



IAIC



DGBIC



CREDA

DIRITTO MERCATO TECNOLOGIA

FONDATA E DIRETTA DA

Alberto M. Gambino

COMITATO DI DIREZIONE

Valeria Falce, Giusella Finocchiaro, Oreste Pollicino,
Giorgio Resta, Salvatore Sica

5 settembre 2023

ChatGPT, l'utilizzo da parte dei minori viola il diritto dei contratti italiano?

Candida Arnone

COMITATO SCIENTIFICO

Guido Alpa, Fernando Bocchini, Giovanni Comandè, Gianluca Contaldi,
Vincenzo Di Cataldo, Giorgio Floridia, Gianpiero Gamaleri, Gustavo Ghidini,
Andrea Guaccero, Mario Libertini, Francesco Macario, Roberto Mastroianni,
Giorgio Meo, Cesare Mirabelli, Enrico Moscati, Alberto Musso, Luca Nivarra,
Gustavo Olivieri, Cristoforo Osti, Roberto Pardolesi, Giuliana Scognamiglio,
Giuseppe Sena, Vincenzo Zeno-Zencovich, Andrea Zoppini

E

Margarita Castilla Barea, Cristophe Geiger, Reto Hilty, Ian Kerr, Jay P. Kesan,
David Lametti, Fiona MacMillan, Maximiliano Marzetti, Ana Ramalho,
Maria Páz Garcia Rubio, Patrick Van Eecke, Hong Xue



Nuova
Editrice
Universitaria

La rivista è stata fondata nel 2009 da Alberto M. Gambino ed è oggi pubblicata dall'Accademia Italiana del Codice di Internet (IAIC) sotto gli auspici del Ministero dei beni e delle attività culturali e del turismo - Direzione generale biblioteche e istituti culturali (DGBIC) e dell'Università Europea di Roma con il Centro di Ricerca di Eccellenza del Diritto d'Autore (CREDA). Tutti i diritti sono dell'IAIC.

Comitato dei Valutazione Scientifica

EMANUELA AREZZO (Un. Teramo), EMANUELE BILOTTI (Un. Europea di Roma), FERNANDO BOCCHINI (Un. Federico II), ROBERTO BOCCHINI (Un. Parthenope), ORESTE CALLIANO (Un. Torino), LOREDANA CARPENTIERI (Un. Parthenope), LUCIANA D'ACUNTO (Un. Federico II), VIRGILIO D'ANTONIO (Un. Salerno), FRANCESCO DI CIOMMO (Luiss), MARILENA FILIPPELLI (Un. Tuscia), CESARE GALLI (Un. Parma), MARCO MAUGERI (Un. Europea di Roma), ENRICO MINERVINI (Seconda Un.), GILBERTO NAVA (Un. Europea di Roma), MARIA CECILIA PAGLIETTI (Un. Roma Tre), ANNA PAPA (Un. Parthenope), ANDREA RENDA (Un. Cattolica), ANNARITA RICCI (Un. Chieti), FRANCESCO RICCI (Un. LUM), GIOVANNI MARIA RICCIO (Un. Salerno), CRISTINA SCHEPISI (Un. Parthenope), BENEDETTA SIRGIOVANNI (Un. Tor Vergata), GIORGIO SPEDICATO (Un. Bologna), ANTONELLA TARTAGLIA POLCINI (Un. Sannio), RAFFAELE TREQUATTRINI (Un. Cassino), DANIELA VALENTINO (Un. Salerno), FILIPPO VARI (Un. Europea di Roma), ALESSIO ZACCARIA (Un. Verona).

Norme di autodisciplina

1. La pubblicazione dei contributi sulla rivista "Diritto Mercato Tecnologia" è subordinata alla presentazione da parte di almeno un membro del Comitato di Direzione o del Comitato Scientifico e al giudizio positivo di almeno un membro del Comitato per la Valutazione Scientifica, scelto per rotazione all'interno del medesimo, tenuto conto dell'area tematica del contributo. I contributi in lingua diversa dall'italiano potranno essere affidati per il referaggio ai componenti del Comitato Scientifico Internazionale. In caso di pareri contrastanti il Comitato di Direzione assume la responsabilità circa la pubblicazione.
 2. Il singolo contributo è inviato al valutatore senza notizia dell'identità dell'autore.
 3. L'identità del valutatore è coperta da anonimato.
 4. Nel caso che il valutatore esprima un giudizio positivo condizionato a revisione o modifica del contributo, il Comitato di Direzione autorizza la pubblicazione solo a seguito dell'adeguamento del saggio.
- La Rivista adotta un Codice etico e di buone prassi della pubblicazione scientifica conforme agli standard elaborati dal Committee on Publication Ethics (COPE): Best Practice Guidelines for Journal Editors.

Comitato di Redazione – www.dimt.it – dimt@unier.it

ANTONINA ASTONE, MARCO BASSINI, CHANTAL BOMPRESZI, VALENTINA DI GREGORIO, GIORGIO GIANNONE CODIGLIONE, FERNANDA FAINI, MASSIMO FARINA, SILVIA MARTINELLI, DAVIDE MULA (Coordinatore), ALESSIO PERSIANI, MARTINA PROVENZANO (Vice-Coordinatore), MARIA PIA PIGNALOSA, MATILDE RATTI, ANDREA STAZI (Coordinatore)

Sede della Redazione

Accademia Italiana del Codice di Internet, Via dei Tre Orologi 14/a, 00197 Roma, tel. 06.8083855, fax 06.8070483, www.iaic.it, info@iaic.it

CHATGPT, L'UTILIZZO DA PARTE DEI MINORI VIOLA IL DIRITTO DEI CONTRATTI ITALIANO?

