



CARMELITA CAMARDI

Professoressa ordinaria di Diritto privato – Università Ca' Foscari Venezia

LA DOGMATICA COME “DISPOSITIVO IMMUNITARIO” DELLA SCIENZA GIURIDICA NEL PENSIERO DI A. FALZEA. COME PENSARE LA SOCIETÀ DIGITALE

SOMMARIO: 1. *L'irruzione dell'economia digitale nel mondo del diritto. Concetti in affanno.* – 2. *Una tentazione e un tentativo di comprensione.* – 3. *La lezione di Angelo Falzea: la dogmatica come dispositivo immunitario della scienza giuridica.* – 4. *Tentativi di pensare la società digitale. La questione della natura giuridica dei dati personali.* – 5. *La questione della soggettività degli algoritmi capaci di “volere”.* – 6. *Una speranza.*

1. – La tentazione che mi coglie nell'impostare una riflessione che si inserisce nel vasto tema del rapporto tra diritto e tecnologie, e nel contesto di un volume dedicato al magistero di Angelo Falzea, è quella di provare ad immaginare quale atteggiamento ermeneutico il Maestro avrebbe tenuto nell'approccio ad alcuni degli interrogativi che usualmente il civilista si pone nell'affrontare le tematiche innovative proprie del *digital law*, o dell'economia *data driven*.

Gli interrogativi sono più che intriganti, e non tutti hanno ancora avuto soluzione condivisa. Eccone qualcuno.

Come qualificare i dati personali? Sono attributi della personalità, come suggerisce un approccio – per così dire – ispirato alla dogmatica tradizionale¹. Oppure sono oggetto di un diritto, riconducibile ad una dimensione “proprietaria”, come suggerisce la prassi della continua utilizzazione dei dati quale corrispettivo per la prestazione di servizi da parte degli intermediari digitali²? Ed ancora, in quest'ultimo caso, a quale categoria di “beni” essi vanno ricondotti, se la loro cessione non comporta anche la cessione dell'uso esclusivo, ed essi si configurano tipicamente come beni “non rivali”?

Altri interrogativi investono le tematiche del consenso individuale all'accesso ai dati personali rilasciato quotidianamente dal singolo in una infinita serie di “momenti” non soltanto contrattuali, ma – come ancora la prassi dimostra – anche non o precontrattuali (il semplice girovagare in un sito web senza acquistare nulla). Trattasi di un'autorizzazione? Oppure di un vero e proprio consenso negoziale alla cessione dei propri dati, a

¹ Per tutti, G. CERRINA FERRONI, *I dati personali come oggetto di un diritto fondamentale*, in P. STANZIONE (a cura di), *I “poteri privati” delle piattaforme e le nuove frontiere della privacy*, Torino, 2022, p. 59.

² Con accenti diversi, G. DI FILIPPO, *I dati come beni giuridici. Dati personali e dati non personali: regime di appartenenza e di circolazione*, in P. STANZIONE, *op. cit.*, p. 15; S. SICA, V. D'ANTONIO, *La commodification dei dati personali nella data driven society*, *ibidem*, p. 129. Ed ancora, V. RICCIUTO, C. SOLINAS (a cura di), *Forniture di servizi digitali e “pagamento” con la prestazione dei dati personali. Un discusso profilo dell'economia digitale*, Milano, 2022; C. ANGIOLINI, *Lo statuto dei dati personali. Uno studio a partire dalla nozione di bene*, Torino, 2020.



titolo gratuito, quando non a titolo oneroso? E tale operazione di “cessione” dei dati (specie nelle ipotesi che prevedono un corrispettivo a favore dell’interessato) è un vero “contratto”³?

Ed ancora, algoritmi e robot, che presiedono a talune attività materiali, dalla guida dei veicoli *driverless*, all’assistenza delle persone per una pluralità di servizi, sono oggetti o soggetti? Sono responsabili delle proprie “decisioni”, quando le assumono (l’auto totalmente *driverless* “decide” di orientare l’inevitabile scontro verso il treno piuttosto che verso i passanti), oppure i danni derivanti dalle loro “azioni” vanno imputati ad altri soggetti che con essi hanno uno specifico “rapporto”?

Il tema risulta tanto più inquietante quanto più si riflette sul fatto che le cosiddette “decisioni” assunte dall’algoritmo si basano su di un metodo statistico, non causale, pressoché totalmente indecifrabile e oscuro (determinato in seno ad un *black box*); ciò che rende quasi impossibile controllarne i nessi e le motivazioni, e perciò “argomentare” il risultato o le conseguenze che se ne vogliono trarre, ad esempio per contestare un errore, ovvero conoscere la ragione giustificativa di una certa azione o decisione⁴. Pertanto, tali decisioni sono “atti” o “fatti”⁵?

Ed infine, il potere che i giganti *big tech* esercitano attraverso le infrastrutture tecnologiche, appropriandosi di una quantità sterminata di informazioni destinate ad essere elaborate in una infinita quantità di direzioni, a quale categoria va ricondotto? È un potere privato di fatto, paragonabile a quello di qualunque imprenditore sul mercato, esercitato in virtù del controllo sui propri beni aziendali, in particolare sui beni intangibili; oppure va ricondotto ad altri schemi che vadano oltre quelli del diritto privato⁶? E i cosiddetti “*followers*”, che misurano con numeri indicibili e viepiù crescenti tale potere, sono paragonabili alle “liste clienti”?, Sono oggetto di un qualche diritto “proprietario”? Si iscrivono a bilancio⁷?

Le domande si potrebbero moltiplicare, specie se si abbandonano i certo non angusti confini del diritto civile, e ci si avvicina – ad esempio – alle tematiche della discrezionalità amministrativa, allorché la decisione algoritmica sia assunta nel contesto di un procedimento amministrativo: siamo dinnanzi ad un provvedimento

³ In argomento si vedano le interessanti riflessioni di A. QUARTA, *Mercati senza scambi. La metamorfosi del contratto nel capitalismo della sorveglianza*, Napoli, 2020, in particolare p. 200 ss., ove l’Autrice ragiona sulla situazione giuridica di chi accede a siti privati mediante una procedura che comporta la manifestazione di un assenso virtuale alle condizioni d’uso (registrazione, click su casella); e di chi invece accede a siti pubblici direttamente attraverso l’inizio della navigazione, senza selezionare alcuna casella, e cioè senza esprimere alcun consenso.

⁴ Riferimenti in N. ABRIANI, G. SCHNEIDER, *Diritto delle imprese e intelligenza artificiale*, Bologna, 2021, in particolare pp. 20, 28 ss.

⁵ N. ABRIANI, G. SCHNEIDER, *op. cit.*, p. 31.

⁶ Sulla scia del noto studio di C.M. BIANCA, *Le autorità private*, Jovene, Napoli 1977, la letteratura utilizza di frequente questa denominazione per inquadrare la posizione giuridica delle grandi piattaforme tecnologiche e costruire i rimedi opportuni al favore degli utenti. Si vedano al proposito D. D’ALBERTI, *Google e le nuove autorità private: la metamorfosi dal fatto al diritto*, in *Riv. dir. civ.*, 2021, p. 745; F. MEZZANOTTE, *I poteri privati nell’odierno diritto dello sviluppo economico*, in *Politica del diritto*, 2018, p. 507; A. QUARTA, *Mercati senza scambi*, cit., *passim*; ID., *Il ruolo delle piattaforme digitali nell’economia collaborativa*, in *Contratto e impresa/Europa*, 2017, p. 554; e l’interessantissimo saggio di I. STOLZI, *Diritto e nuove tecnologie: cronache di un eterno presente. A proposito di recenti studi su Intelligenza artificiale e società algoritmica*, in *Quaderni fiorentini*, 2022, p. 715, p. 727, secondo la quale si tratta di fronteggiare forme di “sovranità privata”, munite di un tale potere performativo che sollecita l’introduzione di adeguati “contropoteri”.

⁷ Qualche spunto utile sul tema si trova in questi contributi di R. MORO VISCONTI, *La valutazione dei social network*, in *Il Diritto Industriale*, 2020, p. 71; *L’avviamento digitale: profili di valutazione economica*, *ibidem*, 2022, p. 467; *La valutazione dei marchi nella moda: dal FashionTech al Digital Clothing*, *ibidem*, p. 255. Ma si veda anche C. GALLI, *Social Media, segni distintivi e lealtà della concorrenza, tra Influencers, Trend Setters, Fake News e pubblicità*, in *Il Diritto Industriale*, 2019, p. 122. Il valore dei *followers* viene invece del tutto negato dalla magistratura amministrativa, quando si tratta di valutare la rappresentatività della collettività locale in capo ad un’associazione ambientalista, la quale aveva pochi iscritti, ma molti *followers* nella sua pagina Facebook: T.A.R. Calabria Catanzaro, Sez. I, 18 febbraio 2019, n. 302, in *Ambiente e sviluppo*, 2019 (solo massima, reperibile in *OneLegale*).



to amministrativo sindacabile ai sensi della L. n. 241/90 sul procedimento amministrativo? Ovvero si guarda alle tematiche del diritto dell'impresa e della proprietà intellettuale, che coprono l'arco della vita di un'impresa sotto il profilo dell'applicabilità dei diritti di privativa alle più varie "raccolte di dati" non connotate dall'apporto umano; come pure sotto il profilo della *governance* informatizzata delle società, nell'ambito della quale l'azione amministrativa dei "roboboard" chiama in causa l'applicazione dell'art. 2381, co. 2, e le conseguenti problematiche di soggettività e responsabilità⁸.

Tralasciando – perché meno pertinenti ancorché assai rilevanti – le tematiche pubblicistiche concernenti la qualificazione del potere di mercato delle cosiddette piattaforme tecnologiche nella loro azione "politica", ritorno alla tentazione che ha aperto queste mie riflessioni, e provo ad assecondarla, con tutte le precauzioni del caso.

