

The evolution of relationships between the customer and their bank, from the rules on transparency to the regulation on payment services. The (digital) archives as means of protection for the consumer customer and citizens

SIMONA GHIONZOLI

Ph.D. (c) in International Studies at Università degli Studi di Napoli L'Orientale, Lawyer

[ORCID](#)

Abstract

For centuries now, the value and the matter of individual and collective memory and of the preservation of facts and values, has always been important.

This is a process located outside of time and space and finds an innovative expression of such complexity in the Homeric poems.

Subsequently, the Greek alphabet was involved in an already initiated and widespread narrative process that was nothing more than the tool through which one helps spread an already outlined and defined thought.

Today, as in ancient times, the mediation of technology, which increases the possibilities of commercial relationships and transactions, makes the experience of narration and of documentation again essential.

One may well wonder whether besides the enormous quantity of transparency, there are means able to create relationships and a more democratic, accessible and, more importantly sustainable digitalisation process.

Are we facing the inexorable submissiveness and unknowability of the digital world or, can every process be regulated by the word of law which, similar to the Greek poets and singers in the ancient world, manages to shed light on silence?



Abstract

Nel corso dei secoli sempre importante è stato il valore e la questione della memoria individuale e collettiva e della conservazione nel tempo di fatti e valori. Trattasi di un processo, che si colloca fuori dal tempo e dallo spazio e che trova nei poemi omerici una delle prime espressioni di tale complessità.

L'alfabeto greco interviene successivamente, su un processo narrativo già avviato e diffuso e non è altro che lo strumento con il quale si aiuta a diffondere un pensiero già delineato e definito.

Oggi, come nell'antichità, l'intermediazione della tecnologia aumenta le possibilità degli scambi e delle transazioni commerciali e rende di nuovo centrale l'esperienza del raccontare e della documentazione.

Occorre chiedersi se oltre alla copiosa legislazione sulla trasparenza, sussistano strumenti, in grado di rendere il processo di digitalizzazione, più democratico, accessibile e soprattutto sostenibile.

Ci troviamo di fronte all'inesorabilità di una condizione di sottomissione e inconoscibilità del digitale oppure ogni processo resta regolabile attraverso la parola della legge, che, come per gli aedi del mondo antico, riesce a fare luce nel silenzio?¹

Keywords: Memory; transparency; archives; digitalization process; sustainability.

Summary: Introduzione. – 1. Normativa in materia di trasparenza (bancaria). – 2. Ulteriori esperienze normative e tutela dei diritti nel digitale. – Conclusioni: archivi e archivi digitali.

Introduzione.

Nel corso dei secoli sempre importante è stato il valore e la questione della memoria individuale e collettiva.

Altrettanto forte il bisogno di ricordare, connesso alla paura di dimenticare, per via dell'impossibilità o meglio dell'impotenza di rappresentare e conservare nel tempo fatti, valori e disvalori, testimoni di un pensiero e di una mentalità collettiva².

¹ Ph. Archivio Storico Comune di Portoferraio (LI). Bulletin des lois, emessi dalla Repubblica e dall'Impero durante l'annessione alla Francia. Un particolare ringraziamento è rivolto alla Dott.ssa Gloria Peria, Direttrice della Gestione Associata degli Archivi Comunali Isola d'Elba, che ha consentito la pubblicazione della fotografia.

² R.L. Fox, *Il mondo classico. Storia epica di Grecia e di Roma*, Torino, 2007, 18 ss. <<Ma i personaggi omerici, Ettore, Achille, Ulisse, non sono figure storiche. Per gli storici, il significato di questi poemi è un altro: esprimono una conoscenza del mondo reale, a partire dalla quale si tuffano poi nell'epico mondo delle leggende, e recano tracce di valori che sono rivendicati in maniera implicita ed esplicita. Questi poemi consentono così di immaginare quali fossero i valori apprezzati dal pubblico greco dell'epoca, dovunque esso fosse e comunque fosse composto. Così come consentono di capire quali fossero i valori e la mentalità successivi, in quello che diverrà il nostro mondo "classico">>. <<Leggere Omero, insomma, non vuol dire solo fare un tuffo nel pathos e nell'eloquenza, nell'ironia e nella nobiltà: significa anche immergersi in un mondo sociale ed etico che era ancora noto alle maggiori figure dopo Omero, come il poeta Sofocle o quel grande appassionato di Omero che fu Alessandro Magno>>.

Trattasi di un processo, questo appena descritto, che si colloca fuori dal tempo e dallo spazio e che trova nei poemi omerici una originale espressione di tale complessità.

Chi era Omero se non il portavoce di una storia e di un'identità collettiva e cosa erano i poemi omerici. Frutto di una mera narrazione orale o tentativo, anche, di rappresentare una sintesi di un contesto storico e sociale preciso?

E ancora. Uno, due oppure addirittura tanti poeti orali o meglio "Aedi" che, come Omero, nel buio e nel silenzio della propria cecità³, trovarono il modo di dare un senso e storicizzare con abile coerenza e sistematicità, una tradizione orale tramandatasi nel tempo e nella quale un nucleo sociale si riconosceva?⁴

L'alfabeto greco, invenzione, nata nell'VIII secolo venne solo dopo e servì per preservare la memoria di un sistema, sotteso al quale sussisteva un pensiero già presente e assimilato e che solo successivamente trovò accoglienza nella sicurezza del testo scritto.

L'alfabeto, come la legge scritta, interviene, pertanto, su un processo narrativo conosciuto e non è altro che uno strumento, che contribuisce a diffondere un pensiero già delineato e definito⁵.

Ma se ciò è vero per il mondo antico, a maggior ragione è possibile comprendere e regolare ciò che nell'attualità risulta, spesso, incomprensibile, soprattutto per i meno giovani, i cosiddetti "boomers", ovvero il linguaggio giuridico e del digitale e i rapporti intercorrenti tra diritto e tecnologia da un lato e diritto, tecnologia e persona dall'altro⁶.

