

BOZZA

NON CITARE SENZA IL PERMESSO DELL'AUTRICE

I nuovi beni fra valori umani, interessi economici, sviluppi tecnologici.

Marisaria Maugeri

1. Introduzione

In questa sede io mi chiederò se le criptovalute e i dati personali possano essere considerati nuovi “beni” e in quanto tali possano formare oggetto di diritti.

Per far ciò proverò, in primo luogo, a descrivere i due fenomeni e i tipi di problemi che pongono.

Mi soffermerò di più sulle criptovalute perché, nonostante il gran parlare che si fa, anche sui media, sono ancora poco conosciute. Non mi occuperò delle altre criptoattività perché il discorso diventerebbe molto complesso e sarebbe impossibile affrontarlo in questa sede, dato il tempo contenuto.

2. Criptovalute

In primo luogo, occorre precisare che le criptovalute girano su Blockchain o, più in generale, su DLT.

Cosa è una *Blockchain*? Si può immaginare come una lavagna infinita indelebile, un *database* distribuito che vede ogni modifica soggetta all'approvazione di tutti i nodi. Una lavagna, semplificando molto, in cui si può leggere a chi appartengano alcuni valori e che consente di tracciare, in modo indelebile, tutti i passaggi fra questi valori.

Nella *Blockchain* manca un *database* centrale, che viene sostituito dai nodi della rete (che operano come dei registri diffusi). La *Blockchain* è, dunque, un registro condiviso da tutti i nodi che partecipano al sistema. È un sistema che sfrutta la crittografia e permette di conservare informazioni digitali garantendo integrità e data delle registrazioni. È un *database* distribuito strutturato in blocchi (contenenti più transazioni). Ogni transazione avviata sulla rete deve essere validata dalla rete stessa. Il blocco, poi, sarà a sua volta validato.

Le parole chiave del fenomeno sono, dunque, due: Disintermediazione e Decentralizzazione. I rapporti si svolgono fra pari senza l'intermediazione di un'autorità centrale.

Le *Blockchains* si dividono in *Blockchains permissionless*, che non mettono limiti all'ingresso di nuovi nodi e a ciò che questi possono fare, e *Blockchains permissioned*, in cui solo alcuni nodi possono approvare e aggiungere nuovi blocchi. Esistono poi *Blockchains* private accessibili solo a specifici soggetti.

La *Blockchain*, in vero, allo stato è solo una *species* del genere DLT, che è, per l'appunto, una tecnologia che permette di creare un archivio distribuito in grado di gestire le transazioni tra gli utenti di una rete. Con il termine DLT si identifica, infatti, una tecnologia che consente la registrazione e la conservazione di dati attraverso archivi multipli (*ledger*), ognuno dei quali contiene contemporaneamente gli stessi dati che sono conservati e controllati da una rete di computer (nodi).

Il modo di registrazione sommariamente descritto è quello tipico delle criptovalute. In particolare, è quello di Bitcoin, una moneta virtuale, accettata, come dirò meglio fra poco, in alcuni contesti come mezzo di pagamento.

Il lancio del *software* Bitcoin è legato alla figura di Satoshi Nakamoto, che non si sa chi sia. Il (*software*) Bitcoin permette di registrare e trasferire Bitcoin, ovvero una moneta digitale generata dal programma e non correlata a fattori esterni, quali le politiche monetarie.

La criptovaluta (o valuta virtuale), come bitcoin, è definita dall'ordinamento come una rappresentazione di valore digitale che non è emessa o garantita da una banca centrale o da un ente pubblico, non è necessariamente legata a una valuta legalmente istituita, non possiede lo *status* giuridico di valuta o moneta, ma è accettata da persone fisiche e giuridiche come mezzo di scambio e può essere trasferita, memorizzata e scambiata elettronicamente”¹.

Il termine criptovaluta è composto dalle parole cripto e valuta, e cioè valuta “nascosta”. Ed infatti, la moneta virtuale si può vedere e utilizzare esclusivamente conoscendo le chiavi di accesso “pubblica e privata”. E questo è un dato rilevante ai nostri fini perché la mancanza della chiave privata impedisce di accedere alla criptovaluta. La criptovaluta si genera e si scambia esclusivamente per via telematica.

