI, *Italia digitale: le competenze informatiche sono un diritto e garantirle è un dovere*, *Giornale online*, Associazione Cittadinanza Digitale, 25 luglio 2025.

era deciso di far entrare l'educazione civica digitale all'interno delle scuole con percorsi specifici destinati ai soggetti ritenuti maggiormente vulnerabili promuovendo principi volti a un corretto utilizzo della rete, alla gestione delle informazioni in essa contenute, alla valutazione delle stesse o, ancora, alla consapevolezza dei rischi *online*.

Tornando, invece, a quanto richiamato in principio, il D.L. n. 45 del 7 aprile 2025 convertito nella Legge n. 79 del 5 giugno 2025, si evidenzia come siano entrate in vigore delle disposizioni finalizzate all'attuazione dei percorsi previsti in materia dal Piano nazionale di ripresa e resilienza (c.d. PNRR), le quali hanno definito come prioritario per il Paese lo sviluppo di competenze informatiche e di didattica digitale²⁵⁵.

Chiarite quelle possono essere le iniziative utili a portare avanti questo processo, si comprende bene come lo stesso debba essere adeguatamente supportato. Ciò potrà però avvenire quando ci si riuscirà a scollare dall'idea di un mondo digitale interessato a sostituire il mondo reale.

Proprio in questo senso, parrebbe porsi il Parere al disegno di legge n. 1136 (Disposizione per tutela dei minori nella dimensione digitale) formulato dall'Autorità Garante per l'Infanzia e l'Adolescenza in data 23 ottobre 2025, col quale è stato rappresentato che non può bastare parlare dei minori "nativi digitali", ma bisogna porre l'attenzione anche sugli adulti o "adultescenti", evidenziando come una normativa efficace debba necessariamente derivare dal mettere nuovamente al *"centro le relazioni tra il mondo adulto e quello di bambini e adolescenti, sempre nella logica del superiore interesse del minore* (pag. 2, Parere al disegno di legge n. 1136)".

Nello specifico, si evidenzia come una maggiore consapevolezza non solo potrebbe offrire nuove opportunità di crescita e di sviluppo, ma potrebbe anche salvaguardare tutte quelle dinamiche che ad oggi consideriamo a rischio, sia per i minori di età sia per tutti gli individui che vivono questo presente limitandosi a rimpiangere un tempo passato.

D'altra parte, invece, smettendo di marginalizzare il problema e imparando a leggere

²⁵⁵ G. BONATI, *Op. cit.*

questo nuovo mondo fra spirito critico e maggiore responsabilità, si potrebbe generare un connubio ideale fra massimizzazione dei benefici derivanti dalle nuove tecnologie e minimizzazione dei rischi derivanti dalle stesse.

Lo sviluppo di una reale educazione digitale passa da questo e su questo si ritiene che si dovrà investire nel prossimo futuro, passando così dall'avere un ruolo passivo rispetto alle continue trasformazioni digitali a un ruolo critico e responsabile utile a migliorare la vita di ogni individuo/utente sia per consapevolezza che per opportunità.

Conclusioni

Seppur con riferimenti di natura differente, il sottile *fil rouge* che attraversa la presente ricerca è rappresentato dalla volontà di voler trovare un punto d'incontro e – soprattutto – di dialogo fra diverse generazioni attraverso una rivoluzione nell'utilizzo degli strumenti giuridici messi a disposizione dall'ordinamento.

In tal senso, la consapevolezza da cui è scaturita la presente trattazione è quella relativa all'affermarsi negli ultimi decenni di una rivoluzione digitale che ha scardinato tanti dei principi base fondanti nostro ordinamento.

In un contesto simile le soluzioni potrebbero essere molteplici.

Nello specifico però la scelta si pone fra una rottura totale con le nuove dinamiche proposte dal mondo digitale, che però continuerebbero a influenzare le nostre vite senza possibilità di confronto alcuno con le stesse, rimanendo così passivi rispetto al cambiamento della società o, in alternativa, provare a trovare delle modalità con cui poter dialogare e interfacciarsi in maniera costruttiva con i nuovi schemi che vengono proposti.

