

Rivista Semestrale

Gennaio - Giugno 2023

N. 1/2023

Data Protection Law

Diritto delle nuove tecnologie, privacy e protezione dati personali



PRIVACY E PROTEZIONE DATI PERSONALI

DATA PROTECTION LAW

www.dataprotectionlaw.it

Diretta da Elio Errichiello

www.dataprotectionlaw.it

DATA PROTECTION LAW – RIVISTA GIURIDICA

Rivista online non soggetta ad obbligo di registrazione ai sensi dell'art. 3-bis del Decreto Legge 103/2012

DIRETTORE:
Elio Errichiello

COMITATO SCIENTIFICO:
Elio Errichiello, Livia Aulino, Lucrezia D'Avenia, Rosanna Cerella, Giulio Riccio.

Sito web: www.dataprotectionlaw.it

Contatti: info@dataprotectionlaw.it

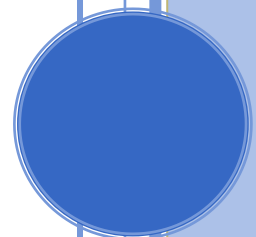
“Data Protection Law” è una rivista elettronica di diritto Open access pubblicata dall'associazione Data Protection Law. La rivista pubblica con cadenza semestrale numeri costituiti da articoli scientifici inediti, saggi, traduzioni di estratti da opere scientifiche significative e di recente pubblicazione o articoli rilevanti per la comunità scientifica, recensioni di libri ed eventi culturali.

I numeri della rivista ospitano contributi scientifici prodotti e sottoposti su invito diretto della redazione.

Tutti i contributi sono sottoposti a doppia blind peer review.

Indice.

- TIZIANA DI PALMA, Il Modello Economico del Lavoro Digitale:
i Gig Workers. Riflessioni e analisi giurisprudenziale.
Pag. 3
- ALDO PALUMBO, Le criptovalute: introduzione tecnica e valutazioni giu-
ridiche. Uno sguardo d’insieme.
Pag. 17
- ANGELA D’AMBRA, Il fenomeno dei Cookie Walls e la loro legittimità
nel panorama italiano ed europeo.
Pag. 32
- GAIA PICARIELLO, Il moderno concetto di diritto all’oblio nella società di-
gitale
Pag. 39
- IRENE DEL GAUDIO, Nomadismo digitale: profili di disciplina di un nuovo
approccio al lavoro.



IL MODELLO ECONOMICO DEL LAVORO DIGITALE: I *GIG* *WORKERS*. RIFLESSIONI E ANALISI GIURISPRUDENZIALE

Di Tiziana Di Palma

SOMMARIO: 1. Gig-economy e lavoro on demand – 2. Dalla subordinazione all’etero-organizzazione. Analisi giurisprudenziale – 3. Il “ritorno” alla natura subordinata del rapporto di lavoro dei riders addetti al “food delivery”.

Abstract: In this article we try to illustrate the economic model of the so-called Gig economy ("job economy") has developed widely in recent years thanks to the multiple digital platforms that offer increasingly advanced personalized "on demand" services, capable of reaching an increasingly large number of users.

1. Gig-economy e lavoro on demand.

Il modello economico della cd. *Gig economy* (“*economia dei lavoretti*”) si è largamente sviluppato negli ultimi anni grazie alle molteplici piattaforme digitali che offrono servizi personalizzati “*on demand*” sempre più avanzati, in grado di raggiungere un numero sempre più corposo di utenti.

Nel gennaio del 2009, il direttore del Daily Beast, Tina Brown annunciava l’avvento della *Gig economy*, definendola come l’insieme dei lavori temporanei, consulenze, prestazioni offerte come freelance in grado di garantire un reddito annuo dignitoso, consentendo il mantenimento di un terzo dei lavoratori americani, ovvero il raggiungimento del “*pareggio di bilancio personale e familiare*” definito colloquialmente “*the Nut*”¹.

Hillary Clinton, già Segretaria di Stato U.S.A., nel 2015, dichiarò, poi, che “*nel frattempo, molti americani stanno facendo soldi extra affittando una piccola stanza, progettando siti web, vendendo prodotti da loro stessi progettati a casa o persino guidando la propria auto. Questa economia su domanda, la cosiddetta gig economy, sta creando stimolanti economie e scatenando l’innovazione. Ma sta anche sollevando*

¹ C. CUCCINELLO, LA REPUBBLICA, ECONOMIA & FINANZA, 19.10.2015.

domande difficili sulle protezioni lavorative e su come sarà un buon lavoro in futuro” (Howard, 2015)².

La Gig economy è da intendersi, dunque, quale nuovo modello di *matchmaking* tra domanda ed offerta di lavoro, ovverosia un “*modello di lavoro su richiesta, ove domanda ed offerta si incontrano on line attraverso apposite piattaforme digitali*”, così come definito del XVII Rapporto dell’I.n.p.s. del luglio 2018, non più fondato su prestazioni lavorative continue e a tempo indeterminato, ma sul lavoro “*on demand*”, ovverosia a richiesta, il che si combina, spesso, con esigenze di flessibilità e anche in forme di precarietà.

Si sostiene, invero, che, da una parte, ci sarebbe uno spostamento del rischio dall’impresa al lavoratore (“*a radical shift of business risk away from platforms and onto individual workers*”) e, dall’altro, un danno alla stessa innovazione tecnologica in ragione dell’utilizzo di lavoro a basso costo (“*the real danger that this recourse to cheap labour incentivises the very opposite of genuine innovation*”)³.

L’I.n.p.s. rileva come i problemi di definizione della gig economy si riflettano nella difficoltà di identificare i datori di lavoro e di lavoratori, non esistendo un codice Ateco che permetta di individuare le aziende né esiste una sola forma di pagamento, dovendosi ogni analisi ritenere parziale.

Il più chiaro esempio di *Gig economy* è rappresentato dal settore del *food delivery*, consistente nella consegna a domicilio di cibi e bevande ordinate da clienti di bar e/o ristoranti direttamente attraverso piattaforme digitali e che vengono consegnati ad opera dei *riders*, cioè fattorini che adoperano i propri veicoli (biciclette, motocicli) per il trasporto dei cibi ordinati.

L’idea del cd. *Food delivery* era nata nel 2001 con la danese *Just Eat*, con l’intento di aggregare le offerte di più ristoranti su di un’unica piattaforma digitale posta a disposizione del cliente. Tale modello fu superato da altre aziende come l’inglese *Deliveroo*, nel 2013, e la tedesca *Foodora*, nel 2014, che, oltre a gestire i rapporti con i ristoranti, si occupavano anche della logistica delle consegne.

Si premetta che il *platform work* racchiude al suo interno una pluralità di modelli di lavoro, non facilmente distinguibili data la sua natura complessa ma comprendenti, a grandi linee, il lavoro *on demand* tramite app, il *crowdwork*, *l’asset rental*.

² A. HOWARD, *It’s time to talk about the gig economy*, in *The Huffington Post*, 14.07.2015.

³ J. PRASSL, *Humans As Service*, Oxford, 2017.

Nel primo caso, talune attività di lavoro “tradizionali” – tra le quali la consegna di cibo a domicilio o al trasporto di passeggeri o, ancora, alle riparazioni di idraulica o altri lavori manuali da eseguire in casa – vengono svolte dal prestatore mediante l’intermediazione di un’applicazione digitale per *smartphone* che opera localmente (*Deliveroo, Handy, Wonolo, Uber, BeMyEye, Lyft, Care, Foodora* etc.).

Nel secondo caso (*crowdwork*), una piattaforma virtuale (si pensi ad Amazon Turk o Task Rabbit) consente l’assegnazione di una serie di compiti, spesso di carattere ripetitivo (come l’inserimento di dati o la compilazione di tabelle per Excel) e da svolgersi normalmente al PC da remoto, ad una persona selezionata all’interno di una serie indefinita dei potenziali individui candidatisi online.

Nell’*asset rental*, affitto e noleggio di beni e proprietà, la prestazione lavorativa è accessoria, come nel caso del proprietario di un appartamento concesso in fitto su AirBnb che cura anche l’accoglienza e le pulizie finali.

Secondo tale modello, la richiesta del cliente non riguarda una prestazione lavorativa, bensì la possibilità di utilizzare, pagando, un bene o una proprietà altrui, in genere, per un breve periodo, come nel caso di BlaBlaCar, ShareWood, AirBnb etc.

Per dare una dimensione quantitativa al fenomeno, ci si affida agli studi sostenuti da organizzazioni internazionali, da Università e da società di consulenza (Eurofund per l’Europa e Cornell University per gli Stati Uniti)⁴ da cui emerge che, negli U.S.A., a fine 2015, circa lo 0,15% degli occupati fosse impiegato in attività di gig economy; nel 2016, includendo oltre agli U.S.A. anche i Paesi UE-15, una ricerca del McKinsey Global Institute stima che la quota di *independent workers* sia il 20-30% della popolazione in età lavorativa, di cui circa il 15% ha lavorato per piattaforme digitali⁵; nel 2017, le ricerche del Chartered Institute of Personnel and Development stimano, per il Regno Unito, circa 1,3 mln di gig workers, pari al 4% degli occupati⁶.

Con ogni probabilità, la prolungata emergenza sanitaria, accelerando la trasformazione digitale e l’espansione dei modelli di attività basati su piattaforme digitali, ha contribuito a far emergere forme e condizioni di lavoro precarie, connotate dall’assenza di trasparenza, carenze di accordi contrattuali, con ricadute sulla tutela sociale,

⁴ Si veda <https://www.eurofund.europa.eu/observatories/eurowork/industrial-relations-dictionary/gig-economy> e L. HYMAN, in <https://www.mckinsey.com/featured-insights/employment-and-growth/independent-work-choice-necessity-and-the-gig-economy>, 2018.

⁵ Si vedano le ricerche condotte dal team di Cornell ILR University, <https://www.ilr.cornell.edu/news/gig-economy-data-hub>.

⁶ M. FAIOLI (a cura di), *Il Lavoro nella Gig-Economy*, in *I Quaderni del Cnel*, 3, 2018.

salute e sicurezza e, soprattutto, dalla impossibilità di inserimento nella tradizionale disciplina giuslavorista.

Con l'emersione dell'economia delle piattaforme, è stato necessario prevedere un ripensamento delle categorie tradizionali di lavoro, a partire dal binomio subordinazione-autonomia e dai relativi criteri discretivi.

Invero, talune attività “tradizionali”, tra cui la consegna di cibo a domicilio o il trasporto passeggeri, vengono espletate dal prestatore mediante l'intermediazione di un'applicazione digitale per *smartphone* (lavoro *on demand*) e, in altri casi, una piattaforma virtuale (a titolo di esempio, Vicker, Cicogne o Task Rabbit) consente l'assegnazione di una serie di compiti, per lo più ripetitivi, (come l'inserimento di dati), da svolgersi mediante PC, ad una persona selezionata tra diversi potenziali individui candidatisi online.

Il *marketplace* delle piattaforme digitali beneficia, da una parte, delle richieste di lavoro (lavoratori/*riders*) e, dall'altra, delle richieste di servizi (ristorante che si associa alla piattaforma e consumatore che desidera acquistare cibo mediante *riders* ad una determinata ora).

Tra lavoratori, ristorante/pubblico esercizio e consumatore c'è la piattaforma digitale che gestisce le relazioni giuridiche e soddisfa i bisogni degli associati (ristoratore, esercente di attività commerciali) e del consumatore, evitando la congestione del mercato attraverso un algoritmo.

Tale algoritmo gestisce i lavoratori/*riders*, anticipa i bisogni dei consumatori, preallerta i ristoratori o soggetti simili associati alla piattaforma.

La *gig economy*, dunque, “*si sviluppa in un mercato anomalo, dove la prestazione marginale o occasionale di lavoro si svolge per il tramite di un ambiente digitale sofisticato che collega la domanda (crescente) all'offerta (crescente), che coordina le prestazioni di lavoro, che misura la qualità delle prestazioni di lavoro, che predice i bisogni dei consumatori e dei venditori di beni/servizi. Il prezzo ha un certo ruolo nella vicenda: non interessa al consumatore, se non nella misura in cui possa comparare un bene o un servizio (scelgo quel piatto di pasta da quel ristorante); non interessa al venditore di beni, il quale ha solo l'interesse a stare in una vetrina digitale; non interessa alla piattaforma digitale, la quale ha a disposizione molti lavoratori. Il corrispettivo, che viene a crearsi da questa vicenda giuridica, ha però ricadute sul costo*”

del lavoro: più basso è il costo del lavoro, minori sono gli oneri della catena di valore (piattaforma, venditore, consumatore, riders)⁷”.

2. Dalla subordinazione all’etero-organizzazione. Analisi giurisprudenziale.

In considerazione delle notevoli ricadute occupazionali, a livello nazionale, i giudici del lavoro italiani sono stati sinora investiti unicamente delle controversie concernenti la qualificazione del lavoro *on demand*, reso in particolare dagli ormai ben noti *riders*, mentre il *crowdwork* non è ancora emerso dalla sua dimensione virtuale⁸.

La giurisprudenza ha, così, contribuito a delineare l’impatto di tali nuove modalità di relazioni contrattuali nella disciplina giuslavorista, considerando l’estrema flessibilità del modello analizzato.

Le controversie relative alla qualificazione del lavoro reso attraverso piattaforma hanno riguardato le prestazioni rese dai ciclofattorini (*riders*) incaricati tramite app del trasporto di cibo, in ambito prevalentemente urbano.

Pur considerando l’eterogeneità delle diverse piattaforme menzionate e dei *riders*, le prestazioni dei ciclofattorini presentano diversi elementi di analogia.

In merito alla qualificazione dei rapporti di lavoro dei rider, la giurisprudenza di merito esclude la natura subordinata del rapporto di lavoro, considerando che i *riders* stipulano con la piattaforma (id est con la società che gestisce la stessa) un contratto di

⁷ M. FAIOLI (a cura di), *Il Lavoro nella Gig-Economy*, in *I Quaderni del Cnel*, 09.07.2019.

⁸ Analizzando le linee guida poste dall’Europa con l’Agenda sull’economia collaborativa – COM (2016) 356 e secondo il caso UBER con la sentenza della CGUE del 20.12.2017 (rinvio pregiudiziale operato dal Tribunale di Commercio n. 3 di Barcellona, con decisione del 16.07.2015) – C-434/15, la domanda partiva da un procedimento promosso da un’associazione professionale di conducenti di taxi, sostenitrice della violazione delle regole di “*leale concorrenza*” da parte della multinazionale californiana. I termini principali della questione vertevano sulla tipologia di servizio “*principalmente ed essenzialmente*” offerto: servizio di trasporto oppure mero servizio tecnologico di intermediazione fra utenti e conducenti, come affermato dai legali di UBER. La decisione della Corte, accogliendo il parere dell’Avvocato Generale, ha sancito che l’attività di intermediazione offerta tramite la app “UberPop” si configura, sebbene con modalità innovative, quale “*servizio nel settore dei trasporti*” e non come “*servizio di intermediazione elettronica o della società dell’informazione*”. Ciò poiché il servizio di intermediazione è secondario rispetto al potere organizzativo che esercita su aspetti come i prezzi, gli orari di lavoro e le condizioni del veicolo e del servizio, nonché, in ultimo, sugli autisti stessi. Inoltre, la sentenza proseguiva nel senso della garanzia della compatibilità con il diritto UE di qualsiasi normativa nazionale che assoggetti l’attività di UBER, e non solo quella dei suoi autisti, a licenze o autorizzazioni. Come conseguenza, UBER è stata invitata a ridefinire i rapporti contrattuali con i propri conducenti, non qualificabili “prestatori liberi ed autonomi” come sostenuto dalla multinazionale. È stata, quindi, auspicata la pronta adozione di norme comuni a livello UE, derivandone l’adozione della Direttiva del Parlamento Europeo e del Consiglio del 20.06.2019 (https://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/PDF/?uri=CONSIL:PE_43_2019_REV_1) che garantisce “*diritti minimi*” per i lavoratori che svolgono un’occupazione occasionale o a breve termine.

lavoro autonomo, nella forma, a seconda delle circostanze, della “*collaborazione coordinata e continuativa*”, del lavoro autonomo ex art. 2222 ss. C.c. o di un – atipico – rapporto di lavoro autonomo occasionale.

Gli accordi lasciano formalmente al lavoratore la scelta, oltre che di lavorare per altre piattaforme, di accettare o non accettare la proposte di consegna e, una volta accettato l’incarico, il *rider* si reca, mediante un mezzo proprio, con bauletto e pettorina recante l’effigie del committente, a ritirare il cibo che viene, poi, consegnato al domicilio del cliente della piattaforma, dietro pagamento del compenso a consegna o, alternativamente, a tempo, a seconda della piattaforma o del momento.

Per il tribunale di Torino, sez. lav., con la sentenza del 07.05.2018 n. 778, la libertà dei *riders* di accettare o non accettare gli incarichi sarebbe incompatibile con la subordinazione, risultando carente il potere della piattaforma di dirigere ed organizzare il lavoro.

Nel caso analizzato dalla corte territoriale, il rigetto delle domande dei fattorini di *Foodora*, tese a far riconoscere la natura subordinata del rapporto di lavoro, formalmente qualificato come contratto di collaborazione autonoma, più volte rinnovato, si fondava su due argomentazioni: la prima riguardava la volontarietà della prestazione, atteso che, secondo il giudice, i *riders* sceglievano se mettersi a disposizione di *Foodora* per effettuare le consegne, indicando in quali turni erano disponibili ad effettuare il servizio.

La seconda era giustificata sull’assunto per il quale, durante l’istruttoria, era emersa la carenza di potere direttivo e/o gerarchico, discendendone la prova che i *riders* non erano sottoposti a nessun potere direttivo e/o disciplinare da parte di *Foodora*, godendo, anzi, di notevole autonomia nell’esecuzione della prestazione che doveva esclusivamente coordinarsi con le esigenze produttive del committente.

I lavoratori, dunque, non hanno l’obbligo di effettuare la prestazione lavorativa e la società, dal canto suo, non ha l’obbligo di riceverla; i *riders*, infatti, possono dare la loro disponibilità per uno dei turni indicati da *Foodora*, ma non sono obbligati a farlo; a sua volta, la società può o meno accettare la disponibilità data dai fattorini e inserirli nei turni da loro richiesti.

La non obbligatorietà della prestazione lavorativa, pertanto, vale ad escludere *in nuce* la subordinazione perché l’etero direzione è incompatibile con la libertà della parte che deve rendere la prestazione di rifiutarla.