Come si legge sul sito della Consob, “alcuni concetti tradizionalmente utilizzati per le monete a corso legale, come ad esempio quello di ‘portafoglio’, sono stati

¹ Cfr. art. 1 (2. d) della Direttiva UE 2018/843 del 30 maggio 2018, che modifica la direttiva (UE) 2015/849 relativa alla prevenzione dell'uso del sistema finanziario a fini di riciclaggio o finanziamento del terrorismo e che modifica le direttive 2009/138/CE e 2013/36/UE. La definizione di “valuta virtuale” è stata recepita nell'ordinamento italiano con il d.lgs. 90/2017 (art. 1, comma 2, lett. qq).

adattati anche al contesto delle monete virtuali, dove si parla di 'portafoglio digitale/elettronico' (o *wallet* digitale/elettronico o semplicemente *e-wallet*)².

Dopo i crolli iniziati a maggio 2022, la capitalizzazione delle cripto attività è scesa sotto i 1.000 mld. di dollari, contro 3.000 a novembre 2021. Negli ultimi giorni c'è stato un ulteriore terremoto nel mondo delle cripto attività: il fallimento di FTX, definito la Lehman Brothers delle criptovalute.

Bitcoin ha una quota di mercato di circa la metà del totale del valore delle cripto. In particolare, Bitcoin ha oggi un valore di mercato di circa 400 mld. di dollari. Per fare un confronto: le banconote in circolazione nell'area dell'euro valgono circa 1.600 miliardi di euro; i depositi in conto corrente superano i 10.000 mld. (fonte Banca d'Italia).

La criptovaluta è estremamente volatile. Dal 2015 la Banca d'Italia ha avvertito i risparmiatori dei rischi legati agli investimenti in cripto-attività.

Per affrontare il problema della volatilità, promettendo un valore stabile, sono state immaginate le cc.dd. stable coins, collegate con valute e/o un paniere di titoli e depositi a garanzia o attraverso algoritmi.

Si distingue fra:

(i) *Asset-linked stablecoin*: 'monete' elettroniche emesse a fronte di riserve che includono attività reali o finanziarie, come oro, obbligazioni di Stati sovrani con rating elevato, depositi bancari (sono anche indicate con l'espressione *fully-backed stablecoins*).

(ii) *Algorithmic stablecoin*: il valore dello strumento sarebbe stabilizzato da un algoritmo, che aggiusta automaticamente la quantità disponibile dello strumento in funzione delle variazioni della domanda (De Bonis).

² *Le Criptovalute*, in <http://www.consob.it/web/investor-education/criptovalute>, consultato il 16 Novembre 2020.

Nonostante la dichiarata stabilità, nel maggio 2022 alcune stable coins sono crollate.

Nessuno stato riconosce i bitcoin o altre criptovalute come moneta avente corso legale, ad eccezione dello stato di El Salvador, che ha riconosciuto il dollaro statunitense sia i bitcoin come moneta ufficiale dello stato.

Forse proprio in questi giorni avrete letto che, in seguito al fallimento della piattaforma FTX, El Salvador sta avendo problemi e che la Cina si è detta disponibile ad acquistarne il debito pubblico.

La criptovaluta ha avuto anche una forma di riconoscimento in Giappone attraverso il Virtual Currency Act, che la considera un “property value”.

Il 15 settembre 2021, invece, la criptovaluta è stata dichiarata illegale in Cina. In particolare nel documento redatto dalla Banca Popolare Cinese e da altre istituzioni si legge quanto segue: “Le valute virtuali non hanno lo stesso status giuridico della moneta legale. Bitcoin, Ethereum, Tether e altre valute virtuali presentano le seguenti caratteristiche distintive: non sono emesse da autorità monetarie, si basano sulla crittografia e su tecnologie di registro distribuito e simili, ed esistono in forma digitale. A causa di queste caratteristiche, non sono monete legali e non dovrebbero e non possono circolare come moneta sul mercato. Le attività legate alle valute virtuali sono attività finanziarie illegali”.

E da noi?

È certo che non possano esser qualificate come moneta. È stato correttamente sostenuto, infatti, che “a prescindere dall’adesione a teorie di matrice statalista ovvero economico-funzionale sulla in ordine alla definizione della moneta, ... l’obiezione principale è data dalla considerazione secondo cui le criptovalute non hanno corso legale nel territorio nazionale e che, pertanto, l’uso delle criptovalute come mezzo solutorio richiede l’accettazione del creditore.