Nonostante la tavoletta, la carta, la penna biro, il computer, lo smartphone e l'algoritmo, continua ad essere molto presente l'esigenza della persona di mantenere vivo il rapporto con la realtà attraverso il supporto della forma scritta, l'unica sentita come in grado di garantire certezza e sicurezza ai traffici giuridici, perché immutabile e immodificabile nel tempo e tanto più immutabile laddove contestualizzata in un documento. Ancora di più se raccolta in quelli che sono dei baluardi di memoria, come gli archivi, sottraendoli alla naturale fragilità e frammentarietà del digitale, speculare alla caducità e alla fragilità della tradizione orale del periodo antico, ben sistematizzata da Omero.

³ S. Vassalli, *Amore lontano*, Torino 2005-2006, 4. <<Ma la cecità, ai tempi di Omero, veniva considerata una condizione ideale per essere poeti: perché è una forma di silenzio, e le storie e le melodie nascono dal silenzio>>.

⁴ R.L. Fox, *op. cit.*, 23. <<Ma ci fu un solo Omero oppure due, uno per ciascun poema? Quel che leggiamo non è stato messo in piedi in una volta, probabilmente, ma fu comunque un poeta eccezionale a lavorarci. La trama di entrambi i poemi è troppo coerente per pensare che si siano evoluti nel tempo, come una palla di neve che si ingrossa sempre di più, opera di chissà quanti Omero. I rapsodi, i professionisti della recitazione, continuarono di sicuro a declamare i poemi, in giro per la Grecia arcaica, ma senza tuttavia crearne il nucleo>>.

⁵ R.L. Fox, *op. cit.*, 24. <<Durante l'VIII secolo, la nuova invenzione, l'alfabeto, prese a diffondersi per il mondo greco. Non fu inventato per mettere per iscritto i grandi poemi omerici, ma venne comunque usato (forse dagli eredi di Omero e quando era ancora in vita) per preservarne memoria>>.

⁶ F. Di Ciommo, *Archivi digitali (onnivori) e diritti fondamentali (recessivi)*, in *Il trattamento algoritmico dei dati tra etica, diritto ed economia*, Atti del Convegno di Napoli 9-10-11.05.2019, Napoli, 2020, 234. <<In estrema sintesi, potremmo dire che tutti gli strumenti informatici creano ed usano, alcuni per frazioni temporali molto brevi ed altri invece in modo duraturo nel tempo, archivi digitali in quanto tutto ciò che essi fanno è trattare dati in formato digitale, o più precisamente mappare dati su informazioni. Conseguentemente, riflettere circa il rapporto tra archivi digitali e diritti fondamentali vuol dire considerare il rapporto tra l'informatica, intesa in senso ampio, e i diritti fondamentali, e dunque per essere ancora più chiari, il ruolo stesso dei diritti fondamentali nella società dell'informazione>>.

*“La forma è il mezzo sociale attraverso il quale viene manifestata la volontà”*⁷ e l’esigenza di stabilità e certezza trova una risposta nell’art. 1350 c.c., che elenca gli atti da redigersi a mezzo forma pubblica o scrittura privata.

L’esperienza del raccontare e della narrazione era importante al tempo degli aedi, in carenza di carta e alfabeto, lo è ancora oggi, nonostante l’intrusiva presenza dell’algoritmo e di dispositivi digitali, dove mezzi e tecnologie sono chiamati a supportare e integrare relazioni e processi, connessi ai traffici commerciali e alle ormai onnipresenti transazioni on line.

In assenza dunque di certezze tangibili, ma in presenza di una tecnologia che sempre più rapidamente si afferma nei processi di lavoro e di governo, importante diventa, sul piano della sicurezza dei traffici, avere dei punti di riferimento precisi in grado di tramandare e custodire la memoria.

L’art. 7, 1° co., d.p.r. 28.12.2000, n. 445 così dispone <<i>decreti, gli atti ricevuti dai notai, tutti gli atti pubblici, e le certificazioni sono redatti, anche promiscuamente, con qualunque mezzo idoneo, atto a garantire la conservazione nel tempo>>.

Lo stesso dicasi per la Risoluzione del Consiglio dell’Unione Europea del 25 giugno 2002 sulla conservazione della memoria del domani – conservazione dei contenuti digitali per le generazioni future (GUCE n. C 162 del 6 luglio 2002), che sembra preoccuparsi della modificabilità e della velocità con cui intervengono i cambiamenti tecnologici e dunque dell’impossibilità di conservare a lungo e su supporti durevoli nel tempo i beni culturali e la proprietà intellettuale⁸.

Ciò che diventa centrale, dunque, oggi come nei secoli passati non è il “supporto”, ma il contenuto e il pensiero in esso racchiuso. Beni sui quali meriterebbe soffermarsi per alcune riflessioni, la prima delle quali su cosa debba intendersi per realtà materiale e immateriale e dematerializzazione e se, come si trova scritto sul Manifesto della Comunicazione non ostile, reale e virtuale, infine, sono la stessa cosa⁹. La tecnologia, dunque, costituisce un mezzo aggregante e aumenta le opportunità di scambi e rapporti. Pensiamo un attimo all’intensità dei traffici commerciali in ambienti come quello bancario e del consumo on line e ai servizi, ormai quasi completamente gestiti da applicativi digitali, così come alla diffusione dell’on line ai servizi al cittadino.

Diventa a questo punto lecito chiedersi cosa e come possa aumentarsi la fiducia del cittadino, soprattutto dei “boomers” e se oltre la copiosa legislazione sulla trasparenza bancaria, sussistano strumenti in grado di rendere il processo di digitalizzazione, sia che esso si svolga su piattaforme on line oppure off line, più democratico, accessibile e soprattutto sostenibile¹⁰.

⁷ G. Pascuzzi, *Il diritto dell’era digitale*, 5^a ed., Bologna, 2020, 114.

⁸ G. Pascuzzi, *op.cit.*, 114. <<L’intervento del Consiglio muove, tra l’altro, dalla consapevolezza che i beni culturali e intellettuali della nostra società, creati, utilizzabili e disponibili in formato digitale (costituenti la memoria del domani), sono dipendenti da tecnologie che evolvono rapidamente e da supporti fragili e che pertanto si corre il grave rischio di perdite irreparabili in mancanza di misure positive di conservazione per rendere tali beni disponibili per il futuro>>.