Secondo la categorica affermazione della Suprema Corte, nell'individuazione degli elementi che connotano il rapporto di lavoro subordinato rispetto al lavoro autonomo, *“l'elemento che contraddistingue il rapporto di lavoro subordinato rispetto al rapporto di lavoro autonomo è il vincolo di soggezione personale del lavoratore al potere organizzativo, direttivo e disciplinare del datore di lavoro, con conseguente limitazione della sua autonomia ed inserimento nell'organizzazione aziendale, mentre altri elementi, quali l'assenza di rischio, la continuità della prestazione, l'osservanza di un orario e la forma della retribuzione, pur avendo natura meramente sussidiaria e non decisiva, possono costituire indici rivelatori della subordinazione, idonei anche a prevalere sull'eventuale volontà contraria manifestata dalle parti, ove incompatibili con l'assetto previsto dalle stesse”*⁹.

Del pari, il giudicante decideva per l'inapplicabilità dell'art. 2 del d.lgs. n. 81/2015, che introduce una definizione più ristretta di subordinazione rispetto all'art. 2094 c.c., in quanto *“i rapporti di collaborazione che si concretano in prestazioni di lavoro esclusivamente personale, continuative e le cui modalità di esecuzione sono organizzate dal committente anche con riferimento ai tempi e al luogo di lavoro”*¹⁰.

La prestazione, pertanto, deve essere disciplinata dal committente anche nei tempi e nei luoghi della prestazione, circostanza che, invece, non ricorre nel rapporto di lavoro con i ciclofattorini i quali gestiscono in autonomia i tempi di lavoro e di riposo (cfr. Trib. di Milano sez. lav. 10.09.2018 n. 1853).

Contrariamente a quanto aveva sostenuto il Tribunale di Torino, la Corte d'Appello, con sentenza del 04.02.2019 n. 26, ha considerato applicabile alla fattispecie la previsione contenuta nell'art. 2, co. I, d.lgs. 81/2015, considerandola una norma precettiva, della quale spetta al giudice fornire l'interpretazione *“stante il sottile confine tra il dettato della stessa e il disposto dell'art. 2094 c.c.”*.

La Corte di secondo grado, invero, riteneva che la richiamata disposizione individui un *tertium genus*, tra il rapporto di lavoro subordinato e le collaborazioni ex

⁹ Cass. Civ., sez. lav., 14.06.2018 n. 15631; Cass., sez. Lav., 11.07.2018 n. 18253; Cass., sez. lav., 11.07.2018 n. 18254.

¹⁰ La disciplina di cui all'art. 2 co. I d.lgs. 81/2015 richiede, per la sua configurazione, a) personalità della prestazione, che si realizza quando l'attività è svolta esclusivamente attraverso le energie del lavoratore che non può essere sostituito né può avvalersi di collaboratori; b) continuità della prestazione, intesa come apprezzabile svolgimento nel tempo dell'impegno lavorativo del collaboratore in favore del committente, ricorrendo, quindi, allorché la prestazione non sia episodica ma perduri nel tempo e importi un impegno del prestatore, in favore del committente, costante anche se no in lassi temporali consecutivi; c) organizzazione dei tempi e delle modalità di lavoro da parte del committente, consistente nel potere unilaterale del committente di conformare la prestazione lavorativa anche nel corso del suo svolgimento.

art. 409, n. 3 c.p.c., poiché la collaborazione è etero-organizzata, “*quando è ravvisabile un’effettiva integrazione funzionale del lavoratore nell’organizzazione produttiva del committente*”, il quale ha il potere di “determinare le modalità di esecuzione della prestazione lavorativa del collaboratore e cioè la possibilità di stabilire i tempi e i luoghi di lavoro”.

L’etero-organizzazione, di cui alla previsione dell’art. 2 co. I d.lgs. 81/2015, va distinta sia dal potere direttivo, che caratterizza il lavoro subordinato, sia dal coordinamento di cui all’art. 409 n. 3 c.p.c., le cui modalità, come precisa la Corte, sono stabilite consensualmente, mentre quelle di esecuzione della prestazione sono definite autonomamente dal collaboratore.

Per la Corte, dunque, il lavoratore etero-organizzato resta, comunque, un prestatore d’opera, al quale si applica, ai sensi del suddetto art. 2, co. I, la disciplina del lavoro subordinato, in particolare per quello che riguarda “*sicurezza e igiene, retribuzione diretta e differita (quindi inquadramento professionale), limiti di orario, ferie e previdenza*”.

Ciò che il giudice di appello ha posto in evidenza consiste nella circostanza per la quale non conta “*il fatto che il lavoratore sia libero o meno di accettare l’offerta e di presentarsi o non presentarsi al lavoro e senza necessità di giustificazione*”, quanto le modalità con cui concretamente si svolge la prestazione di lavoro dopo che sia intervenuta l’accettazione.

A tal punto, la Suprema Corte interveniva, con sentenza del 24.01.2020 n. 1663, modificando parzialmente la motivazione cui era pervenuta la Corte d’Appello di Torino, negando che la succitata disposizione legislativa dell’art. 2, co. I, d.lgs. 81/2015, istituisse un tipo legale intermedio tra il lavoro subordinato e il lavoro autonomo, cioè del lavoro etero-organizzato, sostenendo, per contra, che la stessa estendesse il campo di applicazione di tutte le protezioni del lavoro subordinato – compresa la disciplina dei licenziamenti – ad un’area assai ampia del lavoro autonomo, quella caratterizzata dalla etero-organizzazione della prestazione.

La Corte di legittimità, dunque, riassumeva il dibattito – non ancora esaurito – che ha accompagnato l’entrata in vigore del d.lgs. n. 81/2015, art. 2, co. I, evidenziando a) una prima via, che segue il metodo qualificatorio, di riconoscere alle prestazioni rese dai lavoratori delle piattaforme digitali i tratti della subordinazione, sia pure ammodernata ed evoluta; b) una seconda via che immagina l’esistenza di una nuova figura intermedia tra subordinazione ed autonomia, caratterizzata dall’etero-organizzazione

e che trova nell'art. 2, co. I, d.lgs. 81/2015, il paradigma legale (teoria del *tertium genus* o del lavoro etero-organizzato); c) una terza possibilità di ricondurre lo schema nell'ottica del lavoro autonomo dove, tuttavia, i modelli interpretativi si diversificano notevolmente essendo, peraltro, tutti riconducibili nell'ambito di una nozione ampia di parasubordinazione; d) infine, un approccio “*rimediale*” che rinviene la possibilità di applicare una tutela “rafforzata” nei confronti di alcune tipologie di lavoratori (quali quelli delle piattaforme digitali considerati “deboli”) cui estendere le tutele dei lavoratori subordinati.

Orbene, la Corte di legittimità ha ritenuto che “*non ha senso interrogarsi se queste forme di collaborazione così connotate [...] siano riconducibili nel campo della subordinazione o dell'autonomia perché ciò che conta è che per esse, in una terra di mezzo dai confini labili, l'ordinamento ha stabilito espressamente l'applicazione delle norme sul lavoro subordinato*” e che “*quando l'etero-organizzazione accompagnata dalla personalità e dalla continuità della prestazione rende il collaboratore comparabile ad un lavoro dipendente, si impone una protezione equivalente e quindi il rimedio dell'applicazione integrale della disciplina del lavoro subordinato*”.

Con specifico riferimento alla vicenda dei *riders*, costoro sottoscrivono contratti di collaborazione relativamente ai quali si comportano quali meri contraenti d'opera o di servizio perché formalmente sono liberi di accettare il singolo incarico, ma nella sostanza, una volta accettato ciascun incarico, la loro attività è regolata da un “*algoritmo che esercita un controllo pervasivo sull'attività svolta dal singolo rider e penalizza quei prestatori che non si adeguano al modello ideale di produttore (che presuppone la sottoposizione a turni massacranti di lavoro), stila la classifica dei più meritevoli e traccia le prestazioni dei singoli e le confronta. E quindi la piattaforma tramite l'algoritmo controlla la prestazione e sanziona i comportamenti non conformi a determinati standard*”¹¹.

Trattasi, pertanto, di un lavoro fortemente vincolato, nonostante fino all'accettazione dell'incarico il *rider* possa essere libero ed autonomo oppure il lavoro de quo può articolarsi in una serie di incarichi collegati da un nesso di continuità perché risponde sempre alla chiamata e, in questo caso, può qualificarsi come contratto di durata perché soddisfa un interesse durevole del committente.

¹¹ O. MAZZOTTA, *L'inafferrabile etero-direzione: a proposito dei ciclofattorini e modelli contrattuali*, in *Labor*, 1, 2020.

Al contempo, il rapporto del *rider* può essere, certamente, discontinuo se il lavoratore non risponde sempre alla chiamata, trovando, dunque, applicazione le tutele minime dettate dagli artt. 47-*bis* e ss. del citato d.lgs. che non menzionano e non presuppongono la continuità del rapporto di lavoro del *rider*.

Se si accoglie come criterio scriminante la continuità del rapporto, a tale ultima tipologia di *rider* che non presta attività in forma continuativa perché sceglie di volta in volta se rispondere alla chiamata e quindi di rendere la prestazione si applicano esclusivamente le tutele di cui agli artt. 47-*bis* e ss.¹². Per contra, se il rapporto di lavoro del ciclofattorino è continuativo, allo stesso potrà essere applicato l'art. 2, 1 co.

Ne deriva che il Legislatore abbia voluto rafforzare la libera scelta del *rider* di accettare o meno la chiamata, stabilendo che *“l'esclusione dalla piattaforma e le riduzioni delle occasioni di lavoro ascrivibili alla mancata accettazione della prestazione sono vietate”* (art. 47-*quinquies*, 2 co.)¹³.

La Corte osservava, infine, che l'art. 47-*bis*, comma 2, d.lgs. n. 81/2015, chiarisce che, ai fini dell'applicazione dei livelli minimi di tutela per i lavoratori autonomi addetti alle consegne di beni tramite piattaforme anche digitali, si considerano piattaforme digitali *«i programmi e le procedure informatiche utilizzati dal committente che, indipendentemente dal luogo di stabilimento, sono strumentali alle attività di consegna di beni, fissandone il compenso e determinando le modalità di esecuzione della prestazione»*.

La previsione del potere della piattaforma di determinare le modalità esecutive della prestazione rivela certamente un difetto di coordinamento tra norme, in quanto si sovrappone, sia in astratto sia in concreto, con l'ambito di applicazione dell'art. 2, comma 1, e persino con l'etero-direzione ex art. 2094 c.c.

Ma poiché non sembra realistico arrivare ad un'*interpretatio abrogans*, e comunque non si può considerare residuale l'ambito di applicazione delle norme degli

¹² A. PERULLI, *Il Diritto del Lavoro “oltre la subordinazione”: le collaborazioni etero-organizzate e le tutele minime per i riders autonomi*, in *Working Paper CSDLE “Massimo D’Antona”.IT*, 2020, p. 410, il quale, da una parte, afferma che *«la continuità o meno della prestazione non può certo essere un criterio ragionevole per differenziare in modo così radicale i trattamenti»* (p. 21, nota 27), dall'altra, in modo non dissimile da quanto sopra riferito, chiarisce che *«mentre il rapporto di lavoro etero-organizzato è continuativo, l'art. 47 bis non richiama questo elemento, onde, benché tenue, un primo criterio distintivo tra le due fattispecie e relative discipline potrebbe essere rintracciato in questa distinzione tra prestazioni continuative e lavoro autonomo occasionale»*.

¹³ Nel dettare la definizione di piattaforma utile ai fini dell'applicazione delle tutele, il co. II dell'art. 47-*bis* del d.lgs. 81/2015 specifica che si tratta di “programmi” e delle “procedure informatiche” che, *“indipendentemente dal luogo di stabilimento, sono strumentali all'attività di consegna dei beni, fissandone il compenso e determinando le modalità di esecuzione della prestazione”*.

artt. 47-bis e ss., risulta ragionevole utilizzare il criterio della continuità-occasionalità della prestazione per distinguere i *riders* che prestano la loro opera continuativamente, ai quali si applica l'art. 2, 1 co. (seconda parte aggiunta dal d.lgs. n. 101/2019), da quelli che la prestano occasionalmente, ai quali si applicano gli artt. 47, comma 2-bis, e ss¹⁴.

3. Il “ritorno” alla natura subordinata del rapporto di lavoro dei *riders* addetti al “*food delivery*”.

Se la Corte, dunque, con la suddetta pronuncia, ha reputato di optare, ai fini dell'inquadramento dei ciclofattorini, nella figura delle collaborazioni etero-organizzate, la successiva sentenza di merito del Tribunale di Palermo del 24.11.2020 n. 3570 ha, invece, considerato più adeguata la fattispecie descritta ex art. 2094 c.c., corrispondente al rapporto di lavoro subordinato a tempo pieno e indeterminato.

Il ricorrente, rider per Foodihno s.r.l., sosteneva che la società non consentisse alcuna autonomia in sede di ritiro e consegna dei prodotti e nella determinazione del corrispettivo, dando luogo ad una subordinazione in fase di attuazione del rapporto, e che tutta l'attività del ciclofattorino è caratterizzata dall'assenza di autonomia, da un puntuale e dettagliato coordinamento da parte della resistente e da sanzioni e penalizzazioni atipiche in caso di scostamento dal modello organizzativo.

L'attività del rider andava qualificata alla stregua del lavoro subordinato atteso che la sua prestazione era costantemente gestita e diretta dalla piattaforma digitale dalla fase iniziale di accettazione dell'ordine al suo ritiro (cd. Presa in consegna) sino al recapito e alla rimessa del denaro.

A tal fine, il giudice palermitano riprendeva la già ricordata pronuncia della Corte di Giustizia UE del 20.12.2017, C-434/15, nel caso che aveva coinvolto la società Uber System Spain citata in giudizio da Elite Taxi, significativa per la qualificazione come attività di impresa delle piattaforme “*aventi ad oggetto la messa in contatto mediante un'applicazione per smartphone, dietro retribuzione, di conducenti non professionisti, che utilizzano il proprio veicolo, con persone che desiderano effettuare uno spostamento nell'area urbana*” nonché le precedenti sentenze del Tribunale di Milano del 15.06.2015 n. 23, del Tribunale di Torino del 01.03.2017 n. 1553 e della Corte d'Appello di Parigi (Cour d'Appel de Paris del 10.01.2019 n. 18/08357) che chiariva

¹⁴ G. SANTORO-PASSARELLI, *L'interpretazione dell'art. 2 co. 1 del d.lgs. 81/2015 e i Riders nella sentenza della Cassazione n. 1663/2020*, in *Diritto delle Relazioni Industriali*, 2, 2020.

che “(*...le chauffeur...*) a ainsi intègrè un service de prestation de transport crèè et entièrement organisé par la société Uber BV, qui n'existe que grace à cette plateforme, service de transport à travers l'utilisation duquel il ne constitue aucune clientèle propre, ne fixe pas librement ses tarifs ni les conditions d'exercice de sa prestation de transport, qui sont entièrement règis par la société Uber BV” e della Cour de Cassation, Chambre Sociale, 04.03.2020 n. 374, che evidenziava che il prestatore di lavoro non può considerarsi quale partner commerciale; al contrario, nel momento della stipulazione del contratto, egli aderisce ad un servizio di trasporto interamente organizzato da Uber attraverso la piattaforma digitale e i sistemi di elaborazione algoritmici che ne determinano il funzionamento.

L'autista che ricorre all'infrastruttura tecnologica non ha la possibilità di crearsi una propria clientela nè di determinare liberamente le tariffe da applicare e, in tal modo, colloca la propria attività lavorativa entro un quadro di regole determinato dall'esterno.

Ed ancora, valeva il richiamo anche alle altre pronunce estere che hanno ugualmente qualificato il lavoro dei riders nei termini della subordinazione¹⁵ o nei termini dell'autonomia¹⁶.

Rispetto alle sentenze sopra rammentate (cfr. Corte d'Appello di Torino del 04.02.2019 n. 26. confermata dalla Corte di Cassazione con la sentenza n. 1663/2020), tuttavia, si operava una valutazione di un solo segmento del rapporto di lavoro con la piattaforma, quello iniziale, omettendo di addentrarsi nella valutazione anche dell'altro segmento, rappresentato dalla fase esecutiva della prestazione.

Osservava il giudicante che “*la prestazione dei rider e del ricorrente in particolare risulta completamente organizzata dall'esterno (etero-organizzata), e, d'altra parte, che la libertà del rider, segnatamente del ricorrente, di scegliere se e quando lavorare, su cui si fonda la natura autonoma della prestazione (anche sulla scorta della citata decisione della Corte di Giustizia), non è reale, ma solo apparente e fittizia, poiché, a tutto concedere, il lavoratore può scegliere di prenotarsi per i turni che la piattaforma (e quindi il datore di lavoro che ne è titolare o ne ha il controllo) mette*

¹⁵ Cfr. 33 a VARA DO TRABALHO DE BELO HORIZONTE, 14.02.2017, n. 0011359-34.2016.5.030112 RIDL, 2017, II; JUZGADO DE LO SOCIAL DE VALENCIA, 01.06.2018 n. 244; SALA DE LO SOCIAL PLENO Sentencia nùm. 805/2020 Fecha de sentencia 25.09.2020.

¹⁶ Cfr. SUN YONGLING, v. BEIJING YIXING, *Automotive Technology Development Services Ltd Labpur Dispute Beijing First Intermediate People's Court*, Civil Judgement, 2015, YI ZHONG MIN ZHONG ZI DI NO, 176; JUZGADO DE LO SOCIAL N. 39 REFUERZO MADRID N. 284/2018; TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE MADRID N. 715/2019.

a sua disposizione in ragione del suo punteggio. Egli, inoltre, per poter realmente svolgere la prestazione, deve essere loggato nel periodo di tempo che precede l'assegnazione della consegna, avere il cellulare carico in misura almeno pari al 20% e trovarsi nelle vicinanze del locale presso cui la merce dev'essere ritirata, poiché altrimenti l'algoritmo non lo selezionerà, benché egli avesse prenotato e non disdetto lo slot, con la conseguenza che, in verità, non è lui che sceglie quando lavorare o meno, poiché le consegne vengono assegnate dalla piattaforma tramite l'algoritmo, sulla scorta di criteri del tutto estranei alle preferenze e allo stesso generale interesse dal lavoratore (...)”.

In sostanza, è noto che le piattaforme, inclusa la società coinvolta nel processo di Palermo, stabiliscono fasce orarie – slot nel gergo maggiormente ricorrente nelle piattaforme di consegna di pasti e bevande – all'interno delle quali si inseriscono i *riders* e i *drivers* in base a meccanismi di auto assegnazione, influenzati tuttavia anche da scelte dell'impresa, mediante l'applicazione di algoritmi¹⁷.

Ed infatti, “*al di là dell'apparente e dichiarata (in contratto) libertà del rider, e del ricorrente in particolare, di scegliere i tempi di lavoro e se rendere o meno la prestazione, l'organizzazione del lavoro operata in modo esclusivo dalla parte convenuta sulla piattaforma digitale nella propria disponibilità si traduce, oltre che nell'integrazione del presupposto della etero-organizzazione, anche nella messa a disposizione del datore di lavoro da parte del lavoratore delle proprie energie lavorative per consistenti periodi temporali (peraltro non retribuiti) e nell'esercizio da parte della convenuta di poteri di direzione e controllo, oltre che di natura latamente disciplinare, che costituiscono elementi costitutivi della fattispecie del lavoro subordinato ex art. 2094 c.c.*”.