Peraltro, anche a voler concedere che la funzione di strumento di scambio sia efficacemente conseguita, le altre funzioni tipicamente attribuite alla moneta “tradizionale” (unità di conto e riserva di valore) sono difficilmente individuabili nelle criptovalute, alla luce della marcata volatilità che storicamente ha caratterizzato dette entità, determinando fluttuazioni di valore nel tempo che, unite all’impossibilità genetica di attuare politiche monetarie di segno espansivo o restrittivo, appaiono inconciliabili con la funzione di riserva di valore (in disparte, sotto questo profilo, il carattere di “infecondità” che connota le criptovalute virtuali, atteso che solo «i crediti liquidi ed esigibili di somme di denaro producono interessi di pieno diritto»)» (L. LENTINI – S. FRANGIPANE, *Conferimenti di criptovalute e società di capitali*, in corso di pubblicazione).

Dubbi si sono posti sulla possibilità di qualificarle come beni. Tali dubbi, però, sono stati prevalentemente sciolti sia dalla dottrina che dalla giurisprudenza nel senso di considerarle beni immateriali, che circolano come beni mobili, fungibili e non consumabili.

In particolare, il Tribunale di Firenze³ ha affermato che *«le criptovalute (...) possono essere considerate “beni” ai sensi dell’art. 810 c.c., in quanto oggetto di diritti, come riconosciuto oramai dallo stesso legislatore nazionale, che le considera anche, ma non solo, come mezzo di scambio (...)»*, ritenendo che il rapporto tra l’intermediario gestore della piattaforma di scambio e deposito di criptovalute e i clienti-investitori potesse essere assimilato a un deposito irregolare⁴.

³ Trib. Firenze 21 gennaio 2019 n. 18 (declaratoria del fallimento di una società che gestiva una piattaforma di *exchange*).

⁴ Il Tribunale di Verona, 24 gennaio 2017, aveva ritenuto la criptovaluta uno *«strumento finanziariocostituito da una moneta che può essere coniato da qualunque utente ed è sfruttabile per compiere transazioni, possibili grazie ad un software open source e ad una rete peer to peer»*.

Una parte della dottrina ha, invece, osservato che le criptovalute non possono essere considerate beni materiali. Alle stesse, infatti, mancherebbe per un verso il requisito della corporeità, stante la loro «intrinseca natura, talmente immateriale da rimanere addirittura diffusa all'interno di una rete di comunicazione elettronica»⁵. Per altro verso, inoltre, il principio del numero chiuso e della tipicità dei diritti su beni immateriali osterebbe alla qualificazione come bene immateriale.

Tale obiezione, già criticabile quando è stata proposta (2018), oggi può dirsi del tutto superata in ragione dell'approvazione del Regolamento Europeo Pilot e dell'imminente approvazione del Regolamento MICA.

Sembra preferibile, pertanto, la tesi di chi ritiene che si sia in presenza di beni immateriali che circolano come i beni mobili, fungibili e di quantità limitata (Bitcoin, ad esempio, non potrà superare i 21 milioni circa entro il 2040) (Lentini – Frangipane. Cfr. anche M. Cian).

Detto questo, però, i problemi si aprono, anziché chiudersi, e ciò perché questi beni intanto sono disponibili in quanto si possenga la chiave privata.

Si pensi, ad esempio, a un'azione esecutiva. L'esito favorevole del pignoramento di una criptovaluta dipende dalla disponibilità del titolare a collaborare fornendo la *password* per accedere al *wallet* elettronico ove è custodito il bene. L'assenza delle chiavi di accesso pone anche problemi, ad esempio, sotto il profilo delle successioni o della tutela dei terzi.

Sono tutti profili che qui non possono esser affrontati, per ragioni di tempo.

⁵ F. DI VIZIO, *Le cinte dazjarie del diritto penale alla prova delle valute virtuali degli internauti. Lo statuto delle valute virtuali: le discipline e i controlli*, in *Riv. dir. pen. cont.* 10/2018, p. 17.

3. La commercializzazione dei dati personali e la creazione e l'attribuzione dei beni

In termini economici, i dati personali non sono generalmente né una risorsa rivale, né una risorsa scarsa, essendo – al pari di qualsiasi informazione – fruibili contemporaneamente da più soggetti e riproducibili senza limiti quantitativi.

Si pensi, ad esempio, ai dati anagrafici di ciascuno di noi.

Ciò non toglie, però, che, in astratto, i dati personali potrebbero essere esclusi dall'uso altrui attraverso l'assegnazione legislativa di diritti proprietari sugli stessi.

Le norme del GDPR, tuttavia, sembrano indicare una scelta diversa da parte del legislatore.

