

sizione geografica che sostiene il principio di territorialità, presupposto indispensabile per la corretta applicazione dell'imposta sul valore aggiunto.

A Ottawa, nel '98, in quella stessa conferenza in cui sono stati fissati i principi ricordati in precedenza, l'Ocse ha anche segnato due punti fermi per le cessioni di beni virtuali:

- la cessione di un bene virtuale equivale, ai fini Iva, a una prestazione di servizi;
- il luogo di tassazione deve essere quello del fruitore del bene virtuale/servizio.

Questi principi sono stati recepiti subito in Italia e sono quelli su cui si stanno orientando tutti i paesi. Resta, comunque, la difficoltà a monitorare e conseguentemente tassare cessioni/prestazioni che restano a livello elettronico e quindi non lasciano traccia²⁰.

L'Iva sui beni virtuali

Cessione di un bene on line	⇒	è sempre prestazione di servizi
Luogo di applicazione Iva	⇒	quello del fruitore

1.8 La tentazione della *bit tax*

Come si è visto anche da questo sommario riassunto dei problemi tributari posti dal commercio elettronico, è difficile trasferire i principi fiscali tradizionali sulla Rete senza conseguenze, né per gli utenti di Internet né per le casse statali. Così, sia in ambito europeo sia oltre Atlantico si è fatta strada l'idea di una speciale imposta da applicare al numero di *bit* trasmessi, prendendo quindi la più piccola unità utilizzata per misurare i dati trattati elettronicamente.

L'idea della *bit tax* (in sostanza, applicare una tassa in ragione dell'intensità del flusso informatico, senza discutere dei contenuti) è stata compiutamente teorizzata da Arthur Cordell, economista canadese che la presentò nel 1994. Ma ad analoghi suggerimenti era giunto uno speciale gruppo di lavoro costituito nel '95 dalla Commissione europea.

A muovere Cordell e gli esperti europei non era stata solo la preoccupazione del gettito, ma anche la percezione del *cyberspazio* come realtà a sé. Percezione corretta, come si è avuto modo di ricordare.

La proposta, tuttavia, è stata respinta da un coro di critiche, anche in considerazione delle difficoltà applicative che porrebbe, non solo perché potrebbe avere lo spiacevole effetto di frenare un fenomeno in impressionante espansione. Anzi, gli Usa hanno votato nel '98 un Internet Tax Freedom Act in cui hanno disposto che per un triennio nessuna nuova imposta dovesse gravare sulle transazioni elettroniche. Per ora, un punto a favore degli utenti. Ma la tentazione, per le amministrazioni statali che temono di veder volatilizzata parte del gettito Iva o delle dirette, resta forte.

²⁰ Si vedano le preoccupazioni del Secit, nella Relazione citata.

Capitolo II

Gli aspetti legali del commercio elettronico

di Gianluigi Ciacci

2.1 Introduzione

Oggi più di 150 milioni di persone nel mondo sono in contatto tra loro e agiscono sulla rete Internet, originando di conseguenza una mescolanza di informazioni, esperienze, culture che implicano cambiamenti reali in tutti i settori dell'attività umana. Tra questi l'originalità e la peculiarità dei servizi telematici, e la correlata innovativa modalità di instaurazione di relazioni commerciali, hanno fatto nascere una nuova forma di mercato, quello del commercio elettronico, che ha avuto, e sta avendo, un'espansione pervasiva ed esponenziale.

Tale nuova modalità di espressione e di comunicazione non rimane estranea ad alcuni problemi tipici delle relazioni umane, problemi che hanno portato i giuristi ad occuparsi della nuova realtà nell'ambito dei loro diversi ruoli: dall'esponente della dottrina che ha studiato gli aspetti giuridici della Rete, al libero professionista coinvolto nell'assistenza legale degli operatori del settore, al giudice chiamato a risolvere il singolo conflitto di interessi tra diversi individui. Problemi che hanno fatto parlare di un "diritto di Internet", nonostante che nel nostro Paese non venga raccolta la sempre crescente richiesta di formazione in materia di nuove tecnologie, anche nel settore giuridico.

In particolare, i temi che vengono maggiormente presi in considerazione sono quelli della protezione della *privacy* in Rete, dei contratti su Internet o attraverso essa, della tutela dei consumatori, delle tecniche di "autenticazione" per dare fondamento giuridico all'attività di documentazione elettronica, della responsabilità dei soggetti di Internet, oltre agli aspetti finanziari e fiscali. Nel presente capitolo verranno affrontati alcuni di questi temi, a fronte di una situazione in fase di netta e continua evoluzione che, se da una parte rende non totalmente definitive le risposte che possono essere date agli indicati problemi, e quindi necessario un continuo aggiornamento e studio dei nuovi problemi, dall'altra portano alla nascita di un onere di "attenzione giuridica" anche per coloro che utilizzano le nuove tecnologie per lavoro o per svago.

2.2 Commercio elettronico: aspetti giuridici

2.2.1 Regolamentazione giuridica del commercio elettronico: la disciplina "pubblica"

I rilevanti interessi economici coinvolti, e le correlate nuove possibilità di occupazione nei settori produttivi legati all'informazione ed all'informatica, ma anche l'esigenza di tutelare le categorie maggiormente "deboli" esposte alle aggressive politiche di *marketing on line*; il compito di promuovere un ambiente competitivo per lo sviluppo del commercio elettronico pensando soprattutto alle piccole e medie imprese, ed evitando una loro "colonizzazione" da parte di concorrenti appartenenti a Paesi maggiormente evoluti nelle nuove tecnologie, ma allo stesso tempo la necessità di dettare innovative regole giuridiche volte a dare fondamento ed incentivare l'utilizzo del nuovo strumento telematico, tutelando i diritti fondamentali degli individui, ed in particolare quello alla riservatezza dei propri dati personali; l'importanza di non lasciare esenti da tassazione movimenti economici in proiezione futura sempre più rilevanti, ma l'altrettanto importante rilievo circa l'opportunità di imposizioni fiscali attente a non bloccare sul nascere lo sviluppo del nuovo mercato: tali specifici aspetti del mondo dell'*e-commerce* vengono sempre più presi in considerazione da istituzioni pubbliche, governi, associazioni di categoria e dal settore privato, nell'ambito delle rispettive attività, chiamati per la prima volta a dettare, o ad osservare, una disciplina del commercio elettronico, ed in particolare una disciplina "pubblica" del commercio elettronico.

A tale proposito alcuni Governi hanno già iniziato ad approvare una disciplina del settore¹, caratterizzata però dalla sua frammentarietà e dal mancato coordinamento con quelle di altri Paesi, oltre ad una comune "genericità". E per quanto riguarda l'Unione Europea si è cercato di ovviare a questi difetti attraverso una specifica disciplina, dettata con la Direttiva 2000/31/CE dell'8 giugno 2000 in materia di commercio elettronico.

¹ La disciplina più articolata sembra quella tedesca (intitolata "*Information and Communication Services Act - Informations und Kommunikationsdienste-Gesetz - IuKDG*" del 1 agosto 1997, consultabile al sito <http://www.iid.de/iukdg/iukdge.html> visitato il 4 dicembre 2000 e, per estratto, presso il sito, visitato il 9 dicembre 1999, all'indirizzo <http://www.jus.unitn.it/faculty/lesson/privcomp/documento/firma/de/iukdgebt.html>) e quella di Singapore (il "*Singapore Electronic Transactions Act*", su Internet all'indirizzo <http://www.ec.gov.sg/polic.html> sito visitato il 7 dicembre 2000), mentre vanno ricordate la riforma del codice civile della California, con l'inserimento di una parte dedicata ai contratti telematici (modificando la Sec. 17538 intitolata "*Business and Professions*", su cui vedi Reiser J., *California Extends Consumer Protections To Internet Transactions*, in *The Internet Newsletter*, January 1997), la legge dello Stato di Washington sulla pubblicità commerciale attraverso posta elettronica (intitolata "*Act Prohibiting Unsolicited Commercial Electronic Mail*" del giugno 1998, che può essere letto nell'ambito del sito http://leginfo.leg.wa.gov/pub/billinfo/house/2750-2774/2752-s_sl_032798 consultato il 4 dicembre 2000), e quelle di Utah, Illinois, Georgia e Florida sulla firma digitale (relativamente alle quali si può consultare il sito del Georgia Digital Signature Center all'indirizzo <http://www.cc.emory.edu/BUSINESS/gds.html> consultato il 7 dicembre 2000, e i suoi link).