Candida Arnone

SOMMARIO: 1. I minori e ChatGPT: l'inadeguatezza dei sistemi di *age verification* – 2. L'art. 2 c.c. e la progressiva valorizzazione dell'effettiva e concreta capacità di discernimento del minore – 3. La “maggiore età digitale” – 4. Il consenso al trattamento e il consenso negoziale: il dibattito sull'art. 8 GDPR – 5. ChatGPT e i minori: un'ipotesi di “*user training agreement*” – 6. Valutazioni conclusive

1. I minori e ChatGPT: l'inadeguatezza dei sistemi di *age verification*

Il dibattito fra il Garante per la protezione dei dati personali (di seguito anche “Garante”) e la Società OpenAi circa l'utilizzo da parte dei minori del servizio ChatGPT (*generative pre-trained transformer*) si è incentrato sull'effettività dei sistemi di verifica dell'età dell'utente (*age verification system*)¹.

Fin dal primo provvedimento del marzo 2023², il regolatore italiano si limitava a constatare l'assenza di misure concretamente adatte a garantire che l'accesso al servizio fosse limitato ad utenti che avessero compiuto i tredici anni (come richiesto dalla legge statunitense attraverso il *Children's Online Privacy Protection Act* – COPPA)³.

¹ Questi processi variano in base alla complessità e possono prevedere una serie di metodi come il controllo dei documenti di identità, l'uso di domande di sicurezza personali, l'uso di dati di terze parti o l'accesso a registri ufficiali per determinare l'età della persona. Il fine principale dell'*age verification system* è precludere la fruizione di contenuti o servizi a persone che non possiedono l'età richiesta o legalmente consentita.

² Provvedimento del 30 marzo 2023 n. 112 [doc. web 9870832].

³ Sul *Children's Online Privacy Protection Act*, 21 Ottobre 1998, v. J. Warmund, Can COPPA Work? An Analysis of the Parental Consent Measures in the *Children's Online Privacy Protection Act*, in *Fordham Intellectual Property Media & Entertainment Law Journal*, 1. 11, 2001, p. 189 ss.

Nel successivo provvedimento adottato dal Garante nell'aprile 2023⁴, si legge che l'implementazione del piano per l'adozione di strumenti di *age verification*, idoneo a escludere l'accesso al servizio agli utenti infratredicenni e a quelli minorenni in assenza di un'espressa manifestazione di volontà da parte di chi esercita sugli stessi la responsabilità genitoriale, dovrà essere attuato da OpenAi, al più tardi, dal 30 settembre 2023⁵.

È evidente, dunque, che la questione risulta così focalizzata esclusivamente sull'individuazione della migliore modalità che consenta di impedire effettivamente ai minori di tredici anni di fruire della chat sviluppata da OpenAi e garantire l'esistenza del consenso del genitore nel caso dei minori ultratredicenni⁶.

Le procedure di implementazione sono tuttora in corso ma secondo un'autorevole voce in dottrina, pur qualora dovessero rivelarsi idonee, l'utilizzo da parte dei minori di anni diciotto dovrebbe pur sempre essere precluso in virtù del diritto dei contratti italiano⁷.

2. L'art. 2 c.c. e la progressiva valorizzazione dell'effettiva e concreta capacità di discernimento del minore

Il legislatore italiano fissa nel compimento dei diciotto anni l'acquisto della capacità di agire definita dall'art. 2, comma 1, c.c. come la "*capacità di compiere tutti gli atti per i quali non sia stabilita un'età diversa*".

Mentre la capacità giuridica consiste nell'attitudine alla *titolarità* di situazioni giuridiche soggettive, la capacità di agire è l'idoneità all'*esercizio* delle stesse⁸.

⁴ Provvedimento dell'11 aprile 2023 n. 114 [doc. web 9874702].

⁵ Per un approfondito esame della vicenda si veda A. M. Gambino, E. Maggio *ChatGPT tra data protection e privacy: il caso di fronte al garante per la protezione dei dati personali* in *Diritto Mercato Tecnologia*, 2023, p. 1.

⁶ Sul processo di rafforzamento della tutela dei minori nel contesto digitale V. Capo IV del d.l. 131/2023 "Disposizioni per la sicurezza dei minori in ambito digitale".

⁷ S. Orlando, *I lividi dei minorenni sparring partners di ChatGPT e l'età minima per attivare il servizio in Italia*, in *Persona e Mercato*, 2023, p. 3; Cfr. A. Monti, *Il "non problema" della age-verification*, in *La Repubblica*, 14 febbraio 2023.

⁸ R. Senigaglia, *Minore età e contratto*, in *Studi di diritto privato*, 2021, p. 1.

In questo senso, la capacità giuridica coglie il momento *statico* del soggetto, l' idoneità ad essere titolare di diritti e doveri mentre la capacità di agire guarda all'aspetto *dinamico* costituendo “*il presupposto essenziale di ogni valida disposizione giuridica*”⁹.

L'art. 2 c.c. enuncia un criterio astratto, svincolato dall'effettiva maturità acquisita e che sembrerebbe contemplare ogni tipologia di atto, data l'ampiezza della formulazione.