Ciò detto, in disparte le ricognizioni operate in giurisprudenza circa la qualificazione più adatta da attribuire ai rapporti *de quibus*, se in termini di sussunzione della fattispecie nell'autonomia o nella subordinazione, sarebbe opportuno porre in primo piano gli strumenti per la tutela dei diritti. In questo modo si potrebbe superare la pretesa totalizzante e unitaria tipica della fattispecie giuridica.

¹⁷ G. CAVALLINI, *Foodora, Deliveroo & Co. Le fattispecie della gig-economy italiana tra previsioni contrattuali e concrete modalità di esecuzione del rapporto*, in *Impresa, lavoro e non lavoro nell'economia digitale*, a cura di C. ALESSI, M. BARBERA, L. GUAGLIANONE, *Atti del convegno di Brescia* 12-13 ottobre 2017, Bari, 2019, 712 ss.

Riferimento in tal senso dovrebbero essere i criteri ordinatori contenuti nei principi costituzionali relativi alla materia del lavoro, sanciti anche dalle fonti internazionali e nello specifico l'art. 36 Cost., per garantire un compenso salariale minimo, il principio della tutela della salute per sancire gli standard fondamentali di sicurezza sul lavoro, il principio di pari dignità e non discriminazione per proteggere i lavoratori da pratiche discriminatorie e lesive della dignità e della privacy, e i principi di libertà e di organizzazione sindacale¹⁸.

Nel medesimo senso, l'accademico Ichino¹⁹ riteneva l'opportunità di prescindere dalla qualificazione come subordinati o autonomi per i *platform workers*, almeno nella parte indispensabile delle protezioni compatibili con la peculiare forma di organizzazione del loro lavoro, evitando di imporre gli schemi tradizionalmente propri del lavoro subordinato.

A prescindere, pertanto, dalla qualificazione giuridica del rapporto di lavoro, si ritiene che occorra garantire il rispetto dei principi di correttezza e buona fede, suggerendosi alcune proposte tese a garantire trasparenza e trasferibilità del rating, trasparenza nella gestione dell'account (specialmente con riferimento alla possibilità di disattivazione), limiti alle modifiche unilaterali del contratto, il riconoscimento di un livello minimo di protezione (mediante il richiamo ai principi ed ai diritti fondamentali dell'Organizzazione Internazionale del Lavoro – OIL).

Tale livello minimo dovrebbe prevedere altresì l'accesso a diritti fondamentali quali la libertà di associazione e il diritto alla contrattazione collettiva, la libertà dal lavoro forzato e minorile e il diritto a non essere discriminati²⁰.

¹⁸ T. TREU, *Il Lavoro nella Gig-Economy*, M. FAIOLI (a cura di), in *I Quaderni del C.N.E.L.*, 2017, 09.07.2019.

¹⁹ P. ICHINO, *Il Lavoro nella Gig-Economy*, M. FAIOLI (a cura di), in *I Quaderni del C.N.E.L.*, 2018, 09.07.2019.

²⁰ Cfr. V. DE STEFANO, *Il Lavoro nella Gig-Economy*, M. FAIOLI (a cura di), in *I Quaderni del C.N.E.L.*, 2017, 09.07.2019.

LE CRIPTOVALUTE: INTRODUZIONE TECNICA E VALUTAZIONI GIURIDICHE. UNO SGUARDO D'INSIEME.

di Aldo Palumbo

SOMMARIO: 1. Introduzione; – 2. Il protocollo Bitcoin; – 2.1. La crittografia e la funzione hash; – 2.2 Wallet e transazioni; – 2.3 Il network e la blockchain; – 2.4. Il mining e i sistemi di consenso; – 3. La qualificazione giuridica della criptovaluta; – 3.1 Teoria della moneta convenzionale; – 3.2 Teoria del bene immateriale; – 3.3 Teoria dello strumento d'investimento o prodotto finanziario; – 4. Le prospettive di regolamentazione e conclusioni.

Abstract: The advent of new technologies confronts the jurist with unprecedented challenges. The interpreter can use the conceptual shortcut of analogy, or identify new conceptual categories. This contribution tries to analyze the technical phenomenon, before analysing the juridical one, of the Bitcoin protocol, or better the attempt to create an an electronic payment system based on cryptographic proof instead of trust, allowing any two willing parties to transact directly with each other without the need for a trusted third party.

1. Introduzione.

Nonostante siano trascorsi ormai diversi anni dall'ingresso nel mercato delle criptovalute, in molti ambiti queste risultano essere ancora delle autentiche novità, attesa l'evoluzione tecnologia continua e, soprattutto, la carenza di interventi normativi adeguati alle odierne esigenze digitali.

Ed è così che in questo nuovo panorama di cripto-asset²¹, ovvero di tutte quelle attività che utilizzano la tecnologia blockchain (o in generale di Distributed Ledger Technology), il compito del Giurista e la sua propensione a dover ricondurre ogni dato della realtà a categorie giuridiche, rischia di distorcere la ricostruzione stessa del trattamento giuridico delle criptovalute.

²¹ Definizione presente nella proposta di Regolamento del Parlamento Europeo e Del Consiglio relativo ai mercati delle cripto-attività e che modifica la direttiva (UE) 2019/1937: una rappresentazione digitale di valore o di diritti che possono essere trasferiti e memorizzati elettronicamente, utilizzando la tecnologia di registro distribuito o una tecnologia analoga; consultabile su https://eur-lex.europa.eu/source.html?uri=cellar:f69f89bb-fe54-11ea-b44f-01aa75ed71a1.0008.02/DOC_1&format=PDF

In attesa di tale ricostruzione, però il mercato non si ferma. I privati sono alla ricerca di facili guadagni speculativi poiché spinti dalle incredibili oscillazioni del prezzo²². Le imprese cercano nuove opportunità di business²³ e modelli di ottimizzazione dei processi interni, ed anche le grandi istituzioni, con le loro tempistiche, cercano inevitabilmente di regolamentare quanto possibile senza “perdere potere”.

In questa evidente rincorsa, qualunque tipo di approccio interpretativo, che lo studioso intenda perseguire, si scontra fatalmente con la mancanza di qualsivoglia riferimento valido, poiché l’argomento verte, letteralmente ed in primo luogo, su stringhe di codice crittografate e solo successivamente su tutto ciò che ne scaturisce in ambito giuridico.

Lo studio dei vari casi giudiziari a livello italiano ed internazionale dimostra, senza mezzi termini, la difficoltà di inquadramento delle criptovalute.

In questo difficile contesto, il presente contributo si propone di fornire, senza alcuna pretesa di esaustività, una panoramica breve, chiara, nonché accessibile alla comprensione del funzionamento di base del sistema di una criptovaluta (in particolare bitcoin)²⁴. A tal fine, sono stati semplificati il più possibile i concetti informatici ed evitati i tecnicismi, e si è altresì prospettata, in chiusura, un accenno delle future regolamentazioni, alla luce delle attuali proposte normative e degli orientamenti giurisprudenziali più recenti in materia.

2. Il protocollo Bitcoin.

In estrema sintesi, il protocollo Bitcoin consiste e postula ciò: la creazione di un sistema di pagamento elettronico basato su prove di crittografia, e non di fiducia, sì

²² Bitcoin è un titolo altamente volatile. All’inizio del 2017 il suo valore era inferiore ai mille euro, nel 2021 ha toccato il suo massimo storico per un valore di 57.799,400 € e nel novembre 2022 si è attestato sui 15.000 €.

²³ Anche Facebook (ora Meta) nel 2019 dichiarò l’intenzione di emettere la sua criptovaluta, denominata Libra (poi Diem). Il progetto, come noto, è stato abbandonato, anche a causa della legittima preoccupazione, da parte dei regolatori e dei potenziali utenti in tutto il mondo, restii ad affidare a un’organizzazione privata la fornitura di un bene pubblico come la “moneta”.

²⁴ Bitcoin è stato solo la prima realizzazione di un concetto più ampio definito “*cryptocurrency*”, che fu descritta per la prima volta nel 1998 da Wei Dai nella mailing list *cypherpunk*, prospettando l’idea di una nuova forma di denaro che usasse la crittografia per controllare la sua creazione e le sue transazioni, piuttosto che un’autorità centrale. Il Manifesto è reperibile su <https://www.activism.net/cypherpunk/manifesto.html>, consultato il 20 novembre 2022. Attualmente, i bitcoin oltre ad essere stata la prima criptovaluta del mondo a vasta circolazione, costituisce la “valuta” con la capitalizzazione e il volume di scambi più alti dell’intero mercato.

da permettere alle parti di negoziare direttamente tra loro, senza il bisogno dell'intermediazione di un soggetto terzo²⁵.

Comprenderne il completo funzionamento, in tutti i suoi aspetti, è un lavoro complesso, poiché richiede specifiche conoscenze tecniche in tema di programmazione, crittografia, informatica, economia, diritto. Tutti settori, questi, così diversi tra loro da renderne complessa la relativa sintesi. Ad ogni modo, è imprescindibile, nella prospettiva di uno studio in chiave giuridica del fenomeno, conoscerne le principali componenti tecniche, quali la Crittografia, la Funzione Hash, il Wallet, la Blockchain, nonché il Mining.

2.1 Crittografia e funzione Hash

La prima nozione di base da conoscere è quella che, in parte, le conferisce proprio il nome. Il riferimento è alla “criptografia”, da intendersi quale branca della matematica, che ha l'obiettivo di occultare le informazioni contenute in un messaggio rendendolo intelligibile solo alle persone che possiedono le chiavi per decifrarlo, e rendendolo non accessibile, dunque, a chi tali chiavi non possiede.

L'introduzione alla crittografia si ritiene essere il “Cifrario di Giulio Cesare”²⁶, postulante un sistema in virtù del quale la lettera “chiara” è sostituita dalla lettera che la segue di tre posti nell'alfabeto²⁷.

²⁵ Il *white paper* in versione integrale ed in lingua originale, pubblicato nel 31 ottobre 2008, sotto lo pseudonimo di Satoshi Nakamoto è reperibile al link: <https://bitcoin.org/bitcoin.pdf>, consultato il 20 novembre 2022.

Di seguito l'*abstract* tradotto: “Una versione puramente peer-to-peer di denaro elettronico permetterebbe di spedire direttamente pagamenti online da un'entità ad un'altra senza passare tramite un'istituzione finanziaria. Le firme digitali offrono una soluzione parziale al problema, ma i benefici principali sono persi se una terza persona di fiducia è ancora richiesta per prevenire la doppia spesa. Proponiamo una soluzione al problema della doppia spesa mediante l'utilizzo di una rete peer-to-peer. La rete stampa un marcatore temporale sulle transazioni facendo hashing sulle stesse e incatenandole in una catena di proof-of-work basata sugli hash, formando una registrazione che non può essere modificata senza rifare la proof-of-work. La catena più lunga non solo serve come prova della sequenza di eventi ai quali si è assistito, ma anche come prova che essa proviene dal gruppo più grande di potenza CPU. Fintanto che la maggior parte della potenza CPU è controllata da nodi che non cooperano per attaccare la rete, questi genereranno la catena più lunga e supereranno gli utenti malintenzionati. La rete stessa richiede una struttura minimale. I messaggi sono trasmessi su base best effort, e i nodi possono lasciare e ricongiungersi con la rete a loro piacimento, accettando la catena proof-of-work più lunga come prova di quello che è avvenuto mentre erano non erano presenti”.

²⁶ Svetonio, scrittore romano, nell'opera “*De vita Caesarum*” racconta che Giulio Cesare usava per le sue corrispondenze riservate una cifratura monoalfabetica semplice ed efficace, nella quale la lettera “chiara” viene sostituita dalla lettera che la segue di tre posti nell'alfabeto. Quindi, la lettera A è sostituita dalla D, la B dalla E e così via in modo circolare.

²⁷ Si ipotizzi di aver intercettato il seguente messaggio: NO PHADBHVXR QRQ HXNXAH, il suo reale contenuto, anche se intercettato, risulterebbe del tutto incomprensibile, salvo non si conosca la chiave, che in questo caso è il numero 3 (nella sequenza alfabetica). Una volta decifrato il messaggio diventerà: IL METAVERSO NON ESISTE

Ciò detto, gli elementi essenziali di un codice di cifratura sono complessivamente due, ossia l'algoritmo e la chiave. Il primo consiste nella regola con cui si modifica il messaggio originale; il secondo è un parametro che permette di decifrare il messaggio stesso.

Quando tali elementi coincidono si ha una cifratura simmetrica, la quale ultima, per quanto efficace, presenta due evidenti problemi. Anzitutto la chiave segreta deve essere dapprima stabilita e successivamente scambiata tra gli utenti. E se la chiave viene compromessa e/o intercettata da una terza persona, quest'ultima può, in ipotesi, non solo decifrare il messaggio, ma anche produrne di nuovi o alterarne di esistenti senza che gli altri utenti se ne possano accorgere.

Per superare tali (gravi) interferenze è stata prospettata, tra gli altri sistemi, la crittografia asimmetrica, in base alla quale ad ogni utente coinvolto nella comunicazione è associata una coppia di chiavi. Se la chiave pubblica viene utilizzata per cifrare un messaggio, solo la corrispondente chiave privata può decifrarlo.

Il secondo componente base da conoscere è la “funzione Hash”²⁸, ovvero quel sistema in grado di trasformare un messaggio di lunghezza arbitraria in un codice alfanumerico di lunghezza prefissata. In altre parole, l'*input* di una funzione di hash può essere praticamente qualsiasi cosa (un file di testo, un foglio di calcolo, un'intera blockchain), ma l'*output* avrà sempre un codice di lunghezza prefissata.

Nonostante l'analisi dei dettagli matematici vada oltre lo scopo di questo breve contributo, tuttavia si evidenzia che alcune caratteristiche della funzione Hash debbono essere tenute presenti, poiché decisive per il funzionamento del protocollo. In particolare, deve essere semplice poter calcolare il codice Hash da qualunque tipo e dimensione di messaggio. Lo stesso *input* deve produrre sempre lo stesso *output* e la minima modifica del messaggio di input deve generare un'alterazione sostanziale dell'intero output. Deve essere praticamente impossibile poter risalire dal codice Hash al messaggio originale di input.

L'Hash è, dunque, una specie di impronta digitale, quale codice alfanumerico di 64 caratteri, che identifica in modo univoco ed irreversibile un certo messaggio, conferendogli integrità e autenticità.

²⁸ L'algoritmo SHA è stato sviluppato dalla NSA (National Security Agency) e le specifiche sono state pubblicate dal NIST (National Institute of Standards and Technology), questa versione è nota come SHA-0. Successivamente sono state pubblicate quattro funzioni: SHA-224, SHA-256, SHA-384 e SHA-512. La funzione SHA-256 è quella utilizzata nel sistema dei Bitcoin.

Di seguito una tabella esemplificativa²⁹.

Input	Hash	Output
<u>Diritto</u>	Sha256	ca978679e73d0d3fabebdddf087ef8479bd0af2e525628b738cd1f7cdac6bf32
<u>diritto</u>	Sha256	93c4496f9465927e2a26395822aef3ad0303cd7fd270ddeb09ae1ae94902e1d4
diritto e privacy	Sha256	8a115d5649ca00ecb915881f59253ee23d45270f702341b89b9822b2bef0a8be

Le funzioni di *hashing* vengono utilizzate per consentire di comprimere informazioni complesse e permetterne una rapida verifica³⁰. Infatti, due *input* identici danno il medesimo *output*, evitando la necessità di un confronto manuale dei singoli file di origine.

Giunti a questo punto, sia pure avendo semplificato alcuni passaggi, è opportuno evidenziare la differenza tra Hashing e Criptazione, in quanto, anche se apparentemente simili hanno scopi molto diversi. La criptazione codifica i dati al fine principale di garantirne la confidenzialità. Se un dato viene criptato utilizzando una chiave, questo può essere decriptato con la chiave associata. Una funzione di hash, al contrario, non è pensata per criptare un messaggio e non può essere invertita.

L'uso più noto della combinazione di tali funzioni, per i giuristi, è sicuramente la firma digitale³¹.

²⁹ Dallo schema è possibile estrapolare tutte le caratteristiche della funzione hash: 1) qualsiasi tipo di messaggio può essere convertito con semplicità; 2) indipendentemente dall'input (la parola Diritto) l'output sarà sempre il medesimo e sempre di 64 bit; 3) è impossibile risalire dal codice hash alla parola diritto; 4) Variando anche solo la lettera "D" da maiuscolo in minuscolo l'output cambia in maniera drastica.

Tool online per il calcolo delle funzioni: [SHA256 Online \(emn178.github.io\)](https://emn178.github.io/online-tools/sha256.html).

³⁰ Se, ad esempio, venisse pubblicata la copia digitale della presente rivista "Data Protection Law N.1/2023" insieme al suo hash, chiunque potrebbe verificare di possedere la versione originale e corretta semplicemente calcolando e confrontando l'hash del file scaricato. Se gli hash non fossero uguali, allora si saprebbe che il file è stato modificato in qualche modo. Confrontare i singoli hash è quindi molto più conveniente e veloce rispetto al confronto di interi file.

³¹ La combinazione di criptografia e funzione hash permette il seguente funzionamento pratico: Il mittente (A) applica una funzione Hash sul messaggio da inviare, ottenendo un Digest (output) che cifra usando la propria chiave privata. Si ottiene in questo modo la firma, che è in sostanza il Digest crittografato.

Il documento e la firma vengono inviati al destinatario (B). Quando il destinatario riceve il messaggio, lo separa in documento originale e firma digitale. Essendo in possesso della chiave pubblica del mittente è in grado di decifrare la firma digitale ottenendo il Digest, applica poi al documento originale la medesima funzione Hash, utilizzata dal mittente, e se questa produce un Digest uguale a quello che ha

2.2 Wallet e transazioni

Tradizionalmente quando si pensa a un “portafoglio” si è portati ad immaginare un oggetto dove sia possibile conservare denaro. Tuttavia, data la natura del bitcoin è impossibile pensare a questa “valuta” come un’entità separata dalla catena di transazioni che lo hanno generato. Quindi, la definizione migliore di *wallet*³² è: un software che svolge le funzioni di un portafoglio elettronico che memorizza tutte le credenziali digitali per verificare e trasferire i bitcoin. Il suo utilizzo è assimilabile all’ *home banking*, costituito essenzialmente da due elementi e consistenti in stringhe alfanumeriche di lunghezze variabili:

1. l’indirizzo pubblico, che da un punto di vista concettuale può essere considerato al pari del codice IBAN ovvero quella stringa di testo che viene comunicata agli altri per poter ricevere i pagamenti, ma che da sola non permette di disporre delle somme del titolare;
2. una chiave privata, identificabile come una password.