La chiave di lettura che si è inteso percorrere con questo lavoro è evidentemente la seconda dal momento che si ritiene possa essere l'unica percorribile, al fine di comprendere le nuove dinamiche proposte dalla transizione digitale in corso. In particolare, tali aspetti sono stati attenzionati dal punto di vista della conservazione del concetto di volontà e consenso in capo agli utilizzatori dei nuovi servizi digitali, nel senso di comprendere se in virtù dei concetti di automatizzazione questo conservi ancora il suo valore fondante l'accordo fra le parti o se lo stesso sia ormai rimesso – come tutto il resto – ad un processo automatico.

Nel fare ciò, con il primo capitolo si è posta l'attenzione sul concetto stesso di *pactum*, evidenziando come lo stesso sia alla base dell'idea stessa di società; dunque, ipotizzare una sua completa rimessione a meccanismi utili a velocizzare i processi di manifestazione della volontà rischierebbe, secondo questa ricostruzione, di minare il concetto di *societas* stesso.

Valorizzato questo primo aspetto, è stato attenzionato e valorizzato il concetto di

dato e di come questo sia ad oggi considerato una controprestazione a tutti gli effetti.

Proprio per questo motivo, ulteriore analisi fondamentale è stata sviluppata attorno al concetto di dato e di quella che ad oggi è la sua valutazione, sia dal punto di vista degli utenti, poco consapevoli del suo reale valore sia delle piattaforme digitali, che provano a speculare su tale minore consapevolezza per massimizzare le loro attività e i loro obiettivi.

Infine, evidenziati i rischi e le peculiarità messe in luce dalle nuove forme di patrimonializzazione dei dati e – in particolar modo – al consenso alla cessione e successivo utilizzo degli stessi, l'attenzione è stata volta a quelle figure che il sistema considera come maggiormente vulnerabili.

Sotto questo punto di vista, al di là dell'analisi compiuta in materia di rischio specifico e di modalità da individuare al fine della minimizzazione dello stesso, si è ritenuto che – stante la tutela da accordare a soggetti maggiormente meritevoli di tutela – l'idea sia quella di promuovere una nuova cultura di approccio alla transizione digitale.

Dunque, fatta questa panoramica sui temi affrontati, il punto di arrivo è stato individuato attraverso un crescendo di considerazioni di natura sia giuridica che sociologica, dal momento che si ritiene che in questo specifico settore i due campi non possano prescindere l'uno dall'altro.

Se in astratto questi temi potrebbero sembrare apparentemente scollegati fra loro, in realtà il concetto chiave attraverso il quale si è snodata tutta la trattazione è quello di consenso, considerato fin dall'inizio parte fondante il *pactum* e la *societas* stessa.

In questo senso, infatti, il consenso si qualifica in senso assoluto come carattere fondante la consapevolezza di un determinato soggetto finalizzata al raggiungimento di un determinato scopo attraverso un accordo con un'altra parte.

Così, il consenso diventa il fulcro attorno al quale si è snodata la presente trattazione; difatti, volendo indagare sul dubbio circa l'impatto della rivoluzione digitale e dell'automazione su quelli che finora sono stati i capi saldi del diritto, ci si è posti l'interrogativo sul fatto che il consenso si trovi ancora alla base del *pactum*, oppure se questo sia entrato in un meccanismo tale da far venir meno il concetto di dialogo e

accordo che si continua a ritenere essere alla base di ogni rapporto.

Al di là del fatto che a parere dello scrivente non si può in alcun modo prescindere dal concetto di dialogo posto alla base di un accordo, si ritiene che il consenso rimanga aspetto fondamentale laddove – seppur prestato digitalmente – va a toccare diritti fondamentale dell'utente e, in particolare del minore.