⁹ Il testo del Manifesto è consultabile all’indirizzo <http://www.paroleostili.it>.

¹⁰ G. Capaldo, *La Strategia digitale dell’unione Europea verso un mercato sostenibile*, in *Osservatorio Giuridico sull’innovazione digitale*. Year book 2021, 46. << Evidentemente la regolazione chiara e trasparente delle piattaforme incide non solo sulla attività di autonomia privata, ma anche sulla trasparenza come valore stesso della società, che acquisisce, attraverso le piattaforme, un carattere rilevante per le democrazie. La recente storia europea e nordamericana dimostra come per la qualità della rappresentatività di un Paese sia

L'evoluzione dei rapporti tra clienti e banche passa dalla Legge sulla trasparenza nei contratti bancari alla nuova disciplina dei pagamenti, che sicuramente hanno contribuito a rendere più informato e consapevole l'investitore. Particolare attenzione è stata rivolta anche alla scelta delle parole e allo stile di scrittura dei documenti¹¹. Cosa resta tuttavia fondamentale per garantire un reale presidio di trasparenza e informazione, in grado di rendere il cittadino, sia esso utente o cliente, non solo consapevole, ma anche in grado di muoversi tra le trame di linguaggi inediti e talora incomprensibili?

Ci troviamo di fronte ad una inevitabile e inesorabile condizione di sottomissione al digitale oppure è semplice concludere che non esiste l'inconoscibilità dell'algoritmo, laddove si parta dal presupposto che tutti i processi se non conoscibili, sono comunque regolabili attraverso parametri di regolamentazione, soprattutto etici ed è la parola e in particolare la parola della legge, che, come con gli Aedi del mondo antico, riesce a fare luce nel silenzio?

Contratti, codici deontologici, capacità di regolare strumenti e processi inediti, archivi, trasparenza, sono oggetto di un tentativo di disamina per offrire un contributo, soprattutto in termini ricognitivi, sul piano normativo (e regolamentare) di ciò che accade in ambiti specifici come quello del credito, modello esportabile anche in altri contesti.

E così se il contratto resta lo strumento principe di regolazione di rapporti siano essi offline che online, perché liberamente si stabiliscono regole e si comunicano informazioni, gli archivi consentono l'individuazione e la contestualizzazione del documento e offrono un contributo importante in tema di salvaguardia e presidio dei diritti. Restano un baluardo della democrazia che rendono accessibili e trasparenti informazioni e dati e favoriscono la diffusione della conoscenza e la corretta genesi degli eventi. Luoghi non più da tenere lontani e nascosti, ma sempre più da frequentare, per agevolare lo scambio e la condivisione di informazioni, esperienze e saperi.

La L. 15.03.2005, n. 59 ha stabilito che sono validi e rilevanti a tutti gli effetti di legge <<gli atti, dati e documenti formati dalla pubblica amministrazione e dai privati con strumenti informatici o telematici, i contratti stipulati nelle medesime forme, nonché la loro archiviazione e trasmissione con strumenti informatici>>. A questa norma sono seguite altre disposizioni di legge. Due in particolare ovvero il D.lgs 7 marzo 2005 n. 82, Codice dell'Amministrazione Digitale (CAD) e il Regolamento 2014/910/UE del Parlamento europeo e del Consiglio del 23 luglio 2014.

Le principali norme relative agli archivi si ritrovano, invece, nel D.lgs 22 gennaio 2004, n. 42 e per gli archivi digitali il rinvio è agli artt. 40-44 Codice dell'Amministrazione Digitale.

di fondamentale rilevanza che non possa realizzarsi alcun processo di alterazione, sottrazione, manipolazione dei dati. In generale quando si discorre di sostenibilità, la dimensione della trasparenza non va coniugata semplicemente sul piano delle relazioni b2b e b2c, bensì a livello di società e di istituzioni. L'accesso alle piattaforme, la diffusione delle informazioni (si veda anche il considerando R della Risoluzione 2020/2021) possono rappresentare la garanzia per costruire un diverso tipo di democrazia, se non diretta, certamente maggiormente partecipata. E le garanzie di cui devono essere dotate le informazioni e i processi connessi alle piattaforme on line devono tener conto di queste implicazioni>>.

¹¹ A. Barengi, *Diritto dei consumatori*, Lavis (TN), 2020, 172, che richiama, in nota, il Considerando n. 13 Regolamento 2014/1286/UE.

Copiosa la rassegna legislativa in tema di trasparenza.

I codici di condotta, infine, rappresentano un ulteriore strumento in grado di contribuire alla regolamentazione dei rapporti e a garantire, entro certi limiti, la correttezza dei traffici, soprattutto in presenza di una asimmetria di posizioni informative e disparità di potere negoziale, come accade tra Banca e Cliente e nelle transazioni online.

Esempi di codici di condotta sono consultabili all'art. 40, 2016/679/UE (GDPR) quanto al tema della privacy, in tema di hate speech e all'art. 17 par. 1, Reg. 2019/1150/UE, che promuove equità e trasparenza per gli utenti commerciali di servizi in intermediazione on line.

1. Normativa in materia di trasparenza (bancaria).

E' anzitutto opportuno chiarire cosa debba intendersi per norme di trasparenza ovvero l'insieme di regole volte ad assicurare ai clienti, agli utenti, ai consumatori un'informazione completa e chiara, che faciliti la comprensione delle caratteristiche, dei rischi e dei costi dei prodotti (finanziari) offerti, in modo da contribuire alla corretta formazione del consenso e della volontà (attraverso anche la reale comparabilità delle offerte) e consentire la vigilanza sui contenuti contrattuali e sui comportamenti delle parti nella formazione del contratto¹².

