

RIVISTA ELETTRONICA DI DIRITTO, ECONOMIA, MANAGEMENT

Numero 1 - 2016 • Edizione multimediale

**Parte Prima - a cura di Donato A. Limone
Atti del Convegno ANDIG “I mercati in rete”
Lecce, 26 settembre 2015, Università del Salento.**

Parte Seconda

**La disciplina dei controlli a distanza sull'attività dei
lavoratori; Financial education; le clausole di esclusiva nei
contratti tra imprese; il Capitale nel XXI secolo.**

FONDATA E DIRETTA DA
DONATO A. LIMONE

Direttore responsabile

Donato A. Limone

Comitato scientifico

Stefano Adamo (Preside di Economia, Università del Salento), Piero Bergamini (Autostrade), Francesco Capriglione (Ordinario di Diritto degli intermediari e dei mercati finanziari, LUISS, Roma), Michele Carducci (Ordinario di Diritto Pubblico, Università del Salento), Ernesto Chiacchierini (Ordinario di tecnologia dei cicli produttivi, Università La Sapienza), Claudio Clemente (Banca d'Italia), Ezio Ercole (Vice Presidente dell'Ordine dei Giornalisti del Piemonte e consigliere della Federazione Nazionale della Stampa Italiana - FNSI), Donato A. Limone (Ordinario di informatica giuridica, Università telematica Unitelma-Sapienza, Roma), Vincenzo Mastronardi (Ordinario Psicopatologia forense, Università La Sapienza, Roma), Nicola Picardi (Professore emerito della Sapienza; docente di diritto processuale civile, LUISS, Roma), Francesco Riccobono (Ordinario di Teoria generale del diritto, Università Federico II, Napoli), Sergio Sciarrelli (Ordinario di Economia Aziendale, Università di Napoli, Federico II), Marco Sepe (Ordinario di diritto dell'economia, Università telematica Unitelma-Sapienza, Roma)

Comitato di redazione

Leonardo Bugiolacchi, Antonino Buscemi, Luca Caputo, Mario Carta, Claudia Ciampi, Ersilia Crobe, Wanda D'Avanzo, Sandro Di Minco, Paola Di Salvatore, Pasquale Luigi Di Viggiano, Paolo Galdieri, Edoardo Limone, Emanuele Limone, Giulio Maggiore, Marco Mancarella, Antonio Marrone, Alberto Naticchioni, Gianpasquale Preite, Fabio Saponaro, Angela Viola

Direzione e redazione

Via Antonio Canal, 7
00136 Roma
donato.limone@gmail.com

Gli articoli pubblicati nella rivista sono sottoposti ad una procedura di valutazione anonima. Gli articoli sottoposti alla rivista vanno spediti alla sede della redazione e saranno dati in lettura ai referees dei relativi settori scientifico disciplinari.

Anno VI, n. 1/2016

ISSN 2039-4926

Autorizzazione del Tribunale civile di Roma N. 329/2010 del 5 agosto 2010

Editor ClioEdu

Roma - Lecce

Tutti i diritti riservati.

È consentita la riproduzione a fini didattici e non commerciali, a condizione che venga citata la fonte.

La rivista è fruibile dal sito www.clioedu.it gratuitamente.

Indice

Editoriale

Donato A. Limone..... 4

Parte Prima: Atti del Convegno ANDIG (Associazione Nazionale Docenti Informatica Giuridica e diritto dell'informatica) "I mercati in rete", Lecce, 26 settembre,2015, Università del Salento.

Saluti di apertura 15

Donato A. Limone, Presidente ANDIG

Giovanni Aloisio, Delegato Rettore Unisalento ai Servizi informatici

Alessandro Delli Noci, Assessore all'innovazione tecnologica, Comune di Lecce

Quali regole per il mercato on line?

Giuseppe Corasaniti 16

Identità digitale e mercato unico digitale

Monica Palmirani 27

Il diritto all'oblio tra persona e mercato: gli interessi in gioco

Giovanni Sartor 28

Open data, big dati e mercati

Fernanda Faini 29

Mercato digitale, e la rete?

Gabriele Conte 42

Stato digitale ed economie locali

Luigi Di Viggiano 43

Le problematiche giuridiche del mercato elettronico nella P.A. - analisi giurimetrica

Irene Sigismondi 44

Gli appalti pubblici informatici	
<i>Wanda D'Avanzo</i>	45
C'è ancora la necessità di firmare i contratti dell'eCommerce?	
<i>Andrea Lisi</i>	46
Commercio elettronico e regime delle informazioni precontrattuali: profili e problemi	
<i>Leonardo Bugiolacchi</i>	47
Strumenti giuridici di tutela del consumatore nell'eCommerce: dall'ODR alla Negoziazione assistita al PCT transazionale. Scenari futuri dell'eJustice nella UE	
<i>Claudio Spongano</i>	48
Profili penali dell'economia digitale	
<i>Paolo Galdieri</i>	49
Mercato turistico digitale e social network: il progetto #SalentoUpDown	
<i>Marco Mancarella</i>	50
Profili giuslavoristici nell'economia della conoscenza 2.0	
<i>Fernando Caracuta</i>	70
Problemi e prospettive del mercato unico con riferimento ai servizi mobile	
<i>Angela Viola</i>	71
Lo sviluppo di APP mediche e il mercato eHealth	
<i>Giovanni Maglio</i>	72
 Parte Seconda: la disciplina dei controlli a distanza sull'attività dei lavoratori; Financial education; le clausole di esclusiva nei contratti tra imprese; il Capitale nel XXI secolo.	
La nuova disciplina dei controlli a distanza sull'attività dei lavoratori e la modernità postpanottica.	
<i>Valerio Maio</i>	90
Financial Education: passaggio obbligato per la stabilità finanziaria delle generazioni future.	
<i>Irene Bertucci</i>	118

Le clausole di esclusiva nei contratti tra imprese: un raffronto alla luce della normativa sulla concorrenza

Silvia Mele 129

Osservazioni su “Il Capitale nel XXI secolo” (volume di Thomas Piketty)

Loris Cottoni..... 139

Editoriale

Il numero 1/2016 è strutturato in due parti: la prima, comprende (in versione multimediale) le relazioni del Convegno ANDIG 2015 su “Mercati in rete”; la seconda parte, comprende articoli su tematiche diverse.

Il Convegno su “*Mercati in rete*” chiude la trilogia degli ultimi convegni nazionali ANDIG dedicati a: “*I nuovi scenari della società dell’informazione: aspetti giuridici, amministrativi e tecnici*” (2013), atti pubblicati sul numero 1/2014 della rivista; “*Le comunicazioni elettroniche*” (2014), atti pubblicati sul numero 1/2015 della Rivista. Ricordiamo il Convegno organizzato da ANDIG e Scuola Umbra della Pubblica Amministrazione (2014) sul commercio elettronico in Italia (Perugia), atti pubblicati sul numero 2/2015 della Rivista.

Il Direttore della Rivista
Donato A. Limone

Istruzioni per la lettura

Gli interventi dei relatori del Convegno sono riportati in versione integrale sotto forma di MediaBook a cui è possibile accedere cliccando semplicemente sull’immagine di anteprima raffigurante l’autore. Al click si aprirà il MediaBook in una nuova finestra del browser Internet del dispositivo.

Nel caso si disponga della versione cartacea della rivista, per accedere al MediaBook è sufficiente leggere l’apposito *qr-code* mediante uno smartphone o un tablet.



Con il prodotto editoriale MediaBook, CLIOedu ha sviluppato un sistema di trasmissione del sapere multicanale ed interattivo: l’efficacia dei contenuti didattici e dell’esperienza formativa nella sua totalità è accresciuta dalla positiva sinergia tra la versatilità dell’ipertesto e la ricchezza del prodotto audiovisivo.

Le espansioni multimediali dei MediaBook CLIOedu si integrano perfettamente con le attività tradizionalmente legate alla lettura, come la possibilità di aggiungere annotazioni, saltare da un capitolo all’altro dell’indice e inserire segnalibri nei punti di maggiore interesse.

Autori di questo numero

Irene Bertucci

Laureata in **Economia e Commercio**, ha conseguito un **Master of Art in International Legal Affairs** e un **PhD** in Economics and Local Development. Attualmente esercita la professione di **Dottore Commercialista**, Revisore Legale dei Conti ed è **Docente** per l'insegnamento di **Scienza delle Finanze**, presso la **LUISS Guido Carli** - Roma e **Docente** per l'insegnamento di **Bilancio di Sostenibilità**, presso l'università **Suor Orsola Benincasa – Napoli**. E' consigliere di amministrazione dell'**Ente Nazionale per Microcredito**. Tra gli altri, e' Presidente del Collegio Sindacale di Pentagramma Perugia S.p.A. (società appartenente al Gruppo **Cassa Depositi e Prestiti Immobiliare SpA**), e **Sindaco di PosteMobile Spa**. Ha partecipato a diversi convegni e seminari in qualità di relatrice e moderatrice. Di seguito alcune delle principali pubblicazioni: BERTUCCI, I. (2013), *Incentivi pubblici per gli investimenti nei paesi industrializzati*, in Rivista Bancaria - Minerva Bancari, sett - dic. 2013, n. 5 - 6. BERTUCCI, I. (2009), "Sulle prospettive della tassazione sul consumo", in *Economia, Impresa e Mercati Finanziari*, Bari, Cacucci Editore, Vol. 3. BERTUCCI, I. (2009), "La questione del Modello delle Pensioni", in *Economia Pubblica*, n. 1-2. BERTUCCI, I. (2007), "Tassazione unitaria versus tassazione duale del reddito", in *Economia, Società e Istituzioni*, LUISS University Press, anno XIX / n. 3 Settembre - Dicembre, pp. 69-104.

E-mail: irene.bertucci@exen.it

Leonardo Bugiolacchi

Dottore di ricerca in Informatica giuridica e diritto dell'informatica nell'Università "La Sapienza" di Roma, per molti anni docente di "Diritto commerciale" e di "Diritto delle società" nell'Università Unitelma Sapienza di Roma, ove attualmente dirige il Master di I livello in "Infermieristica forense".

Ha insegnato ed insegna in numerosi master universitari dedicati al commercio elettronico ed in generale al diritto delle tecnologie dell'informazione e della comunicazione. Avvocato civilista in Roma, si occupa prevalentemente di diritto della responsabilità civile e di diritto delle nuove tecnologie, con particolare riferimento alla disciplina del commercio elettronico, agli illeciti commessi on line ed alla responsabilità degli internet service providers, al diritto d'autore in rete.

È autore di numerosi saggi ed articoli in materia di responsabilità civile e di diritto delle tecnologie dell'informazione e della comunicazione..

Membro del Consiglio direttivo dell'ANDIG, nel cui ambito riveste anche la qualifica di "Responsabile" del Gruppo di lavoro dedicato al Commercio elettronico.

E-mail: avvleonardobugiolacchi@gmail.com

Fernando Caracuta

Laurea in Giurisprudenza, Indirizzo Lavoristico. Materia e titolo della Tesi: Diritto del Lavoro (Prof. Tommaso Germano): “*Lavoro a domicilio e settore calzaturiero*”. Iscritto all’Albo degli Avvocati dell’Ordine degli Avvocati e Procuratori di Lecce in data 28.02.1997. Iscritto all’Albo Speciale della Corte di Cassazione nel mese di giugno 2006. Esercita stabilmente la professione forense, occupandosi prevalentemente di questioni attinenti al diritto del lavoro ed alla previdenza sociale. Segretario del Centro Nazionale Studi Diritto del Lavoro “*D. Napoletano*” – Sez. Lecce-Brindisi. Nel corso degli anni (2000-2012) ha svolto attività di docenza presso la Facoltà di Giurisprudenza dell’Università degli Studi di Lecce in Diritto del Lavoro e la Scuola di Specializzazione per le Professioni Legali di Lecce. Relatore a diversi convegni, locali e nazionali, su temi legati al Diritto del Lavoro. Autore di diverse pubblicazioni in materia di Diritto del Lavoro e della Previdenza Sociale (monografie saggi, note a sentenza, articoli).
E-mail: fernando.caracuta@gmail.com

Giuseppe Corasaniti

Magistrato ordinario, Sostituto Procuratore Generale presso la Corte Suprema di Cassazione, e’ autore di numerosi studi in tema di informatica giuridica tutela dei dati personali, diritto dell’informazione e della comunicazione. E’ titolare della abilitazione scientifica nazionale come professore di prima fascia nel settore 12 H 3 (Filosofia del diritto-informatica giuridica) dal 13-12-2013. Docente a contratto di “Informatica giuridica” e “Diritto penale e criminologia informatica” presso il Master di 1 livello “Cybercrime Master in Cybercrime e Informatica forense” del Dipartimento di informatica dell’Università di Roma “La Sapienza”
E-mail: giuseppe.corasaniti@libero.it

Loris Cottoni

Laureato in giurisprudenza con lode presso la Luiss Guido Carli e presso la stessa università ha conseguito il master universitario di II livello in regolazione dell’attività e dei mercati finanziari. E’ attualmente cultore della materia/assistente di cattedra in materie economiche presso le università Unitelma e LUISS Guido Carli. In passato ha svolto esperienze presso lo studio legale e tributario Di Tanno ed associati e presso lo studio legale associato Picchiarelli e Piccotti. Attualmente collabora con lo studio legale e tributario associato DLA Piper, dipartimento “Debt Capital Markets”. E’ autore di diverse pubblicazioni internazionali in materia economica.
E-mail: loris.cottoni@unitelma.it

Wanda D'Avanzo

Avvocato e dottore di ricerca in *Filosofia del diritto* presso l'Università degli studi di Napoli "Federico II". È docente a contratto nel Master di I livello in "Governance management, e-government delle pubbliche amministrazioni" presso la Facoltà di Giurisprudenza dell'Università degli studi Unitelma Sapienza di Roma. È autrice di numerose pubblicazioni su diverse Riviste scientifiche. Ha pubblicato le seguenti monografie: *L'e-government*, Movimedia, Lecce, 2007; *Partecipazione, democrazia, comunicazione pubblica. Percorsi di innovazione della Pubblica Amministrazione digitale*, Rubbettino, Soveria Mannelli, 2009; *Il sistema dei controlli nelle amministrazioni pubbliche*, ClioEdu, Lecce, 2011; *Accordi volontari, partecipazione e governance ambientale*, Universitas studiorum, Mantova, 2015.

E-mail: wanda.davanzo@unitelma.it

Luigi di Viggiano

Professore a contratto di *Sociologia della Comunicazione elettronica*, Università degli studi di Roma, Unitelma Sapienza. Componente del Consiglio e del Comitato scientifico del LEG, Università del Salento. Dottore di ricerca in Scienze giuridiche, si occupa di comunicazione digitale, informatica giuridica, metodologia della ricerca sociale e sociologia giuridica. È autore di monografie, saggi e articoli su riviste nazionali e interazionali. Tra le sue pubblicazioni più recenti: *Donne e società. Partecipazione democratica e cittadinanza digitale*, Tangram, Trento, 2013; *Periferias sociales del Estado moderno*, in «Criterio y Conducta», Suprema Corte de Justicia de la Nación, Mexico, Num. 12/2013; *Sanità digitale e Welfare elettronico*, in «Rivista elettronica di Diritto, Economia, Management», Anno V, n. 3/2014. Nel 2015 ha curato il volume *La costruzione dell'Agenda digitale. Temi e prospettive d'informatica giuridica*, Tangram edizioni scientifiche, Trento, intervenendo con un saggio introduttivo dal titolo: *L'Agenda digitale: profili d'informatica giuridica*.

E-mail: luigi.diviggiano@unitelma.it; PEC: luigi.diviggiano@pec.it

Fernanda Faini

Responsabile dell'assistenza giuridica e normativa in materia di amministrazione digitale, innovazione, semplificazione, open government e sviluppo della società dell'informazione e della conoscenza presso Regione Toscana. Collabora come docente nell'insegnamento di Informatica giuridica presso l'Università degli Studi di Firenze, dove si è laureata con lode in Giurisprudenza ed è cultore della materia. Ha conseguito il Master universitario di secondo livello in Management Pubblico ed E-Government presso l'Università del Salento. Dottoranda in Scienze giuridiche presso l'Università di Bologna - CIRSFID in Diritto e nuove tecnologie. Componente del Comitato di redazione della Rivista scientifica internazionale "Cyberspazio e Diritto" e della Rivista "Il Documento Digitale". Collabora come docente e consulente di Formez PA e altre realtà. Autrice di pubblicazioni scientifiche e relatrice in convegni, conferenze e semi-

nari. Autrice di articoli di aggiornamento e approfondimento su quotidiani e riviste giuridiche cartacee e online. Coordinatrice e membro di gruppi di lavoro nazionali sulle riforme in materia. Membro del Consiglio Direttivo e Responsabile Media del Circolo dei Giuristi Telematici (CGT) e componente di associazioni nazionali (ANDIG, SIIG, RENA).

E-mail: fernandafaini@gmail.com

Paolo Galdieri

Avvocato penalista, Cassazionista, è Docente di Informatica Giuridica presso la Facoltà di Giurisprudenza dell'**Università Luiss – Guido Carli**. Coordinatore didattico del Master di II Livello in "Diritto dell'Informatica e Teoria e Tecnica della Normazione" presso l'**Università degli Studi, La Sapienza di Roma**. Ha insegnato Diritto Penale dell'Informatica presso la facoltà di Economia dell'**Università degli Studi di Chieti-Pescara, "G. D'Annunzio"** e presso la Facoltà di Giurisprudenza dell'Università Luiss, Guido Carli di Roma. È stato Professore a contratto integrativo presso l'insegnamento di Abilità Informatica della Facoltà di Giurisprudenza dell'**Università degli Studi – "Federico II" di Napoli**, nonché di Diritto Penale e Diritto Processuale Penale, Facoltà di Giurisprudenza, **Università Telematica Unitelma Sapienza**. È stato inoltre Docente di Diritto Penale dell'Informatica presso numerosi corsi di perfezionamento e Master presso le Università di Chieti-Pescara, la LUMSA di Roma e l'**Università di Lecce**. È autore di più di cinquanta pubblicazioni in materia di Diritto Penale dell'Informatica, tra le quali le monografie *Teoria e Pratica nell'interpretazione del reato informatico*, Giuffrè, Milano, 1997 e *Manuale di diritto penale dell'Informatica*, Telematic Journal of Clinical Criminology, (www.criminologia.org), 2000. Ha scritto insieme a Marco Strano e Corrado Giustozzi il volume *Sicurezza e Privacy in Azienda*, Apogeo, Milano, 2001 e insieme a Marco Strano e Benedetto Neigre il volume *Cyberterrorismo*, Jackson Libri, Milano, 2002. Curatore de *Problemi giuridici dell'informatica nel MEC*, Giuffrè, Milano, 1996 e *La criminalità informatica*, Rivista Elettronica di Diritto, Economia, Management, n. 3, Clioedu, 2013.

Nel 2005 ha redatto per conto dell'Unione Europea un Rapporto sulla legislazione e prassi giudiziaria in materia di reati informatici in Italia, rapporto incluso nell'*Handbook of legislative procedures of computer and network misuse in EU countries*". Ha partecipato a Quito (Ecuador) nell'ottobre del 2001 al "*I° Congreso Mundial de Derecho Informatico*" con una relazione dal titolo: "*Il delitto informatico nella prassi giudiziaria*". Unico rappresentante europeo al convegno sulla cyber-criminalità tenutosi alla UAE University di Dubai (Emirati Arabi Uniti) il 24 novembre 2010 con una relazione dal titolo *Italian Criminal legislation concerning ICTs*. Segretario generale dell'**ANDIG** (Associazione Nazionale Docenti Informatica Giuridica), collaboratore esterno in materia di criminalità informatica per Riviste Giuridiche, tra cui *Guida al Diritto* de Il Sole 24 Ore e ospite nella trasmissione televisiva Ballarò di **Rai Tre** in funzione di esperto dal 2002 al 2013 e della trasmissione Di Martedì, La 7, dal 2014 ad oggi. È curatore della rubrica Digital Crime, all'interno del quotidiano telematico Key4biz.

E-mail: paolo.galdieri@tiscali.it

Donato A. Limone

Ordinario di informatica giuridica e Direttore del Dipartimento di Scienze giuridiche ed economiche, Università degli Studi di Roma "Unitelma Sapienza". Presidente AN-DIG (Associazione Nazionale Docenti Informatica Giuridica e diritto dell'informatica). Fondatore e direttore della "Rivista elettronica di diritto, economia, management".
E-mail: donato.limone@gmail.com; donato.limone@unitelma.it

Andrea Lisi

Si occupa di diritto applicato all'informatica oltre 15 anni. È coordinatore del Digital&Law Department dello Studio Legale Lisi (www.studiolegalelisi.it), Segretario Generale della Associazione Nazionale per Operatori e Responsabili della Conservazione digitale dei documenti (ANORC) e Presidente di ANORC Professioni, Segretario Generale di AIFAG (Associazione Italiana Firma elettronica Avanzata e Grafometrica), Fondatore e Coordinatore degli Stati Generali della Memoria Digitale. Già Docente di Informatica Giuridica nella Scuola di Professioni Legali, Facoltà di Giurisprudenza dell'Università del Salento, oggi è Componente Comitato Scientifico del Laboratorio di Studi e Ricerche sull'E-government - diritto, politica e tecnologie per il governo delle organizzazioni complesse e referente del gruppo di lavoro in Digital Preservation, (Unisalento), è docente nella Document Management Academy, SDA Bocconi, Milano, al MIS Academy - Management Information System - SDA Bocconi - IBM, nel IS Legal, SDA Bocconi, nel Master in Management della cultura digitale, editoria, archivi e biblioteche nell'era del 2.0, Università di Verona, nel Master "Esperto giuridico per l'Azienda Sanitaria" - promosso, per iniziativa di ALTEMS (Alta Scuola di Economia e Management dei Sistemi Sanitari), dalla Facoltà di Economia e dalla Facoltà di Medicina e Chirurgia dell'Università Cattolica del Sacro Cuore, in collaborazione con il Policlinico Universitario "A. Gemelli", in varie iniziative accademiche di Unitelma - La Sapienza. È stato Direttore della "RIVISTA DI DIRITTO ECONOMIA E GESTIONE DELLE NUOVE TECNOLOGIE", Nyberg Editore, Milano, ha diretto la Collana "DIRITTO, ECONOMIA E SOCIETÀ DELL'INFORMAZIONE", Cierre Edizioni, Roma. È stato cofondatore e direttore scientifico della rivista IL DOCUMENTO DIGITALE pubblicata da Lex et Ars e oggi coordina scientificamente la piattaforma KnowIT (piattaforma formativa per i professionisti della digitalizzazione e della privacy). È stato, infine, docente in master dedicati al diritto dell'informatica presso la Business School del Sole24Ore, l'Università di Lecce, Bologna (CIRSFID), Taranto, Trento, Padova e Messina ed è iscritto all'Albo Docenti della Scuola Superiore dell'Amministrazione dell'Interno. Responsabile della conservazione e Privacy Officer del Consiglio dell'Ordine degli Avvocati di Lecce è professionista della digitalizzazione ex Legge 4/2013 iscritto negli elenchi tenuti da ANORC Professioni.

E-mail: andrealisi@studiolegalelisi.it

Giovanni Maglio

Laurea in Giurisprudenza conseguita presso l'Università Cattolica di Milano l'8 aprile 1999 con tesi in diritto amministrativo su "Funzione amministrativa e giurisdizione di merito". Corso di perfezionamento in diritto dell'informatica presso l'Università degli Studi di Lecce, A. A. 1999/2000, diretto dal Prof. D. Limone. Abilitazione all'esercizio della professione di Avvocato (2002) ed iscrizione nell'Albo Speciale degli Avvocati patrocinanti davanti la Cassazione e le altre giurisdizioni superiori (2014). Titolare dello Studio Legale Avv. Giovanni Maglio, in Galatone (LE), ove si trattano prevalentemente materie civilistiche ed amministrative (sia giudiziali che stragiudiziali) con particolare riguardo alle nuove tecnologie ed al trattamento dei dati personali. Iscritto nell'albo dei collaboratori Formez. Collaborazione con la Cattedra di Informatica Giuridica presso il C. di L. in Scienze Politiche dell'Università del Salento, Prof. Marco Mancarella. Componente della Commissione Informatica e P.C.T. presso il Consiglio dell'Ordine degli Avvocati di Lecce. Responsabile eHealth e Privacy del L.E.G. (Laboratorio eGovernment) dell'Università del Salento - Area Ricerca. Ha svolto e svolge attività di docenza e formativa in ambito universitario

E-mail: giovannimaglio@gmail.com

Marco Mancarella

Professore Aggregato di Informatica giuridica e Direttore del Laboratorio di *eGovernment* presso l'Università del Salento. Consulente di primo livello del Formez - Presidenza del Consiglio dei Ministri. Componente del Direttivo dell'Associazione Nazionale dei Docenti di Informatica Giuridica e Diritto dell'Informatica - ANDIG e dell'Associazione Nazionale per Operatori e Responsabili della Conservazione Digitale - ANORC. Avvocato esperto in Amministrazione digitale e diritto delle nuove tecnologie.

E-mail: marco.mancarella@unisalento.it

Silvia Mele

Laurea magistrale in Giurisprudenza presso l'Università Luiss Guido Carli di Roma (110/110 e lode). Diploma di Specializzazione per le professioni legali conseguito presso l'Università di Roma "La Sapienza". Abilitata all'esercizio della professione di Avvocato nella sessione 2014/2015.

Attualmente Dottoranda di ricerca in Diritto e Impresa (phd "Law and Business"), XXXI ciclo, presso l'Università Luiss Guido Carli di Roma e cultore della materia Istituzioni di diritto privato presso l'Università Unitelma Sapienza di Roma. Aree di interesse: diritto civile, diritto commerciale e diritto della concorrenza.

E-mail: silviamele1988@gmail.com

Monica Palmirani

Professore Associato di Informatica e Diritto presso l'Università di Bologna, Facoltà di Giurisprudenza, abilitata in prima fascia nel 2013. Ha programmato la prima rete civica Iperbole del Comune di Bologna durante la sua tesi di dottorato e partecipato a diversi progetti europei in tema di eDemocracy. Promuove con le sue ricerche l'apertura dei documenti giuridici in formati standard XML e Linked Open Data per favorire la partecipazione, la cooperazione, la trasparenza e la conoscibilità delle fonti giuridiche. Le sue ricerche spaziano nel settore dei diritti di internet con particolare riferimento alla privacy e alla tutela dei dati, identità e cittadinanza digitale, Open Government Data e servizi eGov. E' membro del CIRSFID, presidente della Società Italiana di Informatica Giuridica, direttore del programma di dottorato internazionale Erasmus Mundus LAST-JD, direttore della Summer School LEX per l'applicazione dell'XML giuridico ai documenti legali e della Summer School CulTA sull'Open Data e Territorio: Cultura, Turismo, Ambiente. E' co-chair del technical committee LegalDocML e LegalRuleML di OASIS nell'ambito del comitato storico LegalXML. E' consulente di ricerca per la Regione Emilia-Romagna sulle strategie digitali e dell'open data. E' stato membro di tavoli di lavoro sui temi dell'Agenda Digitale Italiana ed Europea, in particolare in merito alle firme digitali, il contrassegno elettronico e l'Open Data, standard normativi. Membro di FOIA4Italy. Ha svolto diversi periodi di visiting professor in Università estere: nel 2009 presso il NICTA - Brisbane, in Australia ospite del dott. Guido Governatori; nel 2010 a Stanford University presso CodeX, ospite del prof. Michael Genesereth, nel 2012 alla Birzeit University, Cisgiordania.

E-mail: monica.palmirani@unibo.it

Giovanni Sartor

Professore di informatica giuridica e teoria del diritto presso l'Istituto Universitario Europeo di Firenze e professore ordinario di informatica giuridica presso l'Università di Bologna. Dopo aver ottenuto il dottorato in Scienze giuridiche presso l'Istituto universitario europeo di Firenze, è stato ricercatore al CNR (ITTIG, Firenze), e titolare della cattedra in Jurisprudence presso la Queen's University di Belfast. E' stato presidente della International Association for Artificial Intelligence and Law. E' coeditor delle riviste Artificial Intelligence and Law e Ratio Juris. I suoi interessi scientifici comprendono la teoria del diritto, la logica, la teoria dell'argomentazione, la logica deontica e modale, la programmazione logica, i sistemi multiagente, il diritto dell'informatica, la protezione dei dati, il commercio elettronico, diritto e tecnologia.

E-mail: giovanni.sartor@unibo.it

Irene Sigismondi

Avvocato cassazionista, docente, formatore e consulente. Dottore di ricerca in Informatica giuridica è coordinatore didattico per il settore della teoria e tecnica della

normazione al Master INFOGIU (Sapienza) e docente di abilità informatiche e telematiche per il corso di Diritto e amministrazione pubblica (Sapienza). Collabora attualmente con l'Unitelma Sapienza come tutor in ambito storico-filosofico. Con la Luiss Business School cura i temi al crocevia tra innovazione, diritto e tecnologie, con attenzione alla teoria dell'organizzazione ed al BPR (business process reengineering), finalizzati al change management.

È autore della monografia «Il principio del buon andamento tra politica e amministrazione» (Jovene 2011) e di diversi articoli, voci di enciclopedia, a carattere storico, giuridico, comparato e tecnico. È membro del National Center for Technologies in Dispute Resolutions negli Stati Uniti (www.odr.info) e del Direttivo dell'ANDIG (Associazione Nazionale Docenti di Informatica Giuridica e Diritto dell'Informatica). Per l'ANDIG è anche co-responsabile del neoistituto Osservatorio IoT (Internet delle Cose).

E-mail: irene.sigismondi@unitelma.it

Claudio Spongano

Contitolare dello Studio Legale Associato A. e C. Spongano del Foro di Lecce, è presidente della Camera Informatica Forense, costituita nel 1999, associato ANDIG. Perfezionato in *Diritto dell' Informatica* ha seguito gli aspetti giuridici della evoluzione delle ICT e il loro rapporto con il mondo del diritto, partecipando, in qualità di relatore, a numerosi convegni sull'argomento. Coautore del volume *Internet: Profili giuridici e opportunità di mercato* (Maggioli Editore, 2002) è componente della Commissione Consiliare dell'Ordine degli Avvocati di Lecce per il PCT, avendo precedentemente partecipato alla Commissione Informatica del medesimo ordine professionale. Oltre ai tradizionali settori giusciviltistici, le sue competenze ed interessi professionali riguardano la giustizia digitale, l'e-commerce e la tutela del consumatore, la tutela dei dati personali, il diritto dell'informatica e relativa contrattualistica.

E-mail: claudio.spongano@fastwebnet.it

Angela Viola

Avvocato cassazionista, dottore di ricerca in Informatica Giuridica e Diritto dell'Informatica, è docente dal 2000 presso l'Università degli Studi di Roma La Sapienza già al Corso di Perfezionamento in Informatica Giuridica e dal 2002 al Master Universitario II° Livello in Diritto dell'Informatica e Teoria e Tecnica della Normazione e presso l'Università Telematica Telma (Unitelma) al corso di diritto commerciale (dal 2005 al 2008). L'interesse accademico e professionale si concentra sulle tematiche di diritto e commercio elettronico, tutela del consumatore nei contratti a distanza e comunicazioni commerciali anche con esperienze di ricerca all'estero (School of Law Boston University USA, 1997).

È componente del consiglio direttivo dell'ANDIG (Associazione Nazionale Docen-

ti Informatica Giuridica. Pubblicazioni: Recensione: “Che cosa significa essere oggi americani” Ed Marsilio, M. Walzer in “World Speaker”, September - 1995 - “A discussion of Walzer’s philosophical thought in what does it mean to be an american ?”. Ethical Aspects of the concept of legal standard, by E. Pattaro, trad. it. a cura di A. Viola, “Aspetti etici del concetto di standard giuridico” in Esperienze giuridiche del 900 (a cura di F. Modugno), Giuffrè 2000.

Problematiche giuridiche di Internet: un profilo normativo sul commercio elettronico- tesi di Dottorato di ricerca, IX ciclo, Università degli Studi di Roma “La Sapienza”, 2000. Diritto ed Intelligenza artificiale nel pensiero di Vittorio Frosini, In ricordo di Vittorio Frosini, Giuffrè, 2004 (cura di A. Jellamo e F. Riccobono), Giuffrè, 2004.

Città metropolitane e Roma Capitale, in Trasformazioni della funzione legislativa. IV. Ancora in tema di fonti del diritto e rapporti Stato - Regione dopo la riforma del Titolo V della Costituzione, a cura di Franco Modugno - Paolo Carnevale - Pubblicazioni del Dipartimento di Scienze Giuridiche Università degli Studi di Roma “la Sapienza”, Jovene, 2008.

Il Diritto dell’informatica nella Società dell’informazione. Profili giuridici ed interpretativi, in Rivista Elettronica di Diritto, Economia, Management, N. 1- 2010. Net Neutrality. La Neutralità della Rete: problemi attuali e prospettive, in Rivista Elettronica di Diritto, Economia Management, N. 1, 2014.

Comunicazioni elettroniche tra qualità del servizio e tutela del consumatore, in Rivista elettronica di Diritto, Economia, Management, 2015.

E-mail: angelaviola@virgilio.it

PARTE PRIMA

**Atti del Convegno ANDIG (Associazione Nazionale
Docenti Informatica Giuridica e diritto dell'informatica)**
“I mercati in rete”
Lecce, 26 settembre 2015 - Università del Salento.

I MERCATI IN RETE

SALUTI DI APERTURA DEL CONVEGNO

Donato A. Limone • Giovanni Aloisio • Alessandro Delli Noci

 *Multimedia*



Clicca sull'immagine o fotografa il QrCode
per accedere al MediaBook CLIOedu

QUALI REGOLE PER IL MERCATO ON LINE?

Giuseppe Corasaniti

 *Multimedia*



Clicca sull'immagine o fotografa il QrCode
per accedere al MediaBook CLIOedu

1. Il contesto europeo.

Come è noto la tematica del commercio elettronico è il fulcro della *New Economy* : il passaggio da una economia basata su scambi ed intermediazioni “fisiche” ad una economia basata su transazioni mediante la rete è stato il cambiamento profondo vissuto negli ultimi anni, non senza suscitare problematiche di particolare interesse ¹.

La materia è stata oggetto della *Direttiva 2011/83/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 25 ottobre 2011*, sui diritti dei consumatori, recante modifica della direttiva 93/13/CEE del Consiglio e della direttiva 1999/44/CE del Parlamento europeo e del Consiglio e che abroga la direttiva 85/577/CEE del Consiglio e la direttiva 97/7/CE del Parlamento europeo e del Consiglio. La nuova disciplina ha avuto attuazione in Italia con il *Decreto legislativo 21 febbraio 2014, n. 21* ² e che ha appunto modificato il codice del consumo.

La regolamentazione comunitaria ha assunto così un valore unificante ed in qualche modo determinante riferendosi ai contratti di vendita con i consumatori, conclusi con un sistema di vendita a distanza e quindi via *Internet* per telefono, con o senza interazione di operatore, via e-mail, così come via fax o mediante forme di corrispondenza tradizionale ³. In questo contesto vengono così completamente ridefiniti gli obblighi per il venditore che dovrà soprattutto farsi carico di informare il cliente prima della conclusione del contratto ed in ogni caso inviare sempre una *conferma scritta* del contratto, dovrà essere sempre consentito il diritto di recesso (art. 9) con apposita informazione in merito. In particolare il consumatore può recedere nel termine di 14 giorni dall’acquisto ⁴ *senza*

¹ Cfr. in particolare MARINELLI S, Aspetti contrattuali del commercio elettronico : il contratto telematico e la disciplina del codice del consumo in materia di contratti a distanza alla luce delle recenti modifiche in vigore al giugno 2014, *Cyberspazio e diritto* 2014 pag. 273, RICCI, F. *Le clausole vessatorie nei contratti “online”*. Contratto e impresa. Europa 2014 pag 651-689, DORE G. *I doveri di informazione nella rete degli scambi commerciali telematici in Giurisprudenza di merito*, 2013 pag. 2569-2583, CAMUSSI *I contratti conclusi via “web” dai consumatori: nuovi spunti di riflessione sui presupposti applicativi* in *Il Diritto comunitario e degli scambi internazionali*, 2013 pp. 127-145.

² Attuazione della direttiva 2011/83/UE sui diritti dei consumatori, recante modifica delle direttive 93/13/CEE e 1999/44/CE e che abroga le direttive 85/577/CEE e 97/7/CE.

³ Restano invece esclusi dal campo di applicazione della *Direttiva servizi sociali e di assistenza sanitaria* e ancora i giochi d’azzardo, i prodotti finanziari, assicurativi e d’investimento, i servizi immobiliari e di locazione di alloggio (residenziali), i viaggi tutto compreso, multiproprietà e determinati servizi per le vacanze (ai quali si applicano norme specifiche) di trasporto di passeggeri e i contratti redatti da determinati pubblici ufficiali, (fra cui i notai) i prodotti alimentari e le bevande consegnati a scadenze regolari a domicilio o sul luogo di lavoro del cliente e i prodotti venduti ai distributori automatici.

⁴ Tale termine ha poi una differente conformazione a seconda delle modalità di conclusione in concreto del contratto, decorrendo nel caso dei contratti di servizi, dal giorno della conclusione del contratto; nel caso di contratti di vendita, dal giorno in cui il consumatore o un terzo, diverso dal vettore e designato dal consumatore, acquisisce il possesso fisico dei beni o infine nel caso di beni multipli ordinati dal consumatore mediante un solo ordine e consegnati separatamente, dal giorno in cui il consumatore o un terzo, diverso dal vettore e designato dal consumatore, acquisisce il possesso fisico dell’ultimo bene. Inoltre nel caso di consegna di un bene costituito da lotti o pezzi multipli, il termine ha decorrenza dal giorno in cui il consumatore o un terzo, diverso dal vettore e designato dal consumatore, acquisisce il possesso fisico

dover fornire alcuna motivazione e, soprattutto senza dover sostenere costi aggiuntivi. Prima della conclusione del contratto occorrerà quindi fornire al consumatore informazioni dettagliate *in modo chiaro e comprensibile* in ordine alle caratteristiche principali del prodotto/servizio, alla identità, recapito, l'indirizzo e-mail e il numero di telefono (se disponibile) del venditore e riguardo, soprattutto al prezzo del prodotto/servizio - *incluse tutte le spese aggiuntive* - tasse, spese di consegna, ecc.), ed alle modalità riguardanti il pagamento, la consegna o l'esecuzione, la gestione dei reclami, la ripartizione delle spese di comunicazione a carico del cliente per la conclusione del contratto, se superiori alle tariffe di base (per es. le chiamate a tariffa maggiorata per i contratti da concludere per telefono), alle le condizioni per esercitare il diritto di recesso, fra cui: le scadenze e le procedure di recesso l'obbligo per il cliente di pagare per restituire le merci e, per le merci voluminose, una stima del costo della restituzione (calcolata in base alle spese di consegna) l'obbligo per il cliente di pagare i servizi (o i servizi pubblici) già erogati durante il periodo di recesso (*se il consumatore ha chiesto la fornitura immediata subito dopo la conclusione del contratto e ha deciso successivamente di recedere dal contratto*). Sono ricomprese anche le informazioni circa l'esistenza di una garanzia di conformità per le merci, o riguardanti condizioni per un eventuale servizio postvendita o garanzie commerciali, le modalità di accesso al codice di condotta eventualmente sottoscritto, la durata del contratto e le condizioni generali, compresa la durata minima degli obblighi del cliente così come le condizioni riguardanti depositi o garanzie finanziarie da pagare e quelle sui meccanismi extra-giudiziali per risolvere le controversie.

Per ogni vendita *on line*, tramite sito web, all'inizio del processo di ordinazione occorrerà poi specificare se e quali restrizioni si applicano alla consegna e quali sono i metodi di pagamento accettati. Ogni indicazione dovrà essere chiara e riportare in modo ben visibile *le caratteristiche principali del prodotto, il prezzo totale, la durata e le condizioni per la rescissione del contratto, nonché la sua durata minima, subito prima che il cliente effettui l'ordine.* Al consumatore è sempre assicurata la possibilità di confermare che, una volta effettuato l'ordine, è tenuto a effettuare il pagamento - ad esempio, mediante un pulsante per confermare l'ordine che dovrà recare un testo di contenuto inequivocabile. Nel caso di altro canale di vendita diretto come l'invio di messaggi via *sms* o *mms* si pone altresì il problema della difficoltà tecnica di fornitura delle predette informazioni ,in tal caso è possibile fornire un numero limitato di informazioni (caratteristiche principali del prodotto, identità del venditore, prezzo totale, diritto di recesso, durata e condizioni

dell'ultimo lotto o pezzo ed infine nel caso di contratti per la consegna periodica di beni durante un determinato periodo di tempo, dal giorno in cui il consumatore o un terzo, diverso dal vettore e designato dal consumatore, acquisisce il possesso fisico del primo bene. Per i contratti nel caso di contratti per la fornitura di acqua, gas o elettricità, quando non sono messi in vendita in un volume limitato o in quantità determinata, di teleriscaldamento o di contenuto digitale non fornito su un supporto materiale, *dal giorno della conclusione del contratto. In tutti i casi, il periodo è esteso al giorno lavorativo successivo se termina in un fine settimana o un giorno festivo. Nell'allegato I della direttiva 2011/83 sono forniti esempi di come fornire le informazioni sulle condizioni per il recesso. l'indicazione di eventuali eccezioni al diritto di recesso (per es. per le merci deperibili) o atti materiali sul confezionamento che possono compromettere il diritto (È il caso della apertura di un CD o DVD contenente un programma).*

per recedere dal contratto) e rimandare a un'altra fonte (un *link* a sito *web*) per l'elenco completo.

Specifiche disposizioni riguardano le vendite di servizi per telefono, per cui il venditore dovrà sempre dichiarare la propria identità all'inizio della telefonata, specificandone chiaramente la natura commerciale.

Di particolare importanza, al fine di indurre i consumatori ad una maggiore consapevolezza circa le scelte commerciali appare la *conferma scritta* di ogni contratto, che comprende anche le informazioni obbligatorie in forma testuale (nota scritta o mail o posta certificata) eventualmente non fornite prima della conclusione del contratto. La stessa conferma da parte del consumatore dovrà avvenire nella *medesima forma* ma può anche essere inviata a un *account* personale sul sito del venditore al quale solo il cliente ha accesso. Occorre in ogni caso che il consumatore si faccia carico di confermare il contratto quanto prima - al più tardi alla consegna delle merci o comunque prima dell'erogazione del servizio.

Dopo la modifica entrata in vigore dal 13 giugno 2014, può affermarsi che per quanto riguarda la tutela dei consumatori on line, la relativa disciplina sia sostanzialmente definita nel "*Codice del Consumo*" (D.Lgs. 206/2005) e precisamente nelle norme che regolamentano la vendita a distanza (vendita a distanza). Il medesimo codice rinvia (art. 68) rinvia - per quanto non ivi disciplinato al D. Lgs. 70/2003 per quanto riguarda le specifiche responsabilità definite dalla Direttiva del commercio elettronico del 2000.

I principi fondamentali che possono desumersi in sede comunitaria attengono alla libertà, alla non discriminazione degli strumenti telematici, al principio del Paese d'origine (Mercato Interno) ed infine alla più ampia tutela del consumatore.

Con il primo principio, di libertà, si assume che tutti i beni o i servizi possono formare oggetto di e-commerce (con eccezioni specificamente determinate e comunque regolate dalla normativa di settore).

Il principio di *non discriminazione* presuppone che il venditore on line non dovrà essere sottoposto a una disciplina più restrittiva di chi apre un negozio fisico e pertanto per la medesima attività commerciale non potrebbero essere predisposte differenti norme autorizzatorie.

Il principio del Paese d'origine (*Mercato Interno*) stabilisce che per l'e-commerce tendenzialmente la vendita è regolata dalla legge dello Stato ove si trova il domicilio/sede del venditore. Tale principio si applica nelle vendite a non-consumatori (B2B). E pertanto nella controversia tra un venditore comunitario e una impresa italiana che acquista un prodotto on line dal sito web da altro paese comunitario, si applicherà la legge del paese d'origine.

Invece nelle vendite a consumatori (B2C) il principio del Paese d'origine è destinato a cedere il passo al principio della tutela del consumatore.

Si applicheranno perciò le norme della legge dello Stato del domicilio del consumatore che prevedono precise obbligazioni in capo al venditore. In sostanza tale principio presuppone che il consumatore sia a conoscenza delle normative del suo paese e confidi in una tutela sulla base dell'ordinamento giuridico cui appartiene.

La modifica normativa dell'art. 66 ter del D.Lgs. 206/2005 così come recentemente mo-

dificato specifica che se il diritto applicabile al contratto è quello di uno Stato membro dell'Unione europea, i consumatori residenti in Italia *non possono rinunciare ai diritti conferiti loro dal Codice del Consumo*. Tale disciplina diventa così assorbente e in caso di contenzioso fra un venditore comunitario e un consumatore italiano che acquista un prodotto on line dal sito web esterno si applicheranno inderogabilmente le norme italiane a favore del consumatore.

È bene sottolineare anche che la nuova normativa lascia impregiudicate le disposizioni relative alla conclusione di contratti elettronici e all'inoltro di ordini per via elettronica di cui agli articoli 9 e 11 della direttiva 2000/31/CE in materia di commercio elettronico.

2. La giurisprudenza europea.

La Corte europea sembra progressivamente esserci incentrata sulle modalità di conclusione del contratto telematico, definendone i profili di comprensione da parte dei contraenti e di conseguente competenza in ambito comunitario.

Così si è affermato che il prestatore di servizi, sin da prima della stipulazione del contratto, è tenuto a fornire ai clienti oltre all'e-mail altre informazioni che consentano una comunicazione diretta ed efficace. Non necessariamente un numero di telefono, ma può essere sufficiente anche una maschera di richiesta di informazioni elettronica, fatte salve situazioni di impossibilità di accesso alla rete in cui l'utente ha diritto di richiedere un canale diretto di comunicazione (CGCE decisione 16.10.2008, causa n. C-298/07). Non soddisfa i requisiti imposti dall'art. 5.1 della direttiva 97/7/CE la messa a disposizione delle informazioni richieste dalla norma citata su una pagina web alla quale il cliente può accedere selezionando un collegamento ipertestuale (link) mostratogli al momento della conclusione del contratto (CGCE, causa n. C-49/11 - conclusioni dell'Avvocato generale 06.03.2012). L'articolo 23, paragrafo 2, del regolamento (CE) n. 44/2001 del Consiglio, del 22 dicembre 2000, concernente la competenza giurisdizionale, il riconoscimento e l'esecuzione delle decisioni in materia civile e commerciale, deve essere interpretato nel senso che la procedura di accettazione mediante «clic» delle condizioni generali di un contratto di vendita, come quello di cui trattasi nel procedimento principale, concluso elettronicamente, che contengano una clausola attributiva di competenza, costituisce una comunicazione elettronica che permette di registrare durevolmente tale clausola, ai sensi di tale disposizione, allorché consente di stampare e di salvare il testo di dette condizioni prima della conclusione del contratto (Corte giustizia, n. 322 del 21/05/2015).

3. Le posizioni più significative della giurisprudenza di legittimità italiana

3.1. Nel settore civile.

Le posizioni della giurisprudenza della S.C. sembrano orientate finora ad un sostanziale principio di tutela per il contraente debole.

In tema di vendita internazionale a distanza di beni mobili, il giudice chiamato a decidere sulla propria giurisdizione, rispetto a tutte le controversie nascenti dal contratto, ivi comprese quelle relative al pagamento dei beni alienati, deve applicare il criterio del luogo di esecuzione della prestazione di consegna, di cui all'art. 5, n. 1, lett. b) del Regolamento CE 22 dicembre 2000, n. 44, laddove una diversa convenzione stipulata dalle parti sul luogo di consegna dei beni, per assumere prevalenza, deve essere chiara ed esplicita, sì da risultare nitidamente dal contratto, con possibilità di far ricorso, ai fini dell'identificazione del luogo, ai termini e alle clausole generalmente riconosciute nel commercio internazionale, quali gli Incoterms (International Commercial Terms), purché da essi risulti con chiarezza la determinazione contrattuale (Sez. U, Ordinanza n. 24279 del 14/11/2014).

Così anche nella progressiva definizione della nozione di “*consumatore*”, che la Corte ha significativamente allargato ricomprendendo ogni contatto on line svolto per la soddisfazione di interessi personali e non professionali

In tema di contratti del consumatore, ai fini della identificazione del soggetto legittimato ad avvalersi della tutela di cui al vecchio testo dell'art. 1469-bis cod. civ. (ora art. 33 del Codice del consumo, approvato con d.lgs. 6 settembre 2005, n. 206), la qualifica di “consumatore” spetta solo alle persone *fisiche e la stessa persona fisica che svolga attività imprenditoriale o professionale potrà essere considerata alla stregua del semplice “consumatore” soltanto allorché concluda un contratto per la soddisfazione di esigenze della vita quotidiana estranee all'esercizio di dette attività*; correlativamente deve essere considerato “professionista” tanto la persona fisica, quanto quella giuridica, sia pubblica che privata, che utilizzi il contratto non necessariamente nell'esercizio dell'attività propria dell'impresa o della professione, ma per uno scopo connesso all'esercizio dell'attività imprenditoriale o professionale. (Nella specie, la S.C. ha escluso l'applicabilità della disciplina di cui al vecchio testo dell'art. 1469-bis cod. civ. in favore di una persona fisica la quale, pur avendo concluso un contratto di apertura di credito con una banca in nome proprio, aveva però ottenuto il finanziamento - come emergeva dalle risultanze istruttorie - non per sé ma in favore della società di cui era amministratore e principale azionista, con la conseguente validità della clausola di deroga alla competenza territoriale prevista dal contratto) (Sez. 6 - 1, Ordinanza n. 21763 del 23/09/2013).

Nelle controversie concernenti i contratti negoziati fuori dai locali commerciali relativi a strumenti finanziari, la competenza territoriale è determinata ai sensi dell'art. 63 del codice del consumo (d.lgs. 6 settembre 2005, n. 206), in quanto l'art. 46 del medesimo codice esclude - con riguardo ai contratti relativi a strumenti finanziari - l'applicabilità

delle sole norme contenute nella sezione prima, e non nella sezione terza, del capo cui entrambe appartengono (Sez. 6 - 3, Ordinanza n. 8167 del 03/04/2013). Nelle controversie concernenti i contratti negoziati fuori dai locali commerciali relativi a strumenti finanziari, il consumatore può adire un giudice diverso da quello determinato ai sensi dell'art. 63 del codice del consumo (d.lgs. 6 settembre 2005, n. 206), ove ravvisi maggiormente rispondente al proprio interesse derogare - anche unilateralmente - al cd. "foro del consumatore", e così adire il giudice competente per territorio in base ad uno dei criteri di cui agli artt. 18, 19 e 20 cod. proc. civ., ovvero quello indicato nel contratto, senza che il giudice adito, in accoglimento della relativa eccezione sollevata dal professionista ovvero rilevata d'ufficio, possa dichiarare la propria incompetenza a svantaggio del consumatore, e cioè in pregiudizio dell'interesse di quest'ultimo, la cui scelta non scalfisce l'esigenza di tutela contro l'unilaterale predisposizione ed imposizione del contenuto contrattuale da parte del "professionista", che la disciplina in argomento è funzionalmente volta a garantire. (Nel caso di specie, i consumatori - domiciliati in luoghi diversi - avevano ritenuto più vantaggioso concentrare la vertenza presso il tribunale del luogo in cui aveva sede legale l'istituto di credito convenuto in giudizio, piuttosto che adire ciascuno, singolarmente, il foro del consumatore, conseguendo così l'obiettivo di garantire non solo l'uniformità del giudicato, ma anche un sensibile contenimento dei costi ed una maggiore celerità ed economia processuale). (Sez. 6 - 3, Ordinanza n. 8167 del 03/04/2013). Nelle controversie concernenti i contratti negoziati fuori dai locali commerciali relativi a strumenti finanziari, il consumatore può adire un giudice diverso da quello determinato ai sensi dell'art. 63 del codice del consumo (d.lgs. 6 settembre 2005, n. 206), competente per territorio in base ad uno dei criteri di cui agli artt. 18, 19 e 20 cod. proc. civ., o indicato nel contratto, senza che, in accoglimento della relativa eccezione sollevata dal professionista ovvero d'ufficio, tale giudice possa dichiarare la propria incompetenza a svantaggio del consumatore, e cioè in pregiudizio dell'interesse di quest'ultimo (Sez. 6 - 3, Ordinanza n. 5974 del 16/04/2012). Nelle controversie concernenti i contratti negoziati fuori dai locali commerciali relativi a strumenti finanziari, la competenza territoriale è determinata ai sensi dell'art. 63 del codice del consumo (d.lgs. 6 settembre 2005, n. 206), che resta applicabile in quanto l'art. 46 del codice esclude - con riguardo ai contratti relativi a strumenti finanziari - l'applicabilità delle sole norme contenute nella sezione prima dello stesso capo, concernenti la disciplina dei contratti negoziati fuori dai locali commerciali.

Il c.d. "foro del consumatore", previsto dall'art. 63 del codice del consumo (d.lgs. 6 settembre 2005, n. 206), è derogabile da parte del consumatore, anche unilateralmente, con l'introduzione della domanda innanzi al giudice territorialmente competente, ai sensi degli artt. 18, 19 e 20 cod. proc. civ., oppure in forza di una clausola contrattuale, in quanto la competenza prevista dal codice del consumo è inderogabile unicamente ad opera del professionista, attesa la funzione della disposizione, volta alla tutela del consumatore medesimo, al quale quindi non può essere precluso di scegliere uno dei fori alternativi, se egli lo ritenga, nel caso concreto, più rispondente ai propri interessi. (Nella specie, alcuni acquirenti di prodotti finanziari, con domicilio in molteplici città, avevano deciso di concentrare le controversie presso un unico foro - quello in cui la società convenuta aveva sede - invece che proporle presso fori diversi, così da garantire uniformità di giudicato e

contenimento dei costi ed, in definitiva, l'economia processuale). (Sez. 6 - 3, Ordinanza n. 1875 del 08/02/2012).