L'Italia, nonostante il ritardo accumulato nel settore dell'informatica e della telematica, sia dal punto di vista degli utenti delle nuove tecnologie², sia da quello dell'interesse delle Istituzioni per l'innovazione tecnologica, ha recentemente assunto alcune iniziative che l'hanno portata tra i protagonisti mondiali della rivoluzione dei nuovi *media*: sia per l'articolata legge sulla firma digitale (il D.P.R. 10 novembre 1997, n. 513, completato dal D.P.C.M. 8 febbraio 1999), sia per la nuova disciplina del commercio, che prevede anche il commercio elettronico attraverso Internet, sia infine con riferimento agli interventi di *e-government*.

Nel marzo del 1998, infatti, con il D.Lgs. 31 marzo 1998, n. 114, il legislatore del nostro Paese si è occupato, in sede di riforma delle modalità tradizionali di commercio, delle moderne tecniche di trasferimento ed utilizzo di beni e servizi, quelle elettroniche appunto³. Così, all'interno del titolo VI, dedicato alle forme speciali di vendita al dettaglio, l'art. 21 viene intitolato proprio "Commercio elettronico" e, pur contenendo solo affermazioni di principio ed indicazioni generali relative ai compiti del Ministero dell'industria (al fine di promuovere "l'introduzione e l'uso del commercio elettronico"), piuttosto che procedere ad una disciplina puntuale del settore, riveste una rilevante importanza⁴. Tra l'altro perché, oltre a rappresentare una prova evidente del rinnovato interesse per le moderne tecnologie, finisce per costituire la base di altre iniziative che si stanno già sviluppando, o che verranno avviate in un prossimo futuro: ci si riferisce in particolare alle "Linee di politica industriale per il

² Questo anche se l'avvento della possibilità di connessione gratuita ad Internet ha portato gli utenti della Rete in Italia a quadruplicare il loro numero, ed il mercato del commercio elettronico ad avviare le prime concrete applicazioni: si può infatti affermare che l'utilizzo di Internet sia limitato a specifici settori della popolazione, mentre la sua gestione vive ancora troppo una situazione legata alla "moda", piuttosto che ad un consapevole progetto culturale.

³ Con riferimento a tale fonte si veda anche la circolare del Ministero dell'industria n. 3487/c del 1° giugno 2000 (su Internet presso il sito del Ministero all'indirizzo <http://www.minindustria.it/dgcas/commercio/indice.htm> consultato il 24 novembre 2000), documento che intende fornire alcune indicazioni sulla disciplina applicabile all'attività di vendita di beni attraverso mezzo elettronico, attività che nella circolare viene identificata con la nozione di "commercio elettronico", nei limiti e per gli effetti di cui proprio al D.Lgs. n. 114/1998.

⁴ Art. 21 - *Commercio elettronico* - 1. Il Ministero dell'industria, del commercio e dell'artigianato promuove l'introduzione e l'uso del commercio elettronico con azioni volte a:

- a) sostenere una crescita equilibrata del mercato elettronico;
- b) tutelare gli interessi dei consumatori;
- c) promuovere lo sviluppo di campagne di informazione ed apprendimento per operatori del settore ed operatori del servizio;
- d) predisporre azioni specifiche finalizzate a migliorare la competitività globale delle imprese, con particolare riferimento alle piccole e alle medie, attraverso l'utilizzo del commercio elettronico;
- e) favorire l'uso di strumenti e tecniche di gestione di qualità volte a garantire l'affidabilità degli operatori e ad accrescere la fiducia del consumatore;
- f) garantire la partecipazione italiana al processo di cooperazione e negoziazione europea ed internazionale per lo sviluppo del commercio elettronico.

2. Per le azioni di cui al comma 1 il Ministero dell'industria può stipulare convenzioni e accordi di programma con soggetti pubblici o privati interessati, nonché con associazioni rappresentative delle imprese e dei consumatori.

commercio elettronico", dettate dal citato Ministero⁵, ed alla creazione di quattro gruppi di lavoro (in materia di industria, tutela dei consumatori, commercio e coordinamento generale dei vari interventi nel settore), ma anche alla presentazione di alcune proposte legislative⁶.

Ancor prima del nostro, altri Paesi hanno poi attivato peculiari iniziative normative in materia di commercio elettronico, nella specie nella sua versione "chiusa" su reti telematiche di tipo "proprietario" (quella utilizzata dall'E.D.I.⁷), ma anche in quella "aperta" di Internet⁸.

Di particolare rilevanza è l'approccio degli U.S.A. Sulla base infatti della secolare esperienza accumulata nella regolamentazione del commercio infrastatale, considerando il vantaggio tecnologico e culturale nell'uso delle Rete (si ricordi che Internet nasce proprio negli Stati Uniti negli anni sessanta, e che circa il 60% dei suoi utenti è americano), attraverso le diverse iniziative tese alla regolamentazione "fiscale" del commercio elettronico, nel luglio 1997 il Governo americano ha emanato un progetto intitolato "*A Framework for Global Electronic Commerce*", che detta le linee guida per la creazione di una disciplina federale sulla materia⁹. Nel 1998 l'amministrazione Clinton, sulla base di tale progetto, ha presentato un rapporto sullo sviluppo dell'interscambio di beni e servizi su Internet¹⁰, in cui si evidenzia l'approccio degli U.S.A. ai problemi dell'*e-commerce*. Così, nell'ambito di una strategia ispirata al libero mercato, l'amministrazione punta sull'autoregolamentazione del settore, sull'applicazione globale delle esistenti legislazioni contro i reati informatici, sull'educazione dei cittadini e la loro crescita culturale rispetto alle nuove tecnolo-

⁵ Consultabili presso il sito web del Ministero dell'industria, all'indirizzo <http://www.minindustria.it> visitato il 9 dicembre 2000.

⁶ Si veda in particolare il disegno di legge sulla "Liberalizzazione delle attività commerciali ed editoriali per via telematica. Incentivi e detrazioni per favorire lo sviluppo delle attività telematiche e del commercio elettronico", presentato al Senato l'11 maggio 1998, ma anche quello per la riduzione delle tariffe telefoniche per l'accesso alla Rete, intitolato "Agevolazioni per l'accesso alla rete Internet", presentato alla Camera il 10 gennaio 1997; si vedano poi lo schema di disegno di legge presentato dal Ministero delle comunicazioni al Consiglio dei Ministri il 23 giugno 2000 sulle condizioni economiche per i fornitori di accesso ad Internet (acquisibile sulla Rete all'indirizzo <http://www.interlex.it/testi/ddlprov.htm> consultato il 1° dicembre 2000) e il recente disegno di legge sul commercio elettronico approvato dal Consiglio dei Ministri il 14 luglio 2000 (riporta disposizioni per agevolare tali nuove forme di transazioni commerciali ed il collegamento telematico in genere, e per promuovere la conoscenza informatica, consultabile su Internet all'indirizzo <http://www.interlex.it/testi/ddecomm.htm> visitato il 1° dicembre 2000).

⁷ La Commissione delle Comunità Europee ha definito l'*Electronic Data Interchange* come "*l'échange de données structurées, sur base de messages normalisés aprees, d'ordinateur a' ordinateur, par voie électronique*" (definizione tratta dal rapporto "Situation juridique des états membres au regard du transfert électronique de données" pubblicato nel settembre 1989 dalla Commissione delle Comunità Europee nell'ambito del programma TEDIS).

⁸ Si vedano in particolare i riferimenti legislativi richiamati nella precedente nota 1.

⁹ Il progetto è consultabile sul web all'indirizzo http://www.itf.nist.gov/electronic_commerce.htm consultato il 7 dicembre 2000.

¹⁰ Rapporto preparato sotto la guida del consigliere Ira Magaziner, presentato alla stampa il 30 novembre 1998 alla presenza del Presidente Bill Clinton e del vice-presidente Al Gore, consultabile su Internet all'indirizzo della Casa Bianca (<http://www.whitehouse.gov> visitato il 3 dicembre 2000), relativamente al quale vedi gli articoli di VALSANIA M., *Sempre più "commercio on line"*, e PLATERO M., *Gli U.S.A. corrono verso il futuro*, entrambi in *Il Sole 24 ore*, 1° dicembre 1998, p. 5).

gie; e, nonostante le evidenti discrepanze con l'approccio europeo alla materia, improntato ad un maggiore "rigore" regolamentare, Clinton ha preparato un articolato piano per sostenere l'espansione del commercio elettronico¹¹, sia negli Stati Uniti, sia nel resto del mondo: questo attraverso il potenziamento tecnologico delle "autostrade informatiche", ma anche con il finanziamento dei Paesi in via di sviluppo, ai fini di una loro integrazione nel circuito dei mercati cablati.