Riagganciandoci al discorso di cui sopra, ossia alla chiave asimmetrica, ogni proprietario di bitcoin che intende effettuare una transazione delle sue monete ad altro proprietario non fa altro che firmare, con firma digitale, l’hash della precedente transazione e aggiungere la chiave pubblica del nuovo proprietario. Successivamente, la transazione passa nel network Bitcoin e, attraverso la rete peer-to-peer, il resto dei nodi valida le firme crittografiche.

La transazione così svolta è: irreversibile, in quanto una volta effettuata non è più possibile annullarla; pubblica, in quanto consultabile da chiunque; anonima, per le parti che l’hanno eseguita in quanto l’unica informazione pubblica è l’indirizzo di partenza e di arrivo della transazione.

2.3 Il network e la blockchain

Tutte le transazioni effettuate sono scritte su un registro chiamato Blockchain. L’idea di base è molto simile a un libro mastro, quale registro della contabilità in cui sono riuniti i valori che compongono un sistema contabile, ma a differenza di quello

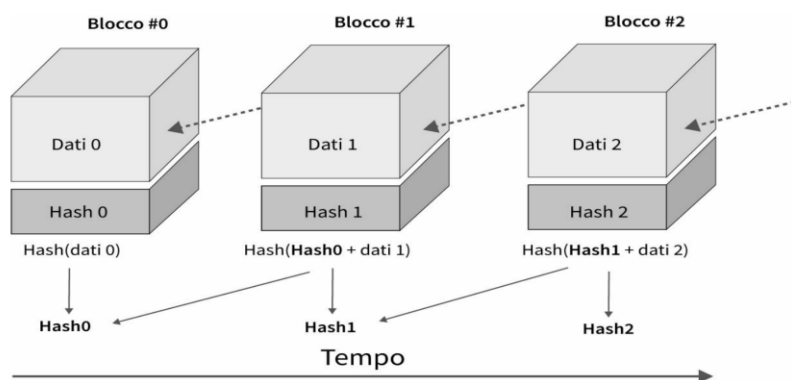
appena decifrato allora ha la garanzia che il messaggio è integro e autentico. Più precisamente: Autenticità: in quanto ogni chiave privata è collegata ad uno specifico utente; Integrità: in quanto una volta firmato digitalmente, qualsiasi modifica successiva al messaggio invalida la firma stessa.

³² Due sono principalmente i tipi di “portafoglio virtuale”: quelli che vengono utilizzati online (c.d. *hot storage*) oppure quelli che utilizzano supporti di memorizzazione di tipo fisico offline (c.d. *cold storage*).

tradizionale, è digitale, immutabile, decentralizzato e distribuito su un network³³, strutturato come una catena di registri (i “blocchi”), responsabili dell’archiviazione dei dati.

Tra le principali peculiarità di questo registro vi è la possibilità di aggiungere nuovi blocchi di informazioni, ma non anche quella di modificare o rimuovere i blocchi precedentemente aggiunti alla catena. In questo ecosistema, la crittografia e i protocolli di consenso garantiscono sicurezza e immutabilità.

A seguire una rappresentazione grafica della catena di blocchi³⁴.



Le singole transazioni verificate e approvate dai *miner* (di cui al prossimo paragrafo) vengono raggruppate in blocchi (gli anelli della catena), consistenti in strutture di dati aggiunte in modo sequenziale, uno alla volta, in cui sono contenute tutta una serie di informazioni, tra le quali il numero del blocco, in modo crescente e a partire dallo #0³⁵, il codice Hash, che lo identifica in modo univoco, la data e ora in cui è stato generato, ogni transazione confermata e la relativa dimensione in kB, nonché il totale dei bitcoin movimentati all’interno.

I sistemi blockchain fanno un uso frequente della funzione di hash, poiché la stessa fornisce un modo molto conveniente per esprimere l’intero stato della blockchain in una singola stringa di lunghezza definita. Per ogni nuovo blocco generato, l’hash del blocco precedente viene inserito nell’input per generare l’hash del nuovo blocco

³³ Tutti i dati relativi ai blocchi e alla Blockchain sono memorizzati e distribuiti sulle macchine che partecipano al network Bitcoin. Le macchine che ne fanno parte sono organizzate in nodi secondo una rete distribuita, decentralizzata e paritaria (P2P = peer-to-peer).

³⁴ Rappresentazione grafica della struttura a blocchi: D. Capoti, E. Colacchi, M. Maggioni, *Bitcoin revolution la moneta digitale alla conquista del mondo*, Milano, 2015.

³⁵ Il blocco genesis (numero 0) della catena di Bitcoin è stato creato il 3 gennaio 2009 da Satoshi Nakamoto ed è consultabile su <https://www.blockchain.com/explorer/blocks/btc/0>, visitato il 20 novembre 2022.

[Blocco#1 = hash (Hash0 + dati 1)].

Quindi ogni blocco contiene al suo interno delle informazioni, dei dati e l'hash del blocco precedente. Sicché se qualcuno tentasse di aggiungere, rimuovere o modificare alcune informazioni in qualsiasi blocco, andrebbe a cambiare l'hash del blocco e di conseguenza tutti gli hash successivi, “rompendo la catena”. Ciò che risulterebbe subito evidente nel *network*.

2.4 Il mining e i sistemi di consenso

Ai singoli sistemi / utenti³⁶ del network Bitcoin è attribuito il compito di verificare le transazioni, approvarle ed infine racchiuderle nei blocchi da aggiungere alla *blockchain*.

Nello specifico il loro contributo consiste nel risolvere un quesito matematico³⁷, in un meccanismo di competizione³⁸ interna, posto dal sistema stesso (la cui complessità viene automaticamente adattata dal sistema, sulla base della capacità di calcolo in quel momento impiegata nella rete). Solo il più veloce nel risolverlo convaliderà il blocco, gli altri si limiteranno a validarlo.

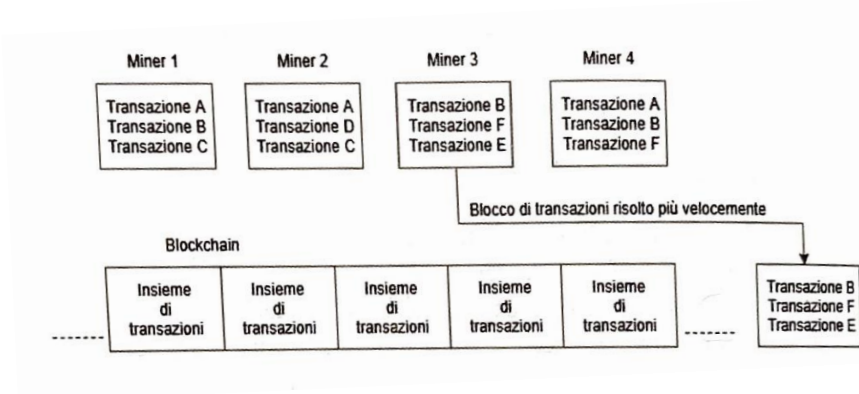
In breve, il sistema di consenso dei bitcoin si basa su problemi matematici difficili da risolvere, ma al contempo facili e veloci da verificare.

Il *miner* svolge un ruolo essenziale per il funzionamento del network, perché è un lavoro faticoso e oneroso, richiedente tempo, investimenti, e grande dispendio di energia. Motivo per cui viene riconosciuta una serie di “incentivi” a chi risolve per primo un nuovo blocco: 1) l'assegnazione di una certa quantità di bitcoin; 2) l'assegnazione delle commissioni di transazione incluse nel blocco stesso.

³⁶ Per far parte della rete è sufficiente scaricare, come un qualsiasi altro programma del Pc, un software gratuito ed open source, ovvero “Bitcoin Core” al seguente link <https://bitcoin.org/it/scarica>. Ma - attenzione - è necessario tener conto di due aspetti: 1) tale programma implementa tutti gli aspetti della rete Bitcoin quindi, scaricarlo ci renderà un nodo completo della rete (ciò include una copia esatta e completa di tutte le operazioni che sono state effettuate con Bitcoin dal suo lancio fino ad ora, circa 400GB); 2) implementa un *wallet*, attraverso il quale è possibile effettuare le transazioni e verificare lo stato di sincronizzazione con la *blockchain*.

³⁷ Il quesito matematico è così composto: si parte applicando la funzione SHA-256 al messaggio crittografato; al quale si aggiunge un valore finale (*Nonce*), e si ricalcola la funzione SHA-256, ottenendone uno nuovo; vince il *miner* che più velocemente trova un nuovo Hash inferiore o uguale a un certo *target*, il quale deve avere come valore iniziale un certo numero di zeri (questo numero definisce la difficoltà del quesito).

³⁸ Esistono diversi protocolli di consenso per la creazione di *crypto asset* e il loro trasferimento. I due principali sono *Proof of work* (PoW) – utilizzato nel sistema Bitcoin - e *Proof of stake* (PoS).



39

Per il *miner* la disponibilità della criptovaluta avviene quindi a titolo originario e non derivativo.

Ricapitolando il *mining* permette la verifica delle transazioni e la convalida dei blocchi. Previene il *double spending*⁴⁰ e raccoglie le *fee* delle transazioni. Tutto quanto sopra descritto, è il quadro minimale di cosa sia realmente il sistema Bitcoin. La criptovaluta, nonostante la risonanza mediatica di cui gode quotidianamente, rimane, ad oggi, un mistero per molti giuristi.

3. Qualificazione giuridica della criptovaluta

Come chiarito in premessa, l'attribuzione di una qualificazione giuridica alla criptovaluta è rimessa agli interpreti i quali, nelle più svariate sedi dottrinali, giurisprudenziali ed istituzionali, hanno sostenuto una pluralità di tesi, classificabili tendenzialmente in tre principali macrocategorie. In questa sede si cercherà di proporre un inquadramento entro tali orientamenti ermeneutici fondamentali, rinviando all'ampia bibliografia in nota per un'analisi esaustiva. Ciò posto, le teorie proposte qualificano la

³⁹ Schema in: S. Capaccioli, *Criptoattività, criptovalute e bitcoin*, Milano, 2021.

⁴⁰ Per "doppia spesa" si intende quel rischio legato alle valute virtuali, e in particolare della possibilità di spendere più volte lo stesso importo. I sistemi centralizzati (come i circuiti di pagamento) risolvono questo problema affidandosi a un intermediario. I sistemi decentralizzati come le blockchain invece adottano i meccanismi di consenso.

criptovaluta, alternativamente, come: 1) moneta convenzionale⁴¹; 2) bene immateriale⁴²; 3) strumento d'investimento o prodotto finanziario⁴³. Di seguito si analizzano tali tesi partitamente.

3.1 Teoria della moneta convenzionale

Per tale teoria, la “criptovaluta” deve essere assimilata, sul piano funzionale, al denaro poiché serve, come l'euro, per fare acquisti, sia pure non universalmente ma in un mercato limitato, ed in tale ambito opera quale marcatore (cioè quale contropartita), in termini di valore di scambio di beni, servizi, o altre utilità oggetto di contrattazione.

⁴¹ In dottrina, cfr. V. De Stasio, *Verso un concetto europeo di moneta legale: valute virtuali, monete complementari e regole di adempimento*, in Banca, borsa, tit. cred., 2018, 747 ss., come “moneta complementare”; M. Giuliano, *L'adempimento delle obbligazioni pecuniarie nell'era digitale*, Torino, 2018, 168, sui sistemi di pagamento in valuta virtuale; M.F. Campagna, *Criptomonete e obbligazioni pecuniarie*, in Riv. dir. civ., 2019, 201, come moneta non avente corso legale (art. 1278 c.c.); sulla distinzione tra criptovaluta e moneta elettronica e scritturale, cfr. G.L. Greco, *Valute virtuali e valute complementari, tra sviluppo tecnologico e incertezze regolamentari*, in Riv. dir. banc., 2019, 1, 2; nonché, G. Guerrieri, *I rischi alla circolazione della moneta elettronica*, in Nuove leggi civ., 2014, 1046; G. Rinaldi, *Approcci normativi e qualificazione giuridica delle criptomonete*, cit., 293, sulla negazione dello statuto monetario in relazione al monopolio statale ed alla triplice funzione tradizionale.

⁴² In dottrina, cfr. S. Capaccioli, *Criptovalute e Bitcoin: un'analisi giuridica*, Milano, 2015, 118 ss., come bene immateriale; C. Pernice, *La controversa natura giuridica di Bitcoin: un'ipotesi ricostruttiva*, in Rass. dir. civ., 2018, 345, come “nuovo bene immateriale”; A.M. Gambino - C. Bompreszi, *Blockchain e criptovalute, in Fintech: diritti, concorrenza, regole. Le operazioni di finanziamento tecnologico*, a cura di G. Finocchiaro - V. Falce, Bologna, 2019, 276; A. Caloni, *Bitcoin: profili civilistici e tutela dell'investitore*, in Riv. dir. civ., 2019, 171 ss.; M. Cian, *La criptovaluta - alle radici dell'idea giuridica di denaro attraverso la tecnologia: spunti preliminari*, in Banca, borsa, tit. cred., 2019, 315, come “merce”; M. Giuliano, *Criptovaluta e trust, in Trust e attività fiduciarie*, 2021, 384, come “cosa intangibile”. Contra, R. Bocchini, *Lo sviluppo della moneta virtuale: primi tentativi di inquadramento e disciplina tra prospettive economiche e giuridiche*, in Dir. inf., 2017, 33, con l'argomento della necessaria corporeità della cosa oggetto di diritti; P. Liberanome, *Criptovalute tra anarchia e difficili tentativi di regolamentazione*, in FinTech, a cura di F. Fimmanò - G. Falcone, Napoli, 2019, 426, con l'argomento della tipicità legale dei beni giuridici.

In giurisprudenza, Tribunale Brescia, 25/07/2018, n. 7556; Corte d'Appello di Brescia, sez. I, 30/10/2018 Tribunale sez. fallimentare - Firenze, 21/01/2019, n. 18; T.A.R. Roma sez. II, 27/01/2020, n. 1077.

⁴³ In dottrina, cfr. G. Gasparri, *Timidi tentativi giuridici di messa a fuoco del bitcoin: miraggio monetario crittoanarchico o soluzione tecnologica in cerca di un problema*, in Dir. inf., 2015, 430, sul bitcoin come “prodotto finanziario atipico” a condizione che “gli elementi di finanziarietà e speculatività presenti nella complessiva operazione e messi in evidenza nell'annuncio pubblicitario siano strutturalmente prevalenti rispetto alle finalità di godimento e disposizione dei Bitcoins venduti e, pertanto, entrino a far parte della causa del contratto”; M. Passaretta, *Bitcoin: il leading case italiano*, cit., 474; E. Girino, *Criptovalute: un problema di legalità funzionale*, in Riv. dir. banc., 2018, 763, argomentando sulla “funzionalità oggettiva del ‘bene’ offerto [...] protesa ad ingenerare un'aspettativa di profitto (e un correlato, altrettanto intrinseco e obiettivo, rischio di perdita)”; G. Rinaldi, *Approcci normativi e qualificazione giuridica delle cripto monete*, cit., 283, il quale discorre di “beni finanziari digitali” o “virtual financial asset”; di recente, cfr. M. Palazzo, *Blockchain e cripto-attività*, in Il diritto nell'era digitale, Milano, 2022, 222 ss., sulla “dimensione finanziaria delle valute virtuali”. Contra, cfr. N. Vardi, “Criptovalute” e dintorni: alcune considerazioni sulla natura giuridica del bitcoin, in Dir. inf., 2015, 448-449, secondo il quale le monete virtuali restano fuori dall'ambito di applicazione del T.U.F.

In giurisprudenza, Tribunale Verona sez. II, 24/01/2017, n. 195; Tribunale sez. fallimentare - Firenze, 21/01/2019, n. 18.; Cassazione penale sez. II, 17/09/2020, n. 26807; Cassazione penale sez. II, 17/09/2020, n. 26807.

La “criptovaluta” è quindi, a tutti gli effetti, un mezzo di scambio nella contrattazione. Non può pertanto essere considerata alla stregua di beni, servizi e utilità, che sono, come tali, suscettibili di acquisto con impiego del denaro, e perciò idonei ad essere economicamente oggetto di valutazione tecnica mediante perizia di stima. La ricaduta pratica di tale interpretazione è che l'effettivo valore economico della “criptovaluta” non può in conseguenza determinarsi con la procedura di cui al combinato disposto dei due articoli 2264 e 2265 c.c. — riservata a beni, servizi ed altre utilità, diversi dal denaro — non essendo possibile attribuire valore di scambio ad un'entità essa stessa costituente elemento di scambio (contropartita) nella negoziazione. Non è, d'altro canto, dato conoscere, allo stato, un sistema di cambio per la “criptovaluta”, che sia stabile ed agevolmente verificabile, come per le monete aventi corso legale in altri Stati (dollaro, yen, sterlina etc). Non è pertanto possibile assegnare alla criptovaluta - in assenza di un sistema di scambio idoneo a determinarne l'effettivo valore ad una certa data - un controvalore certo in euro, essendo a tal fine precluso, per le ragioni sopra esposte, il ricorso alla mediazione della perizia di stima. Conclusivamente, non è possibile attribuire alla criptovaluta una determinazione in valore (e cioè in euro) effettiva e certa. Va pertanto confermata e condivisa la conclusione per la quale le criptovalute, attesa la loro volatilità, non consentono una valutazione concreta del relativo “quantum”⁴⁴.

3.2 Teoria del bene immateriale

In tema di sistema delle c.d. criptovalute e in particolare sulla natura materiale e giuridica delle stesse, è emblematica la sentenza del Tribunale di Firenze, sez. fall., 21/01/2019, n. 18, caso Bitgrail.

Sotto il profilo tecnico, in via di assoluta semplificazione e prendendo spunto dagli studi in materia e dalle definizioni comuni, le criptovalute sono state definite come *“la rappresentazione informatica di un valore, decentralizzata e digitale la cui implementazione si basa sui principi della crittografia per convalidare le transazioni e la generazione di moneta in sé.”* Il già menzionato Tribunale le ha qualificate come beni ex art. 810 c.c. “in quanto oggetto di diritti”. La criptovaluta deve qualificarsi come “bene”, e come tale può essere oggetto di acquisto, scambio e deposito, ed è

⁴⁴ Ctr. F. Serratore, M. Tawa Folarin, *Le criptovalute: gli orientamenti della giurisprudenza*, Il Quotidiano Giuridico, 12 maggio 2022

caratterizzata dall'essere bene fungibile, trattandosi di rappresentazioni digitali espresse in unità patrimoniali di un medesimo valore.

Questa qualificazione è apparsa discutibile, poiché la decisione pare cadere in contraddizione nel punto in cui asserisce che *“le criptovalute sono scambiate esclusivamente in via volontaria senza che vi sia un obbligo giuridico dei partecipanti al microsistema di accettare pagamenti di beni o servizi con criptovaluta.”*

Anche il Giudice Amministrativo ha aderito a tale teoria, asserendo che *“le valute virtuali devono qualificarsi come beni immateriali, non svolgendo la funzione tipica della moneta, benché convenzionale, di unità di conto e riserva di valore, per via dell'estrema volatilità, nonché della mancanza di potere liberatorio nei pagamenti.”* (Cfr.: T.A.R. Lazio sez. II ter del 27/01/2020 n. 1077)

3.3 Teoria dello strumento d'investimento o prodotto finanziario

La prima pronuncia giurisdizionale qualificante la criptovaluta come strumento finanziario è la sentenza del Tribunale Verona, Sez. II, 24/01/2017, n. 195.