Il consenso dell'interessato, infatti, non è l'unica base giuridica prevista per il trattamento dei dati e, nei casi in cui viene richiesto, lo stesso consenso è per legge revocabile *ad nutum e sine die*, minando in tal modo qualsiasi ricostruzione, anche in senso lato, di stampo dominicale.

I dati personali, pertanto, non costituiscono, in quanto tali, dei beni paragonabili ad altre entità immateriali come le banche dati o i segreti commerciali, tutelati rispettivamente dalla legge sul diritto d'autore e dal codice della proprietà industriale.

Tale conclusione si giustifica anche sul piano assiologico nel bilanciamento fra la tutela della persona e la promozione del mercato: il particolare rilievo assegnato dalla Carta di Nizza al diritto alla *protezione* dei dati personali (art. 8) volge in tal senso.

Se i dati personali non possono, dunque, essere ricondotti ad una logica strettamente appropriativa e al contempo non rappresentano generalmente né

una risorsa rivale, né una risorsa scarsa, è lecito domandarsi come sia possibile che nel mercato digitale moltissime imprese siano disposte ad offrire una prestazione patrimonialmente rilevante in cambio della sola possibilità di raccogliere ed elaborare i dati personali degli utenti.

Sul piano economico, la principale ragione risiede nella circostanza che i gestori delle piattaforme digitali non sono interessati a trattare soltanto i dati “statici” dell’utenza (ad es., dati anagrafici, recapiti personali, eventuali informazioni relative al lavoro e/o all’istruzione), dati facilmente reperibili oltre che agevolmente replicabili e, dunque, dal valore di scambio pressoché nullo; le imprese, infatti, sono per lo più attratte dalla possibilità di sfruttare economicamente i dati che gli utenti rilasciano durante l’utilizzo della piattaforma (c.d. dati comportamentali).

Come dice un giovane autore (Versaci), rispetto a tali dati non ha molto senso andare alla ricerca di schemi proprietari, trattandosi di risorse “dinamiche”, la cui attribuzione prende forma direttamente in sede di circolazione, e non in un momento antecedente.

Come è stato detto, è la regola contrattuale o, se si vuole, la norma eteronoma discendente dal principio di libertà ad *oggettivare* (quindi, a qualificare come bene) una risorsa nascente da un’attività.

Nella fattispecie in esame, i dati comportamentali di un utente vengono di volta in volta patrimonializzati dall’impresa in grado di attirare la sua *attenzione*, facendogli trascorrere quanto più tempo possibile all’interno della piattaforma digitale su cui si svolge il servizio. In siffatto contesto, a meno di non voler attribuire *ex lege* tali beni alle imprese, permettendo loro di sfruttare i dati *de quibus* a prescindere da una dinamica negoziale che coinvolga l’utente-interessato al trattamento, non può che essere il *contratto* ad assumere un ruolo

centrale. Se così non fosse, come dice Versaci, le persone fisiche, i cui dati sono trattati per fini commerciali, resterebbero del tutto fuori dal circuito di appropriazione della ricchezza prodotta dallo sfruttamento dei beni di cui si discute.

Le dinamiche che riguardano tali risorse sollecitano, pertanto, un'attenta riflessione intorno alla funzione del contratto e, più in generale, del consenso sul piano dell'attribuzione normativa dei beni: riflessione resa ancor più complessa in ragione del fatto che la vicenda circolatoria dei dati personali che hanno acquisito valore economico è caratterizzata dalla presenza di due distinti consensi, quello contrattuale e quello al trattamento dei dati in questione, dotati di statuti differenti e concettualmente non sovrapponibili. Alla difficoltà di coniugare, in termini teorici, il momento attributivo con quello circolatorio si associa, quindi, il problema pratico di conciliare l'applicazione di regole appartenenti a corpi disciplinari diversi per natura e finalità, quali il diritto sulla protezione dei dati personali e il diritto civile patrimoniale.

Nel coordinamento tra queste fonti, come dice Versaci, non dovrebbe essere il rigido criterio di specialità a guidare l'interprete, quanto piuttosto un criterio di compatibilità sistematica che, ponendo la normativa di *data protection* ad un livello assiologicamente sovraordinato, permetta di ricavare dagli statuti giusprivatistici le norme più appropriate per la regolazione dei conflitti di interesse derivanti dalla circolazione negoziale dei dati personali (cfr. anche Consiglio di Stato, 29 marzo 2021, n. 2631).