Ultima iniziativa in ordine di tempo, in particolare nel settore che riguarda il presente testo, è la legge federale sulla firma elettronica, intitolata "*Electronic Signature in Global and National Commerce Act*"¹². Approvata dal Senato all'unanimità il 30 giugno 2000 (uno dei rari casi nella storia U.S.A.), quando già con ampio consenso era passata alla Camera, la normativa è stata dettata per facilitare il commercio fra gli Stati consentendo l'uso dei documenti informatici e delle firme elettroniche. Pur prevedendo che debbano ancora essere specificate le modalità pratiche che verranno adottate in concreto (muovendosi tra l'ipotesi delle note tecniche crittografiche, e quelle dell'utilizzo delle chiavi biometriche), e quindi risultando tuttora vaga e non immediatamente operativa, la disciplina federale si segnala per le nette affermazioni circa la non "discriminabilità giuridica" di atti e contratti se svolti mediante sistemi informatici e telematici: portando in questo modo a rimuovere un rilevante ostacolo, totalmente anomalo a fronte del livello di informatizzazione del Paese, all'operatività dell'*e-commerce* negli U.S.A.

In seguito o parallelamente alle varie iniziative dell'amministrazione Clinton, causa anche il repentino sviluppo e diffusione di Internet nel mondo, e dei connessi problemi giuridici, altri Governi si sono occupati della materia. In particolare si segnalano la Germania, con la sua legge *Information and Communication Act*, ed il Giappone, il cui Ministero dell'industria e del commercio estero, nel documento "*Towards the Age of Digital Economy*", ha prodotto una serie di proposte volte a disciplinare i diversi aspetti della materia¹³: questo evidenziando comunque l'esigenza di un'iniziativa internazionale comune, a fronte della globalità del commercio su Internet, e della insormontabile difficoltà connessa alla non localizzazione geografica delle relazioni nel *cyberspazio*. Di recente anche Singapore ha emanato una legge in materia di transazioni elettroniche, ispirata alla legge modello sul Commercio Elettronico dell'UNCITRAL¹⁴, che nei suoi 64 articoli disciplina essenzialmente il riconoscimento e l'uso della firma elettronica e dei documenti informatici¹⁵.

¹¹ Il Presidente Clinton, nell'ambito della cerimonia di presentazione del rapporto alla Casa Bianca è giunto ad affermare che "nel prossimo secolo il commercio elettronico potrà guidare il mondo a nuove vette di prosperità".

¹² È possibile consultare il testo della legge federale presso il sito "Jei, Jus e internet" all'indirizzo http://www.jei.it/firma_digitale/legislazione visitato il 7 dicembre 2000.

¹³ Per leggere il documento citato si veda il sito web del M.I.T.I., all'indirizzo <http://www.miti.go.jp/intro-e/a228101e.html> consultato il 14 novembre 2000. Per quella tedesca si veda il sito citato alla nota 1.

¹⁴ Per il testo della legge modello UNCITRAL sul commercio elettronico si veda il sito web all'indirizzo http://anase.irs.uit.no/trade_law/doc/UN.Electronic.Commerce.Model.Law.1996.html mentre se si vuole leggere la proposta di legge, sempre dell'UNCITRAL, in materia di firma digitale, si può consultare il sito web dell'Università di Trento, all'indirizzo <http://www.jus.unin.it/faculty/lesson/privcomp/documento/firma/un/uncitral-1.html> entrambi visitati il 14 novembre 2000.

¹⁵ Il *Singapore Electronic Transactions Act* del 29 giugno 1998 è consultabile in lingua inglese presso il sito web <http://www.ec.gov.sg/polic.html> sito visitato il 14 novembre 2000.

2.2.2 La Direttiva UE sul commercio elettronico

Oltre a quello degli U.S.A., e degli altri Stati maggiormente evoluti nell'uso delle nuove tecnologie, deve essere seguito con interesse anche l'approccio dell'Unione Europea al problema, a causa della natura stessa di comunità che raccoglie e coordina i diversi ordinamenti dei Paesi ad essa appartenenti, micro-modello che potrà in futuro applicarsi a livello mondiale. A tale proposito, oltre alle numerose iniziative prese recentemente dal legislatore comunitario¹⁶, si deve segnalare la Direttiva 2000/31/CE del Parlamento europeo e del Consiglio dell'8 giugno 2000, relativa a taluni aspetti giuridici dei servizi della società dell'informazione, in particolare il commercio elettronico, nel mercato interno¹⁷.

In tale documento, che chiaramente fissa i principi generali della materia, e lascia agli Stati membri o agli operatori del settore (sollecitati a definire "codici di condotta") le modalità concrete di applicazione, vengono proposte regole e strumenti giuridici che dovrebbero assicurare lo sviluppo del "commercio elettronico" a livello europeo, cercando di dare dei "punti fermi" sulla qualificazione giuridica di alcuni aspetti dei servizi offerti nella società dell'informazione¹⁸: questo mediante l'affermazione della necessità di regolamentare il settore, per dare certezza ai differenti utenti, ma con strumenti leggeri, "evolutivi e flessibili", per non soffocare un sistema che si basa proprio sulla libertà e facilità di comunicazione. In particolare, la Direttiva si propone di fornire indicazioni comuni sulle regole da applicare a tutte le transazioni in linea, in cui le negoziazioni e la conclusione degli accordi avvengono senza la presenza fisica dei contraenti.

A tal fine si stabiliscono la libertà di iniziativa economica *on line*, senza la necessità di un'autorizzazione preventiva (art. 4), la possibilità di stipulare contratti per via

¹⁶ Tra le altre si veda la Raccomandazione n. 94/820, relativa agli aspetti giuridici della trasmissione elettronica dei dati; la Comunicazione COM (96) 359 su normalizzazione e società globale dell'informazione; la Comunicazione COM (97) 157 ("Un'iniziativa europea in materia di commercio elettronico"); la Raccomandazione n. 97/489 relativa alle operazioni mediante strumenti di pagamento elettronici; la Comunicazione COM (97) 503, volta a garantire la sicurezza e l'affidabilità nelle comunicazioni elettroniche, attraverso la definizione di un quadro europeo in materia di firme digitali e di cifratura; la Comunicazione COM (98) 50 sulla globalizzazione della società dell'informazione e la necessità di rafforzare il coordinamento internazionale; le Direttive 98/34/CE e 98/84/CE sui servizi della società dell'informazione.

¹⁷ "Direttiva sul commercio elettronico", pubblicata nella G.U.C.E. del 17 luglio 2000. Per un primo commento sulla Direttiva, anche se relativamente ad un suo particolare aspetto, si veda PUOPOLO G. - LIGUORI L., *La Direttiva 2000/31/CE e la responsabilità del provider*, nel sito Interlex, all'indirizzo <http://www.interlex.it/ecom/psglaw3.htm> consultato il 4 settembre 2000; per i commenti sul testo della Direttiva nella fase della sua approvazione, si veda PAPITTO F., *Commercio elettronico, le nuove regole UE*, in *La Repubblica.it*, 17 novembre 1998, all'indirizzo <http://www.repubblica.it/online/fatti/ecom/euro/euro.html> consultato il 3 agosto 2000.

¹⁸ Per la definizione dei "servizi della società dell'informazione" si può fare riferimento al considerando 17 della Direttiva, dove, richiamando altre produzioni comunitarie, vengono indicati come quei servizi prestati normalmente dietro retribuzione, a distanza, per via elettronica, mediante apparecchiature elettroniche di elaborazione (compresa la compressione digitale) e di memorizzazione di dati, e a richiesta individuale di un destinatario degli stessi.

elettronica (art. 9, in particolare assicurando che la normativa relativa alla formazione del contratto non impedisca in concreto l'uso dei nuovi strumenti informatici e telematici, e non privi di efficacia e validità i negozi stipulati in tal modo)¹⁹, viene tutelato il consumatore attraverso strumenti volti ad aumentare la sua fiducia nel *medium*, si introduce il principio secondo cui il controllo dei servizi debba essere effettuato all'origine dell'attività (quindi chi presta tali servizi sarà tenuto a rispettare gli adempimenti amministrativi del proprio Stato di origine), vengono disciplinate infine le comunicazioni commerciali (sez. 2, artt. 6-8), la responsabilità dei prestatori intermediari (sez. 4, artt. 12-15) e si prevedono "organi di risoluzione extragiudiziarie dei conflitti" che potranno dirimere le dispute minori anche per via elettronica (art. 17).