2. – Credo di dover precisare innanzitutto che la tentazione trova origine già nella mera osservazione del pensiero di Falzea, nella capacità di costruire la speculazione giuridica all'interno dei più vasti territori culturali, conducendola sul filo della teoria generale, e perciò ad un livello talmente alto rispetto alle singole discipline di settore, da giustificare riflessioni e conclusioni alle quali – in assenza di tali conoscenze – l'uomo comune mai potrebbe arrivare⁹. Intendo dire che la vocazione sistematica e l'impostazione sistemica del (pensiero del) Maestro¹⁰ coglievano sempre, ed avrebbero perciò continuato a cogliere, le trasformazioni sociali e giuridiche nella loro connessione e soprattutto nel loro immediato precipitare nei metodi e nei discorsi della scienza giuridica¹¹.

Un'altra ragione del presente approccio sta invece, ben più profondamente, in quella potente costruzione (dei livelli) della scienza giuridica che Egli ha sviluppato, includendo nelle logiche di tale scienza l'attitudine alla stabilità e contestualmente al cambiamento, all'adeguamento, allo sviluppo nella continuità. Tutte attitudini intese – quale fine ultimo – a preservare la scienza giuridica da processi autodistruttivi, come da rischi esogeni di obsolescenza indotti da trasformazioni del mondo reale troppo radicali e perciò difficilmente controllabili con i dispositivi propri della teoria giuridica.

Insomma, una specie di *dispositivo immunitario* funzionale ad una sorta di perpetuità dinamica e variabile della scienza giuridica e delle sue virtù¹².

⁸ Per questi temi, riferimenti ancora in N. ABRIANI, G. SCHNEIDER, *op. cit.*, *passim*, e p. 127 ss.

⁹ A. Falzea, *Sistema culturale e sistema giuridico*, in *Riv. dir. civ.*, 1988, p. 1, ora in *Ricerche di teoria generale del diritto e di dogmatica giuridica*, vol. I, Milano, 1999, p. 189 (da cui si cita). Il riferimento a questo saggio intende valorizzare quell'idea per la quale il sottosistema giuridico sarebbe – insieme con quello linguistico – un sottosistema di base del sistema culturale, in quanto essenzialmente "prodotto della riflessione razionale", a vocazione sistematica (p. 213, 216).

¹⁰ Vedi da ultimo il saggio di N. IRTI, *Un 'volo di storni' tra lingua e diritto*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2022, p. 956, e p. 964 sul contributo di Falzea alla teoria dei sistemi. Definisce Angelo Falzea come "il civilista più contraddistinto da una forte, quasi esasperata, dimensione teoretica", P. GROSSI, *Il diritto civile in Italia tra moderno e postmoderno. Dal monismo legalistico al pluralismo giuridico*, Milano, 2021, p. 67; ancora di P. GROSSI si veda *Omaggio ad Angelo Falzea*, in *Nobiltà del diritto. Profili di giuristi*, Milano, 2008, p. 189. Per chi volesse osservare e studiare il pensiero di Falzea in un contributo di assoluta fedeltà e rigore, si rinvia al saggio di V. SCALISI, *Il diritto civile nelle prolusioni del secondo novecento*, in *Riv. dir. civ.*, 2014, p. 501.

¹¹ Su tale vocazione, da ultimo, S. MAZZAMUTO, *Il pensiero di Angelo Falzea sull'Europa*, in *Europa e Diritto Privato*, 2022, pag. 461; ma dello stesso Falzea si veda il saggio *Il civilista e le sfide d'inizio millennio*, in *Scienza e insegnamento del diritto civile in Italia*, a cura di V. SCALISI, Milano, 2004, p. 3, ove il Maestro si interroga proprio sull'impatto delle nuove tecnologie sulle categorie dogmatiche; e poi *Complessità giuridica*, in *Oltre il positivismo giuridico. In onore di Angelo Falzea* (a cura di P. SIRENA), Napoli, 2012, p. 3.

¹² Si traggono queste considerazioni, e quelle che seguono nel successivo paragrafo, dal saggio *Dogmatica giuridica e diritto civile*, in *Ricerche di teoria generale del diritto e di dogmatica giuridica*, vol. I, cit. p. 223.



Queste caratteristiche della costruzione scientifica di Falzea incoraggiano la tentazione di verificare la loro tenuta a fronte della rivoluzione digitale, la quale – come già è accaduto in altre rivoluzioni ad impatto allargato nella società (si pensi al motore a scoppio) – esibisce una capacità pervasiva praticamente senza limiti, investendo tutti gli istituti del diritto civile che ruotano intorno all'economia dei dati, nonché alle funzionalità che – sempre attraverso i dati – è possibile imprimere agli algoritmi e ai sistemi di intelligenza artificiale. Per non dire degli *output* generati dalla filiera digitale nei suoi effetti di ritorno sulla persona fisica che ha generato i dati: dalla profilazione, alla selezione a fini di *rating*, alla ammissione o esclusione dalla fruizione di taluni benefici, e così via, i processi digitalizzati possono generare effetti di redistribuzione sociale talora anche impercettibili da parte degli interessati, e produrre in tal senso anche lesioni dei diritti della persona.

Ciò posto, la riflessione che segue si articola lungo due direttrici.

La prima richiede di cogliere e sintetizzare quegli aspetti del pensiero (della lezione) di Falzea che permettono di candidare una scienza giuridica attrezzata secondo i suoi canoni ad affrontare le sfide concettuali poste anche dalla rivoluzione digitale.

La seconda richiede poi di utilizzare questi canoni nella concreta sfida posta dagli interrogativi segnalati all'inizio di questo contributo, per verificare la possibilità di elaborare una risposta capace di introiettare i problemi indicati e proporre una soluzione di disciplina che confermi la funzione storica della scienza giuridica, così come Falzea ha teorizzato. La sfida posta da quegli interrogativi, infatti, mette alla prova la tenuta della dogmatica civilistica, e con essa la tenuta del sistema civilistico, come pure la tenuta di alcuni principi fondamentali. Essa pone l'interprete di fronte a scelte radicali, e dunque al rischio che la proposta finale, in un senso o nel senso opposto, sia comunque parziale e incompleta: idonea forse a riaffermare la capacità del sistema di assorbire il nuovo, ma inidonea a cogliere la novità e pertanto – ciò che è peggio – incapace di individuare la disciplina appropriata alla soluzione del problema e di prevedere e prevenire eventuali conseguenze dannose.

3. – Per gli aspetti che qui interessano del rapporto tra tecnologie e diritto, un rinvio ideale agli interrogativi prima formulati suggerisce di richiamare quei passaggi del pensiero di Falzea che definiscono la dogmatica, il suo ruolo, la sua posizione nel percorso conoscitivo dell'ordinamento giuridico¹³.

Una prima premessa riguarda il convincimento di Falzea secondo il quale la conoscenza di un ordinamento giuridico non può prescindere da una visione sistematica e teorica, nonché da una visione dogmatica. Più precisamente la SISTEMATICA come rappresentazione unitaria dell'ordinamento realizzata con l'impiego della logica, sarebbe un passaggio obbligato per svolgere una TEORIA GENERALE del diritto; mediante la quale, e indipendentemente dalla struttura del diritto positivo attuale, si costruiscono principi e categorie generali, ovvero i cosiddetti “universali formali”, tutto ciò che è in grado di rappresentare la fenomenologia giuridica come strumento di regolazione della vita sociale¹⁴.

Viceversa, la dogmatica è una forma superiore di conoscenza rispetto all'esegesi, che ha il compito di

¹³ Sulla importanza riconosciuta da Falzea alla “dogmatica”, come metodo di conoscenza e di ricostruzione del fenomeno giuridico, in un ordine di idee non lontano da quello qui proposto, si pone G. D'AMICO, *Angelo Falzea e il ruolo della dogmatica giuridica*, in *Riv. dir. civ.*, 2017, p. 1015. Il contributo si inserisce fra gli Atti di un Seminario dedicato al Maestro (svoltosi nell'Università di Reggio Calabria l'11 febbraio 2017) pubblicati nello stesso numero della Rivista, p. 967 ss.

¹⁴ A. FALZEA, *Dogmatica giuridica e diritto civile*, cit., p. 270 ss.



rappresentare scientificamente un ordinamento positivo nella sua sinteticità e globalità; il compito di elaborare concetti giuridici aventi per oggetto i valori, sotto il profilo degli interessi che motivano la norma e sotto quello della loro efficacia attraverso l'azione prescritta dal diritto¹⁵.

Inutile dire che la dogmatica e la teoria generale rappresentano – per il tramite della sistematica – livelli diversi ma collegati della conoscenza del diritto. La prima trasforma la conoscenza empirica in conoscenza teoretica, cercando i principi generali sui quali si fonda la struttura del diritto positivo. La seconda si colloca ad un livello scientifico di conoscenza ancora superiore a quello della dogmatica e ancor più generale, opera in via *sistematica* e non è condizionata dalla struttura del diritto positivo.

Detto in altri termini, nella sistematica prevalgono gli aspetti teorico-formali del diritto che presiedono alla organizzazione razionale della fenomenologia giuridica, cogliendone anche la variabilità.

Nella dogmatica prevalgono gli aspetti teorico-sostanziali che includono i criteri assiologici e i principi fondamentali che incorporano i valori dell'ordinamento¹⁶.

Le distinzioni così poste non escludono la convergenza tra sistematica e dogmatica, nella misura in cui l'una serve all'altra e reciprocamente si alimentano per una conoscenza completa del diritto, sul piano dei valori come su quello della formulazione degli schemi generali di comprensione della fenomenologia giuridica. Dogmatica e sistematica, pertanto, rappresentano le due facce – sostanziale e formale – della medesima medaglia: il sistema reale del diritto, visto dal lato dei principi e valori generali, e dal lato delle sue generali categorie fenomenologiche¹⁷.