Tuttavia, è opinione dominante in dottrina che il legislatore del 1942 abbia concepito l'istituto della capacità di agire esclusivamente in relazione al contratto, come dimostra il collegamento con l'art. 1425 c.c. (“*Il contratto è annullabile se una delle parti era legalmente incapace di contrattare*”)¹⁰.

Le ragioni sottese all'adozione del criterio enunciato dall'art. 2 c.c. sono principalmente due.

Da un lato, il legislatore protegge i soggetti che non hanno ancora sviluppato adeguatamente le proprie capacità intellettive e che pertanto potrebbero compiere atti pregiudizievoli della loro sfera giuridica.

Dall'altro lato, in virtù di un'esigenza di certezza dei traffici, accoglie una misura unica e valida per tutti, pur sacrificando le sfumature e le diversità.

Scrivono un'autorevole dottrina: “per il bisogno di sicurezza giuridica, è adottata una misura unica per tutti”, “con un brusco passaggio dall'incapacità assoluta alla capacità totale, dal buio alla luce del pieno meriggio”¹¹.

La legislazione successiva al codice del '42 dimostra, tuttavia, di superare progressivamente la “rigidità” dell'impostazione enunciata dall'art. 2 c.c. valorizzando l'effettiva capacità di discernimento del minore.

Si evidenzia che, specialmente con riguardo ad atti che soddisfano interessi personali e che, in tal senso, attengono alla categoria dell'*essere* e non dell'*avere*, viene in rilievo la necessità che il minore possa compiere personalmente gli atti negoziali necessari ad esprimere la propria personalità e, più in generale, ad esercitare i diritti fondamentali consacrati nella Carta

⁹ S. Pugliatti, *L'atto di disposizione e il trasferimento dei diritti*, in *Diritto civile. Metodo-Teoria-Pratica. Saggi*, Milano, 1951, p. 6.

¹⁰ Sul punto si veda P. Stanzione, in *Personalità, capacità e situazioni giuridiche del minore*, *Dir. fam. pers.*, 1999, p. 268 ss.

¹¹ F. Ferrara, in *Trattato di diritto civile italiano*, I, 1921, p. 458.

Costituzionale (diritto di riunirsi liberamente, di professare la propria fede, di manifestare liberamente il proprio pensiero, di tutelare la propria salute).

Si assiste così ad una lenta erosione del campo di applicazione dell'art. 2 c.c. e al superamento della sua logica costruita in astratto¹².

Opposte tendenze emergono rispetto all'impianto codicistico del 1942: all'incapacità del minore, le novelle legislative contrappongono la concreta capacità di discernimento, così come si assiste al superamento della rigida disciplina in tema di interdizione per fare spazio a quella più recente dell'amministrazione di sostegno che dimostra di guardare con sfavore ad eccessive e superflue limitazioni della capacità di agire del beneficiario.

Fra le normative che attestano il *favor* legislativo verso forme di valorizzazione della reale capacità del minore, in via esemplificativa, possono essere citate disposizioni nazionali come la L. 194/78 (art. 12)¹³; L. 184/93 (art. 7)¹⁴; L. 281/1986 (art. 1)¹⁵; L. 633/1941 (art. 108)¹⁶.

Le novelle hanno così determinato una graduazione del contenuto della responsabilità genitoriale la quale vacilla di fronte alle decisioni che afferiscono alla sfera più intima del c.d. "grande minore"¹⁷.

¹² Sul punto si veda F. D. Busnelli, in *Capacità ed incapacità di agire del minore*, *Dir. fam. pers.*, 1982, p.54; nello stesso senso P. Stanzione, *I contratti del minore in Europa e Diritto Privato*, fasc.4, 2014, p. 6.

¹³ Legge n. 194/78, art. 12 "(...) Il giudice tutelare, entro cinque giorni, sentita la donna (minorenne) e tenuto conto della sua volontà, delle ragioni che adduce e della relazione trasmessagli, può autorizzare la donna, con atto non soggetto a reclamo, a decidere la interruzione della gravidanza".

¹⁴ Legge n. 184/93, art. 7 "(...) Il minore, il quale ha compiuto gli anni quattordici, non può essere adottato se non presta personalmente il proprio consenso, che deve essere manifestato anche quando il minore compia l'età predetta nel corso del procedimento. Il consenso dato può comunque essere revocato sino alla pronuncia definitiva dell'adozione. Se l'adottando ha compiuto gli anni dodici deve essere personalmente sentito; se ha un'età inferiore, deve essere sentito, in considerazione della sua capacità di discernimento".

¹⁵ Legge n. 281/86, art. 1 "(...) Gli studenti della scuola secondaria superiore esercitano personalmente all'atto dell'iscrizione, a richiesta dell'autorità scolastica, il diritto di scegliere se avvalersi o non avvalersi dell'insegnamento della religione cattolica".

¹⁶ Legge n. 633/41, art. 108 "(...) L'autore che abbia compiuto sedici anni di età ha la capacità di compiere tutti gli atti giuridici relativi alle opere da lui create e di esercitare le azioni che ne derivano".

¹⁷ S. Molfino, *I genitori devono controllare i figli minorenni nell'utilizzo dello strumento tecnologico. Anche se ultraquattordicenni?* in *IUS Famiglia*, fasc., 2020, p. 5.

Viene alla luce una categoria elastica e porosa, quella degli atti identitari della vita del minore, rispetto ai quali si ammette la capacità di questi di auto-determinarsi direttamente¹⁸.