In questo senso, è proprio la figura del minore che ha portato a un interessante spunto di riflessione secondo cui la necessaria tutela di queste figure definite vulnerabili dall'ordinamento ha portato a una nuova valorizzazione del consenso stesso, al di là del fatto che sia fornito su piattaforme digitali. Infatti, la necessaria consapevolezza rispetto alle modalità di trattamento dei propri dati e, quindi, anche alla facilità o meno rispetto alla loro cessione, potrebbe idealmente comportare una nuova fase di valutazione all'interno dell'accordo, col consenso che tornerebbe ad assumere quel valore fondante che da sempre ha caratterizzato ogni scambio.

Ora, se questo ragionamento si è originato all'interno di un'analisi condotta per prevedere maggiori tutele per le figure ritenute più fragili dall'ordinamento, non c'è motivo per non promuovere una riflessione del genere a favore di tutti gli individui facenti parte dello Stato.

Si ritiene, infatti, che al di là del dato anagrafico ogni individuo debba guadagnare maggiore consapevolezza rispetto a quella che viene considerata come la sua identità digitale e, allo stesso tempo, i non “nativi digitali”, possono trovarsi in situazioni che potrebbero rendere loro stessi soggetti vulnerabili.

Dunque, una soluzione che nasce per una categoria, ma che, a mio avviso, potrebbe essere ampliata per rivoluzionare l'approccio al digitale in un'ottica di rapporto, confronto e crescita fra le parti fisiche e digitali.

Volendo ammettere la validità di questo ragionamento, infine, ci si è interrogati sul come promuovere una maggiore consapevolezza e un maggiore dialogo volto alla comprensione delle dinamiche fra utente e piattaforma digitale *online* e la soluzione si è individuata non tanto in possibili normative “di controllo”, utili a verificare semplicemente l'età degli utenti che si interfacciano con le stesse le quali legando la prestazione di un consenso al dato anagrafico spersonalizzano e automatizzano il

processo, ma nel concetto di “educazione digitale”.

In questa prospettiva un ruolo fondamentale potrebbe essere ricoperto dalla Pubblica amministrazione che attraverso le sue diramazioni nei diversi settori del sociale potrebbe predisporre una sorta di “scuola” dell’educazione civica digitale. Così per un verso, si andrebbe a rispettare quanto previsto negli obiettivi a livello europeo, laddove si richiede un percorso utile alla digitalizzazione e a una transizione digitale e, per altro, si andrebbe a formare una nuova generazione che, attraverso una “crescita digitale”, possa passare dal considerare il digitale come qualcosa di altro rispetto al nostro quotidiano a un’integrazione utile a migliorare sia la domanda che l’offerta, rendendo la società maggiormente consapevole e pronta a rispondere ad esigenze personali e sociali.

Dunque, proprio così, il consenso potrà passare dai rischi derivanti dall’automazione e dalla spersonalizzazione a veicolo di evoluzione utile ad accompagnare le diverse generazioni verso la conservazione del concetto di *pactum* all’interno di una società che pur evolvendosi conservi l’essenza di *societas*.