Principali veicoli atti a tutelare la trasparenza contrattuale sono costituiti dalla copiosa normativa vigente in materia, che definiscono standard minimi e generali di redazione dei documenti informativi, predisposti per la clientela, le caratteristiche degli strumenti di pubblicità e gli obblighi di controllo per il rispetto della disciplina di trasparenza e la correttezza nei rapporti con l'utenza, fino all'introduzione di requisiti di forma vincolata, come la forma scritta cartacea o su supporto durevole o di altri elementi di carattere formale, quali la consegna di copia del documento contrattuale (che nella prassi continua a resistere, nonostante il processo di digitalizzazione e la firma digitale). Infine, i requisiti di forma e forma-contenuto, finalizzati a precisare l'obbligo di buona fede e correttezza che deve necessariamente caratterizzare gli obblighi gravanti sul professionista nei rapporti con il consumatore¹³.

Il quadro normativo, in particolare, di riferimento in materia di trasparenza delle operazioni e dei servizi bancari e finanziari è disciplinato dal D.lgs 01 settembre 1993, n. 385 (T.U. delle Leggi in materia bancaria e creditizia), dalle Delibere del C.I.C.R., dalle disposizioni di vigilanza sulla Trasparenza delle operazioni e dei servizi bancari adottate con Provvedimento del Governatore

¹² A. Barengi, *op. cit.*, 180, che nel definire la trasparenza ha modo di sottolinearne la pluralità di <<nozioni e regole. Essa si riferisce tanto alla corretta formazione del consenso, in una prospettiva che quindi è in senso ampio assimilabile a quella tradizionale della formazione del contratto e della tutela della volontà, quanto al controllo sul contenuto del contratto, e inoltre ai controlli sui comportamenti delle parti nella formazione del relativo regolamento>>.

¹³ A. Barengi, *op. cit.*, 181. Il riferimento è all'art. 35, D.lgs n. 206/2005, Codice del Consumo, <<secondo il quale, quando le clausole sono proposte al consumatore per iscritto esse devono essere redatte in modo chiaro e comprensibile>> e ai correlati mezzi di tutela <<da individuare sia all'interno della stessa disciplina delle clausole vessatorie, come indizio o criterio di vessatorietà, sia all'esterno della stessa, nell'ambito del principio generale della correttezza nella formazione del contratto (art. 1337 c.c.)>>.

della Banca d'Italia del 29 Luglio 2009 e successive modifiche e integrazioni e dalle altre fonti normative quali:

- Il D.lgs 01.09.1993 n. 385 e successive modificazioni "Testo Unico delle leggi in materia bancaria e creditizia";
- Il D.lgs 24.02.1998 n. 58 e successive modificazioni "Testo Unico sulla Finanza";
- La Delibera del CICR del 04.03.2003, recante la "Disciplina della trasparenza delle condizioni contrattuali delle operazioni e dei servizi bancari e finanziari", come modificata dal Decreto d'urgenza del Ministero dell'Economia e delle Finanze – Presidente del CICR del 3 febbraio 2011, recante "Disposizioni sul credito ai Consumatori e modifiche alla Deliberazione del 04.03.2003 in materia di trasparenza delle condizioni contrattuali delle operazioni e dei servizi bancari e finanziari", che individua le linee guida della nuova disciplina in materia di trasparenza, rimettendo alla banca d'Italia la predisposizione delle relative disposizioni di attuazione;
- Disposizioni di Vigilanza di Banca d'Italia del 29.07.2009 e successive modificazioni in materia di "Trasparenza delle operazioni e dei Servizi bancari e finanziari" – correttezza delle relazioni tra intermediari e clienti";
- Istruzioni di Vigilanza per le Banche della banca d'Italia (Circolare n. 229 del 21.04.1999 – 13° aggiornamento del 10.04.2007);
- Titolo V – Capitolo 3 – Sez. 6 – Raccolta in titoli delle Banche – Trasparenza delle condizioni contrattuali;
- Legge 28.12.2005, n. 262, "Disposizioni per la tutela del Risparmio e la disciplina dei mercati finanziari";
- D.L. 29.11.2008, n. 185, convertito in Legge 28.01.2009, n. 2, recante "misure urgenti per il sostegno a famiglie, lavoro, occupazione e impresa";
- D.lgs 27.01.2010, n. 11 "Attuazione della Direttiva 2007/64/CE, relativa ai Servizi di pagamento nel mercato interno, recante modifica della Direttiva 97/7/CE, 2002/65/CE, 2005/60/CE, 2006/48/CE e che abroga la Direttiva 97/5/CE, così come modificato dal D.lgs n. 218/2017, a decorrere dal 13.01.2018;
- D.lgs 13.08.2010, n. 141 e successive modificazioni recante "Attuazione della Direttiva 2008/48/CE relativa ai contratti di credito ai Consumatori, nonché modifiche del Titolo VI del TUB in merito alla disciplina dei soggetti operanti nel settore finanziario, degli agenti in attività finanziaria e dei mediatori creditizi";

2. Ulteriori esperienze normative e tutela dei diritti nel digitale.

Il percorso normativo, iniziato con le disposizioni a tutela della trasparenza, con l'entrata in vigore del T.U. Bancario (D.P.R. n. 385/1993) applicabile anche

al credito al consumo, si è evoluta, progressivamente, prima con il D.L. n. 29/2012 e il D.lgs n. 11/2017, attuativo della Direttiva 2007/64/CE, in seguito con il D.lgs 15 marzo 2017, n. 37, attuativo della Direttiva 2014/92/UE, che ha introdotto, tra le altre, la disciplina dei servizi di pagamento nonché una nuova disciplina del credito al consumo, in attuazione della nuova Direttiva comunitaria 2008/48/CE, nel quale la parte generale sulla trasparenza non si applica alla parte speciale, salvo espresso richiamo, dunque procedendo a contrario rispetto alla normativa del 1993 e al rapporto da essa instaurato tra trasparenza e credito al consumo¹⁴.