In tema di controversie tra consumatore e professionista, l'art. 33, comma 2, lett. u), del d.lgs. 6 settembre 2005 n. 206, (cd. Codice del consumo) va interpretato nel senso che la residenza del consumatore, cui la norma ha riguardo, è quella che lo stesso *ha al momento della domanda e non quella che egli aveva al momento della conclusione del contratto*, ma sull'individuazione del corrispondente foro esclusivo ivi previsto incide l'accertamento, devoluto al solo giudice del merito, del carattere fittizio dello spostamento di residenza del consumatore, compiuto per sottrarsi al radicamento della controversia o anche, come nella specie, dell'eventuale non coincidenza della residenza anagrafica (che instaura una mera presunzione) con quella effettiva (Principio affermato dalla S.C. per il caso di accertata abituale dimora, cioè della vita lavorativa e familiare degli attori, in un luogo non ricompreso nel circondario del tribunale corrispondente a quello della loro residenza anagrafica). (Sez. 6 - 1, Ordinanza n. 23979 del 25/11/2010).

Il consumatore convenuto dinanzi a foro diverso da quello suo proprio, il quale eccepisce l'incompetenza territoriale del giudice davanti al quale è stato tratto, ha l'onere di allegare che trattasi di controversia concernente un contratto cui, pur essendo stato oggetto di negoziazione individuale (come nella specie, riguardante un contratto di appalto privato di lavori per ristrutturazione di immobile), trova applicazione la disciplina di tutela di cui agli artt. 33 e ss. del d.lgs. 6 settembre 2005, n. 206 (c.d. Codice del consumo). In presenza di tale allegazione, il professionista, che intenda escludere l'applicazione della anzidetta disciplina di tutela, è onerato della prova che la clausola contrattuale di proroga della competenza, con deroga del foro del consumatore di cui all'art. 33, comma 2, lett. u), del citato d.lgs. n. 206, è stata, ai sensi dell'art. 34 dello stesso d.lgs., oggetto di specifica trattativa (quale presupposto che rileva, per l'appunto, ai fini della applicazione o meno della disciplina di tutela in questione e non già dell'accertamento della vessatorietà o abusività della clausola), caratterizzata dagli indefettibili requisiti della individualità, serietà ed effettività; ovvero di dare prova idonea a vincere la presunzione di vessatorietà della clausola medesima, dimostrando che, valutata singolarmente e in connessione con le altre di cui si compendia il contenuto del contratto, nello specifico caso concreto essa non determina un "significativo squilibrio dei diritti e degli obblighi derivanti dal contratto", in cui, ai sensi dell'art. 33, comma 1, del d.lgs. citato, viene a sostanzinarsi la vessatorietà della clausola. Ne consegue che, in difetto delle prove suddette, la clausola di deroga del foro del consumatore è nulla, anche là dove il foro indicato come competente risulti coincidente con uno dei fori legali di cui agli artt. 18, 19 e 20 cod. proc. civ. (Sez. 3, Ordinanza n. 6802 del 20/03/2010).

3.2. Nel settore penale.

Nel settore penale maggiore interesse sembrano avere conseguito le tematiche in materia di truffa⁵, configurandosi potenzialmente sia l'ipotesi di truffa semplice (art. 640 cp) nel

⁵ Cfr. CIPOLLA P. "E-commerce" e truffa. Giurisprudenza di merito, 2013 pag. 2624-2640.

caso di inserzioni fraudolente poste in essere mediante apposito sito web o nell'ambito di tradizionali piattaforme di *e commerce* di vendita on line. In genere si tratta di sistemi volti a inserire una falsa inserzione di vendita di un oggetto (in genere di costo limitato) mediante indicazione di un numero di carta prepagata (solitamente postepay o bancaria di tipo ricaricabile).

Scarso è stato in genere l'interesse della magistratura inquirente, volta a considerare, anche a causa del limitato importo economico apparente del danno (poche centinaia di euro) il fatto come reato bagattellare, senza considerare gli aspetti seriali del fenomeno e la gravità di comportamenti reiterati a danni di un elevato numero di parti offese.

A riguardo deve essere segnalato invece l'orientamento della Procura Generale della Corte di Cassazione, che operando in tema di risoluzione di contrasti tra pubblici ministeri ha individuato linee argomentative ben precise, volte a rendere più efficaci e soprattutto concentrate le indagini in tema di frode informatica e truffa informatica ⁶.

6 Negli orientamenti della Procura Generale (http://www.procuracassazione.it/procuragenerale-resources/resources/cms/documents/PENALE_QAD_ORIENTAMENTI_CONTRASTI.pdf) viene fornito un importante punto di riferimento interpretativo volto a favorire una più efficace conduzione delle indagini, favorendone la concentrazione. Si osserva infatti come in ogni caso di truffa on line nel commercio elettronico (mediante artifici e raggiri consistenti nell'invio di messaggi volti a indurre in errore la persona offesa e tesi ad ottenere il pagamento mediante forme di bonifico telematico o su carte prepagate) il delitto di truffa è delitto istantaneo di danno, che si perfeziona nel momento in cui alla realizzazione della condotta tipica da parte dell'autore abbia fatto seguito la deminutio patrimonii del soggetto passivo: è pertanto irrilevante il luogo nel quale il raggirato abbia effettuato il pagamento, assumendo rilievo ai fini della consumazione del reato esclusivamente il luogo nel quale l'autore della contestata truffa consegue la provvista (decreto n. 478/2013 e molti altri). In base ai più recenti orientamenti di Questo Ufficio, ai fini della determinazione della competenza, rileva:

- 1) nei casi di pagamento a mezzo vaglia postale, il luogo ove il vaglia viene materialmente riscosso;
- 2) nei casi di pagamento a mezzo bonifico, il luogo ove ha sede la filiale presso la quale l'autore della condotta ha accesso il conto corrente su cui sono state accreditate le somme tramite bonifico bancario;
- 3) nei casi di pagamento a mezzo ricarica di carta prepagata (postepay e simili), e ove detta carta sia "appoggiata" su un conto corrente bancario o postale, il luogo ove hanno sede la filiale della banca o l'ufficio postale presso il quale è stato acceso il conto medesimo;
- 4) nei casi di pagamento a mezzo ricarica di carta prepagata (postepay e simili), e ove detta carta non sia "appoggiata" ad alcun conto corrente, il luogo ove hanno sede l'ufficio o l'esercizio commerciale presso il quale la carta prepagata è stata attivata (identificabile attraverso il cd. codice univoco della carta). Laddove le indagini non abbiano consentito di acquisire alcuno dei dati di cui ai punti precedenti, ai sensi dell'art. 9 cpv. c. p. p., il luogo di residenza e di domicilio dell'indagato. È appena il caso di aggiungere che tali criteri consentono una più agevole concentrazione delle indagini ed un più efficace esercizio dell'azione penale che talora ha una pluralità consistente di persone offese.

Frode informatica ed accesso abusivo ad un sistema informatico (art. 640 ter e 615 ter c.p.)

Il delitto di accesso abusivo ad un sistema informatico può concorrere con quello di frode informatica, diversi essendo i beni giuridici tutelati e le condotte sanzionate, in quanto il primo tutela il domicilio informatico sotto il profilo dello *ius excludendi alios*, anche in relazione alle modalità che regolano l'accesso dei soggetti eventualmente abilitati, mentre il secondo contempla l'alterazione dei dati immagazzinati nel sistema al fine della percezione di ingiusto profitto. Si tratta, comunque, di reati diversi: la frode informatica postula necessariamente la manipolazione del sistema, elemento costitutivo non necessario per la consumazione del reato di accesso abusivo che, invece, può essere commesso solo con riferimento a sistemi protetti, requisito non richiesto per la frode informatica. Ai fini della determinazione della competenza territoriale, nel reato di frode informatica il momento consumativo va individuato nel luogo di esecuzione

La giurisprudenza a riguardo appare invece fluida. Si è riconosciuto (Cfr. Sez. 6, Sentenza n. 10136 del 2015) come in materia di truffa contrattuale il mancato rispetto da parte di uno dei contraenti delle modalità di esecuzione del contratto, rispetto a quelle inizialmente concordate con l'altra parte, con condotte artificiose idonee a generare un danno con correlativo ingiusto profitto, integra l'elemento degli artifici e raggiri richiesti per la sussistenza del reato di cui all'art. 640 c.p. (Sez. 2, n. 41073 del 05/10/2004, Sez. 2, Sentenza n. 19918 del 2013). Inoltre, l'elemento che imprime al fatto dell'inadempimento il carattere di reato è costituito dal dolo iniziale, che, influenzando sulla volontà negoziale di uno dei due contraenti - determinandolo alla stipulazione del contratto in virtù di artifici e raggiri e, quindi, falsandone il processo volitivo - rivela nel contratto la sua intima natura di finalità ingannatoria. (Sez. 2, n. 5801 del 08/11/2013). In applicazione di tali principi si è ravvisata la fattispecie della truffa (art. 640 c.p.) nei casi in cui taluno si accredita sul sito di commercio elettronico e pone in vendita un bene, ricevendone il corrispettivo senza procedere alla consegna di esso e rendendo difficile la possibilità di risalire al venditore (Sez. 2 n. 3058 del 29.9.2011, Sez. 2 n. 46849 del 22.10.2014). Negli stessi termini vanno appunto altre pronunce recenti ⁷. In particolare (Sez. 2, Sentenza n. 26042 del 2014) viene sottolineata l'esigenza di specifici accertamenti di forensic anche sulla reale titolarità degli indirizzi e mail utilizzati per la realizzazione delle condotte fraudolente. In altra ipotesi, operando in sede di risoluzione di conflitto di competenza la Corte (Sez. 1, Sentenza n. 41924 del 2009) aveva segnalato di considerare, proprio nel caso di reiterate truffe mediante E Bay il criterio determinante del maggior numero relativo di testi da sentire e la prima realizzazione degli episodi fraudolenti.

Va segnalata inoltre una recente pronuncia che afferma come nel delitto di truffa, quando il profitto è conseguito mediante accredito su carta di pagamento ricaricabile (nella specie "postepay"), il tempo e il luogo di consumazione del reato sono quelli in cui la persona offesa ha proceduto al versamento del denaro sulla carta, poichè tale operazione ha realizzato contestualmente sia l'effettivo conseguimento del bene da parte dell'agente, che ottiene l'immediata disponibilità della somma versata, e non un mero diritto di credito, sia la definitiva perdita dello stesso bene da parte della vittima (Sez. 1, Sentenza n. 25230 del

della attività manipolatoria del sistema di elaborazione dei dati, che può coincidere con il conseguimento del profitto anche non economico. Laddove non si conosca il primo luogo, ci si rivolgerà a quello ove il profitto è stato conseguito (orientamento non pacifico in giurisprudenza: contra v. Cass., Sez. I, n. 40303 del 2013, per cui il luogo di consumazione del delitto di accesso abusivo ad un sistema informatico non è quello in cui vengono inseriti i dati idonei ad entrare nel sistema bensì quello dove materialmente è collocato il server che elabora e controlla le credenziali di autenticazione del cliente). Stante la connessione e la maggiore gravità rispetto all'altro di cui all'art. 615 ter c.p., sarà questo reato a determinare la competenza. Il connubio tra i due reati si rende evidente nelle ipotesi di phishing, ove un aggressore informatico cerca di ingannare via internet la vittima convincendola a fornire informazioni personali sensibili attraverso l'invio casuale di messaggi di posta elettronica che imitano la grafica di siti bancari o postali e che tendono ad ottenere dalla vittima medesima la password di accesso al conto corrente, le password che autorizzano i pagamenti oppure il numero della carta di credito. Tale truffa può essere realizzata anche mediante contatti telefonici o con l'invio di SMS.

⁷ Sez. 2, Sentenza n. 7081 del 2015 Sez. 2, Sentenza n. 52696 del 2014 e specificamente sul dolo in materia Sez. 2, Sentenza n. 46849 del 2014.

13/03/2015). Si prospetta quindi un evidente contrasto con altra pronuncia della Corte del medesimo anno (Sez. 2, Sentenza n. 7749 del 2015) che invece afferma che il delitto di truffa Contrattuale via web, si consuma nel luogo ove il reo consegue l'ingiusto profitto e non già nel luogo ove viene data disposizione per il pagamento⁸.

La giurisprudenza penale di legittimità appare comunque orientata a definire con una certa gravità la condotta di truffa informatica coordinata anche attraverso le piattaforme e commerce (Sez. F, Sentenza n. 56 del 2014). La possibilità di inquadrare il più grave reato di riciclaggio (art. 648 bis CP) nei casi di organizzato incasso di somme provento di frode viene ormai ad essere riconosciuta (Sez. 2, Sentenza n. 38053 del 2014).

Una prima importante conferma viene da Sez. 2, Sentenza n. 44156 del 2014 che ha analizzato gli effetti del *phishing* con riguardo ad imputazioni di processo ha ad oggetto imputazioni di ricettazione e di riciclaggio che integrano la nuova figura di reato realizzato attraverso strumenti informatici e denominato "phishing", caratterizzato da una prima fase nella quale, nella prevalenza dei casi, l'autore materiale dell'operazione truffaldina invia un numero elevato di messaggi di posta elettronica individuati a caso ed utilizzando il logo di istituti di credito o delle Poste Italiane ed invitando i destinatari a comunicare i codici di accesso ai propri conti correnti per una presunta verifica dei dati, così mettendo a disposizione del truffatore mittente i dati stessi che consentono a quest'ultimo di operare via internet sui conti correnti delle vittime. In una seconda fase il truffatore ricerca via internet persone disposte, dietro riconoscimento di una provvigione, ad aprire un conto corrente (o ad utilizzare il proprio) al fine di farsi accreditare i bonifici di denaro provenienti dai conti delle vittime ma disposti dal truffatore. Nello schema fraudolento, infine, veniva disposto il prelevamento sistematico in contanti delle somme di provenienza illecita così fraudolentemente accreditate o il trasferimento ad altri conti di destinazione -spesso esteri- così da farle pervenire - previamente decurtate da eventuali provvigioni - ad un unico destinatario finale o insieme di destinatari finali.

⁸ Cfr. a riguardo in tal senso anche Cass. 12795/2011 e Cass. n. 14905/2009.

IDENTITÀ DIGITALE E MERCATO UNICO DIGITALE

Monica Palmirani



Multimedia



Clicca sull'immagine o fotografa il QrCode
per accedere al MediaBook CLIOedu

IL DIRITTO ALL'OBLIO TRA PERSONA E MERCATO: GLI INTERESSI IN GIOCO

Giovanni Sartor



Multimedia



Clicca sull'immagine o fotografa il QrCode
per accedere al MediaBook CLIOedu

OPEN DATA, BIG DATA E MERCATI

Fernanda Faini

 *Multimedia*



Clicca sull'immagine o fotografa il QrCode
per accedere al MediaBook CLIOedu

Abstract: Nella società contemporanea l'informazione si caratterizza come “materia prima” delle nuove tecnologie, ricchezza ed elemento chiave dei processi economici e sociali per lo sviluppo dei mercati. Le tecnologie permettono una crescita enorme delle informazioni disponibili, attivano un cambiamento nel modo di avere e creare la “conoscenza”, rendendola dinamica e attiva, e questo ha un impatto diretto, fra l'altro, sullo sviluppo economico. In questa ottica, il contributo intende approfondire due strumenti essenziali per la stessa crescita economica: gli *open data* e i *big data*.

In primo luogo saranno analizzati gli *open government data*, i dati aperti delle pubbliche amministrazioni, che nella possibilità di essere riutilizzati contengono la capacità di generare conoscenza, nuovi servizi e prodotti inediti, permettendo di fornire impulso e sostegno alla crescita economica.

In secondo luogo saranno affrontati i *big data*, fenomeno dalle implicazioni giuridiche e sociali complesse, leva importante nella conoscenza e nella predizione degli andamenti di mercato.

L'analisi approfondirà le caratteristiche, le differenze e gli aspetti giuridici legati a questi strumenti ed esaminerà come gli *open data* e i *big data* possano essere efficacemente utilizzati per favorire la crescita e generare un nuovo rapporto fra amministrazioni pubbliche e mercati nella direzione di un reale *open government* italiano.

In contemporary society, the information is characterized as “raw material” of new technologies, and as a key element of economic and social processes for the development of markets.

The technologies allow a huge increase of information available, they trigger a change in the way we have and create the “knowledge”, making it dynamic and active. This has a direct impact, among other things, on the economic development. In this perspective, the paper will focus on two essential instruments for economic growth itself: *open data* and *big data*.

First, the document will analyze the *open government data*, the *open data* by public authorities. Through the possibility of reuse, they have the ability to generate knowledge, new services and unreleased products, supporting economic growth.

Secondly, the paper will focus on the theme of the *big data*, a phenomenon by complex legal and social implications and an important tool for understanding and predicting market trends.

The analysis will examine the characteristics, differences and legal issues related to these instruments and it will explore how *open data* and *big data* can be effectively used to promote growth and create a new relationship between governments and markets in the direction of a real Italian *open government*.

Parole chiave: *open data*, *big data*, mercati, *open government*, amministrazione digitale, trasparenza, conoscenza, informazione.

Sommario: 1. La società della conoscenza - 2. *Open data* e *Big data* - 3. *Open data* - 3.1 Cosa sono e a cosa servono - 3.2 Aspetti giuridici e implicazioni sui mercati - 4. *Big data* - 4.1 Cosa sono e a cosa servono - 4.2 Aspetti giuridici e implicazioni sui mercati - 5. Verso i *Big data* aperti?

1. La società della conoscenza

La società odierna è caratterizzata dal ruolo determinante assunto dalle nuove tecnologie e si basa sulla centralità dell'informazione e della conoscenza quali risorse essenziali per lo sviluppo economico, sociale e culturale: si parla, infatti, di "società dell'informazione e della conoscenza".

Come risulta evidente già dal termine che la definisce, emerge quale caratteristica determinante della contemporaneità la centralità dell'informazione, che diventa il principale bene economico, "la materia prima" delle nuove tecnologie¹, oggetto privilegiato di analisi del presente contributo. Internet e il *web* mettono a disposizione una quantità di informazioni fino ad oggi inimmaginabile e realizzano nuove modalità di interconnessione e integrazione, grazie a strumenti automatici per acquisirle. La crescita delle informazioni disponibili e il facile accesso alle stesse comportano, di conseguenza, cambiamenti profondi nel modo di creare e avere la conoscenza: conoscere diventa semplice, veloce ed economico grazie alla realtà digitale. La conoscenza diventa "attiva" e dinamica e questo ha un impatto diretto, tra l'altro, sullo sviluppo economico.

La costellazione di strumenti che caratterizzano questa rete dinamica e interattiva, quali la multicanalità, la possibilità di accesso tramite diversi *device*, il *web 2.0*, i *social media*, il *cloud computing* e le applicazioni *online*, modifica il modo di intendere, utilizzare e condividere dati, informazioni e conoscenza. Il singolo diventa protagonista, autore e portatore di contributi, e il *web* diventa testo "riscrivibile" da ciascuno, una grande piattaforma di condivisione, sviluppo e aggregazione di dati, informazioni, relazioni e servizi.

L'impatto determinante delle nuove tecnologie incide profondamente sugli attori della società, che assumono nel mutato contesto di riferimento nuove connotazioni. L'evoluzione della società nel senso analizzato, infatti, incide sulla pubblica amministrazione: negli ultimi anni l'*e-government* si è sviluppato nell'*open government*, modello secondo cui i governi e le amministrazioni devono essere trasparenti a tutti i livelli e le loro attività aperte e disponibili per favorire azioni efficaci e garantire un controllo pubblico del proprio operato mediante le nuove tecnologie². L'*open government* si caratterizza per l'utilizzo esteso e integrato delle nuove tecnologie e per la centralità attribuita ai cittadini, cui devono essere garantiti pieno e universale accesso al patrimonio informativo pubblico e la partecipazione consapevole e informata, al fine di gestire in modo dinamico e collaborativo l'interazione tra sistema pubblico e privato³. Nella nuova fisionomia

¹ In tal senso e, più ampiamente, sulla società dell'informazione cfr. M. CASTELLS, *The rise of the Network society*, Oxford University Press, Oxford, 2000.

² Sull'*open government* sia consentito il rinvio a F. FAINI, *La strada maestra dell'open government: presupposti, obiettivi, strumenti*, in *Cyberspazio e diritto*, vol. 14, n. 48, 2013, pp. 213-240.

³ L'*open government* privilegia una dimensione orizzontale e partecipativa, connotata da flessibilità ed emersione delle istanze, in cui il processo decisionale sia il risultato del dialogo, del confronto e della collaborazione tra mondo pubblico e privato e sia possibile governare con l'apporto fattivo delle persone attraverso la rete.

“aperta” delle amministrazioni pubbliche e nei rapporti con cittadini e imprese emerge, pertanto, la centralità dell’informazione e della correlata conoscenza.

2. Open data e Big data

In tale contesto di riferimento, elementi privilegiati per osservare la società contemporanea sono i dati e le informazioni, in specifico gli *open data* e i *big data*, che si connotano come strumenti caratteristici del cambiamento e dell’evoluzione dell’informazione nel senso dinamico e attivo, che si è visto⁴, e coinvolgono attori pubblici e privati.

La presente analisi, pertanto, cerca di esaminare in modo specifico la nuova configurazione delle informazioni e della correlata conoscenza, prendendo come oggetto di esame *open data* e *big data* e, in specifico, andando ad analizzare cosa sono e a cosa servono e a esaminarne gli aspetti e le problematiche giuridiche, valutandone, in particolare, le implicazioni sui mercati.

3. Open data

3.1 Cosa sono e a cosa servono

Cosa sono gli *open data*? Secondo la *Open Knowledge Foundation*⁵ un contenuto o un dato si definisce aperto se chiunque è in grado di utilizzarlo, riutilizzarlo e ridistribuirlo, con la limitazione, al massimo, della richiesta di attribuzione e condivisione allo stesso modo.

Gli *open data* possono essere dati prodotti da soggetti privati o pubblici; nel presente contributo ci soffermeremo su questi ultimi, definibili più specificatamente quali *open government data*⁶, ma per i quali in questo contributo sarà utilizzato il generico termine *open data*.

L’ordinamento giuridico italiano fornisce una definizione degli *open data*.

I dati aperti o *open data* sono definiti nell’art. 68, comma 3, lett. b), del d.lgs. 7 marzo 2005, n. 82 (Codice dell’Amministrazione Digitale - di seguito anche CAD), modificato dal cosiddetto decreto Crescita 2.0 (d.l. 18 ottobre 2012, n. 179 convertito con modificazioni dalla legge 17 dicembre 2012, n. 221) e di recente dal d.lgs. 18 maggio 2015, n. 102, che individua gli *open data* nelle dimensioni giuridica, tecnologica ed economica che li

⁴ Cfr. paragrafo 1.

⁵ Cfr. <http://okfn.org>.

⁶ Sugli *open government data* cfr. F. DI DONATO, *Lo stato trasparente. Linked open data e cittadinanza attiva*, Edizioni ETS, Pisa, 2011, p. 29 e seguenti.

caratterizzano. I dati di tipo aperto (*open data*), ai sensi della disposizione, sono i dati che presentano le seguenti caratteristiche:

- 1) sono disponibili secondo i termini di una licenza che ne permetta l'utilizzo da parte di chiunque, anche per finalità commerciali, in formato disaggregato (dimensione giuridica);
- 2) sono accessibili attraverso le tecnologie dell'informazione e della comunicazione (ICT), ivi comprese le reti telematiche pubbliche e private, in formati aperti, sono adatti all'utilizzo automatico da parte di programmi per elaboratori e sono provvisti dei relativi metadati (dimensione tecnologica);
- 3) sono resi disponibili gratuitamente attraverso le ICT, ivi comprese le reti telematiche pubbliche e private, oppure sono resi disponibili ai costi marginali sostenuti per la loro riproduzione e divulgazione, salvo i casi previsti dall'art. 7 del d.lgs. 24 gennaio 2006, n. 36 e secondo le tariffe determinate con le modalità di cui al medesimo articolo (dimensione economica).

L'attenzione che la normativa rivolge al fenomeno, definendolo e, come vedremo, regolandolo, è dovuta alla molteplicità di finalità che gli *open data* permettono di raggiungere⁷. In primo luogo gli *open data* sono strumento di trasparenza e di controllo democratico e, da tale punto di vista, contribuiscono a garantire maggiore efficienza pubblica e costituiscono efficace mezzo di prevenzione e lotta alla corruzione; questo genera una maggiore fiducia nelle istituzioni da parte dei cittadini, garantendo allo stesso tempo maggiore partecipazione e coinvolgimento.

In secondo luogo i dati aperti contribuiscono al miglioramento della qualità di vita dei cittadini che possono utilizzarli, condividerli, incrociarli e, allo stesso tempo, concorrono al miglioramento delle politiche pubbliche, costituendo un potenziale vantaggio competitivo per i territori.

Infine, *last but not least*, gli *open data* permettono di dare sostegno allo sviluppo economico, dato il grande valore dei dati detenuti dalle istituzioni e la possibilità di essere riutilizzati per nuovi prodotti e servizi: il valore dei dati è tanto maggiore quanto più possono essere utilizzati e impiegati in nuova conoscenza e in soluzioni inedite, a vantaggio della collettività. I dati aperti possono essere valorizzati creando *app* e servizi che impattano sulla pubblica amministrazione, sui cittadini, sulle imprese, sul territorio e sullo sviluppo economico.

⁷ Sul valore e i vantaggi dei dati aperti cfr. M.C. DE VIVO, A. POLZONETTI, P. TAPANELLI, *Open data, Business Intelligence e Governance nella Pubblica Amministrazione*, in D. TISCORNIA (a cura di), *Open data e riuso dei dati pubblici*, cit., pp. 239-262 e F. MARZANO, *La trasparenza nella Pubblica Amministrazione passa dall'Open Data o l'Open Data passa dalla trasparenza?*, in D. TISCORNIA (a cura di), *Open data e riuso dei dati pubblici*, cit., pp. 287-303.

3.2. Aspetti giuridici e implicazioni sui mercati

Negli ultimi anni la normativa italiana ha promosso esplicitamente gli *open data* delle istituzioni e l'apertura del patrimonio informativo pubblico, sotto lo stimolo del panorama internazionale e dell'Unione europea.

Già il d.lgs. 36/2006, in attuazione della direttiva 2003/98/CE (recentemente modificata dalla direttiva 2013/37/UE), trattava il riutilizzo dei documenti nel settore pubblico, ma non imponeva l'obbligo di consentirne il riutilizzo, seppur i dati pubblici fossero visti come importante "materia prima" per prodotti e servizi digitali, da riutilizzare per contribuire alla crescita economica e sociale. Di recente il d.lgs. 102/2015 ha attuato la direttiva 2013/37/UE sugli *open data*, modificando il d.lgs. 36/2006, e ha rafforzato gli obblighi delle istituzioni in materia di *open data*, prevedendo che le amministrazioni provvedano affinché i documenti siano riutilizzabili a fini commerciali o non commerciali secondo le modalità previste.

Il d.lgs. 82/2005, negli artt. 52 e 68, modificati e integrati dal cosiddetto decreto Crescita 2.0 (d.l. 179/2012 convertito con modificazioni dalla legge 221/2012) e di recente dal d.lgs. 102/2015, ha introdotto l'esaminata definizione di *open data*⁸ e ha inserito una norma generale con la finalità di razionalizzare il processo di valorizzazione del patrimonio informativo pubblico nazionale. In specifico l'art. 52 del CAD prevede che l'accesso telematico a dati, documenti e procedimenti e il riutilizzo dei dati e documenti siano disciplinati dalle pubbliche amministrazioni⁹, obbligate a pubblicare sul proprio sito *web* il catalogo dei dati, dei metadati e delle relative banche dati in loro possesso e i regolamenti che ne disciplinano l'esercizio della facoltà di accesso telematico e il riutilizzo, fatti salvi i dati presenti in Anagrafe tributaria¹⁰.

La norma pone il significativo principio dell'*"open data by default"*: i dati e i documenti pubblicati dalle amministrazioni con qualsiasi modalità, senza l'espressa adozione di una licenza, si intendono rilasciati come dati di tipo aperto, ad eccezione dei casi in cui la pubblicazione riguardi dati personali; l'eventuale adozione di una licenza deve essere motivata ai sensi delle linee guida nazionali definite dall'Agenzia per l'Italia digitale¹¹.

⁸ Inoltre viene inserita la definizione di "formato dei dati di tipo aperto", ossia un formato di dati reso pubblico, documentato esaustivamente e neutro rispetto agli strumenti tecnologici necessari per la fruizione dei dati stessi (art. 68, comma 3, lett. a), d.lgs. 82/2005 sostituito dall'art. 9 del d.l. 179/2012 convertito con modificazioni dalla legge 221/2012) e viene introdotta la definizione di "riutilizzo" come uso del dato di cui all'art. 2, comma 1, lett. e), del d.lgs. 36/2006, ossia l'uso del dato di cui è titolare una pubblica amministrazione o un organismo di diritto pubblico, da parte di persone fisiche o giuridiche, a fini commerciali o non commerciali diversi dallo scopo iniziale per il quale il documento che lo rappresenta è stato prodotto nell'ambito dei fini istituzionali (art. 1, comma 1, lett. n-bis), d.lgs. 82/2005 inserita dall'art. 9 d.l. 179/2012 convertito con modificazioni dalla legge 221/2012).

⁹ L'obbligo riguarda tutti i soggetti cui si applica il codice dell'amministrazione digitale previsti dall'art. 2, comma 2, d.lgs. 82/2005.

¹⁰ Art. 52, comma 1, d.lgs. 82/2005.

¹¹ Art. 52, comma 2, d.lgs. 82/2005. Le pubbliche amministrazioni, inoltre, nella definizione dei capitolati o degli schemi dei contratti di appalto relativi a prodotti e servizi che comportino la raccolta e la gestione

L'art. 52 del CAD si preoccupa di assicurare effettività a quanto previsto e, a tal fine, collega espressamente le attività volte a garantire l'accesso telematico e il riutilizzo dei dati delle pubbliche amministrazioni ai parametri di valutazione della performance dirigenziale¹², esprimendo così un *favor* nei confronti degli *open data* in considerazione degli esaminati obiettivi che permettono di realizzare.

Da un punto di vista di *governance*, per la valorizzazione del patrimonio informativo pubblico, la disposizione assegna un ruolo centrale a livello nazionale all'Agenzia per l'Italia digitale, organismo cui sono attribuite funzioni strategiche e tecniche al fine di assicurare la corretta attuazione delle norme e di accompagnare le amministrazioni italiane nell'apertura dei propri dati¹³.

In questo percorso normativo si è poi inserito il d.lgs. 14 marzo 2013, n. 33¹⁴, che statuisce nel suo art. 7, significativamente rubricato "*dati aperti e riutilizzo*", il principio secondo cui i documenti, le informazioni e i dati oggetto di pubblicazione obbligatoria devono essere pubblicati in formato aperto e devono essere riutilizzabili, senza ulteriori restrizioni diverse dall'obbligo di citare la fonte e di rispettarne l'integrità¹⁵.

L'apertura del patrimonio informativo pubblico deve necessariamente fare i conti con esclusioni e limiti normativamente previsti a tutela di altri interessi protetti dall'ordinamento, quali il segreto di stato, il segreto statistico, il diritto d'autore, la sicurezza pubblica. Da tale punto di vista risulta particolarmente complesso il bilanciamento tra *open data* e protezione dei dati personali, soprattutto alla luce delle linee guida del Garante privacy del 28/05/2014¹⁶, secondo cui i dati pubblicati online non sono liberamente utilizzabili da chiunque per qualunque finalità e i dati personali sono riutilizzabili solo in termini compatibili con gli scopi per i quali sono raccolti e nel rispetto delle norme sulla privacy. Secondo il Garante, infatti, l'obbligo previsto dalla normativa di pubblicare i dati in

di dati pubblici, sono tenute a prevedere clausole idonee a consentire l'accesso telematico e il riutilizzo, da parte di persone fisiche e giuridiche, di tali dati, dei metadati, degli schemi delle strutture di dati e delle relative banche dati (art. 52, comma 3, d.lgs. 82/2005).

¹² Art. 52, comma 4, d.lgs. 82/2005.

¹³ Cfr. art. 52, commi 5 - 7, d.lgs. 82/2005.

¹⁴ Nel d.lgs. 33/2013 sono confluite alcune norme, come l'art. 18 del d.l. 22 giugno 2012, n. 83 convertito con modificazioni dalla legge 7 agosto 2012, n. 134 (abrogato dal d.lgs. 33/2013: i suoi contenuti sono confluiti in particolare negli artt. 26 e 27 del d.lgs. 33/2013), che aveva disposto, corredandola di specifiche responsabilità e sanzioni, la pubblicazione in formato aperto di determinate tipologie di informazioni particolarmente rilevanti (la concessione di sovvenzioni, contributi, sussidi e ausili finanziari alle imprese e l'attribuzione dei corrispettivi e dei compensi a persone, professionisti, imprese ed enti privati e comunque di vantaggi economici di qualunque genere ad enti pubblici e privati).

¹⁵ In specifico, ai sensi dell'art. 7 del d.lgs. 33/2013 i documenti, le informazioni e i dati oggetto di pubblicazione obbligatoria, resi disponibili anche a seguito dell'accesso civico, sono pubblicati in formato di tipo aperto ai sensi dell'art. 68 del CAD e sono riutilizzabili ai sensi del d.lgs. 36/2006, del d.lgs. 82/2005, e del d.lgs. 196/2003, senza ulteriori restrizioni diverse dall'obbligo di citare la fonte e di rispettarne l'integrità.

¹⁶ "*Linee guida in materia di trattamento di dati personali, contenuti anche in atti e documenti amministrativi, effettuato per finalità di pubblicità e trasparenza sul web da soggetti pubblici e da altri enti obbligati*", provvedimento n. 243 del 15 maggio 2014 (Gazzetta Ufficiale n. 134 del 12 giugno 2014), doc. web 3134436.

“formato aperto” non comporta che tali dati siano anche “dati aperti”, cioè liberamente utilizzabili da chiunque per qualunque scopo, dal momento che non deve essere pregiudicato il diritto alla protezione dei dati personali¹⁷. Il Garante privacy precisa altresì che non possono essere riutilizzati dati sensibili e giudiziari e, in caso di dati personali ulteriori rispetto a quelli individuati dal d.lgs. 33/2013, su tali dati deve essere effettuata l’anonimizzazione, evitando soluzioni che consentano l’identificazione, anche indiretta o a posteriori, dell’interessato. Inoltre nelle linee guida il Garante precisa che l’obbligo di indicizzare i dati nei motori di ricerca generalisti (es. Google) durante il periodo di pubblicazione obbligatoria è limitato ai soli dati tassativamente individuati dalle norme in materia di trasparenza (e non per altre finalità di pubblicità diverse dalla trasparenza) e che non possono essere indicizzati (e quindi reperibili attraverso i motori di ricerca) i dati sensibili e giudiziari. Accanto a questi limiti di ordine giuridico, dal punto di vista dei mercati è opportuno rilevare, altresì, la potenziale criticità costituita dalla mancanza di uniformità e omogeneizzazione nell’apertura del patrimonio informativo da parte delle amministrazioni pubbliche: non tutti i dati che potrebbero essere utili al mercato sono rilasciati in modo aperto o non lo sono in modo uniforme su tutto il territorio nazionale (differenze di formato, di licenza, di metadati...) e questo si traduce in un danno per chi voglia riutilizzare i dati anche per finalità commerciali.

4. Big data

4.1 Cosa sono e a cosa servono

Nella *Opinion 03/2013 on purpose limitation*, adottata il 2 aprile 2013, l’Article 29 Data Protection Working Party definisce i *big data* come enormi volumi di dati detenuti da grandi organizzazioni (governi, multinazionali...) provenienti da diverse fonti e analizzati per mezzo di algoritmi informatici e specifiche tecnologie. Le tipologie di dati presenti nei *big data* sono diverse: dati strutturati, dati non strutturati, dati generati dagli utenti, dati personali. I *big data* si connotano per peculiari caratteristiche individuabili nelle seguenti:

- volume: capacità di acquisire, memorizzare e accedere a enormi quantità di dati;
- velocità: capacità di effettuare analisi in tempo reale o ad “alta velocità” (in tempi brevi, infatti, il dato diventa obsoleto);
- varietà: eterogeneità nella tipologia di dati, provenienti da fonti diverse (strutturate e non).

¹⁷ A tal fine nelle Linee Guida si prevede che le pubbliche amministrazioni debbano inserire nella sezione denominata “Amministrazione trasparente” sui propri siti web un alert con cui si informa il pubblico che i dati personali sono riutilizzabili in termini compatibili con gli scopi per i quali sono raccolti e nel rispetto delle norme sulla privacy.

Nei *big data* si trovano quindi dati raccolti su base volontaria (Facebook, Twitter, LinkedIn...), dati “scambiati” o “comprati” a fronte di utilità conseguibili (raccolte punti, tessere fedeltà, sconti...), dati forniti dai soggetti in modo più o meno consapevole (movimenti bancari, GPS del telefono, rilevatori biometrici...) e dati raccolti dallo Stato e dai soggetti pubblici.

A differenza degli *open data* non c'è una definizione dei *big data* nell'ordinamento giuridico.

L'interesse per questo strumento deriva dal grandissimo valore economico che i *big data* possiedono¹⁸, desumibile già dalla loro descrizione, e dalle molteplici finalità e utilizzi che permettono. Al riguardo, però, una premessa è doverosa: nelle strategie relative ai *big data* non sono prevedibili al momento della raccolta dei dati le molteplici finalità raggiungibili e non è necessariamente a priori predefinito l'oggetto di indagine¹⁹.

Volendo individuare gli obiettivi che i *big data* contribuiscono a raggiungere, sicuramente una prima finalità è costituita dall'informazione aggiuntiva che permettono di generare e dall'ulteriore conoscenza che permettono di raggiungere. Oltre a questo i *big data*, proprio in considerazione delle caratteristiche che li connotano, permettono di interpretare bisogni ed esigenze, profilare gli utenti, monitorare i consumi, supportare le istituzioni nelle decisioni. Di particolare interesse e motivo della grande attenzione riservata a tale tipologia di dati è anche la capacità predittiva dei *big data*, laddove opportunamente analizzati con strumenti appropriati, e quindi la possibilità di effettuare previsioni politiche, predizioni sugli andamenti di mercato e sulle problematiche relative agli ambiti presi come oggetto di osservazione: questo profilo riveste una notevole rilevanza socio-politica e strategica e può costituire un grande vantaggio competitivo per le imprese²⁰. Sono “big”, pertanto, non solo i dati, ma anche le finalità che permettono di raggiungere, finalità di interesse sia per il mondo pubblico che per il mondo privato.

4.2 Aspetti giuridici e implicazioni sui mercati

Come i volumi che esprimono e le finalità che permettono di raggiungere, altrettanto “grandi” sono le problematiche giuridiche sollevate e le implicazioni dell'utilizzo dei *big data* sui mercati.

Allo stesso modo degli *open data*, anche per i *big data* i profili maggiormente problematici sono nella relazione con la normativa in materia di protezione dei dati personali. Al riguardo il quadro normativo non è perfettamente coerente con il nuovo

¹⁸ Cfr. M. BOGNI, A. DEFANT, *Big data: diritti IP e problemi della privacy*, in *Il Diritto industriale*, fasc. 2, pp. 117-126, Ipsa, 2015.

¹⁹ Cfr. A. MANTELERO, *Big data: i rischi della concentrazione del potere informativo digitale e gli strumenti di controllo*, in *Il Diritto dell'informazione e dell'informatica*, fasc. 1, pp. 135-144, Giuffrè, Milano, 2012 e G. SARTOR, M. VIOLA DE AZEVEDO CUNHA, *Il caso Google e i rapporti regolatori USA/EU*, in *Il Diritto dell'informazione e dell'informatica*, fasc. 4-5, p. 657 ss., Giuffrè, Milano, 2014.

²⁰ Cfr. A. MANTELERO, *op. cit.*, pp. 138-139 e D. DE PASQUALE, *La linea sottile tra manipolazione della rete e pubblicità*, in *Il Diritto industriale*, fasc. 6, p. 552 ss., Ipsa, 2012.

contesto tecnologico: neanche la proposta di Regolamento europeo tratta esplicitamente i *big data*²¹.

In specifico, proprio alla luce di quanto esaminato, l'utilizzo dei *big data* rende particolarmente problematico il rispetto del principio di finalità previsto dalla normativa in materia di protezione dei dati personali²², dal momento che spesso nelle strategie *big data* non si conosce il risultato atteso e questo comporta, di conseguenza, anche difficoltà a garantire l'informativa e il consenso, elementi fondamentali sui cui ruota la normativa in materia di protezione dei dati personali: tutto questo, di conseguenza, inficia la stessa liceità del trattamento. Da questo punto di vista possono rivelarsi strumenti interessanti il principio della "*privacy by design*" e il c.d. *Data Protection Impact Assessment*, presenti nella proposta di Regolamento europeo, che mirano a un approccio e a una ponderazione *ex ante* dell'impatto e dei rischi sulla *data protection*. L'analisi e l'utilizzo dei *big data* implica la definizione di obiettivi, la necessità di *policy*, l'informativa e una specifica regolamentazione di accompagnamento. E' poi necessario garantire la qualità dell'informazione e la sicurezza, che si ottiene sotto il profilo tecnologico, ponendo attenzione all'aspetto umano e per mezzo di protocolli specifici. Da questo punto di vista la possibilità di regolamentazione sconta delle criticità geopolitiche per la differenza fra le normative applicabili e la conseguente diversità nella tutela dei dati, si pensi alle differenze fra gli Stati Uniti e i Paesi europei²³.

Un altro profilo problematico può essere quello relativo alla "proprietà" dei dati che formano i volumi dei *big data*: sotto il profilo del diritto d'autore tutti i contenuti digitali sono di qualcuno, non sempre si conosce l'autore, alcuni casi sono più semplici, altri più ambigui (es. piattaforme come Facebook). Di conseguenza, a seconda dei dati raccolti questo può costituire un ulteriore profilo problematico accanto a quello della protezione dei dati personali. Da tale punto di vista, inoltre non va dimenticata la tutela che l'ordinamento giuridico fornisce alle banche dati "non creative", nelle quali le raccolte di *big data* possono essere fatte rientrare, e la correlata protezione del cosiddetto *diritto sui generis*, con le conseguenti connesse problematiche di divergenza fra discipline europee e statunitensi²⁴.

Dal punto di vista dei mercati un rilevante profilo problematico è costituito, poi, dalla illusione della capacità descrittiva dei *big data*. L'overdose informativa generata dalla quantità dei dati non necessariamente si traduce in conoscenza; perché questo avvenga

²¹ Proposta di Regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio concernente la tutela delle persone fisiche con riguardo al trattamento dei dati personali e la libera circolazione di tali dati (regolamento generale sulla protezione dei dati) del 25.01.2012, COM(2012) 11 *final*: il Regolamento è stato proposto dalla Commissione europea il 25 gennaio 2012 ed è stato approvato dal Parlamento europeo in prima lettura il 12 marzo 2014.

²² L'art. 11, comma 1, lett. b) del d.lgs. 30 giugno 2003, n. 196 prevede, fra i principi del trattamento dei dati personali, che questi siano «raccolti e registrati per scopi determinati, espliciti e legittimi, ed utilizzati in altre operazioni del trattamento in termini compatibili con tali scopi».

²³ Cfr., più ampiamente, A. MANTELEO, *op. cit.*, p. 139 e ss.

²⁴ Cfr. M. BOGNI, A. DEFANT, *op. cit.*, che rilevano, altresì, come per i *big data* possa venire in gioco anche la protezione del diritto di proprietà industriale sulle informazioni riservate.

c'è necessità di contestualizzazione, analisi e interpretazione dei dati²⁵.

Implicazione di indubbio interesse per i mercati è, inoltre, l'asimmetria di potere informativo che i *big data* possono generare rispetto alla collettività, ai cittadini e alle piccole/medie imprese. In concreto pochi soggetti, poche grandi corporation detengono *big data* e questo provoca una forbice nel potere informativo fra i "signori dei dati"²⁶ e tutti gli altri.

A questo si somma un ulteriore e consequenziale profilo collegato al controllo sociale. Per gli obiettivi esaminati, quali in specifico previsioni politiche e supporto alle decisioni, i soggetti pubblici possono decidere di usare le banche dati private e, seppur non monitorino direttamente, possono arrivare a farlo tramite Google, Facebook etc. che hanno informazioni acquisite su base contrattuale. Di fatto si realizza un controllo indiretto, aggredendo i grandi raccoglitori di dati privati e questo può tradursi in una forma di controllo sociale che allontana governanti e governati, in direzione opposta rispetto all'*open government*.

5. Verso i *Big data* aperti?

Dall'analisi dei due strumenti che connotano il cambiamento dell'informazione nella società contemporanea, *open data* e *big data*, si può ricavarne un disallineamento attuale tra tecnica e diritto, ossia uno squilibrio fra ciò che consente la tecnica e ciò che consente la normativa di riferimento: non sempre ciò che è possibile fare tecnicamente corrisponde a ciò che è possibile fare legalmente.

In considerazione della funzione stessa del diritto di regolare la realtà, le problematiche che emergono nei due strumenti oggetto di analisi stimolano l'opportunità di un nuovo sistema di tutela e regole *ad hoc*, che superino i paradigmi tradizionali oggi insufficienti nella regolamentazione di fenomeni e strumenti inediti.

Alla luce dell'evoluzione delle amministrazioni pubbliche verso l'*open government*, si potrebbe immaginare un utilizzo sinergico di *open data* e *big data* per favorire la crescita e generare un nuovo rapporto fra amministrazioni pubbliche e mercati.

In tal senso, per riequilibrare l'asimmetria informativa è possibile pensare ad una "sanatoria" al momento della diffusione, rilasciando i dati in *open data* e abbandonando una gestione spesso "in forma chiusa" degli stessi²⁷. Si potrebbe, insomma, pensare a "*big data* aperti", che genererebbero innumerevoli possibilità e che potrebbero riequilibrare le asimmetrie informative, anche se inevitabilmente provocherebbero una perdita di

²⁵ Cfr. in tal senso A. MANTELERO, *op. cit.*, che sottolinea come l'overdose informativa porta al risultato di una diminuzione della conoscenza, con il rischio di confusione e di attribuzione di valore a fonti scarsamente attendibili.

²⁶ Li definisce così A. MANTELERO, *op. cit.*, pp. 135-144.

²⁷ Cfr. al riguardo A. MANTELERO, *op. cit.*, pp. 135 e 136.

potere per le grandi corporation e gli Stati²⁸.

Forse la conclusione è utopica, in ogni caso è complessa e costituita da implicazioni forti per il mercato, ma in un mondo che grazie alla tecnologia sta cambiando sotto i nostri occhi, è interessante provare a cambiare anche le prospettive di analisi e le previsioni di futuro.

Bibliografia

AGNOLONI T., SAGRI M.T., TISCORNIA D., *Open data: nuova frontiera della libertà informatica?*, in *Informatica e diritto*, n. 2, 2009, pp. 7-19.

BOGNI M., DEFANT A., *Big data: diritti IP e problemi della privacy*, in *Il Diritto industriale*, fasc. 2, Ipsoa, 2015, pp. 117-126.

BONOMO A., *Informazione e pubbliche amministrazioni, Dall'accesso ai documenti alla disponibilità delle informazioni*, Cacucci, Bari, 2012.

CARLONI E. (a cura di), *L'amministrazione aperta. Regole strumenti e limiti dell'open government*, *Orizzonti di diritto pubblico*, Maggioli, Rimini, 2014.

CASSANO G., *Il diritto all'oblio nella era digitale*, in CASSANO G., SCORZA G., VACIAGO G. (a cura di), *Diritto dell'internet. Manuale operativo. Casi, legislazione, giurisprudenza*, CEDAM, 2013, p. 45 ss.

CASTELLS M., *The rise of the Network society*, Oxford University Press, Oxford, 2000.

COCCAGNA B., ZICCARDI G., *Open data, trasparenza elettronica e codice aperto*, in DURANTE M., PAGALLO U. (a cura di), *Manuale di informatica giuridica e diritto delle nuove tecnologie*, UTET Giuridica, Torino, 2012, p. 395 ss.

DE PASQUALE D., *La linea sottile tra manipolazione della rete e pubblicità*, in *Il Diritto industriale*, fasc. 6, Ipsoa, 2012, p. 552 ss.

DI DONATO F., *Lo stato trasparente. Linked open data e cittadinanza attiva*, Edizioni ETS, Pisa, 2011.

FAINI E., *La strada maestra dell'open government: presupposti, obiettivi, strumenti*, in *Cyberspazio e diritto*, vol. 14, n. 48, Mucchi editore, Modena, 2013, pp. 213-240.

FAINI E., *Trasparenza, apertura e controllo democratico dell'amministrazione pubblica*, in *Cyberspazio e Diritto*, 1, Mucchi editore, Modena, 2014, pp. 39-70.

MANTELERO A., *Big data: i rischi della concentrazione del potere informativo digitale e gli strumenti di controllo*, in *Il Diritto dell'informazione e dell'informatica*, fasc. 1, Giuffrè, Milano, 2012, pp. 135-144.

PALMIRANI M., MARTONI M., GIRARDI D., *Open Government Data Beyond Transparency*, In: K. A.,

²⁸ Al riguardo A. MANTELERO, *op. cit.*, p. 140 ss. individua come strumenti utili a limitare il potere informativo in capo a pochi "signori dei dati" l'accessibilità, la condivisione delle informazioni, il pluralismo di attori e l'adozione di forme di controllo attraverso la previsione di specifiche autorità sovranazionali indipendenti; lo stesso A. MANTELERO sottolinea in relazione all'accessibilità delle informazioni il ruolo evidente che possono avere gli *open data*.

Francesconi E. (eds.) EGOVIS 2014. LNCS, vol. 8650, Springer, Heidelberg, 2014, pp. 275 - 291.

PONTI, B. (a cura di): *La trasparenza amministrativa dopo il d.lgs. 14 marzo 2013, n. 33*, Maggioli, Rimini, 2013.

SARTOR G., VIOLA DE AZEVEDO CUNHA M.: *Il caso Google e i rapporti regolatori USA/EU*, in *Il Diritto dell'informazione e dell'informatica*, fasc. 4 - 5, Giuffrè, Milano, 2014, p. 657 ss.

SAVINO M., *La nuova disciplina della trasparenza amministrativa*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 8-9, Ipsoa, 2013, pp. 795-805.

TISCORNIA D. (a cura di), *Open data e riuso dei dati pubblici*, in *Informatica e diritto*, 1-2, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2011.

VACCARI S., *Il difficile bilanciamento tra "favor" per la trasparenza e (necessaria) tutela della riservatezza nel d.lgs. 33/2013*, in *Il diritto dell'economia*, fasc. 1, Mucchi editore, Modena, 2015, pp. 151-178.

MERCATO DIGITALE, E LA RETE?

Gabriele Conte



Multimedia



**Clicca sull'immagine o fotografa il QrCode
per accedere al MediaBook CLIOedu**

STATO DIGITALE ED ECONOMIE LOCALI

Luigi Di Viggiano



Multimedia



Clicca sull'immagine o fotografa il QrCode
per accedere al MediaBook CLIOedu

LE PROBLEMATICHE GIURIDICHE DEL MERCATO ELETTRONICO NELLA P.A. ANALISI GIURIMETRICA

Irene Sigismondi



Multimedia



**Clicca sull'immagine o fotografa il QrCode
per accedere al MediaBook CLIOedu**

GLI APPALTI PUBBLICI INFORMATICI

Wanda D'Avanzo

 *Multimedia*



**Clicca sull'immagine o fotografa il QrCode
per accedere al MediaBook CLIOedu**

C'È ANCORA LA NECESSITÀ DI FIRMARE I CONTRATTI NELL'E-COMMERCE?

Andrea Lisi



Multimedia



**Clicca sull'immagine o fotografa il QrCode
per accedere al MediaBook CLIOedu**

COMMERCIO ELETTRONICO E REGIME DELLE INFORMAZIONI PRECONTRATTUALI: PROFILI E PROBLEMI

Leonardo Bugiolacchi

 *Multimedia*



Clicca sull'immagine o fotografa il QrCode
per accedere al MediaBook CLIOedu

**STRUMENTI GIURIDICI DI TUTELA DEL
CONSUMATORE NELL'ECOMMERCE: DALL'ODR
ALLA NEGOZIAZIONE ASSISTITA AL PCT
TRANSNAZIONALE. SCENARI FUTURI DELLA
EJUSTICE NELLA UE**

Claudio Spongano



Multimedia



Clicca sull'immagine o fotografa il QrCode
per accedere al MediaBook CLIOedu

PROFILI PENALI DELL'ECONOMIA DIGITALE

Paolo Galdieri



Multimedia



Clicca sull'immagine o fotografa il QrCode
per accedere al MediaBook CLIOedu

MERCATO TURISTICO DIGITALE E SOCIAL NETWORK: IL PROGETTO #SALENTOUPNDOWN

Marco Mancarella



Multimedia



Clicca sull'immagine o fotografa il QrCode
per accedere al MediaBook CLIOedu

Abstract: Turismo, ICT e diritto sono divenuti nel tempo dei settori tra loro fortemente interconnessi. La “turismatica” si pone come materia che addensa i tre profili in un’unica definizione. Best practice di rilievo è il progetto “#SalentoUpnDown”, ovvero la realizzazione di un Instagram tour internazionale in grado di innovare il racconto di una destinazione turistica (Salento) e di veicolare la sua immagine nel pieno rispetto di ogni norma connessa ai social network e ad ogni strumento cross-mediale utilizzato progettualmente.

Tourism, ICT and law have become sectors with each other strongly interlinked. The “tourismatics” is a matter which thickens the three profiles in a single sector. Best practices in the sector is the “#SalentoUpnDown” Project, namely the creation of an Instagram international tour that can innovate the storytelling of a tourist destination (Salento) and can convey its image in full compliance with all rules related to social networks and to every cross-media tool used in the Project.

Parole chiave: turismatica, diritto, social network.

Sommario: 1. Turismatica - 2. Turismo, social network e Pubblica Amministrazione - 3. Vademecum “Pubblica Amministrazione e social media” - 4. Riflessioni sulle condizioni d’uso dei social network - 5. Droni e privacy - 6. Morte digitale - 7. Progetto “#SalentoUpnDown”.