Riferimenti bibliografici

- B. AGOSTINELLI, *Autonomia e controllo di minori on line. I nuovi confini della responsabilità genitoriale*, *Rivista italiana di informatica e diritto*, n. 2/2024.
- A. ALBANESE, «Regole di condotta e regole di validità nell'attività di intermediazione finanziaria: quale tutela per gli investitori delusi?», in *Corr. giur.*, 2008.
- D. ALFIERI, *Internet: quando la “rete” cattura i minori*, *Rivista Italiana di Informatica e Diritto*, ISSN 2704-7318, Fascicolo 1-2022.
- G. ALPA, G. CONTE (a cura di), *Diritti e libertà fondamentali nei rapporti contrattuali*, Torino, 2018.
- G. ALPA, *I contratti del minore. Appunti di diritto comparato*, in *Contratti*, 5, 2004.
- C. ALVISI, *Dati personali e diritti dei consumatori*, in V. CUFFARO, R. D'ORAZIO, V. RICCIUTO (a cura di), Torino, *I dati personali nel diritto europeo*, 2019.
- G. AMADIO, *La condizione di inadempimento. Contributo alla teoria del negozio condizionato*, Padova, 1996.
- L. AMMANNATI, A. CANEPA, G.L. GRECO, U. MINNECI (a cura di), *Algoritmi, Big Data, piattaforme digitali. La regolazione dei mercati in trasformazione*, Giappichelli, Torino, 2021.
- E. ANDREOLA, *Gli acquisti online del minore tra invalidità dell'atto e responsabilità dei genitori*, in *Contr. e impr.*, 2, 2018.
- F. ANGELI, *Santi Romano e la concezione sociologica del Diritto*, in *Sociologia del Diritto*, n. 1, 2020.
- C. ANGIOLINI, *Lo statuto dei dati personali. Uno studio a partire dalla nozione di bene*, Torino, 2020.
- A. ANNONI-A. THIENE, *Minori e privacy. La tutela dei dati personali dei bambini e degli adolescenti alla luce del Regolamento (UE) 2016/679*, Jovene, Napoli, 2019.
- V. ARANGIO-RUIZ E C. SCUTO, *Patto/Pactum*, in *Enciclopedia Treccani*, consultabile sul sito Treccani; Voce *Ius*, in *Enciclopedia Treccani*, consultabile sul sito Treccani.
- F. AZZARRI, *Diritti della persona e interventi delle corti: dalla fonte costituzionale alle regole civilistiche*, in E. NAVARRETTA (a cura di), *Effettività e drittwirkung nelle discipline di settore*, Giappichelli, Torino, 2017.
- M. BALLORIANI, R. DE ROSA, S. MEZZANOTTE, *Manuale breve di diritto civile*, Milano, 2019.

- G.F. BASINI, *Le promesse premiali*, Milano, 2000.
- C. BASUNTI, *Il proporzionale bilanciamento tra diritto di accesso alle informazioni della P.A. e privacy dei singoli*, *Contratto e impr.*, 2021, 4, 1085.
- E. BATTELLI, *Diritto privato digitale, Nuovi percorsi del Diritto Privato*, Giappichelli, Torino, 2024.
- E. BATTELLI, *Il contratto di accesso ad Internet*, in *Medialaws*, 2021.
- E. BATTELLI, *I soggetti vulnerabili: prospettive di tutela della persona*, in *Dir. fam. pers.*, 1, 2020.
- A.M. BENEDETTI, *Contratto, algoritmi e diritto civile transnazionale: cinque questioni e due scenari*, in *Riv. dir. civ.*, 2021.
- C.M. BIANCA, *Diritto civile, 3, Il contratto*, Milano, 2000.
- M. BIANCA, *Il minore e i nuovi media*, in R. SENIGAGLIA (a cura di), *Autodeterminazione e minore età. Itinerari di diritto minorile*, Pacini Giuridica, Pisa, 2020.
- G. BINCOLETTO, *La privacy by design: un'analisi comparata nell'era digitale*, Student Paper n. 35, Università di Trento, 2017.
- G. BONATI, *Italia digitale: le competenze informatiche sono un diritto e garantirle è un dovere*, *Giornale online*, Associazione Cittadinanza Digitale, 25 luglio 2025.
- A. BONOMO, *Il Codice della trasparenza e il nuovo regime di conoscibilità dei dati pubblici*, *Saggi e articoli*, Istituzione del Federalismo, 3/4.2013.
- L. BOZZI, *I dati del minore tra protezione e circolazione: per una lettura non retorica del fenomeno*, in *Eur. dir. priv.*, 1, 2020.
- F. BRAVO, *Il consenso e le altre condizioni di liceità del trattamento di dati personali*, in G. FINOCCHIARO (a cura di), *Il nuovo Regolamento europeo sulla privacy e sulla protezione dei dati personali*, Zanichelli, Bologna, 2017.
- R. CABAZZI, *Utilizzo dei "cookie" e (nuova) tutela dell'utente interessato: la presa di posizione della Corte di giustizia nel caso "Planet49"*, in *Medialaws*, 2, 2020.
- I. CAGGIANO, *Privacy e minori nell'era digitale. Il consenso al trattamento dei dati dei minori all'indomani del Regolamento UE 2016/679, tra diritto e tecno-regolazione*, in *Famiglia*, 2018.
- C. CAMARDI (2018), *Relazione di filiazione e privacy. Brevi note sull'autodeterminazione del minore*, in *"Jus civile"*, 2018.
- F. CAMILLETTI, *Alcune considerazioni sui profili giuridici dei social network*, in

Contratti, 4, 2017.