Le modalità con le quali Falzea argomenta e sviluppa le sue “ricerche” di teoria generale e dogmatica non ha soltanto lo scopo di stabilire i canoni della ricerca scientifica nel campo del diritto. Di frequente, infatti, di fronte alle aporie del sistema, ovvero alle critiche che gli stessi giuristi muovono alla sistematica e alla dogmatica, Falzea trova modo di osservare che gli affermati canoni della ricerca giuridica costituiscono altresì il presupposto del progresso civile di una società. La dogmatica è irrinunciabile e l'anti-dogmatica è per Lui una forma di arretramento culturale, ed il compito della scienza giuridica pertanto va concepito in tal senso: il rifiuto della dogmatica porterebbe indietro la scienza giuridica, verso dimensioni meramente esegetico-descrittive, o radicalmente realistiche, privando la società civile intera del suo necessario spessore teorico.

In tal senso la dogmatica è una forma di conoscenza condizionata alla variabilità del diritto positivo, ma non scindibile dal processo della sua conoscenza; i dogmi alla creazione dei quali la scienza giuridica deve dedicarsi, pertanto, non vanno confusi con la fede; così come non si deve confondere la funzione della dogmatica con la dogmatica storicamente data, o con il *dogmatismo*¹⁸.

Ne ricaviamo due lezioni utili alle considerazioni da svolgere in questo contributo. La prima è che la dogmatica è una metodologia di lavoro, un *processo di conoscenza* da applicare ad un oggetto complesso, sempre variabile e storicamente determinato. La seconda è che i dogmi non sono eterni, possono e devono cambiare, se cambiano i valori e se cambiano le leggi. Più di quanto non debba dirsi della teoria generale, la

¹⁵ A. Falzea, *Dogmatica giuridica e diritto civile*, cit., pp. 263, 266 ss.

¹⁶ Sulla definizione assiologica del diritto, vedi il saggio *Avvio ad una definizione assiologica del diritto*, in *Introduzione alle scienze giuridiche*, parte prima, *Il concetto del diritto*, Milano, 1979, p. 5.

¹⁷ A. FALZEA, *Dogmatica giuridica e diritto civile*, cit., p. 292 ss.

¹⁸ Son queste considerazioni essenziali nel contesto del discorso che si cerca di svolgere in queste brevi note. Esse delineano quel carattere dinamico, capace di evolversi e di trasformarsi, senza perdere però la propria funzione culturale e scientifica, che Falzea attribuisce alla dogmatica come forma di conoscenza, separandola dalla dogmatica storica. Chiarissime in tal senso le pp. 254-263 (e la nota 26) in *Dogmatica giuridica e diritto civile*, cit., nella consueta imponente prospettiva filosofica.



dogmatica si riformula continuamente e si attualizza, e diventa *nuova* dogmatica, tutte le volte in cui il diritto reagisce a crisi e turbamenti sociali e produce la rottura e il cambiamento dei valori fondamentali.

Sta in ciò quello che ho creduto di poter definire come una specie di *dispositivo immunitario* funzionale ad una sorta di perpetuità dinamica e variabile della scienza giuridica. Nella asserita capacità della dogmatica di riproporsi sempre come interprete di un diritto e di una società che costantemente cambiano, con concetti nuovi, ma senza perdere la continuità funzionale alla necessaria comprensione integrale dell'ordinamento positivo. Se ciò non accadesse, ripetiamo, la scienza giuridica si renderebbe artefice di un arretramento culturale. Del resto, se Falzea costruisce la dogmatica come una forma della conoscenza, dotata per definizione di strumenti che la rendono capace di attingere al *suo* oggetto specifico – il diritto positivo – non si vede la ragione per la quale, con una tale premessa, essa non debba essere capace di modificare i *suoi* dogmi – cioè i *prodotti* della conoscenza – in relazione al cambiamento se non alla rottura dei valori e dei principi del diritto positivo. Questa sarebbe la sua funzione nel sistema culturale e questa la sua sfida.

4. – Non c'è dubbio che i processi di cambiamento che più impegnano la dogmatica in questo suo incessante compito di adeguamento siano quelli che vedono la tecnologia irrompere nel presente con una carica demolitoria senza pari di quella che per comodità chiamiamo “tradizione”. Non solo la tradizione sociale, le abitudini dei singoli e dei gruppi, ma anche la tradizione economica, scientifica, e naturalmente della scienza giuridica. Falzea citava l'energia nucleare, ma basterebbe riflettere in dimensione storica per un momento per rintracciare, ad esempio nella scrittura, la cancellazione della tradizione orale e la fondazione di un sistema di comunicazione durevole capace di attrarre tutta la strumentazione di governo sociale¹⁹. La biotecnologia è un altro aspetto dello sviluppo tecnologico capace di sovvertire persino i canoni tradizionali della riproduzione umana “naturale”; mentre la rivoluzione digitale è nel momento odierno il fattore principale al quale attribuire, come già la biotecnologia, la capacità di sovvertire la dimensione esistenziale dell'uomo e la stessa organizzazione istituzionale nella prospettiva della globalità.

Il lettore ben conosce questi fenomeni e la loro ripercussione nella fenomenologia giuridica. In questa sede si è perciò scelto di misurare la capacità della dogmatica, ricostruita secondo i canoni di Falzea, di riassumere il controllo concettuale di quella fenomenologia, e di offrire la strumentazione idonea a comprenderla scientificamente, a fronte di una normativa che presenta tutti i caratteri di instabilità e soprattutto di indecidibilità e di pluridimensionalità che connotano l'attuale complessità del “giuridico”²⁰.

Procederemo con qualche esempio in via casistica.

Il primo caso è quello della rappresentazione giuridica del dato personale, questione che si porta dietro la tradizionale rappresentazione concettuale del soggetto e dell'oggetto. Vale a dire di due figure della teoria generale imprescindibili nell'opera di conoscenza scientifica e sistemazione del “giuridico”.

La questione si dibatte ad oggi²¹ nel segmento teorico compreso all'interno di una dicotomia insanabile (come tutte le dicotomie) tra soggetto e oggetto; e nello spazio reale delineato dagli attori sociali con i con-

¹⁹ Rinviamo in tal senso alle considerazioni introduttive di G. PASCUZZI, *Il diritto dell'era digitale*, Bologna, 2010, sul rapporto tra diritto e tecnologia, p. 10 ss.

²⁰ Un'impostazione corretta in tal senso è quella di G. RESTA, *Governare l'innovazione tecnologica: decisioni algoritmiche, diritti digitali e principio di uguaglianza*, in *Politica del diritto*, 2019, p. 199.

²¹ Vedi *supra*, note 1 e 2.



notati innegabili di un mercato, praticato ma non dichiarato (se vuoi continuare dàmmi i tuoi dati, oppure abbonati)²², e spesso negato a livello istituzionale (i dati non sono merce, dice l'UE)²³.

La letteratura meno legata alla tradizione non esita a richiamare la realtà, e a dichiarare che – una volta per tutte – occorre ammettere che i dati sono una merce idonea ad essere usata come corrispettivo, e che la persona è più tutelata dal contratto che non dalla responsabilità civile²⁴.

La letteratura più attenta al valore della persona, invece, continua a negare la possibilità teorica di questa reificazione e postula la prevalenza assiologica della persona quale “titolare” dei dati che la identificano²⁵.

La scelta dell'una o dell'altra alternativa è legata a due variabili complesse. La prima è l'individuazione del sistema positivo di riferimento. La seconda è la definizione del limite di estensione e di tenuta del concetto al quale si affida il compito di rappresentare il fenomeno indagato. In altri termini, la definizione del campo di attualizzazione di un dogma, del confine superato il quale occorre *un altro* dogma, per evitare di mortificare la dogmatica sostituendola con l'‘infruttuoso dogmatismo. Resta inteso che i due procedimenti non sono separabili, nel momento in cui l'interprete – dopo averli definiti – li mette in atto di fronte ad un “testo”, perché è impossibile leggere un testo senza le categorie utili a superare l'esegesi; come è impossibile mantenere un dogma intatto di fronte ad un testo che lo smentisce, o non lo sorregge. Forzature e irriducibilità sono in agguato.

Cominciamo allora dalla prima variabile segnalata, scusandoci con il lettore per la rapidità e sinteticità dell'argomentare che informano questo “esercizio”.

Dunque, il primo testo da considerare non può che essere il Regolamento europeo (UE) 2016/679, relativo alla *Protezione delle persone fisiche con riguardo al trattamento dei dati personali, nonché alla libera circolazione di tali dati*. Esso si candiderebbe a testo primario, perché contiene i principi e la disciplina della materia, una sorta di “codice” che dovrebbe permettere all'interprete di abbracciare molti degli elementi necessari al suo *output* scientifico. O perlomeno questo è quanto cercheremo di verificare.