1. Turismatica

Turismatica è un neologismo di genesi recente, utilizzato per indicare un importante trend d’innovazione, vale a dire gli strumenti e le metodologie dell’informatica e della telematica al servizio dell’organizzazione e promozione turistica, il tutto nell’ottica, sempre, di una valorizzazione (sostenibile) del patrimonio culturale e ambientale territoriale. Detto in altre parole, la “Turismatica” si presenta come la perfetta sintesi tra società dell’informazione, nuovi diritti e contesti innovativi di turismo sostenibile¹.

Infatti, la comunicazione tecnologica, propria delle ICT, e le potenzialità offerte dalla Rete Internet, consentono agli Enti e alle imprese operanti nel settore turistico di offrire un’immagine innovativa del valore culturale/ambientale, delle peculiarità turistiche del luogo e della varietà professionale dei servizi ad esso connessi. Le opportunità offerte dalle nuove tecnologie alla tutela e valorizzazione del patrimonio culturale e ambientale di un territorio, e quindi alla capacità dello stesso di affermarsi nel mercato turistico globale, sono oramai infinite.

La stessa Carta di Lanzarote del 1995, adottata nell’ambito della Conferenza Mondiale sul Turismo Sostenibile, promossa congiuntamente da WTO, UNEP, UNESCO, UE, sottolinea chiaramente lo stretto rapporto che deve intercorrere tra politiche di sviluppo sostenibi-

¹ Cfr. D.A. Limone, M. Mancarella, G. Preite, *Turismatica: un nuovo paradigma della Società dell’Informazione*, Editrice UNIService, Trento, 2008.

le territoriale e nuove tecnologie. La Carta, infatti, dopo aver esplicitato al Principio n. 1 che si deve parlare di “turismo sostenibile” solo nel caso in cui esso sia “ecologicamente sostenibile nel lungo periodo, economicamente conveniente, eticamente e socialmente equo nei riguardi delle comunità locali”, al Principio n. 5 attribuisce ai piani di intervento territoriali, finalizzati alla valorizzazione e tutela delle risorse naturali e culturali, il compito di attuare forme di “turismo sostenibile”, fornendo soprattutto agli attori coinvolti gli strumenti, innanzitutto ICT, per una cooperazione e gestione integrate di tali risorse. Dalla Dichiarazione di Lanzarote del 1995 ad oggi molto è cambiato sotto il profilo tecnologico. Quali strumenti di forte impatto comunicativo si sono infatti affermati i social network. Da tale dato di fatto parte, nel presente contributo, una necessaria riflessione, di certo non sufficiente ad analizzare tutti gli aspetti connessi al rapporto tra turismatica e socialmedialità ma solo i più interessanti e stimolanti in questo periodo storico. Con focus finale su di una best practice oramai radicata progettualmente presso l’Università del Salento, il Progetto “#SalentoUpnDown”, e volta a massimizzare le capacità comunicative e pervasive dei social network ai fini della valorizzazione di una destinazione turistica, il tutto in base a precise azioni di ricerca applicata in tema di informatica-giuridica.

2. Turismo, social network e Pubblica Amministrazione

Parlare di turismo significa in prima battuta parlare di una materia rimessa alla competenza esclusiva regionale per quanto attiene la definizione della cornice legislativa. Infatti, la riforma del Titolo V della Costituzione (Legge Costituzionale n. 3/2001), ha reso il turismo una materia di competenza “esclusiva” per le Regioni ordinarie, alla stregua di quanto previsto per le Regioni speciali, che già prima del 2001 erano dotate di tale competenza. Il turismo rientra dunque tra le materie “residuali” (art. 117, co. 4), in riferimento alle quali le Regioni non sono più soggette ai limiti dei principi fondamentali stabiliti dalle leggi statali.

Di fatto, i legislatori regionali incontrano molti limiti soprattutto in virtù del fatto che la materia turismo (come molte altre di competenza residuale) è composta da diversi ambiti disciplinari (la promozione e l’accoglienza turistica, le attività ricettive, le professioni turistiche, etc.). Di conseguenza, la competenza regionale andrebbe valutata di volta in volta: per esempio, il contratto d’albergo e il contratto di viaggio rientrano nella disciplina privatistica di competenza esclusiva statale, mentre le professioni turistiche rientrano tra le materie di competenza concorrente Stato-Regioni.

Una classica materia trasversale a più settori, ivi compreso quello turistico, è quella delineata dall’art. 117, comma 2, lett. r) della Costituzione. La lett. r) riconduce alla competenza esclusiva statale l’importante materia del “coordinamento informativo statistico e informatico dei dati dell’Amministrazione statale, regionale e locale”. La Corte Costituzionale ha chiarito nel tempo la portata del dettato (C.Cost., 16 gennaio 2004, n. 17; C.Cost.,

26 gennaio 2005, n. 31; C.Cost., 27 gennaio 2005, n. 35; C.Cost., 28 gennaio 2005, n. 50; C.Cost., 7 luglio 2006, n. 271; C.Cost., 14 maggio 2008, n. 133; C. Cost., 17 maggio 2007, n. 169; C.Cost., 12 ottobre 2007, n. 339), delineando una potestà esclusiva statale, legislativa e regolamentare, ogniquale volta vi sia l'esigenza di promuovere l'interoperabilità tra i sistemi informatici delle Pubbliche Amministrazioni, quindi l'esigenza di un coordinamento dei linguaggi e delle tecniche adoperabili o l'esigenza di effettuare una mera raccolta di informazioni a livello centrale per un dato settore dell'Amministrazione.

Per tali ragioni, sebbene il turismo rimanga di competenza legislativa esclusiva regionale, ogniquale volta tale materia si intersechi con quella più ampia del coordinamento informatico dei dati pubblici l'intervento statale è immediato.

La materia dei servizi pubblici *on line* è stata per la prima volta compiutamente disciplinata attraverso l'emanazione nel 2010 e 2011 a livello governativo centrale di "Linee Guida per i siti web della PA"², mediante le quali sono stati forniti, ai vari enti amministrativi, dei criteri guida per lo sviluppo, la gestione e l'aggiornamento dei siti web istituzionali, molto spesso obsoleti. Recentemente il Governo ha pubblicato anche le "Linee guida di design dei siti web della PA", nella loro versione alfa per la consultazione online dal 21 novembre 2015³.

Il mutamento delle forme comunicative presenti sul mercato ha imposto anche alla pubblica amministrazione un aggiornamento dei propri registri e stili interattivi che fosse al passo con i tempi, con il fine ultimo di soddisfare al meglio i bisogni degli utenti, fornendo altresì servizi efficienti e immediati⁴.

Invero, sempre più spesso l'informazione passa attraverso canali alternativi, se paragonati a quelli classici istituzionali, utilizzando strumenti moderni di comunicazione quali i c.d. *social network*.

Con tale termine si suole far riferimento alle più comuni reti sociali che mettono in comunicazione diversi utenti, creando o rinsaldando relazioni e favorendo l'adesione a iniziative, eventi, incontri e simili.

Nel perseguire l'obiettivo della massima trasparenza nel rapporto con il cittadino, anche la Pubblica Amministrazione si avvale sovente dei suddetti strumenti, incentivando l'utilizzo di nuove modalità di interazione e di cittadinanza attiva, abbandonando le vecchie logiche di autoreferenzialità che hanno caratterizzato, in passato, l'agire degli enti pubblici.

Il Web ha consentito alle Pubbliche Amministrazioni di sfruttare i *social media* per rivoluzionare il dialogo con il cittadino, in un'ottica di condivisione di informazioni e contenuti;

² Così come richiesto e prescritto nella Direttiva n. 8 del 2009 emanata dal Ministero per la Pubblica Amministrazione e l'innovazione.

³ E' possibile rinvenire le varie Linee guida citate al seguente URL: <http://design.italia.it/>, consultato nel mese di novembre 2015.

⁴ Per una riflessione filofico-giuridica più penetrante in ordine al rapporto tra innovazione informatica e Pubblica Amministrazione si rinvia a: G. Taddei Elmi, *Corso di Informatica giuridica*, Napoli, edizioni Giuridiche Simone, 2007, pp. 213-228; M. Cherubini, F. Romano, *Informatica giuridica e pubblica amministrazione*, in G. Peruginelli, M. Ragona, *L'informatica giuridica in Italia*, Napoli, ESI, 2014, pp. 483-497.

il web diventa, quindi, una piattaforma sulla quale far “girare” le varie applicazioni, consentendo di creare relazioni sociali non vincolate all’utilizzo del pc, in quanto condivise in rete, in gruppi o comunità di appartenenza.

La *e-partecipation* rappresenta appieno una concretizzazione del diritto all’uso della tecnologia, garantito dall’art. 3 del CAD a cittadini e imprese, oltre che un’applicazione dei principi fondamentali in materia di *e-democracy*⁵.

È ben evidente che la presenza attiva sui social network è frutto di una scelta della Pubblica Amministrazione, non essendoci alcuna normativa che impone specificamente un’attività di tal genere.

Tuttavia, è estremamente interessante monitorare l’evoluzione delle dinamiche relazionali che si instaurano tra PA e utenti, in stretta connessione con l’utilizzo dei social network. Invero, l’elemento caratterizzante dei *social media* è dato dall’essere essi stessi strumenti di partecipazione diretta, prima ancora che di comunicazione.

Ecco perché oggi, affianco ai siti istituzionali, moltissimi comuni italiani sono presenti sui social: tale scelta è giustificata dalla necessità indifferibile di conoscere i luoghi virtuali che il cittadino frequenta abitualmente, il suo livello di soddisfazione in merito ai servizi pubblici offerti e il grado di condivisione dei progetti posti in essere. Tutto ciò ha come fine ultimo, lo si ripete, lo sviluppo di nuove modalità di partecipazione e interazione, garantendo al contempo una maggiore trasparenza ed efficienza.

Un’opzione innovativa di tal genere può, altresì, essere giustificata da motivazioni meno sociologiche ma certamente più pratiche, e per questo non meno importanti, ovvero il risparmio di spesa nell’utilizzo dei social network. In termini prettamente economici, una Pubblica Amministrazione che apre un account su un social non sostiene in concreto costi ulteriori, ad esclusione di limitate spese di gestione che, tuttavia, sono ben ammortizzate se commisurate alla rilevante possibilità di monitorare in tempo reale i risultati delle iniziative promosse o la condivisione delle scelte effettuate nell’interesse dell’utenza, diffondendo informazioni in maniera istantanea e capillare.

Ciò consente di individuare facilmente le preferenze dei destinatari dei pubblici servizi, orientando altresì le attività successive dell’ente nella direzione maggiormente partecipata, con un risparmio di tempo e risorse.

Come dimostrato da studi di settore, infatti, un cittadino su due (48,1% degli italiani) discute e si informa dei servizi della Pubblica Amministrazione tramite social network, tra i quali i più popolari sono indubbiamente Twitter (62%) e Facebook (37%)⁶.

Sugli *account* degli enti pubblici possono essere reperiti contenuti di svariato genere, a carattere informativo o di servizio, come per esempio opportunità offerte a cittadini e imprese, bandi, fondi disponibili, eventi e notizie istituzionali.

Si creano così degli sportelli virtuali che raccolgono manifestazioni di approvazione ma

⁵ Sul tema dei diritti in Rete e sulle sue prospettive, un’attenta analisi è contenuta in: S. Rodotà, *Il mondo nella Rete. Quali diritti, quali vincoli*, Bari, Laterza, 2014.

⁶ I dati in questione sono riportati sul sito dell’agenda digitale, in un interessante articolo, di Laura Vergani, che si inserisce nell’ambito del progetto seguito dall’Osservatorio di e-government del Politecnico di Milano; cfr. http://www.agendadigitale.eu/egov/599_la-pa-coinvolge-il-cittadino-con-i-social-network.htm, consultato nel mese di novembre 2014.

anche di insoddisfazione da parte dei cittadini, consentendo agli stessi di segnalare eventuali problematiche o emergenze da sottoporre in tempo reale all'attenzione della Pubblica Amministrazione. Un processo, questo, avviatosi in campo turistico già nel primo decennio del nuovo secolo, con diverse esperienze di Amministrazioni presenti nel mondo virtuale di Second Life, oggi non più particolarmente in voga ma, negli anni passati, vero e proprio teatro di forme innovativa di comunicazione territoriale, per esempio per la Regione Toscana e la Regione Basilicata⁷.

L'informazione si muove oggi non più, e non solo, su un canale monodirezionale che parte dalla Pubblica Amministrazione e ha come destinatario ultimo il cittadino; questo è possibile solo grazie ad un'attività d'interazione attiva, che coinvolge l'utente nelle scelte dell'amministrazione, favorendo la creazione di un dialogo partecipativo e responsabile. Pare opportuno chiarire, però, che l'uso dei *social network* non va a sostituire i classici canali istituzionali di comunicazione, per i quali è comunque previsto l'obbligo di efficienza, chiarezza e revisione continua. Ciò si giustifica anche in considerazione del fatto che non tutti i cittadini dispongono di *account social*, per libera scelta o per incapacità personale; pertanto, l'Ente deve garantire la comunicazione, la partecipazione e il dialogo *on line* anche a coloro che non sono iscritti sulle varie piattaforme sociali, pena la violazione del principio costituzionale di uguaglianza.

Si auspica, infatti, che i *social network* siano dei meri servizi integrativi che permettano di raggiungere più facilmente l'utenza, consentendole di interagire con la Pubblica Amministrazione mediante strumenti di uso quotidiano, per coloro i quali decidano liberamente di avvalersene.

La manutenzione del sito istituzionale e il suo continuo aggiornamento diventano una necessità primaria per la Pubblica Amministrazione che decida di presidiare i *social*: è proprio a quel portale principale, invero, che ogni discussione mediatica farà riferimento per l'erogazione di un servizio o per il reperimento di dati ufficiali.

Il *social network* resta dunque un ottimo strumento per veicolare e pubblicizzare le informazioni che, tuttavia, resterebbero prive di riscontro senza un contestuale reindirizzamento al sito *web* preposto, che assume il ruolo di vero e proprio *front office* dell'Amministrazione.

Ad ogni modo, lo sforzo organizzativo e strutturale richiesto ad una Pubblica Amministrazione non è di poco conto se relazionato alla complessità degli strumenti adoperati: perché l'opera di comunicazione sia veramente efficace è necessario che l'ente pubblico comprenda appieno le dinamiche sottese all'utilizzo dei *social*, adeguando alle suddette dinamiche non solo le proprie competenze tecniche, ma altresì il contesto culturale di riferimento e il linguaggio utilizzato.

Ecco perché sempre più frequentemente sono svolti studi e ricerche in materia, monitorando le attività, le conversazioni o le discussioni mediatiche di campioni di utenza, al fine di meglio comprendere il *modus operandi* del cittadino internauta, le sue esigenze e la

⁷ B. Ponti, *Second Life come strumento per la promozione del territorio. Quale ruolo per le istituzioni pubbliche?*, in D.A. Limone, M. Mancarella, G. Preite, *Turismatica: un nuovo paradigma della Società dell'Informazione*, cit., pp. 133-141.

percezione che lo stesso ha dell'agire dell'ente.

Inoltre, non costituisce un aspetto trascurabile la necessità di assegnare ruoli e responsabilità ben definite all'interno del gruppo, facente capo all'amministrazione pubblica, che si occupa della gestione di siti e *social network*: solo in questo modo si potrà garantire che siano fornite risposte celeri e che le stesse provengano da soggetti legittimati.

È bene precisare, poi, che la scelta da parte di una PA di presidiare uno o più *social network* comporta che, al pari dei siti *web* tradizionali, sia rispettata la principale normativa di settore, concernente la protezione del diritto d'autore e del diritto alla privacy, oltre che, ovviamente, la disciplina contenuta nel codice dell'amministrazione digitale.

Tutto ciò è ancora più comprensibile se si considera che registrandosi ad uno degli svariati *social* presenti sul mercato si conclude con il suo gestore un vero e proprio contratto a oggetto informatico (c.d. contratto di *social networking*), con accettazione delle clausole e dei contenuti unilateralmente predisposti.

Ecco perché nel caso in cui un Ente decida di registrarsi e creare un profilo *social*, accettando incondizionatamente i termini del servizio offerto dal *provider*, si presume che stia compiendo una scelta ponderata e consapevole.

3. Vademecum “Pubblica Amministrazione e social media”

Quale Vademecum applicativo delle “Linee Guida in materia di siti Web della Pubblica Amministrazione” del 2011, è stato pubblicato nel medesimo anno il Vademecum “Pubblica Amministrazione e social media”. Obiettivo del Vademecum è quello di analizzare le possibili modalità di utilizzazione dei social media da parte della Pubblica Amministrazione, al fine di migliorare la comunicazione ed il contatto diretto con i cittadini.

Il presupposto teorico è individuabile nello studio del Web 2.0. e dei new media.

Secondo O'Reilly, ovvero colui che nel 2004 ha coniato il termine “Web 2.0”⁸, con esso dobbiamo intendere la rivoluzione tecnologica che ha colpito Internet all'inizio del secolo, trasformandolo in una potente e complessa piattaforma applicativa, caratterizzata da un progressivo uso di applicazioni “Web -based” e non più solo da programmi installati sui computer. Una piattaforma, dunque, in grado di favorire e implementare la partecipazione degli utenti Internet, dando vita ad un ecosistema in grado di riunire le “social media application” (applicazioni che girano prevalentemente sul Web e non più sul

⁸ T. O'Reilly, *What Is Web 2.0. Design Patterns and Business Models for the Next Generation of Software*, 2005, visionabile all'U.R.L.: <http://www.oreil-lynet.com/pub/>, consultato nel mese di giugno 2013. Il Web 2.0 si differenzia dal Web 1.0, diffuso fino agli anni '90, perchè quest'ultimo caratterizzato da siti Web statici, non comportanti interazione con l'utente, eccezion fatta per la semplice navigazione tra le pagine (cfr. F. Di Donato, *La scienza e la rete*, Firenze, FUP, 2009, pp. 80-90, disponibile all'U.R.L.: <http://www.fupress.com/Archivio/pdf%5C3867.pdf>, consultato nel mese di giugno 2013; A. Clerici, *Manuale di Informatica giuridica*, Milano, EGEA, 2012, pp. 28-32; L. De Pietro (a cura di), *Dieci lezioni per capire e attuare l'e-government*, Venezia, Marsilio, 2011, pp. 195-211).

computer e condivisibili in Rete)⁹ e i “social network environment” (ambienti relazionali digitali, nei quali le varie forme di aggregazione creano un valore infinito, continuamente implementato dai contenuti generati dagli utenti). I “new media”, come definiti da Levy¹⁰, hanno dunque preso il sopravvento e dettano oramai tempi e modi del vivere sociale nel nuovo secolo.

In Italia, l’uso dei social network in ambito pubblico, quindi anche sanitario, risponde a precise norme, sia vincolanti che programmatiche, inserite dal Legislatore nel C.A.D., volte a favorire l’eParticipation del cittadino alle scelte della Pubblica Amministrazione e, al contempo, il migliore esercizio dei propri diritti:

- “I cittadini e le imprese hanno diritto a richiedere ed ottenere l’uso delle tecnologie telematiche nelle comunicazioni con le Pubbliche Amministrazioni, con i soggetti di cui all’ art. 2, comma 2¹¹, e con i gestori di pubblici servizi ai sensi di quanto previsto dal presente codice” (art. 3, comma 1 C.A.D.);
- “Le Pubbliche Amministrazioni favoriscono ogni forma di uso delle nuove tecnologie per promuovere una maggiore partecipazione dei cittadini, anche residenti all’estero, al processo democratico e per facilitare l’esercizio dei diritti politici e civili sia individuali che collettivi” (art. 9).

Il Vademecum individua una serie di opportunità del social networking per la Pubblica Amministrazione e i cittadini:

1. maggiore efficacia nell’informare il cittadino;
2. minori costi di informazione;
3. facilità nel monitorare le opinioni dei cittadini e, quindi, di soddisfare le loro esigenze;
4. maggiore dialogo con il cittadino, che genera un rapporto di maggiore fiducia;
5. maggiore trasparenza;
6. stimolo dei meccanismi di collaborazione e di cittadinanza attiva.

⁹ Per “social media” possiamo intendere i servizi come YouTube, Blogger e Slideshare, rivolti alla pura socialità. Per “social network”, invece, LinkedIn, Facebook e Twitter, volti a favorire conversazioni digitali. Cfr. FormezPA, *Linee Guida per i siti Web delle Pubbliche Amministrazioni. Vademecum Pubblica Amministrazione e social media*, Roma, Gangemi, 2011, pp. 17-18.

¹⁰ Cfr. P. Levy, *L’intelligenza collettiva. Per un’antropologia del cyberspazio*, Milano, Feltrinelli, 1996; Id., *World philo-
sophie :le marché, le cyberspace, la conscience*, Parigi, Editions Odile Jacob, 2000; Id. *Cyberdemocratie: essai de philo-
sophie politique*, Parigi, Editions Odile Jacob, 2002; Id. *Il virtuale*, Milano, Raffaello Cortina Editore, 2003.

11 L’art. 2, comma 2, del C.A.D. dispone: “Le disposizioni del presente codice si applicano alle Pubbliche Amministrazioni di cui all’art. 1, comma 2, del decreto legislativo 30 marzo 2001, n. 165, nel rispetto del riparto di competenza di cui all’art. 117 della Costituzione, nonché alle società, interamente partecipate da enti pubblici o con prevalente capitale pubblico inserite nel conto economico consolidato della pubblica amministrazione, come individuate dall’Istituto nazionale di statistica (I.S.T.A.T.) ai sensi dell’art. 1, comma 5, della legge 30 dicembre 2004, n. 311”. L’elencazione delle Amministrazioni di cui all’art. 1, comma 2, del D.Lgs. n. 165/2001 è stata già esplicitata in una precedente nota del testo, ma per onere di completezza qui si richiama: “Per Amministrazioni Pubbliche si intendono tutte le Amministrazioni dello Stato, ivi compresi gli istituti e scuole di ogni ordine e grado e le istituzioni educative, le aziende ed Amministrazioni dello Stato ad ordinamento autonomo, le Regioni, le Province, i Comuni, le Comunità montane, e loro consorzi e associazioni, le istituzioni universitarie, gli Istituti autonomi case popolari, le Camere di commercio, industria, artigianato e agricoltura e loro associazioni, tutti gli enti pubblici non economici nazionali, regionali e locali, le Amministrazioni, le aziende e gli enti del Servizio Sanitario Nazionale, l’Agenzia per la Rappresentanza negoziale delle Pubbliche Amministrazioni (A.Ra.N.) e le Agenzie di cui al decreto legislativo 30 luglio 1999, n. 300. Fino alla revisione organica della disciplina di settore, le disposizioni di cui al presente decreto continuano ad applicarsi anche al C.O.N.I.”.

Tali caratteristiche del social networking fanno sì che esso possa rientrare tra le attività di informazione e comunicazione istituzionali di cui all'art. 1, comma 4, della Legge n. 150/2000, ma non possa di certo sostituire il sito istituzionale della Pubblica Amministrazione di riferimento. Un'eventuale presenza dell'Amministrazione solo su di un social network provocherebbe chiaramente una disparità di trattamento ingiustificata tra i cittadini iscritti ai social network utilizzati dall'Ente e i non iscritti, oltre che una violazione del "principio di neutralità tecnologica"¹² sotteso all'intero processo di digitalizzazione pubblica. Motivo per il quale il Vademecum richiede alle Amministrazioni di indicare sempre nel proprio profilo social anche l'indirizzo Web istituzionale.

4. Riflessioni sulle condizioni d'uso dei social network

L'utilizzo dei social network nei vari contesti, pubblici e privati, deve sempre necessariamente comportare una riflessione in ordine alle loro condizioni d'uso. A maggior ragione nel momento in cui gli operatori siano le stesse Pubbliche Amministrazioni, oggi sempre più presenti in tali contesti.

La vendita di spazi pubblicitari in rete, ovvero di informazioni sugli utilizzatori della stessa, rappresenta la principale fonte di reddito per le moderne piattaforme di scambio. Invero, l'apparente gratuità dell'iscrizione e fruizione di pagine web ha un costo sommerso in termini di trattamento dei dati personali degli utenti. Il margine di profitto maggiore proviene, infatti, dall'enorme mole di dati personali che tramite post, link o iscrizioni i fruitori immettono nella piattaforma stessa.

I vari social network richiedono all'utente, ai fini dell'adesione ed utilizzazione della piattaforma, l'accettazione di condizioni generali di contratto alquanto stringenti che prevedono, in sostanza, la concessione di una licenza onnicomprensiva per il riutilizzo di qualsiasi contenuto pubblicato.

Inoltre, come se ciò non bastasse, la stessa licenza deve considerarsi "non esclusiva", nel senso che essa risulta trasferibile, cedibile (a titolo gratuito o oneroso) a soggetti terzi che dei succitati dati continueranno a fare uso/consumo/abuso.

Ciò considerato, si può asserire che la sottoscrizione "digitale" del contratto di adesione, effettuata mediante la prestazione del consenso su formulari on line, unilateralmente compilati dalle società che gestiscono i numerosi social network, presenta una serie di problematiche non immediatamente percepibili dall'utente inesperto, che possono così essere elencate:

- concessione alla società del diritto di utilizzare i dati privati dell'utente per scopi

¹² In base al "principio di neutralità tecnologica", di derivazione comunitaria, il Legislatore nazionale non può condizionare, anche indirettamente, attraverso il riferimento a *standard* tecnologici adottati da specifici prodotti o servizi, la libera circolazione degli stessi.

pubblicitari, per fini statistici, per indagini di mercato, etc. Tutte attività che porteranno benefici in termini economici all'azienda;

- consenso a che i dati personali siano ceduti a soggetti terzi (pur nel rispetto della normativa in materia di privacy¹³) e senza confini territoriali. Nella maggior parte dei casi si tratta, infatti, di licenze mondiali che permettono al servizio di social network di rendere disponibili tali contenuti ad altre società, organizzazioni o soggetti partner affinché li possano a loro volta condividere, trasmettere, distribuire o pubblicare su supporti e servizi di diverso genere;
- consenso a rendere pubblici determinati contenuti. Ne è un tipico esempio la pubblicazione su Facebook di foto, dati e informazioni simili effettuata scegliendo l'impostazione "pubblica": in tal modo anche i soggetti non iscritti al social network possono astrattamente fruire dei suddetti contenuti, in maniera gratuita e libera;
- la compravendita dei database viene utilizzata per mettere in atto campagne pubblicitarie e di marketing, mirate ad influenzare le abitudini dei consumatori; grazie ai social media un'azienda avrà la possibilità di controllare la percezione da parte dei consumatori dei prodotti e servizi erogati;
- mancanza di piena trasparenza circa le opzioni, in materia di privacy, impostate di default al momento dell'iscrizione;
- impossibilità di avere il pieno ed effettivo controllo delle informazioni immesse in rete: la cancellazione di un dato precedentemente inserito non comporta automaticamente la cancellazione definitiva dello stesso, considerato che molto spesso i contenuti rimossi vengono conservati come copie di backup per un determinato periodo. Tra l'altro, alcuni social prevedono espressamente, nelle condizioni di adesione, l'acquisto da parte della società del diritto di utilizzare e conservare i dati immessi dall'utente per un preciso lasso temporale, senza che il legittimo proprietario possa con le sue azioni condizionarne la fruizione (problematiche inerenti al diritto all'oblio¹⁴);
- predisposizione di procedure di recesso dal servizio particolarmente complesse che rendono talvolta difficile la cancellazione definitiva di un profilo precedentemente creato, con tutti i dati ad esso collegati;

¹³ Per ogni approfondimento in tema di protezione dei dati personali e tutela dell'identità si rinvia a: A. C. Amato Mangiameli, *Informatica giuridica*, Torino, Giappichelli, 2015, pp. 319-331; U. Pagallo, *Il diritto nell'età dell'informazione*, Torino, Giappichelli Editore, 2014, pp. 225-307; G. Finocchiaro, *La protezione dei dati personali e la tutela dell'identità*, in Id. (a cura di), *Diritto dell'informatica*, Milanofiori Assago, UTET, pp. 151-181. Un testo specifico in tema di privacy e social network è il seguente: L. B. Andrews, *I know who you are and I saw what you did: social networks and the death of privacy*, New York, free press, 2013.

¹⁴ Il diritto all'oblio può essere inteso come la tutela dell'interesse del soggetto a che non vengano riproposte sue vicende, quindi atti, dati e documenti nei quali esse si sostanziano, ormai superate dal tempo. Cfr. Provvedimento del Garante per la protezione dei dati personali, *Motori di ricerca e provvedimenti di Autorità indipendenti: le misure necessarie a garantire il cd. "diritto all'oblio"*, 10 novembre 2004, visionabile all'U.R.L.: <http://www.garanteprivacy.it/web/guest/home/docweb/-/docweb-display/docweb/1116068>, consultato nel mese di giugno 2013; V. Mayer - Schonberger, *Delete. Il diritto all'oblio nell'era digitale*, Milano, EGEA, 2013.

-
- la proprietà dell'informazione, del documento o dell'immagine, pur restando formalmente nella sfera giuridica dell'utente, viene di fatto trasferita alla piattaforma on line, che continuerà a utilizzare i dati concessi su licenza anche nel caso in cui l'utente smetta di fruire del servizio sottoscritto;
 - la condivisione di informazioni strettamente personali, unitamente alla cedibilità delle stesse in sub-licenza, aumenta il rischio di furti d'identità digitali e accessi abusivi, con elusione del sistema di sicurezza predisposto dalla piattaforma;
 - predisposizione di clausole vessatorie in materia di competenza a giudicare eventuali e future controversie tra utente e social network, sottoscrivibili con un semplice "click di consenso": in particolare, inserimento di clausole che spostano ogni controversia giudiziaria negli Stati Uniti, derogando alla normativa europea di riferimento, favorevole all'utente, che prevede, al contrario, la stretta correlazione tra luogo di residenza del consumatore e giudice competente. La giurisprudenza ha ritenuto che tali clausole, per essere lecite ed efficaci, richiedano quantomeno la sottoscrizione con apposizione di firma digitale da parte dell'utente, non essendo sufficiente il mero consenso prestato mediante spunta della relativa casella;
 - inserimento, illecito ed abusivo, tra le condizioni generali di contratto, di "disclaimer", ovvero di esoneri da responsabilità a favore del gestore della piattaforma, e di arbitrati obbligatori.

Ecco, dunque, perché i veri clienti dei social network non sono più gli utenti quanto piuttosto le società a cui la piattaforma deciderà di rivendere il pacchetto di dati dei medesimi utenti, trasformando gli stessi in un valore economicamente quantificabile. Tale riflessione diviene ancora più importante nel momento in cui gli operatori social non siano privati ma Pubbliche Amministrazioni. Il turismo appare oggi uno degli ambiti di maggiore interesse socialmediale per le Amministrazioni, perché strumento essenziale in questa era per la comunicazione su larga scala di un brand territoriale e di una destinazione. Ma l'esigenza comunicativa non può tornare a discapito degli interessi pubblici dettati dal nostro ordinamento: la vera difficoltà diviene quella di far convivere esigenze contrattuali private dettate dalle grandi aziende fornitrici di servizi socialmediali e gli obblighi classici normativi imposti per le Amministrazioni dai vari ordinamenti.

Acquisita per certa l'inesistenza nel nostro ordinamento di norme impeditive alla registrazione delle Amministrazioni sui social network, i problemi maggiori risiedono dunque nell'attività negoziale sottesa tra le stesse ed il fornitore del servizio. Infatti, registrarsi ad un social network vuol dire sottoscrivere sempre un contratto, come detto, ad oggetto informatico ("contratto di social networking"), caratterizzato, nella quasi totalità dei casi, da una predisposizione unilaterale da parte del fornitore delle condizioni pattizie (termini di servizio), inerenti: riservatezza dei dati degli utenti; condotte consentite all'utente; diritti sui contenuti inseriti dagli utenti; limitazioni di responsabilità del fornitore.

Per tali ragioni, il Vademecum "Pubblica Amministrazione e social media" del 2011 consiglia alle Amministrazioni:

- di fare sempre sottoscrivere il contratto dal legale rappresentante pro tempore dell'Ente o, quantomeno, previa sua autorizzazione;
- di verificare sempre nelle condizioni contrattuali il rispetto delle norme del Codi-

-
- ce in materia di trattamento dei dati personali (D.Lgs. n. 196/2003), della normativa in tema di diritto d'autore e proprietà intellettuale (Legge n. 633/1941) e dei limiti, impliciti o espliciti, alla libertà di manifestazione del pensiero (art. 21 Cost.);
- esaminare attentamente le tipologie di comportamenti vietati dal gestore del social network;
 - monitorare l'evoluzione dei termini di servizio, spesso soggetti a revisione da parte del gestore del social network;
 - predisporre, a cura dell'ufficio legale e dell'ufficio comunicazione di ogni Amministrazione, un documento a valenza interna (social media policy interna) diretto a disciplinare il rapporto tra l'organizzazione dell'Ente ed i social network ai quali esso è registrato. Il documento deve indicare: l'ufficio o la struttura che si occupa della gestione del profilo dell'Ente sui social network; i contenuti suscettibili di pubblicazione e la relativa licenza (ad esempio creative commons¹⁵); le attività intraprese dall'Ente sui social network e l'interazione con i diversi uffici; le misure di sicurezza da adottare nell'utilizzo dei social network;
 - deve privilegiare l'impiego delle funzionalità del social network in linea con le norme in tema di accessibilità oggi in vigore (ad esempio, sottotitolando i video pubblicati), motivo per il quale un ruolo fondamentale nella gestione del rapporto tra l'Amministrazione registrata al social network e il gestore privato deve essere ricoperto dal Responsabile dell'accessibilità informatica (D.P.R. 1 marzo 1995, n. 75), che ha il compito di garantire il diritto di ogni cittadino all'accesso alle fonti di informazione e ai relativi servizi, ivi compresi quelli che si sviluppano attraverso ausili informatici e telematici.

5. Droni e Privacy

I social media sono sempre più incentrati sulla pubblicazione di video e foto, basti pensare all'evoluzione di Twitter: inizialmente social testuale, poi aperti a foto e video, fino ad arrivare all'acquisto e lancio di Periscope, il programma che permette lo streaming

¹⁵ Il progetto "creative commons" nasce nel 2001 negli Stati Uniti d'America per iniziativa di un gruppo di studiosi, esperti di proprietà intellettuale e diritto d'autore. Si tratta, oggi, di un'organizzazione *no-profit* con sede a [Mountain View](#) (California), avente lo scopo di studiare e sviluppare strumenti giuridici finalizzati ad una diversa e migliore distribuzione dei diritti connessi alle opere di ingegno: "Le Licenze *Creative Commons* offrono sei diverse articolazioni dei diritti d'autore per artisti, giornalisti, docenti, istituzioni e, in genere, creatori che desiderino condividere in maniera ampia le proprie opere secondo il modello «alcuni diritti riservati». Il detentore dei diritti può non autorizzare a priori usi prevalentemente commerciali dell'opera (opzione «non commerciale», acronimo inglese: N.C.) o la creazione di opere derivate («Non opere derivate», acronimo inglese: N.D.); e se sono possibili opere derivate, può imporre l'obbligo di rilasciarle con la stessa licenza dell'opera originaria («Condividi allo stesso modo», acronimo: S.A.)" (la definizione è presa dalla Home Page del sito di "*Creative Commons Italia*" disponibile all'U.R.L.: <http://www.creativecommons.it/>, consultato nel mese di giugno 2013). Sul tema: G. Ziccardi, *Informatica giuridica. Controcultura, informatica giuridica, libertà del software e della conoscenza*, Milano, Giuffrè, 2011, pp. 323-339; Id., *Manuale breve di Informatica giuridica*, Milano, Giuffrè, 2006, pp. 351-357 .

globale. Lo strumento ad oggi in profonda evoluzione per la creazione di video e foto, soprattutto per finalità turistiche e gestione social, sono i droni. Materia, quest'ultima, densa di insidie poiché oggi ben regolamentata sotto molteplici aspetti.

L'articolo 743 del Codice della Navigazione, dal titolo "Nozione di aeromobile", prevede, nella definizione di aeromobile, i mezzi aerei a pilotaggio remoto: "Per aeromobile si intende ogni macchina destinata al trasporto per aria di persone o cose. Sono altresì considerati aeromobili i mezzi aerei a pilotaggio remoto, definiti come tali dalle leggi speciali, dai regolamenti dell'ENAC [Ente Nazionale per l'Aviazione Civile] e, per quelli militari, dai decreti del Ministero della Difesa. Le distinzioni degli aeromobili, secondo le loro caratteristiche tecniche e secondo il loro impiego, sono stabilite dall'ENAC con propri regolamenti e, comunque, dalla normativa speciale in materia".

Il Regolamento dell'ENAC da titolo "Mezzi aerei a pilotaggio remoto" del 16 dicembre 2013, come modificato il 16 luglio 2015 a seguito della Disposizione n. 32/DG¹⁶, in attuazione dell'art. 743 del Codice della Navigazione distingue, ai fini dell'applicazione delle disposizioni del Codice, i mezzi aerei a pilotaggio remoto in:

- Sistemi Aeromobili a Pilotaggio Remoto (SAPR): sono i mezzi aerei a pilotaggio remoto impiegati o destinati all'impiego in operazioni specializzate o in attività scientifiche, sperimentazione e ricerca, e ad essi si applicano le previsioni del Codice della Navigazione secondo quanto previsto dal Regolamento ENAC 2013 citato;

- Aeromodelli: non sono considerati aeromobili ai fini del loro assoggettamento alle previsioni del Codice della Navigazione e possono essere utilizzati esclusivamente per impiego ricreazionale e sportivo; tuttavia, il Regolamento ENAC 2013 contiene specifiche disposizioni e limitazioni applicabili all'impiego degli aeromodelli, per l'uso dello spazio aereo e a garanzia della sicurezza di cose e persone al suolo e degli altri mezzi aerei.

In conclusione, i SAPR sono ciò che comunemente viene definito "droni" e il loro utilizzo è assoggettato al Regolamento dell'ENAC da titolo "Mezzi aerei a pilotaggio remoto" del 16 dicembre 2013, come modificato il 16 luglio 2015, nei limiti di quanto in esso statuito. Il Regolamento è entrato in vigore a decorrere dal sessantesimo giorno successivo alla data di pubblicazione nel sito internet dell'ENAC, avvenuta il 17 luglio 2015.

Al fine di determinare i requisiti da soddisfare per operare e le diverse modalità di accesso allo spazio aereo, il Regolamento suddivide i SAPR in due categorie di peso:

- inferiore a 25 kg.: per questi, se utilizzati in operazioni di volo non critiche, è stato introdotto il concetto di "autocertificazione", quindi la responsabilità è lasciata all'operatore che valuta la criticità e l'idoneità del sistema; le operazioni critiche, invece, sono autorizzate dall'ENAC, sulla base di accertamenti, che tengono conto della complessità del sistema e della criticità degli scenari operativi¹⁷;

¹⁶ Per una lettura del Regolamento ENAC in tema di "Mezzi aerei a pilotaggio remoto" si rinvia all'URL: https://www.enac.gov.it/repository/ContentManagement/information/N122671512/Regolamento_APR_Ed_2_del_16072015.pdf, consultato nel mese di settembre 2015.

¹⁷ Le operazioni di volo non critiche sono tipicamente quelle condotte in uno scenario operativo nel quale, in caso di malfunzionamenti, non si prevedono ragionevolmente danni a terzi. Il sorvolo di aree congestionate o di infrastrutture industriali costituiscono, invece, operazioni critiche.

-
- uguale o maggiore a 25 kg.: per questi è sempre prevista una certificazione del mezzo aereo e una autorizzazione all'operatore aereo, indipendentemente dalla criticità delle operazioni di volo; per tali mezzi, infatti, si mantiene la stessa tipologia di regolamentazione in uso per gli aeromobili tradizionali, certificazioni di aeronavigabilità e autorizzazione all'impiego.

Particolarmente interessante, sotto il profilo informatico-giuridico, è il contenuto dell'art. 28 del Regolamento ENAC, dal titolo "Protezione dei dati e privacy". In base a tale disposizione "laddove le operazioni svolte attraverso un SAPR possano comportare un trattamento di dati personali, tale circostanza deve essere menzionata nella documentazione sottoposta ai fini del rilascio della pertinente autorizzazione. Il trattamento dei dati personali deve essere effettuato in ogni caso nel rispetto del decreto legislativo 30 giugno 2003, n. 196 e successive modificazioni (Codice in materia di protezione dei dati personali), con particolare riguardo all'utilizzo di modalità che permettano di identificare l'interessato solo in caso di necessità ai sensi dell'art. 3 del Codice, nonché delle misure e degli accorgimenti a garanzia dell'interessato prescritti dal Garante per la protezione dei dati personali".

Altri materiali interessanti sulla materia sono l'opinione 01/2015 adottata il 16 giugno 2015 dal Working Party art. 29, proprio sulla Privacy e questioni di protezione dei dati personali in relazione all'utilizzo di droni¹⁸ e la c.d. Dichiarazione di Riga¹⁹ sul futuro dell'aviazione europea.

Sotto il profilo, invece, dei titoli autorizzatori all'uso dei droni, sempre in base al Regolamento ENAC, le scuole di volo e le organizzazioni riconosciute dovranno essere in grado di rilasciare al pilota sia l'attestato (o licenza per mezzi > 25 Kg.) di competenza teorica che di quella pratica seguendo un syllabus ENAC che sarà uguale per tutti e più centrato sui SAPR.

Per favorire le sanzioni in caso di uso illegittimo dei droni, il Ministero dell'Interno ha provveduto all'invio agli organi di Polizia nel 2015 di un preciso Vademecum, riassuntivo di tutta la normativa sanzionatoria di settore²⁰. Il Vademecum certifica con particolare precisione tutte le fattispecie di reato previste dal Regolamento ENAC: ad es. la mancanza di copia della polizza assicurativa può costare fino a 15 mila euro di multa, mentre il volo senza autorizzazione, in caso di operazioni critiche, può portare a un anno di carcere.

¹⁸ Reperibile, solo nel testo inglese, al seguente indirizzo internet http://ec.europa.eu/justice/data-protection/article-29/documentation/opinion-recommendation/files/2015/wp231_en.pdf, consultato ottobre 2015.

¹⁹ Reperibile, solo nel testo inglese, al seguente indirizzo internet <http://ec.europa.eu/transport/modes/air/news/doc/2015-03-06-drones/2015-03-06-riga-declaration-drones.pdf>, consultato nell'ottobre 2015.

²⁰ Il Vademecum è consultabile all'URL: <http://www.assorpas.it/wp-content/uploads/2015/05/Aeromobili-a-Pilotaggio-Remoto-Vademecum-e-Prontuario-per-le-infrazioni-1.pdf>, consultato nel mese di settembre 2015.

6. Morte digitale

Un aspetto sul quale si sta assistendo progressivamente ad una più ampia e condivisa discussione è quello della “morte digitale”: in conseguenza della morte fisica di un individuo, si producono in diritto diversi effetti per il solo fatto stesso del suo verificarsi, quali l'estinzione di ogni reato commesso dalla persona in vita e la perdita della capacità di agire, divenendo il soggetto inidoneo ad essere titolare di diritti e di doveri (che vengono direttamente trasferiti agli eredi - salve le dinamiche successorie). Diversamente però non viene stabilito nulla circa gli effetti postumi nel mondo digitale.

Che fine fanno tutti gli *account*, i *blog*, le *email* appartenenti al soggetto defunto? E se tali account, blog, email appartengano ad una Pubblica Amministrazione che cessi di esistere? Stiamo assistendo nel 2015, a seguito di un'ampia politica di spend review, ad un'onda lunga di tagli ad enti oramai divenuti poco utili: da ultimo, ad esempio, il Corpo Forestale in fase di accorpamento con l'Arma dei Carabinieri o il progressivo svuotamento di funzione e ruolo delle Province che porterà, presumibilmente, ad una riforma costituzionale volta alla loro soppressione. La morte digitale dei dati pubblici, dunque, non è un problema confinato al privato ma anche, sempre più, al pubblico.

Al riguardo, va chiarito come in Italia non esista una normativa specifica, in materia successoria, per ciò che riguarda *account*, *email*, *social*, etc.

Tale situazione viene maggiormente complicata dalla considerazione per cui molti degli *account social* ed *email* sono ospitati su *server* non italiani, per cui, nel caso di morte fisica di un soggetto, si porrebbe il serio problema per i parenti di dover recuperare *password* e credenziali di accesso contenute su *server* non presenti sul territorio italiano e, quindi, soggetti a normativa differente.

Il Consiglio del Notariato da tempo ha iniziato ad interessarsi alla questione sotto il profilo dell'eredità digitale ma tale indagine lambisce soltanto una faccia della medaglia.

È innegabile, infatti, che a prescindere dalla possibilità per un erede di poter controllare gli *account* del defunto ciò che stupisce è che nessuna normativa in Italia preveda che alla morte di un soggetto possa determinarsi la giusta e conseguente morte digitale con cancellazione immediata di tutti i suoi profili *facebook*, *twitter* e *email*.

Ad ogni modo, pare che un'apertura sul punto l'abbia fornita la sentenza Google sul diritto all'oblio che se deve essere garantito ad un soggetto vivente, che per sua scelta decida di non essere presente digitalmente, ancor di più deve potersi garantire a chi nella realtà non esiste, dovendosi considerare l'area digitale come parallela e speculare a quella reale, e non come mezzo per superare i limiti fisici imposti alla consistenza della persona.

Ad oggi, ad ogni modo, nel vuoto legislativo, quello che si può notare è come le più quotate società dell'era digitale non siano rimaste indifferenti al problema e si stiano attrezzando per gestire la vicenda con metodi pratici che, comunque, non consentono una risoluzione chiara del problema. *Facebook* ha avviato l'uso di account commemorativi, mentre *google*, *pinterest* e *twitter* stanno attuando, dal canto loro, politiche di controllo e gestione degli *account* inattivi da tempo, in attesa di soluzioni legislative unitarie che, però, non sembrano all'orizzonte.

Nell'ordinamento giuridico nordamericano, invece, esiste un apposito atto normativo nel-

lo Stato del Delaware²¹ che disciplina specificamente l'accesso fiduciario, in caso di morte del titolare, ai suoi account e asset digitali.

Nel 2015 l'Ordine del Notariato italiano, forte di studi e approfondimenti avviati dal 2007, ha pubblicato un primo decalogo in tema di "eredità digitale", incentrato quindi sull'individuo. Il decalogo contiene una serie di importanti consigli e un'indicazione giuridica ben precisa: "Affidate a una persona di fiducia le vostre credenziali d'accesso (username e password per es.) con istruzioni chiare su cosa fare in caso di decesso: distruggere i dati in tutto o in parte, o consegnarli a soggetti indicati da voi. Si chiama mandato post mortem ed è ammesso dal nostro diritto". L'istituto del diritto individuato dai Notai è dunque il "mandato port mortem", che si realizza nelle modalità indicate.

Il dubbio interviene nel momento in cui dall'individuo si passi ad un'Amministrazione. Una Pubblica Amministrazione potrà dunque conferire ad altra Amministrazione istruzioni digitali particolareggiate "in caso di decesso"? Di certo occorreranno a breve istituti specifici in ambito pubblicistico per gestire al meglio situazioni di tale rilievo.

7. Progetto "#SalentoUpnDown".

Tra il 29 maggio e il 3 giugno il Laboratorio di eGov - LeG dell'Università di Lecce, in collaborazione con Instagramers Lecce, ha realizzato l'evento Instagram Tour 2015 "Salento UpnDown - SUD", ovvero la sei giorni itinerante 'in onda' su Instagram, piattaforma d'elezione del progetto, seguita da Facebook, da Twitter, dall'app di video streaming Periscope e da YouTube.

Il progetto SUD è stato set di sperimentazione per il PON Puglia@Service (#Apulia-SmarTourism), finanziato dal MIUR, coordinato dalla professoressa Giuseppina Passiante nell'ambito del Laboratorio di Ingegneria economico-gestionale dell'Università del Salento. Il progetto Puglia@Service ha come obiettivo la concezione, lo sviluppo e la messa a punto di un intervento strategico, organizzativo e tecnologico nel contesto del cosiddetto Future Internet, finalizzato all'innovazione nei servizi per la "sustainable knowledge society" ed abilitante per la transizione del territorio regionale pugliese verso un modello di "territorio intelligente".

L'idea progettuale di SUD nasce da circa un decennio di ricerca applicata in tema di turismo digitale svolta dal LeG.

I dati della ricerca confermano che il sistema turistico pugliese tende ad un turismo di massa, non ancora al pieno turismo esperienziale, quindi a quella forma di turismo in grado di regalare esperienze di vita uniche su di un territorio. Il turismo esperienziale è una forte tendenza a livello mondiale e si declina lungo il concetto della sostenibilità, quindi contrapponendosi alla massificazione degli afflussi.

L'Instagram tour Salento UpnDown 2015 ha visto partner 12 enti pubblici e 24 aziende

²¹ L'atto è visionabile all'URL: <http://legis.delaware.gov/LIS/LIS147.nsf/vwLegislation/HB+345?Opendocument>, consultato nel mese di ottobre 2015.

locali, oltre che protagonisti ventiquattro top influencer Instagram internazionali, divenuti, per circa una settimana, i più importanti ambasciatori web del nostro territorio e di alcuni brand di punta, raccontando il 'proprio' Salento attraverso scorci, panorami, dettagli. Social Media Reporter capaci di dettare, attraverso la mobile photography, suggestioni ed emozioni, a tempo di scatti, creando uno storytelling real time condiviso con migliaia di follower (1,5 milioni diretti, circa 3 milioni indiretti tramite partecipazione degli influencer alle social community), che, a loro volta, hanno condiviso, con lo stesso peso del vecchio passaparola, queste esperienze di viaggio - con foto e contenuti - con i propri amici e, più in generale, con la Rete.

Il tutto è stato "aggregato" su www.salentoupndown.com, portale-pilota di una serie di portali simili che potranno essere lanciati in tutta Europa (e nel resto del mondo), per replicare l'iniziativa. Dal go line del sito, 29 maggio 2015, al 26 settembre 2015 il sito ha avuto: 6.132 visualizzazioni di pagina; 854 utenti con il 41,5% di ritorno; utenti essenzialmente compresi nella fascia di età 18-34 anni (61%), provenienti nell'8,8% dei casi dall'estero, nonostante la non traduzione in lingua inglese dei contenuti del portale, ed in primis da Paesi quali Giappone, Spagna, Belgio, Albania, Grecia, Germania, Francia, Regno Unito, USA. In particolare, dopo gli italiani, i maggiori frequentatori del sito si sono rivelati i giapponesi, con una media di consultazione delle pagine particolarmente elevata, ovvero di circa 14,27 minuti a visita. Il tutto ad ulteriore conferma di quanto il territorio e i prodotti salentini siano di particolare interesse in talune zone del mondo, anche da noi molto distanti. Utenti vi sono stati anche dalla Cina, Australia, Canada, Brasile, Messico, Sud Corea, Irlanda, Messico, Malta, Romania, Grecia, Albania, Benin.

A oggi l'evento ha già raggiunto un risultato insperato: l'#salentoupndown è divenuto virale nei social di riferimento (Instagram, Twitter e Facebook), come facilmente monitorabile in tempo reale tramite il citato portale www.salentoupndown.com, tanto da essere utilizzato da soggetti esterni rispetto all'Instagram Tour (turisti e imprese), italiani e stranieri, in quanto riconoscono l'# come rappresentativo di un intero territorio. Risultato, questo, insperato in fase di ideazione del tour, poiché normalmente raggiunto in Puglia solo da attività social di strutture regionali deputate a questo, non all'interno di un'attività di ricerca ideata da un'Università.

Anche UniSalento è stata protagonista del tour la sera del 29 maggio, data la partecipazione dei 24 top influencer alla premiazione dei "supercorti" presso il Rettorato. Lo stesso #unisalento aveva, prima del giorno di inizio del tour, circa 1000 post su Instagram: oggi, anche perché inserito tra i principali # del tour, ha già superato i 3.300 post.

Sempre per quanto attiene l'importante ruolo di UniSalento in SUD, è stata realizzata una selezione interna ai Corsi, rispettivamente, di Scienze politiche e di Scienze della Comunicazione, al fine di individuare due studenti con capacità spiccate lato social, tali da permettere una loro aggregazione ai 24 top influencer nell'intero tour e, quindi, una loro diretta esperienza di valorizzazione turistica cross-mediale.

Com'è facile intuire, gli aspetti di ricerca informatico-giuridica, che saranno oggetto di specifica pubblicazione scientifica, sono stati molteplici: etica e deontologia della comunicazione social mediale; limiti contrattuali d'uso dei social network; privacy e social network; diritti d'autore e prodotti multimediali; privacy e droni.

Solo per citare i primi numeri complessivi dell'evento SUD, al 26 settembre 2015, ed inerenti a Instagram e Twitter:

INSTAGRAM

Post : 1803 (in crescita costante)
di cui ben 620 di profili non legati al tour
Like : circa 670.000 (in crescita)
Interazioni: circa 12.000 (in crescita)

TWITTER

Tweet : 182 (in crescita lieve)
Retweet : 794 (in continua crescita)
Preferiti: 1387 (in crescita)

Per quanto riguarda Facebook, solo effettuando la ricerca con #salentoupndown, quindi senza considerare i restanti 54 # utilizzati né effettuando la ricerca per singoli profili degli Instagramers ospitati che non hanno utilizzato in talune occasioni # specifici, l'evento ha ottenuto al settembre 2015 circa 3.000 like e circa 500 interazioni (dati in costante crescita).

La singola foto che ha raggiunto il maggior numero di like, circa 7mila, è stata quella postata il giorno 1 giugno 2015 dalla top influencer russa Ekaterina e dal titolo "Shrimp likes", rappresentante una composizione di scampi gallipolini creata in occasione della tappa del tour a Fellingine.