Pur essendo al momento troppo recente la pubblicazione ufficiale del testo della direttiva per procedere ad un suo commento dettagliato, tra l'altro anche al di fuori del tema del presente lavoro, si può fin da ora notare che, restando intatto il suo valore programmatico, non sono state completamente soddisfatte le aspettative degli operatori del settore, i quali attendevano risposte maggiormente concrete ai numerosi quesiti sollevati dal nuovo mercato del commercio elettronico: tra l'altro anche alla luce della sua travagliata gestazione, condizionata dall'esigenza di mediare tra le opposte posizioni delle parti coinvolte. Al fine di un giudizio maggiormente completo sulla nuova produzione comunitaria, occorrerà in ogni caso aspettare la sua concreta attuazione da parte dei singoli Stati per meglio capire se tale fonte è effettivamente adeguata all'innovativo scenario dell'*e-commerce*.

Come si è visto, sia nella legge italiana sulla riforma del commercio, sia nelle recentissime iniziative comunitarie, ma anche a livello internazionale, è costantemente avvertita da una parte l'esigenza di disciplinare questa nuova modalità di transazioni commerciali attraverso la Rete per consentirne lo sviluppo, dall'altra la necessità di non intervenire con strumenti rigidi che mal si adeguerebbero alla situazione quasi anarchica di Internet ed alla velocità di evoluzione delle tecnologie. Ma, in tutti gli esempi riportati, non si è mai riusciti ad uscire dalle affermazioni di principio, e non è quindi mai stato preso, almeno finora, alcun provvedimento concreto nel settore²⁰.

¹⁹ Il comma 2 dell'art. 9 della Direttiva pone però un'eccezione a tale principio, consentendo agli Stati membri di renderlo non applicabile ad alcune categorie di contratti: tra questi vengono indicati quelli "che richiedono per legge l'intervento di organi giurisdizionali, pubblici poteri o professioni che esercitano pubblici poteri"; nelle precedenti versioni del testo si utilizzava invece la dizione "quelli per cui è necessaria la presenza di un notaio o per i quali occorre la registrazione presso un ufficio pubblico", che consente di meglio individuare la categoria indicata dalla fonte comunitaria. Alla luce di tale individuazione la direttiva, limitando la possibilità di applicazione dei principi in essa stabiliti, dimostra di non aver preso in considerazione la sempre maggiore diffusione dei sistemi di firma digitale (ed in particolare di quello italiano, introdotto con il D.P.R. n. 513/1997, già in vigore nonostante la sua non ancora acquisita effettività) che in genere prevedono tutti proprio un'attività "digitale" dei pubblici ufficiali: "dimenticanza" che potrebbe portare a diversi problemi di coordinamento tra i due settori quando diventerà comune l'utilizzo degli strumenti informatici e telematici per lo svolgimento della propria attività economica.

²⁰ Tale situazione, probabilmente motivata dalla mancata conoscenza del nuovo *media* e dei problemi da esso creati da parte delle istituzioni dei vari Paesi, non necessariamente deve essere vista negativa-

In tale ambito, assumono allora particolare valore le modalità in cui vengono regolate le relazioni, in particolare quelle commerciali, tra i diversi soggetti coinvolti anche a prescindere da qualsiasi intervento "pubblico": ad iniziare dagli aspetti relativi alla loro instaurazione ed alla regolamentazione del loro evolversi, che avviene in genere attraverso la predisposizione di contratti. Così, parallelamente alla disciplina dettata dai vari governi ed organizzazioni internazionali in materia di *e-commerce*, che abbiamo definita "pubblica", ed anzi anche prima delle specifiche produzioni in tale ambito, si è sviluppata una disciplina "privata", che raccoglie le previsioni comprese negli accordi conclusi fra le parti, ma anche le regole dettate per specifiche realtà (ad esempio le regole per l'assegnazione dei nomi a dominio).

2.2.3 La disciplina "privata" del commercio elettronico

In particolare le transazioni²¹, che nel contesto appena esposto avvengono in forma elettronica, riguardano in genere la commercializzazione di beni e servizi, la cui regolamentazione giuridica avviene essenzialmente attraverso la stipulazione di contratti. Contratti che, nonostante siano conclusi attraverso via telematica, o abbiano ad oggetto un servizio telematico, sono pur sempre contratti. In ogni caso è quindi possibile individuare lo schema tipico che porta alla nascita dell'accordo, e quindi l'incontro di volontà che si esprime attraverso lo scambio di una proposta e dell'accettazione di tale proposta. Ed è poi possibile identificare le prestazioni delle parti, gli eventuali inadempimenti, la loro responsabilità. La peculiarità del fenomeno riguarda invece le caratteristiche di tali prestazioni, ma anche le modalità in cui avviene lo scambio delle volontà, a distanza ed in forma elettronica, e l'esecuzione delle stesse.

L'interprete deve allora verificare, una volta conosciuta e compresa l'innovazione apportata al sistema tradizionale dalle nuove tecnologie, il persistere dell'adeguatez-

mente: nel mondo virtuale del *cyberspazio*, molto probabilmente una cattiva disciplina può arrecare un danno maggiore rispetto alla mancanza di una qualsiasi disciplina, situazione tra l'altro a cui già si è posto rimedio mediante diversi strumenti (la nascita di norme di autodisciplina, la c.d. *netiquette*, gli accordi tra gli operatori del settore, l'applicazione degli istituti del diritto positivo vigente, l'innovazione tecnologica). Strumenti che però, soprattutto con riferimento all'applicazione del diritto positivo, possono funzionare solo nel caso in cui si abbia un'adeguata conoscenza del peculiare oggetto rappresentato dalla rete Internet. Altrimenti torna alto il rischio di creare danni. Si ricordi, ad esempio, la spiacevole situazione creata dal Procuratore della Repubblica presso la Pretura di Vicenza nel giugno del 1998, quando tale autorità ordinò il sequestro preventivo del computer che ospitava un sito *web* al cui interno appariva una frase presumibilmente diffamatoria, "oscurando" in questo modo numerosissimi altri siti estranei alla vicenda: come a dire che, per rimediare ad una frase diffamatoria contenuta all'interno di una rivista, venga ordinata la chiusura dell'edicola (sulla vicenda vedi l'articolo di USAI A., *Un giudice mette i sigilli al server "Isole nella Rete"*, su *Repubblica.it*, consultabile all'indirizzo <http://www.repubblica.it/online/internet/turchia/turchia/turchia.html> e il materiale rintracciabile nell'altro sito *web* <http://ecn.nodo50.org> consultati il 14 novembre 2000).

²¹ Il termine "transazione" viene in questa sede usato non nel suo significato tecnico-codicistico, figura disciplinata negli artt. 1965 e seguenti del codice civile, bensì in quello anglosassone "*to undertake negotiations, to carry on business, to have dealings*".

za dello stesso a disciplinare tali innovazioni. E questo è anche il modo in cui si procederà nei prossimi paragrafi, attraverso una prima parte dedicata ad Internet ed ai suoi "attori", poi analizzando il sistema dei contratti per accedere ai servizi della Rete, quindi esponendo i principali aspetti dell'istituto tradizionale del contratto e, infine, dedicando un'ulteriore parte all'applicazione di quest'ultimo agli accordi del commercio elettronico, con particolare attenzione alle novità introdotte con il sistema della firma digitale. L'esame degli aspetti giuridici dell'*e-commerce* si concluderà poi con l'approfondimento dei rapporti tra la *privacy* e le nuove modalità di instaurazione e di svolgimento dei rapporti commerciali e con l'analisi dei profili di responsabilità dei vari soggetti che svolgono la propria attività sulla Rete o attraverso essa nel caso di compimento di illeciti.

2.3 Commercio elettronico: aspetti tecnologici

Prima comunque di procedere nell'esame della disciplina "privata" del commercio elettronico, e quindi essenzialmente prima di approfondire l'indagine sui problemi giuridici sollevati dalla contrattualistica relativa ai nuovi *media*, come si è detto alla base del commercio elettronico, e per completare la descrizione dell'ambiente del "*cyberspazio*", occorre ricordare i differenti servizi e i vari soggetti che svolgono la propria attività sulla Rete, o attraverso essa, ed i rapporti che intercorrono tra gli stessi.

2.3.1 I servizi di Internet

In tale ambito occorre distinguere tra Internet come rete di telecomunicazione, di telematica, quindi come "connessione", dai servizi che sono resi possibili da tale rete, applicazioni informatiche per svolgere diverse funzioni comunque riferibili alla trasmissione di informazioni, e rilevanti ai fini del presente scritto perché comprendenti, da una parte, anche lo scambio di dati necessario per instaurare relazioni commerciali, nonché dall'altra le tecniche che consentono di concludere contratti proprio a tale fine. E questo grazie all'integrazione tra i servizi di telecomunicazione (la connessione) e i servizi informatici (siano essi informativi o telematici) che ha reso possibile la realizzazione di una forte interazione tra chi offre e chi utilizza i contenuti posti in linea²².