Nell'ambito della medesima, si è osservato che: *“L'operazione di cambio di valuta tradizionale contro unità della valuta virtuale bitcoin e viceversa, effettuate a fronte del pagamento di una somma corrispondente al margine costituito dalla differenza tra il prezzo di acquisto delle valute e quello di vendita praticato dall'operatore ai propri clienti è qualificabile dal lato dell'operatore come attività professionale di prestazioni di servizi a titolo oneroso, svolta in favore di consumatori. Ciò in quanto i bitcoin rappresentano uno strumento finanziario costituito da una moneta che può essere coniata da qualunque utente ed è sfruttabile per compiere transazioni, possibili grazie ad un software open source e ad una rete peer to peer.”*

A tale orientamento ha aderito anche la Cass. pen. sez. II del 10/11/2021 n. 44337, in cui si afferma che *“il bitcoin può ritenersi un prodotto finanziario qualora sia acquistato con finalità di investimento”*, nonché la Cass. pen. sez. II, 17/09/2020, n. 26807, a tenore della quale *“Le criptovalute (valute virtuali o bitcoin) sono prodotti finanziari laddove la vendita delle stesse sia reclamizzata come una proposta di investimento e, in tal caso, trattandosi di attività soggetta agli adempimenti di cui al Testo unico delle disposizioni in materia di intermediazione finanziaria (Tuf), l'omissione integra il reato di abusivismo finanziario di cui all'articolo 166, comma 1, lettera c), del Tuf (decreto legislativo 24 febbraio 1998 n. 58).”*

Da quanto sopra esposto risulta che la questione è tutt'ora controversa, e non

trova un'interpretazione univoca che possa ricondurla con certezza ad un determinato istituto. La conseguenza è che, ad oggi, l'interprete è chiamato alla risoluzione pratica del caso concreto, sulla base cioè della causa del contratto.

4. Prospettive di regolamentazione e conclusioni

Con riferimento specifico all'approccio europeo, le Autorità di vigilanza sono intervenute in vario modo, sia singolarmente che collettivamente, focalizzandosi in un primo momento, solo sui rischi⁴⁵ connessi alle criptovalute, mentre ad oggi si tende ad evidenziarne anche i potenziali benefici (in ordine al protocollo informatico sottostante). Ebbene, la spinta alla regolamentazione appare frenata dalla pluralità delle autorità coinvolte (banche centrali, regolatori finanziari, autorità sulla privacy) a riprova di quelli che sono i vari interessi in gioco, tra i quali, fede pubblica, stabilità finanziaria, sovranità monetaria, cyber security, misure per la prevenzione dei fenomeni di riciclaggio e tutela della riservatezza.

Diversi sono i documenti⁴⁶ che in questi primi anni hanno affrontato, in via incidentale, il tema della criptovaluta. Tuttavia, gli interventi che potrebbero portare nuova luce sull'intero sistema cripto-economico sono quelli del cd. Digital Finance Package⁴⁷, consistente in una serie di proposte di legge finalizzate a sostenere il sistema finanziario nell'adozione delle nuove tecnologie digitali.

Il pacchetto si compone di tre proposte di regolamento finalizzate a promuo-

⁴⁵ Pericoli tra i quali: la possibilità di perdere il denaro investito in una piattaforma che detiene la criptovaluta e che, in quanto non regolamentata, non è soggetta a specifiche forme di schemi di protezione dei depositi (a differenza delle banche): furti delle chiavi di accesso ai digital *wallet* e conseguente furto della criptovaluta; estrema volatilità della criptovaluta; difficoltà di tracciare le transazioni e alto grado di anonimato dei consumatori di criptovaluta con conseguente rischio di riciclaggio.

⁴⁶ I principali documenti in ordine cronologico: EBA “Warning to consumers on virtual currencies”, 12/12/2013; EBA “Opinion on virtual currencies”, 4/7/2014; EBA “Opinion of the European Banking Authority on the EU Commission’s proposal to bring Virtual Currencies into the scope of Directive (EU) 2015/849 (4AMLD)”, 11/11/2016; ESMA “alerts firms involved in Initial Coin Offerings (ICOs) to the need to meet relevant regulatory requirements” e “ESMA alerts investors to the high risks of Initial Coin Offerings (ICOs)”, 13/12/2017; ESMA, EBA and EIOPA warn consumers on the. Risks of Virtual Currencies, 12/2/2018.

⁴⁷ Digital Finance Package, consultabile ai seguenti link: 1) [Proposta di direttiva del Parlamento Europeo e del Consiglio COM\(2020\) 596 del 24 settembre 2020 di modifica delle Direttive 2006/43/CE, 2009/65/CE, 2009/138/UE, 2011/61/UE, 2013/36/UE, 2014/65/UE, 2015/2366/UE e UE/2016/2341/UE](#); 2) [Regolamento del Parlamento Europeo e del Consiglio COM\(2020\) 594 del 24 settembre 2020 su un regime pilota per le infrastrutture di mercato basate sulla distributed ledger technology](#); 3) [Proposta di regolamento del Parlamento Europeo e del Consiglio COM\(2020\) 593 del 24 settembre 2020 sui mercati delle criptovalute e di modifica della direttiva \(UE\) 2019/1937](#); 4) [Proposta di regolamento del Parlamento Europeo e del Consiglio COM\(2020\) 595 del 24 settembre 2020 sulla resilienza operativa digitale per il settore finanziario e che modifica i regolamenti \(CE\) n. 1060/2009, \(UE\) n. 648/2012, \(UE\) n. 600/2014 e \(UE\) n. 909/2014](#).

vere la sicurezza informatica dei sistemi finanziari (DORA), la creazione di un ambiente di prova per l'adozione della DLT (Pilot regime) e la definizione di regole uniformi e coerenti in materia di crypto (Market in Crypto Asset Regulation, MiCA).

Nel dettaglio, con la proposta MiCA, si prospetta un mercato uniforme unionale regolamentato mediante: a) le norme su offerta al pubblico ed ammissione alla negoziazione, secondo il modello del prospetto informativo (c.d. crypto-asset white paper); b) le norme sulla riserva dell'attività agli operatori autorizzati, secondo modello della sorveglianza amministrativa dell'intermediario (c.d. crypto-asset service provider); c) le norme sulla prevenzione degli abusi di mercato. Tuttavia, la proposta di tale regolamento europeo, in corso di approvazione, appare idonea a ricondurre ad unità la normativa di settore, specie se si considera il carattere statale dei rimedi apprestati dall'autorità nazionale, titolare della prerogativa di applicare le norme nell'ambito territoriale di competenza.

E tale difficoltà è acuita soprattutto dalla globalità dei conflitti socioeconomici, generati da spostamenti di ricchezza virtuale⁴⁸.

In chiusura, è evidente che il metodo casistico dell'interpretazione estensiva o analogica delle norme vigenti, associato ad interventi legislativi teleologicamente limitati, è ormai inadeguato rispetto all'entità crescente del fenomeno.

Note Bibliografiche

A. Danielli, D. Di Maio, M. Gendusa, G. Rinaldi, *Bitcoin e Criptovalute Funzionalità e rischi delle monete virtuali*, Milano, 2018.

B. Barmann, *Fintech: primi tentativi di regolazione*, in *Giornale di diritto amministrativo*, n. 6, 1° novembre 2021, p. 811.

Cassazione penale sez. II, 17/09/2020, n. 26807.

Cassazione penale sez. II, 17/09/2020, n. 26807;

Corte d'Appello di Brescia, sez. I, 30/10/2018

⁴⁸ Cft: M. Guastadisegni, *Criptovaluta e prodotto finanziario: l'eterno ritorno della causa negoziale*, in *Danno e Responsabilità*, 4/2022, p. 492.

D. Capoti, E. Colacchi, M. Maggioni, *Bitcoin revolution la moneta digitale alla conquista del mondo*, Milano, 2015.

F. Sarzana, M. Nicotra, *Diritto della blockchain, intelligenza artificiale e iot*, Milano, 2018.

F. Serratore, M. Tawa Folarin, *Le criptovalute: gli orientamenti della giurisprudenza*, Il Quotidiano Giuridico, 12 maggio 2022

M. Guastadisegni, *Criptovaluta e prodotto finanziario: l'eterno ritorno della causa negoziale*, in *Danno e Responsabilità*, 4/2022, p. 492.

S. Capaccioli, *Criptoattività, criptovalute e bitcoin*, Milano, 2021.

T.A.R. Roma sez. II, 27/01/2020, n. 1077.

Tribunale Brescia, 25/07/2018, n. 7556;

Tribunale sez. fallimentare - Firenze, 21/01/2019, n. 18;

Tribunale Verona sez. II, 24/01/2017, n. 195;

U. Bechini, *Bitcoin e la paura dell'innominato (noterelle su criptovalute e metodo)*, *La Nuova Giurisprudenza Civile Commentata*, n. 2, 1° marzo 2022, p. 503.

IL FENOMENO DEI *COOKIE WALLS* E LA LORO LEGITTIMITÀ NEL PANORAMA ITALIANO ED EUROPEO

Di Angela D’Ambra

SOMMARIO. 1. Premessa alla questione. – 2. Breve cenno sulla definizione di “dati personali”. – 3. L’esperienza europea: la vicenda Dutch News e l’esperienza spagnola. – 4. La prospettiva degli editori sulla fruibilità dei contenuti in rete e l’opportunità patrimoniale dei cookie walls. – 5. Conclusioni.

Abstract: Italian newspapers have adopted the practice of cookie walls which is characterized by ambiguity. The Privacy Guarantor Authority proceeded in November 2022 to start an investigation to dissolve the knot regarding its legitimacy; in conjunction with the investigation activity of the Authority, forecasts are formulated regarding the definition of the phenomenon, considering the European regulatory and political context.

1. Premessa alla questione.

L’Autorità Garante per la Privacy⁴⁹, con comunicato del 18 ottobre 2022, ha reso nota l’attenzione verso una pratica sempre più adottata dalle testate giornalistiche on line, siti web e aziende operanti su internet nel settore televisivo definita “cookie wall”⁵⁰ che si concretizza in un tacito scambio ove l’accesso ai servizi offerti è condizionato all’accettazione di una policy che prevede l’installazione di cookie e altri strumenti di tracciamento dei dati personali⁵¹.

⁴⁹ D’ora in poi, Autorità.

⁵⁰ La definizione del fenomeno assume ulteriori connotati nel panorama europeo, si parla infatti di “tracking walls” e del fenomeno di “take-it-or-leave-it choices”.

Zuiderveen Borgesius, Frederik and van Hoboken, Joris V. J. and van Hoboken, Joris V. J. and van Hoboken, Joris V. J. and Fahy, Ronan P. and Irion, Kristina and Rozendaal, “An Assessment of the Commission's Proposal on Privacy and Electronic Communications”, Directorate-General for Internal Policies, Policy Department C: Citizen's Rights and Constitutional Affairs, ISBN: 978-92-846-1100-3 <https://ssrn.com/abstract=2982290>

⁵¹ Trattasi degli strumenti di profilazione, la cui definizione è fornita all’art. 4 del Regolamento europeo 2016/679 che li definisce come “qualsiasi forma di trattamento automatizzato di dati personali consistente nell'utilizzo di tali dati personali per valutare determinati aspetti personali relativi a una persona fisica, in particolare per analizzare o prevedere aspetti riguardanti il rendimento professionale, la situazione economica, la salute, le preferenze personali, gli interessi, l'affidabilità, il comportamento, l'ubicazione o gli spostamenti di detta persona fisica”.

Allo scopo di chiarire la liceità del fenomeno, l’Autorità ha proceduto all’apertura di un’ istruttoria⁵², utile altresì a chiarirne le modalità di funzionamento e il margine di scelta a disposizione dell’utente; alle testate giornalistiche considerate ai fini dell’indagine è fatta richiesta di fornire tutti gli elementi utili a dimostrare l’avvenuto pieno rispetto della normativa in materia di protezione dei dati personali e dei principi di correttezza e trasparenza dei trattamenti nonché il requisito della libertà del consenso. Altre questioni controverse riguardano la valutazione dell’impatto dei gruppi editoriali e l’analisi dei criteri adottati per la determinazione del prezzo dell’abbonamento alternativo al servizio disponibile mediante prestazione del consenso.

2. Breve cenno sulla definizione di “dati personali”.

Il Regolamento europeo 2016/679 fornisce una definizione normativa di dato personale la quale descrive tutte le informazioni relative a una persona identificata o identificabile; inoltre i dati personali sottoposti a deidentificazione, cifratura o pseudonimizzazione, ma che possono essere utilizzati per reidentificare una persona, rimangono dati personali e rientrano nell’ambito di applicazione della normativa; sono esclusi dalla definizione di dati personali quelli resi in maniera anonima, in modo tale che l’individuo non sia o non sia più identificabile.

Nelle nuove economie dei mercati digitali la patrimonializzazione del dato personale da parte dei gestori delle informazioni è una realtà diffusa la quale trova il suo controlimite, nel sistema normativo italiano, con la disciplina sulla privacy, principalmente contenuta nel Decreto Legislativo del 30 giugno 2003, n. 196 (anche detto "Codice della Privacy"), oggi integrato dal Decreto 101/2018.

3. L’esperienza europea: la vicenda Dutch News e l’esperienza spagnola.

Col comunicato del 12 novembre 2022 si chiarisce che lo stato di avanzamento dell’attività istruttoria dell’Autorità è in corso; pertanto, la questione italiana non presenta soluzioni di immediata reperibilità consentendo di azzardare la formulazione di pronostici sulla base di comparazione normativa e politica all’esperienza di altri Stati europei.

⁵² Comunicato dell’Autorità garante per la Privacy del 21 ottobre 2022

Una vicenda di grande risonanza sociale e politica è quella che ha coinvolto la testata giornalistica Dutch News⁵³. Nella fattispecie, la previsione in ossequio della disciplina europea della preventiva acquisizione del consenso informato aveva infittito gli obblighi di informazione a carico delle società operanti nel servizio di pubblica informazione⁵⁴ allo scopo di consentire agli utenti una maggiore consapevolezza sulle modalità e finalità di utilizzo dei cookie. L'adempimento a tale obbligo è stata accolta dalle emittenti attraverso l'utilizzo di pop-up contenenti le principali disposizioni informative, con la tecnica del "take-it-or-leave-it choices" ove all'utente è consentito l'accesso ai servizi offerti dal sito solo se presta il consenso al tracciamento operato dai cookie.

Il consenso così richiesto è stato mal tollerato dall'opinione pubblica provocando una class action sottoposta al giudizio dell'Autorità di Vigilanza olandese la quale ha condannato l'utilizzo dei cookie walls in ragione della natura del servizio offerto; nella fattispecie, le emittenti olandesi che svolgono servizio di pubblica informazione sono finanziate con risorse pubbliche⁵⁵, motivo per cui si è ritenuta ingiusta tale pratica nonché ostativa del pieno e libero accesso degli utenti alla pubblica informazione, oltre che determinare una ingiusta limitazione del libero convincimento⁵⁶. A seguito della vicenda, anche il governo olandese è intervenuto con emendamenti che hanno determinato l'abbandono della pratica, con la conseguente adozione di strumenti di informativa visivamente meno invasivi⁵⁷, la cui mancata accettazione non è

⁵³ Helberger Natali, Associate Professor, Institute for Information Law (IViR) in University of Amsterdam, "Freedom of Expression and the Dutch Cookie-Wall", March 5, 2013 in <https://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2197251>

⁵⁴ Considerato il dettato dell'art. 11.7a della Legge sulle comunicazioni ("Telecommunicatiewet"), in vigore dal giorno 28 agosto del 2014, è previsto l'obbligo di informazione da parte dell'impresa di informazione che fornisce servizi in modalità elettronica affinché sia consentita agli utenti la piena conoscenza, tra questi, delle modalità di utilizzo dei dati raccolti, la normativa vigente e le finalità per le quali si intende accedere alle informazioni personali o dati rilevanti (tale obbligo non è previsto nel caso in cui si tratti di cookie tecnici la cui natura è meramente funzionale al corretto funzionamento dell'apparato web e l'esecuzione dei programmi). Considerato il dettato normativo di cui all'art. 11.7, tale onere informativo deve realizzarsi in via preventiva per i cookie di profilazioni, in quanto le informazioni raccolte in tale contesto sono utili a trasmettere comunicazioni non richieste per scopi commerciali ovvero senza scopo di lucro.

https://sherloc.unodc.org/cld/uploads/res/document/nld/1881/telecommunications_act_of_the_netherlands_html/Netherlands_Telecommunications_Act_as_amd_2014.pdf

⁵⁵ Nei Paesi Bassi le emittenti incaricate di servizio pubblico di informazione sono tenute a specifici obblighi, tra questi l'indipendenza da influenze commerciali, elevati requisiti qualitativi e l'offerta di informazione deve essere accessibile a tutti; i criteri sono frutto del recepimento nel contesto normativo olandese della Risoluzione del Parlamento Europeo del 25 novembre 2010.

https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-7-2010-0438_EN.pdf

⁵⁶ Dr. Natali Helberger, Freedom of expression and the Dutch cookie-wall, op. cit., 4.

⁵⁷ Si tratta dell'utilizzo di riquadri e barre a piè di pagina.

motivo di preclusione al servizio.

In Spagna l'approccio ai cookie walls non risulta particolarmente creativo anche in ragione del limitato margine di intervento dovuto all'emanazione da parte del Comitato Europeo per la Protezione dei Dati⁵⁸ di linee guida - adottate nel maggio 2020 - particolarmente chiare e fornite, recepite con documento emanato dalla Agencia Española de Protección de Datos, adottato il 28 luglio 2020⁵⁹. Nelle linee guida sono presenti disposizioni circa gli obblighi previsti in capo alla società di informazione sull'uso dei cookie e di tecnologie similari; tra gli obblighi previsti risalta la previsione secondo cui l'uso dei cookie consenta margine di scelta all'utente, inteso come la possibilità per l'utente di accettare o rifiutare senza che gli sia precluso l'accesso ai servizi offerti dal sito web.