Il primo indice rilevante restituisce, a dire il vero, un'ambiguità, tanto più significativa quanto più essa investe i principi fondamentali della materia: il comma 3 dell'art.1, infatti, stabilisce salomonicamente che “*La libera circolazione dei dati personali nell'Unione non può essere limitata né vietata per motivi attinenti alla protezione delle persone fisiche con riguardo al trattamento dei dati personali*”. Un incipit decisamente impegnativo, che evoca la segnalata dicotomia, e lascia un'incertezza sulla posizione dei due principi affermati nell'intero articolo nella scala dei valori di questo sistema normativo. L'interprete è così indotto a percorrere la direzione di un bilanciamento per l'appunto salomonico, o alla pari, grazie al quale si potrebbe convenire sull'idea per la quale i dati personali devono liberamente circolare nei limiti di una procedura che garantisca la protezione effettiva della persona fisica, e quest'ultima non può opporsi al trattamento se realiz-

²² Questa è la nota alternativa che moltissime *app* recano dopo l'accesso libero dell'utente, fornire i propri dati personali attraverso l'iscrizione ad una *community* o la registrazione, oppure concludere un contratto oneroso, in entrambi i casi per ricevere il servizio. Sono i rapporti governati dalla Direttiva (UE) 2019/770 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 20 maggio 2019, recepita con Decreto legislativo 4 novembre 2021 n. 173, che ha modificato il Codice del consumo, artt. 135 *octies* ss. Su tale normativa mi permetto di rinviare a C. CAMARDI, *Prime osservazioni sulla Direttiva (UE) 2019/770 sui contratti per la fornitura di contenuti e servizi digitali. Operazioni di consumo e circolazione di dati personali*, in *Giustizia civile*, 2019, pp. 499.

²³ È stata questa l'opinione dell'*European Data Protection Supervisor* (“EDPS”), parere 4/2017, reperibile al link https://edps.europa.eu/sites/edp/files/publication/17-06-23_opinion_digital_content_ex_summ_it.pdf.

²⁴ Per tutti, V. RICCIUTO, *Il contratto ed i nuovi fenomeni patrimoniali: il caso della circolazione dei dati personali*, in *Riv. dir. civ.*, 2020, p. 642 ss. Altri contributi nel volume di V. RICCIUTO, C. SOLINAS, *op. cit.*, *passim*.

²⁵ Un'analisi attenta in tale dimensione è quella di G. VERSACI, *La contrattualizzazione dei dati personali dei consumatori*, Napoli, 2020, in particolare p. 113 ss.



zato nel rispetto dei suoi diritti, peraltro sanciti a livello costituzionale, oltre che – come vediamo subito – positivamente disciplinati nel GDPR ²⁶.

Non interessa in questa sede esercitarsi nel bilanciamento concreto dei due principi. Si vuol scoprire – per poterla meglio definire – quale rappresentazione concettuale dei dati può darsi nell’alternativa prima segnalata.

Il Regolamento invero contempla innanzitutto delle regole che stabiliscono la liceità del trattamento, ancorandola a taluni presupposti, tra i quali il consenso dell’interessato, liberamente prestato e revocabile (artt. 6-7); per stabilire subito dopo al capo III una serie di diritti personali dell’interessato. Non occorre elencarli; occorre invece sintetizzarne la *ratio* evidenziando che il processo che permette l’apertura dei dati personali al trattamento del titolare realizza – per così dire – una sorta di messa a disposizione da parte dell’interessato delle informazioni personali che lo riguardano, ma rimane però un processo pur sempre reversibile. Non risolubile, ma per definizione *reversibile*, perché l’interessato non perde mai il controllo dei suoi dati: ciò si evince dai diritti all’accesso, alla rettifica, alla cancellazione e soprattutto alla portabilità dei dati. Una prerogativa, quest’ultima, la quale per un verso suggerisce l’idea che i dati ceduti si siano oggettivizzati in un *quid* di (immateriale, ma) “portabile”, un “formato strutturato” lo chiama il Regolamento (leggibile da dispositivo automatico); ma per altro verso fa sì che l’interessato possa contemporaneamente e liberamente “trasmettere” ad altri questo *quid* e in tal senso *portarlo altrove* ²⁷. Più avanti, l’art. 82 regola il diritto al risarcimento dei danni anche non patrimoniali causati dalla violazione del Regolamento ²⁸.

Ora, senza scendere nella ricostruzione sistematica dello statuto dei diritti dell’interessato, sembra incontestabile che la fenomenologia giuridica messa in campo dal Regolamento per l’aspetto che qui esploriamo, renda difficile utilizzare per il dato personale la categoria del bene giuridico, ed ancora renda difficile configurare il dato personale come oggetto di un diritto annoverabile fra i diritti reali, o addirittura “di proprietà”.

Come si accennava e passando adesso alla seconda variabile sopra indicata, l’utilizzo del concetto tradizionale di bene giuridico richiederebbe di verificarne l’estensibilità alla varietà di risorse *immateriali* aventi valore economico generate dai processi di sviluppo sociale ²⁹, di testare l’intento del legislatore di consentire l’appropriazione esclusiva come oggetto di un diritto, ma anche e forse prima l’attitudine della risorsa a “lasciarsi appropriare”, cioè a porsi come “oggetto” di un diritto ed in forma esclusiva, sì che il godimento dell’uno escluda il godimento di un altro ³⁰.

Questa configurazione dogmatica non proviene da un mero pregiudizio di natura proprietaria, ma dalla stessa struttura genetica dei diritti reali, ai quali storicamente è stato affidato il compito di rendere possibile l’appropriazione privata della ricchezza in forma individuale. La scienza giuridica ha costruito questo dogma in un contesto storico nel quale, per un verso il carattere prevalentemente materiale della ricchezza rendeva credibile la rappresentazione del diritto in chiave di pieno controllo ed esclusività; e per altro verso il proces-

²⁶ Il Considerando 4 del resto fa presto a precisare che “Il diritto alla protezione dei dati di carattere personale non è una prerogativa assoluta, ma va considerato alla luce della sua funzione sociale e va temperato con altri diritti fondamentali, in ossequio al principio di proporzionalità. Su questo articolo, vedi il commento e le indicazioni di G. Finocchiaro, in *Codice della privacy e data protection*, a cura di D’ORAZIO, G. FINOCCHIARO, O. POLLICINO, G. RESTA, Milano, 2021, p. 113 ss.; G. RESTA, *I dati personali oggetto del contratto. Riflessioni sul coordinamento tra la Direttiva (UE) 2019/770 e il Regolamento (UE) 2016/679*, nel volume a cura di V. RICCIUTO, C. SOLINAS, *op. cit.*, p. 53.

²⁷ Sull’art. 20 del GDPR si rinvia al commento di V. FALCE, nel *Codice della privacy e data protection*, cit., p. 349.

²⁸ Anche su questo tema, mi permetto rinviare a C. CAMARDI, *Note critiche in tema di danno da illecito trattamento dei dati personali*, in *Jus Civile*, 2020, pp. 786.

²⁹ Quanto alle risorse materiali, infatti, non ci sono dubbi sul fatto che essi siano beni giuridici, indipendentemente dalla loro utilità. Per tutti, M. BARCELLONA, *Per una teoria dei beni giuridici*, in *Scritti in onore di Giuseppe Auletta*, Milano, 1988, II, p. 65 s.

³⁰ In argomento, G. VERSACI, *La contrattualizzazione dei dati personali*, cit., p. 17 ss.



so istituzionale si conservava ancora estraneo all'impatto ritenuto eversivo dei principi costituzionali di cui all'art. 42 della Costituzione³¹.

Allorché questi due elementi di contesto sono venuti meno, la sopravvivenza – l'attualizzazione – del dogma del diritto reale si è affidata ad una elaborazione di livello superiore, che ha smussato l'aspetto della “sovranità proprietaria” ed ha nel contempo accentuato quello della sua estensione alle risorse immateriali aventi valore economico. Il ripensamento ha reso possibile che si confermasse lo schema proprietario anche a fronte delle limitazioni imposte alla proprietà urbana o agraria. Ma ha anche permesso di estendere il concetto ad altri ambiti – tipici di più evoluti contesti economici, e continuare a parlare ancora di *diritti di uso esclusivo* a fronte di risorse diverse dai tradizionali beni immateriali qualificati (dal brevetto ai diritti di proprietà intellettuale), ma ugualmente *intangibili*, come gli slot aeroportuali, le quote latte o i diritti di emissione nociva (i quali si acquistano e si rivendono tra gli operatori del mercato interessato, sotto la vigilanza pubblica).

In altre parole, la categoria dei diritti di appropriazione si è mostrata in grado di comprendere una varietà di situazioni soggettive, seppur diversamente connotate dal punto di vista dell'intensità *dello ius excludendi alios*, e riferibili a risorse materiali o non materiali, o comunque intangibili; ma nelle quali però permane un elemento essenziale ai fini di poterne constatare la ricorrenza: ed è l'elemento della *oggettività giuridica*, della *separabilità* della risorsa economica oggetto del diritto dalla sfera del titolare della relativa situazione soggettiva. Non tanto la separabilità fisica, quanto la separabilità logica-giuridica, formale, la riferibilità cioè della titolarità a soggetti volta a volta diversi, che permette di dire che quella risorsa può essere “oggetto” di uno scambio, all'esito del quale il cedente perde il diritto e il cessionario lo acquista³².

Questo giudizio si evince o dalla natura corporale della risorsa (la “cosa”); ovvero, mancando la corporalità, dal fatto che la norma che disciplina quella risorsa esplicitamente consente questo effetto di cessione all'esito di un processo circolatorio. Ciò che avviene, a dimostrazione della estensibilità della categoria, attraverso la creazione dei mercati cosiddetti “secondari” per quelle risorse innanzi citate – gli slot o le quote di emissione gas o anche i diritti sulle radiofrequenze-, non a caso definite alla stregua di “beni di origine amministrativa”. Una definizione che allude all'effetto prodotto dalla norma che li regola: la quale istituisce tali beni – oggetto di diritti e contestualmente il mercato (amministrato) nel quale essi soli – *rectius*, le relative situazioni soggettive – possono circolare, per essere ceduti e scambiati³³.

Ora, se l'attualizzazione del concetto di bene giuridico, sistematicamente connessa a quella di diritto reale³⁴, si potesse estendere anche a risorse di indubbio valore economico, ma per le quali non si riscontra una

³¹ Utilissimi spunti per la comprensione di questo processo in C. SALVI, *Teologie della proprietà privata. Dai miti delle origini ai nuovi dei della finanza*, Roma, 2019.