3. La “maggiore età digitale”

Si iscrive nel processo di superamento della rigidità dell’art. 2 c.c. il c.d. *consenso digitale* per poter acconsentire al trattamento dei propri dati personali ai sensi dell’art. 8 GDPR¹⁹.

La l. 675/96 non citava *expressis verbis* il diritto alla protezione dei dati personali del minore né il d. lgs. 30 giugno 2003, n. 196, Codice della Privacy, conteneva una disciplina generale di tale diritto, che si riteneva in ogni caso ammesso in virtù della Carta Costituzionale e delle Carte internazionali sui diritti fondamentali.

Il GDPR introduce una specifica disposizione avente ad oggetto la posizione del minore: l’art. 8 GDPR rubricato “Condizioni applicabili al consenso dei minori in relazione ai servizi della società dell’informazione”²⁰.

¹⁸ R. Senigaglia, *Minore età e contratto*, in *Studi di diritto privato, Introduzione*, p. XII, 2021.

¹⁹ Regolamento (UE) 2016/679 del Parlamento europeo e del Consiglio del 27 aprile 2016 relativo alla protezione delle persone fisiche con riguardo al trattamento dei dati personali, nonché alla libera circolazione di tali dati e che abroga la direttiva 95/46/CE (regolamento generale sulla protezione dei dati), art. 8 “1. Qualora si applichi l’articolo 6, paragrafo 1, lettera a), per quanto riguarda l’offerta diretta di servizi della società dell’informazione ai minori, il trattamento di dati personali del minore è lecito ove il minore abbia almeno 16 anni. Ove il minore abbia un’età inferiore ai 16 anni, tale trattamento è lecito soltanto se e nella misura in cui tale consenso è prestato o autorizzato dal titolare della responsabilità genitoriale. Gli Stati membri possono stabilire per legge un’età inferiore a tali fini purché non inferiore ai 13 anni. 2. Il titolare del trattamento si adopera in ogni modo ragionevole per verificare in tali casi che il consenso sia prestato o autorizzato dal titolare della responsabilità genitoriale sul minore, in considerazione delle tecnologie disponibili. 3. Il paragrafo 1 non pregiudica le disposizioni generali del diritto dei contratti degli Stati membri, quali le norme sulla validità, la formazione o l’efficacia di un contratto rispetto a un minore”.

²⁰ Per la definizione di servizio della Società dell’informazione v. art. 1, par. 1, lett. b), dir. UE 2015/1535, ove si legge che si tratta di “qualsiasi servizio prestato normalmente dietro retribuzione, a distanza, per via elettronica e a richiesta individuale di un destinatario di servizi”.

Il consenso informato del minore si configura come l'atto con cui questi esprime il potere di autodeterminarsi in relazione alla divulgazione e all'utilizzo da parte di terzi di informazioni personali per il quale l'art. 8 GDPR indica una specifica minore età modulabile dagli Stati membri²¹.

La disposizione sembra rinvenire la propria ragione nell'esigenza di consentire la piena fruibilità da parte dei minori dei servizi della società dell'informazione garantendo al contempo *“una specifica protezione, in quanto possono essere meno consapevoli dei rischi, delle conseguenze e delle misure di salvaguardia interessate nonché dei loro diritti in relazione al trattamento dei dati personali”* (cons. 38 GDPR).

In tale ottica, il DSA (*Digital Services Act*)²² definisce la protezione dei minori *“un importante obiettivo politico dell'Unione ritenendo accessibile una piattaforma online ai minori solo quando le sue condizioni generali consentono ai minori di utilizzare il servizio, quando il suo servizio è rivolto o utilizzato prevalentemente da minori, o se il fornitore è altrimenti a conoscenza del fatto che alcuni dei destinatari del suo servizio sono minori”* (cons. 71 DSA).

Rimanendo ferme le specifiche istanze di protezione dei minori, l'accesso ai servizi digitali viene oramai considerato espressione di diritti propriamente afferenti alla categoria dell'“essere”: il diritto a dare la propria voce nella dimensione digitale, il diritto di connettersi con gli altri, il diritto di contribuire all'opinione pubblica...

L'esclusione dalle piattaforme digitali pregiudicherebbe i diritti fondamentali dei minori pertanto il legislatore unionale mira ad ampliare i casi di liceità del trattamento dei dati di questi ultimi²³ ponendo l'enfasi sul momento circolatorio dei dati a scapito di quello rappresentativo della persona²⁴.

²¹ Cfr. E. Battelli, *Il trattamento dei dati nel prisma della tutela della persona minore di età*, in *Diritto dell'Informazione e dell'Informatica (II)*, fasc.2, 2021, p. 8.

²² Regolamento (UE) 2022/2065 del Parlamento europeo e del Consiglio del 19 ottobre 2022 relativo a un mercato unico dei servizi digitali e che modifica la direttiva 2000/31/CE (regolamento sui servizi digitali).

²³ C. Irti, *Persona minore di età e libertà di autodeterminazione*, in *Giustizia Civile*, 2019, fasc. 3, p. 617.

²⁴ L. Bozzi, *I dati del minore tra protezione e regolazione: per una lettura non retorica del fenomeno*, in *Europa e diritto privato*, fasc.1, 2020, p. 251.