4. La prospettiva degli editori sulla fruibilità dei contenuti in rete e l'opportunità patrimoniale dei cookie walls.

L'utilizzo dei cookie walls avviene in luogo della sottoscrizione di un abbonamento; considerate le recenti evoluzioni in ambito tecnologico e sociale, l'accesso e la diffusione dei contenuti presenti sul web non garantisce il pieno riconoscimento della potestà del lavoro svolto nonché una rapida diffusione incontrollata, ledendo di fatto il "diritto di utilizzazione economica" dei creators. Nello specifico, la praticità nell'estrazione di testo e dati dai contenuti web consente una più massiccia elaborazione di informazioni che frutta risultati positivi sul piano dell'acquisizione di nuove conoscenze e della rilevazione di nuove tendenze strumentali all'innovazione scientifica; tuttavia, non mancano riscontri negativi inerenti alla più facile realizzazione di condotte che minano la proprietà intellettuale del contenuto pubblicato⁶⁰. La questione non è particolarmente longeva se si considera che solo con Decreto Legislativo n. 8 del 09 aprile del 2003 si procede a recepire e armonizzare il dettato normativo comunitario a quello nazionale relativamente a taluni aspetti del diritto d'autore e dei diritti

⁵⁸ D'ora in poi "EDPB" acronimo di European Data Protection Board.

⁵⁹ Il documento è presente nel sito istituzionale, <https://www.aepd.es/es/documento/guia-cookies.pdf>

⁶⁰ La questione porta altresì a porre l'accento sulla fattispecie di reato di pirateria digitale nel quale rientrano quei complessi di condotte illecite in danno al copyright dei contenuti interessati; gli studiosi hanno annoverato alla fattispecie diverse categorie, tra queste la "pirateria editoriale" la quale fa diretto riferimento ai prodotti dell'intelletto di cui all'art. 2 della Direttiva 2001/29/CE.

connessi nella "società dell'informazione": nello specifico, con la novella che ha portato alla modifica dell'art. 65 del capo V, titolo I della Legge 22 aprile 1941 n. 633 si riconosce piena tutela agli "articoli di attualità di carattere economico, politico o religioso, pubblicati nelle riviste o nei giornali, oppure radiodiffusi o messi a disposizione del pubblico, e gli altri materiali dello stesso carattere", prevedendo un sistema di utilizzazione esclusiva dei contenuti menzionati, ovvero di riproduzione di terzi a condizione che non venga riservata la riproduzione e che vengano indicati la fonte da cui sono tratti, la data e il nome dell'autore, se riportato.

Per quanto sia ravvisabile una crescente tutela della proprietà intellettuale, l'incontrollabilità del fenomeno di diffusione non trova inibizioni nel sistema sanzionatorio, operando - prima che il meccanismo di irrogazione intervenga - gli effetti di perdita di chance di guadagno.

Il tentativo dell'Unione di fornire maggiore tutela ai contenuti, frutto di opera intellettuale, ha trovato riscontro nella più recente normativa europea⁶¹ la quale fornisce un aggiornamento alle norme sul diritto d'autore allo scopo di adattare alle modalità di accesso ai contenuti online, in considerazione che "gli sviluppi tecnologici hanno mutato considerevolmente il contesto della fruizione dei contenuti creativi, rendendo necessario porre rimedio alle problematiche legate alla circolazione incontrollata delle opere dell'ingegno"⁶². La Direttiva UE 2019/790 presenta disposizioni aggiornate in materia di tutela del diritto d'autore per le pubblicazioni giornalistiche online prevedendo un sistema, a favore degli editori dei giornali, il cui utilizzo dei contenuti da parte dei prestatori di servizi delle società dell'informazione, delle società di monitoraggio media e rassegne stampa è soggetto ad autorizzazioni e del riconoscimento di un'equa⁶³ remunerazione per l'utilizzo dei contenuti da loro prodotti⁶⁴.

Considerato il contesto normativo, appare particolarmente più nitida la realtà in cui si colloca il contesto editoriale giornalistico, al quale solo negli ultimi anni è stato accordato un sistema di tutele particolarmente più fornito, tuttavia l'effettività di

⁶¹ La Direttiva UE 2019/790 sul diritto d'autore e sui diritti connessi nel mercato unico digitale.

⁶² Estratto del comunicato stampa del Ministro della Cultura, Dario Franceschini del giorno 5 agosto 2021.

⁶³ L'Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni Garante procede, con regolamento, all'individuazione dei criteri di determinazione dell'equo compenso; attualmente è previsto che in caso di inadempimento e mancata comunicazione dei dati, è irrogato dall'Autorità una sanzione amministrativa pecuniaria fino all'1% del fatturato.

⁶⁴ Lo stesso comunicato (v. supra) specifica che "il diritto non è riconosciuto né in caso di utilizzi privati o non commerciali di pubblicazioni giornalistiche da parte di singoli utilizzatori, né in caso di collegamenti ipertestuali o di utilizzo di singole parole o di estratti molto brevi".

tale tutela dipende anche dalla prevenzione dei fenomeni di riproduzione indesiderati; si consideri l'ipotesi in cui si realizza una riproduzione vietata di un articolo; l'AGCOM nell'espletamento dei suoi poteri di vigilanza ha il potere di irrogare sanzioni a carico dei trasgressori, tuttavia si pongono delle problematiche di carattere operativo: la prima riguarda la diffusione di notizie a riproduzione riservata da parte di privati i quali, in ragione di un trend non prevedibile, sostituiscono la risonanza dell'emittente giornalistica facendo perdere consapevolezza sull'effettiva potestà del contenuto riprodotto nonché sviando il traffico dal sito madre ad altre piattaforme; ancora, la diffusione del contenuto lo rende, per conseguenza logica, noto al pubblico, provocando una perdita di chance, in particolare di carattere patrimoniale, pertanto l'utilizzo di questo mezzo ulteriore, dalla prospettiva delle emittenti, risulta una fonte di utile.

5. Conclusioni

Il cookie wall, non lasciando all'utente alcuna possibilità reale di selezionare o deselezionare determinate categorie di cookie nel pieno e libero convincimento, difficilmente trova compatibilità con la disciplina vigente, soprattutto se si scontra con materie e tematiche di una certa delicatezza sociale e scientifica, considerato poi che si tratta di una forzata accettazione di cookie i quali determinano una profilazione di dati personali e che in genere ospitano un numero considerevole di tracker di dati privati di società di tecnologia pubblicitaria.

Le disposizioni attuali del Regolamento europeo GDPR 2016/679 prevedono che il consenso ai cookie possa ritenersi valido se corredato da una informativa da rendere che consenta un libero convincimento sull'accettazione dei cookie; ancora, il consenso eventualmente prestato da parte dell'utente deve poter essere liberamente revocato.

Considerati gli elementi normativi europei e le esperienze dei singoli Stati membri pare assolutamente improbabile che l'Autorità Garante per la Privacy possa tollerare ulteriormente tale pratica in particolare perché la questione investe diversi profili, come diritto alla protezione dei dati personali e l'autonomia personale dei consumatori; dalla prospettiva delle emittenti, l'uso dei cookie walls consente l'esplicazione di attività di tracking e targeting nonché di personalizzazione nei media a fini pubblicitari; determina, altresì, incertezza sull'indipendenza dell'informazione⁶⁵ ove

⁶⁵ v. Direttiva 2010/13/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 10 marzo 2010, relativa al coordinamento di determinate disposizioni legislative, regolamentari e amministrative degli Stati membri

l'adozione di talune pratiche potrebbero produrre, in un contesto in cui non è garantita la piena trasparenza dei contenuti, pericolo di confusione dei contenuti editoriali con i messaggi commerciali.

concernenti la fornitura di servizi di media audiovisivi (c.d. "direttiva sui servizi di media audiovisivi"), modificata con Direttiva 2018/1808/UE.

Nello specifico, la sponsorizzazione e l'inserimento di prodotti nel contesto dell'informazione di massa devono rispettare le prescrizioni di cui l'art. 10 della Direttiva 2010/13/UE e vi è fatto divieto di inserimento qualora "influenzino il contenuto dei programmi in modo tale da incidere sulla responsabilità e sull'indipendenza editoriale del fornitore di servizi" (di cui al punto 93 della stessa Direttiva): l'orientamento dell'Unione risulta particolarmente chiaro tuttavia la realizzazione delle prescrizioni normative richiede necessariamente l'intervento del legislatore nazionale.

IL MODERNO CONCETTO DI DIRITTO ALL'OBLIO NELLA SOCIETÀ DIGITALE

di Gaia Picariello

SOMMARIO: 1. Il diritto all'oblio nella Costituzione. – 2. Il codice e la giurisprudenza in materia di protezione dei dati personali. - 3. Conclusioni.

Abstract: The modern concept of privacy has changed with the emergence of the digital society. In fact, the right to be forgotten is no longer understood as a «moment of definitive breaking of the social bond, but as a way to freely rebuild this bond». Consequently, the right to be forgotten, in addition to concerning the person in his subjectivity, also takes into account his projection in society.

1. Il diritto all'oblio nella Costituzione.

Il diritto all'oblio presenta caratteristiche sia di un diritto individuale che di un diritto collettivo. Questo si deduce dal fatto che il moderno concetto di privacy è cambiato con l'affermarsi della società digitale. Il diritto all'oblio non lo si intende più, infatti, come «*momento di definitiva rottura del legame sociale, ma come via per ricostruire liberamente tale legame*». Di conseguenza il diritto all'oblio, oltre a riguardare la persona nella sua soggettività, tiene conto anche alla sua proiezione nella società. Stessi requisiti presenta il diritto all'identità personale, inteso come il diritto ad essere descritti come si è attualmente, sintesi dei cambiamenti avvenuti con il passare del tempo. Il diritto alla privacy permette il controllo, e l'eventuale blocco, della diffusione di un fatto personale; quello all'identità personale consente tali operazioni solo se si corre il rischio di poter danneggiare l'immagine pubblica della persona coinvolta. Entrambe le situazioni, quindi, riguardano la divulgazione pubblica di notizie personali. Tali posizioni giuridiche permettono di studiare il fondamento costituzionale del diritto all'oblio. Al riguardo si è detto, infatti, che «*il collegamento [...] tra diritto alla riservatezza e diritto all'oblio passa per il diritto all'identità personale*» concepita come «*la matrice prima del diritto all'oblio*». Sia il diritto alla privacy che quello

all'identità personale trovano, peraltro, la loro ragion d'essere nell'art. 2 della Costituzione, quest'ultimo si riferisce a tutte quelle situazioni soggettive con cui il singolo si esprime nella società. Passando alla tutela specifica del diritto all'oblio è opportuno fare un ragionamento. Considerato il suo carattere trasversale, posto a metà strada tra un diritto individuale ed un diritto sociale, tra il diritto alla riservatezza e il diritto all'identità personale, il diritto all'oblio non può essere più tutelato con i soli diritti costituzionali (combinati tra loro), posti a garanzia della riservatezza. L'art. 13, comma 3, della Costituzione, tutelando il principio della riservatezza, intesa come garanzia da ogni tipo di aggressione fisica e psichica, quindi come protezione della sfera più intima della persona rappresenta un valido punto di partenza. Il diritto all'oblio, come barriera protettiva nei confronti dei ricordi passati che potrebbero incidere negativamente sulla libertà di autodeterminazione del singolo, mantiene uno stretto rapporto col concetto di riservatezza. Ciò permette un collegamento, in termini di tutela, anche con altri articoli della Costituzione. L'art 27, comma 3, Cost. protegge il condannato dal rievocare fatti datati senza che ve ne sia un effettivo interesse sociale. Questo ostacolerebbe il reinserimento della persona nella società. Il diritto all'oblio, inoltre, rappresenta l'effetto diretto della corretta applicazione dei principi generali del diritto di cronaca, sulla base dei quali non può essere diffusa una notizia che non ha un reale interesse pubblico, né può essere ripubblicato un fatto non più attuale. Di conseguenza è possibile far derivare il diritto in esame anche dall'art. 21 della Costituzione, il quale sancisce la libertà di pensiero e disciplina il derivato diritto di cronaca. Queste considerazioni portano a riconoscere che il fondamento costituzionale del diritto all'oblio non è più riconducibile ai soli principi posti a garanzia della riservatezza. Si fa, infatti, riferimento ai principi fondamentali della Carta Costituzionale: nello specifico è l'art. 3, comma 1, a rappresentare il punto nevralgico della tutela di questa materia. Recitando «*Tutti i cittadini hanno pari dignità sociale e sono eguali davanti alla legge, senza distinzione di sesso, di razza, di lingua, di religione, di opinioni politiche, di condizioni personali e sociali*» esso pone l'accento sul tema della tutela della dignità umana. Tale concetto rappresenta, quindi, l'elemento principale attorno a cui ruotano tutti quei diritti strettamente collegati allo sviluppo dell'individuo. Le diverse espressioni della personalità, nonostante godano di autonoma e differente garanzia, sono infatti ricollegabili all'ampia sfera della dignità dell'individuo: non può esserci una garanzia dell'identità personale senza garanzia della dignità della persona. Al riguardo è stato scritto: «*nella sua*

dimensione individuale la dignità si traduce nel diritto del singolo a vedere, comunque, rispettata la propria reputazione, il proprio buon nome, a non essere discriminato a causa dei propri orientamenti e dei propri stili di vita. Sussiste, pertanto, un rapporto di complementarità tra il principio di dignità e il principio personalistico, inteso nella moderna accezione di libero sviluppo della persona».

2. Il codice e la giurisprudenza in materia di protezione dei dati personali.

La normativa italiana disciplina il diritto all'oblio attraverso il Codice della Privacy entrato in vigore il 1° gennaio 2004, al fine di consentire una nuova concezione e disciplina dei diritti della persona. Prima di questo codice la normativa di riferimento era la Direttiva Europea 95/46. La Corte di giustizia delle Comunità europee, facendo riferimento ad essa, riconosceva la presenza di alcune disposizioni direttamente applicabili negli Stati membri. Tra queste vi era l'art. 6, n. 1, lett. c), secondo cui gli Stati membri dispongono che i dati personali debbano essere *«adeguati, pertinenti e non eccedenti rispetto alle finalità per le quali vengono rilevati e/o per le quali vengono successivamente trattati»*; lett. e) secondo cui i medesimi dati devono essere *«conservati in modo da consentire l'identificazione delle persone interessate per un arco di tempo non superiore a quello necessario al conseguimento delle finalità per le quali sono rilevati o sono successivamente trattati. Gli Stati membri prevedono garanzie adeguate per i dati personali conservati oltre il suddetto arco di tempo per motivi storici, statistici o scientifici»*. Tuttavia, tale normativa non indicava regole specifiche, piuttosto enunciava semplici principi, la cui applicazione era affidata alla discrezionalità della legislazione e giurisdizione dei singoli stati. L'Italia, infatti, dovendo recepire tale direttiva, redige il testo di legge n. 675 introdotto nell'ordinamento il 31 dicembre 1996, recante le disposizioni sul trattamento dei dati personali, grazie alla quale non solo si istituì la figura del Garante per la protezione dei dati personali ma soprattutto si regolamentarono due figure quali il diritto alla riservatezza e quello all'identità personale. In particolare, il testo di legge conteneva due disposizioni normative che disciplinavano una sorta di diritto all'oblio. Queste disposizioni erano precisamente l'art. 9, comma 1, lettera e), che stabiliva che i dati personali oggetto di trattamento dovevano essere *“conservati in una forma che consenta l'identificazione dell'interessato*

per un periodo di tempo non superiore a quello necessario agli scopi per i quali essi sono stati raccolti o successivamente trattati"; e l'art. 13 comma 1, lettera c), numero 1, secondo il quale *"in relazione al trattamento di dati personali l'interessato [aveva] diritto (...) di ottenere, a cura del titolare o del responsabile, senza ritardo la conferma dell'esistenza o meno di dati personali che lo riguardano, anche se non ancora registrati, e la comunicazione in forma intellegibile dei medesimi dati e della loro origine, nonché della logica e delle finalità su cui si basa il trattamento (...)".* Grazie a questa legge a tutela della privacy è stata superata la concezione tradizionale di essa come *"diritto ad essere lasciati soli"* e si è giunti a configurare la possibilità di accedere alle informazioni che riguardano la propria persona al fine di controllare la correttezza della loro acquisizione, correggere gli eventuali errori, sorvegliarne l'impiego nel corso del tempo. Da questo presupposto legislativo, quindi, partirono le prime pronunzie della giurisprudenza: tra queste importante fu una decisione del Tribunale di Roma che cerco' di dare una prima definizione del diritto all'oblio definendolo come: *"la situazione giuridica della quale si invoca la tutela cautelare appare identificabile in quello che nei paesi anglosassoni è definito "right to be let alone" e dalla giurisprudenza d'oltralpe come "droit à l'oubli" (diritto all'oblio).* Successivamente con una sentenza del 1998 la Corte di Cassazione ha affrontato il caso di un soggetto imputato di reati di associazione mafiosa che, nonostante fosse stato assolto, ha trovato pubblicato dopo molti anni un articolo che riportava all'attenzione mediatica delle sue spiacevoli vicende passate, senza menzionare l'assoluzione. Secondo la Corte, e secondo consolidata giurisprudenza *"la divulgazione di notizie che arrecano pregiudizio all'onore e alla reputazione deve, in base al diritto di cronaca, considerarsi lecita quando ricorrono tre condizioni: la verità oggettiva della notizia pubblicata; l'interesse pubblico alla conoscenza del fatto; la correttezza formale dell'esposizione".* Di conseguenza, per accertare la veridicità di quanto pubblicato *"il giornalista ha l'obbligo, non solo di controllare l'attendibilità della fonte, ma anche di accertare e di rispettare la verità sostanziale di fatti rispetto alla notizia".* La Corte a fronte del ragionamento di cui sopra, oltre a concludere che quindi l'omissione di fatti rilevanti relativi ad una vicenda giudiziaria idonea a recare pregiudizio all'onore di un soggetto costituisce, o un atto diffamatorio, o ancor più una violazione del diritto alla reputazione, ha aggiunto che *"viene invece in considerazione un nuovo profilo del diritto di riservatezza recentemente definito anche come diritto all'oblio inteso come giusto interesse di ogni persona a non restare indeterminatamente esposta ai danni ulteriori che arreca al suo*

onore e alla sua reputazione la reiterata pubblicazione di una notizia in passato legittimamente divulgata. Quando il fatto precedente per altri eventi sopravvenuti ritorna di attualità, rinasce un nuovo interesse pubblico alla informazione, non strettamente legato alla contemporaneità fra divulgazione e fatto pubblico che si deve bilanciare con quel principio, adeguatamente valutando la ricorrente correttezza delle fonti di informazione”. In Italia, per permettere una nuova concezione e regolamentazione dei diritti della persona è stato emanato il Codice della privacy. I suoi nuovi principi hanno inciso sulle considerazioni dei giudici, i quali hanno iniziato a ragionare su quanto il diritto alla riservatezza sui dati dell’individuo abbia cambiato il significato del termine privacy. Esso non consiste più nel «nascondere» notizie personali. Ma mira a determinare l’esatta pertinenza dei fatti descritti alla situazione in cui in questo momento la persona si trova. Questo diverso approccio ha inciso sul concetto di diritto all’oblio, il quale è stato oggetto di una positivizzazione, di una normalizzazione, e di una maggiore garanzia determinata attraverso i sistemi di tutela previsti dalla norma. Il Codice sulla protezione dei dati personali regola, per così dire, il “*ciclo della vita del dato*”, nascita, trattamento, controllo e infine morte.