³² Il presente contributo non consente che un riferimento di sintesi al pensiero di S. PUGLIATTI, *Beni e cose*, Milano 1962; e ai volumi di A. GAMBARO, *I beni*, nel *Trattato di diritto civile e commerciale*, diretto da A. CICU, F. MESSINEO, L. MENGONI, Milano, 2012; e di C. SGANGA, *Dei beni in generale*, nel *Codice civile commentato*, fondato da P. SCHLESINGER, diretto da F.D. BUSNELLI, Milano, 2015, pp. 3, 60 ss., ed ivi ogni altra indicazione.

³³ I beni di cui si discorre, per essere più chiari dal punto di vista descrittivo, non sono cose corporali; non sono beni immateriali nel senso di cui alle norme sui diritti di proprietà industriale o intellettuale, e non rappresentano il cosiddetto pensiero estrinsecato; non esistono in natura e non sono assimilabili ai beni naturali immateriali, come le energie; hanno consistenza scritturale o elettronica; ancora, sono scarsi o abbondanti in relazione a decisioni amministrative delle Autorità di settore che presiedono alla loro “regolazione”. Più compiutamente il tema è trattato in C. CAMARDI, *Cose, beni e nuovi beni, tra diritto europeo e diritto interno*, in *Europa e diritto privato*, 2018, p. 955; mentre sull'importanza del processo di “oggettivazione”, nel contesto di un ragionamento focalizzato sui dati personali, si rinvia all'ampia e ragionata rassegna di C. ANGIOLINI, *Lo statuto dei dati personali*, cit., p. 56 ss.

³⁴ O comunque alla relativa situazione di appartenenza.



norma che chiaramente le faccia “oggetto giuridico”, suscettibile di entrare nella sfera giuridica di un soggetto acquirente senza che il cedente continui a vantare diritti incompatibili, l’operazione concettuale si conoscerebbe senz’altro per un più elevato livello di generalità, e però registrerebbe – per così dire – un effetto collaterale di confusione rispetto ad altri territori normativi, nei quali l’appropriazione di risorse economiche avviene nel contesto di un rapporto cooperativo diverso dal contratto di scambio³⁵.

Ne consegue, se questo ragionamento ha una sua logica, che con difficoltà i dati personali – per come disciplinati nel GDPR – possono annoverarsi tra i beni giuridici suscettibili di essere oggetto di una pretesa proprietaria, di un diritto di appropriazione esclusiva³⁶. Ciò non esclude affatto che essi ricevano nel mercato valore economico, quale effetto sostanziale di una tecnologia che ne permette l’elaborazione finalizzata al profitto. E dunque i dati personali sono davvero il petrolio dell’economia *data driven*, ma non lo sono in quanto beni separabili dalla persona dell’interessato, perché quest’ultimo – come si è visto – riceve dalla norma il potere di controllare i propri dati *sempre*, anche quando li avesse *ceduti* al titolare del trattamento, e di far cessare il trattamento con la revoca del consenso: cosa che, se davvero si trattasse dello scambio di un bene, risulterebbe impensabile, potendosi la revoca paragonare ad un diritto di libero recesso da un contratto, a sua volta estraneo alla logica di uno scambio contrattuale.

Quid iuris? Quale forma dare alla struttura del diritto al controllo dei propri dati configurata nel Regolamento, articolandola in una pluralità di facoltà?

Se i dati non sono oggetto di un diritto in senso proprio, per la inscindibilità dalla persona alla cui identità sono riferibili, ritorna in campo la seconda alternativa, il loro essere attributo della personalità e oggetto sì di un diritto, ma di un diritto fondamentale, *bene protetto* come suol dirsi. Ma ad assumere tale lettura in senso assoluto, si corre il rischio di rendere inaccettabile anche l’idea che i dati personali abbiano valore economico, e l’interprete potrebbe vedersi costretto tra le forbici di un’altra alternativa: o negare l’evidenza di una realtà inconfutabile³⁷, pur di conservare l’integrità del concetto di persona; oppure dichiarare – almeno per questo aspetto – la mercificabilità della persona. Ciò che ancor di più stride con i principi fondamentali dell’ordinamento.

Ci si trova apparentemente in un vicolo cieco e di fronte ad una apparente impotenza della dogmatica

³⁵ Si vuol dire, in altri termini, che non è il valore economico l’elemento che candida la risorsa a transitare nel novero dei beni giuridici, ma la circostanza formale della istituzione normativa della relativa situazione individuale di appartenenza nel senso prima descritto. Ove tale circostanza non sia rinvenibile, quella risorsa può certamente essere utilizzata nel mercato, ma non con le forme del contratto di scambio. Tornando al tema dei dati, pertanto, la fruizione degli stessi da parte del titolare del trattamento vedremo essere effetto non della loro cessione, ma di quel consenso ad utilizzarli – senza mai perderli – disciplinato dal GDPR. Vedi in argomento l’interessante contributo di C. IRTI, *Consenso “negoziato” e circolazione dei dati personali*, Torino, 2021.

³⁶ Chiaramente in tal senso, G. RESTA, *Governare l’innovazione tecnologica*, cit., p. 204, il quale espressamente argomenta sul fatto che scopo del Regolamento sui dati personali non è quello di allocare titoli esclusivi alienabili, e che lo schema proprietario, applicato all’informazione – anche non personale –, si rivela fuorviante e inidoneo al fine di elaborare soluzioni operazionali affidabili (p. 209 ss.).

³⁷ Come dicono G. RESTA, V. ZENO ZENCOVICH, *Volontà e consenso nella fruizione dei servizi in rete*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2018, p. 411 ss., secondo i quali, soltanto «chiudendosi in una stanza buia» si può sostenere la gratuità delle transazioni digitali che non comportano il pagamento di un prezzo in denaro, o credere come «allockhi» che un certo servizio «*is free and will always be*»; mentre a fronte della realtà di tali rapporti sorge addirittura il dubbio che la situazione si possa rovesciare: e cioè che siano gli utenti i fornitori di una risorsa (i loro dati) a certe imprese, che in cambio li remunerano mediante servizi digitali. Ancor più decisa nel superamento dei tradizionali condizionamenti dogmatici l’impostazione di V. RICCIUTO, *La patrimonializzazione dei dati personali. Contratto e mercato nella ricostruzione del fenomeno*, in *Il diritto dell’informazione e dell’informatica*, 2018, p. 689, il quale non vuole contestare in sé e per sé la lettura personalistica della disciplina dei dati personali; ma ritiene ormai imprescindibile affiancare a questa lettura una più realistica prospettiva patrimonialistica, che riconosca l’esistenza reale di un mercato dei dati personali; e che attribuisca infine al soggetto interessato e contraente nello scambio dei suoi dati anche la tutela propriamente contrattuale.



JUS CIVILE

ad elaborare la situazione giuridica in modo rigoroso e fedele. Un risultato inconcepibile nell'approccio teorico di Falzea, per come lo abbiamo rappresentato, e in contrasto con quel convincimento per il quale il diritto civile conterrebbe tutti gli strumenti di tutela della persona, ed anzi questo sarebbe – fra gli altri – il suo compito di sistema³⁸. Questa suggestione sollecita la ricerca di una terza via, che superi la dicotomia e colga quegli aspetti del Regolamento a partire dai quali diventi possibile una elaborazione concettuale soddisfacente.

A seguire questa strada, l'interprete potrebbe partire da un rilievo di questo tipo. Il Regolamento non vuole affatto negare il carattere economico dell'attività di trattamento dei dati personali, anzi – come detto – garantisce che quest'ultima si svolga *liberamente* a dispetto dell'afferenza dei dati alla persona che contribuiscono ad identificare. Questa esplicita statuizione di principio ha un valore strategico anche dal punto di vista civilistico: essa ci dice forse che – a parte i casi in cui la base del trattamento sia diversa dal consenso –, è proprio il consenso della persona a renderli circolabili, o meglio "accessibili": ciò che avviene per l'appunto senza che l'interessato ne perda il controllo e senza che se ne separi³⁹. È questo il punto da comprendere: i dati acquistano valore economico nella misura in cui la realtà sociale offre dispositivi tecnici per creare ricchezza dal loro trattamento, ma non per questo essi diventano merce "separata" dalla persona che li genera, e il titolare del trattamento non ne diventa "proprietario" pur se ne fa uso; mentre questo uso è sottoposto a regolamentazione organizzativa dei relativi profili professionali, sotto la vigilanza di apposita Autorità.

Se così funziona l'assetto giuridico dell'attività di trattamento dei dati personali, ha poco senso sul piano concettuale chiedersi "cosa siano" o come debbano essere qualificati i dati personali, così come poco senso avrebbe chiedersi "cosa" sia l'opinione politica o l'orientamento sessuale di ciascuno di noi, salvo ammettere che davvero – e non nel contesto di una metafora evocativa – la persona sia la sommatoria meccanica delle "cose" che la compongono: dal nome, alle sue preferenze, ai suoi *click* sui social, ai suoi dati anagrafici e così via.

Se così davvero fosse, non si spiegherebbero le rigide regole poste a carico di chi svolge professionalmente l'attività di trattamento, e l'esplicita concezione di quest'ultima come attività "a rischio elevato" che emerge dal regolamento. Quale rischio? Quello della lesione dei diritti della persona, non delle sue "cose", o meglio: non delle "cose" di cui essa si sarebbe liberata attraverso una cessione di mercato⁴⁰.