- G. CAPILLI, *La capacità negoziale dei minori. Analisi comparata e prospettive di riforma*, Giappichelli, Torino, 2012.

- E. CARBONE, *Contrattualità quotidiana e dignità della persona*, in *Riv. dir. civ.*, 5, 2019.

- P. CLARIZIA, *La digitalizzazione dei contratti pubblici: Lo stato dell'arte*, *Giornale Dir. Amm.*, 2022, 2, 273.

- S. COCCHI, *La digitalizzazione dei contratti pubblici come strumento di ripresa della vita economica e sociale del paese*, *Azienditalia*, 2022, 1, 27.

- C. COLAPIETRO, *Il complesso bilanciamento tra il principio di trasparenza e il diritto alla privacy: la disciplina delle diverse forme di accesso e degli obblighi di pubblicazione*, *Rivista di Diritto Pubblico Italiano, Comparato, Europeo, federalismi.it*, n. 14/2020.

- C. COLAPIETRO, *I principi ispiratori del Regolamento UE 2016/679 sulla protezione dei dati personali e la loro incidenza sul contesto normativo nazionale*, in *federalismi.it*, 22, 2018.

- C. COLAPIETRO, A. MORETTI, *L'Intelligenza Artificiale nel dettato costituzionale: opportunità, incertezze e tutela dei dati personali*, in *BioLaw Journal - Rivista di BioDiritto*, 3, 2020.

- G. COSÌ, *L'accordo e la decisione. Modelli culturali di gestione dei conflitti*, Torino, 2017.

- V. CUFFARO, R. D'ORAZIO e V. RICCIUTO (a cura di), *I dati personali nel diritto europeo*, Torino, 2019.

- G. D'ACQUISTO, *Intelligenza artificiale. Elementi*, Torino, 2021.

- G. D'ACQUISTO, F. PIZZETTI, *Regolamentazione dell'economia dei dati e protezione dei dati personali*, in *An. giur. econ.*, 2019.

- L. D'ALESSANDRO, *Diritto e Società. Per un immaginario della cultura giuridica*, Napoli, 2018.

- F. DE STEFANI, *IA nei contratti: i confini giuridici dell'innovazione*, *Agenda Digitale, Cultura e Società Digitali*, 12 dicembre 2024, <https://www.agendadigitale.eu/cultura-digitale/ia-nei-contratti-i-confini-giuridici-dellinnovazione/>.

- F. DI GIOVANNI, *Attività contrattuale e Intelligenza artificiale*, *Giur. It.*, 2019, 1677.

- G. D'IPPOLITO, *Monetizzazione, patrimonializzazione e trattamento di dati personali*, ed. Giappichelli (TORINO), in E. CREMONA e altri (ed.), *Il valore economico dei dati tra*

diritto pubblico e diritto privato, pp. 51-76.