4. Il consenso al trattamento vs il consenso negoziale: il dibattito sull'art. 8 GDPR

Non è, tuttavia, di immediata percezione, nella prassi, la distinzione fra il consenso prestato per il trattamento dei propri dati personali ed il consenso c.d. negoziale ovvero prestato “in cambio” di un servizio apparentemente gratuito.

Si tratterebbe di due piani distinti che nella pratica, però, finiscono inevitabilmente per sovrapporsi ponendo una questione in ordine alla disciplina applicabile all'operazione.

Prescindendo dalla questione circa la negoziabilità dei dati personali²⁵, il dibattito sulla capacità del minore di prestare il consenso “negoziale”, in cambio, cioè, di un servizio come la fruizione di programmi basati su algoritmi di Intelligenza Artificiale, non può considerarsi concluso.

È nello stesso art. 8 GDPR, che si annida il dubbio interpretativo: il legislatore, dopo avere fissato la c.d. minore età digitale per acconsentire al trattamento dei dati personali, al comma 3 fa salve “*le disposizioni generali sul diritto dei contratti degli Stati membri, quali le norme sulla validità, la formazione o l'efficacia di un contratto rispetto a un minore*”.

Il pomo della discordia è costituito dal rapporto fra la “minore età digitale” e la disciplina privatistica nazionale che, come evidenziato in precedenza, richiede, ai sensi dell'art. 2 c.c. la capacità di agire per poter concludere contratti.

L'interrogativo, in sostanza, è: il legislatore unionale ha inteso introdurre in ogni Paese membro una capacità di agire “speciale” per operazioni aventi ad oggetto i servizi digitali oppure, facendo salva la disciplina generale del diritto dei contratti, come enunciato al comma 3 dell'art. 8 GDPR, intende mantenere distinti il *consenso al trattamento* (per il quale basta la minore età digitale indicata nel comma 1 dell'art. 8 GDPR) ed il *consenso “negoziale”* (per il quale si applica l'art. 2 c.c.)?

²⁵ B. Parenzo, *Sull'importanza di dire le cose come stanno: ovvero, sul perché della necessità di riconoscere la natura patrimoniale dei dati personali e l'esistenza di uno scambio sotteso ai c.d. servizi digitali “gratuiti”* in *Diritto di Famiglia e delle Persone (II)* 2021, p. 4.

Secondo una lettura, i due consensi, sebbene nella pratica quasi indistinguibili, dovrebbero considerarsi giuridicamente scissi, con la conseguenza che per poter prestare il consenso “negoziale”, in Italia, occorrerebbe la capacità di agire e quindi il compimento dei diciotto anni²⁶.

Sarebbe così individuabile, da un lato, l'accordo negoziale concluso fra le parti del contratto e assoggettato alla disciplina generale del contratto; dall'altro lato, il rapporto fra l'interessato ed il titolare del trattamento che si instaura mediante il consenso del primo ed è disciplinato da una fonte prevalentemente legale e di natura essenzialmente imperativa²⁷.

Aderendo a tale impostazione, sarebbero da tenere ben distinte le cause di invalidità del contratto di fornitura del servizio da quelle di invalidità del consenso al trattamento.

La mancanza della capacità di agire determinerà soltanto l'annullabilità del contratto e non anche l'illiceità del trattamento dei dati personali in presenza della c.d. minore età digitale. Esemplicando, qualora un minore ultrasedicienne concluda un accordo negoziale, ai sensi dell'art. 8, comma 3, GDPR, il contratto è annullabile ma al contempo il trattamento dei dati personali potrebbe essere lecito.

Tuttavia, la declaratoria caducatoria, se non inficia la validità del trattamento dei dati pregresso, si ritiene debba precludere la prosecuzione dello stesso²⁸.

²⁶ S. Orlando, *I lividi dei minorenni sparring partners di ChatGPT e l'età minima per attivare il servizio in Italia*, in *Persona e Mercato*, 2023/1, p. 3.

Cfr. F. Naddeo, *Il consenso al trattamento dei dati personali del minore in Diritto dell'Informazione e dell'Informatica*, 2018, p. 13; nello stesso senso S. Thobani, *I requisiti del consenso al trattamento dei dati personali in Persone, famiglie e cittadinanze*, 2016, p. 13.

²⁷ E. Lucchini Guastalla, in *Il nuovo regolamento europeo sul trattamento dei dati personali: i principi ispiratori in Contratto e impresa*, 1/2018, p. 117.

²⁸ Questo si verificherebbe di certo quando il trattamento rappresenta una controprestazione della fruizione di un servizio che verrebbero travolti dalla pronuncia caducatoria; tuttavia, sembrerebbe che anche in assenza della corrispettività si debba applicare la medesima soluzione interpretativa dal momento che la contestualità fra la prestazione del consenso ed il perfezionamento dell'accordo negoziale rendono il trattamento accessorio alla esecuzione del contratto. Cfr. S. Thobani, *Diritti della personalità e contratto: dalle fattispecie più tradizionali al trattamento in massa dei dati personali*, in *Memorie del dipartimento di giurisprudenza dell'università di Torino*, 9/2018, p. 60.

Giova rilevare che, in tale ipotesi, la cessazione del trattamento si verifica non a causa della invalidità del contratto ma dello stretto collegamento che intercorre fra il consenso negoziale e quello al trattamento i quali, come evidenziato, mantengono autonomi e distinti regimi di validità.

Secondo una diversa interpretazione, l'accoglimento della rigida distinzione fra il piano negoziale ed il piano del consenso al trattamento non coglierebbe la dimensione funzionale di quest'ultimo rispetto all'operazione economica in cui si colloca.