Pertanto, e riguardando da questo punto di vista il fatto dell'accesso ai dati personali su di una base legale di liceità, esso sembra rimandare alla più ampia fenomenologia delle manifestazioni espressive della personalità/identità individuale (in rete), realizzate nei confronti del titolare del trattamento, per il tramite di strumenti tecnici (usualmente le piattaforme e le varie infrastrutture tecnologiche) che permettono a quest'ultimo la "raccolta" dei relativi dati, con modalità comportamentali e organizzative che garantiscono, da una parte che l'accesso sia frutto di una autodeterminazione consapevole del singolo interessato; e dall'altra che il trat-

³⁸ A. FALZEA, *Dogmatica giuridica e diritto civile*, cit., pp. 310, 311.

³⁹ E con tutti i distinguo che riguardano particolari categorie di dati, ad esempio quelli sensibili, per i quali la "circolazione" è sottoposta a vincoli assai più rigorosi (artt. 9-10 del Regolamento).

⁴⁰ Il considerando 75 fa riferimento ai rischi per i diritti e le libertà delle persone fisiche, in particolare: se il trattamento può comportare discriminazioni, furto o usurpazione d'identità, perdite finanziarie, pregiudizio alla reputazione, perdita di riservatezza dei dati personali protetti da segreto professionale, decifrazione non autorizzata della pseudonimizzazione, o qualsiasi altro danno economico o sociale significativo; ovvero se sono trattati dati personali che rivelano l'origine razziale o etnica, le opinioni politiche, le convinzioni religiose o filosofiche, l'appartenenza sindacale, nonché dati genetici, dati relativi alla salute o i dati relativi alla vita sessuale o a condanne penali e a reati o alle relative misure di sicurezza.



tamento rispetti regole che assicurano all'interessato l'effettivo potere di controllarne o modificarne lo svolgimento e/o di farlo cessare (oltre che la sicurezza del trattamento)⁴¹.

Detto in altre parole, e con le metafore che la letteratura giustamente utilizza per sottolineare la gravità del tema, il regolamento vorrebbe prevenire il rischio «*che la persona venga considerata una sorta di miniera a cielo aperto dove chiunque può attingere qualsiasi informazione e così costruire profili individuali, familiari, di gruppo, facendo così divenire la persona oggetto di poteri esterni, che possono falsificarla, costruirla in forme coerenti ai bisogni di una società della sorveglianza, della selezione sociale, del calcolo economico*»⁴². Mantenere il baricentro normativo sulla persona significa contrastare il rischio che i poteri forti ne sopprimano la libertà; significa configurare il potere in funzione di un limite invalicabile. Spostare il baricentro direttamente sul dato in quanto tale, come bene-risorsa avente valore economico, significa svincolarlo da questo limite e funzionalizzare l'attività esclusivamente al calcolo economico. Ma il regolamento non sembra avere scelto questa strada.

In questa chiave assiologica, dunque, la concettualizzazione del dato personale sembra doversi porre nel contesto teorico delle dinamiche identitarie della persona in rete, piuttosto che in quello dei beni giuridici in senso stretto. Certamente la teoria dei beni giuridici risulta per così dire coinvolta da questo assetto della regolazione dell'attività di trattamento dei dati personali. Ma non per aggiungere altre categorie di beni alla lista di quelle già individuabili, bensì per constatare che il campo dello sfruttamento delle risorse economiche non è più di sua esclusiva pertinenza, se mai lo è stato, atteso che il sistema attuale del diritto positivo consente lo sfruttamento di risorse economiche che *non sono* beni giuridici; ovvero – con altre parole – si astiene dal qualificare come beni giuridici talune risorse economiche, senza con ciò rinunciare a regolarne in modo congruo lo sfruttamento. Ciò che, come si sta cercando di argomentare, costituisce uno stadio evoluto dei diritti della personalità.

Del resto, per azzardare un paragone che meriterebbe ben altro studio, un processo non dissimile è avvenuto nel passaggio storico/istituzionale della configurazione del lavoro umano non più come elemento di una subordinazione personale, bensì come oggetto di subordinazione “contrattuale”, alla stregua di una prestazione obbligatoria; seppur lo strumento contrattuale possa indurre a configurare le energie lavorative “cedute” in cambio di salario alla stregua di beni o merci. Ed invero il lavoratore non perde le sue energie, perché non può separarsene, le mette a disposizione, le consuma, e può – in certa misura – decidere di porre fine al rapporto. Mentre i principi costituzionali posti a protezione della sua persona e della sua dimensione esistenziale, insieme con il corredo di tutele tipiche dei contratti di lavoro, segnalano che anche qui il baricentro normativo è tarato sulla persona e non esclusivamente sul valore economico che essa può generare con la sua attività.

Infine, per chiudere queste rapide argomentazioni, i più recenti Atti normativi dell'UE dedicati al “mercato” dei dati non sembrano andare in senso contrario a quanto fin qui ritenuto. Ad esempio, nel *Data Governance Act*, che dispone una regolamentazione per il riutilizzo di alcuni dati posseduti dagli enti pubblici, per

⁴¹ Sembra muoversi in questa direzione la recente indagine di A. LA SPINA, *Complessità e identità personale*, Napoli, 2022, in particolare p. 334 ss., la quale elabora il tema della “trasmissione” dei propri dati personali in chiave di *autorizzazione* al trattamento, distinguendo peraltro le dichiarazioni della persona, e la relativa natura giuridica, in relazione alle circostanze del rilascio. Possono così aversi dichiarazioni di scienza, dichiarazioni di volontà non negoziali e dichiarazioni negoziali. L'A. precisa poi che nel contesto del Regolamento non emerge un principio che vieta la disposizione onerosa dei dati personali nei rapporti di scambio di beni o servizi, ma si affretta a chiarire però che tali ipotesi non determinano “la considerazione dei dati personali alla stregua di beni in senso stretto” e nemmeno “l'accettazione della mercificazione della persona”, e nemmeno ancora una riduzione della tutela dei suoi interessi (p. 369 ss.).

⁴² N. ABRIANI, G. SCHNEIDER, *op. cit.*, p. 48, richiamando il noto saggio di S. RODOTÀ, *Antropologia dell'homo dignus*, in *civilitica.com*, 2013, p. 11.



la condivisione dei dati tra le imprese e l'utilizzo dei dati per motivi altruistici, esplicitamente il legislatore europeo fa sempre salva l'applicazione del GDPR se vengono in gioco dati personali, e ne stabilisce la prevalenza in caso di conflitto tra norme⁴³. Con ciò esprimendo l'orientamento per il quale il dato personale *mai* è inteso come un *quid* che può separarsi – diventando “altro” – dalla persona cui si riferisce, e quest'ultima *mai* può perderne il controllo. Ugualmente è a dirsi per gli altri Atti che disciplinano il commercio on line dei prodotti di consumo in forma digitale, allorquando sarebbe facile confondere e annacquare il consenso al trattamento dei dati personali nel consenso alla conclusione del contratto di acquisto del bene o servizio, specie se non è previsto il pagamento di un corrispettivo in denaro⁴⁴.

5. – L'esercizio di interpretazione condotto sulla cosiddetta natura dei dati personali è stato un tentativo di attualizzare la dogmatica per cogliere gli elementi di rottura indotti dall'economia digitale e sfruttare – in termini di controllo dei rischi indotti da tale economia – il potenziale regolativo sprigionato dall'elaborazione concettuale. Il lettore giudicherà se il tentativo è andato a buon fine, non solo dal punto di vista della coerenza delle argomentazioni, ma anche da quello della corretta lettura del fenomeno indagato, nella sua forma normativa e nella realtà cui si assiste quotidianamente.

Lo stesso esercizio potrebbe essere condotto rispetto ad altri interrogativi proposti nell'incipit di questo contributo. Quello più intrigante – seppur per molti aspetti *de iure condendo* – consiste nella regolazione possibile della robotica e degli algoritmi: è plausibile considerarli soggetti di diritto?

Il tema è sollecitato da diversi, apparentemente disparati, fattori. Il primo viene dagli indirizzi normativi della stessa UE, sebbene non abbia avuto finora alcun un esito formale, e si riscontra in una non lontana Risoluzione del Parlamento europeo del 2017, che lanciava la necessità di norme di Diritto civile sulla robotica, immaginando la possibilità di attribuire una “personalità elettronica” quantomeno ai robot più sofisticati, dotati di capacità di assumere decisioni autonome e di interagire con i terzi, istituendo in tal modo uno *status* giuridico specifico idoneo a fornire risposte adeguate alla molteplicità di rischi generati dal funzionamento degli algoritmi⁴⁵.

⁴³ Si tratta del REGOLAMENTO (UE) 2022/868 DEL PARLAMENTO EUROPEO E DEL CONSIGLIO del 30 maggio 2022, relativo alla *governance* europea dei dati, pubblicato il 3 giugno 2022. Primi commenti in F. BRAVO, *Intermediazione di dati personali e servizi di data sharing dal GDPR al Data Governance Act*, in *Contratto e impresa Europa*, 2021, p. 199, 207 ss.

⁴⁴ Sul punto si vedano ancora i contributi di C. IRTI, *Consenso negoziato*, cit., *passim*, e A. LA SPINA, *op. loc. cit.*

⁴⁵ Risoluzione del Parlamento europeo del 16 febbraio 2017 recante raccomandazioni alla Commissione concernenti norme di diritto civile sulla robotica (2015/2103(INL), reperibile nella pagina <http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//TEXT+TA+P8-TA-2017-0051+0+DOC+XML+V0//IT>).