Tra le applicazioni offerte dal nuovo *media* è possibile poi effettuare un'ulteriore distinzione tra servizi informativi e servizi telematici veri e propri, siano essi originali e peculiari di Internet, oppure comuni ad altre realtà. Tra i primi possono essere fatti rientrare quelli che vengono usufruiti attraverso il *world wide web* (anche se oggi sul

²² "La diffusa disponibilità di collegamenti elettronici bidirezionali avrà un impatto rivoluzionario su ogni aspetto della nostra vita. La Rete sottrarrà potere ai governi centrali, ai *mass media* ed alle grandi industrie. (...) È quasi impossibile che i governi centrali riescano a regolamentarla, ma ha un grande bisogno di essere controllata dall'interno (...)": così DYSON E., *Release 2.0. Come vivere nell'era digitale*, Mondadori, Milano, 1997, p. 8.

web si svolgono sempre più numerosi anche gli altri servizi telematici)²³, quelli attraverso le *mailing list*²⁴, ed anche, almeno in parte (presentando diversi elementi di commistione con i secondi), le *chat*²⁵. Tra i servizi telematici rientrano invece la posta elettronica²⁶, il trasferimento dei *file*²⁷, il collegamento a computer remoti²⁸ e tutti i servizi loro connessi (si pensi ai contatori degli accessi per le pagine web, che permettono di rilevare il numero di persone che consulta un determinato sito).

Tali servizi, informativi o telematici, possono infine essere distinti a seconda che la comunicazione avvenga in maniera ristretta o ampia: nel primo caso è possibile effettuare una scelta relativamente al destinatario del messaggio; nel secondo caso, inve-

23 Il *World Wide Web* ("WWW", ovvero semplicemente *Web*), la c.d. "ragnatela ipermediale", nuovo rivoluzionario mezzo di informazione e di conoscenza, integra tecniche multimediali per consentire una comunicazione aperta su Internet: tra i servizi della Rete, insieme alla posta elettronica, è quello che maggiormente può essere considerato la causa della diffusione repentina ed esponenziale del fenomeno. Esso costituisce un vero e proprio organo di informazione, rappresenta infatti la sede in cui è possibile visionare, ascoltare, comunicare apertamente sulla Rete delle reti, attraverso pagine di testo, illustrazioni, clip sonori. Tali pagine, che costituiscono il c.d. "sito", possono essere pubblicate da chiunque abbia accesso ad uno spazio di memoria su un computer "ospite" collegato alla Rete (in genere quello dello stesso *provider*, cioè colui che fornisce a livello tecnico l'accesso al mondo di Internet e che allo stesso tempo concede l'uso, gratuitamente o a pagamento, di tale spazio di memoria), il cosiddetto "*Web server*", che utilizzi l'opportuno *software*. I contenuti dei siti possono essere i più diversi, ludici o professionali, informativi o di servizio, leciti o meno. Colui che gestisce il sito, graficamente e/o a livello contenutistico, è il c.d. "*webmaster*".

24 Le *mailing list* sono delle "rubriche" dedicate, alle quali un soggetto si iscrive per essere informato circa un determinato argomento: le informazioni relative a tale argomento vengono reperite grazie agli altri iscritti alla lista che, magari attraverso la posta elettronica, e grazie ad un coordinamento centralizzato che provvede a smistare le varie comunicazioni tra i partecipanti, svolgono un ruolo interattivo, e non più solamente passivo (come nel *media* tradizionale), rispetto al servizio.

25 È forse il servizio di Internet diventato più famoso nella fantasia popolare grazie alle sue applicazioni erotiche: uno spazio di memoria del computer di chi fornisce il servizio (anche in questo caso il *provider*) viene messo questa volta a disposizione per registrare, e quindi leggere, in tempo reale, i messaggi di varie persone dislocate in posti geografici diversi, che "chiacchierano" sui più differenti temi (è una specie di "bacheca elettronica" pubblica).

26 Grazie a specifici *software*, ed alle autorità che coordinano Internet nel mondo (assegnando gli indirizzi dei vari utenti senza possibilità di erronee duplicazioni: sulle autorità di Internet v. lo scritto di SARTI D., *I soggetti di Internet*, intervento al Convegno di Pavia del 4-5 ottobre 1996 dal titolo "*Internet: profili giuridici*", pubblicato in AIDA, V, 1996, Giuffrè, Milano, pp. 5-37), si è sviluppato un servizio di messaggistica elettronica (cioè di posta formata, recapitata e letta attraverso un computer) a diffusione globale: servizio che sempre più sta diventando uno standard di comunicazione che mina l'esistenza stessa della tradizionale "*snail mail*" (la lenta posta cartacea), e che ben si adatta alle modalità pratiche di commercio elettronico, come si vedrà oltre.

27 È il servizio *FTP* (*File Transfer Protocol*), uno standard che consente di trasferire *file* eterogenei da un computer all'altro: oggi nuovo mezzo per diffondere prodotti di consumo di natura immateriale (come nel caso del commercio elettronico c.d. diretto, su cui si veda CIACCI G., *I contratti del commercio elettronico*, intervento alla conferenza *I contratti elettronici negoziati a distanza*, Milano, 5 novembre 1997), evitando tempi e costi dei conosciuti sistemi distributivi.

28 Il servizio *Telnet* consente di collegarsi grazie ad Internet ad un computer remoto, entrare nel suo sistema, utilizzarne le potenzialità: si immagina l'archivio contenuto nel sistema informatico di una determinata biblioteca, consultabile attraverso il proprio computer anche a distanza, lavorando direttamente sull'elaboratore che lo ospita.

ce, la comunicazione è destinata ad un pubblico indifferenziato e non selezionato o selezionabile. Esempio del primo tipo di servizio è chiaramente la posta elettronica, mentre si ha una comunicazione "ampia" certamente nel caso del *world wide web*.

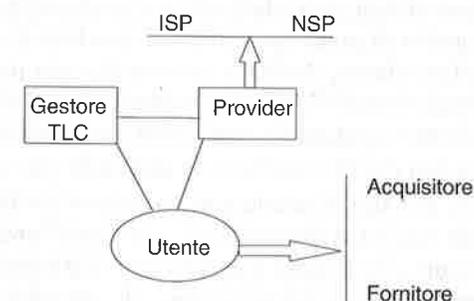
I servizi di Internet che maggiormente sono coinvolti nel commercio elettronico sono quelli informativi relativi al *world wide web* (che possono poi essere considerati delle specie di contenitori che veicolano altri ulteriori servizi commerciali) e quelli trasmissivi propri della posta elettronica²⁹. La nostra attenzione si concentrerà quindi essenzialmente su di essi, ma in ogni caso occorre ora procedere in una descrizione dei vari "attori" che operano sulla Rete, ed in un'analisi dei rapporti giuridici che intercorrono tra essi.

2.3.2 I soggetti di Internet

I soggetti fondamentali del rapporto contrattuale che regola l'accesso alla rete Internet sono essenzialmente tre, uno dei quali in realtà comprende due diverse tipologie di operatore. Ad essi poi se ne possono aggiungere numerosi altri, comunque eventuali e facenti capo alle diverse strutture organizzative dell'operatore che accede alla Rete; se ne può poi considerare un altro, *sui generis*.

Da una parte abbiamo quindi il **vettore delle informazioni**, soggetto che opera come titolare e gestore della rete di trasmissione dei dati che, in tale specifico caso, a fronte del processo di liberalizzazione del settore delle telecomunicazioni, risulta essere non più solo l'ex concessionario, la Telecom, ma una qualsiasi delle società che svolgono tale attività economica³⁰.

Al gestore della linea di telecomunicazione si collega il secondo soggetto, che svolge comunque un ruolo essenziale per l'utilizzo della Rete. Infatti il **fornitore dell'accesso**, il c.d. **provider**, mediante la propria organizzazione ed il proprio *hardware*, consente all'utente di trasmettere le sue richieste e informazioni su Internet, evitando che sia quest'ultimo a dover sostenere i costi per rendere il proprio sistema in grado di uniformarsi agli standard comunicativi della Rete. I *provider* possono poi essere distinti a seconda che forniscano un accesso diretto ad Internet (e potreb-



29 Intesa in senso generico, quindi non solo autonoma, ma anche eventualmente base degli altri servizi, come ad esempio le *chat*: tenendo presente che sempre più frequentemente, a causa tra l'altro dei nuovi *software* integrati per la navigazione, si ha una commistione tra le diverse funzionalità della Rete, permettendo comunque di individuare sempre, come si vedrà oltre, lo schema tipico dello scambio e dell'incontro tra una proposta contrattuale ed un'accettazione della stessa.