L'evento ha condotto naturalmente gli Instagramers a postare non a orari prefissati nella giornata, come normalmente avviene, ma con una periodicità costante nella stessa: il post, dunque, come "diario di bordo". Ciò è possibile solo se gli Instagramers ritengono i tour ricchi di spunti da raccontare. Altro dato particolarmente interessante rilevato nella ricerca è connesso al fatto che quasi tutti i 24 top influencer hanno raggiunto picchi di like sui vari social in occasione del tour, per poi ritornare nell'immediato periodo successivo a numeri inferiori. Ciò denota come l'oggetto dello storytelling, ovvero il Salento, detenga una capacità pervasiva di per sé elevata.

Sono disponibili in rete due video, girati e montati da due top influencer partecipanti a SUD (Marco Bottalico e Beatrice Manzoni)²².

Si è poi proceduto al montaggio di un prodotto video professionale, girato con il supporto di Muud Film (regia di Corrado Punzi) e del cameramen Gabriele Quaranta, volto a raccontare luoghi e personaggi salienti del tour, secondo un piano regia innovativo e da sottoporre, nel prossimo futuro, alle case di produzione nazionali maggiormente interessate a prodotti connotati da crossmedialità e indirizzati ad un target di pubblico giovane. Lo short video, della durata di circa 5 minuti, realizzato durante l'Instagram Tour è stato

²² I video sono rintracciabili, rispettivamente, ai seguenti URL: Marco Bottalico, https://www.youtube.com/watch?v=r6YOL_K-IsY; Beatrice Manzoni, <https://www.youtube.com/watch?v=T0OyliweCXw>; consultati nel mese di dicembre 2015.

già presentato il 3 dicembre durante la BTO 2015 (Buy Tourism Online) di Firenze, con pubblicazione online nel canale dedicato al progetto su YouTube, raccogliendo nel primo mese di pubblicazione circa 600 visualizzazioni²³.

Il long video, della durata di circa 20 minuti, è in fase di presentazione in contesti televisivi e cinematografici. Il tutto sempre nell'idea di destagionalizzare il racconto del Salento, anche lato video.

Per quanto riguarda le attività di ricerca in atto e quelle del prossimo futuro, il team coordinato dalla professoressa Passiante è in fase di individuazione del tool in grado di effettuare un'ottimale sentiment analysis dei dati social raggiunti dall'evento, con particolare focalizzazione sugli # principali, quali #salentoupndown e #apuliasmartourism.

I principali obiettivi della ricerca, unitamente al macro obiettivo della sperimentazione relativo alla complessità regionale della destinazione turistica, saranno i seguenti:

- analizzare punti di forza e di debolezza delle campagne hashtag e definire le aree di miglioramento;
- stabilire il grado di "felicità" su un determinato tema degli utenti attraverso un algoritmo indipendente dalla lingua usata;
- identificare quali messaggi e iniziative stanno guidando le azioni giuste e i risultati desiderati.

L'attività/metodologia ha inoltre come finalità la sperimentazione di tutti i servizi presenti nella piattaforma (uno dei deliverable del progetto Puglia@Service è relativo al design di una piattaforma dedicata al turismo integrato) e, in particolare, i servizi presenti saranno lo storytelling, la gamification e la sentiment analysis che utilizzeranno i big data raccolti durante gli eventi selezionati.

L'attività di sentiment, per una sua accuratezza scientifica, richiede dei naturali tempi tecnici, motivo per il quale i dati finali saranno resi noti successivamente.

Partendo dai dati del 2015, è in fase di ideazione l'Instagram Tour SalentoUpnDown 2016, che vedrà un'implementazione della ricerca lato web (affiancamento di Facebook allo storytelling del portale di progetto www.salentoupndown.com) e un passaggio da un livello europeo a uno globale. Per tale ultima ragione, si procederà ad invitare e coordinare vari top influencer Instagram, ma operanti in maniera trasversale anche sui restanti social, provenienti da Paesi nei quali in larga parte non è stata ancora avviata una precisa strategia regionale o, comunque, territoriale di valorizzazione lato web del brand Salento e dei brand di prodotto che costituiscono beni di punta della produzione locale salentina. Il tutto sempre da leggersi anche nell'ottica delle problematiche informatico-giuridiche sottese.

²³ Il video è disponibile al seguente URL: <https://www.youtube.com/watch?v=dt4TxWZxnY4>, consultato nel mese di dicembre 2015.

Bibliografia

Amato Mangiameli A. C., *Informatica giuridica*, Torino, Giappichelli, 2015.

Finocchiaro G., *La protezione dei dati personali e la tutela dell'identità*, in Id. (a cura di), *Diritto dell'informatica*, Milanofiori Assago, UTET.

Andrews L. B., *I know who you are and I saw what you did: social networks and the death of privacy*, New York, free press, 2013.

Ponti B., *Second Life come strumento per la promozione del territorio. Quale ruolo per le istituzioni pubbliche?*, in Limone D.A., Mancarella M., Preite G., *Turismatica: un nuovo paradigma della Società dell'Informazione*, Editrice UNIService, Trento, 2008.

Cherubini M., F. Romano, *Informatica giuridica e pubblica amministrazione*, in Peruginelli G., M. Ragona, *L'informatica giuridica in Italia*, Napoli, ESI, 2014.

Clerici A., *Manuale di Informatica giuridica*, Milano, EGEA, 2012.

De Pietro L. (a cura di), *Dieci lezioni per capire e attuare l'e-government*, Venezia, Marsilio, 2011, pp. 195-211

Di Donato F., *La scienza e la rete*, Firenze, FUP, 2009, pp. 80-90, disponibile all'U.R.L.: <http://www.fupress.com/Archivio/pdf%5C3867.pdf>, consultato nel mese di ottobre 2015.

FormezPA, *Linee Guida per i siti Web delle Pubbliche Amministrazioni. Vademecum Pubblica Amministrazione e social media*, Roma, Gangemi, 2011.

Levy P., *L'intelligenza collettiva. Per un'antropologia del cyberspazio*, Milano, Feltrinelli, 1996.

Id., *World philosophie: le marché, le cyberspace, la conscience*, Parigi, Editions Odile Jacob, 2000.

Id. *Cyberdemocratie: essai de philosophie politique*, Parigi, Editions Odile Jacob, 2002; Id. *Il virtuale*, Milano, Raffaello Cortina Editore, 2003.

Limone D.A., Mancarella M., Preite G., *Turismatica: un nuovo paradigma della Società dell'Informazione*, Editrice UNIService, Trento, 2008.

Mayer - Schonberger V., *Delete. Il diritto all'oblio nell'era digitale*, Milano, EGEA, 2013.

O'Reilly T., *What Is Web 2.0. Design Patterns and Business Models for the Next Generation of Software*, 2005, visionabile all'U.R.L.: <http://www.oreilly.com/pub/a/web2/archive/what-is-web-20.html>, consultato nel mese di ottobre 2015.

Pagallo U., *Il diritto nell'età dell'informazione*, Torino, Giappichelli Editore, 2014.

Taddei Elmi G., *Corso di Informatica giuridica*, Napoli, edizioni Giuridiche Simone, 2007.

Ziccardi G., *Informatica giuridica. Controcultura, informatica giuridica, libertà del software e della conoscenza*, Milano, Giuffrè, 2011.

Id., *Manuale breve di Informatica giuridica*, Milano, Giuffrè, 2006.

PROFILI GIUSLAVORISTICI NELL'ECONOMIA DELLA CONOSCENZA 2.0

Fernando Caracuta

 *Multimedia*



Clicca sull'immagine o fotografa il QrCode
per accedere al MediaBook CLIOedu

PROBLEMI E PROSPETTIVE DEL MERCATO UNICO CON RIFERIMENTO AI SERVIZI MOBILE

Angela Viola

 *Multimedia*



Clicca sull'immagine o fotografa il QrCode
per accedere al MediaBook CLIOedu

LO SVILUPPO DI APP MEDICHE E IL MERCATO eHEALTH

Giovanni Maglio



Multimedia



Clicca sull'immagine o fotografa il QrCode
per accedere al MediaBook CLIOedu

Abstract: Lo sviluppo di app mediche rappresenta ormai un settore economico in rapida ascesa e tale da poter essere considerato un vero e proprio mercato che opera anche attraverso la Rete, con numeri e regole peculiari. Ormai sono disponibili oltre 100.000 app specifiche sulle diverse piattaforme. Le 20 app gratuite più diffuse sono già installate su 231 milioni di dispositivi in tutto il mondo ed entro il 2017 saranno 3,4 miliardi le persone in possesso di uno smartphone e la metà di loro utilizzerà app di sanità mobile. Nello stesso anno, sfruttando tutte le potenzialità offerte da questa tecnologia, si potrebbero risparmiare ben 99 miliardi di euro di spese del sistema sanitario. La metodologia proposta vuole essere un valido supporto per tutti quegli operatori economici e non che si confrontano con tale settore o che lo vogliono conoscere, anche in un'ottica di compliance successiva. Essa si basa fundamentalmente sulla ricognizione del tipo di app medica che si intende sviluppare, sulle tipologie di dati personali trattati, sulle condizioni contrattuali da utilizzare per le diverse esigenze nonché sui risvolti amministrativi che tale attività può comportare. Inoltre, verranno brevemente illustrati anche gli aspetti relativi al diritto d'autore e della proprietà intellettuale più in generale, come pure quelli concernenti il cloud computing, l'interoperabilità ed integrazione tra piattaforme nonché la sicurezza.

Abstract: The development of medical app is now a rapidly growing economic sector, and it can be considered a real market that operates through the Internet, with numbers and peculiar rules. Nowadays more than 100,000 apps are available on specific platforms. The 20 most popular free apps are already installed on 231 million devices around the world and by 2017, 3.4 billion people will own a smartphone and half of them will use a mobile health app. In the same year, taking advantage of the potential offered by this technology, it could save up to 99 billion euro of expenditure in the health care system. The proposed methodology aims to be a valuable support for all those traders and those who are involved with this sector or that just want to know about, also in terms of compliance. It is based fundamentally on the recognition of the type of medical app to be developed, about the kinds of personal data processed, on the contractual terms to be used as well as on the administrative implications that such activities may involve. Besides that, it deals also with aspects relating to copyright and intellectual property in general, as well as those relating to cloud computing, interoperability, integration between platforms and, of course, security.

Parole chiave: app mediche - eHealth - mHealth - trattamento dati personali - dati sensibili - metodologia di sviluppo

Sommario: 1) Il mercato eHealth. 2) Le problematiche giuridiche ed una proposta di Metodologia per lo sviluppo di app. 3) Conclusioni

1. Il mercato eHealth

Nel settore dell'innovazione tecnologica, lo sviluppo di app¹, ed in particolare quelle mediche², riveste ormai un ruolo molto importante ed attrae sempre di più l'attenzione dei vari soggetti coinvolti.

Si pensi, per avere un'idea delle dimensioni del mercato, che nel 2014 la spesa per la digitalizzazione della sola sanità italiana è cresciuta del +17% rispetto all'anno precedente,

¹ Le App (abbreviazione di Applications) sono dei software sviluppati appositamente per funzionare su dispositivi mobili, come ad esempio smartphone e tablet, che sono diventati ormai parte integrante e quasi insostituibile della nostra vita. Le APP consentono di svolgere moltissime attività: conoscere gli orari dei mezzi di trasporto, verificare disponibilità di alberghi, chattare con gli amici, utilizzare servizi bancari, consultare la nostra agenda, tenere sotto controllo il nostro stato di salute, conoscere la nostra posizione geografica, consultare mappe ma anche tanto altro ancora, visto che ormai ne esistono milioni per ogni esigenza.

Le App vengono normalmente distribuite sugli store dei grandi player che producono sistemi operativi come iOS, Android, Blackberry e Windows, ma sono disponibili anche su altri canali di distribuzione (in genere i produttori di smartphone) o direttamente dagli sviluppatori, ossia coloro che le progettano e le realizzano.

Per quanto riguarda la loro qualificazione giuridica esse, come abbiamo detto, sono dei veri e propri software, e quindi godono della relativa tutela da parte dell'ordinamento giuridico; inoltre le App rientrano nella definizione di "servizi della società dell'informazione" ovvero qualsiasi servizio prestato normalmente dietro retribuzione, a distanza, per via elettronica e a richiesta individuale di un destinatario di servizi (come previsto dalla Direttiva UE 2000/31/CE, recepita in Italia dal D.l.vo 70/2003). Le App vengono distinte in App native, ossia direttamente sviluppare per funzionare su dispositivi mobili (normalmente funzionano solo per il S.O. per il quale sono state sviluppate) e web App che, invece, nascono come applicazioni fruibili su un sito internet e che poi, in genere grazie alla funzionalità c.d. responsive, vengono adattate all'uso che se ne può fare attraverso un dispositivo dallo schermo con dimensioni ridotte e che possono funzionare anche su dispositivi con diversi S.O. Esiste poi un'altra categoria di App, c.d. Ibride che coniugano le caratteristiche delle altre due; infatti, una App ibrida è tipicamente una App nativa che ha comunque una parte web e che si adatta facilmente alle diverse piattaforme e diversi dispositivi mobili.

In generale sugli aspetti giuridici delle App, si veda: D. Grilli, *App mobile. Regimi fiscali, aspetti contabili, profili giuridici*, Santarcangelo di Romagna, Maggioli, 2013; S. Stefanelli, *Le APP sanitarie: la qualificazione giuridica*, reperibile all'indirizzo internet: <http://www.appaltiesanita.it/le-app-sanitarie-la-qualificazione-giuridica/>, consultato novembre 2015; S. Fede, *Le app per dispositivi mobili: natura giuridica e problemi applicativi*, Ebook Altalex editore, www.altalex.it, 2015.

² Sulle App mediche e più in generale sul mHealth, si veda il Libro Verde della Commissione Europea del 10 aprile 2014, reperibile all'indirizzo internet http://ec.europa.eu/information_society/newsroom/cf/dae/document.cfm?doc_id=5147, consultato novembre 2015. In dottrina, Stefanelli S. "Le APP sanitarie: la qualificazione giuridica", cit.

È opportuno chiarire che ormai si va delineando una netta distinzione tra le app mediche o sanitarie rispetto a quelle di semplice benessere e/o informative, che potremmo definire mediche o sanitarie, lato sensu. Le prime sarebbero quelle che possono trasformare il dispositivo mobile in uno strumento medico vero e proprio o che supportano il medico nelle diagnosi e nei trattamenti dei pazienti, normalmente utilizzate in un contesto sanitario; le seconde, invece, rappresentano la stragrande maggioranza e sono app che forniscono informazioni sulla salute e sul benessere psico-fisico (ad es. enciclopedie e dizionari medici), permettono di localizzare strutture sanitarie e farmacie, agevolano la formazione dei medici e dei pazienti, attraverso quiz, video formativi, simulazioni, sono utilizzate come gestionali ospedaliero, per la gestione dei turni, monitoraggio dei pagamenti, gestione delle liste di attesa ecc. Nel testo si farà riferimento indistintamente al termine app mediche.

toccando 1,37 miliardi di euro; anche se, complessivamente, risulta pari soltanto all'1,3% della spesa sanitaria pubblica, con una media di circa 23 euro per abitante³.

In generale, lo sviluppo di app, specie per il settore mobile, anche in considerazione del fatto che i dispositivi mobili e la connessione in movimento sono sempre più diffusi, è diventato uno dei fattori trainanti della crescita nel digitale ed il coniugio con il settore dell'*health-care* non poteva che essere altrettanto proficuo.

Secondo una ricerca di Research2Guidance⁴ del 2014, esistono oltre 100 mila applicazioni fitness/salute disponibili per il download sugli *stores* digitali e si stima che nel corso del 2015 oltre 500 milioni di persone in tutto il pianeta ne utilizzeranno almeno una.

Le 20 app gratuite più diffuse sono già installate su 231 milioni di dispositivi in tutto il mondo; entro il 2017 saranno 3,4 miliardi le persone in possesso di uno smartphone e la metà di loro utilizzerà app di sanità mobile. Nello stesso anno, sfruttando tutte le potenzialità offerte da questa tecnologia, si potrebbero risparmiare ben 99 miliardi di euro di spese del sistema sanitario⁵.

È innegabile, infatti, che applicare le moderne tecnologie dell'innovazione e della comunicazione per il miglioramento o il mantenimento della salute psico-fisica degli utenti-pazienti, comporta significativi vantaggi nell'erogazione dei servizi e migliori performance a livello aggregato, sotto diversi punti di vista.

Anzitutto quello dell'efficacia, perchè consente di ottenere un monitoraggio dello stato di salute individuale e collettivo più preciso e completo, tale da permettere la prevenzione, la precisione diagnostica ed interventi tempestivi o circoscritti, evitando così il ricorso successivo a dispendiose terapie ovvero riducendo l'entità delle stesse, i tempi di recupero ecc., grazie soprattutto alla personalizzazione mirata delle cure⁶, in una visione utente-centrica. Con immenso vantaggio per il benessere e la salute dei cittadini e, non secondariamente, per la ricerca medica.

Vi è, poi, un sensibile risparmio dal punto di vista economico ed a tutti i livelli, sia privati che pubblici⁷, che, già di per sé, giustifica gli investimenti in tecnologia e sviluppo di applicazioni specifiche, spesso, peraltro, finanziabili attraverso bandi di varia provenienza

³ Fonte: Osservatorio della School of Management del Politecnico di Milano, www.osservatori.net; notizia riportata da *Cor.Com*, *Il quotidiano online dell'economia digitale e dell'innovazione*, reperibile all'indirizzo internet http://www.corrierecomunicazioni.it/pa-digitale/34232_sanita-digitale-gli-investimenti-sforano-il-miliardo-ma-si-spendono-appena-23-euro-per-abitante.htm, consultato novembre 2015.

⁴ Si rinvia all'U.R.L. <http://research2guidance.com/>

⁵ Fonte: http://europa.eu/rapid/press-release_IP-14-394_it.htm, consultato novembre 2015.

⁶ Sulla c.d. pHealth (Personal Health), si veda M. Mancarella, *e-Health e diritti. L'apporto dell'informatica giuridica*, Roma, Carocci ed. 2013, pp. 99 e ss., nonché M. Moruzzi, *Il Fascicolo Sanitario Elettronico in Italia. La sanità ad alta comunicazione*, Milano, Il Sole 24 ore, 2011.

⁷ Ad esempio, il monitoraggio direttamente da parte del paziente con la conseguente maggiore autonomia e migliore prevenzione dei problemi di salute; la potenziata efficienza del sistema sanitario con risparmi potenzialmente considerevoli (minore spesa per i servizi sanitari; minore spesa farmaceutica, riduzione del rischio clinico, del contenzioso ecc.); ma anche enormi opportunità per i servizi innovativi, le start-up e il promettente comparto delle app, che proprio nel settore eHealth sta crescendo in maniera significativa.

o il *crowdfunding*⁸.

Tutto ciò passa necessariamente attraverso un massiccio ricorso all'utilizzo di tecnologia e soprattutto di *devices* mobili che, di fatto, tendono a trasformare ciascun utente-paziente in un nodo dell'Internet of Thing⁹, declinabile nella più suggestiva espressione dell'Internet of Me¹⁰, ossia ciascun utente-paziente è collegato al *device* (di diverse specie e forme, come smartphone, wearable devices, braccialetti, occhiali, pillole ecc.)¹¹ che raccoglie i suoi dati sanitari (parametri vitali, funzioni fisiologiche, caratteristiche antropometriche ecc.) e li trasmette in maniera digitale, trattandoli pertinentemente e secondo finalità strettamente determinate. Tale attività viene ricondotta al c.d. Quantified Self¹².

⁸ Il termine crowdfunding deriva dall'unione di due parole inglesi "crowd" (folla) e funding; sta ad indicare il processo con cui più persone elargiscono denaro, anche con somme di piccolo importo, per supportare un progetto imprenditoriale o iniziative di diverso genere utilizzando siti internet ("piattaforme" o "portali") e ricevendo talvolta in cambio una ricompensa. Tra le varie tipologie, si trovano l'"equity-based crowdfunding", il "donation based", il "reward based". Con il crowdfunding, inoltre, è possibile realizzare prestiti tra privati, ricompensati con il pagamento di interessi ed effettuati per il tramite di piattaforme online (c.d. modello di "social lending" o "peer to peer lending"). Si sta inoltre diffondendo il nuovo modello "royalty based" nel quale si finanzia una determinata iniziativa ricevendo in cambio una parte dei profitti. L'Italia è stata tra i primi Paesi in Europa ad essersi dotato di una normativa specifica e organica relativa al solo equity crowdfunding. Alcune norme sono state introdotte dal D. L. n. 179/2012 (convertito nella L. 17.12.2012, n. 221). L'equity crowdfunding è visto come uno strumento che può favorire lo sviluppo delle start-up innovative attraverso regole e modalità di finanziamento in grado di sfruttare le potenzialità di internet.

La normativa ha conferito alla Consob (Commissione Nazionale per le Società e la Borsa) il compito di disciplinare alcuni specifici aspetti del fenomeno. La Consob ha, quindi, emanato il regolamento il 26 giugno 2013, con Delibera n. 18592.

⁹ Il concetto di Internet delle cose (Internet of Thing, nella versione internazionale, IoT), si riferisce ad una infrastruttura nella quale miliardi di sensori sono collegati tra di loro, e dispositivi di uso comune, appunto "cose" in quanto tali, o collegate ad altri oggetti o ad individui, sono progettate per registrare, processare, conservare e trasferire dati e, dal momento che sono identificate in modo univoco, ad interagire con altri dispositivi o sistemi, utilizzando le risorse dei networks.

¹⁰ <http://www.informationweek.com/strategic-cio/executive-insights-and-innovation/the-internet-of-me-is-getting-real-in-healthcare/d/d-id/1320348?>, consultato novembre 2015.

¹¹ Sui risvolti giuridici del Wearable computing ed in particolare sul trattamento dei dati personali, si veda E. Germani - L. Ferola, *Il Wearable Computing e gli orizzonti futuri della privacy*, in *Dir. Inf.* 2014, pp. 75 e ss.

¹² Il "Quantified self" è un movimento di pensiero nato in ambito scientifico (a San Francisco nel 2007) ed è divenuto una sorta di filosofia di vita, riassumibile nello slogan "quantifico, dunque sono". Sul tema cfr. *Le corps, nouvel objet connecté, du quantified self a la m-santé, les nouveaux territoires de la mise en données du monde*, Commission National de l'Informatique et des Libertés, maggio 2014; cit. tratta da "Mobile-health e applicazioni per la salute: aspetti bioetici", pag. 14, pubblicato dal Comitato Nazionale di Bioetica il 28 maggio 2015.

2) Le problematiche giuridiche ed una proposta di Metodologia per lo sviluppo di app

Le problematiche giuridiche più delicate sottese allo sviluppo di una app medica sono sostanzialmente quelle relative al trattamento dei dati personali.

Infatti, in detto settore, le tipologie di dati personali trattati sono fondamentalmente qualificabili come sensibili¹³, riferendosi per lo più a dati sanitari, e non possono essere affrontate che con il criterio della c.d. *privacy by design e by default*¹⁴.

Ovviamente, è necessario l'adeguamento ai diversi provvedimenti normativi, tanto europei¹⁵ quanto nazionali¹⁶, ma soprattutto occorre fare tesoro della preziosa produzione da parte di Autorità Garante Italiana¹⁷ ed Organismi europei (C.G.U.E.¹⁸, G.P.E.N.¹⁹, WP29²⁰

¹³ Definiti, ai sensi dell'art. 4 lett d) del D. L.vo 196/03, come i dati personali idonei a rivelare l'origine razziale ed etnica, le convinzioni religiose, filosofiche o di altro genere, le opinioni politiche, l'adesione a partiti, sindacati, associazioni od organizzazioni a carattere religioso, filosofico, politico o sindacale, nonché i dati personali idonei a rivelare lo stato di salute e la vita sessuale.

¹⁴ Al riguardo si veda il Rapporto dell'Enisa, Privacy and Data Protection by Design - from policy to engineering, del Dicembre 2014, reperibile all'indirizzo internet https://www.enisa.europa.eu/activities/identity-and-trust/library/deliverables/privacy-and-data-protection-by-design/at_download/fullReport, consultato novembre 2015.

¹⁵ Artt. 7 e 8 Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea, solennemente proclamata da Parlamento europeo, il Consiglio e la Commissione con il 2012/C 326/02 nonché la Direttiva 95/46/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 24 ottobre 1995, relativa alla tutela delle persone fisiche con riguardo al trattamento dei dati personali, nonché alla libera circolazione di tali dati e ss.mm.ii.; si veda anche la Direttiva 2011/24/UE del Parlamento Europeo e del Consiglio del 9 marzo 2011, concernente l'applicazione dei diritti dei pazienti relativi all'assistenza sanitaria transfrontaliera. Ovviamente, si è nell'attesa, ormai troppo lunga e non ulteriormente procrastinabile, che il tanto annunciato nuovo regolamento europeo sulla protezione dei dati venga definitivamente approvato. Attualmente, infatti, continua a circolare solo una sua proposta definitiva, risalente al 2012, reperibile all'indirizzo internet <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/HTML/?uri=CELEX:52012PC0011&from=en>, consultato novembre 2015

¹⁶ D. Lvo 30 giugno 2003, n. 196, Codice in materia di protezione dei dati personali.

¹⁷ Sul trattamento dei dati personali, soprattutto sensibili, il Garante italiano per la protezione dei dati personali interviene costantemente; tra gli interventi più significativi in materia: l'Autorizzazione generale al trattamento dei dati sensibili n. 2/2014, le Linee guida in materia di dossier sanitario, le Linee guida in materia di trattamento di dati personali per finalità di pubblicazione e diffusione nei siti web esclusivamente dedicati alla salute, le Linee guida in materia di trattamento di dati per lo svolgimento di indagini di customer satisfaction in ambito sanitario, le Linee guida in tema di referti on line, le Linee guida in tema di Fascicolo sanitario elettronico (Fse) e di dossier sanitario, nonché numerosissimi provvedimenti a seguito di specifici ricorsi di interessati.

¹⁸ Corte di Giustizia dell'Unione Europea, <http://curia.europa.eu/>.

¹⁹ Global Privacy Enforce Network è un organismo che raggruppa alcune decine di autorità nazionali per la protezione dei dati personali; <https://www.privacyenforcement.net/>.

²⁰ Parere 02/2013 del Working Party art. 29 sulle "Applicazioni per dispositivi intelligenti", reperibile all'indirizzo internet http://ec.europa.eu/justice/data-protection/article-29/documentation/opinion-recommendation/files/2013/wp202_it.pdf, consultato novembre 2015.

ed Enisa²¹ tra tutti) che costituiscono un valido sussidio per districarsi nell'intricato rapporto tra tecnologia sempre più veloce, da una parte e diritto che spesso fatica ad inseguire, dall'altra.

Per poter sviluppare una app medica in maniera adeguata, quindi, è oltremodo opportuno utilizzare una metodologia giuridica, che qui viene proposta, senza pretesa di esaustività. Innanzitutto, occorre distinguere tra app da sviluppare oppure app già sviluppate, poiché nel secondo caso si tratta sostanzialmente di valutare, a posteriori, la sua conformità alle normative vigenti²².

Altri due aspetti molto importanti sono la categoria²³ di app ed il target di utenza da raggiungere²⁴, poiché in base a questi criteri le funzionalità della app possono cambiare radicalmente e comportare implicazioni giuridiche di diverso ordine.

Infatti, la ricognizione degli obiettivi e del funzionamento (le caratteristiche proprie, anche in relazione ai dispositivi/sensori usati per la raccolta dei dati, eventualmente integrati nello smartphone) rappresentano un altro step fondamentale per lo sviluppo di una app e la precisa elencazione delle funzioni²⁵, specie per individuare il tipo di dati personali trattati.

D'altronde, la tutela dei dati personali sensibili, quali quelli sanitari, può costituire un vero e proprio ostacolo allo sviluppo di app di *m-Health* o *e-Health* e deve essere tenuto nella dovuta considerazione²⁶, nonostante l'utilizzo delle moderne tecnologie sembra quasi portare ad una sorta di desensibilizzazione al riguardo.

E ciò, a maggior ragione, se pensiamo che già molti *devices* in nostro possesso (smartphone o altri dispositivi indossabili) hanno installate app che raccolgono e trattano

²¹ European Union Agency for Network and Information Security, www.enisa.europa.eu. Al seguente link, consultato novembre 2015, sono reperibili le Linee guida per lo sviluppo di app per smartphone: https://www.enisa.europa.eu/activities/Resilience-and-CIIP/critical-applications/smartphone-security-1/smartphone-secure-development-guidelines/at_download/fullReport

²² Il che, ovviamente, comporta che potranno essere necessarie modifiche anche molto radicali, se in fase di progettazione dell'app si sono trascurati aspetti fondamentali.

²³ In tali casi si potranno avere i seguenti tipi di app: consultazione e/o monitoraggio a distanza, diagnostica, promemoria ed avvisi, adeguamento/conformità terapie, supporto allo studio clinico, ottenimento di riferimenti ed informazioni mediche, gestione delle condizioni mediche, Fitness, nutrizione, Wellness (es. yoga), supporto logistico e di pagamento (es. appuntamenti con il medico).

²⁴ Nella maggior parte dei casi il target di riferimento è rappresentato da: persone malate (croniche e non), persone interessate alla salute, alla prevenzione ed al fitness, società di assicurazioni mediche, ospedali e strutture sanitarie pubbliche e private, organizzazioni non governative (NGOs) che forniscono aiuti, società farmaceutiche, farmacie, medici, pubbliche amministrazioni, università, società di medical technology

²⁵ In genere le funzionalità più diffuse danno vita alle seguenti tipologie di app: cruscotti & autogestione (es. statistiche dei livelli di glucosio degli ultimi mesi), colloqui con i medici (es. capacità dei medici di commentare i risultati del tracciamento), incentivi economici (es. sconti sugli equipaggiamenti sportivi), educazione e motivazione (es. ricette salutari), gamification, controllo della rete (peer monitoring) (es. consentire feedback da altri pazienti), messaggi personalizzati (es. stato quotidiano, email sul cibo assunto), promemoria, monitoraggio sociale (social monitoring) (es. condividere su Twitter/Facebook), contenuti generati dagli utenti (UGC- User generated content).

²⁶ Vale la pena ricordare che il trattamento dei dati personali sensibili è lecito solo con il consenso (informato) dell'interessato e su autorizzazione (attualmente generale) del Garante.

dati personali relativi al nostro stato psico-fisico senza che noi ce ne accorgiamo, peraltro in forza di un consenso espresso con la stessa facilità con cui si approvano le condizioni di servizio di una qualsiasi app (ossia premendo un tasto virtuale dopo aver scrollato un testo lunghissimo e magari incomprensibile).

Anche per questi motivi, tra cui l'obiettivo di rafforzare la consapevolezza dei rischi cui sono esposti gli utenti, le app mediche sono finite sotto la lente di ingrandimento delle diverse Autorità per la tutela dei dati personali²⁷.

I risultati di queste indagini a livello globale e condotte su un campione di oltre 1200 app dal 12 al 18 maggio 2014 hanno dato risultati preoccupanti²⁸:

- Tre quarti delle app prese in esame chiedono uno o più consensi, generalmente per quanto riguarda dati di localizzazione, ID del singolo dispositivo, accesso ad altri account, alle funzioni di videoripresa ed alla rubrica. E' evidente come ci sia bisogno di maggiore trasparenza in questo ambito, tenendo conto della percentuale di app che si preoccupano di chiedere un consenso e della potenziale delicatezza delle informazioni raccolte.
- Nel 59% dei casi è stato difficile per le autorità reperire un'informativa privacy prima dell'installazione. In molti casi sono ben poche le informazioni disponibili prima del download sulle finalità della raccolta o sull'utilizzo successivo dei dati, oppure si fornisce un link ad una pagina web contenente un'informativa privacy che non corrisponde alle specifiche dell'app. In altri casi, il link rinvia a pagine di social network che non funzionano oppure richiedono la registrazione dell'utente. In altri risulta difficile capire chi sia lo sviluppatore dell'app o il titolare del trattamento.
- Per quasi 1/3 delle app (31%) risultano problematici i termini del consenso. Le informazioni cui si chiede di accedere appaiono eccedenti rispetto alle funzionalità offerte dall'app, almeno alla luce dell'informativa privacy e delle modalità di funzionamento dell'app riscontrate dalle autorità.
- Nel 43% dei casi l'informativa privacy non era stata adattata alle ridotte dimensioni del monitor. Talora il testo è di difficile lettura o verboso, per cui si rende necessario scorrere o cliccare più pagine. Fra gli esempi di buone prassi si possono ricordare l'utilizzo di finestre pop-up, informative multi-livello e notifiche istantanee con cui si informano gli utenti della possibile raccolta o del possibile utilizzo di singoli dati subito prima che ciò avvenga.
- Assai contenuta (15%) risulta la percentuale di app dotate di un'informativa privacy realmente chiara. Nei casi migliori le app offrono spiegazioni succinte ma comprensibili di ciò che l'app farà o non farà con i dati raccolti sulla base dei singoli consensi.

Alla luce delle considerazioni appena esposte, nell'ambito della metodologia proposta, è

²⁷ <http://www.garanteprivacy.it/web/guest/home/docweb/-/docweb-display/docweb/3374496>, consultato novembre 2015.

²⁸ "Global Privacy Sweep 2014", i risultati dell'indagine svolta da 26 Autorità per la privacy di tutto il mondo, <http://www.garanteprivacy.it/web/guest/home/docweb/-/docweb-display/docweb/3374906>, consultato novembre 2015.

fondamentale censire²⁹ dettagliatamente i dati personali che vengono trattati dall'app, in modo da predisporre adeguate informative, che dovranno essere quanto più chiare e complete possibili, affinché il relativo consenso, prestato in forma scritta³⁰, sia libero ed informato³¹.

Ovviamente, nell'informativa occorrerà, tra l'altro, spiegare quali dati vengono trattati, come e con quali strumenti (informatici), i diritti degli interessati, le eventuali conseguenze del rifiuto al consenso, determinandone le finalità nel rispetto dei principi di necessità, pertinenza e di riduzione al minimo dei dati richiesti. Rispetto che deve tenere conto, altresì, della dignità e riservatezza degli utenti-pazienti.

Altro aspetto fondamentale è l'adozione delle apposite, quanto idonee, misure di sicurezza, di cui agli artt. 33 ss. del Codice Privacy nonché del relativo All. B (Disciplinare tecnico in materia di misure minime di sicurezza).

Inoltre, tra i rischi ed i pericoli che si possono incontrare nell'uso delle app, e che occorre opportunamente prevenire, vanno segnalati sia quelli interni al dispositivo (ad esempio malfunzionamenti, limitazioni dovute alle dimensioni del display ecc.), ma soprattutto quelli esterni al dispositivo, tra i quali smarrimento, furto, uso non autorizzato, distruzione del dispositivo, smaltimento/dismissione dispositivo³² ed il contesto di utilizzo³³.

Particolare attenzione merita anche l'aspetto del trasferimento dei dati all'estero³⁴, recentemente salito agli onori della cronaca per l'effetto dirompente della sentenza del 06 ottobre 2015 della Corte di Giustizia dell'Unione Europea³⁵ che ha invalidato il c.d. Safe Harbor.

A seguito della citata sentenza, infatti, è venuto meno il principale strumento legale

²⁹ Nell'ottica di un vero e proprio Privacy Impact Assessment (PIA.), i cui principi cardine (secondo il PIA-Handbook dell'I.C.O. inglese) sono: identificazione e gestione del rischio; evitare costi non necessari; prevenire soluzioni inadeguate; evitare la perdita di fiducia e di reputazione; informare utenti e collaboratori dello sviluppatore sulla strategia di comunicazione; soddisfare e superare i requisiti legali.

³⁰ Non è questa la sede per trattare diffusamente del documento informatico e della sua validità come forma scritta. Ci si riferisce, per brevità, agli artt. 20 e ss. del Codice dell'Amministrazione Digitale di cui al D. L.vo 82/05 e delle relative regole tecniche, di cui al D.P.C.M. 13.11.2014.

³¹ Consenso non necessario solo nel caso in cui l'app dovesse ricadere nelle previsioni dell'art. 26 co. 4 lett. b) del D. L.vo 196/03.

³² Al riguardo si veda il provvedimento del Garante Privacy proprio in materia di Rifiuti di apparecchiature elettriche ed elettroniche (Raee) e misure di sicurezza dei dati personali del 13 ottobre 2008, reperibile all'indirizzo internet <http://www.garanteprivacy.it/web/guest/home/docweb/-/docweb-display/docweb/1571514>, consultato novembre 2015.

³³ V. *Mobile-health e applicazioni per la salute: aspetti bioetici*, cit., pag. 10. In relazione al contesto di utilizzo, particolare importanza riveste l'eventuale utilizzo in ambito sanitario (ad es. ospedali, cliniche, strutture sanitarie) nel quale l'app può essere utilizzata, anche se di per sé, l'uso in un contesto siffatto non trasforma automaticamente l'app in un dispositivo medico.

³⁴ Artt. 42 e ss. D. L.vo 196/03.

³⁵ Sentenza nella causa C-362/14, Maximilian Schrems/Data Protection Commissioner, con la quale è stata dichiarata invalida la decisione 26 luglio 2000, adottata con Decisione 2000/520/CE della Commissione, a norma della direttiva 95/46/CE del Parlamento europeo e del Consiglio sull'adeguatezza della protezione offerta dai principi di approdo sicuro (c. d. Safe Harbor).

autorizzativo per il trasferimento dei dati personali verso gli U.S.A.; tale situazione è stata formalizzata anche dal Garante italiano con il provvedimento del 22 ottobre 2015³⁶, che ha caducato la relativa autorizzazione generale³⁷.

Ad ogni modo, occorre tenere presente che il Safe Harbor non era il solo strumento legale per trasferire dati personali all'estero³⁸, in quanto detto trasferimento è sempre possibile sulla base del consenso dell'interessato, oppure sulla base delle B.C.R. (Binding Corporate Rules)³⁹ o delle clausole contrattuali standard c.d. Model Contracts⁴⁰; a ciò si aggiunga che l'Unione Europea si sta già impegnando per raggiungere un nuovo accordo⁴¹, anche sulla base delle sollecitazioni del W.P. 29⁴², per evitare che una situazione di empasse così diffusa possa creare notevoli danni.

Come pure non va sottovalutato il ruolo di interazione svolto dalle A.P.I.⁴³ e quello delle c.d. terze parti, con cui l'app dovesse comunicare per l'erogazione del servizio.

Inoltre, anche se non obbligatorio, se non in ambito di dossier sanitario⁴⁴, sarebbe opportuno prevedere delle apposite policy in caso di c. d. data breach, ossia in caso di incidenti che provochino perdita dei dati o violazione degli stessi (ad es. accessi non

³⁶ Trasferimento dati personali verso gli USA: caducazione provvedimento del Garante del 10.10.2001 di riconoscimento dell'accordo sul c.d. "Safe Harbor" - 22 ottobre 2015, reperibile all'indirizzo internet <http://www.garanteprivacy.it/web/guest/home/docweb/-/docweb-display/docweb/4396484>, consultato novembre 2015.

³⁷ Autorizzazione al trasferimento verso gli Stati Uniti d'America ("Safe Harbor") del 10 ottobre 2001, reperibile all'indirizzo internet <http://www.garanteprivacy.it/web/guest/home/docweb/-/docweb-display/docweb/30939>, consultato novembre 2015.

³⁸ Al riguardo si può vedere la apposita pagina del sito del Garante, raggiungibile all'indirizzo internet <http://www.garanteprivacy.it/home/provvedimenti-normativa/normativa/normativa-comunitaria-e-internazionale/trasferimento-dei-dati-verso-paesi-terzi>, consultato novembre 2015, nonché le apposite indicazioni fornite dalla Commissione UE con comunicazione del 06.11.15, reperibile all'indirizzo internet http://ec.europa.eu/justice/data-protection/international-transfers/adequacy/files/eu-us_data_flows_communication_final.pdf, consultato novembre 2015.

³⁹ http://ec.europa.eu/justice/data-protection/international-transfers/binding-corporate-rules/index_en.htm

⁴⁰ http://ec.europa.eu/justice/data-protection/international-transfers/transfer/index_en.htm

⁴¹ Da raggiungere entro tre mesi, anche perchè le trattative andrebbero avanti già dall'inizio del 2014, ben prima, quindi, della sentenza della Corte di Giustizia. Si veda il comunicato della Commissione e le relative dichiarazioni del Vice Presidente Ansip, reperibile all'indirizzo internet http://europa.eu/rapid/press-release_IP-15-6015_it.htm

⁴² Il gruppo dei garanti europei auspica la risoluzione definitiva del problema entro fine gennaio 2016; il relativo comunicato è reperibile all'indirizzo internet http://ec.europa.eu/justice/data-protection/article-29/press-material/press-release/art29_press_material/2015/20151016_wp29_statement_on_schrems_judgment.pdf

⁴³ Application Programming Interface: insieme di procedure disponibili al programmatore, di solito raggruppate a formare un set di strumenti specifici per l'espletamento di un determinato compito all'interno di un certo programma, che in genere negli smartphone consente l'interazione con le risorse hardware del dispositivo.

⁴⁴ V. punto 7.1. delle Linee Guida in materia di Dossier Sanitario, di cui all'Allegato A della deliberazione del Garante Privacy del 4 giugno 2015, reperibile all'indirizzo internet <http://194.242.234.211/documents/10160/0/Linee+guida+in+materia+di+dossier+sanitario++Allegato+A.pdf>, consultato novembre 2015.

autorizzati).

Un'ultimo accenno in materia di trattamento dei dati personali riguarda i c.d. *cookies*⁴⁵, eventualmente di profilazione⁴⁶ (in questo caso di comportamenti che rivelano lo stato di salute), anche questi argomenti oggi attuali più che mai, proprio perchè oggetto degli specifici interventi dell'Autorità Garante richiamati in nota.

Oltre al trattamento dei dati personali, altri aspetti giuridici che vanno analizzati per

⁴⁵ I cookies sono stringhe di testo di piccole dimensioni che i siti visitati dall'utente inviano al suo terminale (solitamente al browser), dove vengono memorizzati per essere poi ritrasmessi agli stessi siti alla successiva visita del medesimo utente. Nel corso della navigazione sul sito, l'utente può ricevere sul suo terminale anche cookies che vengono inviati da siti o da web server diversi (c.d. "terze parti"), sui quali possono risiedere alcuni elementi (quali, ad esempio, immagini, mappe, suoni, specifici link a pagine di altri domini) presenti sul sito che si sta visitando. I cookies, solitamente presenti nei browser degli utenti in numero molto elevato e a volte anche con caratteristiche di ampia persistenza temporale, sono usati per differenti finalità: esecuzione di autenticazioni informatiche, monitoraggio di sessioni, memorizzazione di informazioni su specifiche configurazioni riguardanti gli utenti che accedono al server, ecc.

In genere, si individuano due macro-categorie: cookies "tecnici" e cookies "di profilazione".

I cookies tecnici sono quelli utilizzati al solo fine di "effettuare la trasmissione di una comunicazione su una rete di comunicazione elettronica, o nella misura strettamente necessaria al fornitore di un servizio della società dell'informazione esplicitamente richiesto dall'abbonato o dall'utente a erogare tale servizio" (cfr. art. 122, comma 1, del Codice). Essi non vengono utilizzati per scopi ulteriori e sono normalmente installati direttamente dal titolare o gestore del sito web. A loro volta, possono essere suddivisi in:

- cookies di navigazione o di sessione, che garantiscono la normale navigazione e fruizione del sito web (permettendo, ad esempio, di realizzare un acquisto o autenticarsi per accedere ad aree riservate);
- cookies analytics, assimilati ai cookie tecnici laddove utilizzati direttamente dal gestore del sito per raccogliere informazioni, in forma aggregata, sul numero degli utenti e su come questi visitano il sito stesso;
- cookies di funzionalità, che permettono all'utente la navigazione in funzione di una serie di criteri selezionati (ad esempio, la lingua, i prodotti selezionati per l'acquisto) al fine di migliorare il servizio reso allo stesso.

Per l'installazione di tali cookies non è richiesto il preventivo consenso degli utenti, ma deve essere resa l'informativa estesa.

I cookies di profilazione, invece, sono volti a creare profili relativi all'utente e vengono utilizzati al fine di inviare messaggi pubblicitari in linea con le preferenze manifestate dallo stesso nell'ambito della navigazione in rete. In ragione della particolare invasività che tali dispositivi possono avere nell'ambito della sfera privata degli utenti, la normativa europea e italiana prevede che l'utente debba essere adeguatamente informato sull'uso degli stessi ed esprimere così il proprio valido consenso.

L'impianto normativo si fonda sulla c.d. Direttiva europea e-privacy, la 58/2002, modificata dalla direttiva 136/2009, attuate in Italia con la modifica all'art. 122 del codice privacy.

Il Garante, poi, ha emanato il provvedimento di Individuazione delle modalità semplificate per l'informativa e l'acquisizione del consenso per l'uso dei cookie, dell'8 maggio 2014, <http://www.garanteprivacy.it/web/guest/home/docweb/-/docweb-display/docweb/3118884>, cui sono seguiti i Chiarimenti in merito all'attuazione della normativa in materia di cookie, reperibili all'indirizzo internet <http://www.garanteprivacy.it/web/guest/home/docweb/-/docweb-display/docweb/4006878>, consultato novembre 2015.

Ad ogni modo, i cookies non sono gli unici strumenti utilizzati che possono incidere in maniera significativa sull'acquisizione quasi "surrettizia" di dati personali; infatti, sono ben più pericolosi ed efficaci altri strumenti come i web beacon, utilizzati nelle varie forme tipo pixel attivi, clear gif ecc. (richiamati nel provvedimento dell'8 maggio 2014, in forza della sua applicazione anche agli stessi).

⁴⁶ Linee guida in materia di trattamento di dati personali per profilazione on line - 19 marzo 2015. <http://www.garanteprivacy.it/web/guest/home/docweb/-/docweb-display/docweb/3921331>, consultato novembre 2015.

seguire la metodologia, sono quelli relativi alle condizioni o ai termini del servizio reso dall'app, per i quali vanno redatti appositi documenti contrattuali che vincolino gli utenti-pazienti con lo sviluppatore o con il medico/struttura sanitaria⁴⁷.

Anche in questo caso, la loro redazione è di importanza fondamentale, poiché rappresentano e traducono in linguaggio giuridico il funzionamento dell'app stessa, limitando al minimo possibilità di errate interpretazioni dei relativi obblighi o prevenendo possibili incertezze che possono portare a contenziosi; ecco perché la corretta e puntuale stesura delle stesse costituisce un altro tassello imprescindibile nello sviluppo dell'app.

Tra le altre criticità giuridiche oggetto della metodologia, vanno segnalate la scelta del S.O. per lo sviluppo dell'app, che può condizionare, e non poco, la diffusione e l'utilizzo dell'app stessa⁴⁸, soprattutto in relazione al canale di distribuzione e le relative licenze d'uso⁴⁹, la eventuale modalità di erogazione del servizio tramite le diverse forme di cloud computing⁵⁰, la geolocalizzazione, l'eventuale scelta di utilizzare una piattaforma e-commerce per l'erogazione di servizi (con le relative implicazioni amministrative⁵¹ e contrattuali anche in ordine alle informative in materia di consumatori), tanto all'utente-paziente, quanto all'utente-operatore sanitario o struttura sanitaria⁵², l'eventuale gestione dei pagamenti elettronici⁵³.

Infine, si vuole richiamare l'attenzione sulla possibilità di ottenere la classificazione dell'app come dispositivo medicale, in conformità delle direttive europee⁵⁴ o delle linee

⁴⁷ Dipende dal tipo di servizio offerto; i termini contrattuali, infatti, servono per regolare i rapporti tra tutte le parti eventualmente coinvolte.

⁴⁸ I due OS più utilizzati sono Android, sviluppato da Google, e iOS sviluppato da Apple; in posizione residuale Windows Phone, sviluppato da Microsoft ed ancora più marginale il sistema Blackberry. Lo sviluppatore può, inoltre, scegliere di diffondere la propria app anche attraverso altri canali, come un sito web dedicato.

⁴⁹ In quanto software, le app saranno comunque soggette alla tutela assicurata dal diritto d'autore.

⁵⁰ Sul cloud computing in generale ed in ambito sanitario, M. Mancarell *e-Health e diritti. L'apporto dell'informatica giuridica*, cit., pp. 205 e ss.

⁵¹ Potrebbe essere, infatti, necessaria la presentazione di una S.C.I.A.

⁵² Al riguardo, va precisato che l'art. 47 del D. L.vo 206/05 (c.d. Codice del Consumo), tra le altre, esclude l'applicazione della relativa normativa anche nell'ipotesi di cui alla lett. b), ossia assistenza sanitaria, per i servizi prestati da professionisti sanitari a pazienti, al fine di valutare, mantenere o ristabilire il loro stato di salute, ivi compresa la prescrizione, la somministrazione e la fornitura di medicinali e dispositivi medici, sia essa fornita o meno attraverso le strutture di assistenza sanitaria.

⁵³ Al riguardo si segnala il Provvedimento generale in materia di trattamento dei dati personali nell'ambito dei servizi di mobile remote payment, emanato dal Garante Privacy il 22 maggio 2014, reperibile all'indirizzo internet <http://www.garanteprivacy.it/web/guest/home/docweb/-/docweb-display/docweb/3161560>, consultato novembre 2015.

⁵⁴ Direttiva 93/42/CEE del Consiglio del 14 giugno 1993 concernente i dispositivi medici, e ss. mm. ii.; in Italia, è stata recepita con il D. L.vo 24 febbraio 1997, n. 46 e ss. mm. ii. La modifica più importante, introdotta con la Direttiva 2007/47/CE del Parlamento europeo e del Consiglio del 5 settembre 2007, recepita in Italia con il D. L.vo 37/2010, è stata la possibilità di certificare come dispositivo medico anche il software c.d. Stand alone che soddisfa i requisiti normativi dalla stesse previsti, fondamentalmente, quindi, un software (come le app) destinato dal fabbricante ad essere impiegato specificamente con finalità diagnostiche e/o terapeutiche e necessario al corretto funzionamento del dispositivo stesso, destinato dal fabbricante ad essere impiegato sull'uomo a fini di: 1) diagnosi, prevenzione, controllo, trattamento o attenuazione di ma-

guida della F.D.A. (Food and Drug Administration) statunitense.

In ordine a quest'ultimo aspetto occorre sottolineare che la certificazione di un app come dispositivo medico sia ancora un'ipotesi sovente residuale, anzi, nella maggior parte dei casi, addirittura evitata dagli sviluppatori, proprio per non incorrere in un notevole appesantimento dell'iter di sviluppo.

A ben vedere, però, una app medica, che voglia essere tale, dovrebbe essere progettata per soddisfare i requisiti per la marcatura come dispositivo medico, per tutta una serie di garanzie che tale marcatura offre in termini di sicurezza ed affidabilità; proprio in tal senso il Royal College of Physicians di Londra raccomanda solo l'utilizzo di app mediche che siano certificate come dispositivo medico e di chiedere agli sviluppatori di ottenerlo, nel caso ne fossero sprovviste⁵⁵.

Ciò dal canto suo comporta che i contenuti dell'app abbiano una apposita validazione scientifica, dovendosi escludere una sorta di referenziazione basata su forme di crowdsourcing o, comunque, affidate ad altri utenti non appositamente specializzati; è più opportuno, infatti, optare per una validazione basata sul parere di medici e specialisti nonché di strutture che possano sostenere la validità delle risultanze scientifiche o cliniche⁵⁶.

Inoltre, in considerazione della definitiva approvazione del regolamento sul Fascicolo Sanitario Elettronico⁵⁷ è possibile che l'app (soprattutto se sviluppata in ambito pubblico)

lattie; 2) diagnosi, controllo, trattamento, attenuazione o compensazione di una ferita o di un handicap; 3) studio, sostituzione o modifica dell'anatomia oppure di un processo fisiologico; 4) controllo del concepimento, che non eserciti nel o sul corpo umano l'azione principale cui è destinato con mezzi farmacologici, immunologici o mediante processi metabolici, ma la cui funzione possa essere coadiuvata da tali mezzi.

Altra norma da segnalare è il Regolamento (UE) N. 207/2012 della Commissione del 9 marzo 2012, relativo alle istruzioni per l'uso elettroniche dei dispositivi medici.

Il quadro normativo italiano si compone anche del Decreto del Ministero della Salute del 21 dicembre 2009, con il quale sono state apportate modifiche ed integrazioni al decreto ministeriale 20 febbraio 2007 recante «Nuove modalità per gli adempimenti previsti per la registrazione dei dispositivi impiantabili attivi nonché per l'iscrizione nel Repertorio dei dispositivi medici» e del Decreto del Ministero della salute del 29 luglio 2013 sulla Classificazione Nazionale dei Dispositivi medici (CND).

Infine, è opportuno richiamare, per quanto non hanno valore normativo, anche le "Medical Devices: Guidance document - Qualification and Classification of stand alone software", c.d. MEDDEV 2.1/6 del Gennaio 2012 (reperibili all'indirizzo internet http://ec.europa.eu/health/medical-devices/files/meddev/2_1_6_ol_en.pdf), nonché il "Manual on borderline and classification in the community regulatory framework for medical device,

Version 1.16 (07-2014), reperibile all'indirizzo internet http://ec.europa.eu/health/medical-devices/files/wg_minutes_member_lists/borderline_manual_ol_en.pdf.

⁵⁵ Le relative raccomandazioni sono reperibili all'indirizzo internet <https://www.rcplondon.ac.uk/projects/new-technologies>, consultato novembre 2015.

⁵⁶ Si veda il documento "Le indagini cliniche dei dispositivi medici", a cura della Direzione Generale Dispositivi Medici del Ministero della Salute, reperibili all'indirizzo internet http://www.salute.gov.it/imgs/C_17_pubblicazioni_2352_allegato.pdf, consultato novembre 2015.

⁵⁷ Con il D.P.C.M. 29 settembre 2015 n. 178, recante "Regolamento in materia di fascicolo sanitario elettronico", pubblicato sulla Gazz. Uff. Serie Generale n. 263 dell'11 novembre 2015.