- G. D'IPPOLITO, *Profilazione e pubblicità targettizzata on line. Real-Time Bidding e behavioural advertising*, ESI, Napoli, 2021.
- D. DI SABATO, *Il contratto del minore tra incapacità di contrarre e capacità di consumare*, *Riv. dir. impr.*, 1, 2011.
- M. DOGLIOTTI, *Capacità, incapacità, diritti degli incapaci. Le misure di protezione*, in *Tratt. dir. civ. e comm.*, Milano, 2019.
- P. FALLETTA, *Le linee guida dell'agenzia per l'Italia digitale*, *Giornale Dir. Amm.*, 2021, 2, 163.
- S. FARO e N. LETTIERI, *Big data e Internet delle cose: opportunità, rischi e nuove esigenze di tutela per gli utenti della Rete*, in C. PERLINGIERI e L. RUGGERI (a cura di), *Internet e diritto civile*, Napoli, 2015.
- R. FAVALE, *La conclusione del contratto telematico*, in *Giur. mer.*, 2013.
- A. FICI-E. PELLECCIA, *Il consenso al trattamento*, in R. PARDOLESI (a cura di), *Diritto alla riservatezza e circolazione dei dati personali*, I, Giuffrè, Milano, 2003.
- G. FINOCCHIARO, *Intelligenza artificiale e protezione dei dati personali*, *Giur. It.*, 2019.
- L. FLORIDI, *La quarta rivoluzione*, Raffaello Cortina Editore, Milano, 2017.
- L. FLORIDI (ed.), *The Onlife Manifesto: Being Human in a Hyperconnected Era*, Cham, 2015.
- C. FOCARELLI, *La Convenzione di New York sui diritti del fanciullo e il concetto di "best interests of the child"*, in *Riv. dir. int.*, 2010.
- M. FRANCESCA, *Il grande gioco. Buon costume e buon costume stipulativo alla prova dei social network*, in *Teoria e prassi del diritto*, 2022.
- P. GALLO, *Il consenso al trattamento dei dati personali come prestazione*, in *Riv. Dir. Civ.*, 2022.
- G. GALLONE E G. OROFINO, *Intelligenza artificiale – L'intelligenza artificiale al servizio delle funzioni amministrative: Profili problematici e spunti di riflessione*, *Giur. It.*, 2020, 7, 1738.
- F. GAZZONI, *Manuale di diritto privato*, Edizioni Scientifiche Italiane, 2024.
- A. GENTILI, *La volontà nel contesto digitale: interessi del mercato e diritti delle persone*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2022.
- R. GIARDA, J. LIOTTA, G. RINDI, *Vita quotidiana del minore online. Tra esigenze di tutela e limiti tecnologici*, *Medialaws*.

- C. E. GUARNACCIA, *Malfunzionamento delle piattaforme telematiche di negoziazione: rimedi e responsabilità*, *Diritto di Internet*, fasc. 4/2020.
- A. IANNACCONE, *Internet@Minori. Tra rischi e Opportunità*, *Orizzonti di lettura*, p. 146.
- C. IRTI, *Consenso “negoziato” e circolazione dei dati personali*, Giappichelli, 2021.
- C. IRTI, *Persona minore di età e libertà di autodeterminazione*, in *Giust. civ.*, 3, 2019.
- C. IURILLI, *Il manierismo consumerista nell’era digitale. L’identità digitale, la sua patrimonializzazione ed il possibile abbandono della figura del consumatore*, *Judicium*, Pacini Giuridica, 27 luglio 2023.
- M.P. MANTOVANI, *Il diritto dei contratti nell’era delle nuove tecnologie*, *Annali della Facoltà Giuridica dell’Università di Camerino – Studi* – n. 10/2021 – ISSN online: 2281-3063.
- D. MESSINETTI, *Diritti della famiglia e identità della persona*, in *Riv. dir. civ.*, 2005.
- A. MONORITI, *Dall’ordine imposto, all’ordine negoziato*, Giappichelli, Torino, 2023.
- A. MONORITI, *Ubi societas, ibi pactum. La transizione verso l’interazione umana*, in *Federalismi.it, Rivista di diritto pubblico italiano comparato europeo*, ISSN 1826-3534, n. 15/2024.
- V. MONTANI, *Esplorando le Implicazioni Giuridiche dell’Intelligenza Artificiale nei Contratti: Una Conversazione con il Prof. Fabio Bravo*, *Diritto Mercato Tecnologia*, 9 marzo 2024, <https://www.dimt.it/news/esplorando-le-implicazioni-giuridiche-dellintelligenza-artificiale-nei-contratti-una-conversazione-con-il-prof-fabio-bravo/>.
- A. MUSIO, *La storia non finita dell’evoluzione del contratto tra novità tecnologiche e conseguenti esigenze di regolazione*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2021.
- A. MUSIO, *La violazione degli obblighi di informazione tra regole di validità e regole di correttezza*, *Comparazione e diritto civile*, www.comparazionedirittocivile.it.
- F. NADDEO, *Il consenso al trattamento dei dati personali del minore*, in *Dir. inf.*, 1, 2018.
- F. NOTARI, *Il percorso della digitalizzazione delle amministrazioni pubbliche: Ambiti normativi mobili e nuovi modelli di governance*, *Giornale Dir. Amm.*, 2020, 1, 21.
- G. OPPO, *Disumanizzazione del contratto?*, in *Riv. dir. civ.*, 1998.
- S. ORLANDO, *Per un sindacato di liceità del consenso*, in *Persona e mercato*, 2022.
- M. OROFINO-F. PIZZETTI (a cura di), *Privacy, minori, cyberbullismo*, Giappichelli, Torino, 2018.