La disciplina sul servizio di disposizione di ordine di pagamento, cosiddetta, PSD2, introdotta con il D.lgs 15 dicembre 2017, n. 218, in attuazione della Direttiva 2015/2366/UE, che ha modificato il D.lgs 27 gennaio 2010, n. 11, ha introdotto, infine, significative novità quanto ai diritti e agli obblighi delle parti nella prestazione dei servizi di pagamento, atte a rafforzare le protezioni a favore degli utenti e dei consumatori dei servizi di pagamento e ciò anche al fine di sostenere e rafforzare la fiducia verso le nuove tecnologie. Nel provvedimento, in particolare, viene stabilita una distribuzione e una graduazione precisa della responsabilità fra prestatore di servizi di radicamento del conto e prestatore di servizi di disposizione di ordini di pagamento, in caso di operazioni non autorizzate o non correttamente eseguite¹⁵.

Un ulteriore passo importante nella tutela dei diritti del consumatore e in generale dell'utenza è costituito, inoltre, dal recente Regolamento 2019/1150/UE, entrato in vigore il 12.07.2020, che introduce una nuova disciplina per i servizi di intermediazione sull'web, con espressa esclusione dell'applicazione del Regolamento ai servizi di pagamento on line, come stabilito all'art. 1, 3° co.¹⁶. Esso cerca di garantire un trattamento più equo e trasparente degli utenti commerciali da parte delle piattaforme e motori di ricerca on line.

Occorre anzitutto chiedersi cosa debba intendersi per trattamento equo e trasparente.

L'ambito oggettivo della Regolamento (art. 1 e considerando n. 11), intanto, interessa i mercati del commercio on line (siti web e piattaforme di vendita on line), inclusi i social media e i motori di ricerca on line ovvero tutte quelle attività che, per mezzo dell'uso di tecnologie dell'informazione e della comunicazione, facilitano le interazioni e le transazioni commerciali e implicano, comunque, una relazione con i consumatori finali (Cfr. Considerando n. 11).

L'ambito soggettivo del Regolamento, invece, si estende a chiunque svolga una funzione di "intermediazione on line", indipendentemente dal fatto che siano stabiliti in uno stato membro o fuori dall'Unione, in presenza di

¹⁴ A. Barengi, *op. cit.*, 465.

¹⁵ A. Messoro, *La nuova disciplina dei servizi di pagamento digitali prestati dai third party providers*, in *Leggi civ. comm.*, 2020, II, 538. Secondo l'autrice «il pericolo di subire la perdita economica derivante da un'operazione illegittima è posto a carico di chi può meglio prevenirlo, controllarlo e gestirlo (Cfr. considerando dir. 2015/2366/UE)».

¹⁶ Art. 1, 3° co. Regolamento 2019/1150/UE: «Il presente Regolamento non si applica ai servizi di pagamento on line o agli strumenti di pubblicità on line né agli scambi pubblicitari online che non sono forniti con l'obiettivo di agevolare l'avvio di transazioni dirette e che non implicano una relazione contrattuale con i consumatori».

determinate condizioni (Cfr. Considerando n. 9).

Alla portata molto ampia del regolamento sul piano oggettivo e soggettivo, in realtà, sembrerebbe corrispondere l'obiettivo del legislatore comunitario di scongiurare le distorsioni che caratterizzano il mercato online, garantendo un sistema di e-commerce competitivo, equo e trasparente (Cfr. Considerando n. 3) e favorendo, il principio di responsabilità a carico dei soggetti più forti. Ciò emerge dalle norme che mirano a scongiurare l'utilizzo dei dati personali forniti dai consumatori e la profilazione delle scelte e dei comportamenti in fase di acquisto¹⁷.

Si cerca così di proteggere le piccole e medie imprese (dalla concorrenza sleale dei gestori delle piattaforme dell'e-commerce, che vengono in possesso delle informazioni e ne sfruttano il potenziale) (Cfr. Considerando n. 15 e ss), oltre che il consumatore finale¹⁸ (quanto alla corretta formazione del consenso, il più possibile scevro da condizionamenti e manipolazioni) (Cfr. Considerando n. 30 e ss), in modo da incrementare progressivamente la fiducia complessiva nella trasparenza del mercato online, nell'ambito del quale, l'intensità dei traffici e il moltiplicarsi delle transazioni emerge con ogni evidenza¹⁹.

Il Regolamento cerca, pertanto, di contrastare il fenomeno dell'abuso di posizione dominante delle grandi piattaforme on line, lavorando, proprio, sul concetto di trasparenza delle informazioni (Cfr. articoli 7 e 9) tra operatori economici nei rapporti tra loro e nei confronti del consumatore (Cfr. art. 10).

Tale processo viene garantito attraverso l'adozione di misure e strumenti che anticipano la tutela del consumatore e delle fasce di venditori più deboli, in primo luogo per mezzo della specifica disciplina del "posizionamento" (cfr. art. 5) ovvero stabilendo i criteri con cui avviene il collocamento e dunque la visualizzazione del prodotto nel contesto on line e in secondo luogo con precisi obblighi informativi (Cfr. art. 6), anziché attraverso la previsione di sanzioni di condotte vietate e distorsive della concorrenza. Tutto ciò a tutela dei venditori, ma anche dei consumatori, contribuendo a formalizzare ciò che anni prima era stato anticipato anche dalla giurisprudenza di legittimità, che a proposito di concorrenza, aveva avuto modo di chiarire che «la legge antitrust non è la legge degli imprenditori soltanto, ma è la legge dei soggetti del mercato, ovvero di chiunque abbia interesse...alla conservazione del suo carattere competitivo» dunque anche dei consumatori²⁰.

¹⁷ M. Di Rocco, *Negli acquisti via web la Ue alza le garanzie*, in *La guida rapida, Il Sole 24 ore*, 01.02.2021, 1. «Tra i dichiarati obiettivi della norma europea, infatti, vi è anche quello di impedire alcune tipiche distorsioni del mercato online, garantendo un ecosistema competitivo, equo e trasparente, in cui tutti gli operatori del settore, specie i più forti agiscano in modo responsabile, evitando di usare illegittimamente i dati forniti dai consumatori ed evitando l'uso spregiudicato di sistemi di "profilazione" delle loro scelte e dei loro comportamenti in fase di acquisto».