Sul F.S.E., tra gli altri, Mancarella M. *e-Health e diritti. L'apporto dell'informatica giuridica*, cit., e Moruzzi M. *Il Fascicolo Sanitario Elettronico in Italia. La sanità ad alta comunicazione*, cit.

venza resa interoperabile⁵⁸ con lo strumento principe della sanità digitale, che dovrebbe ormai rappresentare un traguardo (sia pure raggiunto con eccessiva lentezza rispetto ai potenziali vantaggi) per rivoluzionare (in meglio) i servizi in sanità e ridurre la relativa spesa. Se sviluppata in ambito P.A., poi, l'app potrebbe soggiacere alla disciplina sul riuso del software, di cui agli artt. 69 e 70 del C.A.D.⁵⁹.

In ultimo, una speciale attenzione merita il tema del possibile coinvolgimento di utenti minorenni, di recente oggetto di un apposito Sweep Day 2015⁶⁰.

Gli esiti principali dell'indagine, svolta dagli esperti del Garante privacy (in collaborazione con altre 28 Autorità internazionali del Global Privacy Enforcement Network - GPEN) su 22 app e 13 siti internet (appartenenti al settore educational, al mondo dei giochi, a servizi on line offerti da canali televisivi per l'infanzia, ai social network) scelti tra quelli più utilizzati dai bambini tra gli 8 e i 13 anni o appositamente sviluppati per loro⁶¹, hanno evidenziato gravi profili di rischio per la privacy dei minori, tra i quali⁶²:

- Identificazione del minore: in 30 casi vengono raccolti dati personali; in 25 casi si è riscontrato l'obbligo di registrarsi inserendo almeno l'indirizzo di posta elettronica; in 20 casi occorre indicare il proprio nome; in 13 casi è necessario consentire l'accesso a foto e video presenti sullo smartphone, sul tablet o sul pc; 19 tra siti e app registrano l'indirizzo IP; 18 l'identificativo unico dell'utente; 11 richiedono la geolocalizzazione del dispositivo utilizzato dal bambino.
- Comunicazione dei dati personali a terze parti: in 23 casi è prevista la condivisione con altri soggetti dei dati personali raccolti.
- Pubblicità e acquisti: 23 tra siti e app includono banner pubblicitari di terze parti (in alcuni casi non attinenti al mondo dell'infanzia). In ben 22 casi il minore può essere reindirizzato fuori dal sito/app che sta utilizzando. Alcune app consentono al bambino di procedere direttamente all'acquisto di prodotti e servizi (acquisti "in app").
- Tutele privacy: sono pochi i siti e le app in cui è presente un'informativa privacy chiara e completa, o che consentono un utilizzo senza la richiesta di dati personali. Sono

⁵⁸ Si vedano anche le Specifiche tecniche per l'interoperabilità tra i sistemi regionali di FSE - framework e dataset dei servizi base Versione 1.0, rilasciate da Agid il 24 Aprile 2015, reperibili all'indirizzo internet http://www.agid.gov.it/sites/default/files/documenti_indirizzo/specifiche_tecniche_interoperabilita_sistemi_regionali_fse.pdf, consultato novembre 2015.

⁵⁹ In tema di riuso software (intendendosi con tale espressione la possibilità per una P.A. di riutilizzare gratuitamente programmi informatici o parti di essi, sviluppati per conto e a spese di un'altra amministrazione adattandoli alle proprie esigenze), si vedano anche le Linee guida per l'inserimento ed il riuso di programmi informatici o parti di essi pubblicati nella Banca dati dei programmi informatici riutilizzabili di DigitPa, reperibile all'indirizzo internet http://www.agid.gov.it/sites/default/files/linee_guida/linee-guida-riuso-12-04-2012-rev_23-07-2012.pdf, consultato novembre 2015.

⁶⁰ <http://www.garanteprivacy.it/web/guest/home/docweb/-/docweb-display/docweb/3934357>, consultato novembre 2015.

⁶¹ Quindi, non espressamente per app mediche, ma i problemi riscontrati possono ben essere presenti anche nelle app mediche, anzi sono potenzialmente ancora più pericolosi.

⁶² <http://www.garanteprivacy.it/web/guest/home/docweb/-/docweb-display/export/4231738>, consultato novembre 2015

-
- limitati anche gli strumenti (es. parental control, chat preimpostate) adottati per aiutare i bambini a non diffondere, anche involontariamente, i propri dati personali.
- A livello globale, l'analisi ha fatto riscontrare che dai circa 1500 siti e app analizzati a livello globale emerge un quadro di scarsa tutela nei confronti dei più piccoli⁶³. In dettaglio:
- il 67% dei siti/delle app esaminati raccoglie informazioni personali su minori;
 - solo il 31% dei siti/delle app offre meccanismi efficaci per limitare la raccolta di dati personali di minori. Particolarmente preoccupante risulta la circostanza per cui molti siti o app popolari fra i più piccoli affermano nelle informative privacy di non essere pensati per un pubblico minorenne, senza però adottare poi meccanismi che evitino la raccolta di dati personali dei minori che accedono al sito o alla app.
 - Il 50% dei siti/delle app fornisce dati personali a soggetti terzi.
 - Il 22% dei siti/delle app offre la possibilità ai minori di indicare il proprio numero telefonico; il 23% consente loro di mettere a disposizione foto o video.
 - Il 58% dei siti/delle app offre al minore la possibilità di essere reindirizzato verso un altro sito.
 - Solo il 24% dei siti/delle app promuove il coinvolgimento dei genitori.
 - Il 71% dei siti/delle app non offre strumenti per cancellare agevolmente le informazioni contenute negli account

Tuttavia dall'analisi globale sono emerse anche alcune buone prassi, che dovrebbero essere implementate in tutte le app, soprattutto mediche. Tra queste vanno indicate: la possibilità di offrire controlli efficaci (cruscotti riservati all'intervento dei genitori, avatar e/o ID utenti predefiniti per impedire che un minore riveli senza volerlo informazioni personali); implementare chat che permettono ai minori di selezionare parole e frasi solo da elenchi predefiniti, o la visualizzazione di alert preventivi per evitare che il minore inserisca dati personali non necessari); prevedere meccanismi efficaci per limitare la raccolta di dati personali di minori; non far indicare il proprio numero telefonico; non consentire loro di mettere a disposizione foto o video; non offrire loro la possibilità di essere reindirizzati verso un altro sito; promuovere il coinvolgimento dei genitori; offrire strumenti per cancellare agevolmente le informazioni contenute negli account.

3. Conclusioni

È importante, ad ogni modo, osservare come l'interesse allo sviluppo di app nel settore health-care sia ormai diventato, specie a livello mondiale, un pilastro così fondamentale per lo sviluppo del digitale, che quasi tutti i grandi operatori cercano di invogliare gli sviluppatori ad approcciarsi ad esso, mettendo loro a disposizione tutta una serie di

⁶³ <http://194.242.234.211/documents/10160/0/GPEN+Privacy+Sweep+2015.pdf>, consultato novembre 2015.

strumenti (tra cui A.P.I.⁶⁴ e S.D.K.⁶⁵) che forniscano un valido aiuto e supporto tecnico. Ed è proprio con tale considerazione che non si può fare a meno di notare come un grandissimo gruppo come Apple, abbia deciso di rilasciare il proprio “Research Kit”⁶⁶, ossia un *framework software open source* che rende più facile per i ricercatori e gli sviluppatori creare app che possono rivoluzionare gli studi medici e potenzialmente trasformare la medicina per sempre; tale framework opera di pari passo con “HealthKit”, un potente strumento sempre targato Apple, che consente alle app di salute e benessere che girano sugli smartphone dotati di iOS, di lavorare insieme. Una scelta questa, quasi in aperto cambiamento di rotta rispetto alle stringenti logiche proprietarie e dirigitiche che la casa di Cupertino ha sempre seguito nella propria strategia di mercato, per raggiungere la leadership. Evidentemente, l’importanza del settore, collegato ad aspetti vitali quali quello del benessere e della salute psico-fisica, ha fatto sì che la stessa società scendesse in campo con un grande attrattore, quello dell’*Open source*, che consentirà di richiamare l’attenzione e l’impegno di molti più sviluppatori, diversamente costretti a sviluppare solo in ambienti proprietari.

Infine, non si può evitare di riflettere sulla potenziale universalità nell’erogazione dei servizi di sanità digitale e che la scelta di sviluppare un’applicazione priva di respiro sovranazionale (almeno europeo⁶⁷) rischia di rivelarsi una scelta strategica inopportuna. Ciò anche nel pieno rispetto di quello che oggi rappresenta uno dei grandi temi che l’IoT, i *Wearable devices* ed il M2M⁶⁸ pongono sul piatto, ossia l’interoperabilità (anche semantica⁶⁹) dei sistemi, che potendo comunicare correttamente tra di loro, riescono a garantire livelli di sicurezza, di accesso e di performance ancora più elevati, con tutto vantaggio per l’intera collettività umana.

Ovviamente, la visione dello sviluppatore non può evitare di confrontarsi con un approccio multi-livello, declinato in almeno tre ambiti strettamente interconnessi, ossia quello tecnico-informatico, quello del modello di business e quello tecnico-legale, in modo da poter realizzare *app* attraenti dal punto di vista della *user experience*, remunerative⁷⁰

⁶⁴ Application Programming Interface: insieme di procedure disponibili al programmatore, di solito raggruppate a formare un set di strumenti specifici per l’espletamento di un determinato compito all’interno di un certo programma, che in genere negli smartphone consente l’interazione con le risorse hardware del dispositivo.

⁶⁵ Software Developer Kit, indica generalmente un insieme di strumenti per lo sviluppo e la documentazione di software.

⁶⁶ <https://www.apple.com/researchkit/>

⁶⁷ Al riguardo si veda la direttiva UE 2011/24 concernente l’applicazione dei diritti dei pazienti relativi all’assistenza sanitaria transfrontaliera.

⁶⁸ Il Machine to Machine (M2M) è stato recentemente oggetto di apposita indagine da parte dell’AGCOM, il cui report finale è reperibile all’indirizzo internet <http://www.agcom.it/documents/10179/1667676/Allegato+3-4-2015/0d62e670-be04-448b-9321-bc2d4363ec6a?version=1.0>, consultato novembre 2015.

⁶⁹ Come, peraltro, previsto dall’art. 25 del D.P.C.M. 29 settembre 2015, n. 178, recante “Regolamento in materia di fascicolo sanitario elettronico”, cit.

⁷⁰ Remunerazione non necessariamente economica, come nel caso di app sviluppate da Organizzazioni non profit.

per gli sviluppatori e conformi ai vari *legal frameworks* interessati.

L'auspicio è che l'utilizzo incrociato di tutte queste tecnologie⁷¹, con i relativi dati che vengono estratti ed analizzati, agevoli lo sviluppo di algoritmi⁷² che consentano un'altissima precisione diagnostica, terapeutica ed aiutino la ricerca scientifica, migliorando o aiutando a conservare lo stato di salute degli esseri umani, con una conseguente quanto considerevole riduzione dei costi sociali.

⁷¹ App + Wearable + IoT/M2M + BigData (magari con funzionalità Real-time Analysis)

⁷² In un'ottica di ciò che oggi viene definito come Apprendimento Automatico (Machine learning), nel campo dell'Intelligenza Artificiale (A. I.).

PARTE SECONDA

La disciplina dei controlli a distanza sull'attività dei lavoratori; Financial education; le clausole di esclusiva nei contratti tra imprese; il Capitale nel XXI secolo.

LA NUOVA DISCIPLINA DEI CONTROLLI A DISTANZA SULL'ATTIVITÀ DEI LAVORATORI E LA MODERNITÀ POSTPANOTTICA

Valerio Maio

*Non c'è da dubitare della grande importanza dei nuovi modelli.
Ma sono proprio questi che, ancor prima di fornire la soluzione,
pongono i problemi: quello della loro esistenza e quello della loro diffusione.*

*Come sono potuti nascere e soprattutto
come hanno potuto essere accettati in modo così generale?*

M. FOUCAULT, *Sorvegliare e punire*, 1975

Sommario 1. Premessa: la riscrittura dell'art. 4 dello Statuto dei lavoratori nell'ambito della più complessa riforma della subordinazione nota come *Jobs act*. - 2. La soppressione del divieto esplicito dei controlli intenzionali. - 3. I controlli difensivi e la tutela del patrimonio aziendale. - 4. (segue) la sottoposizione dei controlli difensivi al previo accordo sindacale od all'autorizzazione amministrativa. - 5. (segue) la distinzione tra controlli difensivi e controlli difensivi in senso stretto nella pregressa elaborazione. - 6. (segue) una proposta di rilettura dei controlli difensivi come manifestazione della legittima difesa in ambito civile - 7. Le novità in tema di mediazione sindacale ed amministrativa. - 8. Strumenti di lavoro complessi e registrazioni degli accessi e delle presenze. - 9. Il rinvio al d.lgs. n. 196 del 2003 e la legittimazione della regolazione multilivello - 10. L'impiego delle informazioni a fini disciplinari ed il tema del rendimento. - 11. Consapevolezza ed accettazione sociale dei nuovi controlli nella società cd. postpanoptica.

1. Premessa

In sede di premessa¹, occorre muovere da una osservazione che potrebbe persino apparire banale nella sua icasticità: l'art. 23, co. 1, del d.lgs. 14 settembre 2015, n. 151, riscrivendo l'art. 4 della legge n. 300 del 1970, ha direttamente inciso su di uno dei cardini

¹ Le argomentazioni e conclusioni riportate nel presente scritto sono state presentate e discusse nell'ambito del convegno promosso dal *Gruppo Freccia Rossa*, tenutosi presso la Facoltà di Giurisprudenza dell'Università di Roma La Sapienza, il 18 ottobre 2015, all'interno della sessione pomeridiana dedicata al tema della *Revisione della disciplina dei controlli a distanza*.

dello Statuto dei lavoratori, modificando in maniera significativa la disposizione che, ancora oggi, costituisce il riferimento normativo principale in tema di controlli a distanza dell'attività dei lavoratori ².

² In tema, come sempre per le norme dello Statuto, esiste una bibliografia sterminata. Oltre ai contributi che saranno citati v., senza pretesa di esaustività, C. SMURAGLIA, *Progresso tecnico e tutela della personalità del lavoratore (a proposito della installazione di impianti di ripresa televisiva nelle fabbriche)*, in *Riv. Giur. Lav.*, 1960, I, pag. 303 e segg., P. ICHINO, *Diritto alla riservatezza e diritto al segreto nel rapporto di lavoro: la disciplina giuridica della circolazione delle informazioni nell'impresa*, Milano, 1979, B. VENEZIANI, *Art. 4 e S. SCIARRA, Art. 8*, in G. GIUGNI (diretto da), *Lo Statuto dei lavoratori. Commentario*, Milano, 1979, risp. pag. 2 e 88 e segg., F. CARINCI, *Rivoluzione tecnologica e diritto del lavoro: il rapporto individuale*, in *Giorn. Dir. Lav. Rel. Ind.*, 1985, pag. 203 segg., M. DELL'OLIO, *Art. 4 stat. lav. ed elaboratori elettronici*, in *Dir. Lav.*, 1986, I, pag. 487 e segg., G. GHEZZI e F. LISO, *Computer e controllo dei lavoratori*, in *Giorn. Dir. Lav. Rel. Ind.*, 1986, risp. pagg. 354 e 366 e segg., C. PISANI, *I controlli a distanza sui lavoratori*, in *Giorn. Dir. Lav. Rel. Ind.*, 1986, pag. 121 e segg., R. DE LUCA TAMAJO -R. IMPERIALI D'AFFLITTO-C. PISANI-R. ROMEI (a cura di), *Nuove tecnologie e tutela della riservatezza dei lavoratori*, Milano, 1988, A. CATAUDELLA, *Dignità e riservatezza (tutela della)*, in *Enc. Giur. Treccani*, vol. XXI, Roma, 1990, L. GAETA, *La dignità del lavoratore e i turbamenti dell'innovazione*, in *Lav. Dir.*, 1990, pag. 203 e segg., A. BELLAVISTA, *Il controllo sui lavoratori*, Torino, 1995, Id., *Investigatori privati e controlli occulti sui lavoratori*, in *Riv. It. Dir. Lav.*, 1996, II, pag. 544 e segg., E. GRAGNOLI, *L'informazione nel rapporto di lavoro*, Torino, 1996, Id., *La prima applicazione della legge «sul trattamento dei dati personali» ed il rapporto di lavoro privato*, in *Riv. Crit. Dir. Priv.*, 1997, pag. 673 e segg., P. CHIECO, *Il diritto alla riservatezza del lavoratore*, in *Giorn. Dir. Lav. Rel. Ind.*, 1998, pag. 1 e segg., P. LAMBERTUCCI, *Trattamento dei dati personali, rapporto di lavoro e diritti del sindacato: brevi note in margine ad un primo intervento dei giudici*, in *Giur. It.*, 1998, I, pag. 267 e segg., P. CHIECO, *Privacy e lavoro. La disciplina del trattamento dei dati personali del lavoratore*, Bari, 2000, A. TAMPIERI, *Costituzione del rapporto e tutela della riservatezza del lavoratore*, in *Quad. Dir. Lav. Rel. Ind.*, 2000, n. 24, pag. 9 e segg., R. DE LUCA TAMAJO, *I controlli sui lavoratori*, in G. ZILIO GRANDI (a cura di), *I poteri del datore di lavoro nell'impresa*, Padova, 2002, pag. 30 e segg., M. AIMO, *Privacy, libertà di espressione e rapporto di lavoro*, Napoli, 2003, A. CATAUDELLA, *Riservatezza del lavoratore subordinato e accesso a suoi dati personali in sede di controllo da parte del datore di lavoro*, in *Arg. Dir. Lav.*, 2006, pag. 1138 e segg., A. REALE - I. LINCIANO, *I diritti dei lavoratori*, in R. PANETTA (a cura di), *Libera circolazione e protezione dei dati personali*, Milano, 2006, pag. 451 e segg., A. TAMPIERI, *Privacy (diritto del lavoro)*, in *Digesto comm.*, Agg. 2007, Torino, pag. 686 e segg., M. DEL CONTE, *Internet, posta elettronica e oltre: il garante della privacy rimodula i poteri del datore di lavoro*, in *Dir. Inf. Inform.*, 2007, pag. 497 e segg., A. BELLAVISTA, *La disciplina della protezione dei dati personali e i rapporti di lavoro*, in C. CESTER (a cura di), *Il rapporto di lavoro subordinato: costituzione e svolgimento*, in F. CARINCI (diretto da), *Il diritto del lavoro. Commentario*, t. II, Torino, 2007, pag. 479 e segg., E. GRAGNOLI, *Dalla tutela della libertà alla tutela della dignità e della riservatezza dei lavoratori*, in *Arg. Dir. Lav.*, 2007, pag. 1211 e segg., C. ZOLI, *Il controllo a distanza del datore di lavoro, l'art. 4 l. n. 300/1970 tra attualità ed esigenze di riforma*, in *Riv. It. Dir. Lav.*, 2009, I, pag. 485 e segg., P. TULLINI, *Comunicazione elettronica, potere di controllo e tutela del lavoratore*, in *Riv. It. Dir. Lav.*, 2009, I, pag. 323 e segg., L. GAETA, *Che cosa è oggi lo Statuto dei lavoratori?*, in *Lav. Dir.*, 2010, pag. 54 e segg., P. TULLINI (a cura di), *Tecnologie della comunicazione e della riservatezza nel rapporto di lavoro. Uso dei mezzi elettronici, potere di controllo e trattamento dei dati personali*, in F. GALGANO (diretto da) *Trattato di dir. comm. e di dir. pubbl. dell'economia*, Padova, 2010, F. RAVELLI, *Controlli informatici e tutela della privacy*, in *Riv. Crit. Dir. Lav.*, 2010, pag. 317 e segg., M. AIMO, *Tutela della riservatezza e protezione dei dati personali dei lavoratori*, in M. MARAZZA (a cura di) *Contratto di lavoro e organizzazione*, t. II, in M. PERSIANI, F. CARINCI (diretto da), *Trattato di diritto del lavoro*, 2012, Padova, pag. 1771 e segg., E. BARRACO A. SITZIA, *La tutela della privacy nei rapporti di lavoro*, Milano, 2013, F. OLIVELLI, *Il difficile bilanciamento tra la tutela della privacy e le esigenze di controllo del datore di lavoro*, in *Riv. It. Dir. Lav.*, 2013, II, pag. 372 e segg., A. TROJSI, *Il diritto del lavoratore alla protezione dei dati personali*, Torino, 2013, A. LEVI, *Il controllo informatico sull'attività del lavoratore*, Torino, 2013, A. SITZIA, *Il diritto alla «privatezza» nel rapporto di lavoro tra fonti comunitarie e nazionali*, Padova, 2013, P. LAMBERTUCCI,

Norma che nel 1970 fu posizionata, con pragmatismo e lungimiranza, a presidio del difficile crocevia tra istanze organizzative dell'impresa e necessità di garantire la dignità e la libertà della persona umana che lavora (art. 41, co. 1 e 2, Cost.)³. E, poi, è rimasta intatta per quarantacinque anni, a dispetto delle molte voci che, in questo caso più ancora che per altre disposizioni dello Statuto, ne chiedevano, di volta in volta, l'aggiornamento ai tempi, alle tecniche di produzione, alle esigenze di controllo, al sopraggiunto statuto generale del diritto alla *privacy* dei cittadini e dei lavoratori⁴.

Ovviamente, un simile intervento, oltre ad avere le conseguenze dirette in termini di disciplina e, dunque, agevolazione o limitazione dei controlli, di cui ci dovremo subito occupare, impone, anzitutto, una riflessione di ordine generale.

Occorre domandarsi se, come pure è stato osservato in sede di primo commento, siamo al cospetto di un'operazione micro-settoriale, sostanzialmente di aggiornamento della normativa in un ambito certamente influenzato da innovazioni di carattere tecnologico che hanno enormemente ampliato e diffuso le possibilità di controllo dell'attività dei lavoratori, specie attraverso modalità connettive di interazione a distanza a basso costo e capaci di operare, di fatto, senza soluzione di continuità.

Oppure, se la revisione dell'art. 4 cit. si iscrive all'interno di un processo più ampio, onde abbiamo a che fare con un mutamento profondo, verrebbe da dire sistemico, della posizione complessiva del lavoratore subordinato.

A mio avviso, non v'è dubbio che la risposta debba essere nel senso che il legislatore interviene sui controlli non già occasionalmente, ma nell'ambito di un disegno coerente di revisione al ribasso dello statuto protettivo del lavoro subordinato.

Dopo avere riscritto il potere disciplinare e di licenziamento, ancorché solo per i lavoratori cd. a tutele crescenti e mantenendo sostanzialmente immutate le ragioni di licenziamento, ma agendo, assai incisivamente, sul versante sanzionatorio (v. d.lgs. n. 23 del 2015) e dopo avere ridefinito i contorni del potere direttivo, rimodulando a fondo la disciplina dello *jus variandi* delle mansioni e producendo un sensibile ampliamento della sfera debitoria del lavoratore (v. art. 3 d.lgs. 15 giugno 2015, n. 81), ecco, da ultimo, un intervento, altrettanto invasivo, anche sul potere di controllo del datore di lavoro, a completare una articolata e radicale, discussa e discutibile, revisione della subordinazione.

Revisione che avviene a dispetto della invarianza della fattispecie legale tipica (*id est*

Potere di controllo del datore di lavoro e tutela della riservatezza del lavoratore: i controlli a "distanza" tra attualità della disciplina statutaria, promozione della contrattazione di prossimità e Legge delega del 2014 (c.d. Jobs act), in WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".IT, n. 255, 2015.

³ Assecondando «l'idea madre dello Statuto» per cui «l'organizzazione deve modellarsi sull'uomo, e non viceversa», L. MENGONI, *Le modificazioni del rapporto di lavoro alla luce dello Statuto dei lavoratori*, in AA.VV., *L'applicazione dello Statuto dei lavoratori*, Milano, 1973, pag. 23. Cfr. G. PERA (VOCE), *Libertà e dignità dei lavoratori*, in *Noviss. Dig.*, app. IV, Torino, 1983, pag. 896 e seg., E. GRAGNOLI, *L'informazione nel rapporto di lavoro*, op. cit., pag. 158.

⁴ V., ad esempio, R. DEL PUNTA, *Diritti della persona e contratto di lavoro*, in *Dir. Lav. Rel. Ind.*, 2006, pag. 193 e segg., sp. pag. 243, C. ZOLI, *Il controllo a distanza del datore di lavoro, l'art. 4 l. n. 300/1970 tra attualità ed esigenze di riforma*, op. cit., pag. 502 e segg., F. CARINCI, *Rivoluzione tecnologica e diritto del lavoro: il rapporto individuale*, op. cit., pag. 221.

dell'art. 2094 Cod. Civ.), come anche di ogni lettura minimizzante, che si limiti a percepire il cambiamento impresso dal legislatore come l'ultimo tassello della lotta, da tempo dichiarata e ormai giunta all'epilogo, al contenzioso.

La realtà è che oltre un lustro di crisi economica, cui sembrerebbe seguire la prospettiva di una ripresa economica, che nessuno è, però, in grado di dire se e quanto sarà anche occupazionale, non potevano non incidere profondamente sul rapporto di potere tra capitale e lavoro. Rapporto il cui punto di equilibrio l'attuale legislatore ritiene non possa più essere rispecchiato dall'assetto voluto nel 1970, che, non a caso, è stato, a conti fatti, travolto⁵.

Poi, certo, si può anche ritenere con validi argomenti, che il legislatore avrebbe, semmai, dovuto, proprio in questo frangente storico, più e meglio compensare la crescente debolezza del lavoro subordinato. Ma queste osservazioni nulla hanno a che vedere con la presa d'atto che il legislatore del cd. *jobs act* ha, invece, ritenuto lo statuto protettivo del lavoro subordinato che aveva ereditato dal passato incompatibile con l'esigenza, ritenuta prioritaria ed emergenziale, di mantenimento ed incremento dell'occupazione.

E se tale è, al fondo, la cifra comune di questa ultima riforma del mercato e dei contratti di lavoro, questa e non altra è pure, a noi sembra, la *ratio* con la quale debbono ora fare i conti studiosi ed operatori, anche nella delicata fase di prima interpretazione ed applicazione dell'art. 4 della legge n. 300 del 1970 come da ultimo novellato.

2. La soppressione del divieto esplicito dei controlli intenzionali

Veniamo al testo. Dal semplice raffronto tra la vecchia e la nuova formulazione dell'art. 4 cit. emerge immediatamente una prima questione relativa alla soppressione del pregresso comma 1, che, come noto, inibiva sempre e comunque l'impiego di impianti audiovisivi e di altre apparecchiature «*per finalità di controllo a distanza dell'attività dei lavoratori*»⁶. A tale norma, nell'impianto precedente, faceva poi seguito la facoltà, delineata al comma 2, di installare impianti e apparecchi dai quali poteva derivare «*anche la possibilità di*

⁵ F. CARINCI, *Il tramonto dello Statuto dei lavoratori (dalla l. n. 300/1970 al Jobs act)*, in G. FERRARO (a cura di), *I licenziamenti nel contratto a tutele crescenti*, *Quad. Arg. Dir. Lav.*, n. 14, 2015, pag. 1 e segg.

⁶ Secondo G. GIUGNI, *Art. 4*, in A. FRENI G. GIUGNI, *Lo statuto dei lavoratori, Comm. alla legge 20 maggio 1970, n. 300*, Milano, 1971, pag. 10, lo «*spirito della legge*» è nel senso di attribuire all'espressione «*controllo a distanza*» il «*significato tecnico*» «*di controllo continuo o, comunque, controllo attuabile in qualsiasi momento dalla direzione aziendale senza la conoscenza del personale controllato*». Il connotato della «*distanza*» è stato poi declinato, come noto, sia con riferimento «*all'elemento spazio quanto all'elemento tempo*», per contrassegnare la possibilità di esercitare il controllo «*nel luogo e nel tempo prescelti discrezionalmente dal contraente più forte*», B. VENEZIANI, *Art. 4*, op. cit., pag. 21. Per M. DELL'OLIO, *Art. 4 St. lav. ed elaboratori elettronici*, op. cit., pag. 487 la distanza rileva come «*soluzione di continuità, come mancanza di contatto... biunivoco ... e impossibilità di accorgersi del controllo nel momento in cui viene attuato*».

controllo» a distanza dell'attività dei lavoratori. Ma solo previo accordo sindacale ovvero autorizzazione amministrativa e, comunque, limitatamente alle «*esigenze organizzative e produttive ovvero della sicurezza del lavoro*». Di qui la distinzione, penetrata nell'uso comune, tra i cd. *controlli intenzionali*, vietati dal comma 1, ed i controlli cd. *preterintenzionali*, da ritenere, invece, come visto, legittimi soltanto nei casi ed alle condizioni tassativamente indicati al comma 2. Ora, a nostro sommo avviso, la prima conclusione da trarre al cospetto del nuovo art. 4 cit. è che la soppressione del divieto esplicito che era contenuto nel precedente comma 1 dell'art. 4 cit. non può sortire l'effetto di legittimare i controlli cd. intenzionali.

Contro una simile conclusione ci sembrerebbe, infatti, corretto ritenere che quel divieto sopravvive, sia pure implicitamente all'interno del nuovo primo comma dell'art. 4 cit., dove gli «*impianti audiovisivi*» unitamente a tutti «*gli altri strumenti... di controllo*», in linea generale, sono ammessi soltanto se rispondono a finalità «*altre*» rispetto al mero controllo dell'attività dei lavoratori.

Del resto, stante il nuovo testo dell'art. 4 cit., l'impiego di impianti audio-video o di strumenti dai quali derivi «*anche la possibilità*» di controllare a distanza i lavoratori è concesso soltanto ed esclusivamente in relazione a specifiche esigenze organizzative e produttive, ovvero per la sicurezza del lavoro e, da ultimo, per la salvaguardia del patrimonio aziendale.

Il che, ci sembra, più che sufficiente ad escludere, se non altro in via logica, l'impiego dei medesimi impianti e strumenti quando questi adempiono a funzioni meramente di controllo dei lavoratori o della loro attività, che quindi nulla hanno a che fare con le tre menzionate causali. A meno di non voler sostenere l'insostenibile e cioè che, se l'imprenditore installa una telecamera all'interno di un punto vendita direttamente e dichiaratamente per controllare ogni movimento dei suoi cassieri può farlo liberamente, senza alcun controllo preventivo o vincolo causale, mentre se lo fa «*anche*» per prevenire o sventare furti e rapine ricorrenti nello specifico punto vendita, deve soggiacere all'onere della procedura di mediazione sindacale e amministrativa su cui torneremo (cfr. n. 7).

Mi pare poi confortare la conclusione appena rassegnata la possibilità di valorizzare all'interno del nuovo testo l'impiego della congiunzione «*anche*». Congiunzione che era sì presente già nel precedente comma 2, ma che ora sembrerebbe svolgere nel nuovo comma 1, dell'art. 4 cit., esattamente la funzione di escludere dal campo di applicazione di una norma intrinsecamente permissiva - nel senso che cerca di rendere possibile, sia pure a certe ben delimitate condizioni, il controllo - l'impiego di apparecchi audiovisivi e strumenti dai quali deriva, non già la possibilità eventuale ed accessoria del controllo, quanto, invece, una funzione di controllo predeterminata ed esclusiva⁷.

⁷ Del resto, vale la pena ricordare che, fatta eccezione per l'inserimento della causale che rinvia alla tutela del patrimonio, l'assetto attuale dell'art. 4, co. 1, cit., coincide sostanzialmente con quello a lungo oggetto dei lavori preparatori dello Statuto dei lavoratori. Ed infatti, inizialmente, sia il Testo del disegno di legge n. 738 d'iniziativa governativa, sia il Testo proposto dalla 10^a Commissione permanente del Senato non prevedevano alcun divieto con riguardo ai controlli cd. intenzionali (v. *Lo Statuto dei lavoratori, progetti di legge e discussioni parlamentari*, a cura del Servizio Studi e documentazione del Senato, 1974, pag. 319).

Se così è, un divieto, per quanto non più espresso, di installare ed utilizzare strumenti od apparecchiature con funzioni di controllo esclusivo e diretto dell'attività dei lavoratori continuerebbe ad essere implicitamente riaffermato, a ragione della speciale potenzialità lesiva della libertà e dignità del lavoratore tipica di tali forme di controllo, come noto, odiose⁸ proprio perché tendenzialmente continue e pervasive⁹, capaci di sottrarre al lavoratore, nello svolgimento delle sue mansioni, uno spazio e un tempo nel quale potersi ritenere ragionevolmente certo di non essere osservato, ascoltato o comunque "seguito" nei propri movimenti.

Del resto, notoriamente, il richiamo alla tutela della dignità del lavoratore ha consentito storicamente alla dottrina ed alla giurisprudenza di ancorare il divieto in questione al presidio costituzionale contenuto all'art. 41 co. 2, Cost.¹⁰. Ancoraggio che, di per sé, non v'è motivo di ritenere venuto meno nel caso del nuovo comma 1 dell'art. 4 cit..

Per cui, oltre che, come visto, illogica, l'interpretazione che volesse spingersi fino ad affermare la liberalizzazione dei controlli cd. intenzionali per effetto della soppressione del loro divieto esplicito, finirebbe per essere incostituzionale¹¹.

Non bastasse, ci sembra che una simile lettura si porrebbe anche in contrasto con la delega contenuta nell'art. 1 co. 7 della l. 183 del 2014¹², che, come noto, chiedeva al Governo di rivedere l'assetto previgente dei controlli a distanza sugli impianti e sugli strumenti di lavoro, da un lato, «*tenendo conto dell'evoluzione tecnologica*» e, dall'altro «*contemperando le esigenze produttive ed organizzative dell'impresa con la tutela della dignità e della riservatezza del lavoratore*».

Mentre, escludere dall'orizzonte normativo il divieto di installare ed utilizzare, ad esempio, telecamere destinate *sic et simpliter* ad osservare ininterrottamente i lavoratori che si avvicinano in turno per registrarne ogni spostamento ed incentivarne la produttività, da un lato, non servirebbe affatto ad aggiornare la disciplina dei controlli ad una qualche evoluzione tecnologica, e, dall'altro, non consentirebbe di certo alcun contemperamento con l'esigenza di garantire la dignità e la riservatezza del lavoratore. Sicché, l'unica

⁸ L'espressione «*odiosità*» viene direttamente riferita al controllo intenzionale, ad es., da Cass. 18 febbraio 1983, n. 1236.

⁹ Cass., sent. 17 giugno 2000, n. 8250.

¹⁰ L'identificazione del bene protetto dall'art. 4 cit. con la libertà e dignità del lavoratore è affermata diffusamente in dottrina, v., tra i molti, C. PISANI, *I controlli a distanza sui lavoratori*, op. cit., pag. 121 e segg., A. CATAUDELLA, *Dignità e riservatezza (tutela della)*, op. cit., L. GAETA, *La dignità del lavoratore e i turbamenti dell'innovazione*, op. cit., pag. 203 e segg. Cfr. G. PERA, *Art. 4*, in C. ASSANTI-G. PERA, *Commento allo Statuto dei lavoratori*, Padova, 1972, che, a ben vedere, difende la norma da alcune critiche espresse durante i lavori preparatori, perfino sdrammatizzando il richiamo alla dignità e alla riservatezza, sp. pagg. 27 e 28. La posizione di G. PERA è ripresa da M. PERSIANI, *Il controllo sull'attività di lavoro*, in in AA. VV., *L'applicazione dello Statuto dei lavoratori*, cit., p. 78, e sulla stessa linea non oltranzista ci sembra anche A. CATAUDELLA, *La dignità del lavoratore (considerazioni sul titolo I° dello Statuto dei lavoratori)*, in *Dir. Lav.*, 1973, I, sp. pag. 6.

¹¹ Cfr. Cass. 18 febbraio 1983, n. 1236, che nel caso dei controlli cd. intenzionali evocava esplicitamente il «*contrasto con i principi della costituzione*».

¹² Sulla delega v. P. LAMBERTUCCI, *Potere di controllo del datore di lavoro e tutela della riservatezza del lavoratore*, op. cit., sp. pag. 15 e segg.

interpretazione che potrebbe evitare (anche) l'eccesso di delega e la violazione dell'art. 76 Cost. è, appunto, quella che recupera un divieto, sia pure non più esplicito, dei controlli intenzionali.

Non solo, va anche considerato che sempre la delega pretendeva che la revisione della disciplina dei controlli intervenisse «*in coerenza con la regolazione dell'Unione europea e le convenzioni internazionali*». Ed è quantomeno dubitabile che una totale ed incondizionata liberalizzazione dei controlli intenzionali possa essere ritenuta coerente con quanto dispongono, non solo la Direttiva n. 95/46/CE, ma soprattutto gli artt. 7 e 8 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea¹³, stante, peraltro, la lettura particolarmente rigorosa fin qui resa dalla giurisprudenza comunitaria, e quanto da ultimo precisato, ancorché senza efficacia vincolante, con la raccomandazione del Consiglio d'Europa del 1 aprile 2015.

Sicché, ci sembra di potere affermare che i principi generali che, ormai da tempo, a più livelli, presidiano la materia, non consentono margini di manovra per introdurre e legittimare la pratica dei controlli cd. intenzionali.

Se così è, sul piano precettivo effettivamente cambia poco o nulla. Resta, invece, al di là del *drafting*, il profilo della comunicazione normativa, ove si avverte evidente lo scarto rispetto al passato. L'interprete prima si confrontava con una disposizione esplicita che traduceva l'atteggiamento ostile del legislatore¹⁴. Ora quella disposizione è venuta meno e lo stesso divieto l'interprete lo deve ricavare deduttivamente.

E forse, allora, il senso ultimo di una simile operazione potrebbe essere individuato nella volontà di espungere dalla norma quella distinzione tra controlli intenzionali e preterintenzionali, che, probabilmente anche a ragione della fortuna riscossa dalla formula linguistica a suo tempo suggerita in chiave descrittiva¹⁵, aveva marchiato a fuoco l'istituto e finito col veicolare all'interno del discorso giuridico una sorta di processo alle intenzioni del datore di lavoro che, qui come altrove, il legislatore vuole sostituito da causali e riferimenti maggiormente oggettivi e certi.

¹³ Ivi il richiamo testuale alla «*vita privata*» assurge, come noto, a vera e propria clausola elastica, viene, infatti, comunemente inteso dalla Corte Europea dei Diritti Umani come inclusivo anche della dimensione lavorativa o professionale: v. già in passato, sull'antesignano art. 8 CEDU, le sentenze Niemietz vs. Germany (n. 13710/88, 16 dicembre 1992) e Halford vs. The U.K. (n. 20605/92, del 25 giugno 1997). Mentre, con la sentenza Sidabras vs. Lithuania (n. 55480/00 59330/00 del 27 luglio 2004), è stato, come noto, affermato che il rispetto della *privacy* è condizione indispensabile per garantire l'eguaglianza e il godimento di diritti fondamentali, tra cui anche quello al lavoro. Sull'importanza di questo ultimo precedente v. S. RODOTÀ, *Relazione* 2004, in <http://www.garanteprivacy.it/>.

¹⁴ B. VENEZIANI, *Art. 4*, op. cit., pag. 19, non a caso, spiegava «*l'assolutezza del divieto*» nell'ambito della «*linea di protezione dei valori umani della persona del prestatore che risultano implicati nel rapporto contrattuale e che lo Statuto intende proteggere*».

¹⁵ Che si deve alla capacità affabulatoria di U. ROMAGNOLI, *Art. 4*, op. cit., pag. 19.

3. I controlli difensivi e la tutela del patrimonio aziendale

Una novità, invece, rilevante sul piano precettivo riguarda l'introduzione all'interno del nuovo primo comma, che disciplina quelli che in passato venivano definiti controlli cd. preterintenzionali, di una terza causale - che si aggiunge alle esigenze organizzative o produttive ed alle ragioni di sicurezza sul lavoro, già presenti nel co. 2 del testo previgente - che fa ora espressamente riferimento alla «*tutela del patrimonio aziendale*».

L'intervento, come riconosce anche la scheda di accompagnamento del decreto legislativo n. 151 cit., avrebbe inteso ricondurre all'interno del dettato normativo l'apertura che, in passato, la giurisprudenza aveva operato *extra legem*, per la necessità di tutelare il patrimonio aziendale, ammettendo la legittimità anche dei controlli cd. difensivi.

E, cioè, di quei controlli realizzati tramite impianti e strumenti che, pur non essendo destinati alla tutela della salute del lavoratore o a garantire esigenze organizzative e produttive, come noto, venivano, lo stesso, consentiti dai giudici, una volta ritenuti necessari per tutelare l'azienda rispetto a condotte illecite dei suoi dipendenti, senza neppure chiedere conto all'imprenditore del nulla osta sindacale o amministrativo, visto che per la tutela del patrimonio non si applicava l'art. 4 cit.

A questa conclusione, peraltro, la giurisprudenza, prima della riforma che ci occupa, perveniva con varietà di motivazioni ed esiti, restituendoci, spesso influenzata dal caso concreto, una evoluzione accidentata dello stesso concetto di controllo difensivo.

Un primo approdo intendeva semplicemente abilitare l'impiego di strumenti di controllo altrimenti vietati, ponendo sullo stesso piano le condotte illecite compiute dai dipendenti e quelle che fossero compiute da terzi estranei, ove produttive delle medesime lesioni del patrimonio aziendale.

Si era poi passati ad ammettere i controlli difensivi, anche occulti, almeno nei casi in cui il controllo fosse deputato ad appurare comportamenti diversi dal mero inadempimento della prestazione lavorativa¹⁶.

E così, la giurisprudenza, pur consapevole che anche il controllo «*a distanza*» di un illecito può ledere la dignità e la *privacy* del lavoratore allo stesso modo e con la medesima intensità dei controlli regolati dallo Statuto, ha faticosamente tentato di far convivere: da un lato, l'esigenza di non allargare troppo le maglie del controllo sulle attività di lavoro con il pretesto della prevenzione degli illeciti; e, dall'altro lato, la necessità di non mostrare il fianco alla invocazione solo strumentale della tutela della dignità o della *privacy*, quale

¹⁶ Cass. 17 luglio 2007, n. 15892, con nota di M.L. VALLAURI, *E' davvero incontenibile la forza espansiva dell'art. 4 dello Statuto dei lavoratori*, in *Riv. It. Dir. Lav.*, 2008, II, pag. 718 e segg. che li definisce «*escamotages*» funzionali ad affermare la «*liceità dei controlli non autorizzati dalla r.s.a.*», assecondando il «*principio guida ... per cui il fine giustificerebbe i mezzi*» (pagg. 722-723). Quanto alla giurisprudenza penale v. Cass. sez. V, 1 giugno 2010, n. 20722 che, pur in assenza di accordo sindacale, ha stabilito l'utilizzabilità ai sensi dell'art. 191 Cod. Proc. Pen., delle prove di reato acquisite mediante riprese filmate di un lavoratore subordinato.

appiglio utile a scriminare comportamenti deplorabili e spesso gravissimi di lavoratori, cui certamente il legislatore dello Statuto non ha mai inteso dare copertura.

In sostanza, per avvalorare la distinzione tra controllo dell'illecito extracontrattuale (ammesso) e controllo dell'inadempimento contrattuale (vietato), il richiamo esplicito all'«attività dei lavoratori» veniva ricondotto alla accezione ben più ristretta di controllo dell'*attività di lavoro*¹⁷, pur di veicolare i controlli difensivi a tutela del patrimonio al di fuori dell'art. 4 cit.

4. (segue) la sottoposizione dei controlli difensivi al previo accordo sindacale od all'autorizzazione amministrativa.

Il legislatore del cd. *jobs act*, ereditando il descritto quadro giurisprudenziale, ha scelto di introdurre tra le causali che legittimano i controlli cd. preterintenzionali anche la tutela «del patrimonio aziendale», che, come abbiamo visto, fin qui, era stata impiegata per validare *extra legem* i controlli cd. difensivi.

Così ha, anzitutto, sciolto positivamente la riserva relativa alla legittimità dei controlli motivati da esigenze protettive del patrimonio dell'azienda, anche quando possono implicare un controllo dell'attività dei lavoratori.

Allo stesso tempo, però, così facendo ha incluso i controlli a tutela del patrimonio nel novero di quei controlli per i quali è indispensabile preventivamente raggiungere l'accordo sindacale o acquisire l'autorizzazione amministrativa.

Sicché, all'assorbimento dei controlli cd. difensivi all'interno dei controlli cd. preterintenzionali, fa ora da corollario un sostanziale irrigidimento delle condizioni richieste per la loro legittimità.

Aspetto che, sebbene sia sostanzialmente passato inosservato, potrebbe invece risultare

¹⁷ Quello sulla possibile estensione dell'art. 4 anche agli atteggiamenti del lavoratore estranei alla sfera solutoria è un antico dibattito. Già U. ROMAGNOLI, *Art. 4*, in A. SCIALOJA G. BRANCA (a cura di), *Statuto dei diritti dei lavoratori*, Roma Bologna, 1979, pag. 18, segnalava che la norma riguarda il controllo «esercitato non già sulla sola attività lavorativa, bensì sull'attività in genere dei lavoratori, erodendo fino ad annullarli i margini di riservatezza nella vita aziendale del lavoratore». Anche per M. DELL'OLIO, *Art. 4 St. lav. ed elaboratori elettronici*, op. cit. pag. 489 «attività dei lavoratori è concetto più ampio di attività lavorativa, menzionata invece dall'art. 3». Così per A. BELLAVISTA, *Il controllo sui lavoratori*, Torino, 1995, pag. 99 anche la «condotta illecita del lavoratore è un comportamento rientrante nel lato concetto di attività dei lavoratori». Esiste, peraltro, in letteratura anche una impostazione diametralmente opposta rispetto a quella poi accolta dalla giurisprudenza, e tendente a circoscrivere la sfera di controllo regolata dalla norma alle sole «licenze comportamentali», ossia «ai fatti e comportamenti non rilevanti ai fini della valutazione della prestazione di lavoro», nel presupposto che la norma non avrebbe inteso affatto «eliminare l'ammissibilità delle forme di controllo del datore di lavoro dirette ad accertare le modalità qualitative e quantitative di adempimento della prestazione», C. PISANI, *I controlli a distanza sui lavoratori*, op. cit., pag. 127 e segg.

problematico, visto che il concetto stesso di controllo difensivo, molto spesso, può risultare nell'esperienza applicativa inconciliabile con l'adempimento delle condizioni previste dall'art. 4 cit..

L'accordo sindacale, come anche l'autorizzazione amministrativa, attengono, infatti, alla programmazione strutturale dell'organizzazione del lavoro. Sono, del resto, istituti deputati a regolare l'impiego dello strumento di controllo in funzione di una casistica futura di illeciti e/o inadempimenti.

Richiedono, soprattutto, i tempi dell'istruttoria amministrativa e della negoziazione sindacale.

Insomma, mal si conciliano con la necessità di fronteggiare la perpetrazione di uno specifico e ben determinato illecito o reato in atto, o di cui sia elevato il pericolo di prossima realizzazione.

Poniamo, attingendo alla casistica giurisprudenziale, che il datore di lavoro, come accaduto in passato, intenda documentare la sottrazione di carburante aziendale¹⁸. Oppure voglia utilizzare delle videoregistrazioni che riprendono propri dipendenti addetti alla sorveglianza notturna, i quali, notte tempo, invece di lavorare, entrano abusivamente negli attigui locali di un'altra impresa per compiere dei furti¹⁹.

Ebbene, in casi come questi, in passato, la giurisprudenza ha ritenuto legittimo il controllo a difesa del patrimonio aziendale prescindendo dalla mancanza dell'accordo sindacale e del nulla osta amministrativo, per evitare che simili condotte rimanessero impunte per effetto dell'inutilizzabilità delle risultanze probatorie. Ma ora il problema si porrà necessariamente in tutt'altri termini sotto l'egida del nuovo art. 4 cit., che, includendo i controlli sul patrimonio tra quelli cd. preterintenzionali, impone all'impresa anche per realizzare queste esigenze di soddisfare le condizioni procedurali richieste dalla norma.

Nondimeno, ci sembra che, con gli accorgimenti che verranno segnalati (cfr. n. 6), possa, quantomeno nelle ipotesi più gravi, continuare a prevalere quella che, all'esito di un bilanciamento mai facile, anche la suprema Corte di Cassazione ha definito in passato come «*l'insopprimibile esigenza di evitare condotte illecite*»²⁰.

¹⁸ È il caso risolto facendo appello alla legittimità dei controlli difensivi da Cass. 17 febbraio 2015, n. 3122.

¹⁹ È il caso risolto da Cass. 28 gennaio 2011, n. 2117, sempre in base alla ritenuta legittimità dei controlli difensivi.

²⁰ Così Cass. 23 febbraio 2010, n. 437517, che ha negato l'utilizzabilità a fini disciplinari dei dati acquisiti mediante programmi informatici atti a monitorare la posta elettronica e gli accessi internet dei dipendenti, nel presupposto che quei programmi consentivano al datore di lavoro un controllo a distanza continuativo del corretto adempimento della prestazione di lavoro, e perciò richiedevano che fossero applicate anche le garanzie procedurali imposte dall'art. 4 st. lav.

5. (segue) la distinzione tra controlli difensivi e controlli difensivi in senso stretto nella pregressa elaborazione

Alla luce del nuovo art. 4 cit., è poi da riconsiderare anche l'aspetto più delicato della pregressa elaborazione giurisprudenziale sui controlli difensivi.

Come già anticipato (cfr. n. 3), la giurisprudenza, una volta introdotta la categoria dei controlli difensivi a tutela del patrimonio aziendale ha poi dovuto gestire quell'*inventio*, aggiustando progressivamente il tiro, mercé la individuazione della sottocategoria dei cd. *controlli difensivi in senso stretto*²¹, ossia dei controlli mirati a contrastare un illecito extracontrattuale o penale o, comunque, un comportamento non riconducibile, direttamente o indirettamente, all'inadempimento delle obbligazioni tipiche discendenti dal contratto di lavoro²². Sottocategoria che, però, è parsa subito sfuggente e discutibile²³. Oltre che di difficile identificazione, visto che, il più delle volte, il comportamento fatto oggetto di controllo configura, allo stesso tempo, indissolubilmente, sia un illecito offensivo del patrimonio aziendale, sia un inadempimento agli obblighi contrattuali sanzionabile disciplinarmente²⁴. Come dimostrano alcuni esempi. Di recente, la Corte di cassazione ha ritenuto legittima l'attivazione da parte del datore di lavoro di una utenza *facebook* e l'impiego del falso profilo (cd. *fake*) con finalità di controllo di un dipendente sospettato di essersi, in passato, intrattenuto sui cd. *social* durante la prestazione di lavoro, incurante del fatto che, così facendo, un macchinario (una pressa) era andato in blocco²⁵.

²¹ Prendiamo in prestito l'efficace espressione da M.L. VALLAURI, *E' davvero incontenibile la forza espansiva dell'art. 4 dello Statuto dei lavoratori*, op. cit., pag. 725.

²² Da conto di questa evoluzione Cass. 23 febbraio 2012, n. 2722, secondo cui Cass. 23 febbraio 2010, n. 4375, avrebbe avuto il merito di ricondurre tra i controlli preterintenzionali che rientrano nella previsione del divieto flessibile di cui all'art. 4 comma 2 cit. (vecchio testo) i controlli difensivi atti a verificare l'esatto adempimento del rapporto di lavoro e non la tutela di beni estranei a quel rapporto. E così avrebbe corretto la precedente impostazione, attribuita a Cass. 3 aprile 2002, n. 4746, che, invece, riteneva «*in ogni caso legittimi i cd. controlli difensivi a prescindere dal loro grado di invasività*».

²³ È stato rilevato come la categoria del controllo difensivo si fonderebbe su di una valutazione necessariamente *ex post* relativa ad una commissione dell'illecito solo potenziale, cfr. C. ZOLI, *Il controllo a distanza del datore di lavoro, l'art. 4 l. n. 300/1970 tra attualità ed esigenze di riforma*, op. cit., pag. 500. Questa dottrina ritiene, peraltro, che, nel caso in cui il controllo a distanza dell'illecito consente al datore di lavoro di accertare anche l'esatto adempimento della prestazione è, allora, necessario ottemperare alle condizioni procedurali poste dall'art. 4 cit. Nel senso che i controlli difensivi debbono rientrare nell'area del controllo preterintenzionale dello Statuto v. anche P.TULLINI, *Comunicazione elettronica, potere di controllo e tutela del lavoratore*, op. cit., pag. 329. *Contra* F. LISO, *Computer e controllo dei lavoratori*, cit., pag. 374.

²⁴ V., tra i molti, A. BELLAVISTA, *La Cassazione e i controlli a distanza sui lavoratori*, in *Riv. Giur. Lav.*, 2010, sp. pag. 466 e C. ZOLI, *Il controllo a distanza del datore di lavoro, l'art. 4 l. n. 300/1970 tra attualità ed esigenze di riforma*, op. cit., pag. 500. E del resto, i contratti collettivi, oltre a sanzionare duramente i comportamenti più gravi, come furti, appropriazioni, danneggiamenti, ecc., impongono pressoché sempre la cura dei beni aziendali e vietano l'uso improprio dei macchinari e delle attrezzature affidati al lavoratore.

²⁵ Cass. 27 maggio 2015 n. 10955.

Orbene, in questo caso, una discutibile iniziativa datoriale²⁶ veniva dapprima qualificata in termini di controllo difensivo occulto a tutela del patrimonio, quindi, ritenuta legittima, in ragione della sua non diretta inerenza rispetto all'«attività lavorativa più propriamente detta» considerata dall'art. 4 st. lav.. Quando, invece, il controllo, a ben vedere, aveva avuto ad oggetto esclusivamente l'adempimento del lavoratore, essendo teso sostanzialmente a verificare se questi, in luogo di lavorare, si intrattenesse o meno in attività socializzanti, che, se considerate avulse dal contestuale persistente obbligo di lavorare, bisognava ritenere del tutto legittime e non certamente illecite²⁷.