Sarebbe, in tal senso, più vicino all'effettiva comprensione dell'operazione economica della cessione dei dati considerare l'art. 8 GDPR quale disciplina di uno specifico negozio avente ad oggetto i dati personali concluso dal minore.

Stando a tale interpretazione, il legislatore europeo avrebbe introdotto una *capacità di agire "speciale"*, uniforme fra i Paesi membri ma distinta da quella nazionale dei singoli ordinamenti giuridici.

La c.d. minore età digitale, enunciata dall'art. 8 GDPR, porterebbe con sé la capacità di concludere validamente contratti di cessione dei dati personali.

Il legislatore pertanto avrebbe, al comma 3, voluto precisare che tale disciplina è speciale e non inficia il diritto nazionale dei contratti dei singoli Stati membri.

A sostegno dell'esposta chiave interpretativa, viene invocata la considerazione in base alla quale, se realmente il GDPR avesse circoscritto l'operatività della disciplina sul consenso al trattamento dei dati personali alla dimensione extra patrimoniale, sarebbe stata inutile la precisazione circa la salvezza della disciplina generale dei contratti la quale sarebbe stata naturalmente "salva" sulla base della stessa presunta diversità del consenso dell'interessato dal consenso negoziale.

In quest'ottica, il legislatore sembrerebbe concepire il consenso al trattamento come consenso negoziale, espressione della volontà sulla circolazione dei dati personali.

Sarebbe la stessa particolarità del fenomeno economico a giustificare la deviazione dal modello privatistico accolto in ciascun ordinamento²⁹.

²⁹ V. Ricciuto, *La patrimonializzazione dei dati personali. Contratto e mercato nella ricostruzione del fenomeno in Diritto dell'Informazione e dell'Informatica (II)*, fasc.4, 2018, p. 24.

Secondo tale filone interpretativo, l'opposto orientamento, favorevole all'applicazione dell'art. 2 c.c., sembrerebbe adottare in maniera semplicistica una logica di natura patrimoniale in un'area caratterizzata da un intreccio indistinguibile fra elementi personali ed economici.

Si giungerebbe alla medesima conclusione laddove si concepisse la fruizione di servizi digitali quale esercizio di libertà fondamentali con la conseguente valorizzazione non più del dato formale della capacità di agire ma del dato sostanziale dell'effettiva capacità di discernimento, da valutare caso per caso.

Pertanto, si dovrebbero ritenere validi tutti quegli atti a contenuto patrimoniale che il minore compie allo scopo di realizzare situazioni giuridiche essenziali riconosciute dall'ordinamento³⁰.

In questo senso, l'art. 2 c.c. potrebbe essere soggetto ad una lettura costituzionalmente orientata che induce a stabilire la "diversa età" non già *per tabulas* ma in base ai diritti inviolabili ex art. 2 Cost.³¹.

5. ChatGPT e i minori: un'ipotesi di "user training agreement"

In tale dibattito, si inserisce la questione circa la fruibilità di servizi come ChatGPT da parte dei minori in cambio del consenso al trattamento dei dati personali.

La definizione che ChatGPT dà di se stessa è la seguente: "*ChatGPT è un modello di lingua basato su intelligenza artificiale sviluppato da OpenAI. Il nome 'ChatGPT' deriva dalla combinazione di 'Chat' e 'GPT', che sta per 'Generative Pre-trained Transformer'.*"

ChatGPT è un modello di intelligenza artificiale progettato per generare testo coerente e contestualmente rilevante in risposta a input di testo in linguaggio naturale. È basato sulla tecnologia di reti neurali trasformative (Transformer) e sfrutta l'apprendimento automatico supervisionato su enormi

³⁰ Cfr. G. B. De Marinis, *Autodeterminazione e capacità di discernimento del minore: profili di diritto civile in Actualidad Jurídica Iberoamericana*, núm. 4 ter, 2016, pp. 34-65.

³¹ Cfr. E. Calò, *Appunti sulla capacità di agire dei minori in Dir. fam. pers.*, 1997, p. 1604.

quantità di testo precedentemente esistenti per apprendere la struttura e la coerenza del linguaggio umano.

Una delle caratteristiche principali di ChatGPT è la sua capacità di sostenere conversazioni e generare risposte basate sul contesto del testo di input. Può essere utilizzato per una varietà di applicazioni, tra cui chatbot, assistenti virtuali, generazione di testo automatico e molto altro ancora.

Tuttavia, è importante notare che le risposte generate da ChatGPT sono generate in base ai dati su cui è stato addestrato e potrebbero non sempre essere accurate o adeguate in tutte le situazioni. L'uso di ChatGPT richiede una valutazione critica e responsabile delle risposte generate e può essere integrato in applicazioni per migliorare l'interazione uomo-macchina in molteplici contesti”.

Il servizio “base” offerto dalla Società OpenAI ai minori è apparentemente gratuito.

Tuttavia, OpenAI richiede agli utenti, in cambio della fruizione del servizio, il consenso all’addestramento degli algoritmi di ChatGPT.

Attraverso le conversazioni con gli utenti, ChatGPT migliora la qualità delle conversazioni in grado di sostenere conseguendo un indubitabile vantaggio economico.

Pertanto, secondo parte della dottrina, favorevole alla scissione giuridica fra consenso al trattamento e consenso negoziale, l’accordo concluso fra ChatGPT configurerebbe un contratto di rilevante entità economica il quale non potrebbe sottrarsi all’applicazione dell’art. 2 c.c.³².