¹⁸ In tal senso si veda anche Cass. Civ., sez. I, 17.05.2000, n. 6368 ripresa da G. Proietti, *La pubblicità nell'era delle tecnologie*, in ALPA, *Diritto e intelligenza artificiale. Profili generali, soggetti, contratti, responsabilità civile, diritto bancario e finanziario, processo civile*, Pisa, 2020, 171, per cui «Si ha abuso di posizione dominante quando un'impresa, approfittando di tale sua posizione, tenti di impedire l'ingresso nel mercato a chi voglia accedervi, ovvero di estromettere altre imprese ivi presenti, e non dominanti, adottando, comportamenti oggettivi che limitino "ex ante", nel mercato stesso, la libertà di movimento dei concorrenti, ed ostacolino in tal modo la effettiva concorrenza».

¹⁹ M. Di Rocco, *op. cit.*, 2. «Da un'indagine dell'Osservatorio ECommerce B2C del politecnico di Milano, nel 2020 gli acquisti on line si attestano intorno ai 30,6 miliardi di euro, con un aumento del +31% della compravendita di beni».

²⁰ G. Proietti, *cit.*, 171, che richiama Cass. Civ., sez. un., 04.02.2005, n. 2207, ripresa da M. Libertini, *Le azioni civili del consumatore contro gli illeciti antitrust*, in *Corriere Giur.*, 2005, n. 8, 1093 ss..

Le uniche sanzioni ammesse sembrerebbero essere quelle afferenti al regolamento contrattuale (Cfr. Considerando n. 20) ovvero la nullità con effetto ex tunc ed erga omnes delle clausole non conformi e delle clausole di modifica effettuate in violazione dell'obbligo di preavviso di cui all'art. 4.

Il principio della concorrenza, così come già accaduto nel settore bancario, entra, così, anche nel settore delle transazioni commerciali online, regolamentandone alcuni aspetti, nell'ottica di migliorare i servizi e la qualità delle operazioni commerciali e offrire strumenti di tutela sia alle imprese più piccole sia ai consumatori, contribuendo ad introdurre elementi di sostenibilità nel mercato on line, che per la vastità e dispersività, che lo caratterizza si presta ad una maggiore inconsapevolezza e frammentarietà. Trattasi di norme di soft law che agiscono su un piano privatistico, ma che finiscono per tutelare e risultano in qualche modo aderenti anche con il dettato costituzionale di cui all'art. 41 Cost..

È in tale contesto che risulta maggiormente comprensibile la espressa previsione, di cui all'art. 17 intesa a promuovere e favorire l'elaborazione di codici di condotta da parte dei fornitori di servizi di intermediazione online e delle organizzazioni e delle associazioni rappresentative di quest'ultimi unitamente agli utenti commerciali, incluse le piccole e medie imprese. Tutto ciò, infatti, concorre e contribuisce alla corretta applicazione di quanto stabilito all'art. 5 del Regolamento, che richiama la disciplina del "posizionamento".

La scelta del legislatore comunitario, orientata verso una tutela anticipatoria anziché sanzionatoria, si rivolge e preferisce l'adozione di sistemi, che delegano anche all'autonomia privata la risoluzione delle controversie, attraverso la previsione di sistemi interni di gestione dei reclami (art. 11), servizi di mediazione per la risoluzione extragiudiziale delle controversie (art. 12), l'istituzione di mediatori specializzati da parte dei fornitori di servizi di intermediazione online nonché delle organizzazioni e associazioni rappresentative di quest'ultimi (art. 13), fino all'elaborazione dei codici di condotta (art. 17).

Il quadro normativo fin qui delineato troverà una reale omogeneità e coesione con l'approvazione definitiva del Digital Service Act, del Digital Market Act e dell'Artificial Intelligence Act²¹, che competeranno sul piano della costituzionalizzazione dei diritti nel digitale a pieno titolo con il GDPR e il valore della privacy, che ormai ha trovato un suo riconoscimento e una sua affermazione, quale diritto fondamentale della persona²² (Cfr. artt. 7 e 8 Carta dei diritti dell'Unione Europea, sottoscritta a Nizza il 7 dicembre 2000²³).

²¹ L. Floridi G. Finocchiaro O. Pollicino, *Quattro orientamenti per completare il modello digitale UE*, in *Il Sole 24 ore*, 05.01.2022, 16.

²² T.E. Frosini, *Liberté Egalité Internet*, Napoli, 2019, 143 ss. <<...la privacy o è un diritto fondamentale oppure no. Ma siccome lo è, e vogliamo tutti che lo sia sempre più, allora occorre impedire che venga violato>>. F. Di Ciommo, *op. cit.*, 243. <<Dunque dal punto di vista gius-positivo non vi è dubbio che quando parliamo di diritto fondamentali in Europa, dobbiamo far riferimento a quelli sanciti dall'art. 2 del trattato sull'Unione europea, integrato dai diritti affermati nella Carta dei diritti fondamentali dell'unione, tra i quali spiccano, - soprattutto ai fini della presente riflessione - la dignità umana (art. 1), il diritto alla vita (art. 2), l'integrità psichica e fisica della persona (art. 3) libertà e sicurezza (art. 6), rispetto della vita privata e familiare, del domicilio e delle comunicazioni (art. 7), il diritto alla protezione dei dati personali (art. 8), libertà di pensiero (art. 10) e la libertà di espressione e informazione (art. 11).

²³ M.C. Gaeta, *La protezione dei dati personali nell'internet of things: l'esempio dei veicoli autonomi*, in *Il diritto dell'informazione e dell'informatica*, 2018, I, 153. <<La tradizionale accezione del diritto alla riservatezza è ormai confluita nel diritto alla protezione dei dati personali, libertà fondamentale autonomo diritto della

Conclusioni: archivi e archivi digitali.

In un contesto come quello attuale, incline a non resistere alla standardizzazione del rapporto con il cliente, scaturente dalla digitalizzazione e dalla progressiva adozione di modelli redazionali di contratto automatizzati, il rischio sempre presente è quello di abbassare il livello di rapporto diretto con quest'ultimo e i correlati livelli di tutela dei diritti. Questo può accadere sia in ambiente bancario, ma anche nell'ambito delle transazioni online in genere.