- PASCUZZI G., *Il diritto nell'era digitale*, Bologna, 2016.
- P. PERLINGIERI, *Privacy digitale e protezione dei dati personali tra persona e mercato*, in *Foro nap.*, 2018.
- D. PIERANTONI, *Minori su Internet: profili di responsabilità*, *Rivista italiana di informatica e diritto*, ISSN 2704-7318, n. 2/2024.
- A. PLAIA, *Profili evolutivi della tutela contrattuale*, in *Eur. dir. priv.*, 2018.
- F. PIZZETTI, *Intelligenza artificiale, protezione dei dati personali e regolazione*, Torino, 2018.
- F. PIZZETTI, *Privacy e il diritto europeo alla protezione dei dati personali. Il Regolamento europeo 2016/679*, II, Giappichelli, Torino, 2016.
- D. POLETTI, *Soggetti deboli*, in *Enc. dir.*, Annali, VII, Giuffrè, Milano, 2014.
- M. PROTO, *Questioni in tema di intelligenza artificiale e disciplina del contratto*, *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, No 16 bis, junio 2022, ISSN: 2386-4567.
- A. PUNZI, *Verso un consumatore digitalmente avveduto? L'intelligenza artificiale e le nuove frontiere della tutela del consumatore*, in S. MASINI (a cura di) *Lo scaffale dell'inganno. Marketing cooperativo e regolamentazione della pubblicità*, Franco Angeli, Milano, 2021.
- A. QUARTA E G. SMORTO, *Diritto privato dei mercati digitali*, Seconda edizione, Le Monnier Università, Mondadori Education S.p.a., Milano, 2024.
- A. QUARTA, *Mercati senza scambi. Le metamorfosi del contratto nel capitalismo della sorveglianza*, ESI, 2020.
- C. RAVERA (2019), *Minori e internet: quando i genitori devono vigilare*, in "ilFamiliarista.it", 20 marzo 2019.
- G. RESTA, *Contratto e diritti fondamentali*, in *Enc. dir.*, I, Milano, 2021.
- G. RESTA, *I dati personali oggetto del contratto. Riflessioni sul coordinamento tra la Direttiva (UE) 2019/770 e il Regolamento (UE) 2016/679*, in *Annuario del contratto*, 2018.
- V. RICCIUTO, *La patrimonializzazione dei dati personali. Contratto e mercato nella ricostruzione del fenomeno*, in V. CUFFARO, R. D'ORAZIO, V. RICCIUTO (a cura di), *I dati personali nel diritto europeo*, Torino, 2019.
- V. RICCIUTO, *L'equivoco della privacy. Persona vs. Dato personale*, E.S.I., in *Jus Civile*, NAPOLI, 2022.
- S. RODOTÀ, *Il mondo nella rete, quali i diritti quali i vincoli*, Laterza, Roma-Bari, 2014.