Il Parlamento invita la Commissione ad esplorare la possibilità della “istituzione di uno status giuridico specifico per i robot nel lungo termine, di modo che almeno i robot autonomi più sofisticati possano essere considerati come persone elettroniche responsabili di risarcire qualsiasi danno da loro causato, nonché eventualmente il riconoscimento della personalità elettronica dei robot che prendono decisioni autonome o che interagiscono in modo indipendente con terzi”. Formula tale invito all'esito-fra le altre – della considerazione per la quale “nell'ipotesi in cui un robot possa prendere decisioni autonome, le norme tradizionali non sono sufficienti per attivare la responsabilità per i danni causati da un robot, in quanto non consentirebbero di determinare qual è il soggetto cui incombe la responsabilità del risarcimento né di esigere da tale soggetto la riparazione dei danni causati”. Ciò avviene con riferimento all'attività di robot dotati di “determinate caratteristiche autonome e cognitive – ad esempio la capacità di apprendere dall'esperienza e di prendere decisioni quasi indipendenti – e perciò “sempre più simili ad agenti che interagiscono con l'ambiente circostante e sono in grado di alterarlo in modo significativo”. Ciò che fa perdere loro la caratteristica di strumenti gestiti dal fabbricante piuttosto che dall'utilizzatore, esonerando tali soggetti dalla responsabilità per i danni non riconducibili alla loro attività. La Commissione è altresì invitata a stabilire una definizione comune europea di robot autonomo intelligente.



Un altro elemento di sollecitazione viene dalla stessa letteratura, a sua volta impegnata nell'osservazione dei concreti rischi posti dalla diffusione della robotica, e dalla constatazione della insufficienza dei dispositivi della responsabilità civile (dai criteri di imputazione, alla stessa nozione di danno ingiusto) rispetto alla necessità di copertura totale dei danni causati. Gunther Teubner ne è convinto assertore, e nel replicare a scontate contrarie opinioni trova occasione di svolgere al proposito una riflessione fondamentale ai nostri fini, che non tocca solo il piano della opportunità o della maggiore utilità di una regolamentazione che bypassi il richiamo della disciplina che ex post pone rimedio alle conseguenze dannose di un'attività pericolosa, ma attinge direttamente al piano dogmatico. La riflessione è quella per quale sarebbe solo una fallacia dogmatica, frutto di un deficit analitico, l'idea di attribuire ai robot la *piena* soggettività giuridica, cioè l'idea di considerarli soggetti tout court, *a tutti gli effetti*. Il dispositivo della soggettività, infatti, va inteso in senso funzionale, esattamente con riguardo alla regolazione dello specifico contesto sociale nel quale è destinato ad operare, e proporzionato al tipo di problema da risolvere. In questa chiave, non serve nella fattispecie postulare la soggettività generale ed astratta degli algoritmi “pensanti”, ma – tutto al contrario – quest'ultima dovrebbe declinarsi in una soggettività digitale graduabile, misurata in proporzione al perimetro nel quale il robot si muove con decisioni indipendenti. E quindi sostanzialmente funzionale alla prevenzione e al ristoro dei danni eventualmente prodotti nei confronti dei terzi ⁴⁶.

La proposta non sembri scolastica. L'idea di una soggettività con capacità parziale, funzionale e graduata, emerge – ed a porre attenzione alla storia è già emersa – anche in tutt'altri settori, la cui diversa valenza sociale mette in evidenza la “naturale” generalità del dispositivo di cui parliamo, e la sua attitudine alla formalizzazione di elevati strumenti di protezione giuridica degli interessi. Innanzitutto quello della biotecnologia, laddove la formula aiuterebbe ad accettare l'idea che *anche* l'embrione umano – la cui vita del tutto dipendente dalla madre gestante e priva di volontà propria non esprime nessuna delle caratteristiche tipiche della persona fisica – sia a dispetto di ciò una persona (e non un semplice mucchietto di cellule), capace di vantare il suo diritto alla vita e all'identità ⁴⁷. Poi il settore ambientale, oggi da ribattezzare in chiave di diritto della sostenibilità, ove la soggettività delle generazioni future, più volte evocata nei testi normativi perfino di livello costituzionale, senza che ad essa si riesca a collegare uno strumento giuridico idoneo a superare la dimensione comunicativa o di mero principio programmatico, servirebbe ad instaurare formali processi di interlocuzione e a dare titolo giustificativo formale per l'istituzione di obblighi e la previsione di comportamenti a carico dei soggetti – privati o pubblici – cui la sostenibilità è demandata come compito istituzionale, oggetto di *accountability*, non di propaganda ⁴⁸.

Ed infine, e per esaltare la tradizione della scienza giuridica, la sofisticata elaborazione della teoria dei “diritti senza soggetto”, costruita in relazione a problemi e situazioni “enigmatiche”, come l'eredità giacente o la capacità delle persone minori di età o afflitte da infermità tale da impedire l'espressione di una “volontà”; elaborazione capace di esprimere le aporie di una teorizzazione dogmatica affetta – si direbbe – da dog-

⁴⁶ G. TEUBNER, *Soggetti giuridici digitali? Sullo status privatistico degli agenti software autonomi*, Napoli, 2019, p. 19 ss.; ID., *Responsabilità civile per i rischi della digitalità*, in *SMART, la persona e l'infosfera*, a cura di U. SALANITRO, Pisa, 2022, p. 13. L'A. considera il dispositivo della personificazione come risposta ai vuoti di norme creati dal carattere sistemico dei rischi indotti dal proliferare dei sistemi di AI. Analizza e riarticola tali rischi, e propone infine tre di verse forme di “soggettività” digitale parziale (*op. ult. cit.*, p. 24).

⁴⁷ Indicazioni in R. SENIGAGLIA, *Vita prenatale e autodeterminazione: alla ricerca di un “ragionevole” bilanciamento tra interessi contrapposti*, in *Riv. dir. civ.*, 2016, I, p. 1554; ma già F.D. BUSNELLI, *Nascere (o anche “morire”) con dignità: un traguardo problematico per l'embrione*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2017, II, p. 393.

⁴⁸ Una trattazione sistematica e rigorosa è offerta da M.W. MONTEROSSO, *L'orizzonte intergenerazionale del diritto civile. Tutela, soggettività, azione*, Pisa, 2020.



matismo; sostanzialmente dall'idea che l'attribuzione di diritti soggettivi sia condizionata dalla previa esistenza di un soggetto predefinito. Una fallacia che conduceva ad un dilemma, quello di negare l'esistenza delle situazioni giuridiche sopra indicate in termini di diritti soggettivi, oppure riconoscere l'esistenza di diritti soggettivi senza soggetto⁴⁹.

Un'altra situazione, ben più lontana nella storia del diritto ma di recente riesumata, è quella dello schiavo in ipotesi dotato di *peculium*: un *oggetto* che tuttavia, entro certi limiti, compie *atti* giuridici. Fino a quando – attraverso un atto di riconoscimento – diventa almeno parzialmente un *soggetto*. Così come allo stesso modo lo “schiavo elettronico” – cioè, il robot intelligente/pensante – in presenza di una qualificazione giuridica in tal senso diventerebbe un soggetto⁵⁰.

Questi elementi sono suscettibili di diventare tasselli di un discorso rigoroso, che può toccare il livello della teoria generale e ricostruire il processo di istituzione della soggettività, tutte le volte in cui quest'ultimo implica – come ha già implicato – il riconoscimento normativo della capacità nei confronti di entità non umane, così mettendo in evidenza innanzitutto il carattere eminentemente *formale* – non naturalistico – di tale processo. Il riconoscimento della soggettività, questo si vuol dire, non risponde ad un imperativo naturalistico, non è un dato, ma un costruito, sottoposto ad un imperativo formale. E in quest'ottica nemmeno riducibile al mero arbitrio del legislatore (che potrebbe a questa stregua improvvisamente dichiarare soggetti i fiori o gli animali), quanto ad un rigoroso processo di selezione degli interessi, che giustifica su questi presupposti il riconoscimento e la creazione di un centro di imputazione di diritti e obblighi, senza ogni volta dover invocare una improbabile *fictio* legata alla (pre)esistenza di un essere umano.

Una impostazione di questo genere, de-dogmatizzata rispetto al preconetto della necessaria (pre)esistenza umana, svelerebbe forse un'altra serie di pregiudizi. Innanzitutto quello per il quale presupposto della soggettività sarebbe la capacità di esprimere una volontà⁵¹, laddove invece rovesciando l'ordine dei fattori, sarebbe proprio l'esigenza sostanziale di attivare un processo di autonomizzazione e autodeterminazione *che ancora non c'è e che si vuole che ci sia*, il presupposto assiologico dell'attribuzione della soggettività.

Pertanto, così come è stata l'esigenza di riconoscere un centro di interessi meritevole di autonoma tutela nelle organizzazioni unitarie superindividuali di beni e persone, l'impulso al riconoscimento della soggettività delle fondazioni e degli enti; allo stesso modo, sarebbe l'esigenza di istituire un contraddittorio, che altrimenti non potrebbe esserci, l'impulso a riconoscere un peculiare soggetto di diritti nelle generazioni future, o negli ecosistemi⁵²; o ancora, sarebbe la necessità di tenere sotto controllo la produzione di gravi rischi sistemici la giustificazione del processo di creazione di un soggetto responsabile in capo al robot “capace” di assumere decisioni⁵³. Così come, infine, è stata la scelta assiologica emancipatoria di attribuire autonomia an-

⁴⁹ È ovvio il riferimento a R. ORESTANO, *Diritti soggettivi e diritti senza soggetto. Linee di una vicenda concettuale*, in *Jus*, 1960, p. 149, 154 ss.

⁵⁰ Riferimenti in N. ABRIANI, G. SCHNEIDER, *op. cit.*, p. 29 ss.

⁵¹ Ciò che semmai è una conseguenza del riconoscimento della soggettività giuridica.

⁵² Analizza bene questi processi M.W. MONTEROSSO, *op. cit.*, p. 260 ss., anche con analitico riferimento ad esperienze realizzate in altri ordinamenti, ad es. la Nuova Zelanda, che hanno soggettivizzato gli ecosistemi in funzione di tutela ambientale. In senso apparentemente contrario, P. FEMIA, *Il civile senso dell'autonomia*, in *THE CARDOZO ELECTRONIC*.