Sempre di recente, un certo clamore ha suscitato anche il caso di un lavoratore licenziato per essersi intrattenuto in orario lavorativo, ben oltre le pause contrattuali, presso bar o tavole calde, come emerso verificando i dati del sistema di rilevazione satellitare (GPS) in dotazione alla macchina di servizio che gli era stata affidata. Anche in questo caso, la Corte di cassazione ha ritenuto legittimo il licenziamento, perché la disciplina statutaria applicabile regolava soltanto il «controllo sui modi di adempimento dell'obbligazione lavorativa», ma non anche sui «comportamenti del lavoratore lesivi del patrimonio e dell'immagine aziendale» «estranei alla normale attività lavorativa nonché illeciti»²⁸. Eppure, anche qui, ci sembra che fosse evidente una inscindibile connessione tra controllo dell'attività illecita e dell'inadempimento alle obbligazioni discendenti dal contratto di lavoro. Non a caso la sentenza sottolinea che la verifica degli spostamenti registrati dal sistema satellitare è legittima «tanto più» considerato che l'attività di lavoro si svolgeva «al di fuori dei locali aziendali», dove è più facile la «lesione all'interesse all'esatta esecuzione della prestazione lavorativa»²⁹.

Già questi due esempi certificano le obiettive difficoltà nel separare i controlli difensivi che la giurisprudenza riconduce alla sfera dell'illecito, da quelli implicanti la verifica del corretto adempimento della prestazione di lavoro³⁰.

Senonché, ora che la tutela del patrimonio aziendale viene garantita *intra legem*, bisognerebbe concludere che, ogni qual volta il datore di lavoro pone in essere un controllo difensivo a distanza che comporta «anche» la possibilità di verificare l'attività dei lavoratori, a rigore, non è più sufficiente per derogare l'art. 4 cit., operare il distinguo tra l'illecito e l'adempimento. Semplicemente si applica in termini l'art. 4 cit., che continua a formulare un espresso quanto generico riferimento all'«attività dei lavoratori», e, soprattutto, richiede vengano previamente realizzate le condizioni preclusive del previo accordo sindacale o del nulla osta amministrativo.

²⁶ A nostro avviso, se non integrante il reato di cui all'art. 494 Cod. Pen., perlomeno da considerare induttiva.

²⁷ Sulla questione dell'«impiego del tempo di lavoro in attività estranee alla prestazione lavorativa», vedi da ultimo anche Cass. 14 ottobre 2015, n. 20728.

²⁸ Cass. 12 ottobre 2015, n. 20440.

²⁹ Cass. 12 ottobre 2015, n. 20440.

³⁰ P.TULLINI, Videosorveglianza a scopi difensivi e utilizzo delle prove di reato commesso dal dipendente, in Riv. It. Dir. Lav., 2011, II, pag. 89, rileva che «nella maggior parte dei casi concreti» l'«interferenza» tra controllo dell'illecito e controllo dell'adempimento «esiste ed è ineliminabile».

6. (segue) una proposta di rilettura dei controlli difensivi come manifestazione della legittima difesa in ambito civile

Tutto ciò ci porta a ritenere che, quando si dovesse imbattere in condotte gravissime od abnormi del lavoratore, la giurisprudenza, nell'operare l'inevitabile bilanciamento degli interessi in giuoco, sarà con ogni probabilità propensa a ritagliare un nuovo spazio di agibilità per i controlli difensivi, se necessario ancora una volta in deroga alle condizioni procedurali imposte dall'art. 4 cit., per non mortificare insopprimibili esigenze defensionali dell'impresa.

Ragion per cui, a me sembra, vale la pena in questa prima fase provare a ripensare la categoria del controllo difensivo, nel tentativo di offrire elementi il più possibile rigorosi a supporto di una razionalità giudicante.

Nel far ciò siamo anche portati a credere che un qualche risultato è possibile soltanto bonificando il terreno da eventuali sovrastrutture argomentative derivanti dalle interpretazioni maturate sul testo precedente, che non è pensabile giustapporre alla nuova norma. Ma senza neppure disconoscere del tutto i frutti dell'elaborazione pluridecennale fin qui maturata dalla dottrina e dalla giurisprudenza.

Lungo queste due coordinate, a me sembra che il primo elemento da sdrammatizzare sia proprio il peso dirimente in passato attribuito alla distinzione (il più delle volte, come visto, arbitraria) tra controlli difensivi inerenti l'illecito ovvero inerenti, direttamente o indirettamente, l'inadempimento. Di contro sarebbe da valorizzare l'idea di fondo sottesa a quella distinzione, per cui l'«*attività dei lavoratori*» di cui si occupa l'art. 4 cit. è l'attività lecita, lavorativa o meno, che il datore di lavoro mette in conto possa conseguire dalla relazione contrattuale³¹.

L'accettazione di questa duplice premessa consentirebbe, quindi, di concentrare l'attenzione sulla gravità del comportamento, in atto o potenziale, del lavoratore che attenta all'integrità del patrimonio o delle persone, e da cui origina l'insopprimibile esigenza defensionale dell'impresa.

Comportamento che dovrebbe, a questo punto, essere tale da integrare un illecito extracontrattuale o penale, ma che potrebbe, allo stesso tempo, configurare anche un gravissimo inadempimento contrattuale. Infine, tale comportamento dovrebbe risultare anche strutturalmente incompatibile con l'applicazione delle garanzie del previo accordo

31 Osserva al riguardo la dottrina civilistica che ben vi possono essere «*dei casi in cui dal contratto deriva semplicemente l'occasione per porre in essere un fatto illecito extracontrattuale. Così se un operaio, dovendo eseguire, per avvenuta convenzione, un lavoro in un'abitazione privata, compie un furto nella medesima abitazione, questo fatto costituisce, sotto il profilo civile, un fatto illecito extracontrattuale*». Questo proprio perché «*il vincolo obbligatorio contrattuale*» «*non può arrivare a comprendere ciò che si appalesa assolutamente estraneo all'indole della prestazione convenuta*», così A. DE CUPIS, *Fatti illeciti*, in G. GROSSO-F. SANTORO PASSARELLI (diretto da), *Trattato di diritto civile*, vol. IV, Milano, 1961, spec. pagg. 10 e 11.

sindacale o della previa autorizzazione amministrativa.

In sostanza, secondo questa proposta ricostruttiva, il controllo difensivo, per potere essere considerato legittimo in deroga al nuovo testo dell'art. 4 st. lav., dovrebbe essere occasionato dalla necessità eccezionale, non dilazionabile nel tempo e non realizzabile altrimenti, di fronteggiare comportamenti del lavoratore che sono qualificabili come illecito in quanto, al di là dell'interesse al corretto adempimento della prestazione, che pure può concretamente coesistere con l'esigenza defensionale, integrano «*atti di aggressione contro l'altrui diritto*»³².

Spostare definitivamente l'attenzione sulla condotta consentirebbe poi di abbandonare il riferimento, fin qui ossessivo e spesso anche forzato, alla dimensione patrimoniale della lesione³³, visto che avrebbe poco senso negare la legittimità dei controlli difensivi solo perché disposti per contrastare l'offesa alla persona.

Tutto questo si potrebbe ottenere, ci sembra, attingendo fino in fondo allo strumentario di diritto comune, ed in particolare alla nozione civilistica di legittima difesa nei rapporti interprivati, da sempre intesa come facoltà di respingere l'attacco altrui³⁴ e ritenuta compatibile con la «*predisposizione di uomini e strumenti, onde evitare che il pericolo preventivato dell'altrui aggressione possa realizzarsi*»³⁵. Nozione che, come noto, in mancanza di una definizione legale *ad hoc*, si ritiene fondata nel combinato disposto degli artt. 2044 Cod. Civ. e 52 Cod. Pen.³⁶

La legittima difesa rientra, del resto, tra gli strumenti di autotutela dei privati che l'ordinamento, in omaggio al principio di non contraddizione, ammette in via generalizzata, dal momento stesso in cui accredita ad un soggetto un diritto personale o patrimoniale³⁷.

³² In ciò risiede il fondamento generale della categoria dell'illecito secondo l'autorevole prospettazione di R. SCOGNAMIGLIO (VOCE), *Illecito (diritto vigente)*, in *Noviss. Dig. It.*, VIII, 1968 ora in *Id.*, *Responsabilità civile e danno*, Torino, 2010, spec. pagg. 17, 21, 23 e segg., che, come noto, ricostruisce l'illecito civile, ammettendo la possibilità anche di un «*illecito non dannoso*», visto che non ritiene di dovere formulare alcuna «*aprioristica adesione all'equazione illecito civile-danno*», come non ritiene neppure necessario «*aggrare l'ostacolo, evocando l'immagine dell'illecito di pericolo*».

³³ Secondo Cass. 23 febbraio 2012, n. 2722, il diritto del datore di lavoro di tutelare il proprio patrimonio sarebbe costituito «*non solo dal complesso dei beni aziendali, ma anche della propria immagine esterna, così come accreditata presso il pubblico*».

³⁴ V. R. SCOGNAMIGLIO (VOCE), *Illecito (diritto vigente)*, op. cit., pag. 85, C. SALVI, *La responsabilità civile*, in G. IUDICA-P. ZATTI (a cura di), *Trattato di diritto privato*, Milano, 2005, II ed., pag. 90, P.G. MONATERI, *La responsabilità civile*, in R. SACCO (diretto da), *Trattato di diritto civile*, Torino, 1998, pag. 228. V. anche M. DOGLIOTTI-A. FIGONE, *Le cause di giustificazione*, in P. CENDON (a cura di), *Commentario al Codice civile, Fatti illeciti*, VIII, Torino, 1998, M. COMPORI, *Fatti illeciti: le responsabilità presunte*, artt. 2044-2048, in P. SCHLESINGER e poi F.D. BUSNELLI (diretto da), *Codice civile. Commentario*, II ed., Milano, 2012.

³⁵ R. SCOGNAMIGLIO (VOCE), *Illecito (diritto vigente)*, op. cit., pagg. 86-87.

³⁶ V. ancora C. SALVI, *La responsabilità civile*, op. cit. loc. cit. e la dottrina citata alle note immediatamente precedenti

³⁷ V. sul punto, anche per i riferimenti essenziali, A. DIURNI, *Legittima difesa*, art. 2044, in P. CARNEVALI (COORD. DA), *Dei fatti illeciti*, vol. II, a sua volta in E. GABRIELLI (diretto da), *Commentario al codice civile*, Torino, 2011, pag. 4 e segg., ivi anche con preziose annotazioni circa la *Relazione del Ministro Guardasigilli al Libro delle obbligazioni*. Della stessa autrice vedi in tema, *amplius*, anche *Gli stati di giustificazione nella responsabilità civile. Istituto di relazioni e comparazione tra gli ordinamenti*, Torino, 2003. Cfr. anche

Dunque, appartiene anche al datore di lavoro che volesse invocare legittime esigenze defensionali a sostegno della deroga agli adempimenti procedurali di cui all'art. 4 cit., dimostrando la sussistenza della «*necessità di difendere un diritto proprio o altrui contro il pericolo attuale di un'offesa ingiusta*»³⁸.

In tal caso, infatti, si dovrebbe ritenere che l'attività di controllo non solo diverrebbe improduttiva di danno ingiusto, ma, più radicalmente, non potrebbe più neppure essere considerata anti-giuridica³⁹.

Una soluzione in questi termini offrirebbe, peraltro, a nostro sommo avviso, maggiori certezze anche per il lavoratore, visto che l'esimente potrebbe essere invocata dal datore di lavoro solo eccezionalmente ed in presenza di ben determinate condizioni.

Anzitutto, che il controllo difensivo risulti, ad un'analisi necessariamente retrospettiva⁴⁰, realmente necessario per fronteggiare l'ingiusta aggressione e se del caso evitare un danno eccezionale, anche avuto riguardo alla concreta possibilità per l'azienda di dare corso in alternativa alla mediazione sindacale e amministrativa richiesta dall'art. 4 cit.

Coerentemente, per derogare l'art. 4 laddove richiede l'accordo sindacale od il nulla osta amministrativo, sarebbe richiesta la verifica della ricorrenza di un comportamento lesivo in atto, o quantomeno di una concreta, e non soltanto immaginaria, situazione di pericolo, comunque attuale e non futuribile o, peggio, cessata⁴¹.

Con il che sarebbe preclusa alla radice ogni possibilità di validare forme di controllo

R. SCOGNAMIGLIO (VOCE), *Illecito (diritto vigente)*, op. cit., pag. 85, che afferma che «*a ciascun cittadino deve essere consentito difendersi con mezzi propri dal pericolo di aggressione, ove non possa contare sul tempestivo ed adeguato intervento degli organi predisposti dall'ordinamento statale alla difesa dei consociati*».

³⁸ Cass. civ., sez. III, 24 febbraio 2000, n. 2091, Cass. civ., sez. III, 25 febbraio 2009, n. 4492.

³⁹ Si ritiene, infatti, che l'attività difensiva condotta per fronteggiare l'aggressore è, in realtà, *in iure*, dunque lecita, così, tra i molti, C.M. BIANCA, *Diritto civile, La responsabilità*, Milano, 1967, pag. 675, A. DIURNI, *Legittima difesa*, art. 2044, op. cit., pag. 6, M. FRANZONI, *Dei fatti illeciti*, in A. SCIALOJA G. BRANCA (a cura di), *Commentario del codice civile*, libro IV: Delle obbligazioni, art. 2043-2059, Bologna-Roma, 1993, pag. 289, C.A. ZAINA, *Sulla funzione scriminante della legittima difesa in sede civile*, nota a Cass., sez. III, 25 febbraio 2009, n. 4492, in *Altalex*, 27 aprile 2009. Anche A. DE CUPIS, *Fatti illeciti*, op. cit., pag. 23, ritiene la legittima difesa contraddistinta dalla «*mancaza dell'illeceità*».

⁴⁰ Osserva criticamente P. TULLINI, *Videosorveglianza a scopi difensivi e utilizzo delle prove di reato commesso dal dipendente*, op. cit., pagg. 91-92, che così si finisce per «*legittimare ex ante l'esercizio del potere datoriale*» di controllo in vista di condotte sole eventuali, accertabili «*solo dopo che il controllo sia stato (illecitamente) effettuato*». Ciò è incontestabile. Come pure, però, il fatto che, per effetto della dinamica giudiziale, l'intera casistica che ci viene restituita dai repertori si fonda sulla contestazione da parte del lavoratore della legittimità di provvedimenti datoriali fondati sull'accertamento di condotte realmente verificatesi. Sicché, si comprende che la giurisprudenza faticò a ragionare esclusivamente *ex ante* di una violazione di garanzie procedurali poste a presidio preventivo di ciascun lavoratore, se non altro perché, concretamente, la questione non si è mai, se non in rarissimi casi, posta nei termini soltanto di una lesione della dignità del lavoratore.

⁴¹ Dunque, per legittimare il controllo defensionale senza l'osservanza delle previsioni dell'art. 4 cit. occorre vi siano avvenimenti concreti, idonei a far quantomeno presumere con ragionevole attendibilità la imminente realizzazione di un illecito o reato (ad esempio, l'aver accidentalmente appreso dei preparativi per l'illecito, od ancora, per stare alla casistica anzi evocata, il protrarsi per alcuni giorni della sottrazione di carburante aziendale).

difensivo a distanza meramente preventive o “al buio”, dunque sostanzialmente pretestuose, se non elusive delle limitazioni di legge. Ed anche questo aspetto contribuirebbe ad una nozione molto restrittiva di controllo difensivo, risolvendo uno dei problemi evidenziati in passato.

Quindi, occorrerebbe verificare che vi sia proporzionalità, da valutarsi *ex ante*, tra lo strumento di difesa e l’offesa⁴².

Soprattutto questo aspetto consentirebbe di collocare esplicitamente all’interno del momento della verifica della proporzionalità del controllo la sede di quel bilanciamento tra gli interessi, che, come visto, anche in passato, è sempre stato operato dalla giurisprudenza. A completamento, si aggiunga che l’art. 2044 Cod. Civ., a differenza dell’art. 2045 Cod. Civ., non richiede il profilarsi di un’aggressione necessariamente alla persona⁴³. Per cui, l’offesa o la minaccia concreta, tale da legittimare la forma eccezionale di controllo difensivo in questione, potrebbe riguardare tanto l’aggressione del patrimonio che della persona.

Infine, considerate le diverse regole che presiedono la formazione della prova nei processi civile e penale, avanti il giudice del lavoro varrebbe il principio garantista per il lavoratore, per cui il dubbio si risolve in danno della parte che invoca la scriminante dell’esigenza defensionale per legittimare il controllo, visto che sul datore di lavoro incomberebbe il relativo onere della prova⁴⁴.

Così come varrebbe il principio generale della risarcibilità per equivalente del danno eventualmente cagionato alla sfera della dignità e *privacy* del lavoratore in caso di eccesso colpevole di difesa⁴⁵.

7. Le novità in tema di mediazione sindacale ed amministrativa

Cambia poi la disciplina della mediazione sindacale e dell’autorizzazione amministrativa. Le novità sono, essenzialmente, tre.

La prima è che per la stipulazione dell’accordo sindacale che legittima i controlli cd. preterintenzionali viene meno la competenza che in precedenza era assegnata anche alle commissioni interne. Questa novità richiama alla mente il tema più generale della sorte delle commissioni interne, organismi tuttora esistenti ed operanti, ma destinati, con ogni probabilità, anche secondo il legislatore, ad un declino accelerato, se non altro per effetto della rinnovata spinta propulsiva impressa agli altri organi di rappresentanza aziendale dal complesso sistema di autoriforma delle relazioni industriali culminato con il Testo unico sulla rappresentanza del 10 gennaio 2014.

⁴² Cass. civ., sez. III, 24 febbraio 2000, n. 2091, Cass. civ., sez. III, 25 febbraio 2009, n. 4492.

⁴³ Tra i molti, F. GALGANO, *Trattato di diritto civile*, Vol. II, Padova, 2009, pag. 952.

⁴⁴ Cass. civ., sez. III, 25 febbraio 2009, n. 4492.

⁴⁵ V. M. C. TRAVERSO, *Le cause di giustificazione nella disciplina dei fatti illeciti*, Padova, 2001, pag. 98

La presa d'atto che le commissioni interne non possono più attuare la delega legislativa sui controlli prelude poi alla questione della vigenza degli accordi pregressi stipulati dalle commissioni interne, che di norma sono a tempo indeterminato. Questione che, però, ci sembra di poter risolvere nel senso della perdurante efficacia di simili accordi, in applicazione del principio generale *tempus regit actum*. Salva, semmai, l'impossibilità per le commissioni interne di procedere alla loro rinegoziazione in caso di eventuale recesso o disdetta.

La seconda novità attiene al fatto che, nel caso di imprese con unità produttive ubicate in diverse province (fin tanto che le province non vengono definitivamente sostituite dalle aree vaste⁴⁶) della stessa regione o in più regioni, l'accordo sindacale può «*in alternativa*» essere sottoscritto anche dalle «*associazioni sindacali comparativamente più rappresentative sul piano nazionale*»⁴⁷. L'esigenza che così viene soddisfatta è chiara. Evitare per quanto possibile che vi siano trattamenti difformi tra lavoratori di una medesima impresa a seconda dell'ubicazione geografica dell'unità produttiva nella quale sono occupati.

Tant'è che il legislatore consapevole che, almeno astrattamente, il medesimo problema della disomogeneità sul territorio può discendere anche da difformità di valutazioni delle direzioni territoriali del lavoro, attribuisce ora una speciale competenza «*alternativa*» anche al Ministero del lavoro per i nulla osta amministrativi.

La scelta di per sé non si presta a critiche. Tuttavia, nel caso dell'accordo sindacale va osservato che il legislatore, avocando al livello nazionale della rappresentanza ogni competenza anche per questioni di rilievo territoriale ed interregionale, di fatto, certifica l'impossibilità, allo stato, di rinviare ad una rappresentatività ultra aziendale misurata *ad hoc* e disancorata dal livello nazionale.

La terza ultima novità riguarda, infine, la soppressione del ricorso amministrativo al Ministero del lavoro avverso i provvedimenti dell'autorità territoriale del lavoro. Viene così operata una semplificazione necessaria, visto che ora il Ministero è anche organo decisore di prima istanza, oltre che opportuna, perché, nell'esperienza, le amministrazioni periferiche del lavoro operavano già in raccordo con gli orientamenti e gli indirizzi forniti dal livello centrale, cui demandavano di sciogliere i nodi interpretativi maggiormente intricati o le criticità applicative più complesse.

Infine, il nuovo testo suscita ancora un'ultima riflessione, laddove riporta alla mente l'art. 8 del d.l. n. 138 del 2011 come conv. dalla legge n. 148 del 2011, nella parte in cui dispone che eventuali «*specifiche intese*» possono derogare alla legge ed alla contrattazione collettiva nella «*regolazione delle materie inerenti l'organizzazione del lavoro e della produzione con riferimento ... agli impianti audiovisivi e alla introduzione di nuove*

⁴⁶ V. da ultimo la legge 7 aprile 2014, n. 56

⁴⁷ In passato, la giurisprudenza, v. Cass. 16 settembre 1997, n. 9211, in ragione della tassatività dei soggetti indicati dal 2° comma dell'art. 4 cit., riteneva insufficiente a legittimare l'installazione in azienda di impianti audiovisivi l'intesa raggiunta dal datore di lavoro con gli organi di coordinamento delle RSA di varie unità produttive, intesa che, anzi, paradossalmente, finiva per costituire condotta antisindacale.

*tecnologie»*⁴⁸. Ora, mi sembra evidente che in occasione della riforma dell'art. 4 cit. si è consumata l'ennesima occasione di sostanziale e premeditata incomunicabilità tra normative giuslavoristiche, che ci induce a prendere atto di un ostracismo nei riguardi dell'art. 8 cit., ormai, non più solo di matrice sindacale.

Nondimeno, a rigore, le due norme mantengono intatta la loro rispettiva portata precettiva. Ne discende che, per quanto in linea più teorica che concreta, una specifica intesa potrebbe derogare anche al nuovo art. 4 cit., sempre se rispettosa dei vincoli costituzionali, comunitari e internazionali.

8. Strumenti di lavoro complessi e registrazioni degli accessi e delle presenze

Durante l'iter di approvazione del nuovo testo dell'art. 4, hanno poi fatto molto discutere il secondo e terzo comma, che sottraggono ai vincoli causali ed alle garanzie procedurali di cui ci siamo finora occupati, sia gli «*strumenti utilizzati dal lavoratore per rendere la prestazione lavorativa*», sia gli «*strumenti di registrazione degli accessi e delle presenze*» e, soprattutto, consentono al datore di lavoro l'utilizzazione delle informazioni raccolte per «*tutti i fini connessi al rapporto di lavoro*»⁴⁹.

In sostanza, una nuova e più flessibile disciplina viene eretta a partire dalla distinzione tra strumenti di cui si dota l'organizzazione di lavoro, considerati nella disciplina di cui al comma 1, e strumenti di lavoro in dotazione al singolo dipendente, attratti invece dalla regola speciale dettata al comma 2. Con l'eccezione significativa degli «*strumenti di registrazione degli accessi e delle presenze*», che appartengono, evidentemente, alla prima categoria, mentre sono accomunati alla seconda quanto alla disciplina.

Va però precisato che il legislatore richiede il rispetto di tre condizioni.

In primo luogo, si deve trattare di «*strumenti*» che il lavoratore usa per rendere la propria prestazione, che altrimenti rientrerebbero immediatamente o nella casistica di cui al comma 1, ovvero nell'attività di controllo intenzionale, come visto, da ritenere secondo noi tuttora vietata.

La seconda condizione è costituita dalla necessità che sia stata data preventivamente al lavoratore una «*adeguata informazione*» circa le «*modalità d'uso*» degli strumenti in dotazione e, soprattutto, sulle modalità di «*effettuazione dei controlli*» operati da quegli stessi strumenti.

La terza condizione richiesta dal legislatore, su cui ci soffermeremo da ultimo (cfr. n. 9),

⁴⁸ Su cui v. P. LAMBERTUCCI, *Potere di controllo del datore di lavoro e tutela della riservatezza del lavoratore*, op. cit., pag. 13 e A. SITZIA, *Contrattazione di prossimità, impianti audiovisivi e nuove tecnologie*, in *Mass. Giur. Lav.*, 2012, pag. 212 e segg.

⁴⁹ La previsione della utilizzabilità si applica espressamente anche alle informazioni raccolte ai sensi del comma 1, dunque per effetto dei cd. controlli preterintenzionali.

è il «rispetto di quanto disposto dal decreto legislativo 30 giugno 2003, n. 196» (cd. Codice della *privacy*).

È un dato di fatto che le tre menzionate condizioni non sono bastate a porre il testo al riparo da critiche molto aspre. Inevitabilmente la polemica sindacale si è subito focalizzata sui molteplici strumenti di lavoro che oggi consentono, in maniera diffusa come mai passato, il controllo costante e persistente del lavoratore, e, persino, la sua continua geolocalizzazione. *Smartphone, ipad*, GPS satellitari delle autovetture, pc connessi alla rete, e perfino la posta elettronica, sono, del resto, tutti, nessuno escluso, oggi annoverabili tra gli strumenti di lavoro. Ed è realistico che il legislatore avesse a mente proprio questi strumenti, piuttosto che i più tradizionali, cui pure la norma inevitabilmente si applicherà. Senonché, è altrettanto evidente che proprio questi strumenti di lavoro di ultima generazione sono in grado di realizzare un controllo tecnologico a distanza perlomeno parimenti invasivo della sfera della dignità e riservatezza del lavoratore, di quello realizzato mediante i controlli che aveva in mente il legislatore del 1970, visto che ben possono sottrarre durante lo svolgimento delle mansioni uno spazio e un tempo nel quale potersi ritenere non osservati, ascoltati o comunque “seguiti” nei propri movimenti.

Si comprende bene allora che l'interprete è, anzitutto, tentato di accogliere una lettura riduttiva e minimizzante delle nuove disposizioni in questione, giusta la quale «*strumenti*» sarebbe un termine volutamente generico, tale da consentire, ora, di distinguere, nel caso di macchine per così dire complesse, come sono sempre quelle che impiegano le tecnologie di ultima generazione, tra una funzione prestazionale e la funzione invece di controllo⁵⁰. Per cui, ad esempio, la norma liberalizzerebbe l'utilizzo dei dati elaborati dal pc aziendale, ma non di quelli estrapolati attraverso uno specifico programma od una *app*, che fossero stati installati precipuamente per realizzare il controllo.

Questa interpretazione dichiaratamente si fa carico della necessità socialmente avvertita di neutralizzare la portata dirompente dei nuovi comma secondo e terzo dell'art. 4 cit. Ed ha, a mio avviso, notevoli possibilità di incontrare il favore della giurisprudenza anche perché, di fatto, ripristinando lo *status quo ante*, risponde alle coordinate assiologiche cui, bene o male, siamo tutti abituati.

Senonché, anche accedendo a questa interpretazione, non mi sembra che il problema possa essere risolto definitivamente.

Va da sé, infatti, che questa proposta interpretativa trova un limite fisiologico ogni qual volta le due funzioni, prestazionale e di controllo, sono riconducibili e conseguenti ad esempio all'impiego di un unico programma, al punto che non è più consentito distinguerle all'interno del medesimo strumento. Funziona, per così dire, nel caso piuttosto limitato del datore di lavoro che installa sull'*ipad* in dotazione al proprio dipendente una *app*

⁵⁰ È la tesi avanzata da M. MARAZZA nel dibattito ricordato alla nt. 1. Sulla «*plurifunzionalità*» degli «*elaboratori elettronici*» e sulla «*indagine diretta a scorporre le diverse funzioni*», «*produttive e di controllo*», dei programmi installati «*nell'elaboratore*», v. P. LAMBERTUCCI, *Potere di controllo del datore di lavoro e tutela della riservatezza del lavoratore*, op. cit., pag. 5. Sulla difficoltà di distinguere funzioni produttive e di controllo, v. già P. TULLINI, *Comunicazione elettronica, potere di controllo e tutela del lavoratore*, op. cit., pagg. 326-327.

che introduce una possibilità di controllo che prima non c'era. Mostra la corda se, come più spesso accade, è, invece, l'*app* che gestisce l'intera attività di lavoro a consentire indirettamente il controllo⁵¹.

Ad esempio, la distinzione proposta mi sembra destinata ad entrare in crisi per effetto della ormai prossima generalizzazione delle cosiddette tecnologie indossabili, che integrano in maniera innata le due funzioni e, ad esempio, già oggi consentono di verificare gli spostamenti di manutentori o installatori chiamati a muoversi in condizioni di rischio⁵². E che in futuro permetteranno anche di dare direttive al lavoratore attraverso un *display* collocato sugli occhiali, ovvero dal quadrante di uno *smartwatch*, che il dipendente ha l'obbligo di portare al polso. Così da consentire al datore di lavoro, non solo di assegnare compiti secondo frequenze e velocità discrezionalmente decise, ma anche di controllare se il lavoratore sta facendo una pausa autorizzata, visto che tali strumenti comunicano la geolocalizzazione.

Ma al di là della capacità della proposta interpretativa di sortire gli effetti voluti, resta anche da considerare che non v'è traccia nella lettera dell'art. 4 cit. della proposta distinzione tra funzione prestazionale e funzione di controllo.

La nuova regola, anzi, associa gli strumenti di lavoro agli strumenti di registrazione degli accessi e delle presenze, che pure non svolgono una funzione prestazionale.

Per cui, è all'opposto sostenibile anche che il legislatore abbia invece, molto più semplicemente, voluto liberalizzare l'uso degli strumenti in questione e l'impiego dei dati raccolti, ponderando a suo modo i rischi che corrono i lavoratori.

E che lo abbia fatto sia perché, con specifico riguardo a pc, posta elettronica, telefonini, GPS, ecc., è ormai consapevole di avere a che fare con un uso di massa, di fatto destinato a crescere in maniera incontenibile, e che proprio per questo motivo è oggettivamente difficile immaginare di ricondurre sotto l'egida dell'obbligo di previa negoziazione sindacale o autorizzazione amministrativa⁵³.

Sia perché, sempre in questi casi, il controllo può essere stato ritenuto meno invasivo, nella misura in cui non è occulto.

Se così fosse, la chiave di lettura cui andrebbe ricondotta la nuova disciplina diverrebbe la condizione di consapevolezza del lavoratore⁵⁴.

⁵¹ Sulla tendenziale progressiva coincidenza di strumenti di lavoro e di controllo, v. E. GRAGNOLI, *L'informazione nel rapporto di lavoro*, op. cit., pag. 168. È ancora recente la polemica suscitata dalla *app* per *smartphone* *Peoplelink*, che permetteva all'azienda Manpower di verificare gli spostamenti dei somministrati all'interno di *expo* Milano, così da gestire in modo flessibile i picchi di presenza ai singoli padiglioni.

⁵² È il caso del *microchip* collocato nelle scarpe antinfortunistiche. La questione è stata oggetto di una interrogazione parlamentare che chiamava in causa l'operato di Fincantieri v. http://www.camera.it/leg17/41/0?idSeduta=0413&tipo=atti_indirizzo_controllo.

⁵³ In certo senso anticipatoria, Trib. Torino-Chivasso, 20 giugno 2006, in *Foro It.*, 2007, II, col. 132 già aveva consentito al datore di lavoro di accedere alla casella di posta elettronica aziendale all'insaputa del lavoratore.

⁵⁴ Per M. DELL'OLIO, *Art. 4 St. lav. ed elaboratori elettronici*, op. cit. pag. 488 «quello che rileva nell'art. 4 non è tanto la lesione di una sfera di riservatezza del lavoratore, in sé e per sé intesa, ma la mancanza di consapevolezza, da parte del lavoratore, di essere controllato, con lesione poi della sua sfera di riserva-

Condizione di consapevolezza che, a differenza che in passato, si ricava certamente dall'obbligo di garantire al lavoratore una informativa adeguata. Non a caso il legislatore si preoccupa che il lavoratore conosca quali sono gli impieghi vietati dello strumento di lavoro e, soprattutto, come ne può derivare un controllo.

Ma, più a monte, condizione di consapevolezza che il legislatore presume anche per il fatto che, nel caso degli strumenti tecnologici di ultima generazione, la condizione di potenziale controllo è, per così dire, "nativa" o congenita⁵⁵.

Può sembrare assurdo che per installare una telecamera in un corridoio dopo una serie di furti il datore di lavoro debba negoziare ad un tavolo sindacale, mentre niente di ciò gli viene imposto quando provvede a tracciare la presenza e l'attività di un suo lavoratore telematico. Se non fosse che questa effettiva difformità è, a sua volta, conseguenza del fatto che, mentre nella percezione sociale viene immediatamente avvertita l'invasività del primo strumento, quando si ha a che fare con un'attività telematica, il rischio di essere controllati viene riconosciuto dall'utente come connaturale all'impiego dello strumento tecnologico, quasi fosse un pericolo latente al quale si è persino assuefatti.

Una conferma del ruolo giocato dalla consapevolezza del (potenziale) controllato nella valutazione di politica del diritto operata dal legislatore la si ricava poi anche dal fatto che il nuovo art. 4 cit associa ai controlli mediante gli strumenti di lavoro anche le registrazioni degli accessi e delle presenze, che pure, in passato, la giurisprudenza aveva ricondotti ai controlli cd. preterintenzionali.

Questa soluzione si può infatti spiegare con ciò che anche il controllo degli accessi e delle presenze realizzato, ad esempio, attraverso un tradizionale *badge* non viene ritenuto lesivo della dignità della persona proprio perché, e finché, non è occulto. Dunque, se pure, innegabilmente, anche in questo caso si realizza un controllo a distanza sull'attività di lavoro, il legislatore del nuovo art. 4 cit. ritiene sufficiente la consapevolezza del lavoratore previamente informato, e non richiede alcuna mediazione sindacale od amministrativa.

tezza». Anche secondo M. D'ANTONA, *Opinione* in R. DE LUCA TAMAJO-R. IMPERIALI D'AFFLITTO-C. PISANI-R. ROMEI (a cura di), *Nuove tecnologie e tutela della riservatezza dei lavoratori*, op. cit., pag. 199, la «consapevolezza da parte del controllato dell'esistenza del controllante e del controllo è veramente l'elemento centrale». *Contra* v., però, la parte maggioritaria della dottrina, tra cui, ad esempio, A. GARILLI A BELLAVISTA, *Innovazioni tecnologiche e Statuto dei lavoratori: i limiti ai poteri dell'imprenditore fra tutela individuale e collettiva (artt. 4-9-13)*, in AA. VV., *Lo Statuto dei lavoratori: vent'anni dopo*, *Quad. Dir. Lav. Rel. Ind.*, 1989, n. 6, pag. 147, per i quali «chi è cosciente di essere osservato non è libero: il controllo così effettuato non cessa di essere disumano e vessatorio». Nello stesso senso, C. PISANI, *I controlli a distanza sui lavoratori*, op. cit., pag. 128 e Cass. 16 settembre 1997, n. 9211.

⁵⁵ V. ancora E. GRAGNOLI, *L'informazione nel rapporto di lavoro*, op. cit., loc. cit.

9. Il rinvio al d.lgs. n. 196 del 2003 e la legittimazione della regolazione multilivello

Rispetto a quella che distingue all'interno di ciascuno strumento tra funzioni e funzioni, una simile lettura ha il pregio di aderire meglio al tenore letterale delle nuove disposizioni. Allo stesso tempo inaugura scenari inquietanti. E lo fa proprio mentre le esigenze di garantire la riservatezza del lavoratore sono state accentuate dall'utilizzo di massa nei luoghi di lavoro degli strumenti di ultima generazione cui prima si è fatto cenno, che, come detto, consentono forme particolarmente penetranti di controllo.

Va da sé, infatti, che la perdurante strutturale disparità di forza negoziale tra lavoratore e datore di lavoro e, soprattutto, gli attuali tassi di disoccupazione, inducono a dubitare della possibilità di porre a freno eventuali eccessi od abusi circa le forme e le modalità di controllo astrattamente praticabili semplicemente facendo leva sull'obbligo di «*adeguata informazione*»⁵⁶.

Diversamente, a nostro sommo avviso, un correttivo a tutela del lavoratore potrebbe essere individuato dalla giurisprudenza valorizzando all'interno della norma stessa il richiamo al necessario «*rispetto di quanto disposto dal decreto legislativo 30 giugno 2003, n. 196*»⁵⁷.

E questo, se non altro, visto che il nuovo art. 4 subordina espressamente l'utilizzo delle informazioni raccolte al rispetto del d.lgs. n. 196 del 2003. Mentre questa stessa normativa di carattere generale, all'art. 104, altrettanto chiaramente, prescrive che «*resta fermo quanto disposto dall'articolo 4 della legge 20 maggio 1970, n. 300*». Per cui, un curioso gioco di specchi impone, in realtà, all'interprete la necessità di un coordinamento serrato tra le normative in questione che consentirà, comunque, l'applicazione dei principi fondamentali di finalità, pertinenza, correttezza, non eccedenza nel trattamento dei dati personali⁵⁸.

Sicché, vi è anche margine per intendere il richiamo contenuto ora nel co.3 dell'art. 4 cit., non già soltanto come rinvio formale al Codice della *privacy* in quanto tale, ma anche, più ampiamente, come rimando al complesso reticolato di interpretazioni ed applicazioni che del decreto legislativo menzionato sono state rese, e saranno rese, nello specifico

⁵⁶ Sul ruolo del consenso v. E. GRAGNOLI, *Tutela della riservatezza, obbligo di protezione e consenso del lavoratore*, in *Arg. Dir. Lav.*, 2006, pag. 239 e segg.

⁵⁷ Sulla disciplina di carattere generale a tutela della *privacy* esiste ormai una letteratura sterminata che in questa sede non sembra opportuno censire, ci limitiamo a segnalare tra i commenti più noti, C.M. BIANCA ED. BUSNELLI (a cura di), *La protezione dei dati personali - Commentario al d.leg. 30 giugno 2003 n. 196 («codice della privacy»)*, Padova, 2007, G. SANTANIELLO (a cura di), *La protezione dei dati personali*, in Id. (diretto da), *Trattato di diritto amministrativo*, vol. XXXVI, Padova, 2005, ed in precedenza S. RODOTÀ, *Persona riservatezza, identità. Prime note sistematiche sulla protezione dei dati personali*, in *Riv. Crit. Dir. Priv.*, 1997, pag. 583 e segg. e G. ALPA, *La disciplina dei dati personali. Note esegetiche sulla Legge 31 dicembre 1996, n. 675 e successive modifiche*, Roma, 1998.

⁵⁸ P. LAMBERTUCCI, *Potere di controllo del datore di lavoro e tutela della riservatezza del lavoratore*, op. cit., pag. 7.

ambito interessato dall'art. 4 st. lav., dal *Garante per la protezione dei dati personali*⁵⁹. Interpretazioni ed applicazioni che in passato sono state sovente molto rigorose. Basti pensare alle *Linee guida sull'utilizzo della posta elettronica o di internet sul posto di lavoro* dettate dal Garante della *privacy* con la delibera n. 13 del 2007⁶⁰, che, come noto, di fatto hanno ridimensionato fortemente lo spazio di manovra del datore di lavoro, introducendo nella sostanza un divieto di controllo indiscriminato della posta elettronica e della navigazione internet dei dipendenti, specie sotto forma di controlli indiretti mediante tecnologia *software* o *hardware*.

Linee guida che tentano persino di recuperare un ruolo attivo al sindacato nei casi di introduzione o modifica dei sistemi automatizzati per la raccolta e l'utilizzazione dei dati, od in caso di introduzione o di modificazione di procedimenti tecnici destinati a controllare i movimenti o la produttività dei lavoratori⁶¹. Soprattutto richiedono ai datori di lavoro l'adozione e la pubblicizzazione di un disciplinare interno sull'uso di internet e della posta elettronica, anticipando, di fatto, quell'adeguata informazione che è ora richiesta *ex lege* dalla rinnovata disciplina statutaria.

Ancora, su tutt'altro fronte, è possibile ricordare anche le posizioni altrettanto rigorose assunte dal Garante con riguardo al tema dei controlli biometrici, applicati alle impronte digitali o alla topografia della mano, che pure, di recente, sull'onda mediatica prodotta da alcuni fatti di cronaca, sono stati invocati come strumento di rilevazione delle presenze e lotta all'assenteismo nell'impiego pubblico⁶².

Tema rispetto al quale il Garante della *privacy* ha fin qui consentito l'impiego sui luoghi di lavoro degli applicativi biometrici soltanto se necessari per presidiare l'accesso a specifiche aree sensibili dell'organizzazione aziendale o per consentire l'utilizzo di macchinari pericolosi ai soli soggetti qualificati, senza mai ammetterne però l'impiego in via generalizzata, ad esempio agli accessi⁶³.

E gli esempi potrebbero continuare. Senonché, già i due esaminati consentono di evidenziare che, se si accetta la premessa maggiore giusta la quale il legislatore pretende

⁵⁹ Che, come noto, è organismo necessario per l'attuazione del diritto comunitario e riceve diretta investitura dall'art. 28 della Dir. 24 ottobre 1995 n. 95/46/CE.

⁶⁰ Su cui, tra gli altri, v. P.TULLINI, *Comunicazione elettronica, potere di controllo e tutela del lavoratore*, op. cit., sp. pag. 338 e segg., M. DEL CONTE, *Internet, posta elettronica e oltre: il garante della privacy rimodula i poteri del datore di lavoro*, op. cit., loc. cit., M. AIMO, *Tutela della riservatezza e protezione dei dati personali dei lavoratori*, op. cit., pag. 1813 e segg., I. ALVINO, *L'articolo 4 dello Statuto dei lavoratori alla prova di internet e della posta elettronica*, in *Dir. Rel. Ind.*, 2014, pag. 999 e segg.

⁶¹ Sulla scorta della Raccomandazione n. R (89)2 in materia di protezione dei dati personali utilizzati ai fini dell'occupazione adottata dal Consiglio d'Europa il 18 gennaio 1989.

⁶² Cfr. il Provvedimento generale prescrittivo in tema di biometria n. 513 del 12 novembre 2014 (rettificato il 15 gennaio 2015), spec. punto 4.2 e l'annesso All.A *Linee guide biometria*. Vedi anche la delibera n. 38 del 31 gennaio 2013 che in sede di verifica preliminare ha ritenuto sproporzionato il sistema di rilevazione biometrico delle presenze richiesto da un Comune per contrastare il fenomeno dell'assenteismo.

⁶³ In dottrina v. C. ZOLI, *Il controllo a distanza del datore di lavoro, l'art. 4 l. n. 300/1970 tra attualità ed esigenze di riforma*, op. cit., pagg. 491-492 e E. GRAGNOLI, *Dalla tutela della libertà alla tutela della dignità e della riservatezza dei lavoratori*, op. cit., pag. 1234.

che l'applicazione della nuova disciplina debba, comunque, presupporre il lascito sedimentato in conseguenza della pluriennale implementazione del Codice della *privacy*, allora è possibile anche concludere che la nuova disciplina dell'art. 4 cit. propone oggi una liberalizzazione dell'impiego con finalità di controllo degli strumenti di lavoro e di rilevazione degli accessi e delle presenze che sarebbe errato immaginare come totale ed incondizionata⁶⁴.

Allo stesso modo, come è anche da ritenere che molte delle interpretazioni fin qui rese dal Garante per la protezione dei dati personali in tema di rapporto di lavoro, andranno oggi riconsiderate alla luce del nuovo testo dell'art. 4, co. 2 e 3, della legge n. 300 del 1970, che, innegabilmente, sposta l'equilibrio degli interessi in gioco nella direzione di una maggiore libertà di controllo.

A conferma di una interrelazione dinamica e multilivello anche con i provvedimenti dell'Autorità garante - dunque non solo tra precetto specifico dettato all'art. 4 cit. e disciplina generale prevista nel d.lgs. n. 196 del 2003 (e prima nella l. 675 del 1996) - che non è certo una novità, visto che, nell'esperienza applicativa, anche in passato, non è mai venuta meno⁶⁵.

10. L'impiego delle informazioni a fini disciplinari ed il tema del rendimento

Tra i «*fini connessi al rapporto di lavoro*» rientra certamente anche il fine disciplinare. E non v'è dubbio che questa è stato l'impiego che in passato maggiormente ha impensierito la dottrina⁶⁶ ed interessato la giurisprudenza, quest'ultima preoccupata più che altro di

⁶⁴ Sul ruolo del Garante della *privacy* in funzione incrementale e rafforzativa della normativa, svolto «*integrando i presupposti di legittimità fissati dallo Statuto con i principi cogenti in materia di trattamento dei dati (necessità, correttezza, pertinenza e non eccedenza)*» v. per tutti P.TULLINI, *Comunicazione elettronica, potere di controllo e tutela del lavoratore*, op. cit., pag. 332.

⁶⁵ R. DE LUCA TAMAJO, *Introduzione*, in P.TULLINI (a cura di), *Tecnologie della comunicazione e della riservatezza nel rapporto di lavoro*, op. cit., M.AIMO, *Tutela della riservatezza e protezione dei dati personali dei lavoratori*, op. cit., pag. 1771 e segg. Emblematico in tal senso Trib. Ferrara, 27 agosto 2012, n. 172, in *Riv. It. Dir. Lav.*, 2013, II, pag. 367 e segg. (ivi con nota critica di F. OLIVELLI) che, una volta qualificati come «*cogenti*» i principi contenuti nel Codice della *privacy* e, con quelli, le *Linee guida* deliberate dall'Autorità garante (Delib. n. 13 del 2007), dichiara illegittimo il licenziamento a ragione del fatto che «*nel caso di specie il datore di lavoro non si è conformato a tali principi guida*». L'impostazione restrittiva accolta nelle linee guida del 2007 è stata poi confermata dal Garante della *privacy* nei successivi provvedimenti, come ad esempio, sempre in tema di monitoraggio degli accessi ad internet, la delibera del 2 aprile 2009, v. in *Riv. Giur. Lav.*, 2010, pag. 167.

⁶⁶ In senso fermamente contrario rispetto all'impiego «*in sede disciplinare di mancanze conosciute - anche per puro caso - dalla direzione aziendale attraverso un impianto per il controllo a distanza*», v. P. ICHINO, *Diritto alla riservatezza e diritto al segreto nel rapporto di lavoro*, op. cit., pag. 74. V. anche F. LISO, *Computer e controllo dei lavoratori*, cit., pag. 369.

non assegnare rilievo alle informazioni illegittimamente acquisite o raccolte⁶⁷, ma non restia ad avvalorare negli altri casi il loro impiego a fini disciplinari. Ad ogni modo, il legislatore per prevenire possibili discussioni o fraintendimenti marca ora questa sua opzione premettendo il vocabolo «*tutti*».

Ciò posto, sarebbe limitativo concentrare l'attenzione esclusivamente sul momento disciplinare. La norma sottende, in realtà, anche il tema del controllo del rendimento⁶⁸.

Del resto, il controllo, quando non è meramente difensivo, è sempre funzionale alla verifica del rendimento. Lo è, come insegna il dibattito post statuto, anche una telecamera spenta, se il lavoratore non sa che non può registrare⁶⁹. Come lo sarebbe, prescindendo dal requisito della distanza, persino il semplice riposizionamento della macchinetta distributore del caffè nell'ufficio del dirigente.

Senonché, anche in tal senso, ci sembra che l'espressione volutamente generica «*tutti i fini connessi*», non lasci dubbi o margini di interpretazione.

Al punto che, perlomeno in linea teorica, non potrebbe neppure essere escluso un impiego delle informazioni in questione con finalità premiali.

La possibilità di impiego degli strumenti di lavoro per il controllo del rendimento chiarisce definitivamente che la nuova disciplina costituisce un tassello di una più complessa operazione di politica del diritto, dichiaratamente volta al ridimensionamento dello statuto protettivo del lavoro subordinato, nel presupposto (o illusione, questo è un altro discorso) che ciò contribuisca ad alimentare un incremento dell'occupazione (cfr. *supra* n. 1).

Fermo restando che le informazioni raccolte dal datore di lavoro non potranno essere impiegate per fini estranei rispetto al rapporto di lavoro e, dunque, al di fuori della dinamica che la norma speciale in questione tassativamente richiama.

11. Consapevolezza ed accettazione sociale dei nuovi controlli nella società cd. postpanoptica

Le considerazioni fin qui svolte confermano l'impressione che il d.lgs. n. 151 ha fortemente innovato il quadro normativo previgente in tema di controlli sull'attività dei lavoratori.

Del resto, al di là della retorica, dal 1970 ad oggi è realmente cambiato il mondo e, dunque, era lecito attendersi novità anche rispetto ad una normativa innegabilmente pensata per

⁶⁷ Cass. 17 giugno 2000, n. 8250. Vedi più di recente anche Cass. 1 ottobre 2012, n. 16622, in *Lav. Giur.*, 2013, pag. 383, con nota di E. BARRACO - A. SITZIA, *Un de profundis per i «controlli difensivi» del datore di lavoro?*

⁶⁸ Il tema è stato in passato affrontato da C. PISANI, *I controlli a distanza sui lavoratori*, op. cit., sp. pag. 149 e segg., che proponeva una evoluzione dell'interpretazione dell'art. 4 cit. allora corrente, nella medesima direzione cui ora tende la norma.

⁶⁹ Dibattito risolto per lo più accedendo alla conclusione che la «norma non distingue tra "atto" e "potenza"», v. per tutti G. GHEZZI, *Computer e controllo dei lavoratori*, cit., pag. 363.

l'organizzazione fordista del lavoro⁷⁰ e per una società che neppure immaginava l'avvento futuristico dell'*Internet of Things*.

Viviamo, peraltro, in una società ossessionata dal controllo ed in cui il controllo è diffuso ed onnipervasivo. Telecamere sono dislocate ovunque, e chiunque, con un telefono può registrare, fotografare, riprendere, chiunque, in qualsiasi momento.

Tutto questo certamente induce una sorta di assuefazione generalizzata alla dimensione del controllo, che, a sua volta, inevitabilmente sposta, anche per il legislatore, la frontiera della riconoscibilità sociale della lesione alla dignità e *privacy*.

La sociologia studia da tempo questo fenomeno della progressiva accettazione del controllo. Lo fa soprattutto per metterne in luce, con una sorta di disvelamento, la pericolosità⁷¹. E ci restituisce l'impressione di stare vivendo il passaggio verso una epoca nella quale si assiste al declino e superamento del modello cd. panoptico⁷², che consentiva al controllore di esercitare il potere osservando costantemente il controllato, dall'alto di un gabbiotto oscurato nel bel mezzo della fabbrica o dalla torretta di controllo del carcere. E, così, asserviva il controllato riducendolo nella condizione di colui che non sa di essere visto.

A questa struttura di potere tradizionale si sostituisce oggi una forma liquida di controllo, detta appunto postpanottica⁷³, che è molto più strisciante e pericolosa, sia perché gestita da soggetti privati in funzione di interessi che nulla hanno più a che vedere con quello pubblico o generale, sia perché si avvale strutturalmente della compiacenza o della collaborazione attiva del controllato. L'esempio tipico è costituito dai cd. *social network*, che scambiano l'acquisizione di dati e metadati di ogni tipo (cd. profilazione e indicizzazione⁷⁴) verso l'erogazione di un servizio⁷⁵.

⁷⁰ Non a caso U. ROMAGNOLI, *Art. 4*, op. cit., pag. 19 poteva esemplificare le implicazioni della normativa rinviando al Chaplin di *Tempi moderni*. F. LISO, *Computer e controllo dei lavoratori*, cit., pag. 368, evocava «l'Orwell del 1984». Oggi i riferimenti letterari o cinematografici, con ogni probabilità, dovrebbero essere aggiornati.

⁷¹ Lo stato dell'arte del dibattito è ora efficacemente condensato in Z. BAUMAN D. LYON, *Sesto potere. La sorveglianza nella modernità liquida*, Bari, 2015 (*Liquid Surveillance. A Conversation*, Cambridge, 2013), trad. M. Cupellaro. Cfr. in precedenza D. LYON, *Theorizing Surveillance: The Panopticon and Beyond*, 2006, Willan, e *La società sorvegliata. Tecnologie di controllo della vita quotidiana*, Milano, 2002 (*Surveillance Society. Monitoring Everyday Life*, 2001, Open Univ. Press, Philadelphia), trad. A. Zanini. Sempre a cura di D. LYON, oltre che di E. ZUREIK, L. HARLING STALKER, E. SMITH e Y.E. CHAN, v. anche, *Surveillance, Privacy, and the Globalization of Personal Information: International Comparisons*, 2010, Queen's Univ. Press.

⁷² Ovviamente, dal celebre J. BENTHAM, *Panopticon. Or, the Inspection-House*, London, T. Payne, 1791, poi largamente ripreso, tra gli altri, dall'altrettanto noto, M. FOUCAULT, *Surveiller et punir. Naissance de la prison*, Gallimard, 1975.

⁷³ La sociologia impiega spesso anche il termine *synopticon*, per indicare come il controllo sia divenuto un fenomeno decentrato e capillare.

⁷⁴ Attività che configurano «trattamento di dati personali», v. Corte Giust. Unione Europea, Grande Sez., sent. n. 131 del 13 maggio 2014, Google Spain SL, Google Inc. c. Agencia Espanola de Proteccion de Datos, Mario Costeja Gonzalez

⁷⁵ Osservano Z. BAUMAN D. LYON, *Sesto potere. La sorveglianza nella modernità liquida*, cit. pagg. 8 e 12, che il «vecchio incubo panottico di non essere mai ba ceduto il posto alla speranza di non essere mai

E forse è possibile affermare che l'attuale art. 4 cit. è in larga parte figlio anche dell'accettazione acritica di questo mutamento sociale e culturale.

Resta però che, nel caso del lavoratore, anche quando consapevole ed adeguatamente informato⁷⁶ e persino quando concorre egli stesso più o meno volontariamente ad informare il proprio datore di lavoro⁷⁷, resiste una specifica esigenza di protezione derivante dalla asimmetria delle forze che segna la relazione contrattuale e trova riconoscimento nella Costituzione, che espressamente reclama per chi lavora una tutela compensativa della sicurezza, libertà e dignità.

Ragion per cui, sembra possibile concludere che molto probabilmente l'elemento di maggiore criticità della riforma della disciplina dei controlli a distanza risiede nella scelta politica di spostare l'equilibrio interno dell'art. 4 dal piano collettivo a quello individuale. Quando, invece, non vi è mai una effettiva fungibilità dei piani individuale e collettivo⁷⁸. Per cui, in linea di principio, non vi sarebbe motivo di ritenere superato l'autorevole insegnamento secondo cui «*la salvaguardia*» del diritto «*non disponibile*» «*a non subire impersonali controlli a distanza*», «*proprio per essere credibile deve almeno articolarsi in una dimensione che per definizione è superindividuale*»⁷⁹.