Il contratto in questione viene definito “*user-training agreement*”, un contratto atipico per la cui conclusione l’utente deve necessariamente aver compiuto i diciotto anni, pena l’invalidità del contratto.

A sostegno di tale ricostruzione, viene evidenziato che entrambe le prestazioni, oggetto del contratto “di utenza-addestramento”, sono suscettibili di valutazione economica pur potendo rinvenirsi un interesse non patrimoniale sotteso alla fruizione del servizio da parte del minore.

³² S. Orlando, *I lividi dei minorenni sparring partners di ChatGPT e l’età minima per attivare il servizio in Italia*, in *Persona e Mercato*, 2023/1, p. 3.

Tale accordo negoziale, secondo tale impostazione, non potrebbe includersi, quale deroga all'art. 2 c.c., né all'interno dei contratti "della vita quotidiana" (c.d. micro-contrattualità) né all'interno della categoria dei contratti mediante i quali si esercitano libertà costituzionalmente protette in virtù di una lettura costituzionalmente orientata dell'art. 2 c.c.

I primi costituiscono una categoria elaborata in via dottrinale all'interno della quale si annoverano negozi, di irrisorio valore economico, che possono considerarsi espressione della "vita quotidiana" di ogni individuo, incluso il minore, che, quindi, avrà la capacità di perfezionare validamente tali atti (es. acquisto di un biglietto per il cinema o per il teatro, l'acquisto di libri, fumetti, c.d. musicali, ecc.). Queste ipotesi mal tollererebbero una rigorosa applicazione del criterio di cui all'art. 2 c.c. nella misura in cui si tradurrebbe in un'eccessiva ed ingiustificata compressione della libertà di autodeterminazione del minore. La modesta rilevanza economica di tali atti non è idonea a comportare un effettivo pericolo per il patrimonio del minore al quale deve essere riconosciuta la capacità di concludere tali atti ai fini dello sviluppo della sua personalità³³.

La seconda categoria è, invece, rappresentata dai contratti mediante i quali il minore esercita diritti fondamentali di libertà, nell'ambito dei quali la dottrina tende a riconoscere uno spazio di indipendenza del minore nonostante si versi in ambito patrimoniale³⁴.

In questo senso, l'indipendenza delle decisioni, riconosciute al minore nell'ambito dei diritti fondamentali, incide, secondo autorevole dottrina, sulla sua capacità di agire giustificandone un'anticipazione.

Il contratto di *user-training agreement*, tuttavia, viene considerato estraneo ad entrambe le categorie suddette: non rientrerebbe nella prima categoria, dato

³³ G. B. De Marinis, *Autodeterminazione e capacità di discernimento del minore: profili di diritto civile*, *supra*.

³⁴ Cfr. P. Stanzone, *I contratti del minore in Europa e Diritto Privato*, fasc.4, 2014, p. 1237. In questo senso F. Ruscello in *Potestà genitoriale e capacità dei figli minori: dalla soggezione all'autonomia in Vita notarile*, fasc. I, 2000, p. 57 "l'atto, anche di natura negoziale e di natura patrimoniale, in tanto potrà essere posto in essere dal minore in possesso della capacità di discernimento, in quanto senza il suo compimento rimarrebbe privata di un concreto esercizio la situazione esistenziale che (...) deve in ogni caso essere garantita".

il rilevante valore economico attribuito ai dati personali ai fini dell'addestramento dell'algoritmo di Intelligenza Artificiale e sarebbe estraneo anche alla seconda perché, ad oggi, l'utilizzo di sistemi di Intelligenza Artificiale da parte dei minori, non può considerarsi espressione di diritti fondamentali di libertà.

D'altronde, la stessa definizione che ChatGPT dà di se stessa afferma, infatti, che: *“L'uso di ChatGPT richiede una valutazione critica e responsabile delle risposte generate”*.

Sebbene la capacità critica possa riscontrarsi anche in alcuni soggetti minorenni la cui capacità di discernimento, in virtù delle specifiche circostanze, possa rivelarsi adeguatamente sviluppata, la necessità di tutelare lo sviluppo delle facoltà intellettuali di tali soggetti sembrerebbe opportunamente giustificare l'applicazione del rigore e della certezza dell'art. 2 c.c.

Ne consegue allora l'irrelevanza di un eventuale consenso del *parent* o del *guardian* rispetto all'utilizzo di ChatGPT da parte del minore: la regola vigente nell'ordinamento giuridico italiano è, infatti, la incapacità del minore a concludere atti giuridici a contenuto patrimoniale, pertanto tutte le eccezioni al principio devono essere previste dalla legge o desunte in via interpretativa.

Il contratto atipico di utenza – addestramento, allora, si configurerebbe come contratto avente ad oggetto prestazioni suscettibili di valutazione economica, estraneo all'area della “micro-contrattualità” e a quella dei contratti aventi ad oggetto l'esercizio di diritti fondamentali per la cui conclusione non è sufficiente la “minore età digitale” prevista dall'art. 8, comma 1, GDPR la quale vede il suo campo di applicazione limitato alla sfera extra patrimoniale ma richiede il compimento dei diciotto anni ai sensi dell'art. 2 c.c.