LAW BULLETIN, 2019, I, p. 1, il quale propone una categoria innovativa, quella “diritti trans-soggettivi”, diritti senza padrone: diritti il titolare dei quali non soltanto non può esercitare nel proprio interesse, ma l'esercizio dei quali si consuma all'interno stesso dell'atto di esercizio. Come le *actiones populares*, il sistema giuridico introduce agenti di contrasto (controdiritti): valenze collettive che ciascuno può attivare, ma delle quali nessuno può diventare il signore.

⁵³ In tal senso G. TEUBNER, *opp. cit.*; ma vedi anche F. ASTONE, *Intelligenza artificiale e diritto civile*, in *La circolazione della ricchezza nell'era digitale*, a cura di V. CUOCCI, F.P. LOPS, C. MOTTI, Pisa, 2021, pp. 3, 8. 14 ss.; A. ASTONE, *La persona elettronica: verso un tertium genus di soggetto?*, e E. MOROTTI, *Una soggettività a geometrie variabili per lo statuto giuridico dei robot*, en-



che a persone fisiche che – *ciononostante* – non ne disponevano, la ragione della successiva loro attribuzione della piena soggettività (quella delle donne, a suo tempo).

Se la scienza giuridica si disponesse a ragionare a tale livello di teoria generale, così riconoscendo che la soggettività non si pone come un *prius* dato, bensì come un *posterius*⁵⁴, che risponde a principi di diritto idonei a governarlo, non solo quanto siamo adusi a ritenere ormai assodato – la personalità giuridica degli enti – sarebbe spiegabile in un’ottica formale non finzionistica; ma lo stesso processo istitutivo della soggettività rivelerebbe quella sua precipua cifra teorica che emerge – ci si consenta di dichiararlo – dal pensiero di Falzea⁵⁵.

Tornando dunque al problema pratico dal quale siamo partiti, l’esercizio dogmatico del possibile conferimento della soggettività giuridica in capo all’algoritmo pensante, progettato per produrre decisioni autonome seppure nel senso proprio dato dalla logica statistico-computazionale, altro non sarebbe che la sperimentazione anche in questo campo della opportunità di utilizzare un dispositivo giuridico che solo la fallacia ideologica del giusnaturalismo ha relegato all’unica funzione – certamente essenziale e imprescindibile nel processo storico della nostra società liberale – del riconoscimento della centralità dell’uomo (individuo persona fisica) nel sistema delle relazioni sociali. Così celando l’unicità del processo formale di qualificazione normativa che presiede all’istituzione della soggettività sia delle persone fisiche che degli enti.

Ma se di questo si tratta, allora la soggettività di altre entità non umane non può aprioristicamente essere esclusa dal campo operativo del diritto, e il tema diventa piuttosto quello – nel nostro caso *de iure condendo* – di stabilire l’opportunità e il ‘guadagno’ effettivo della soluzione del problema attraverso il dispositivo della soggettività, piuttosto che attraverso altri strumenti o rimedi.

Ragionando su questa linea, si evidenzia una possibile alternativa teorica. Se il problema è quello di fronteggiare opportunamente i rischi e i danni indotti dalla diffusione della robotica nelle più svariate attività sociali⁵⁶, uno strumento di soluzione potrebbe trovarsi anche nell’adeguamento del sistema della responsabilità civile, allargandone l’operatività e superando le strettoie poste dalle attuali previsioni in materia di responsabilità da prodotto⁵⁷. In tal modo, il rimedio graviterebbe nell’orbita delle obbligazioni risarcitorie poste in

trambi in F. BILOTTA, F. RAIMONDI (a cura di), *Il soggetto di diritto. Storia ed evoluzione di un concetto nel diritto privato*, Napoli, 2020, rispettivamente p. 253, p. 291.

⁵⁴ Più in generale, e non solo con riferimento alla soggettività, N. LIPARI, *Le categorie del diritto civile*, Milano, p. 86.

⁵⁵ Anche in questo caso è ovvio il riferimento al pensiero di A. FALZEA, *Il soggetto nel sistema dei fenomeni giuridici*, Milano, 1939, in particolare p. 60 ss. “L’uomo è soggetto di diritto non per i suoi caratteri ‘etico-psicologici’, ... ma solo in virtù del riconoscimento formale da parte dell’ordinamento giuridico”. L’organismo psico-fisico è il substrato materiale presupposto di qualificazione della fattispecie soggettiva ... e del riconoscimento formale. Così come allo stesso modo il substrato materiale delle persone giuridiche è normalmente dato da un complesso di beni e di persone, substrato della qualificazione normativa di persone giuridiche (p. 62). in tal modo, l’ordinamento ha voluto ampliare la categoria dei soggetti giuridici, non dei soggetti umani (p. 64).

⁵⁶ Nella Comunicazione del parlamento UE prima citata, come pure nella Proposta di Regolamento sull’approccio europeo all’intelligenza artificiale (visibile qui: <https://digital-strategy.ec.europa.eu/en/library/proposal-regulation-laying-down-harmonised-rules-artificial-intelligence>), l’utilizzo di una robotica sofisticata (per la quale si propone pure l’istituzione di un sistema di registrazione) è ipotizzata nel settore dei trasporti (automobili *driverless*), nella medicina, nell’assistenza agli anziani o soggetti fragili, negli interventi migliorativi del corpo umano, nel settore della ricerca e del soccorso attraverso i droni.

⁵⁷ Così riassunte nei considerando seguenti, di cui alla Risoluzione del 16 febbraio 2017:

AH. ... la direttiva 85/374/CEE riguarda solamente i danni causati dai difetti di fabbricazione di un robot e a condizione che la persona danneggiata sia in grado di dimostrare il danno effettivo, il difetto nel prodotto e il nesso di causalità tra difetto e danno e che pertanto la responsabilità oggettiva o la responsabilità senza colpa potrebbero non essere sufficienti;

AI. ... l’attuale quadro giuridico non sarebbe sufficiente a coprire i danni causati dalla nuova generazione di robot, in quanto questi possono essere dotati di capacità di adattamento e di apprendimento che implicano un certo grado di imprevedibilità nel loro comportamento, dato che imparerebbero in modo autonomo, in base alle esperienze diversificate di ciascuno, e interagirebbero con l’ambiente in modo unico e imprevedibile.



capo a soggetti cui risulti ragionevole imputare la responsabilità in base alla loro posizione nella filiera di programmazione degli algoritmi che muovono il robot (il fabbricante e/o lo sviluppatore). La scelta di questa opzione tuttavia potrebbe comportare un eccessivo stravolgimento della logica della responsabilità civile, che si pone pur sempre come un sistema di selezione dei danni ingiusti e di distribuzione dei rischi di un'attività tra chi li crea e chi li subisce, laddove le esigenze riparatorie messe in luce dagli studiosi vengono riferite nel campo che ci occupa proprio a quei danni per i quali non risulta tecnicamente facile stabilire un nesso di causalità tra il danno e il soggetto che si vorrebbe responsabile: ad esempio il programmatore dell'algoritmo che dichiara non aver programmato quel comportamento che poi il robot ha messo in atto. In tali casi pertanto l'obbligazione risarcitoria non potrebbe nemmeno richiamarsi per l'impossibilità di ricondurre causalmente il danno a "qualcuno".

Viceversa, l'istituzione di un meccanismo di qualificazione giuridica di taluni robot in quanto "persone elettroniche" potrebbe coprire esattamente questi vuoti, attraverso un correlato meccanismo di responsabilità oggettiva per rischio, del tutto indipendente da improbabili profili di negligenza. Fermo restando il problema pratico della costituzione del "peculio" della persona elettronica, da formare per il tramite di meccanismi assicurativi e fondi cosiddetti di solidarietà a carico dei fabbricanti; questi ultimi da assegnare in maniera appropriata tra le varie macchine intelligenti, come proposto in altri ordinamenti⁵⁸.

6. – Gli esercizi dogmatici proposti nelle pagine precedenti esauriscono il contenuto di queste riflessioni. Esse hanno avuto lo scopo di sperimentare il potenziale conoscitivo della dogmatica rispetto a fenomeni di *disruptive innovation*, la cui portata destabilizzante si unisce a quella indotta da altri fenomeni non strutturalmente legati alla tecnologia, ma all'evoluzione del sistema delle fonti (come di tutti i formanti) e del sistema sociale in generale.

A fronte di tali sfide, il giurista ha ovviamente alcune opzioni: dal nichilismo, al pragmatismo, al ritorno all'esegesi. L'opzione dogmatica è certamente la più faticosa, ma forse quella destinata a durare più a lungo, sempre che il tentativo riesca ad andare a buon fine. Sulla qualcosa però il dubbio è sempre in agguato.

⁵⁸ Per queste problematiche, nello speciale contesto del diritto USA, si rinvia alle considerazioni di G. CALABRESI, E. AL MUREN, *Driveless cars*, Bologna 2021, p. 159 ss., i quali riferiscono della cosiddetta *Market enterprise responsibility doctrine*, con la quale si argomenta – per i danni creati dalla circolazione di veicoli del tutto autonomi – un passaggio dal sistema risarcitorio ad un sistema latamente indennitario, alimentato dalla contribuzione per quote di tutti i fabbricanti, e destinato a sostenere il costo degli incidenti a favore di tutti i possibili danneggiati: terzi, occupanti, pedoni, ciclisti e ogni tipo di *bystanders*. Ciò che, a dire il vero, non sembra consenta ancora di parlare di responsabilità civile. Restituisce tutti questi dubbi, invero, il suggestivo saggio di J. BALKIN, *The Three Laws of Robotics in the Age of Big Data*, in *Ohio state law journal*, 2017, p. 1217, la cui premessa è quella per la quale nella società algoritmica il problema non sono gli algoritmi, ma gli esseri umani che ne fanno uso.