Scelta politica che evidentemente scommette su di una nuova percezione sociale del controllo, per affermare le ragioni pratiche di cui abbiamo detto in principio (cfr. n. 1), ma che è ancor più criticabile se poi quella medesima mediazione sindacale che viene

più soli, la gioia di essere notati ha la meglio sulla paura di essere svelati.... La condizione di essere sorvegliati e visibili è stata derubricata da minaccia a tentazione». Nel modello post panottico «gli individui hanno un ruolo attivo nella propria sorveglianza».

⁷⁶ Sul rapporto tra principio consensualistico e istituto dell'informazione e preventiva, v. E. GRAGNOLI, *Dalla tutela della libertà alla tutela della dignità e della riservatezza dei lavoratori*, op. cit., pag. 1232, che sostanzialmente condivide la scelta dell'Autorità garante di ridimensionare il primo a vantaggio del secondo.

⁷⁷ Sulla possibilità di utilizzo delle informazioni raccolte dal datore di lavoro «*rastrellando e aggregando le innumerevoli tracce digitali sulla rete*», v. P. TULLINI, *Comunicazione elettronica, potere di controllo e tutela del lavoratore*, op. cit., sp. pag. 350.

⁷⁸ Sul punto deve essere segnalato che con la sentenza n. 22611 del 17 aprile del 2012 la Cassazione penale ha stabilito che se risulta provato l'assenso all'installazione da parte di tutti i lavoratori l'accordo sindacale non è più necessario. Soluzione non condivisibile, visto che la mediazione collettiva è qualitativamente diversa rispetto al consenso, anche informato, non fosse altro perché investe una specifica funzione rimessa ad un soggetto collettivo che resta allo stato l'unico contropotere effettivo in azienda. Non bastasse, c'è anche da eccepire che la norma già prevedeva e prevede l'alternativa rispetto alla mediazione di matrice sindacale, per cui non residua alcuna possibilità di un vuoto di regolazione da colmare (tanto più trattandosi di norma presidiata da sanzione penale). Onde non si vede la ragione per la quale in mancanza della possibilità di un accordo collettivo si possa fare a meno anche della mediazione amministrativa.

⁷⁹ G. GHEZZI, *Computer e controllo dei lavoratori*, cit., pagg. 363 e 364. Nello stesso senso B. VENEZIANI, *Art. 4*, cit. pag. 26. Senza, peraltro, con ciò volere ipostatizzare acriticamente la necessità di attribuire rilievo soltanto al piano collettivo. Come mette in guardia E. GRAGNOLI, *Dalla tutela della libertà alla tutela della dignità e della riservatezza dei lavoratori*, op. cit., pag. 1230, va infatti considerato che proprio nel campo specifico della riservatezza del lavoratore «*al fondo ... si pongono spesso interessi tanto personali e bisogni così intensi della vita privata che non è possibile devolvere la prevenzione o la reazione ad associazioni le quali, a loro volta, non possono pretendere di intromettersi nel nucleo più intimo della vita del dipendente*».

esclusa per i controlli potenzialmente più invasivi della dignità del lavoratore, rischia di essere imposta, paradossalmente con efficacia scriminante di condotte gravissime (cfr. nn. da 3 a 6), a discapito di effettive esigenze difensive dell'azienda.

FINANCIAL EDUCATION: PASSAGGIO OBBLIGATO PER LA STABILITÀ FINANZIARIA DELLE GENERAZIONI FUTURE

Irene Bertucci

Abstract: Il saggio affronta le problematiche connesse all'implementazione di un sistema per l'educazione finanziaria dei cittadini, soffermandosi sulla analisi dei progetti che hanno trovato attuazione nel nostro Paese.

In tale contesto, centrale è l'approfondimento del ruolo della scuola, quale canale privilegiato per veicolare iniziative siffatte, consentendo di agevolare il processo di avvicinamento, o familiarizzazione, dei consumatori di domani ai temi finanziari, ponendo le basi per effettuare scelte consapevoli in un ambito che può incidere sulla sicurezza degli investimenti e, per tal via, futuro benessere economico.

Si perviene, così, alla conclusione secondo cui, in società sempre più *finanziarizzate*, le istituzioni devono formare cittadini provvisti di strumenti cognitivi idonei a consentire la gestione privata della quotidianità finanziaria.

Abstract: The essay deals with the issues related to the implementation of a system for financial education of citizens, focusing on the analysis of the projects that have been implemented in our country.

In this context, it is critical to perform a detailed study of the role of the school as a privileged channel for conveying such initiatives, allowing to facilitate the process of rapprochement, or familiarization, of tomorrow's consumers to financial issues, laying the foundation to make informed choices in a field that can affect the security of investments and, consequently, the future economic well-being.

This leads, as well, to the conclusion that, in increasingly 'financialized' societies, institutions should provide citizens with appropriate cognitive tools that allow the private management of daily financial matters.

Parole chiave: educazione finanziaria; financial education; microcredito; scuola; inclusione sociale; alfabetizzazione finanziaria.

Sommario: 1. L'educazione finanziaria per l'inclusione sociale - 2. Analisi delle prime esperienze operative. - 3. Il ruolo della scuola. - 4. Dal programma sperimentale alla obbligatorietà dell'insegnamento dell'educazione finanziaria. - 5. Conclusioni.

1. L'educazione finanziaria per l'inclusione sociale

Da tempo, si discute di come sia evidente la connessione tra i livelli di inclusione finanziaria e i livelli di inclusione sociale¹. Sulla inclusione sociale nelle sue forme di società aperta come: accesso al credito, microcredito, principi di legalità, accesso alle conoscenze e lotta al digital, si sono aperte ampie discussioni scientifiche.

Mi interessa in questa sede approfondire quanto l'educazione finanziaria sia il cardine della inclusione finanziaria e quindi transizione fondamentale per diffondere una concreta inclusione sociale.

Una sempre maggiore consapevolezza sull'importanza dell'educazione finanziaria si sta affermando tra i responsabili delle economie di tutto il mondo. L'Organizzazione per la Cooperazione Economica e lo Sviluppo (OCSE) e la sua rete internazionale, che si occupa di questo tema già da tempo, sta cercando di animare un forum unico per costruire criteri condivisi tra i governi per scambiare opinioni ed esperienze. Oggi, agli inizi del 2016, l'educazione finanziaria è diventata un importante complemento del corretto funzionamento dei mercati finanziari e della loro regolamentazione al fine di migliorare i comportamenti individuali finanziari, che anche a seguito delle numerose crisi o scandali bancari costituiscono una priorità politica di lungo periodo in molti Paesi². Cresce sempre più a livello internazionale su queste tematiche una fervente attività di ricerca e di sviluppo di strumenti per supportare le autorità pubbliche nel progettare e implementare le singole strategie nazionali. In un numero crescente di Paesi è sempre maggiore la convinzione dei rischi e delle implicazioni che si possono generare a lungo termine a causa dei bassi livelli di alfabetizzazione finanziaria³ tra la maggioranza della popolazione, questa determinazione sta spingendo i governi dei singoli Paesi a muovere passi sempre più concreti. L'inclusione finanziaria è una priorità di politica internazionale e iniziative sul versante della domanda hanno un ruolo importante nell'aiutare gli individui ad accedere e utilizzare prodotti finanziari appropriati alle loro effettive necessità ed aspettative. Già da qualche anno, con il supporto del "Russian Trust Fund for Financial Literacy" (RTF)⁴, è stato

¹ Cfr., sul punto, MELI, *Il conto corrente di base tra inclusione finanziaria e controllo della circolazione della ricchezza*, in *Banca borsa e titoli di credito*, 2014, I, p. 56 ss.

² Cfr. PATTI, *L'educazione finanziaria e la direttiva 2014/17/UE (sui contratti di credito ai consumatori relativi a beni immobili residenziali)*, in *Contratto e impresa*, 2015, p. 1423 e ss.

³ Rapporto OCSE PISA 2012 che definisce l'alfabetizzazione finanziaria come "...la conoscenza e la comprensione dei concetti e dei rischi finanziari unite alle competenze, alla motivazione e alla fiducia in se stessi per utilizzare tale conoscenza e comprensione al fine di prendere decisioni efficaci in un insieme di contesti finanziari".

⁴ Rileva, sul punto che l'RTF nasce nel 2008 per sostenere l'avanzamento dei programmi di alfabetizzazione e capacità finanziaria nei Paesi Bassi con finanziamenti erogati dal Ministero delle Finanze della Federazione Russa, la Banca Mondiale e l'OCSE <http://www.oecd.org/daf/fin/financial-education/russia-oecd-world-bank-financial-literacy.htm>. L'RTF ha consentito alla Banca Mondiale e all'OCSE di sviluppare una definizione esaustiva di capacità finanziarie e la revisione di ricerca su programmi esistenti, al fine di sviluppare le misurazioni di prova e metodi di valutazione. Il fondo fiduciario è stato operativo tra il 2008 e il 2013. La Federazione Russa, al momento era impegnata a fornire US \$ 15 milioni per quattro anni per

lanciato un progetto⁵ sul ruolo dell'educazione finanziaria come strumento per l'inclusione sociale. Le linee guida⁶ sono state sviluppate dalla rete internazionale dell'OCSE sull'educazione finanziaria, che comprende ad oggi i rappresentanti di oltre 110 economie.

A ben considerare, in seguito all'approvazione dei leader del G20 nel 2012 dei principi sulle strategie nazionali per l'educazione finanziaria⁷, queste linee guida hanno costituito parte essenziale di un manuale di politica sull'attuazione delle singole strategie nazionali. Come è noto, i progetti di orientamento sono stati resi disponibili per una consultazione pubblica tra il novembre 2013 e gennaio 2014 e sono stati quindi rivisti sulla base delle osservazioni ricevute⁸. Le linee guida sono state successivamente approvate dal comitato tecnico e dagli organismi preposti al tema dell'educazione finanziaria (quali il Comitato sui mercati finanziari e l'assicurazione e il Comitato sulla previdenza privata). La versione definitiva degli orientamenti è stata inclusa nella relazione intermedia sull'attuazione delle strategie nazionali per l'educazione finanziaria trasmesse ai ministri delle finanze del G20 e governatori delle banche centrali riuniti a Cairns nel settembre 2014 e per i leader del G20 al vertice di Brisbane a novembre 2014.

Risulta, quindi, opportuno un richiamo all'esperienza storica per sottolineare quanto ormai il tempo delle decisioni non possa essere ulteriormente dilatato e i singoli Paesi e l'Unione Europea devono ulteriormente accelerare la strutturazione omogenea del quadro normativo⁹ di riferimento su queste delicatissime tematiche¹⁰. L'obiettivo è quello di far sì che le succitate linee guida mirino ad essere diffuse e utilizzate attivamente dalle Autorità finanziarie e dagli altri soggetti coinvolti nell'educazione finanziaria. I risultati di questo lavoro mostrano che i bassi livelli di inclusione sociale sono associati ai più bassi livelli di alfabetizzazione finanziaria.

Recenti ricerche hanno permesso di identificare le soluzioni adottate per fornire educazione finanziaria per l'inclusione sociale. Questo rapporto evidenzia le sfide e le soluzioni

finanziare lo sforzo. I prodotti consegnati nell'ambito del finanziamento totale o parziale RTF vengono presentati qui di seguito.

⁵ Per ulteriori approfondimenti vedi ATKINSON (2013).

⁶ Rapporto PISA OCSE, Cfr. tra gli altri OECD/INFE (2013).

⁷ Documenti di indirizzo G20 del Messico Los Cabos (18-19 giugno 2012).

⁸ Osservazioni dei singoli Paesi partecipanti alle linee guida del G20.

⁹ Le nuove istituzioni sono rappresentate dal Sistema Europeo di Vigilanza Finanziaria (SEVIF) istituito nel 2010 fra tutti gli Stati aderenti all'Unione Europea e dai tre pilastri dell'Unione bancaria creata tra gli Stati dell'eurozona. Il SEVIF è composto dall'European Systemic Risk Board (ESRB) con competenze in materia di vigilanza macroprudenziale e da tre diverse autorità incaricate del coordinamento della vigilanza prudenziale nei tre settori-chiave: l'Autorità Bancaria Europea (ABE; in inglese, European Banking Authority, EBA), l'Autorità Europea delle Assicurazioni e delle Pensioni Aziendali e Professionali (AEAP; in inglese, European Insurance and Occupational Pensions Authority, EIOPA), l'Autorità Europea degli Strumenti Finanziari e dei Mercati (AESFEM; in inglese, European Securities and Markets Authority, ESMA) e dal loro Comitato congiunto, nonché dalle autorità nazionali dei singoli Stati membri. A questa ultima dovrebbe competere il controllo sulla adeguatezza della informazione alla clientela.

¹⁰ Cfr. MORERA, *Nuove prospettive per l'educazione finanziaria - New perspectives for financial education*, in *Il Foro italiano*, 2015, p. 125 e ss..

trovate e vengono illustrate le principali lezioni apprese e le potenziali prospettive future¹¹. Da qui, il riferimento ad una panoramica dello status delle strategie nazionali in tutto il mondo, in quanto essa riassume l'esito di un'analisi delle pratiche rilevanti e studi sui principali insegnamenti tratti¹².

In definitiva, lo strumento in questione monitora i progressi da parte dei governi delle principali economie del mondo nell'attuazione delle strategie nazionali per migliorare l'educazione finanziaria. Include contributi di ventuno economie di membri del G20 e ha coinvolto numerosi Paesi¹³ (tra i quali la stessa Unione Europea). La pubblicazione mette in evidenza le caratteristiche principali delle esperienze del Paese e, in particolare, la spiegazione razionale per lo sviluppo di strategie nazionali, il loro status, gli obiettivi principali e i loro elementi fondanti. Sottolinea inoltre le diverse strutture stabilite per progettare e implementare le strategie nazionali, il ruolo delle parti interessate e le loro principali indicazioni esecutive. Gli articoli si concentrano sulle tendenze e sulle prospettive internazionali e principali dei mercati finanziari nazionali e sulle questioni strutturali agli sviluppi dei mercati finanziari. Questo include la regolamentazione dei mercati finanziari, i mercati obbligazionari, la gestione del debito pubblico, le assicurazioni, le politiche previdenziali nonché le statistiche finanziarie¹⁴. Nel loro sviluppo le economie più avanzate promuovono una cooperazione più agevole e più sostenibile tra le parti interessate evitando la duplicazione delle risorse e consentendo lo sviluppo di tabelle di marcia articolate e mirate con obiettivi misurabili e realistici sulla base delle valutazioni nazionali dedicate.

2. Analisi delle prime esperienze operative

Appare opportuno segnalare che l'analisi comparativa mostra come i paesi osservati abbiano superato una serie di sfide come la mancanza di risorse, l'identificazione di una primaria istituzione, raccogliendo tutte le parti interessate intorno a obiettivi comuni e avviando in modo efficiente la fase operativa¹⁵. I risultati di tale analisi forniscono un quadro globale della situazione dal 2012 e una selezione di soluzioni pertinenti e strumenti per affrontare questi problemi in modo definitivo. Si verifica in presenza di una indagine comparativa che dovrebbe essere vista come un documento di base e come complemen-

¹¹ Growth and financial frictions di Giulio Piccirilli su *Rivista Internazionale di Scienze Sociali* n. 2 del 2013

¹² 2008, OCSE Recommendation on Good Practices for Enhanced Risk Awareness and Education on Insurance Issues.

¹³ Argentina, Australia, Brasile, Canada, Repubblica Popolare di Cina, Francia, India, Indonesia, Italia, Giappone, Corea, Messico, Paesi Bassi, Federazione Russa, Arabia Saudita, Singapore, Sud Africa, Spagna, Turchia, Regno Unito e Stati Uniti.

¹⁴ Cfr VELLA, *La finanza è bella: regole per viverla meglio*, in *Analisi Giuridica dell'Economia*, 2012, p. 215 ss..

¹⁵ Cfr. RONCHINI - TAGLIAVINI, *Uno studio empirico circa il livello di educazione finanziaria in Italia - Financial education: Empirical evidence for Italy*, in *Banca Impresa Società*, 2011 p. 49 e ss..

to ai principi di alto livello sulle strategie nazionali per l'educazione finanziaria preparati dall'OCSE e dalla sua rete internazionale. Del resto, essa presenta i risultati di un network internazionale dell'OCSE su uno studio pilota di educazione finanziaria intrapreso in 14¹⁶ Paesi.

A ben considerare, l'analisi si concentra sulle variazioni della conoscenza finanziaria, sulle dinamiche di comportamento in tutti i Paesi e le ricadute sui dati socio-demografici. Ciò in quanto, i risultati evidenziano una mancanza di conoscenza finanziaria tra una percentuale significativa della popolazione in ciascuno dei paesi analizzati. Inoltre, c'è un ampio margine di miglioramento in termini di comportamento finanziario.

Pertanto, la diffusione di tali risultati potrà consentire ai paesi in questione di identificare le esigenze e le lacune nella erogazione di educazione finanziaria e nello sviluppare strategie o politiche nazionali. Forniscono anche una buona base di conoscenze per sviluppare i principi e le raccomandazioni dell'OCSE.

A testimonianza dell'esigenza di *monitoring*, una tavola rotonda sulla situazione del mercato dei capitali e della riforma finanziaria in Asia (così detta "tavola rotonda" di Tokyo) si tiene annualmente presso l'istituto Banca di Sviluppo Asiatico. Le tavole rotonde sono congiuntamente organizzate e sponsorizzate dall'Istituto ADB e l'OCSE, con il sostegno finanziario dal governo del Giappone. A riprova della sua valenza, v'è - tra l'altro - il fatto che la tavola rotonda è stata fondata nel 1999 a seguito della crisi finanziaria asiatica e offre un forum di discussione tra le istituzioni asiatiche regolatorie, esperti, professionisti, studiosi e organizzazioni internazionali su temi specifici di interesse principale dal punto di vista della riforma del mercato dei capitali in Asia.

Ciò posto, è bene considerare che il risparmio a lungo termine e gli investimenti da parte delle persone migliorano la protezione finanziaria anche sostenendo la crescita e lo sviluppo. È emerso in molteplici analisi che competenze e conoscenze finanziarie sono positivamente correlate al comportamento che indica una forte connessione tra i livelli di risparmio di ricchezza finanziaria e i livelli di alfabetizzazione finanziaria. Tuttavia, la quantità e la qualità di investimenti e risparmi di lungo periodo spesso sono modesti, puntare a un ruolo importante per l'educazione finanziaria significa aumentare i livelli di alfabetizzazione finanziaria e quindi migliorare la propensione al risparmio fra le persone. Risultati siffatti suggeriscono la necessità di un'ulteriore, mirata valutazione dei programmi di istruzione per confrontare l'intensità della prestazione al fine di identificare gli approcci ottimali. Per una ricerca più dettagliata è anche importante comprendere appieno perché alcune valutazioni indicano risultati misti su determinati programmi¹⁷.

Molti governi tentano di incoraggiare i cittadini a risparmiare di più, o per esprimerci in modo più appropriato, preferiscono istituzioni formali a forme spontanee di risparmio e ne promuovono una più ampia diversificazione¹⁸. Tuttavia, ci sono notevoli ostacoli al

¹⁶ Paesi Eurozona con Norvegia, Inghilterra e le 3 repubbliche Baltiche.

¹⁷ Cfr. PARACAMPO, *Educazione finanziaria e protezione dei risparmiatori: miti e realtà*, in *Analisi Giuridica dell'Economia*, 2010, p. 535 e ss.

¹⁸ Cfr. NUGNES, *Obama e la riforma della vigilanza finanziaria - Obama and the financial reform*, in *Studi parlamentari e di politica costituzionale*, 2009, p. 53 e ss.

risparmio, compreso l'accesso limitato ai mercati finanziari da parte di alcuni gruppi, la complessità dei prodotti finanziari e le giuste asimmetrie informative. La conoscenza e comprensione del concetto di risparmio e di investimento è particolarmente bassa in molti paesi. Inoltre, ci sono fattori culturali e comportamentali che possono limitare la propensione della gente al risparmio.

Di conseguenza, i responsabili politici hanno sviluppato diverse strategie per influenzare comportamenti positivi. Sul piano pubblicistico, pronte risposte istituzionali comportano in genere una combinazione di regolamentazione prudenziale e una legislazione di protezione dei consumatori, attivano incentivi finanziari per l'educazione finanziaria e le iniziative di sensibilizzazione, nonché tecniche comportamentali per incoraggiare le persone sulle decisioni di risparmio. Da qui, una prima conclusione in ordine alle responsabilità del decisore politico in ordine all'attivazione dei meccanismi più efficienti per la diffusione di adeguati livelli di educazione finanziaria.

3. Il ruolo della scuola

Le esperienze internazionali mostrano come la scuola costituisca un canale privilegiato per veicolare queste iniziative e rivesta un ruolo fondamentale perché, da un lato, consente di raggiungere una vasta fascia della popolazione, con riferimento a tutti i ceti sociali; dall'altro, agevola il processo di avvicinamento, o familiarizzazione, dei consumatori di domani ai temi finanziari, prima che giunga il momento della vita in cui vengono effettuate scelte che possono incidere sul loro futuro benessere economico.

L'importanza crescente di tali iniziative per i giovani è data dal problema che si trovano oggi a dover fronteggiare situazioni e scelte finanziarie più impegnative di quelle vissute alla stessa età dai loro genitori. L'educazione finanziaria nelle scuole può produrre anche benefici "indiretti" per le famiglie: i giovani possono veicolare in maniera più o meno volontaria quanto acquisito anche dai loro genitori. Come puntualizzato in autorevole sede, l'iniziativa di educazione finanziaria finalizzata a introdurre tale materia direttamente nei programmi formativi delle scuole, è volta a promuovere un programma di sviluppo che assicuri alle giovani generazioni le competenze sia per assumere in futuro scelte consapevoli in campo economico e finanziario sia come cittadini, sia come utenti dei servizi finanziari¹⁹.

Più in particolare, occorre precisare che il progetto Educazione Finanziaria nelle scuole prevede un programma formativo modulare rivolto preferibilmente alle classi intermedie di ciascun ciclo scolastico²⁰. Le materie trattate sono la moneta e gli strumenti di pagamento alternativi al contante, la stabilità dei prezzi e il sistema finanziario²¹.

¹⁹ Cfr. Banca d'Italia, Educazione finanziaria nelle scuole, in www.bancaditalia.it.

²⁰ Progetto Banca d'Italia Ministero Pubblica Istruzione Anno scolastico 2008/2009.

²¹ Rileva che agli studenti dei corsi più avanzati viene proposto anche l'approfondimento della tematica RC auto. Nell'edizione pilota, che si è svolta nell'anno scolastico 2008-2009, sono stati coinvolti circa 630

Del resto, fino all'anno scolastico 2011-12, l'efficacia del progetto è stata valutata con dei test somministrati agli studenti prima e dopo il ciclo di formazione, ottenendo risultati che sono stati incoraggianti e hanno evidenziato come le conoscenze finanziarie dei partecipanti, misurate dalla percentuale delle risposte corrette nei test, aumentassero dopo le lezioni in classe²².

Sotto altro profilo, va rilevato che il processo decisionale finanziario degli individui è stato oggetto di discussione ormai da molti anni²³. È ampiamente accettato che "homo oeconomicus" è una rappresentazione semplificata dell'homo sapiens, le cui decisioni riflettono sia la natura umana e l'ambiente sociale. Inoltre, globalizzazione e tecnologia dell'informazione hanno rivoluzionato i mercati finanziari, quindi le generazioni future si troveranno di fronte a più complesse e più rischiose decisioni da prendere concernenti il loro benessere.

Più in generale, va considerato che molti governi credono che il processo decisionale degli individui potrebbe essere migliorato attraverso l'educazione finanziaria, supponendo che la gente avrebbe messo l'alfabetizzazione finanziaria a buon uso. Su questa prospettiva, dal 2007 Banca d'Italia e il Ministero della Pubblica Istruzione hanno iniziato un programma sperimentale²⁴ includendo nei programmi scolastici l'educazione finanziaria. Al riguardo, è bene rilevare che questa iniziativa, anno dopo anno, ha suscitato un crescente interesse tra docenti e discenti ed ha dimostrato di essere efficace nel migliorare le conoscenze finanziarie degli allievi. Infatti, i risultati di quest'ultima evidenziano l'importanza crescente dell'educazione finanziaria nelle scuole e, in particolare, il suo inserimento nei programmi didattici dei primi anni di insegnamento. In argomento rileva la tesi secondo cui l'educazione finanziaria non è il modo migliore per ottimizzare gli investimenti dei consumatori, perché non è dimostrabile che i costi siano inferiori ai benefici di questo arricchimento culturale, sicché può apparire preferibile un innalzamento dei livelli di tutela previsti dalla regolamentazione di settore²⁵.

A questo punto dell'analisi non va omissa di considerare che le persone acquisiscono informazioni sulla finanza personale da molte fonti, come mezzi pubblicitari o, peggio ancora, da disonesti consulenti. Da qui, l'importanza ascrivibile alla formazione corretta al fine di evitare forme di risparmio tradito. Rilevano, in argomento, taluni sondaggi, secondo cui è possibile una correlazione positiva tra l'alfabetizzazione finanziaria e alcuni indicatori sociali, quali i livelli di reddito e di istruzione.

Si addivene, per tal via, ad una prima conclusione. L'importanza di promuovere l'educazione finanziaria identifica un dato socialmente rilevante, stante gli effetti positivi che la

studenti di 32 classi di scuole primarie e secondarie di primo e secondo grado. Nell'anno scolastico 2014-2015 hanno partecipato oltre 2.800 classi e 60.000 studenti.

²² ABI Fondazione per l'educazione finanziaria e al risparmio.

²³ Cfr. MORERA, *Legislatore razionale versus investitore irrazionale: quando chi tutela non conosce il tutelato*, in *Analisi Giuridica dell'Economia*, 2009, p. 77 e ss..

²⁴ Azioni preliminari Banca d'Italia e Ministero Pubblica Istruzione al programma 2008/2009

²⁵ Cfr. GRECO, *Risparmio tradito e tutela: il "subbuglio" giurisprudenziale*, in *Danno e responsabilità*, 2007, p. 569 ss.

conoscenza finanziaria delle persone è in grado di promuovere. Tuttavia, non va omissis di considerare che, date le differenze sociali e psicologiche, ogni situazione finanziaria è unica, così come rendere edotte le persone nell'aver familiarità con concetti finanziari non è un compito facile. Questo obiettivo richiede molti fattori di conoscenza finanziaria, nonché capacità di insegnamento e il saper identificare i livelli di apprendimento e saper farli incontrare.

Ancora una volta, le scuole rappresentano il canale ideale per la formazione sull'educazione finanziaria. Molte ragioni convalidano la scelta di fare inserire concetti finanziari nell'istruzione obbligatoria, assicurando la parità di accesso e l'inclusione dei ceti più svantaggiati, che possono avere maggiore bisogno di una alfabetizzazione finanziaria. L'obiettivo, in definitiva, è quello di fornire agli studenti le conoscenze finanziarie.

Ciò posto, un programma di educazione finanziaria su larga scala è stato ritenuto fattibile nella misura in cui le scuole italiane potrebbero definire i propri programmi di studio oltre quelli stabiliti dal Ministero, in termini di obiettivi di apprendimento generali per gli alunni²⁶. A fronte di una partecipazione volontaria al programma, va tenuto presente che, all'inizio di ogni anno scolastico, il MIUR propone un programma di insegnamento e le singole scuole decidono se applicarlo o meno, e quali classi includere. Ciò non toglie che la formazione - che include lezioni tenute da specialisti - è destinata ad aumentare la consapevolezza dell'importanza dell'alfabetizzazione finanziaria.

Best practices internazionali suggeriscono programmi di educazione finanziaria di messa a fuoco su questioni relazionate alle specifiche esigenze del gruppo target²⁷. Argomento principale del programma è "soldi e transazioni", una questione centrale che svolge un ruolo importante nel mercato e che i giovani affrontano ma conoscono ben poco. Gli studenti dovrebbero imparare termini finanziari chiave, quali contanti, bancomat, carte di credito e tasse, e come funzionano i diversi prodotti.

Appare noto che, attraverso una migliore comprensione dei diversi strumenti, si realizza una maggiore consapevolezza dei loro diritti, obblighi e le precauzioni da adottare per l'uso appropriato delle operazioni finanziarie. Per tal via, gli studenti possono imparare come migliorare le proprie finanze. Il programma comprende anche la formazione sulla stabilità dei prezzi. Tuttavia, al fine di valutare l'efficacia di un programma tramite pre/post-test, idealmente ci dovrebbe essere un confronto tra vari gruppi o realtà scolastiche. Non v'è dubbio che l'ambiente scolastico non è regolabile come un laboratorio, e come in qualsiasi campo della scienza sociale è appena possibile impostare esperimenti random al fine di ampliare il campo di ricerca. Per questo programma di educazione finanziaria, il fatto che la partecipazione è volontaria ha impedito la creazione di gruppi omogenei e le assegnazioni sono state davvero casuali: gli insegnanti sono stati disponibili a partecipare solo se la loro classe è stata inclusa nel progetto, e come spesso accade, solo i più altamente motivati hanno attivamente cercato di valorizzare questa opportunità di

²⁶ Cfr. CAVEZZALI GARDENAL RIGONI, *Alfabetizzazione finanziaria e "asset allocation" dei non esperti: uno studio sperimentale*, in *Analisi Giuridica dell'Economia*, 2012, p. 107 e ss..

²⁷ Inclusione dell'educazione finanziaria nei programmi scolastici in Francia e Germania.

apprendimento per i loro allievi. Dato che la partecipazione degli insegnanti era importante per il buon esito del progetto, è stato fondamentale comprendere la loro percezione dell'esperienza. Per questo scopo, il programma ha avuto un approccio qualitativo come parte del suo disegno di valutazione.

In definitiva, può dirsi che - anche se l'esame del programma costituisce un singolo studio finalizzato - è uno dei primi del suo genere. Agli insegnanti è stato chiesto di compilare un questionario di indagine post-programma, dando loro valutazioni della formazione e delle risorse, impressioni generali dell'attività e informazioni relative alle caratteristiche delle classi, ad esempio il numero di alunni che dovranno ripetere l'anno scolastico. Questo esempio consente un'analisi approfondita dell'efficacia della formazione per l'educazione finanziaria e, in generale, si è dimostrato in grado di offrire preziose indicazioni per il futuro di questi programmi.

4. Dal programma sperimentale alla obbligatorietà dell'insegnamento dell'educazione finanziaria

Consequenziale ai risultati delle indagini rappresentate nei paragrafi che precedono è la considerazione del fatto che il programma è stato avviato su base sperimentale in tre città (Roma, Padova e Bari) ed ha coinvolto istituti primari, scuole medie e superiori per un totale di 32 classi. Ciò che va valutato è l'allargamento delle conoscenze finanziarie tra i giovani, scopo ultimo del programma in considerazione. Da qui, l'esigenza di soffermarsi sulla importanza di corrispondenza individuale pre- e post-test è stata utilissima nel progetto pilota.

Tuttavia, conciliare questa esigenza con il requisito dell'anonimato era difficile. È bene rappresentare che, sul punto, una soluzione è stata trovata durante l'anno scolastico quando agli alunni è stato chiesto di fornire il loro sesso, giorno e mese di nascita, che erano elementi abbastanza sufficienti per abbinare i loro test su una base uno a uno, preservando l'anonimato.

Passando poi ad esaminare le questioni connesse al denaro ed alle transazioni durante l'anno scolastico, il confronto fra i punteggi pre-test e post-test per il campione abbinato ha mostrato che la formazione ha aumentato la conoscenza finanziaria ad ogni livello di scuola. In conclusione, mentre gli adulti non possono pretendere di sostituire i propri consulenti finanziari personali, non c'è dubbio che per i giovani disporre di una buona alfabetizzazione finanziaria per far fronte a questioni quotidiane è uno strumento utilissimo e dimostra che i programmi di educazione finanziaria a scuola possono servire a questo scopo. In Italia, l'educazione finanziaria ha guadagnato l'attenzione solo di recente, e programmi di educazione finanziaria per i giovani rimangono ancora una novità.

Resta all'interprete il compito di sviluppare strategie comuni tra i responsabili delle istituzioni pubbliche e private, cercare di unire gli sforzi, rafforzare la cooperazione e coor-

dinare programmi di istruzione finanziaria futura.

Avviandosi verso la rassegna delle conclusioni va evidenziato che in Italia opera la “Fondazione per l’Educazione Finanziaria e al Risparmio”²⁸. Tale “Fondazione” nasce su espressa volontà del mondo bancario di promuovere un approccio condiviso all’educazione finanziaria e al risparmio. In tale contesto, le migliori prassi internazionali orientano che la Fondazione promuoverà la diffusione dell’educazione finanziaria su tutto il territorio nazionale, nel più ampio concetto di educazione alla cittadinanza economica attiva e alla legalità, e svilupperà la conoscenza finanziaria e la cultura del risparmio nei cittadini tramite l’organizzazione di eventi sul territorio, strumenti innovativi e in prospettiva grazie alla creazione di contenuti digitali originali.

Migliorare la comprensibilità dei concetti di base dell’economia è un passo cruciale per innalzare il livello di consapevolezza e responsabilità di ciascuno, un passo fondamentale per avvicinare i cittadini al mondo economico, alle istituzioni, agli intermediari, al mondo dell’informazione. Una delle principali novità della Fondazione riguarda l’apertura anche a soggetti diversi dalle banche, in primis le numerose Associazioni dei Consumatori.

Ovviamente, una partecipazione aperta è quindi necessaria per soddisfare le esigenze di milioni di cittadini che si trovano a misurarsi con i temi dell’economia e della finanza. La Fondazione si specializzerà anche nella produzione di contenuti innovativi per l’educazione finanziaria da mettere a disposizione dei partecipanti che vorranno aderire all’iniziativa. Uno sforzo comune e trasversale, che agevoli un maggiore dialogo tra tutti gli attori per quanto riguarda i contenuti e la diffusione degli stessi tramite canali innovativi, potrà consentire di raggiungere la massa critica necessaria per influenzare realmente il processo di crescita dell’educazione finanziaria nel nostro Paese.

È bene considerare, in proposito, che la predetta Fondazione sembra aver preso di mira la promozione dell’educazione finanziaria e della cittadinanza economica, consentendo a ciascuno di affrontare il tema, condividendo idee e realizzando congiuntamente progetti e strumenti didattici in modo efficiente ed efficace.

5. Conclusioni

Ho voluto con questo lavoro svolgere una analisi su quanto fatto per la diffusione dell’educazione finanziaria a livello internazionale e a livello italiano. Può sembrare una strada di lungo periodo, ma è di sicuro quello della consapevolezza dei cittadini sulle tematiche finanziarie una delle strade per la stabilizzazione definitiva dei mercati e dell’economia.

Una diffusa e crescente maturità tra la popolazione su queste tematiche è di per sé già un grande risultato, ma vedendo anche i recenti casi di cronaca che hanno fatto registrare

²⁸ La “Fondazione per l’Educazione Finanziaria e al Risparmio” costituita su iniziativa dell’Associazione Bancaria Italiana è una istituzione di diritto privato, senza scopo di lucro, che persegue scopi di utilità sociale promuovendo l’Educazione Finanziaria, nel più ampio concetto di Educazione alla Cittadinanza Economica consapevole e attiva, per sviluppare e diffondere la conoscenza finanziaria ed economica.

la perdita dei propri piccoli risparmi di tanti comuni cittadini siamo certi che c'è ancora molto da fare e molte energie da impiegare su questa delicata materia. In una società dove i prodotti e i servizi finanziari diventano sempre più complessi, i giovani di oggi dovranno probabilmente prendere un numero maggiore di decisioni finanziarie durante la propria vita rispetto ai loro genitori.

Gli studenti che giungono al termine della scuola dell'obbligo sono già consumatori di prodotti finanziari: molti di essi sono titolari di conti correnti, utilizzano servizi di pagamento on line o un telefonino prepagato. Molti stanno per decidere, con i propri genitori, se continuare nell'istruzione superiore e, in caso affermativo, dovranno decidere come finanziare il proseguimento degli studi.

Resta da chiedersi se oggi i *quindicenni* stiano acquisendo le conoscenze e le competenze necessarie in materia finanziaria per la loro futura vita di adulti. Alla risposta a tale domanda si rinvia per un ulteriore salto di qualità, inserire la educazione finanziaria ufficialmente nei programmi di studio delle scuole superiori, per far sì che gli adolescenti, come spiegato precedentemente, che già a quell'età sono consumatori di prodotti finanziari ne abbiano la giusta consapevolezza. Diversamente, si ravvisa il rischio che dopo il liceo tutti coloro che non sceglieranno di studiare economia o giurisprudenza, si troveranno senza la necessaria formazione per saper distinguere tra un deposito su un conto corrente e l'acquisto di titoli e obbligazioni o di non saper nulla di un tasso di riferimento per un mutuo o un prestito da sottoscrivere. Una società sempre più finanziarizzata non può avere cittadini sprovvisti di questi strumenti cognitivi. È un salto di qualità, oserei dire, un passaggio obbligato per le future generazioni.

LE CLAUSOLE DI ESCLUSIVA NEI CONTRATTI TRA IMPRESE: UN RAFFRONTO ALLA LUCE DELLA NORMATIVA SULLA CONCORRENZA

Silvia Mele

Abstract: Il saggio si propone di analizzare la clausola di esclusiva nei contratti di collaborazione tra imprese. Il punto di partenza è costituito dalla parziale divergenza dei criteri di ammissibilità di un patto limitativo della concorrenza fondato sull'esclusiva posti a livello nazionale ed europeo. In ambito europeo l'analisi si concentra sulle fonti normative vincolanti e non vincolanti. Le fattispecie rilevanti per la normativa europea della concorrenza fanno, infatti, riferimento al parametro della "quota di mercato", che il nostro ordinamento nazionale non considera (come l'art. 2596 c.c. e alcune particolari previsioni che riguardano l'esclusiva nel contratto di somministrazione e agenzia). Ne discende che le regole poste a livello europeo prevalgono sulle regole poste dalla normativa nazionale nel caso in cui la fattispecie abbia rilevanza comunitaria.

The essay is aimed at analysing exclusivity clauses in business-to-business contracts (BtoB). The starting point is represented by the difference between the eligibility requirements of non-competition agreements based on exclusivity clauses set at national and EU level. At European level the analysis will focus both on the system of legislation and soft law. The central provisions under EU antitrust law refer to "market share", that is a parameter not considered in our legal system (see art. 2596 of the Italian Civil Code and other specific provisions that deal with supply contracts and agency agreements). It follows that EU Community law takes precedence over national law, in the specific case where Community legislation is to be applied.

Parole chiave: esclusiva, clausole di esclusiva, patti limitativi della concorrenza, impresa, esclusiva territoriale, mercato, concorrenza, antitrust law, market competition, intese restrittive della concorrenza, abuso di posizione dominante, anti-competitive conduct, Europa, normativa vincolante, soft law

Sommario: 1.Introduzione - 2.I limiti concorrenziali al coordinamento tra imprese - 3.La "zona di sicurezza" istituita dal regolamento di esenzione per categoria - 4.L'esclusiva territoriale in tema di intese - 5.Dall'esclusiva all'abuso: le forme di esclusiva di fatto

1. Introduzione

Questo breve saggio si propone di dare conto dei problemi di diritto *antitrust* che pongono alcuni patti limitativi della concorrenza, ancorché tipizzati dal legislatore.

Gli aspetti critici e gli spunti d'analisi traggono fonte dalla considerazione che la disciplina europea della concorrenza, in un'ottica prettamente sostanzialistica, pone precetti che non si arrestano davanti al dato formale della tipicità di una clausola o della forma dell'accordo. Per andare a colpire quelle intese che ledono la libera concorrenza e, di conseguenza, l'interesse all'integrità dell'intero mercato degli scambi, si assiste allo sviluppo di una disciplina che pone in discussione il dogma secondo il quale il contratto è lo strumento attraverso il quale i soggetti dispongono della propria sfera personale e patrimoniale.

Nasce, da qui, l'esigenza di comprendere i limiti al divieto di alienazione, nonché gli spazi di autonomia ancora riservati alle parti che, ai sensi dell'art. 1372 c.c., hanno il potere di porre in essere contratti aventi fra loro forza di legge¹. È necessario, a tal proposito, verificare l'ambito di applicazione della clausola in forza della quale può imporsi a controparte un rapporto di esclusiva in relazione alle normative europee, vincolanti e di *soft law*. Occorre, inoltre, chiedersi se e quali esenzioni alle prescrizioni in tema di concorrenza possono legittimare l'inserimento e/o la permanenza di alcune clausole limitative dell'iniziativa economica di una parte². In ultimo, riportare i punti critici che emergono da un'analisi comparata ai parametri più squisitamente nazionali. Si fa riferimento al dibattito, tutt'altro che sopito, tra i limiti contrattuali alla concorrenza e la clausola di esclusiva.

¹ G. OLIVIERI, *Interpretazione del contratto e tutela della concorrenza*, in AA.VV. *Contratto e Antitrust*, G. OLIVIERI e A. ZOPPINI (a cura di), Bari, 2008, p. 85: "Atteso che il contratto ha forza di legge tra le parti, come solennemente affermato dall'art. 1372 c.c., non è poi così eterodosso sostenere che i rapporti tra autonomia privata e diritto antitrust debbano essere governati da principi - e soggetti a limitazioni - in parte analoghi a quelli che informano l'esercizio della potestà normativa da parte dei singoli Stati allorché questa vada a incidere sugli equilibri concorrenziali del mercato".

² Cfr. G. OPPO, *Costituzione e diritto privato nella "tutela della concorrenza"*, in *Riv. Dir. Civ.*, 1993, I, p. 545 ss., secondo il quale i condizionamenti imposti dalla normativa *antitrust* nazionale e comunitaria all'autonomia privata troverebbero fondamento e legittimità costituzionale nell'ambito del concetto di utilità sociale richiamato dall'art. 41, comma 2, Cost. L'Autore avverte che in questo campo, più che in altri, l'utilità sociale vada apprezzata in concreto e costituisca il faro per orientare l'interprete nell'ambito di una pluralità di valori che occorre conciliare o tra i quali è da stabilire un ordine di prevalenza. Per un'analisi del rapporto tra Costituzione e norme codicistiche in materia di iniziativa economica v. anche G. OPPO, *L'iniziativa economica*, in *Riv. Dir. Civ.*, 1988, I, p. 309.

2. I limiti concorrenziali al coordinamento tra imprese

Ai sensi dell'art. 101 Tfu, e dell'art. 2 della legge *antitrust*, che ricalca in modo quasi letterale la disciplina europea, le intese sono vietate laddove abbiano l'oggetto o l'effetto di impedire, restringere o falsare la concorrenza. La norma prende, dunque, in considerazione e vieta un effetto, cioè quello anticoncorrenziale, che alcune pratiche tra imprese possono determinare. Nel moderno diritto *antitrust* per restrizione alla concorrenza si intende quel risultato che determina, in ultimo, un danno ai consumatori³. Come noto, nell'ambito della nozione di intesa ricadono gli accordi conclusi anche in maniera informale, le pratiche concordate che determinano un coordinamento tra imprese e le decisioni di associazioni di imprese. Se, quindi, il regime di concorrenza instaurato dagli articoli in tema di intesa, ma anche di abuso di posizione dominante (art. 102 Tfu), si interessa ai risultati economici degli accordi, occorre da subito individuare un dato. Vi è un'importante asimmetria tra la definizione di contratto che, ai sensi dell'art. 1321 c.c. emerge nel nostro ordinamento, e gli accordi stigmatizzati come collusivi dalle norme del Trattato sul funzionamento dell'Unione Europea.

E ciò conduce a considerare che, in una prospettiva concorrenziale, possono individuarsi divieti di alienazione anche in atti anticompetitivi che non rivestono tutti i requisiti formali per essere qualificati come contratti alla stregua dei parametri nazionali.

Emerge, quindi, l'esigenza di individuare il *level playing field* all'interno del quale declinare quei patti che di fatto limitano la libertà di autonomia dei contraenti.

Si è soliti affermare che quello di esclusiva e il patto di non concorrenza sono clausole tipiche che accedono alla maggior parte dei contratti di distribuzione. Con riferimento al nostro sistema civilistico, tali convenzioni trovano una disciplina specifica nella normativa dedicata ai contratti di agenzia (artt. 1742 e ss. cod. civ.)⁴ e di somministrazione (artt. 1559 e ss. cod. civ.)⁵. Entrambi i patti costituirebbero strumenti necessari per la realizzazione

³ Vedi C. OSTI, *I limiti posti dalla concorrenza al coordinamento delle imprese*, in *Le reti di imprese e i contratti di rete*, P. IAMICELI (a cura di), Torino, 2009, p. 139.

⁴ Con riferimento alle clausole di esclusiva territoriale, si tenga presente la diversa struttura del contratto di agenzia rispetto ad altri rapporti di distribuzione: nel contratto in oggetto, infatti, l'agente si limita a promuovere la conclusione di contratti. Conclusione che di fatto - salvo che all'agente venga conferito il potere di rappresentanza - rimane appannaggio esclusivo del preponente, il quale può altresì rifiutarsi di concludere le proposte di contratto nel principio del rispetto del principio di buona fede nell'esecuzione del contratto (art. 1375 c.c.).

⁵ Quanto al contratto di somministrazione, la clausola in argomento, il cui contenuto è delimitato dagli artt. 1567 e 1568 c.c., consiste nell'obbligo assunto da una parte di contrarre esclusivamente con l'altra in ordine alla prestazione di un bene o di un servizio e concerne di regola prescrizioni continuative e periodiche. Nel caso di esclusiva che acceda ad un contratto ad esecuzione istantanea, invece, pare più corretto parlare di cessione del diritto di utilizzo (si pensi ad un servizio giornalistico); in merito cfr. E. BONASI - BENUCCI, "Esclusiva (clausola di)", in *Enc. Dir.*, vol. XV, Milano, 1966, p. 380. Sulla clausola di esclusiva cfr. anche O. CAGNASSO, *Esclusiva (clausola di)*, in *Dig. disc. priv. sez. comm.*, V, 1990, p. 265; G. COTTINO, *Del contratto estimatorio. Della somministrazione*, in *Commentario Scialoja - Branca*, Bologna - Roma, 1970, p. 194

dell'integrazione verticale tra le imprese, ovvero di quella collaborazione che si instaura tra imprenditori operanti a livelli differenti della catena di produzione o di distribuzione. Scopo dell'esclusiva, soprattutto nel suo regime bilaterale perfetto, è quello di garantire alle parti un più stretto vincolo di collaborazione per assicurare la miglior distribuzione dei prodotti e il successo delle rispettive attività imprenditoriali. Generalmente, essa consiste, quindi, in una pattuizione contrattuale di natura accessoria che, inserendosi in un più articolato accordo per la distribuzione di beni o servizi, comporta l'impegno per uno o per entrambi i contraenti, di non concludere con terzi contratti analoghi all'interno di una determinata zona e per un certo tempo. La zona di riferimento può coincidere con una determinata area geografica ma può altresì essere individuata con criteri differenti. Nella pratica degli affari si sono sviluppati quelli che prendono in considerazione i canali distributivi, i gruppi di clienti o le categorie di potenziali clienti, nonché alcuni criteri misti sia geografici che clientelari.

Ciò che rileva ai nostri fini è che nonostante tale pattuizione costituisca un incentivo all'integrazione tra imprese, essa può dar luogo a una limitazione della concorrenza. Ed infatti, entrambe le parti (o altre volte una sola di esse) si impegnano a limitare la propria libertà di iniziativa economica per un determinato periodo di tempo, che può coincidere con l'intera durata del contratto principale cui la clausola di esclusiva accede⁶.

Nel nostro ordinamento gli elementi costitutivi del patto limitativo della concorrenza sono individuati dall'art. 2596 c.c.⁷: previsione del patto per iscritto, circoscrizione dell'applicabilità del patto a una determinata zona o una determinata attività, durata quinquennale del patto stesso. A completamento di quanto delineato dalla normativa nazionale occorre ora considerare i limiti posti dalla disciplina *antitrust* europea, visti gli indubbi riflessi che essa riversa nel nostro sistema di diritto per la vincolatività di alcune sue fonti, nonché per la forza persuasiva degli orientamenti europei di *soft law*. Si è visto, infatti, che la clausola di esclusiva, così come concepita nel nostro ordinamento, determina una limitazione della futura possibilità di contrarre da parte del soggetto obbligato, influenzando negativamente sulla sua libertà d'iniziativa economica. Si pone, pertanto, l'esigenza di declinare l'operatività di queste pattuizioni accessorie alla luce

ss.; G. MIRABELLI, *Dei singoli contratti*, in *Comm. cod. civ. Utet*, III ed., Torino, 1991, p. 256.

⁶ C. MUCIO, *Proroga del contratto di somministrazione e proroga della clausola di esclusiva*, in *I contratti*, 10, 2000, p. 900, sostiene che appare erronea l'opinione secondo la durata del patto di esclusiva, che accede a contratti di somministrazione, è perfettamente conciliabile con quella del contratto principale cui accede, per il quale non esistono limiti temporali nella legge. Non vi è motivo, quindi, per negare al patto validità ed efficacia mentre il contratto principale continua a rimanere in vita. Ne consegue che, laddove il contratto di somministrazione sia stipulato a tempo indeterminato, il patto di esclusiva accessorio al negozio principale è valido per la durata del contratto. Ove, invece, il negozio sia a tempo determinato, la proroga della durata del contratto importa anche la proroga dell'efficacia della clausola di esclusiva. Sul punto cfr., Cass. civ., Sez. III, 4 febbraio 2000, n. 1238 che, afferma che, all'intervenuta proroga tacita del contratto di somministrazione non può essere ricollegata, in difetto di una diversa volontà delle parti, la proroga dell'efficacia della clausola di esclusiva per l'intera durata del contratto.

⁷ Sull'ampio dibattito circa l'applicazione dell'art. 2596 c.c. ai patti di esclusiva vedi G. AULETTA e V. MANGINI, *Concorrenza*, in *Commentario Scialoja - Branca*, Bologna - Roma, III ed., p. 184; e ancora C. CASTRONOVO e S. MAZZAMUTO, *Manuale di diritto privato europeo*, vol. III, Milano, 2007, p. 219.

della regolamentazione europea in tema di accordi verticali tra imprese⁸, la cui disciplina è posta dal Regolamento UE n. 330 del 2010.

3. La “zona di sicurezza” istituita dal regolamento di esenzione per categoria

Il principio generale che sta alla base del divieto di intese è che gli operatori economici devono determinare in modo autonomo le loro condotte sul mercato. Pertanto, ogni concertazione volta ad impegnare due o più imprese concorrenti ad adottare - o ad astenersi dall'adottare - un dato comportamento sul mercato è suscettibile di ricadere nel divieto di intese restrittive della concorrenza⁹. Le norme europee e italiane comminano agli accordi restrittivi della concorrenza la più grave sanzione della nullità (art. 101, comma 2, Tfu e art. 2, comma 3, l. 287 del 1990). Tale fonte normativa si integra con la previsione di cui al paragrafo 3 dell'art. 101 Tfu (recepita a livello nazionale dall'art. 4 della l. n. 287 del 1990), che esenta dal divieto di intese restrittive della concorrenza gli accordi che producono sufficienti vantaggi, tali da compensare gli effetti anticoncorrenziali.

Alcune intese, quindi, possono apportare benefici alla concorrenza, poiché danno luogo a miglioramenti nelle condizioni di offerta sul mercato i quali abbiano effetti tali da comportare un sostanziale beneficio per i consumatori.

Ad esempio, è indubbio che un accordo che obbliga a non acquistare marchi concorrenti contiene restrizioni per il fornitore o il compratore, tuttavia tali restrizioni possono avere anche degli effetti positivi. Si pensi, a titolo esemplificativo, ad una clausola di esclusiva posta in un contratto di distribuzione al fine di consentire ad un produttore di entrare in un nuovo mercato o, ancora, di consentire ad un fornitore di ammortizzare un investimento fatto per uno specifico cliente. Se vista sotto questo angolo visuale, l'esclusiva è una clausola per certi versi naturale, in alcuni rapporti, quali ad esempio la concessione di vendita o il *franchising*¹⁰, in cui l'esclusiva in favore del concessionario o del *franchisee* diviene una sorta di contropartita necessaria a fronte degli investimenti specifici richiesti, che in un certo qual modo legittimano una protezione territoriale. Di tali effetti ha preso atto il legislatore comunitario che, con il regolamento di esenzione

⁸ Si ricordi che la definizione di impresa fornita dal diritto comunitario è più ampia rispetto a quella dei singoli ordinamenti nazionali e, in particolare, rispetto alla definizione di imprenditore contenuta nell'art. 2082 del nostro codice civile, vi rientrano, in particolare, anche alcune categorie di professioni intellettuali, essendo sufficiente nell'interpretazione della Corte di Giustizia «il requisito dell'economicità dell'attività svolta»; tra i principali *leading case* sull'applicazione delle regole della concorrenza alle professioni regolamentate si vedano, *ex multis*, la decisione della Commissione “Consiglio nazionale degli spedizionieri doganali” (93/438/CEE, del 30 giugno 1993); la decisione della Commissione “Colegio Oficial de Agentes de la Propiedad Industrial” (95/118/CEE, del 30 gennaio 1995); la sentenza della Corte di Giustizia “Commissione vs. Italia” (CNSD) (C-35/96, del 18 giugno 1998); la sentenza della Corte di Giustizia “Arduino” (C-35/99, del 19 febbraio 2002); la sentenza della Corte di Giustizia “Wouters” (C-309/99, del 19 febbraio 2002); la sentenza della Corte di Giustizia “Mauri” (C-250/03, del 17 febbraio 2005).

⁹ GHEZZI e G. OLIVIERI, *Diritto antitrust*, Torino, 2013, p. 82 ss.

¹⁰ A. BALDASSARRI, *I contratti di distribuzione. Agenzia, mediazione, concessione di vendita, franchising*, Padova, 1989, p. 497.

per categoria in esame, offre una zona di sicurezza per alcuni accordi verticali¹¹. Il Reg. n. 330 del 2010 al ricorrere di determinati requisiti rende, infatti, inapplicabile il divieto di cui al par. 1 dell'art. 101 Tfu.