La Banca d'Italia stabilisce così che il rispetto delle regole di trasparenza e correttezza nei rapporti tra intermediari e clienti "richiedono che gli intermediari pongano in essere accorgimenti di carattere organizzativo idonei ad assicurare che in ogni fase dell'attività di intermediazione sia prestata costante e specifica attenzione alla trasparenza delle condizioni contrattuali e alla correttezza dei comportamenti"²⁴.

La fragilità del digitale si accompagna, necessariamente, all'esigenza di tutela dei diritti, soprattutto delle parti più fragili del rapporto contrattuale. A questo risponde l'art. 17 del recente Regolamento, che anticipa la tutela del consumatore e ne demanda l'esercizio e la regolamentazione ai soggetti privati, riportandone la tutela nell'alveo del regolamento contrattuale, attraverso la previsione di specifici strumenti normativi, quali i codici di condotta.

In tale contesto si comprende la ragione per cui anche gli archivi potrebbero rispondere, in futuro, alle esigenze di difesa dei diritti e di certezza delle ragioni dei singoli. È in tale perimetro, infatti, che sono racchiuse, documentate e raccolte, secondo specifiche misure tecniche e modelli organizzativi adeguati, la gestione e la conservazione dei dati afferenti alle operazioni, corredati di idonea documentazione, in grado di ricostruire e storicizzare rapporti e vicende contrattuali, restituendo centralità e importanza al rapporto con il cliente, sia che esso si svolga in ambiente online che offline. Essi favoriscono la tutela della controparte più debole congiuntamente allo sviluppo sostenibile degli intermediari.

La corretta gestione dei documenti (tenuta ed uso), sin dalla fase di formazione degli stessi per arrivare alla archiviazione e conservazione, rappresenta la migliore garanzia di tutela per professionisti e consumatori, alzando al massimo il livello di tutela di quest'ultimi e contribuendo a conferire significato alla raccolta dei documenti, attraverso l'adozione di prassi e politiche di raccolta documentale adeguate e atte a scongiurare la frammentarietà, restituendo ad essa organicità e senso.²⁵

Ai sensi delle Linee Guida dell'Agid la formazione del documento deve, infatti, avvenire nel rispetto dei principi di qualità, efficienza, razionalità,

personalità che si manifesta nel potere di autodeterminarsi. Il diritto alla riservatezza si può dunque suddividere in diritto alla privacy e diritto alla protezione dei dati personali; tale distinzione trova un evidente riscontro nella Carta di Nizza, agli artt. 7 e 8, che disciplinano rispettivamente le due distinte fattispecie>>.

²⁴ Sez. XI – Provvedimento del 29.07.2009, modificato il 03.07.2017. R. Pravisano, *La difesa del cliente dalle pratiche bancarie scorrette*, Santarcangelo di Romagna, 2021, 51.

²⁵ G. Pascuzzi, *op. cit.*, 132. <<I documenti possono diventare <<muti>> se la nostra mente non è in grado di dare valore a ciò che contengono. Come avviene per i <<documenti di pietra>> quando non capiamo il significato di una statua all'ingresso di una chiesa. La memoria (individuale, collettiva, archivistica) comporta sempre un problema di costruzione di senso>>.

sistematicità, accessibilità e coerenza alle regole tecniche che presidiano la formazione dei documenti²⁶.

La conservazione della documentazione è disciplinata, inoltre, dall'art. 2220 c.c.²⁷, che stabilisce in 10 anni il tempo di conservazione dei documenti relativi ai rapporti con la clientela, norma valida tanto alla documentazione cartacea che a quella dematerializzata.

I principali riferimenti normativi in materia di conservazione sostitutiva, che è una particolare tipologia di archiviazione digitale (procedura informatica), atta a garantire nel tempo la validità di un documento informatico a termini di legge, sono i seguenti:

- Delibera CNIPA n. 11/2004 del 19.02.2004;
- Decreto del Ministero dell'Economia e delle Finanze del 23.01.2004;
- Codice dell'Amministrazione Digitale (CAD) ovvero D.lgs 7 marzo 2005, n. 82 e successive modifiche di cui al D.L. 76/2020, convertito con Legge n. 120 dell'11/09/2020.
- Circolare n. 36 dell'Agenzia delle Entrate del 06.12.2006.
- Linee Guida AGID del 18/05/2021, Linee guida sulla formazione, gestione e conservazione dei documenti informatici.
- Regolamento 2014/910/UE sull'identità digitale (Regolamento EIDAS, Electronic Identification Authentication and Signature).
- Iso 15489 – 1:2016 Information and documentation – Records management Concepts and principles.
- Iso 15489 2.2016 - Guidelines.
- Iso 14721 OAIS Open Archival Information System.

La Conservazione può essere svolta tanto dal soggetto produttore dei documenti elettronici da conservare, tanto da soggetti esterni, accreditati presso l'Agenzia per l'Italia Digitale. Tali soggetti svolgono la funzione di "Responsabile della conservazione" ed hanno il compito di apporre la propria firma digitale e la marca temporale sul documento elettronico, elementi che attestano il momento esatto della presa in carico, garantendo l'immodificabilità del documento nel tempo (Cfr. artt. 44 e 44 bis Cad).

Tutto ciò serve a garantire la consultazione dei documenti a fini difensivi e di tutela legale e per l'esibizione degli stessi e la loro produzione in sede giudiziaria. Controllo sulla produzione, utilizzazione e tenuta dei documenti stessi sono, infatti, gli obiettivi di un efficace presidio della gestione documentale, atti a garantire la difesa dei diritti del professionista e del cliente consumatore. La conservazione dei documenti risponde ad un preciso sistema di conservazione, sotteso al quale, sussiste un sistema complesso di politiche documentali, con cui ne viene governata l'organizzazione in ogni sistema istituzionale, in conformità e in attuazione di quanto previsto dall'art. 44, 1° co), CAD, che prevede regole specifiche per la gestione dei documenti informatici.