- R. RODOTÀ, *Persona, riservatezza, identità. Prime note sistematiche sulla protezione dei dati personali*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1997.
- P. RONFANI, *I diritti del minore. Cultura giuridica e rappresentazioni sociali*, Milano, 2001.
- F. RUGGERI, *Minori e privacy*, in E. BATTELLI (a cura di), *Diritto privato delle persone. Minori di età*, Giappichelli, Torino, 2021.
- R. SACCO - G. DE NOVA, *Il contratto*, in *Tratt. dir. civ.* diretto da R. Sacco, 3^a ed., Torino, 2004.
- A. SAIJA, *Protezione dei dati personali, tutela del consumatore e concorrenza: un rapporto in evoluzione*, in *Eurojus*, Fascicolo speciale *Mercato Unico Digitale, dati personali e diritti fondamentali*, 2020.
- F. SCAGLIONE, *Ascolto, capacità e legittimazione del minore*, in *Dir. fam.*, 2014.
- E. SCODITTI, *La violazione delle regole di comportamento dell'intermediario finanziario e le sezioni unite*; in *Giust. civ.*, 2008.
- R. SENIGAGLIA, *Minore età e contratto. Contributo alla teoria della capacità*, Giappichelli, 2020.
- R. SENIGAGLIA, *The best interest of the child tra persona e contratto*, in M. BIANCA (a cura di), *The best interest of the child*, Università di Roma La Sapienza, Roma, 2021.
- S. SICA, V. D'ANTONIO, G.M. RICCIO (a cura di), *La nuova disciplina europea della privacy*, CEDAM, Padova, 2016.
- C. SOLINAS, *Autonomia privata e regolazione pubblica nel trattamento dei dati personali*, Bari, 2022.
- SPEZIALE, *L'ingresso dei dati personali nella prospettiva causale dello scambio: i modelli contrattuali di circolazione*, in *Contr. e impr.*, 2021.
- A. STAZI, F. CORRADO, *Datificazione dei rapporti socio-economici e questioni giuridiche: profili evolutivi in prospettiva comparatistica*, in *Dir. informazione e informatica*, 2, 2019.
- STAZIO, *Automazione contrattuale e "contratti intelligenti". Gli smart contracts nel diritto comparato*, Torino, 2019.
- E. TOSI, *Circolazione contrattuale dei dati personali tra contratto e responsabilità*, Milano, 2023.
- E. TOSI, *Circolazione dei dati personali tra contratto e responsabilità. Riflessioni sulla fragilità del consenso e sulla patrimonializzazione dei dati personali nella società della sorveglianza digitale*, Milano, 2023.

- E. TOSI, *'Dati personali e contratto: un ossimoro apparente'* (2023) 2 EJPLT, 71 - 92. DOI: <https://doi.org/10.57230/EJPLT232ET>.
- E. TOSI, *Diritto privato delle nuove tecnologie digitali, Riservatezza, contratti, responsabilità tra persona e mercato, Diritto delle nuove tecnologie collana diretta da Vincenzo Franceschelli - Emilio Tosi, Giuffrè, 2021.*
- R. TREZZA, *Il contratto nell'era digitale e dell'intelligenza artificiale, Articoli e saggi, Il diritto dell'economia*, anno 67, n. 105 (2 2021).
- S. TROIANO, *Il contratto tra analogico e digitale, Pactum, Rivista di diritto dei contratti*, n. 1/2022.
- T.M. UBERTAZZI, *Ripensando alla revoca del consenso nella prospettiva funzionale della privacy, in Contratto e impresa*, 2022.
- D. VALENTINO (a cura di), *Manuale di diritto dell'informatica*, Napoli, 2004.
- F.G. VITERBO, *Oltre il valore economico dei dati personali, tra autonomia negoziale e gestione aziendale, in Annali SISDiC*, 2023.
- Z. ZENCOVICH e RESTA, *Volontà e consenso nella fruizione dei servizi in rete*, in *Riv. trim dir. proc. civ.*, 2018.