Inoltre nel 2011, la Commissione, attraverso l'emanazione degli orientamenti sulle restrizioni verticali, ha fornito delle linee guida di *soft law* concernenti l'applicazione del regolamento per categoria¹².

4. L'esclusiva territoriale in tema di intese

A completamento del quadro tracciato dall'art. 101, par. 3, Tfu, il Reg. n. 330 del 2010 e gli orientamenti della Commissione del 2011 sembrano confermare che il legislatore europeo abbia preso atto che la finalità antimonopolistica della norme comunitarie debba essere bilanciata con altri interessi rilevanti quali la crescita, la competitività e lo sviluppo delle imprese.

Tra le restrizioni normativamente previste dall'art. 101 Tfu lett. b) (e parallelamente dall'art. 2 L. n. 287 del 1990) rientrano le intese consistenti nel limitare o controllare la produzione, gli sbocchi, lo sviluppo tecnico o gli investimenti. E ciò non si può escludere che avvenga nel caso di intese verticali realizzate mediante un patto di esclusiva (si pensi, a titolo esemplificativo, al caso delle carni bovine francesi del 2003, in cui è stata considerata particolarmente grave la restrizione dovuta a un accordo tra allevatori e macellatori francesi volto ad impedire l'importazione di vacche dagli altri Stati membri). Peraltro, qualora l'accordo coinvolga un intero Stato membro, all'effetto preclusivo dell'accesso al mercato per i potenziali concorrenti si accompagna la chiusura del mercato stesso. Viene così posta in essere una violazione della lett c) dell'art. 101 Tfu, che vieta le intese dirette alla ripartizione dei mercati, poiché esse sono in grado di isolare, come si è detto, alcuni mercati dalla concorrenza di altre imprese. Ne consegue che l'intesa attribuisce a ciascun partecipante un monopolio di fatto nella zona assegnata, poiché ciascun produttore deve concentrare gli sforzi di vendita in un dato territorio. Un ulteriore effetto derivante dagli accordi di ripartizione dei mercati è quello di ridurre la scelta del consumatore in ordine alla qualità dei prodotti.

Inoltre, sempre nel caso di coincidenza della zona assegnata con il territorio dello Stato membro, all'effetto di monopolizzazione si aggiunge quello della compartimentazione dei singoli mercati nazionali, che pone un ostacolo diretto alla creazione di un mercato

¹¹ Cfr. Regolamento (UE) n. 330/2010 della Commissione relativo all'applicazione dell'art. 101, paragrafo 3, del trattato sul funzionamento dell'Unione europea a categorie di accordi verticali e pratiche concordate, in Gazzetta ufficiale dell'Unione europea 23.04.2010.

¹² I criteri per stabilire se e in che misura un accordo verticale sia in grado di restringere la concorrenza si sono formati nell'ambito della giurisprudenza comunitaria. I principi che sono stati elaborati sono contenuti nella comunicazione della Commissione concernente gli Orientamenti sulle restrizioni verticali, nonché nelle Linee direttrici sull'applicazione dell'articolo 81, par. 3, del Trattato (ora art. 101, par. 3 Tfu) in Gazzetta ufficiale dell'Unione europea 27.04.2004.

unico. Interessante, a tal proposito, appare il procedimento iniziato dalla Commissione europea di contestazione degli addebiti a Sky Uk e a sei delle maggiori case di produzione cinematografica statunitensi (Disney, Universal, Paramount Pictures, Sony, Twentieth Century Fox e Warner Bros)¹³. La Commissione ritiene, in via preliminare, che ciascuna delle sei case cinematografiche e Sky Uk abbiano concordato (a livello bilaterale) di porre in essere delle restrizioni volte ad evitare che Sky UK consenta ai gli utenti stabiliti altrove di accedere, via satellite oppure *on line*, ai servizi di *pay-TV* disponibili nel Regno Unito e in Irlanda. Ed infatti, le case di produzione cinematografica statunitensi concedono normalmente in licenza i contenuti audio-visivi, come i film, a una singola emittente di televisione a pagamento in ogni Stato Membro. L'indagine della Commissione, iniziata a gennaio 2014, ha individuato negli accordi di licenza tra le sei case di produzione cinematografica e Sky Uk delle clausole che impongono alla stessa Sky Uk di bloccare l'accesso ai suoi servizi di *pay-TV on line* o via satellite (c.d. "*geo-blocking*") agli utenti al di fuori del territorio cui si riferisce la licenza.

La valutazione iniziale della Commissione, contenuta nella conclusione preliminare, evidenzia che tali clausole restringono il potere di Sky Uk di accettare richieste per i suoi servizi di *pay-TV* provenienti da utenti residenti all'estero, come quelli residenti in altri Stati Membri. Tali richieste, in particolare, provengono da altri Stati Membri nei quali Sky UK non promuove attivamente i suoi servizi (c.d. "*passive sales*").

Di conseguenza, queste clausole garantiscono "un'esclusiva territoriale assoluta" a Sky UK poiché eliminano la concorrenza transfrontaliera tra le emittenti di TV a pagamento e compartimentano il mercato interno lungo i confini nazionali. Per questo motivo la valutazione preliminare della Commissione è che, in assenza di giustificazioni convincenti, le clausole di esclusiva potrebbero costituire una seria violazione del divieto di intese restrittive della concorrenza. Peraltro, la Commissione ha già espresso ulteriori dubbi con riguardo agli accordi di licenza tra le case di produzione cinematografica e altre emittenti europee (Canal Plus in Francia, Sky Italia, Sky Deutschland e DTS Spagna).

L'indagine in tema di restrizioni contrattuali sulle c.d. "*passive sales*" (che in questo caso avvengono al di fuori del territorio in cui l'emittente abbia ottenuto la licenza) evidenzia come la maggior parte delle volte le intese restrittive della concorrenza vadano valutate caso per caso.

Il Reg. n. 330 del 2010 contiene, tuttavia delle presunzioni relative al beneficio dell'esenzione per categoria. Come si è detto, infatti, alcuni accordi verticali possono incrementare l'efficienza economica nell'ambito di una catena produttiva o distributiva permettendo un migliore coordinamento tra le imprese partecipanti.

Tuttavia, la probabilità che tali incrementi di efficienza possano controbilanciare gli eventuali effetti anticoncorrenziali derivanti dalle restrizioni contenute negli accordi verticali dipende dal grado di potere di mercato delle parti dell'accordo. In particolare, qualora la quota di mercato rilevante detenuta da ciascuna delle imprese contraenti

¹³ Proceedings (European Commission): UK/Ireland cross-border pay-tv services, in *Antitrust Reports*, september 2015, part. 9, p. 509.

dell'accordo non superi il 30%, il regolamento di esenzione per categoria introduce una presunzione di legalità per gli accordi verticali (si ricordi che non rientrano nell'ambito di applicazione del 101, par. 1, Tfeue gli accordi di "importanza minore", ossia gli accordi verticali stipulati da imprese non concorrenti la cui singola quota sul mercato rilevante non superi il 15%, salvo che gli accordi abbiano un effetto sensibile sugli scambi tra Stati membri e sulla concorrenza).

Invece, qualora gli accordi verticali siano stipulati tra imprese che detengono una quota di mercato che superi il 30%, non vi è una violazione automatica del divieto di restrizioni verticali, ma è richiesta una valutazione caso per caso volta a verificare la sussistenza o meno delle condizioni che possono giustificare un'esenzione.

Il regolamento, tuttavia, non esenta gli accordi verticali che non sono indispensabili per il conseguimento degli incrementi di efficienza. In particolare, gli accordi che contengono l'imposizione di un prezzo di rivendita minimo o fisso e talune forme di protezione territoriale devono essere esclusi dal beneficio dell'esenzione per categoria indipendentemente dalla quota di mercato delle imprese interessate. Ai sensi dell'art. 5 del Reg. n. 330 del 2010, l'esenzione non si applica neppure agli obblighi di non concorrenza, diretti o indiretti, la cui durata sia indeterminata o superiore a cinque anni.

Ad integrazione della normativa vincolante, soccorrono anche orientamenti di *soft law*¹⁴ che dettano i principi da applicare nella valutazioni degli accordi verticali in questione. Con particolare riguardo alla distribuzione esclusiva, il legislatore europeo chiarisce che essa rientra nell'ambito del regolamento di esenzione per categoria quando sia la quota di mercato del fornitore che quella dell'acquirente non superano il 30%. Occorre aver riguardo anche alle eventuali combinazioni con altre restrizioni verticali, come l'obbligo di non concorrenza limitato a cinque anni. Il rischio per la concorrenza aumenta quando la quota di mercato del 30% è superata. Ad esempio, può crearsi una sensibile riduzione della concorrenza all'interno del marchio. In tal caso, per soddisfare le condizioni di cui all'art. 101, par. 3, Tfeue, può essere necessario che la riduzione della concorrenza all'interno del mercato sia compensata da vantaggi significativi in termini di efficienza. Infine, il rischio della collusione e/o indebolimento della concorrenza aumenta ulteriormente quando fornitori diversi designano lo stesso distributore esclusivo in un determinato territorio (c.d. distribuzione esclusiva multipla).

5. Dall'esclusiva all'abuso: le forme di esclusiva di fatto

La questione della violazione della normativa in tema di concorrenza attraverso una pattuizione, tipica o atipica, che imponga una qualche forma di divieto di alienazione

¹⁴ Cfr. Comunicazione della Commissione - Orientamenti sulle restrizioni verticali, in Gazzetta ufficiale Unione europea 10.05.2010.

può essere declinato anche nell'ambito di altre fattispecie rilevanti nell'ambito del diritto *antitrust*. È, infatti, osservazione ampiamente condivisa quella secondo cui le possibili interferenze tra regole *antitrust* e diritto dei contratti non siano limitate alle intese restrittive della concorrenza, ma riguardino anche le fattispecie di abuso di posizione dominante e di concentrazioni tra imprese¹⁵, sia pure con profili e con conseguenze parzialmente diverse.

Con riferimento all'abuso di posizione dominante, un esempio è costituito dal caso Intel, nell'ambito del quale la Commissione Europea ha imposto una multa di 1,06 miliardi per la violazione delle regole *antitrust*. Secondo la Commissione, Intel Corporation avrebbe adottato pratiche illegali e anticompetitive volte ad escludere i concorrenti dal mercato dei *chip* per computer, denominati CPU x86. Nella specie, la Commissione ha riscontrato che Intel (che nel periodo compreso tra ottobre 2002 e dicembre 2007 ha mantenuto una posizione di dominio nel mercato mondiale di CPU x86 con quote di mercato del 70%) ha posto in essere due forme di pratiche illegali. Innanzitutto Intel ha offerto rimborsi parziali o completi ai produttori di sistemi dietro condizione che questi comprassero solamente, o per la maggior parte, CPU x86 da Intel. Intel ha inoltre effettuato pagamenti diretti ai principali rivenditori dietro condizione che questi tenessero a catalogo solamente sistemi con CPU Intel x86. Questi rimborsi e pagamenti hanno prodotto l'effetto di impedire di fatto che i clienti, e in ultimo luogo i consumatori, potessero scegliere prodotti alternativi. In secondo luogo Intel ha effettuato pagamenti diretti ai produttori di computer per arrestare o ritardare il lancio di prodotti specifici contenenti CPU x86 di aziende concorrenti e limitare le vendite sul canale di questi prodotti.

Il caso Intel riguarda, quindi, un caso di abuso di posizione dominante per mezzo di sconti condizionati all'esclusiva o alla quasi esclusiva. L'offerta di sconti condizionati è diffusa nella pratica degli affari e consiste nell'applicazione dello sconto all'acquirente (produttore intermedio, distributore al dettaglio o consumatore finale) solo se quest'ultimo raggiunge una certa quantità di acquisti o una certa percentuale di acquisti totali. Le normative *antitrust* non vietano *in toto* questa consuetudine commerciale, che può produrre anche un effetto pro-concorrenziale nel caso in cui i consumatori ne traggano beneficio in termini di prezzi più bassi.

Tuttavia, quando lo sconto condizionato è subordinato non al raggiungimento di determinate soglie ma alla totalità degli acquisti si creano forme di esclusiva di fatto.

Nel caso di sconti condizionati alla concessione dell'esclusiva, di fatto o di diritto, si nota come l'esclusiva abbia dei costi per il consumatore perché tali accordi possono portare all'esclusione di concorrenti più efficienti dell'impresa dominante¹⁶. Di conseguenza, si preclude o si rende più difficoltosa e onerosa l'offerta sul mercato di beni o servizi di migliore qualità o a prezzi più bassi.

¹⁵ G. OLIVIERI, *Iniziativa economica e mercato nel pensiero di Giorgio Oppo*, in *Riv. dir. civ.*, 4, 2012, p. 520.

¹⁶ P. CROCIONI, *Dall'esclusiva all'esclusione: le lezioni del caso INTEL e le ragioni della Commissione*, in *Mercato, concorrenza, regole*, a. XV, n. 2, 2013, p. 333 ss.

Nel caso in esame, la Commissione applicando per la prima volta il test pubblicato negli orientamenti sulle priorità per l'applicazione dell'art. 82 del trattato CE¹⁷ (ora 102 Tfu), ha ritenuto che gli sconti condizionati praticati da Intel avessero degli effetti anticompetitivi. In base alle modalità praticate dall'impresa in posizione dominante, la Commissione ha perciò qualificato il comportamento come predatorio (sulla parte di domanda contendibile dai concorrenti) e quindi vietato. Dall'analisi del caso emerge, quindi, come le forme di esclusiva, siano esse di diritto o di fatto, appaiano idonee a produrre effetti anticoncorrenziali più marcati rispetto ad altri tipi di accordi verticali. L'approccio sviluppato a livello europeo dimostra come l'ammissibilità di una clausola di esclusiva nei contratti tra imprese sia legata al rispetto di determinati limiti quantitativi. Essi sono individuati dalla normativa comunitaria di riferimento, vincolante e non vincolante, e si identificano prevalentemente nella definizione di quote di mercato in relazione alle singole tipologie di accordi prese in considerazione dal legislatore comunitario. È tuttavia necessaria una valutazione caso per caso quando l'esenzione non avviene in automatico o quando si debba valutare l'effetto di un patto anche alla luce di altre restrizioni presenti nella pratica attuata¹⁸. Di contro, in assenza di un significativo potere di mercato delle imprese coinvolte in un'intesa verticale, i divieti *antitrust* non trovano normalmente applicazione.

Un siffatto metodo sembra discostarsi rispetto ai tradizionali canoni di diritto civile utilizzati in via ermeneutica per valutare l'ammissibilità dei patti di esclusiva. Può quindi osservarsi una parziale discrepanza tra i criteri dettati dalla normativa nazionale in tema di patti limitativi della concorrenza, *ex art. 2596 c.c.* (e anche delle particolari previsioni che riguardano l'esclusiva di alcuni contratti tipici, come la somministrazione e l'agenzia) e le regole poste a livello europeo, che sono atte a influenzare anche l'approccio nazionale, con relativa prevalenza delle regole poste dalla normativa europea nel caso in cui la fattispecie abbia rilevanza comunitaria.

¹⁷ Cfr. comunicazione della Commissione - Orientamenti sulle priorità della commissione nell'applicazione dell'art. 82 del trattato Ce al comportamento abusivo delle imprese dominanti volto all'esclusione dei concorrenti, in Gazzetta ufficiale dell'Unione europea 24.02.2009. La Commissione ha indicato come verificare se gli sconti condizionati offerti da imprese dominanti possano o meno portare all'esclusione di concorrenti. Il *benchmark* scelto dalla Commissione è quello di un concorrente altrettanto efficiente dell'impresa dominante.

¹⁸ Deve essere sottolineato che un accordo, il quale non si conformi a un regolamento di esenzione, possa essere comunque ritenuto meritevole di esenzione individuale qualora soddisfi le condizioni stabilite dall'art. 101, par. 3, Tfu.

OSSERVAZIONI SU “IL CAPITALE NEL XXI SECOLO”

Loris Cottoni

Abstract: Nell'articolo viene svolta una recensione critica del libro “Il capitale nel XXI secolo” di Thomas Piketty. L'attenzione è principalmente rivolta alle soluzioni proposte da Piketty per risolvere il problema della disuguaglianza nei redditi e nei patrimoni. Sono analizzate le possibili conseguenze delle misure descritte dall'autore nell'ultima parte del libro. Secondo me, le misure fiscali proposte da Piketty potrebbero avere un impatto negativo sul sistema economico e causare un'inefficiente allocazione delle risorse.

This paper represents a critical review of the book “The Capital in the XXIst century”, by Thomas Piketty. In this work I focused my attention on the solutions proposed by Piketty in order to solve the problem of inequality in the distribution of wealth and income. I analyzed the possible consequences of the measures described in the last part of the book. In my opinion the taxes proposed by Piketty could have a negative impact on the economy and the growth, leading the system to an inefficient allocations of the resources.

Parole chiave: Disuguaglianza, tassazione, politiche fiscali, capitale, finanze pubbliche, Piketty, debito pubblico, globalizzazione.

Sommario: 1. Introduzione.- 2. Tassazione sul reddito progressiva con aliquote fino all'ottanta per cento.- 3. Tassazione progressiva al livello globale sul capitale (dallo 0.1% annuo per patrimoni inferiori a 200.000 euro al 5-10% annuo per patrimoni oltre i 100 milioni).- 4. Notevoli tasse sull'eredità e “patrimoniali straordinarie” una tantum sul capitale nel caso in cui vi sia l'esigenza di ridurre il debito pubblico.- 5. Conclusioni

1. Introduzione

Il libro dell'economista francese Thomas Piketty “*Le capital au XXIe siècle*” ha avuto un notevole impatto sul dibattito economico a livello mondiale in questi ultimi mesi.

Gli argomenti principali sono: le disuguaglianze nella distribuzione del capitale e del reddito e l'evoluzione nel lunghissimo periodo del rapporto tra capitale e lavoro nel sistema economico.

Le questioni sono trattate esaustivamente e con dovizia di grafici, dati e serie storiche sia in prospettiva sincronica che diacronica.

L'autore tratta argomenti vecchi in modo innovativo, talvolta giungendo a conclusioni che *ictu oculi* appaiono quasi iconoclaste anche rispetto a quelle di pensatori facenti capo al medesimo referente ideologico ed assiologico.

Tuttavia in questa sede intendiamo focalizzare principalmente i riflettori della nostra attenzione sui rilievi formulati dall'A. nell'ultima parte del libro (cap. 13 e ss.) nella quale

vengono introdotte possibili soluzioni per ristabilire il fisiologico rapporto tra capitale e lavoro e per ridurre la diseguaglianza.

Piketty individua come forza di divergenza fondamentale, come fomite della diseguaglianza, il fatto che $r > g$, ove con r intendiamo il tasso di rendimento annuo del capitale (inclusi dividendi, cedole, profitti ecc.) e con g il tasso di crescita del reddito complessivo del sistema economico in questione nel periodo di riferimento. Queste convergenti spinte nel lungo periodo importano inevitabilmente un accumulo di capitale nelle mani di chi già possiede cospicue fortune, le quali tenderanno a crescere ad un ritmo superiore alla produzione. In altre parole il capitale tende ad incrementare se stesso sottraendo terreno al lavoro e creando diseguaglianze sia nella distribuzione del reddito che in quella del capitale.

A nostro giudizio però il fatto che $r > g$ rappresenta una relazione del tutto fisiologica ed auspicabile. Essendo r il tasso di rendimento del capitale privato esso viene generalmente impiegato in modo da massimizzare il profitto, il parametro r si riferisce essenzialmente al settore privato ed in particolar modo agli imprenditori che rischiano i propri capitali nella speranza del più alto ritorno economico che le condizioni di mercato consentono. Mentre g si riferisce alla crescita dell'*output* di tutto il sistema economico, cioè include anche il settore pubblico, il quale per sua natura non ha come *raison d'être* tanto la massimizzazione del profitto, quanto lo svolgimento di precise e benefiche funzioni di garanzia che quasi mai comportano un ritorno economico per i poteri pubblici (e.g la fornitura dei beni pubblici puri). Ecco perché è fisiologico che r tenda ad essere maggiore di g , perché la crescita dell'*output* è necessariamente frenata dall'inclusione al suo interno di attività che non producono profitti.

Non è un caso che (cfr. tab. 2.5 e 10.11 , 10.12) dall'anno 0 fino a giorni nostri con l'eccezione del centennio 1913-2012, il tasso di rendimento del capitale sia stato sempre superiore al tasso di crescita. Tale divario era particolarmente ampio anche all'epoca della rivoluzione industriale, un periodo in cui il mondo occidentale cominciò a sperimentare ritmi di crescita più sostenuti rispetto al passato. I dati sembrano in parte suggerire che non ci sia una sorta di *trade-off* tra valori più alti di r e valori più bassi di g nonostante i dati del periodo 1913-2012. Nel periodo 1913-1950 il tasso di rendimento del capitale crollò dal 5% all'1% (tale situazione si può spiegare con il fatto che le due guerre mondiali, la grande depressione e l'inflazione generalizzata in Europa distrussero gran parte del capitale precedentemente accumulato), per poi rimbalzare a poco più del 3% nel periodo 1950-2012.

Tuttavia l'eccezione del periodo 1913-2012 può essere spiegata chiamando in causa le politiche keynesiane che ovviamente non erano mai esistite in modo istituzionalizzato prima del XX secolo. Attraverso la spesa in deficit è possibile espandere la produzione oltre il livello fisiologico d'equilibrio, ma a prezzo di creare nuovo debito pubblico. Ecco perché nel centennio in questione (nonostante le due guerre e la grande depressione) il tasso di crescita medio annualizzato fu quasi il doppio di quello del "secolo d'oro" della rivoluzione industriale.

Tuttavia, d'altro canto bisognerebbe anche tenere conto delle problematiche concernenti la gestione del debito pubblico, che rimaste a lungo sopite, ora stanno lentamente

emergendo e rappresentano indubbiamente la sfida più annosa per i *policy makers* dei prossimi decenni.

I fatti ci dicono che nel periodo 0-1912, r è stato sempre grossomodo compreso nell'intervallo tra il 4 ed il 5%, ed il valore g è stato sempre inferiore all'1%. L'eccezionalità del ventesimo secolo potrebbe a buon diritto essere vista anche come patologia piuttosto che come fisiologia, ed in ogni caso prima di formulare rilievi più precisi bisognerebbe misurare l'impatto del debito accumulato sulla crescita futura.

La divergenza tra r e g tenderà ad amplificarsi al crescere del peso del settore pubblico all'interno dell'economia di riferimento. Più grande sarà la parte del reddito totale assorbita dal settore pubblico (e quindi impiegata con regole diverse dalla massimizzazione del profitto) e più alta sarà la sua azione frenante su g . Quindi *prima facie*, appare intuitivo e scopertamente tangibile che se si vuole arginare la divergenza tra r e g bisognerebbe limitare il peso del settore pubblico all'interno del sistema economico in modo tale da ridurre il suo "effetto zavorra".

L'A. guarda con sospetto agli elevati livelli nel *capital/income ratio*, poiché vengono usualmente considerati una "vittoria" dei *rentiers* a spesa dei lavoratori e dell'uguaglianza redistributiva del reddito. In realtà dai dati forniti dallo stesso Piketty risulta in molti casi che proprio mentre il *capital/income ratio* aumentava, parallelamente l'economia in generale cresceva a buoni ritmi, quindi l'accumulo di capitale non sembra aver frenato in modo particolare la crescita.

Insomma l'autore non vede con favore il risparmio, poiché è lo strumento attraverso il quale i capitalisti incrementano il loro patrimonio ed acquiscono le disuguaglianze¹. Tuttavia soltanto attraverso il risparmio possono accumularsi le risorse per gli investimenti, i quali genereranno crescita nel futuro, un altro modo per fare ciò è il debito; ma nel lungo periodo (*coeteris paribus*) una crescita basata sul risparmio reale è senz'altro più sostenibile di una basata sul debito, anche se in ogni caso la fase del risparmio è logicamente anteriore (affinché delle somme possano essere prese in prestito è necessario che qualcuno prima le abbia risparmiate).

Le politiche economiche che penalizzano il risparmio in favore del consumo sono potenzialmente destabilizzanti poiché causano un'inefficiente allocazione di risparmio, capitale ed investimenti che danneggia la struttura produttiva e la crescita futura². Gli stessi dati forniti dall'A. (tab. 5.1, 5.2, 5.3, 5.4 e 6.5) sembrano in parte confutare i suoi rilievi sull'accumulo di capitale e la disuguaglianza; infatti nelle economie particolarmente "risparmiatrici" come l'Italia ed il Giappone che hanno storicamente manifestato un elevato *capital/income ratio* (e nel caso dell'Italia anche un'elevata *capital share* cfr. tab. 6.5) si è registrata una disuguaglianza minore rispetto ad altri sistemi economici (Stati Uniti e Regno Unito) in cui il risparmio ed il *capital income/ratio* erano sensibilmente più bassi.

¹ T.Piketty, *The Capital in the XXIst Century*, Harvard University Press, 2014, Pag 12-13-14, 20-22-24-25; 303.

² <http://www.econlib.org/library/Columns/y2014/Murphycapital.html> ,
<http://fee.org/freeman/detail/austrian-capital-theory-why-it-matters>
<http://notizie.radicali.it/articolo/2014-06-13/intervento/lerrore-capitale-di-piketty>
<http://atlasone.org/2014/06/16/681/#more-681>

Insomma, i dati ed i fatti non solo sembrano suggerire che il risparmio e l'accumulo di capitale non influenzano di per se negativamente la crescita (anzi sembrano incentivarla) ma non hanno neanche un alto tasso di correlazione positiva con la disuguaglianza.

Piketty riprende il concetto neoclassico di capitale (grosso modo una specie di *ens causa sui*), una definizione forse troppo semplificata ed approssimativa per essere alla base di raccomandazioni di politica economica. Il capitale (*ex vi* termini) non è uno *stock* amorfo, indistinto e latitante in un isolamento puntistico, ma all'opposto è una rete complessa di beni, tra loro eterogenei, connessi nel tempo e nello spazio della struttura produttiva. I beni capitali siano essi fisici o finanziari, non mantengono inalterato il loro valore storico a tempo indeterminato, sono soggetti ad usura, obsolescenza, cambiamenti di prezzo, possono consumarsi e ad un certo punto debbono essere rimpiazzati. Pertanto l'ipotesi neoclassica che postula una perfetta eguaglianza tra il valore del capitale ed il valore futuro scontato dei flussi di reddito che questo produrrà, è un'ipotesi fuorviante se applicata ad un'economia aperta, dinamica e competitiva).

Altre obiezioni possono essere sollevate sul valore di r . Il rendimento di un capitale è strettamente correlato al rischio dell'investimento. Pertanto il fatto che r tenda ad essere alto significa anche che molti progetti imprenditoriali stanno avendo successo, e non si vede come ciò potrebbe rappresentare (escludendo il caso del *boom* nell'ambito di una bolla speculativa) un *vulnus* per la solidità e la stabilità del sistema economico.

In aggiunta, bisogna anche tener conto delle decisioni di politica monetaria che influenzano attivamente e decisamente sul livello di r . In molti casi il banchiere centrale può avere interesse ad alzare il livello dei tassi, per stemperare l'inflazione, per raffreddare una crescita giudicata insostenibile, per attirare capitali stranieri nell'economia locale o per gestire i tassi di cambio.

Queste manovre condizionano il tasso di rendimento del capitale sia nel breve sia nel lungo periodo e servono a farci capire quanto r e g siano tra loro grandezze disomogenee ed incommensurabili. L'A. identifica come principale forza di divergenza $r > g$ ma omette di esaminare l'impatto di altre potenziali forze di divergenza sul livello della disuguaglianza, fallimenti di governo *in primis*. Infatti anche interventi errati del *policy maker* possono acuire il livello delle disuguaglianze (si pensi all'effetto spiazzamento, alle leggi sul salario minimo, alle conseguenze impreviste della regolamentazione, ecc.) e non sempre è così facile capire se l'origine della disuguaglianza deve essere imputata al settore pubblico ovvero a quello privato.

C'è di più: in un'economia aperta e nella quale i capitali possono circolare liberamente il parametro r dovrebbe in linea di massima convergere verso un valore di equilibrio a livello globale onde evitare afflussi e/o deflussi di capitali insostenibili nel lungo periodo, invece g è molto influenzato da specifici fattori locali, come ad esempio la politica fiscale, la libertà economica, l'efficienza delle istituzioni e il c.d. *ease of doing business*.

Infine, l'A. omette alcune doverose riflessioni sulla disuguaglianza; egli non spiega in che modo possa essere in se e per se concretamente pericolosa per lo sviluppo del sistema economico, e la questione non è di poco momento. Esistono livelli fisiologici di disuguaglianza insiti nell'ordine naturale delle cose. Ad esempio è facile mostrare matematica-

mente che³ anche in un'ipotetica ed utopistica società di eguali il 10% più ricco possiederebbe comunque il 20% della ricchezza ed il 10% più povero solo l'1%, se si considera la dinamica temporale di accumulazione della ricchezza. Rendendo il modello più realistico si riesce a dimostrare che anche in una società comunque egualitaria è perfettamente fisiologico che il 10% della popolazione possieda circa il 40% della ricchezza totale.

Tale dato non è così distante dal 45% dell'Italia e di altri paesi occidentali⁴. La ragione principale della disuguaglianza essenzialmente risiede nel normale andamento del ciclo vitale. Gli individui che hanno lavorato più a lungo sono quelli che hanno avuto occasione di accumulare maggiori risparmi, infatti, la gran parte del 10% più ricco in Italia si colloca nella fascia d'età tra i 55 ed i 64 anni. Mentre il 10% più povero è costituito da persone giovani che ancora non hanno avuto modo di risparmiare. Anche un aumento della popolazione a seguito di un incremento delle nascite può far aumentare la disuguaglianza, infatti i nuovi nati sono pressoché nullatenenti ed andranno a rimpolpare le fila dei decili più poveri.

Un altro fatto da tenere in considerazione è la dinamicità e la non datità nella composizione del decile, del centile e del quintile più ricco. Gli individui che compongono l'1% più ricco della società statunitense non sono sempre gli stessi che si perpetuano eternamente formando ermeticamente una casta esclusiva ed inaccessibile. Al contrario si tratta invero di situazioni in gran parte del tutto temporanee e transeunti giacché il 12% della popolazione nell'arco della propria vita farà parte dell'1% più ricco⁵, il 56% degli individui riuscirà a raggiungere il decile di vertice ed addirittura il 73% della popolazione ad un certo punto durante la loro vita raggiungerà il top 20%. Il tutto in una società come quella statunitense storicamente caratterizzata da un indice di Gini sopra la media dei paesi occidentali.

Al fine di ridurre le disuguaglianze sia nella distribuzione dei redditi che in quella del capitale Piketty nell'ultima parte del libro propone delle specifiche misure che hanno lo scopo di rifondare *funditus* tutti i sistemi tributari internazionali.

- A) tassazione sul reddito progressiva con aliquote fino all'ottanta per cento.
- B) tassazione progressiva al livello globale sul capitale (dallo 0.1% annuo per patrimoni inferiori a 250.000 euro, al 5-10% annuo per patrimoni oltre i 100 milioni)
- C) Notevoli tasse sull'eredità e "patrimoniali straordinarie" *una tantum* sul capitale, nel caso in cui vi sia l'esigenza di ridurre il debito pubblico.

³ <http://noisefromamerika.org/articolo/disuguaglianza-ricchezza-societ-uguali>

⁴ A.B Atkinson; T. Piketty, Top Incomes: A Global Perspective, Oxford University Press, 2010

⁵ <http://www.aei-ideas.org/2014/04/evidence-shows-significant-mobility-in-income-and-affluence-73-of-americans-will-be-in-top-20-for-at-least-a-year/>

2. Tassazione sul reddito progressiva con aliquote fino all'ottanta per cento.

L'argomento a favore di una forte tassazione progressiva in virtù di agente rimodulatore della disuguaglianza appare immediatamente chiaro: elevate imposte sui redditi più alti accompagnate da un'azione redistributiva da parte dello stato, riducono gli introiti annui per i *top earners* ed aumentano quelli dei percettori di redditi medio-bassi. Quindi la diminuzione della disuguaglianza dovrebbe essere una conseguenza diretta ed immediata. Oltre alla disuguaglianza nei redditi il provvedimento *sub A* è idoneo ad arginare anche il problema dell'iniqua distribuzione del capitale visto che riducendo il reddito di chi ha molte opportunità di risparmiare è chiaro che gli si rende più difficile l'accumulo di capitale, con tutto ciò, naturalmente, che ne consegue in fatto di *capital/income ratio* e di *capital share*. Ovviamente, vale anche la relazione inversa, un'imposizione sul capitale può essere impiegata anche per rimodulare la disuguaglianza nel reddito, intuitivamente si comprende che più un patrimonio è tassato e più difficilmente tali cespiti saranno produttivi di redditi. Ecco perché *ex abundantia cautela* ci si dovrebbe interrogare seriamente sull'*an, quando, quia, et quomodo* della convivenza tra le imposte descritte *sub A* e *B*; una delle due appare quantomeno ultronea.

Aliquote marginali sul reddito nell'ordine del 90-95% furono a lungo sperimentate nelle economie avanzate del secondo dopoguerra. Gli effetti sul sistema economico non si può dire che furono univocamente positivi. Il Regno Unito mantenne aliquote marginali sul reddito nel *range* del 90-95% per quasi quarant'anni⁶; durante quell'arco di tempo l'economia locale affrontò un periodo tutt'altro che tranquillo, con elevata inflazione, debito in costante aumento e severe recessioni⁷. I dati riguardo il *capital/income ratio* e la disuguaglianza furono certamente migliori rispetto alle medie europee, ma non si può dire che il quadro dell'economia britannica nel suo complesso fosse stabile e florido.

Anche nella Scandinavia del secondo dopoguerra vennero applicate aliquote analoghe a quelle proposte da Piketty. L'effetto sulla disuguaglianza nel suo complesso fu certamente positivo. visto che il 10% più ricco della popolazione arrivò a possedere soltanto il 20% del reddito (cfr. tab 7.1) cioè esattamente quanto sarebbe possibile nell'utopica società egualitaria. Gli effetti di questo esperimento (esperimento tra l'altro fallito giacché dalla crisi del 1992 in poi sono stati sensibilmente ridotti debito, spesa pubblica, tasse e la situazione è notevolmente migliorata), furono tutt'altro che positivi per il sistema economico svedese. La crescita che nel 1950 era al 4% annuo si dimezzò nel 1970, ed in seguito continuò a scendere fino a che nei primi anni novanta il paese non fu investito da una recessione e da una crisi bancaria e valutaria che portò la banca centrale locale ad alzare i tassi fino al 500%. Se nel 1970 la Svezia in termini di reddito pro capite era il quarto

⁶ T.Piketty, *The Capital in the XXIst Century*, Harvard University Press, 2014, Pag. 349, tab 14.2

⁷ <http://taxfoundation.org/article/what-evidence-taxes-and-growth>, N.Crafts *Britain's Relative Economic Performance 1870-1999*, Institute of economic affairs, 2002

paese dell'area OCSE, nel 2000 era scivolato al quattordicesimo posto⁸. Tra il 1950 ed il 2005 non c'è stato alcun incremento nei posti di lavoro del settore privato, nonostante la popolazione totale sia aumentata⁹. Piketty definisce "ideale" la società svedese di quel periodo e ne ammira sia lo stato sociale, sia i metodi di tassazione; tuttavia tali rilievi devono essere ponderati e soppesati anche con l'enormità indomabile dei problemi che queste politiche economiche comportano: bassa crescita, debito in costante aumento, spesa pubblica fuori controllo, potenziali conflitti tra tax payers e tax consumers, inflazione, crisi bancarie e valutarie e perdita di competitività del settore privato¹⁰

Scopo di questa misura non è il reperimento di gettito addizionale, visto che la platea di contribuenti a cui applicare quelle aliquote è in genere alquanto esigua, piuttosto si tratta di un atto puramente politico volto ad impedire che i privati raggiungano livelli di ricchezze patrimoniali che il *policy maker* giudica come potenzialmente destabilizzanti. Sempre gli stessi dati dell'A. dimostrano che la leva fiscale in genere non è uno strumento efficace per tenere sotto controllo la disuguaglianza, poiché ormai si sta consolidando nei paesi occidentali (tab. 13.1) una tendenza di lungo periodo (iniziata nei primi anni '90) che vede contemporaneamente un incremento della pressione fiscale accompagnato da un aumento della disuguaglianza ed un parallelo aumento del *capital/income ratio*.

Infine rimangono le obiezioni di ordine generale contro la tassazione progressiva¹¹. La principale è quella legata all'efficienza complessiva del meccanismo degli incentivi nel sistema economico. In regime di libero mercato, in genere, redditi elevati sono indicatori di un progetto lavorativo/imprenditoriale di successo che viene apprezzato e remunerato dai consumatori. Con una tassazione progressiva con aliquote nell'ordine dell'80%-96% vengono ostacolati gli sforzi marginali degli attori economici proprio nel momento in cui tendono ad avere maggiore successo. Oltretutto anche le pretese di maggiore equità verticale potrebbero non trovare piena soddisfazione da aliquote marginali particolarmente elevate, poiché solitamente ad un reddito elevato è associato un grande potere contrattuale, quindi il rischio che l'onere impositivo venga almeno in parte traslato sulle spalle dei consumatori è sicuramente più che concreto.

Per ultimo l'A. stesso mette in luce meridiana i limiti (tutt'altro che nugali) di ordine giuridico-legale della sua proposta. Egli fa notare ai lettori che la definizione di reddito imponibile è tutto fuorché chiara in quasi tutti gli ordinamenti tributari del mondo, quindi la misura sarebbe facilmente eludibile.

⁸ <http://www.leoniblog.it/2014/02/07/il-modello-svedese-un-falso-storico-ecco-perche/comment-page-1/>

⁹ <http://www.ratio.se/media/43604/privat%20och%20offentlig%20sysselsattning.pdf>

¹⁰ Lars Magnusson *An Economic History of Sweden*, Routledge, 2000

¹¹ C. Adams, *For Good and Evil*, Liberilibri 2007, P. Salin, *La tirannia fiscale*, Liberilibri 1996 .

3. Tassazione progressiva al livello globale sul capitale (dallo 0.1% annuo per patrimoni inferiori a 200.000 euro al 5-10% annuo per patrimoni oltre i 100 milioni)

Questo è senz'altro lo strumento su cui l'A. si concentra più a lungo, ed è anche quello in cui ripone maggiore fiducia nella sua potenziale effettività.

Piketty stesso la definisce un'utopia (per la precisione "*a useful utopia*") che qualora venisse realizzata apporterebbe numerosi benefici al sistema economico nel suo complesso. Concretamente, viene proposta una tassa annuale progressiva sul capitale di ogni individuo che superi una certa soglia. In questa sede il termine "capitale" è inteso in modo omnicomprensivo e totalizzante come l'insieme dei beni facenti capo ad un soggetto al netto dei debiti; praticamente una nozione assai prossima a quello che nell'ordinamento giuridico italiano viene definito "patrimonio".

Le aliquote proposte sono dell'1% annuo per patrimoni compresi tra 1 e 5 milioni di euro, del 2% annuo per patrimoni superiori a 5 milioni e 5-10% annuo per patrimoni superiori a 100 milioni. Con l'ipotesi di applicarla anche a patrimoni inferiori a 200 mila euro (con aliquota dello 0,1% annuo) ed anche a patrimoni compresi tra 200mila ed 1 milione di euro (con aliquota dello 0,5%).

L'autore non parla esplicitamente di progressività per classi o scaglioni (purtroppo il testo è piuttosto ancipite su questo punto) ma dal tenore testuale sembra più indirizzato verso la prima ipotesi (ovviamente più funzionale alla riduzione della diseguaglianza) che non verso la seconda.

A nostro giudizio gli effetti di una simile imposta potrebbero essere molto pericolosi per la stabilità del sistema economico, poiché rischierebbe di compromettere seriamente il processo di accumulazione del capitale, che ovviamente può dare origine al fenomeno della diseguaglianza ma che d'altra parte è alla base dell'economia di mercato. Il capitale è necessario per gli investimenti delle imprese e per il risparmio delle famiglie. Un mondo dove è molto difficile accumulare capitale, è un mondo in cui gli imprenditori rischiano "l'estinzione"¹².

Visto che la crescita reale di lunghissimo periodo in Europa non ha mai superato il 2% annuo, una tassa sul capitale con queste aliquote potrebbe avere un certo impatto su di essa. Oltretutto si pongono seri problemi definitivi, poiché l'autore include nella nozione di capitale anche i beni improduttivi di reddito.

¹² I. Kirzner Come funzionano i mercati. Squilibrio, imprenditorialità e scoperta, Armando editore 2002, I. Kirzner Competition and Entrepreneurship, Chicago University Press 1978, I. Kirzner Essays on Capital & Interest: An Austrian Perspective, Liberty Fund, 2012

ESEMPIO: Tizio ha un capitale di 10 milioni di euro interamente costituito da attività finanziarie. Nell'anno fiscale 2013 ottiene dal capitale un rendimento lordo del 4,5% pari ad euro 450 mila (n.b. il 4,5% annuo è un valore prossimo a quello di r nel lunghissimo periodo, almeno secondo le stime dell'A.) L'imposta da versare ammonta ad euro 200 mila (2% di 10 milioni). A questa bisogna aggiungere le spese per la produzione del reddito (e.g. parcella del commercialista e del consulente finanziario) pari allo 0,5%. Quindi egli ottiene un rendimento del 4,5% ma quasi la metà (2%) se ne va in tasse, ed un nono (0,5%) per le spese. Il rendimento lordo del 4,5% si traduce in un netto del 2,5%, in sostanza è come se quel reddito da capitale fosse tassato al 55,55%. Questo nell'ipotesi di perfetta stabilità dei prezzi. Nel caso (tutt'altro che remoto) di una moderata inflazione (intorno al 2-3%) il rendimento reale sarebbe negativo. Il tutto senza considerare oltre alla tassazione sul patrimonio le imposte sul reddito da capitale.

L'unico caso in cui questa imposta potrebbe diventare più sostenibile sarebbe in caso di deflazione, la rivalutazione del capitale farebbe da contrappeso all'imposta.

ESEMPIO: Tizio ha un capitale di 10 milioni di euro costituito da 7 milioni di euro in attività finanziarie che rendono il 6% durante il periodo d'imposta, una casa di proprietà dal valore di 2 milioni di euro ed opere d'arte del valore di 1 milione di euro. Ora in questo caso il 30% del capitale non è produttivo di frutti, ma secondo i rilevati dell'autore va comunque tassato.

Quindi (ipotizzando un rendimento del 6%) egli incassa 420 mila euro di dividendi, ma deve pagare 200 mila euro di tasse e 35 mila (0,5% di 7 milioni) in spese. Infine aggiungendo un'inflazione al 3% si ottiene un rendimento netto negativo. Cioè un patrimonio di 10 milioni di euro piuttosto che essere un'attività ha finito per costituire un onere per il suo proprietario.

L'autore si rende conto del problema ed arguisce che naturalmente sarà probabile che gli investitori prudenti in cerca di rendimenti bassi e sicuri ottengano tassi reali negativi (cioè una distruzione del capitale), tuttavia sostiene che coloro che ottengono rendimenti almeno del 10% non avrebbero problemi a pagare l'imposta.

Esistono relazioni precise tra rendimento e rischio, se un investimento rende il 2% ed un altro il 10%, quello che rende di più, è anche più rischioso. Ovviamente una siffatta imposta forzerebbe la mano degli agenti nell'intraprendere investimenti più rischiosi. Secondo l'A. questo è un fatto positivo, tuttavia un effetto collaterale potrebbe essere quello di far aumentare il rischio di *malinvestment* e di bolle speculative con alto potenziale destabilizzante. Piketty sostiene che l'imposta incoraggerebbe i *rentiers* ad utilizzare il capitale in maniera più efficiente, ma in fin dei conti il libero mercato fornisce abbastanza incentivi per l'uso efficiente delle risorse, sicuramente l'A. farebbe meglio ad addurre motivazioni supplementari sul come e perché manifestare un certo grado di avversione al rischio e quindi usare un approccio più tuzioristico e conservatore (a costo di ottenere rendimenti più bassi) negli investimenti possa considerarsi uso non efficiente del capitale.

Un'altra obiezione risiede nella volatilità della base imponibile. L'andamento dei mercati finanziari è aleatorio. Se nel corso del periodo d'imposta le quotazioni di borsa dovessero

scendere del 50%, il gettito ne risentirebbe in modo determinante. Il medesimo discorso vale anche nel caso di un crollo dei prezzi nel settore immobiliare. Che cosa succederebbe agli impegni di spesa che lo stato ha assunto *medio tempore*? Mancando il gettito per finanziarli o si aumenta il debito pubblico ovvero debbono operarsi tagli di spesa (od aumenti di imposte) potenzialmente recessivi.

Le grandi fortune (<100 milioni di euro) vengono trattate a parte. Qui l'A. propone un'imposta annua compresa tra il 5% ed il 10%. Tutto ciò pone dei serissimi problemi, poiché le grandi fortune sono assolutamente necessarie per sostenere gli investimenti in certi settori (e.g. energia, infrastrutture e trasporti, telecomunicazioni, banche, finanza e assicurazioni) che nel mondo di oggi costituiscono una notevole parte sia del reddito nazionale sia della forza lavoro. Se la proposta di Piketty fosse accolta, ai privati sarebbe di fatto precluso (o reso irragionevolmente arduo) l'esercizio di queste imprese, e quindi (per esclusione) il settore pubblico sarebbe di fatto (se non *ex lege*) l'unico soggetto a poter operare in queste industrie. Questo impedirebbe la creazione di un'economia di libero mercato che sia aperta, dinamica e competitiva. Ed i fatti innegabilmente dimostrano che i sistemi economici più solidi, stabili e con un maggior livello di benessere sono proprio quelli dove c'è maggiore libertà economica, mentre *ex converso* nei sistemi in cui vi è un onnipotente stato imprenditore che frustra e mortifica gli sforzi degli attori privati il quadro economico generale risulta essere invariabilmente più problematico (*contra facta non valet argumentum!*). E qui si cela un'importante contraddizione: l'autore è *apertis verbis* conscio ed informato dei fallimenti e delle inefficienze delle economie socialiste, tuttavia egli propone un sistema economico in cui il ruolo dell'impresa privata sarebbe non solo subalterno ed ancillare al settore pubblico, ma del tutto relegato in una posizione marginale.

L'A. in buona fede sostiene che questa imposta è necessaria affinché i privati non raggiungano dimensioni patrimoniali talmente rilevanti da poter catturare il decisore pubblico, il che è un'esigenza più che concreta. Evitare "regali fiscali" a chi è vicino al potere è un giusto obiettivo, bisogna purtroppo fare attenzione a non cadere nell'eccesso opposto: cioè il saccheggio continuo ed istituzionalizzato da parte del governo nei confronti delle minoranze ricche e produttive per comprare il consenso popolare.

L'imposta in questione sarebbe difficilmente sostenibile anche in caso di tassi bassi o di trappola della liquidità. Se il banchiere centrale ha l'esigenza di mantenere i tassi di riferimento intorno allo 0% ovvero leggermente negativi, per i risparmiatori sarebbe estremamente difficile far fronte al prelievo.

Poi si pone il problema dell'indicizzazione della base imponibile all'inflazione, che l'autore non affronta, ma in realtà è una questione di non poco momento. Se nell'anno zero una base imponibile ha un certo potere d'acquisto, dopo trent'anni d'inflazione al 2% il potere d'acquisto è grossomodo quasi dimezzato, quindi l'imposta verrebbe applicata anche a coloro che in termini reali dovrebbero esserne esenti ma che a causa della svalutazione del capitale nominale possono ora essere colpiti dall'imposta ovvero essere soggetti ad un'aliquota maggiore.

Infine l'ultimo problema risiede nella "globalità" dell'imposta. Dovendo essere applicata su scala mondiale, finirebbe con l'impedire ogni profilo di concorrenza istituzionale tra i

vari ordinamenti. La mancanza di regole globali per quanto riguarda l'imposizione fiscale ha l'effetto di premiare quegli ordinamenti che sono più efficienti e riescono ad operare a fronte di una basso prelievo fiscale, *a contrario* gli ordinamenti più inefficienti saranno incentivati a riformarsi altrimenti nessuno vorrà assoggettarsi alla loro giurisdizione tributaria.

4. Notevoli tasse sull'eredità e “patrimoniali straordinarie” *una tantum* sul capitale nel caso in cui vi sia l'esigenza di ridurre il debito pubblico.

Su queste ultime misure l'A. si focalizza di meno rispetto a quelle individuate *sub A* e *B*. Nonostante siano affrontate *incidenter tantum*, ci possono aiutare a comprendere le linee generali di pensiero dell'A. in merito al diritto di proprietà.

La questione delle imposte di successione viene affrontata nel capitolo 11 e nella tab. 14.2.

La *ratio* dell'imposizione successoria è essenzialmente redistributiva; prelevando una parte (in certi momenti storici ha sfiorato il 90%) di ricchezze a coloro che hanno avuto la “fortuna” di ereditare certe somme è possibile mediante trasferimenti accrescere il reddito di chi ha redditi e capitali nei decili inferiori, oltreché prevenire l'accumulazione di capitale (capitale che tuttavia è necessario per creare investimenti ed occupazione).

In termini economici si prende un capitale (eredità) e mediante trasferimenti pubblici lo si trasforma in reddito o servizi per altre persone. Siccome i recipienti dovrebbero essere persone a basso reddito è probabile che le somme in questione siano in gran parte consumate mentre quando facevano capo all'erede o al *de cuius* erano capitale che probabilmente sarebbe finito in investimenti e non in consumi. Quindi questa imposta potrebbe alterare il rapporto fisiologico tra consumi ed investimenti produttivi che rischia di sfasarsi e di finire fuori sincronia¹³.

Per quanto riguarda la questione del debito pubblico, l'A. si dimostra favorevole a prelievi di ricchezza straordinari *una tantum* nell'ordine del 15% del capitale degli individui che superino certe soglie di ricchezza. Egli sostiene che il debito pubblico è un falso problema fintantoché il *capital/income ratio* ha un ammontare più elevato del debito pubblico. Tuttavia volendo seguire quest'argomento si rischia di trattare in modo “fungibile” le risorse pubbliche con quelle private, cioè usare con *nonchalance* le ricchezze private

¹³ M.Rothbard Power and Market: Government and the Economy ;Institute For Humane Studies, 1970
L.Kaplow, Optimal Taxation, The New Palgrave Dictionary of Economics,Palgrave Macmillan 2008
J.Slemrod “Optimal Taxation and Optimal Tax Systems,” Journal of Economic Perspectives, 1990,4(1),pag
157-178. <http://dash.harvard.edu/handle/1/2943922>

per pagare i debiti pubblici. La ricchezza privata, in questo frangente, che si verrebbe a configurare come un diritto piuttosto instabile e precario, vivente sotto l'incerto usbergo d'una legislazione mutevole, un diritto sottoposto a condizione risolutiva (che tra l'altro sembra essere pure meramente potestativa) nel senso che il capitale rimane privato fintantoché un vapido governante non ne abbisogni per pagare i suoi debiti.

5. Conclusioni

L'A. ha svolto un lavoro magistrale ed eccellente nel raccogliere ed elaborare con perizia un'incredibile mole di dati, tuttavia le indicazioni che si possono trarre da essi non sono affatto univoche. Se la disuguaglianza nella distribuzione dei redditi si sta avvicinando al livello che aveva raggiunto negli anni venti, le condizioni di vita dei decili più bassi sono migliorate, e di che tinta! Le innovazioni ed il progresso tecnologico hanno avvicinato i poveri ai ricchi attraverso un costante aumento del potere d'acquisto¹⁴. Miglioramenti in gran parte resi possibili dagli investimenti degli imprenditori, i quali avevano in precedenza accumulato capitali. Se l'A. ritiene la disuguaglianza un *vulnus* per le condizioni di vita delle classi più povere, egli dovrebbe coerentemente sostenere che il risparmio prima ed il capitale poi sono state nel lungo periodo le armi più potenti nel migliorare la condizione di queste persone.

La sua preoccupazione per la disuguaglianza è assolutamente fondata, tuttavia egli sceglie di affrontarla in una declinazione puramente numerica e nel far ciò propone l'istituzione di tasse che nel lungo periodo potrebbero rischiare di impoverire gran parte della popolazione. La vera disuguaglianza, quella di cui preoccuparsi seriamente non è tanto quella misurata dall'indice di Gini, piuttosto quella che si registra tra chi è vicino al potere pubblico e chi non lo è, tra chi è organizzato per fare pressione e chi no. Mai come in questi ultimi anni il decisore pubblico ha avuto così tanta influenza nel sistema economico sia a livello di spesa pubblica, sia di pressione fiscale sia di potere regolatorio. In quest'ottica risulta agevole comprendere che i vantaggi indebiti della disuguaglianza non derivano *ipso facto* dall'appartenenza al centile di vertice della distribuzione dei redditi e/o del capitale, quanto dalla capacità di influenza sulle decisioni del settore pubblico. Piketty sfiora il problema della disuguaglianza, ma non lo centra perfettamente; egli piuttosto che argomentare a favore di uno stato più proattivo, invadente ed elefantiaco dovrebbe sostenere una riduzione del potere degli apparati pubblici affinché si scongiuri il rischio che gruppi organizzati (non necessariamente appartenenti al top 1%) sfruttino il potere statale per privatizzare i profitti e socializzare perdite.

Eguaglianza non può significare (utopicamente) dare a tutti lo stesso reddito e lo stesso capitale, a livello di teoria economica è un controsenso, l'eguaglianza deve essere ne-

¹⁴ http://en.wikipedia.org/wiki/Gross_world_product (dati IMF)
<http://data.worldbank.org/indicator/NY.GDP.MKTP.KD.ZG/countries?display=default>
<http://www.bloomberg.com/bw/articles/2013-07-29/the-whole-world-is-getting-richer-and-thats-good-news>

cessariamente intesa nel senso di dare a tutti gli individui lo stesso trattamento a livello legale, le stesse opportunità, gli stessi punti di partenza; oggi purtroppo chi è più vicino al potere (a prescindere dal decile in cui si colloca il suo reddito) gode di benefici e vantaggi inusitati e sleali