Sistema di gestione documentale e Sistema documentale sono i sistemi di gestione e accesso nel tempo ai documenti. I primi devono garantire nel tempo l'autenticità, l'integrità, la leggibilità e la reperibilità dei documenti; i secondi

²⁶ Il documento è consultabile al sito <https://www.agid.gov.it>.

²⁷ Art. 2220 c.c.: <<Le scritture devono essere conservate per dieci anni dalla data dell'ultima registrazione. Per lo stesso periodo devono conservarsi le fatture, le lettere e i telegrammi ricevuti e le copie delle fatture, delle lettere e dei telegrammi spediti>>.

devono essere affidabili, sicuri, a norma, completi e sistematici. Ogni organizzazione adotta una politica di gestione documentale, che sarà tanto più democratica e sostenibile, tanto più essa sia in grado di individuare soggetti e condizioni di esercizio del diritto all'accesso (come consultazione e estrazione), in grado di agevolare la consultazione e l'estrazione con rapidità ed efficacia e nel rispetto di alcuni limiti, imposti per esempio dalla normativa sulla privacy, sulla sicurezza sulla libertà di informazione, sul diritto alla difesa della proprietà intellettuale, sul diritto alla fruizione e alla riproducibilità²⁸, e sulla consultabilità degli archivi, estesa a tutti i cittadini e non solo agli addetti ai lavori.

Norme del codice dell'amministrazione digitale e norme sul procedimento amministrativo si combinano tra loro al fine di garantire una corretta gestione documentale e ai fini della corretta formazione, gestione, conservazione e trasmissione del documento informatico (art. 41 CAD), stabilendo regole valide sia per i soggetti pubblici che per quelli privati, ulteriore passo in avanti verso la definizione di un quadro di regole comuni, atte a rafforzare e garantire la tutela dei diritti e a dare risposte concrete alle esigenze di certezza dei cittadini.

Il Codice dell'Amministrazione Digitale, infatti, si applica alle pubbliche amministrazioni, ai gestori di pubblici servizi, alle società a controllo pubblico e l'articolo 2 co 3) precisa che le disposizioni del codice e le relative linee guida di cui all'art. 71 CAD, concernenti, tra gli altri anche la riproduzione e la conservazione dei documenti (artt. 43 e 44 CAD) si applicano anche ai privati, se non diversamente previsto.

L'articolo 44 bis CAD, infatti, menziona espressamente i soggetti pubblici e privati, che svolgono attività di conservazione dei documenti informatici e di certificazione dei relativi processi, anche per conto di terzi, tra coloro (conservatori accreditati) abilitati a chiedere l'accreditamento presso l'AgID, ai fini del riconoscimento del possesso dei requisiti del livello più elevato, in termini di qualità e di sicurezza.

La memoria sia essa individuale, collettiva e archivistica, è certezza dei rapporti giuridici, soprattutto in presenza di sistemi naturalmente più fragili come lo sono i contesti digitali oggi e come lo era nell'età omerica la testimonianza orale²⁹.

In tutto ciò la formazione del personale e della responsabilità del personale dipendente garantirà la corretta applicazione ed efficace gestione dei documenti stessi, fino alla distruzione degli stessi, che dovrà anch'essa essere documentata.

L'Agenzia per l'Italia digitale, tra le modalità operative per realizzare l'attività di conservazione, indica, infatti, i profili professionali dei responsabili, impiegati nel processo di conservazione. Uno dei tratti distintivi qualificanti della normativa (Cfr. artt. 12 e 13 CAD), è la professionalità e la formazione degli operatori, chiamati a formare e conservare i documenti e ad espletare il proprio compito con sempre maggiore responsabilità e professionalità,

²⁸ M. Guercio, *The responsibility for the documentary sources management and preservation. Digital fragility and ethic commitment*, in *JLIS.it* 12, 1, January 2021, 118-125. Consultabile al sito <https://jlis.it/index.php/jlis>.

²⁹ G. Pascuzzi, *op. cit.*, 114. <<Intorno all'anno 1000, quando si stipulava un contratto, le parti stipulavano in presenza dei giovani della collettività. Si sceglievano i ragazzini perché erano quelli che, all'interno della comunità, avevano la più lunga aspettativa di vita, e, quindi, sarebbero stati in grado di ricordare, dopo cinque, dieci, venti anni, che in quel giorno era stato venduto quel suolo a quella determinata persona>>.

naturali anticorpi verso la fragilità e la frammentata mutevolezza del digitale³⁰, ai fini dell'effettivo riconoscimento dei diritti dei cittadini e delle imprese (Cfr. art. 12 CAD 1° co.) e non solo dei consumatori.

La certezza dei traffici e dei rapporti, online e offline, sarà garantita maggiormente in proporzione al livello di affidabilità e competenza presenti nelle strutture e negli operatori e alla capacità di selezione, fin dall'inizio, dei documenti idonei ad entrare nell'archivio, perché meglio si prestano alla conservazione.

Ci sarebbe, infine, da chiedersi se i tweet pubblicati da Donald Trump, prima dell'attacco al Campidoglio, per comunicare con i suoi elettori, possono essere considerati tali oppure perdersi come foglie nel vento della narrazione politica. Sarà, certamente, il tempo, a decidere se dare voce, restituire e ricordare i messaggi in modo qualificato e dare loro un valore, storicizzandone il contenuto, come una volta facevano gli aedi, oppure lasciare che si perdano nella memoria individuale e collettiva, in assenza di passaggi democratici e formali atti a conferire valore legale agli stessi.

L'ultima parola spetterà, comunque, alla sensibilità degli elettori, delle persone e al futuro, gli unici in grado di svelare i reali effetti e la illusorietà della potenza e degli effetti aggreganti di un tweet.

³⁰ G. Pascuzzi, *op. cit.*, 114, che fa riferimento alla Risoluzione del Consiglio di Europa del 25.06.2002, sulla conservazione della memoria del domani, che fa espresso riferimento alla fragilità del digitale, esposto a cambiamenti repentini e per questo esposto al rischio di perdite, in mancanza di misure e strutture in grado di conservare.