30 Il settore delle telecomunicazioni è in costante evoluzione, strettamente collegato alle iniziative comunitarie (e conseguentemente a quelle nazionali), che via via stanno "normalizzando" le varie normative dei singoli Paesi verso un generale regime di libera concorrenza, e quindi in continuo cambiamento. Al momento attuale i principali soggetti che operano in Italia, oltre alla Telecom, sono tra gli altri Albacom, Infostrada, Tele 2, Wind, Blu, ...

bero quindi essere chiamati di I livello), oppure a loro volta siano collegati ad un altro *provider* (in questo caso sarebbero di II livello). Altra distinzione è tra *Network Service provider* (N.S.P.) e *Internet Service Provider* (I.S.P.), a seconda della dimensione della struttura e degli investimenti effettuati da una parte, del *target* a cui si rivolge la loro offerta dall'altra: così i primi (circa 500 nel mondo) sono quelli di maggiori dimensioni ed importanza, che gestiscono le grandi linee nazionali o internazionali di telecomunicazioni, e offrono la connessione ai secondi, che invece raggiungono il pubblico degli utenti finali, privati o aziende.

Ad entrambi deve collegarsi poi il terzo soggetto, l'*utente*, che in realtà comprende due diversi, per attività e finalità di accesso alla rete, soggetti: l'*utente-fornitore* di informazioni³¹ e l'*utente-acquisitore* delle stesse. Essi stipulano autonomi contratti per poter usufruire del servizio con scopi diversi: il primo quelli di commercializzare e offrire al pubblico servizi consistenti nella prestazione di informazioni o nella possibilità accordata all'utente di compiere operazioni; il secondo essenzialmente quello di poter usufruire del servizio di cui di volta in volta ha bisogno, quale semplice utente, anche se non totalmente passivo, come è stato fino ad ora per i *media* tradizionali³². Talvolta, per alcuni tipi di applicazioni, può accadere che le due parti utenti stipulino un autonomo contratto fra loro, sul quale, come si vedrà, può influire poi quello concluso da entrambe con il *provider*.

Ai due tipi di utente può poi accostarsi tutta una serie di *altri soggetti* che forniscono un ausilio, a diversi livelli, alla loro "presenza" in rete: nel caso dell'utente fornitore sono ad esempio il produttore, l'autore, l'assemblatore del singolo servizio (si immagini la predisposizione di un sito *web* ricco di elementi grafici); nel caso dell'utente-acquisitore (si pensi ad uno studio professionale) tale ausiliario potrebbe essere un *broker* di informazione (cioè un soggetto incaricato di reperire l'informazione specifica nell'enorme quantità di dati che circolano sulla Rete).

Il soggetto *sui generis* di cui si è parlato è rappresentato dalle *Autorità di coordinamento di Internet*³³. Soggetto *sui generis* perché, in realtà, ha struttura associativa ad adesione spontanea, con il compito di promuovere lo sviluppo ed il coordinamento nell'ambito della Rete: per evitare, ad esempio, il verificarsi di commistioni nell'assegnazione degli indirizzi di posta elettronica e per i siti *web*³⁴.

³¹ Talvolta è lo stesso *provider* che, per rendere maggiormente competitiva la propria offerta, fornisce anche i servizi informativi, i contenuti, creando una commistione di ruoli che complica non poco il compito dell'interprete.

³² Infatti anche l'utente-acquisitore, a fronte delle notevoli caratteristiche interattive di Internet, può contribuire con la propria attività ad un determinato servizio: ad es. partecipando ad una determinata *chat*, oppure iscrivendosi ad un *Newsgroup*, caricando in Rete i propri file e rendendoli disponibili a tutti gli altri utenti, etc.

³³ Attualmente tali organismi internazionali sono quattro. La struttura che si trova, per così dire, al vertice è la Internet Society (ISOC) la quale si occupa degli indirizzi generali, sovrintendendo il lavoro degli altri organismi. Le altre società sono l'Internet Architecture Board (IAB) che funge da consigliere tecnico, l'Internet Engineering Steering Group (IESG) e l'Internet Engineering Task Force (IETF). Così da CARLINI F., *Internet, Pinocchio e il gendarme*, Manifesto Libri, Roma, 1996, pag. 83.

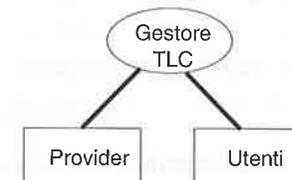
³⁴ E questo è forse l'unico obbligo a cui deve sottostare rigidamente chiunque voglia andare in Rete: il divieto di assegnare o richiedere lo stesso indirizzo che ha già un altro utente.

2.3.3 I rapporti fra i soggetti che operano su Internet

Individuati i soggetti che operano sulla rete Internet, occorre ora procedere nell'analisi dei rapporti che vengono a crearsi tra di essi³⁵.

- *Tra il gestore della rete di telecomunicazioni, il provider e gli utenti*

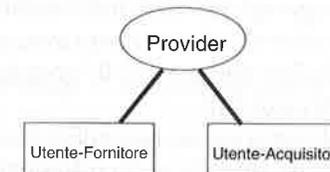
Così, l'ipotesi più semplice è il rapporto tra il gestore della linea di telecomunicazione, da una parte, e, dall'altra, il *provider* che permette l'accesso ad Internet e l'utente, sempre inteso in senso ampio (e quindi sia chi fornisce servizi ed informazioni, sia chi accede semplicemente alla Rete usufruendone): rapporti di natura contrattuale, che in genere corrispondono a quelli di utenza telefonica (o, meglio, telematica), e che comunque per nulla si differenziano dalle ipotesi estranee alla realtà telematica qui in esame.



- *Tra il provider e gli utenti*

Anche il rapporto tra *provider* ed utente è di natura contrattuale, e si configura come un contratto di fornitura di servizi telematici, in genere inquadrato dalla dottrina nella tipologia "appalto di servizi"³⁶.

Occorre comunque procedere ad alcune specificazioni, a seconda del singolo servizio offerto attraverso Internet che viene preso in considerazione: ad esempio, contemplando il caso di un utente abbonato ad un *provider* per l'accesso ad Internet, ma che usufruisce occasionalmente dei servizi di un altro *provider* (si immagini la partecipazione ad una *chat*, oppure la spedizione di un messaggio di posta elettronica), o di un suo fornitore. In questa ipotesi nessun rapporto obbligatorio precostituito intercorre tra il secondo gestore dell'accesso alla Rete e l'utente, mentre si potrebbe creare un rapporto contrattuale con il fornitore di servizi ed informazioni ospitato da quest'ultimo *provider*.

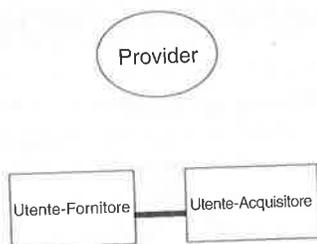


Infatti il fornitore di servizi ed informazioni (ed ogni *provider* ne ospita numerosi) in genere, come già indicato in precedenza, svolge questa attività in maniera gratuita oppure a pagamento: ed annovera tra i suoi utenti sia chi usufruisce del servizio dello stesso *provider*, sia chi proviene da *provider* diversi. La sua struttura potrà avere diversi livelli di complessità, ma in genere si può sempre identificare un responsabile dell'intero sito, il c.d. *webmaster*, e diversi incaricati di specifici settori (le singole rubriche o i singoli servizi).

³⁵ Si specifica che non verranno presi in considerazione i rapporti, di natura associativa, che si vengono a creare tra coloro che accedono ad Internet e le autorità di coordinamento del sistema della Rete. Su tale argomento v. SARTI D., *I soggetti di Internet*, intervento al Convegno di Pavia del 4-5 ottobre 1996 dal titolo "Internet: profili giuridici", pubblicato in AIDA, V, 1996, Giuffrè, Milano, p. 5.

³⁶ Sul punto vedi comunque oltre nel testo.

- *Tra utente-fornitore e utente-acquisitore*



È il caso del rapporto che viene ad instaurarsi tra l'utente che "naviga" nella Rete nei siti *web* di vario contenuto, e il fornitore di informazioni e servizi, che li predispone. In genere non si creano particolari rapporti obbligatori precostituiti tra i due soggetti, se non quelli conseguenza del generico dovere del *neminem ledere* in capo a colui che pubblica pagine informative o fornisce servizi su un mezzo di comunicazione a grandissima diffusione, su area

praticamente mondiale, come Internet. Ma potrebbe anche verificarsi l'ipotesi che i due soggetti si leghino con un apposito contratto, che l'utente-acquisitore si decide a stipulare per accedere al sito del fornitore, contenente informazioni ad alto valore aggiunto, tali da giustificare il pagamento di una somma per poterle ottenere.