È questo, in sostanza, l'approdo cui sarebbe opportuno giungere, oltre che per i rilievi sinora esposti, anche per l'esigenza di salvaguardare l'integrità dello sviluppo delle capacità intellettive dei minori³⁵.

³⁵ S. Orlando, *I lividi dei minorenni sparring partners di chatGPT e l'età minima per attivare il servizio in Italia*, in *Persona e Mercato*, 2023/1, cit.

6. Valutazioni conclusive

Se, nell'ambiente *offline*, l'elaborazione dottrinale e giurisprudenziale, al fine di tutelare l'esercizio di diritti fondamentali, ha valorizzato la capacità dispositiva del "grande minore" erodendo progressivamente il campo di applicazione dell'art. 2 c.c., nell'ambiente *online* le istanze di tutela dei soggetti vulnerabili, derivanti da una scorretta fruizione di sistemi basati su AI, sembrano giustificare il ritorno dell'applicazione rigorosa della disciplina privatistica.

Sebbene, come rilevano alcuni, le operazioni "di scambio" concluse in rete siano dotate di una specificità tale da annebbiare il *discrimen* fra il consenso al trattamento dei dati personali ed il consenso "negoziale", la necessità di tutelare il fisiologico sviluppo delle facoltà intellettive dei minori, a parere della scrivente, imporrebbe il ritorno ad un formalismo giuridico in chiave protettiva.

Le istanze *partecipative* del minore cedono dinanzi a quelle *protettive* nel settore dell'Intelligenza Artificiale legittimando l'attuazione dogmatica dell'istituto della capacità di agire.

Se principio ispiratore dell'azione legislativa unionale, come espresso dal *Digital Services Act*³⁶, è che ciò che è illegale nella vita reale deve essere ritenuto illegale anche nel mondo *on-line*, parrebbe opportuno evitare interpretazioni che comporterebbero un ampliamento dei rischi per i minori nell'ambiente digitale.

L'uso di strumenti di intelligenza artificiale, come evidenziato, richiede *valutazione critica* il cui raggiungimento potrebbe risultare ostacolato dall'utilizzo degli stessi.

Qualora la realtà dovesse rivelare, tuttavia, un largo utilizzo dei sistemi di AI da parte dei minori, allora, non sembra si possa prescindere dall'integrazione nella formazione scolastica di percorsi educativi all'utilizzo di tali sistemi³⁷.

³⁶ Regolamento (UE) 2022/2065 del Parlamento europeo e del Consiglio del 19 ottobre 2022 relativo a un mercato unico dei servizi digitali e che modifica la direttiva 2000/31/CE (regolamento sui servizi digitali).

³⁷ Cfr. "Develop and update formal and informal education programmes globally to include the technical and soft skills needed to flourish in an AI world, including in the future

Occorre aumentare la consapevolezza dell'indispensabilità di una scuola capace di avvicinare gradualmente gli studenti verso la fruizione "critica" degli strumenti di AI affinché essi rappresentino un supporto alla formazione e non un'ulteriore causa di atrofizzazione del pensiero³⁸.

workplace" V. UNICEF. 2020. 'Policy Guidance on AI for Children (Draft)'. <https://www.unicef.org/globalinsight/media/1171/file/UNICEF-Global-Insight-policyguidance-AI-children-draft-1.0-2020.pdf>.

In questo senso E. Battelli, *Necessità di un umanesimo tecnologico: sistemi di intelligenza artificiale e diritti della persona* in *Diritto di Famiglia e delle Persone (II)*, fasc.3, in *Il diritto di famiglia e delle persone* n. 3, 2022, p. 1120.

Cfr. A. Alpini, *Sull'approccio umano centrato all'intelligenza artificiale. Riflessioni a margine del "progetto europeo di orientamenti etici per una IA affidabile"* in *Comparazione e diritto civile*, 2019, p. 6.

³⁸ Per un approfondimento sulle forme di governo della AI si veda A. M. Gambino, *Vizi e virtù del diritto computazionale*, in *Diritto dell'Informazione e dell'Informatica (II)*, fasc.6, 2019, pag. 1169.

DIRITTO MERCATO TECNOLOGIA

Numeri Speciali

- 2016** **LO STAUTO ETICO GIURIDICO DEI CAMPIONI BIOLOGICI UMANI**
a cura di **Dario Farace**
- 2017** **IL MERCATO UNICO DIGITALE**
a cura di **Gianluca Contaldi**
- 2018** **LA RICERCA SU MATERIALI BIOLOGICI DI ORIGINE UMANA:**
GIURISTI E SCIENZIATI A CONFRONTO
a cura di **Alberto M. Gambino, Carlo Petrini e Giorgio Resta**
- 2019** **LA TASSAZIONE DELL'ECONOMIA DIGITALE TRA SVILUPPI RECENTI**
E PROSPETTIVE FUTURE
a cura di **Alessio Persiani**

La rivista “Diritto Mercato Tecnologia” intende fornire un costante supporto di aggiornamento agli studiosi e agli operatori professionali nel nuovo scenario socio-economico originato dall’interrelazione tra diritto, mercato e tecnologia, in prospettiva interdisciplinare e comparatistica. A tal fine approfondisce, attraverso studi nei settori privatistici e comparatistici, tematiche afferenti in particolare alla proprietà intellettuale, al diritto antitrust e della concorrenza, alle pratiche commerciali e alla tutela dei consumatori, al biodiritto e alle biotecnologie, al diritto delle comunicazioni elettroniche, ai diritti della persona e alle responsabilità in rete.