3. Conclusioni

La memoria ha da sempre avuto un ruolo centrale nella vita del singolo, senza di essa non saremmo in grado di svolgere azioni consequenziali e proiettarci nel futuro. Jonathan K. Foster afferma «*siamo ciò che ricordiamo*». “*Parallelamente all’atto di ricordare è altrettanto utile considerare quello del dimenticare che, in modo speculare a quanto fa la memoria, ci permettere di reggere il peso del passato e di programmare il futuro*”. Ed è sulla base di questo connubio tra memoria e oblio che l’individuo riesce a costruire la sua identità personale. Nell’era predigitale dati e informazioni avevano un raggio di diffusione circoscritto al luogo in cui l’individuo esercitava le sue azioni quotidianamente. L’avvento dei media tradizionali (fotografia, stampa ed in seguito cinema e televisione) ha aumentando la capacità di riproduzione e diffusione di informazioni. E’ nato così, un rapporto destinato ad una continua evoluzione, quello tra individuo e media. Ulteriori modifiche si sono avute con l’avvento di Internet. La rete ha consentito la perdita della normale successione diacronica che si viene a creare tra passato e presente, permettendo al suo interno la permanenza di informazioni in una dimensione quasi di eterno presente. Qualsiasi contenuto circolante in rete resta accessibile nel tempo e fruibile da tutti, il tutto fino alla sua rimozione. Attori del libero

accesso ai contenuti immersi in rete sono i motori di ricerca, il cui utilizzo permette ad una platea sempre più vasta l'utilizzo di informazioni altrui, consentendone così una nuova, diffusione. Questo nuovo *status quo*, caratterizzato da una smisurata quantità di informazioni online relative al nostro passato si fa portatore di una serie di rischi. *In primis* la sovrabbondanza di notizie accessibili attraverso i sistemi di ricerca, in virtù dei suoi elevati livelli di frammentazione e decontestualizzazione, determina il venir meno della dimensione cronologica nella quale dovrebbero svilupparsi le notizie. Questo rischia così di compromettere l'immagine attuale di una persona per il solo fatto di concedere a chiunque di accedere e diffondere nel tempo informazioni altrui datate, quindi decontestualizzate. Un secondo aspetto da prendere in considerazione è quello che riguarda il continuo uso dell'informazione da parte di chi, costantemente interconnesso, tende ad ottenere il maggior grado di controllo sulle proprie informazioni circolanti in rete. Pertanto, in un quadro sempre più complesso va ad inserirsi l'istituto del diritto all'oblio (o diritto ad essere dimenticati). Esso va inquadrato come un nuovo strumento giurisprudenziale che può permettere alla persona interessata di apparire com'è oggi, senza alcun tipo di pregiudizio passato. Ciò determina che i tratti della personalità vengano ricostruiti coerentemente con le attuali condizioni della persona, consentendo di tralasciare riferimenti passati. Questo nuovo istituto, il diritto all'oblio, deriva dall'esigenza di diminuire la diffusione di eventuali pregiudizi, favorita da meccanismi di funzionamento propri dei mezzi di comunicazione che, di default, favoriscono implicazioni dirette nella vita di un individuo, causando la perdita della propria privacy. Preoccupati per le conseguenze lesive di una ormai illimitata e costante disponibilità di informazioni (tipica sia nei vecchi che nei nuovi media), i giuristi hanno così voluto dare rilievo alla profonda trasformazione che il concetto di memoria ha subito nel tempo. Da qui la necessità di emanare norme finalizzate a salvaguardare il diritto alla riservatezza della persona, dando forma al diritto ad essere dimenticati.

NOMADISMO DIGITALE: PROFILI DI DISCIPLINA DI UN NUOVO APPROCCIO AL LAVORO.

di Irene Del Gaudio

SOMMARIO: 1. I nomadi digitali – 2. Nomadi digitali e *smart working* – 3. Il nomadismo digitale nell'ordinamento italiano. – 4. Qualche problema interpretativo – 4.1 Profili fiscali – 4.2 Profili previdenziali – 5. Norme applicabili al rapporto di lavoro con elementi di internazionalità. 6- Profili di valutazione in ordine alla privacy del nomade digitale.

Abstract: This work explains the concept of "digital nomads", i.e. very particular workers, whose essential characteristic consists of not having any physical relationship with one's employer or in any case with the recipient of the service.

1. I nomadi digitali.

I *nomadi digitali* sono in crescita costante⁶⁶. Si tratta di lavoratori del tutto particolari, la cui caratteristica essenziale consiste di non aver alcun rapporto *fisico* con il proprio datore di lavoro o comunque con il destinatario della prestazione. Il nomade digitale è tendenzialmente un lavoratore altamente qualificato, in prevalenza autonomo – ma oggi anche subordinato – italiano o straniero, in grado di svolgere la propria attività di lavoro in piena autonomia da un luogo che non coincide necessariamente, né con la propria residenza abituale, né tantomeno con il proprio paese di origine⁶⁷. La connessione che consente la trasmissione della prestazione lavorativa ed il suo impiego da parte del creditore sono di natura puramente virtuale, sfruttando la *rete*, e dunque la trasmissione di dati che costituiscono l'oggetto principale della prestazione avviene in via digitale, mediante una interazione virtuale.

Da un punto di vista sociologico e statistico i *nomadi digitali* sono per lo più professionisti specializzati e con alti livelli di istruzione (laurea, master o dottorato).

⁶⁶ “*A brother abroad*” – un sito che si occupa di dare supporto e condividere esperienze con altri nomadi digitali – che ha analizzato 63 statistiche e oltre 4mila risposte a sondaggi effettuati nelle diverse comunità di nomadi digitali di lingua inglese in tutto il mondo – ha recentemente stimato un numero di circa 35 milioni di persone che lavorano in questo modo.

⁶⁷ Cfr. G. SPOLVERATO, *Tempo ritrovato tra lavoro e vacanza: nomadi digitali in Italia*, in «*Laborability.com*».

Sebbene il fenomeno debba essere distinto, come vedremo, dal cd. *lavoro agile*, è indubitabile che la remotizzazione del lavoro abbia avuto un'accelerazione importante durante la pandemia, quando anche interi settori, generalmente meno sensibili all'innovazione tecnologica ed al mutamento del proprio approccio al lavoro, come il pubblico impiego, hanno necessariamente dovuto confrontarsi con la necessità di prestare lavoro usufruendo di modalità che non imponessero la presenza in un luogo fisico.

Molte aziende, negli ultimi anni, hanno deciso di offrire la possibilità di un lavoro completamente indipendente dalla individuazione di una sede lavorativa anche ai propri lavoratori subordinati.

La *rivoluzione nomade* è iniziata, in alcuni casi, per consentire ai lavoratori di rientrare nei paesi di origine durante la pandemia (come accaduto con *Spotify*). Successivamente sono stati avviati progetti di lavoro da remoto, dando la possibilità al personale di scegliere di lavorare a distanza per periodi definiti, anche unendo le proprie ferie e scegliendo, ad esempio, soggiorni anche prolungati in luoghi di vacanza come le città d'arte, i piccoli borghi, le isole.

In Italia sono state aperte, nell'ultimo periodo, anche alcune piattaforme dedicate, tra le quali *Remote Year*, *Unsettled*, *Nomad Cruise*. *Airbnb* ha recentemente comunicato ai propri dipendenti, quale innovazione del proprio modello organizzativo, la possibilità di lavorare da 170 paesi nel mondo per un periodo massimo di 90 giorni nell'arco dell'anno. A Venezia è ormai attiva da tempo la piattaforma *Venewhere*.

La mancanza di una sede di lavoro in senso tecnico, oltre naturalmente a garantire - almeno apparentemente - una maggiore libertà da un punto di vista della prestazione lavorativa e, talvolta, da influire non solo sul luogo di adempimento dell'obbligazione, ma anche sull'orario di lavoro, pone tuttavia una serie di questioni giuridiche in relazione alla regolamentazione del rapporto e, più in generale, della valutazione di alcuni profili non ancora oggetto di una specifica disciplina da parte dell'ordinamento.

2. Nomadi digitali e smart working.

Le difficoltà di inquadramento giuridico rendono probabilmente più semplice, in premessa, definire il nomadismo digitale individuando le sue caratteristiche *a contrario*, dal raffronto con modelli organizzativi simili.

E difatti, nonostante sia istintivo, in sede ermeneutica, immediatamente far riferimento al *lavoro agile o smart working*, disciplinato dagli artt. 18 ss. della legge n.

81/2017 va precisato che il *nomadismo digitale* non appare immediatamente ad esso sovrapponibile⁶⁸.

Il lavoro agile è espressamente definito dagli artt. 18 ss. della legge n. 81/2017 “*quale modalità di esecuzione del rapporto di lavoro subordinato stabilita mediante accordo tra le parti, anche con forme di organizzazione per fasi, cicli e obiettivi e senza precisi vincoli di orario o di luogo di lavoro, con il possibile utilizzo di strumenti tecnologici per lo svolgimento dell'attività lavorativa*”.

La norma, poi, continua precisando (art. 18, comma primo, legge 81/2017) che “[...] *la prestazione lavorativa viene eseguita, in parte all'interno di locali aziendali e in parte all'esterno senza una postazione fissa, entro i soli limiti di durata massima dell'orario di lavoro giornaliero e settimanale, derivanti dalla legge e dalla contrattazione collettiva*”.

Al secondo comma dello stesso articolo si osserva, in un'ottica evidentemente permeata dalla considerazione dello *smart working* come modalità di adempimento di una prestazione di lavoro subordinato che “[...] *Il datore di lavoro è responsabile della sicurezza e del buon funzionamento degli strumenti tecnologici assegnati al lavoratore per lo svolgimento dell'attività lavorativa*”. È dunque palese la sostanziale differenza intercorrente tra il *lavoro agile* e il *nomadismo digitale*.

In effetti, pur prescindendo dalla valutazione in ordine all'*accordo tra le parti*, che potrebbe in alcune circostanze caratterizzare anche il rapporto del nomade digitale con il fruitore della sua prestazione, certamente in molti dei fenomeni generalmente ricompresi nella nozione appare spesso carente il presupposto della “subordinazione”, invece richiesto dalla normativa sullo *smart working*. Ancora sembra del tutto assente, nel caso del rapporto di lavoro del *nomade digitale*, la necessità di esecuzione della prestazione “*in parte all'interno dei locali aziendali*”, peraltro entro i soli “*limiti di durata massima dell'orario di lavoro giornaliero e settimanale, derivanti dalla legge e dalla contrattazione collettiva*”, connotato che esplicita con chiarezza la natura subordinata della prestazione e ne consente una regolamentazione anche con riguardo al “*diritto alla disconnessione*”.

Ma molti dei rapporti di lavoro ricondotti alla categoria del *nomadismo digitale* appaiono in realtà carenti dei requisiti appena indicati, che non di meno influenzano incisivamente la possibile regolamentazione del rapporto, sia in chiave normativa, sia

⁶⁸ Cfr. E. E. BOCCAFURNI, *Riconoscimento legale del “nomadismo digitale”*, in *Dir. Prat. Lav.*, 25, 2022, p. 1599.

sulla base della contrattazione collettiva, non a caso espressamente richiamata dall'art. 18 cit. quale fonte di integrazione del contenuto contrattuale.

Tuttavia, non costituendo essi una *categoria chiusa o tipica*, normativamente determinata, qualora i rapporti instaurati dal nomade digitale siano assimilabili a quelli prefigurati dalla normativa in materia di *lavoro agile*, potrebbe ad essa farsi riferimento, almeno in via analogica, per ricavarne una plausibile regolazione del rapporto.

3. Il nomadismo digitale nell'ordinamento italiano.

La considerazione del fenomeno del nomadismo digitale nell'ordinamento giuridico italiano non deriva, in realtà, da una scelta di regolamentazione analitica della prestazione di lavoro, né tanto meno dalla individuazione di profili di tutela per il lavoratore, ma piuttosto da una considerazione primaria dell'interesse dello Stato ad agevolare la permanenza sul territorio dei lavoratori digitali stranieri, sia per vantaggi in termini di incremento al turismo, sia per i possibili benefici fiscali derivanti all'erario.

È difatti primariamente per regolare l'immigrazione dei nomadi digitali che è stata introdotta una disciplina normativa del nomadismo digitale.

Il cosiddetto “*Decreto Sostegni-ter*” (Decreto-Legge 27 gennaio 2022, n. 4, convertito con modificazioni dalla L. 28 marzo 2022, n. 25), modifica, infatti, il d. l.vo 25 luglio 1998, n. 286, (cd. *testo unico per l'immigrazione*), ed in particolare l'art. 27, dedicato all’ “*ingresso di lavoro in casi particolari*”, che rinvia a vantaggiose modalità e termini specifici per il rilascio delle autorizzazioni al lavoro, dei visti di ingresso e dei permessi di soggiorno per lavoro subordinato, a favore di alcune categorie di lavoratori stranieri, inserendo tra questi, alla lettera *q bis*), anche i “*nomadi digitali e lavoratori da remoto, non appartenenti all'Unione europea*”.

La norma introduce poi il comma *sexies* all'art. 27 d. l.vo 286/1998. La disposizione si occupa di principalmente di definire la categoria, descrivendo i nomadi digitali come “*cittadini di un Paese terzo che svolgono attività lavorativa altamente qualificata attraverso l'utilizzo di strumenti tecnologici che consentono di lavorare da remoto, in via autonoma ovvero per un'impresa anche non residente nel territorio dello Stato italiano*”.

Per tali soggetti: “*nel caso in cui svolgano l'attività in Italia, non è richiesto il nulla osta al lavoro e il permesso di soggiorno, previa acquisizione del visto d'ingresso, è rilasciato per un periodo non superiore a un anno, a condizione che il titolare abbia la disponibilità di un'assicurazione sanitaria, a copertura di tutti i rischi nel*

territorio nazionale, e che siano rispettate le disposizioni di carattere fiscale e contributivo vigenti nell'ordinamento nazionale”.

La norma rinvia poi ad un: *“decreto del Ministro dell'interno, di concerto con il Ministro degli affari esteri e della cooperazione internazionale, con il Ministro del turismo e con il Ministro del lavoro e delle politiche sociali”*, per definire *“le modalità e i requisiti per il rilascio del permesso di soggiorno ai nomadi digitali, ivi comprese le categorie di lavoratori altamente qualificati che possono beneficiare del permesso, i limiti minimi di reddito del richiedente nonché le modalità necessarie per la verifica dell'attività lavorativa da svolgere”*.

La definizione normativa appare certamente di natura settoriale, proprio perché finalizzata a regolare il fenomeno soprattutto sotto il profilo della regolarizzazione dei lavoratori sotto il profilo della legislazione in materia di immigrazione. Non di meno, per il rispetto di un elementare principio di non contraddizione dell'ordinamento nel suo complesso, è del tutto evidente che da essa possono trarsi indicazioni di carattere più generale.

Ovviamente, in relazione alle sue finalità specifiche, all'esclusione dalla categoria dei cittadini italiani o europei non può attribuirsi alcun valore in ordine alla legittimità del rapporto di lavoro quando i nomadi digitali non siano cittadini di paesi terzi. Di conseguenza, sul piano della regolarizzazione, per coloro che siano in possesso della cittadinanza europea, non si presenta alcuna difficoltà, dal momento che non occorre che essi ottengano alcun visto o autorizzazione, stante il principio, di matrice comunitaria, di libertà di circolazione dei cittadini (*rectius*: dei lavoratori).

I cittadini di Paesi Terzi possono, in applicazione della nuova disciplina, liberamente esercitare la propria professione in Italia, potendo fare ingresso nel nostro Paese mediante una procedura agevolata; per l'ottenimento di un permesso di soggiorno annuale - o meglio un *nulla osta* -, è necessario unicamente che si muniscano di una polizza assicurativa a copertura totale e rispettino gli obblighi fiscali e contributivi.

La disposizione si presenta fortemente innovativa rispetto alla normativa previgente che, invece, imponeva che i cittadini extraeuropei, non potendo ottenere un visto lavorativo, dovessero richiedere per un visto di breve durata, specificamente di tipo turistico, la cui scadenza era stabilita in novanta giorni.

Più in generale, sembra evidente una scelta precisa del legislatore per il tipo di attività esercitata, definita *“altamente qualificata”*, e per una caratteristica del rapporto

improntata ad un'autonomia spinta del lavoratore, anche quando egli lavori per una impresa che non sia residente sul territorio italiano.

Va in ogni caso osservato che, secondo la norma che modifica il testo unico in materia di immigrazione, la disciplina di dettaglio per la regolamentazione della permanenza in Italia del nomade digitale è demandata, come osservato, ad un decreto interministeriale, con il quale dovranno essere definiti:

- le modalità e i requisiti per il rilascio del permesso di soggiorno ai nomadi digitali;
- le categorie di lavoratori altamente qualificati che possono beneficiare del permesso;
- i limiti minimi di reddito del nomade digitale richiedente;
- le modalità necessarie per la verifica dell'attività lavorativa da svolgere.

Ne deriva che alcuni dei profili di disciplina, certamente di non poco rilievo, dovranno ancora essere definiti e potrebbero contribuire ad una chiarificazione anche del tipo di rapporto lavorativo, oltre che della sua disciplina di diritto pubblico.

4. Qualche problema interpretativo.

Il modello organizzativo prefigurato dalla norma, sebbene sia stato introdotto originariamente per soddisfare le esigenze di cittadini extraeuropei, trova un'applicazione sempre più frequente anche ai cittadini italiani ed europei, in ragione della flessibilità e dei costi ridotti che lo caratterizzano. Il “Secondo Rapporto sul Nomadismo Digitale in Italia”⁶⁹, difatti, testimonia che il fenomeno è in crescita, ed interessa professionisti appartenenti a tutti i settori: a partire da quello della comunicazione, fino a giungere a quelli dell'istruzione o dell'IT.

In particolare, dal *Rapporto* emerge che i lavoratori che ancora non hanno fatto esperienza di nomadismo digitale, hanno manifestato la loro disponibilità per aderire a questo tipo di modello organizzativo, dichiarando di prediligerlo perché consente di lavorare da realtà “*marginali e periferiche*”, il cui tenore di vita è considerato, dagli intervistati, qualitativamente migliore rispetto ai grandi centri cittadini. È dunque indispensabile dunque qualche riflessione in relazione ad alcuni, fondamentali, profili di disciplina. Un primo aspetto riguarda la normativa fiscale, contributiva e contrattuale

⁶⁹ Secondo Rapporto sul Nomadismo Digitale in Italia, realizzato dall'Associazione Italiana Nomadi Digitali ETS, Aprile 2022 in www.nomadidigitali.it

applicabile, ma qualche riflessione merita anche il tema della *privacy online*. Più specificamente, vengono in considerazione le criticità legate alla complessità delle normative contrattuali, fiscali e burocratiche italiane, ritenute inadeguate per le esigenze di flessibilità insite nel modello di remote work.