- *Tra gli utenti*

Infine rapporti possono crearsi anche tra l'utente-navigatore e gli altri utenti della stessa specie, nel momento in cui questo diventa anche soggetto attivo dei servizi o delle informazioni che vengono gestite in Rete: si immagini il partecipante ad un *newsgroup* che invia informazioni agli altri destinatari o iscritti. In tal caso i rapporti giuridici che si creeranno avranno sicuramente natura extracontrattuale, ma non è da escludere che tramite il "contatto telematico" possono poi nascere veri e propri rapporti negoziali.

Dall'esposizione precedentemente fatta risulta, quindi, che i diversi soggetti che operano sulla Rete sono frequentemente legati da rapporti giuridici, in genere di natura contrattuale. La disciplina da applicare risulta essere per lo più quella tradizionale, che non viene a subire influenze particolari dalla peculiarità del mezzo³⁷. I rapporti tra tali soggetti vengono in genere instaurati in un primo momento (l'accesso in Rete) in maniera tradizionale, mentre successivamente, ed in particolare per le attività svolte esclusivamente su Internet, il *media* telematico viene anche usato per concludere contratti. Nei prossimi paragrafi si procederà ad un'attenta analisi dei rapporti appena esposti, per poi tentare una qualificazione dei contratti di accesso ad Internet: verificando in questo modo l'adeguatezza o meno dei moduli contrattuali a

³⁷ Le maggiori difficoltà di applicazione delle categorie tradizionali alla nuova realtà creata da Internet possono registrarsi quando compare un elemento di estraneità: si immagini il rapporto tra due utenti della Rete di cui uno appartenente ad un sistema giuridico diverso da quello dell'altro. In tal caso sono applicabili le regole del diritto internazionale privato, o del diritto internazionale pubblico relativamente agli aspetti propri di questa materia, anche se da più parti è stata ritenuta auspicabile la predisposizione di regole comuni agli Stati per disciplinare tali ipotesi. Non sembrerebbe invece ancora adeguato il sistema predisposto dalle norme di formazione spontanea che costituiscono la c.d. *netiquette*: principalmente perché carenti di un sistema sanzionatorio e valido (sul punto si faccia riferimento all'intervento di BALLARINO T., *Internet: diritto e comunicazione*, alla conferenza *Internet e le professioni: Interlex '97* tenuta a Venezia il 24-26 febbraio 1997). Si veda comunque oltre nel testo, al paragrafo 2.5.2.1 sulla legge applicabile ad Internet.

disciplinare le esigenze dei contraenti³⁸. Successivamente verranno quindi prese in esame le modalità con cui si realizzano questi "negozi giuridici virtuali", attraverso un primo confronto tra la formazione dell'accordo come disciplinata dal codice civile e quella con i nuovi strumenti; si procederà poi ad evidenziare i principali problemi giuridici e pratici del contratto elettronico, ed alcuni dei metodi utilizzati per risolverli, come nel caso del nuovo sistema di validazione giuridica del documento informatico, quello della firma digitale.

2.4 I contratti di accesso ai servizi telematici

Nell'ambito dei contratti telematici si distinguono quegli accordi che, pur potendo non essere conclusi in via telematica, ma secondo un più ordinario modo di formazione (ad esempio mediante sottoscrizione di un modulo), tuttavia di telematico hanno la concreta attuazione. È una situazione specularmente rovesciata rispetto a quella dei contratti telematici in senso stretto³⁹, dove si ha la formazione telematica di un contratto ad esecuzione non telematica. In questo caso invece è la formazione dell'accordo ad essere non telematica, mentre l'attuazione, o più correttamente, la prestazione (in genere informativa) dedotta in contratto è telematica. Questo secondo tipo di contratti possono essere definiti contratti per la fornitura di servizi telematici⁴⁰.

³⁸ Rispetto a tali negozi quindi si tratta essenzialmente di individuare la disciplina applicabile, mediante la verifica della compatibilità dei regolamenti predisposti dagli operatori economici del settore con la disciplina tipica prevista dalla legge per quella determinata categoria di contratti; e specialmente con le particolari caratteristiche del bene o servizio oggetto del contratto, che consiste appunto nella fornitura di un servizio telematico.

³⁹ Si usa parlare di contratto telematico in senso stretto per indicare quel particolare tipo di accordo concluso a distanza per mezzo dell'elaboratore: in questo caso la telematica influisce sul negozio relativamente al momento della sua conclusione. Sono in genere negozi comuni, ad esempio compravendite, che di particolare hanno solo il modo di formazione, appunto tramite due computer distanti l'uno dall'altro. Vari sono i problemi giuridici da essi sollevati: ad esempio, rispetto alla congruenza tra proposta ed accettazione, al momento del loro incontro, all'imputazione delle "dichiarazioni contrattuali" e alla capacità rispetto ad esse (si pensi al bambino particolarmente precoce che, usando la linea telematica all'insaputa del padre, ordina in un grande magazzino costosi beni di varia natura): sul punto vedi comunque le novità apportate dall'introduzione, nel nostro ordinamento, di un articolato sistema di firma digitale, attraverso il D.P.R. n. 513/1997 (relativamente al quale si può fare riferimento, tra gli altri, a CIACCI G., *La firma digitale*, Il Sole 24 Ore, 2 ed., 2000, pp. 1-226, TRIPODI E. M. - GASPARINI M., *Firma digitale e documento informatico*, Buffetti Ed., Roma, 1998; MICCOLI M., *Documento e commercio telematico*, IPSOA, Milano, 1998).

⁴⁰ "Storicamente" ne costituiscono esempi il contratto per l'accesso al servizio Videotel (oggi scomparso) o in genere i servizi di accesso a banche dati (relativamente a tali contratti, nelle loro prime applicazioni, vedi gli scritti di SPECIALE R., *Sulla configurazione giuridica dei servizi telematici. Appunti e problemi*, in *Dir. Inf. Inf.*, 1988, pp. 359-374, CIACCI G., *I Contratti per la fornitura dei servizi telematici*, in *Economia e diritto del terziario n. 1*, 1990, pp. 73-117, D'ORAZIO R. e ZENO-ZENCOVICH V., *Profili di responsabilità aquiliana ed extracontrattuale nella fornitura dei servizi telematici*, in *Dir. Inf. Inf.*, 1990, p.241). Oggi l'ipotesi più comune di contratto di accesso a servizi telematici è l'abbonamento a Internet, su cui vedi lo scritto di DE NOVA G., *I contratti per l'accesso ad Internet*, intervento al Convegno di Pavia del 4-5 ottobre 1996 dal titolo "*Internet: profili giuridici*", pubblicato in AIDA, V, 1996, Giuffrè, Milano, p. 39.

Chiaramente le due categorie appena riportate, distinte al fine di un'esposizione maggiormente sistematica della materia, nella pratica degli affari ed in conseguenza dello sviluppo della contrattualistica *on line* sono spesso sovrapposte e confuse tra loro: così, da una parte si possono verificare ipotesi in cui il contratto di fornitura di un servizio telematico venga stipulato non già attraverso modalità tradizionali, ma in forma elettronica; dall'altra è poi sempre più comune l'ipotesi che l'accordo raggiunto in via telematica abbia una sua esecuzione nella stessa modalità (si pensi a tutte le ipotesi di commercio elettronico diretto, quello cioè che consiste nell'acquisto e nella spedizione *on line* di beni e servizi immateriali, come *software*, musica, informazioni, ...).

In base alla classificazione fatta nel paragrafo precedente con riferimento ai soggetti che operano su Internet, ed ai rapporti giuridici che intercorrono fra di essi, si procederà ora ad esaminare i singoli contratti che disciplinano tali rapporti.

2.4.1 Il contratto tra gestore della linea di telecomunicazioni, *provider* e utenti

I rapporti tra tali soggetti sono, come è stato verificato, di natura negoziale, ed in genere corrispondono ai normali contratti di utenza telefonica. Nel caso del rapporto tra gestore e *provider*, ipotesi di maggior rilevanza e che si realizza in numero limitato, verrà stipulato più esattamente un particolare contratto di utenza telematica, di fornitura di servizi telematici, con prevalenza nella specie dell'aspetto trasmissivo. L'importanza dell'attività economica del fornitore di accesso ad Internet influisce sul contratto a livello formale e per alcuni contenuti. Si tratta infatti non di un accordo per adesione standardizzato, come nel caso del contratto di utenza telefonica (ipotesi quindi che intercorre tra gestore ed utenti), ma di un negozio frutto di una specifica trattativa, il cui oggetto consiste nella messa a disposizione di impianti e linee ad alta qualità e capacità: che vede quindi la precisa individuazione di oneri e responsabilità delle parti, nella specie di quelle del gestore della linea di telecomunicazioni per l'aspetto trasmissivo, del *provider* per tutto ciò che è strettamente dipendente dalla sua attività soprattutto nei rapporti con i terzi⁴¹. Nel caso del rapporto tra gestore delle telecomunicazioni e utenti, si tratterà di un vero e proprio contratto di abbonamento telefonico: con riferimento a tale genere di negozi, non è pacifico né in dottrina né in giurisprudenza a quale tipologia contrattuale sia riconducibile.