Una valutazione complessiva dei profili fiscali e contributivi legati al nomadismo digitale suggerisce un giudizio complesso: da un lato appare evidente il tentativo di attrarre nuovi contribuenti nel territorio italiano, dall'altro residuano alcune criticità.

4.1 Profili fiscali.

In premessa va osservato che il regime fiscale che regola l'imposizione nel nostro ordinamento prevede l'assoggettamento contributivo per il residente sul territorio nazionale per più di 183 giorni. Peraltro, secondo il principio fiscale di territorialità, ribadito nella Convenzione OCSE, le retribuzioni derivanti da attività dipendenti vengono calcolate come imponibili nello Stato in cui esse si svolgono, a tal fine rilevando una concezione materiale dello stesso, che lo individua nel luogo fisico⁷⁰ ove si trova il dipendente⁷¹.

D'altronde, la medesima innovazione legislativa contenuta nell'art. 6 *quinquies* D.L. 27.1.2022, n. 4, convertito con modificazioni dalla L. 28.3.2022, n. 25, chiarisce a sufficienza l'intento legislatore, che appresta una procedura burocratica semplificata purché il nomade digitale adempia agli obblighi fiscali, pena l'esclusione del "nulla osta" richiesto. La misura dovrebbe garantire un aumento delle entrate pubbliche derivanti dalla tassazione imposta sulle professioni svolte da cittadini extra-UE (o italiani) in territorio Italiano ma alle dipendenze di un'impresa con sede all'Estero, con evidenti benefici erariali. In effetti, il Ministero delle Finanze, nella circolare n. 207/2000, ha precisato che i giorni di ferie, le festività, i riposi settimanali e gli altri giorni non lavorativi vengono considerati, per intero, giorni utili alla determinazione della retribuzione dello Stato in cui viene prestata in via prevalente l'attività lavorativa. Ma, se ciò che rileva "*è il luogo in cui fisicamente viene svolta l'attività lavorativa, a*

⁷⁰ Cfr., Ministero delle Finanze, circolare 16 novembre 2000, n. 207 e Agenzia delle Entrate, circolare 23 maggio 2017, n. 17/E, secondo la quale "*ciò che rileva è il luogo in cui fisicamente viene svolta l'attività lavorativa, a prescindere dal fatto che la stessa sia resa a beneficio di un datore di lavoro estero*".

⁷¹ Sul punto cfr. S. LUCANTONI, *Il nomadismo digitale: una nuova disposizione e tanti problemi*, in www.lavorosi.it.

prescindere dal fatto che la stessa sia resa a beneficio di un datore di lavoro estero”⁷², i nomadi digitali saranno tenuti al pagamento delle tasse allo Stato Italiano⁷³.

Non può tuttavia escludersi, per quanto osservato in precedenza, che – nonostante, ovviamente, non sia considerato dalla normativa di settore in materia di immigrazione - il nomade digitale sia in realtà un cittadino italiano. Quest’ultimo non sarà sottoposto al regime fiscale italiano unicamente se soggiorna in uno Stato straniero per più di 180 giorni. In caso contrario, e nell’ipotesi in cui la retribuzione sia corrisposta da datore di lavoro non residente nell’altro Stato o l’onere delle retribuzioni non sia sostenuto da una stabile organizzazione del datore di lavoro residente nell’altro Stato, il nomade digitale italiano sarà in ogni caso soggetto all’imposizione fiscale del nostro Paese.

4.2. Profili previdenziali.

Come osservato la novella al testo unico sull’immigrazione richiede l’adempimento, da parte del nomade digitale proveniente da un Paese Terzo, di un obbligo previdenziale mediante la dimostrazione della stipulazione di un’assicurazione sanitaria privata.

È stato tuttavia osservato che non è chiaro come l’assicurazione sanitaria privata interferirà sul principio di territorialità di cui al D.P.R. n. 1124/1965 e sul sistema delle Convenzioni internazionali stipulate tra l’Italia con alcuni Paesi extraeuropei per la sicurezza sociale⁷⁴.

In effetti alcune Convenzioni richiedono la cd. “parità di trattamento”, prevedendo che ciascuno degli Stati contraenti riconosca ai cittadini dell’altro, operanti sul proprio territorio nazionale, i medesimi diritti riservati ai propri cittadini o l’applicabilità della legislazione di sicurezza sociale del luogo dove viene effettivamente svolto il lavoro. Va comunque osservato che, in base al principio di territorialità, hanno innanzitutto diritto alla tutela infortunistica e tecnopatica tutti i lavoratori (anche migranti) che prestino effettivamente sul territorio italiano una delle attività lavorative indicate come particolarmente rischiose e, quindi, meritevoli di tutela. In tal caso, è stato osservato, ai fini del riconoscimento della tutela infortunistica, *ex art. 38 Cost.*, devono essere ritenute irrilevanti la nazionalità e la cittadinanza del lavoratore.

⁷² Cfr. S. CIVARDI, R. SANTE SMILARI e A. VAGNARELLI, *Tasse da pagare nel luogo in cui si lavora*, in *Il Sole 24 Ore*, 19 aprile 2022.

⁷³ È il dettato della Circolare MEF 23 maggio 2017, citata in nota 5.

⁷⁴ Sul punto, E. E. BOCCAFURNI, *Riconoscimento*, cit., p. 1598.

Più specificamente, sul piano previdenziale, la regolamentazione del rapporto passa attraverso l'individuazione della normativa applicabile di volta in volta, distinguendo a seconda che si tratti di lavoratori provenienti da Paesi appartenenti all'Unione Europea, extraeuropei che abbiano stipulato una convenzione con l'UE oppure, da ultimo, extraeuropei che non abbiano siglato alcun tipo di convenzione.

Nel primo e nel secondo caso, ovvero quando il lavoratore provenga da un Paese UE o extra UE che abbia pattuito una convenzione in materia di previdenza sociale, sarà applicabile la legislazione individuata sulla base del criterio di territorialità, cioè quella del luogo fisico in cui l'attività lavorativa viene svolta: nel caso di nomadi digitali italiani, che lavorano in Italia la legislazione di riferimento è dunque quella nazionale, similmente al caso in cui il nomade digitale sia straniero, ma il Paese da cui proviene abbia stipulato una convenzione con l'Italia.

Dal momento che – per definizione – il nomade digitale è un soggetto in continuo movimento, potrebbe verificarsi l'ipotesi che egli lavori da più Paesi nel corso di un periodo determinato. In questo caso dovrebbe applicarsi la legge dello Stato di residenza o la legge dello Stato in cui il datore ha la sede legale⁷⁵.

Qualora, poi, il dipendente svolga la propria professione in più Paesi, sarà necessario individuare lo Stato di residenza del lavoratore o quello in cui si trova la sede legale del datore di lavoro per stabilire la legge applicabile.

Nel caso terzo caso, invece, ovvero quando si tratti extraeuropei che non abbiano siglato alcun tipo di convenzione, la fattispecie risulta regolata dal D.L. 31 luglio 1987 n. 317- conv. in L. 3 ottobre 1987, n. 398 (*“Norme in materia di tutela dei lavoratori italiani operanti nei Paesi extracomunitari e di rivalutazione delle pensioni erogate dai fondi speciali gestiti dall'INPS”*), che stabilisce all'art. 1 l'obbligatorietà dell'iscrizione dei lavoratori ai regimi previdenziali ed assicurativi previsti in Italia: il calcolo dei contributi previdenziali avverrà, dunque, sulla base di convenzioni fissate con decreto del Ministro del Lavoro, di concerto col Ministro dell'economia. Le retribuzioni vengono determinate con riferimento a quanto previsto dai contratti collettivi nazionali di categoria.

⁷⁵ Cfr., letteralmente, S. LUCANTONI, *Il nomadismo*, cit., loc. cit.

5. Norme applicabili al rapporto di lavoro con elementi di internazionalità.

L'ipotesi di un rapporto di lavoro che si svolga in più di un Membro nazionale in ambito europeo è oggetto di disciplina da parte del Regolamento (CE) n. 593/2008 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 17 giugno 2008, sulla legge applicabile alle obbligazioni contrattuali (cd. Roma I).

L'art. 8 del Regolamento Roma I, dedicato ai “Contratti individuali di lavoro” prevede, innanzitutto che un contratto di lavoro, in ossequio al principio della libertà della scelta sancito dall'art. 3 del medesimo Regolamento *è disciplinato dalla legge scelta dalle parti contrattuali*. La scelta, a norma dell'art. 3 del Regolamento, è espressa o risulta chiaramente dalle disposizioni del contratto o dalle circostanze del caso. Le parti possono individuare la legge applicabile a tutto il contratto ovvero a una parte soltanto di esso. La scelta non è immutabile, perché le parti possono convenire, in qualsiasi momento, di sottoporre il contratto ad una legge diversa da quella che lo disciplinava in precedenza, ma qualsiasi modifica relativa alla determinazione della legge applicabile, intervenuta posteriormente alla conclusione del contratto, non ne inficia la validità formale ai sensi dell'articolo 11 e non pregiudica i diritti dei terzi.

Il medesimo articolo 3 del Regolamento dispone che *“Qualora tutti gli altri elementi pertinenti alla situazione siano ubicati, nel momento in cui si opera la scelta, in un paese diverso da quello la cui legge è stata scelta, la scelta effettuata dalle parti fa salva l'applicazione delle disposizioni alle quali la legge di tale diverso paese non permette di derogare convenzionalmente”*.

La scelta operata dalle parti contrattuali di un rapporto di lavoro con elementi di internazionalità, tuttavia, a norma dell'art. 8, comma primo, del Regolamento Roma I, *“non vale a privare il lavoratore della protezione assicurategli dalle disposizioni alle quali non è permesso derogare convenzionalmente in virtù della legge che, in mancanza di scelta, sarebbe stata applicabile”*.

E difatti, in mancanza di una scelta delle parti, il secondo comma dell'art. 8 del Regolamento Roma I prevede che *“il contratto è disciplinato dalla legge del paese nel quale o, in mancanza, a partire dal quale il lavoratore, in esecuzione del contratto, svolge abitualmente il suo lavoro. Il paese in cui il lavoro è abitualmente svolto non è ritenuto cambiato quando il lavoratore svolge il suo lavoro in un altro paese in modo temporaneo”*.

Si tratta, evidentemente di una disposizione di estremo rilievo per individuare, in mancanza di scelta delle parti, la disciplina applicabile al contratto di lavoro del

nomade digitale, purché sia almeno individuabile, nella condotta del lavoro un luogo di “abituale svolgimento” del rapporto lavorativo. La nozione di abitualità, del resto, non coincide necessariamente con la permanenza in luogo senza soluzione di continuità, potendo essere anche individuata sulla base di una valutazione complessiva che induca a ritenere un luogo privilegiato o prevalente per lo svolgimento del rapporto. Q

Quest’interpretazione sembra del resto rafforzata dall’ultimo inciso della norma, che svaluta – ai fini dell’individuazione della disciplina applicabile - il temporaneo allontanamento dal luogo di prestazione abituale.

L’art. 8 cit., tuttavia, dispone anche per il caso in cui, in concreto, il rapporto di lavoro del “*nomade digitale*” sfugga anche ai criteri di individuazione appena accennati.

Il comma terzo della disposizione precisa, infatti che qualora sia impossibile determinare il luogo abituale della prestazione sulla base dei criteri appena enunciati, il contratto di lavoro è disciplinato dalla legge del Paese “*nel quale si trova la sede che ha proceduto ad assumere il lavoratore*”.

In chiusura l’art. 8 del Regolamento Roma I, tuttavia, contiene una clausola che richiama i principi di interpretazione del contratto sanciti - nell’ordinamento nazionale – dagli artt. 1363 e 1366 cod. civ., osservando che la valutazione specifica delle modalità della prestazione nel suo complesso può comunque influenzare l’individuazione della legge applicabile. Se difatti dall’insieme delle circostanze risulta che il contratto di lavoro presenta un collegamento più stretto con un paese diverso da quello individuato sulla base dei criteri appena enunciati, si applica la legge di tale diverso paese.

Sarà dunque necessario verificare, di volta in volta, se lo svolgimento della prestazione da remoto presso uno Stato sia in grado di determinare quel *collegamento più stretto* rispetto al luogo abituale della prestazione in esecuzione del contratto e alla sede di assunzione, “*tale da determinare l’applicazione delle norme imperative vigenti nel Paese in cui ci si trova il lavoratore da remoto o, di volta in volta, il nomade digitale*”⁷⁶. Tra i possibili indicatori del “collegamento più stretto” richiesto dalla norma si è fatto riferimento, tra gli altri, alla durata della permanenza in un determinato Paese e alla pregnanza della smaterializzazione del lavoro rispetto alla postazione fissa.

⁷⁶ Cfr., In tal senso S. LUCANTONI, *Il nomadismo*, cit., loc. cit.

Tale indicazione può essere condivisa, con la precisazione che – come osservato – la nozione di abitualità che parrebbe accolta dall’art. 8, comma secondo, Reg. Roma I, non implica una valutazione anche in ordine alla “continuità” della permanenza. Quanto alla “smaterializzazione” del lavoro rispetto alla postazione fissa, essa sembrerebbe concretizzare addirittura un requisito caratterizzante la prestazione del nomade digitale, dal momento che – come osservato – per espressa disposizione normativa, l’esecuzione della prestazione lavorativa, anche parzialmente presso la sede fisica del datore, sembrerebbe caratterizzare piuttosto la fattispecie del *lavoro agile* (art. 18, comma primo, legge 81/2017)⁷⁷.

La disposizione residuale, che induce - in assenza di elementi idonei ad individuare un luogo abituale per l’esecuzione della prestazione o idonei ad individuare un collegamento più stretto con un determinato Paese - a considerare la sede del datore per l’applicazione della disciplina contrattuale, appare ragionevole ad assicurare un inquadramento normativo minimale al rapporto lavorativo e, in definitiva, ad assicurare una tutela giurisdizionale al nomade digitale.

6. Profili di valutazione in ordine alla privacy del nomade digitale.

Come osservato in premessa, il nomade digitale, come si desume – sul piano descrittivo - dall’art. 6 quinquies del Decreto Sostegni ter, si avvale di strumenti tecnologico informatici per poter svolgere la propria professione a distanza. Conseguentemente, viene in rilievo un ulteriore aspetto riguardante la professione remotizzata: la tutela della privacy in relazione ai possibili controlli a distanza del lavoratore.

Il rischio evidente è che l’utilizzo di dispositivi informatici faciliti un pervasivo e costante controllo del dipendente, azzerando o comunque minimizzando le tutele predisposte dal legislatore, previste per il lavoro erogato secondo modalità “consuete”.

L’individuazione della disciplina applicabile al rapporto di lavoro, evidentemente, influenza anche tale ultimo profilo, dal momento che la normativa nazionale, prevista dalla l. 81/17, all’art. 21 co.1, rimanda ad un accordo individuale tra datore di lavoro e dipendente la definizione dei termini in cui il primo può esercitare i “poteri di controllo” sulla prestazione svolta al di fuori dei luoghi di lavoro, purché conformi alla l. 300/1970.

⁷⁷ “[...] la prestazione lavorativa viene eseguita, in parte all’interno di locali aziendali e in parte all’esterno senza una postazione fissa, entro i soli limiti di durata massima dell’orario di lavoro giornaliero e settimanale, derivanti dalla legge e dalla contrattazione collettiva”.

La disposizione prende essenzialmente in considerazione il modello organizzativo del “lavoro agile”, dal quale, si è evidenziato, differisce l’attività del nomade digitale, non di meno è evidente che l’interesse tutelato, purché il rapporto lavorativo del nomade digitale in concreto sia modellato in modo analogo, appare il medesimo.

Un approccio diverso caratterizza, invece, la disciplina del *telelavoro*, al quale maggiormente sembra accostarsi il nomadismo digitale: l’art. 5 dell’Accordo interconfederale sul telelavoro del 2004, sancisce il principio di proporzionalità degli strumenti di controllo rispetto agli obiettivi perseguiti, imponendo il rispetto del d. lgs. n. 626/94 e della direttiva 92/270/Cee relativa ai videoterminali.

Non si può, tuttavia, tacere in merito alla pervasività degli strumenti informatici che, utilizzati dal lavoratore per portare a compimento la prestazione lavorativa, consentono un livello di controllo e di acquisizione di dati estremamente intenso: si pensi a webcam e telecamere, nonché ai sistemi di rilevazione delle presenze. Si può in effetti affermare che il controllo sia incorporato nell’utilizzo dello stesso strumento informatico⁷⁸. In altre parole, l’evoluzione tecnologica ha esteso al massimo livello la possibilità di monitorare i lavoratori subordinati, spingendosi ben oltre i meccanismi di controllo “tradizionali”, come ad esempio le telecamere (per indicazioni in merito v. la circolare INL 19 febbraio 2018, n. 5).

Dunque, rimane attuale la necessità, quanto agli strumenti di controllo, di operare il trattamento dei dati nel rispetto dei limiti previsto dallo Statuto dei Lavoratori⁷⁹, dovendo preventivamente informare il lavoratore riguardo le modalità e i fini dell’utilizzo dei dati, tenendo conto che il rischio che gli strumenti tecnologici documentino anche attimi di vita quotidiana e privata è effettivamente elevato.

A maggior ragione, viene in rilievo l’ulteriore esigenza, con riguardo ai dati che invece vengono immagazzinati in archivi digitali, di rispettare le disposizioni del GDPR, estende la sua portata applicativa non solo per i *freelance* o le aziende che hanno la propria sede all’interno dell’Unione Europea, ma anche per realtà che hanno sede fuori dall’UE, ma che trattano dati personali di interessati che si trovano nell’Unione. Il GDPR, dunque, regola il trattamento interamente o parzialmente automatizzato di dati personali contenuti in un archivio digitale.

⁷⁸ SITZIA, *Personal computer e controlli “tecnologici” del datore di lavoro nella giurisprudenza*, in *Arg. dir. lav.*, 2017, p. 805, secondo il quale “controllo e sorveglianza sono incorporati nella stessa architettura tecnologica”.

⁷⁹ Stat. lav., art. 4 comma 3: che sancisce che i dati sono utilizzabili “a tutti i fini connessi al rapporto di lavoro solo previa adeguata informazione al lavoratore”

Nel caso della prestazione di lavoro dipendente, il Titolare dei dati sarà il datore il lavoro, cui competerà di individuare preventivamente le modalità di trattamento e i diritti dell'interessato (il lavoratore).

Coordinamento editoriale:

Gruppo di lavoro *Data Protection Law*



This work is published under a Creative Commons Attribution-NonCommercial-No-Derivatives 4.0 International License (CC BY-NC-ND 4.0). You may freely download it but you must give appropriate credit to the authors of the work and its publisher, you may not use the material for commercial purposes, and you may not distribute the work arising from the transformation of the present work.





PRIVACY E PROTEZIONE DATI PERSONALI

DATA PROTECTION LAW

www.dataprotectionlaw.it