⁴¹ Si pensi all'ipotesi di interruzione del servizio, la cui conseguenza dovrà essere il risultato di una mediazione tra i diversi interessi implicati: da una parte quelli del *provider* a non trovarsi esposto alle conseguenze dei danni arrecati ai suoi utenti, che dovrebbero essere quindi sopportati dal gestore; dall'altra l'interesse di quest'ultimo a non dover subire continue richieste di risarcimento, a scapito della possibilità pratica di svolgere tale attività. A tale proposito si veda la situazione creata dalla sentenza della Corte costituzionale del 12 dicembre 1988, n. 1104 (annotata da ZENO-ZENCOVICH V., *La tutela costituzionale dell'utente telefonico e i riflessi sui servizi telematici*, in *Dir. Inf. Inf.*, I, 1989, p. 184-191), sugli obblighi risarcitori del gestore del servizio telefonico in caso di interruzione dello stesso (vedi anche CIACCI G., *I contratti per la fornitura dei servizi telematici*, in *Economia e diritto del terziario*, n. 1, 1990, p. 109).

In questo caso, come in quello del rapporto tra gestore e *provider*, sembra possibile orientarsi verso quattro soluzioni: quella della locazione dell'impianto (artt. 1571 ss. c.c.), quella della somministrazione (artt. 1559-1570 c.c.), quella dell'appalto di servizi (art. 1677 c.c.), ed, infine, quella del contratto misto.

La ragione di ciò va ricercata nel fatto che nel contratto di abbonamento telefonico, ma anche in quello relativo al servizio di trasmissione dati, concorrono due ordini di prestazioni⁴²: la messa a disposizione dell'impianto (che farebbe pensare ad una locazione), ed i servizi che l'ente concessionario presta continuativamente all'abbonato mediante il suo personale (avvicinando il rapporto ad una somministrazione). Bisogna quindi vedere quale di essi debba essere considerato prevalente e, conseguentemente, optare per una delle due soluzioni.

Secondo una parte della dottrina, occorre però chiarire che, anche nell'eventualità di una prevalenza del secondo aspetto (prestazione dei servizi), non ci si troverebbe in presenza di una somministrazione, ma di un appalto di servizi, ex art. 1677 c.c.⁴³.

La tesi della locazione dell'impianto è stata ritenuta la più fragile⁴⁴. Nel contratto di abbonamento telefonico il gestore del servizio svolge un ruolo attivo, positivo: il contenuto del suo obbligo, infatti, non è un mero *patis*, che si esaurisce nel permettere che l'utente si avvalga dei mezzi e dei collegamenti predisposti per effettuare le comunicazioni che crede, ma consiste in un vero e proprio obbligo *positivo* di fare, comprensivo di prestazioni di tipo diverso⁴⁵. Proprio per tale ragione non si riesce a spiegare e collocare in un contratto di locazione la complessa e costante attività della società di gestione che diviene uno strumento indispensabile per il soddisfacimento degli interessi dell'utente⁴⁶.

Anche la tesi della somministrazione è stata oggetto di forti critiche⁴⁷. Molti autori ritengono, infatti, che nel caso dei contratti telefonici, pur presentandosi le caratteristiche della periodicità e della continuità delle prestazioni (tipiche di tale negozio,

⁴² Si veda CIACCI G., *op. cit.*, p. 96.

⁴³ Così COTTINO G., *Del contratto estimatorio, della somministrazione*, in *Commentario al codice civile*, a cura di Scialoja e Branca, artt. 1556-1570, p. 121.

⁴⁴ In questo senso vedi DI FAZIO E., *Sulla natura del contratto di abbonamento telefonico*, in *Temi Romana*, 1972, pag. 605.

⁴⁵ Così QUARTULLI A., *I servizi pubblici telefonici*, Giuffrè, Milano, 1978, pag. 180.

⁴⁶ È stato ulteriormente rilevato che tale teoria dovrebbe riguardare l'intero apparato telefonico (poiché l'apparecchio da solo non serve a nulla). Inoltre difficilmente sembra potersi ricondurre determinati comportamenti dell'impresa concedente agli obblighi e diritti che scaturiscono dal normale contratto di locazione. Ad esempio, si dovrebbe interpretare la ritenzione dell'apparato da parte dell'impresa al solo fine di "mantenere la cosa locata in stato da servire all'uso del convenuto" (art. 1575, n. 2); si dovrebbe giustificare l'ingerenza del locatore sull'apparato oltre i limiti del suo obbligo di riparare e garantire il pacifico godimento dell'impianto (art. 1575, n. 3); si dovrebbe, infine, spiegare i perfezionamenti degli impianti e la predisposizione dei servizi da parte dell'impresa come un benevolo interessamento del locatore ad un più efficiente godimento dell'impianto (sul punto vedi CORRADO R., *La somministrazione*, Torino, 1952, pag. 11).

⁴⁷ Sembra opportuno ricordare che questa è la tesi accolta dalla Cassazione in molte decisioni giurisprudenziali: v. per tutte, Cass. 29 novembre 1978, n. 5613, in *Mass. Foro It.*, 1978, voce "Telefono", c. 1105.

come risulta dall'art. 1559 c.c.), tuttavia manchi la coincidenza dell'oggetto del contratto con quello del tipo "somministrazione": infatti le prestazioni nei contratti di abbonamento telefonico consistono in servizi, e non in beni materiali a cui l'art. 1559 c.c. fa specifico riferimento. Invece le "prestazioni periodiche e continue di servizi" sono lasciate alla normativa relativa all'appalto, e nella specie di quello dei servizi (art. 1677 c.c.), che trae dalla somministrazione solo la disciplina integrativa (purché non incompatibile con lo stesso appalto)⁴⁸.

Proprio in virtù di tale natura ibrida dei contratti di abbonamento telefonico, per individuare la disciplina applicabile è stata da alcuni anche avanzata l'ipotesi circa la possibilità della realizzazione del contratto misto o di quello complesso⁴⁹, sulla base dell'esistenza nella fattispecie di elementi che presi singolarmente sono tipici dei contratti di locazione e di somministrazione o appalto di servizi (godimento dell'apparecchio per la prima ipotesi, continuità delle prestazioni, o dei beni, per la seconda ipotesi)⁵⁰.

2.4.2 Il contratto tra *provider* e utenti

Il secondo rapporto che deve essere considerato è quello tra il *provider* e l'utente (in questo caso è più corretto dire *gli utenti*, sia quello fornitore di informazioni e servizi, sia il mero fruitore degli stessi), sempre di natura contrattuale, ed avente ad oggetto la fornitura di servizi telematici: anche se poi nemmeno in questo caso è chiaro il tipo negoziale a cui ricondurre tale genere di rapporti, e di conseguenza la disciplina applicabile. Dall'analisi dei formulari più diffusi, infatti, non è agevole rifarsi a modelli tipici, e perciò si possono solo tentare delle ipotesi di qualificazione. Per procedere in tale operazione è necessario comunque individuare quali sono gli obblighi delle parti.

⁴⁸ Più specificatamente occorre precisare che le obbligazioni che scaturiscono dai contratti di abbonamento telefonico sono obbligazioni di fare che hanno inizio con la predisposizione degli impianti, e proseguono con l'opera di controllo e assistenza tecnica che continuamente la società esercente è obbligata a fornire.

⁴⁹ Secondo l'orientamento più accreditato, il *contratto misto* deriva dalla unificazione di clausole che costituiscono frammenti di più contratti tipici, mentre si ha un *contratto complesso* quando distinti schemi negoziali, considerati nella loro globalità, vengono fusi in un unico contratto, realizzato dalla commistione degli elementi causali degli accordi che concorrono alla formazione del rapporto unitario in dipendenza di un unico nesso funzionale.

È dibattuta in dottrina la scelta della disciplina giuridica da applicare a questo tipo di contratti. È noto che ci si muove nell'ambito di due teorie: quella dell'*assorbimento*, secondo la quale si deve assegnare al rapporto la disciplina complessiva corrispondente alla prestazione prevalente sotto il profilo economico o qualitativo; quella della *combinazione*, che tiene in considerazione la natura della singola prestazione rispetto alla quale è sorto l'eventuale contrasto, scomponendo il contenuto globale dell'accordo in tante discipline specifiche quante sono le diverse utilità che ne formano il contenuto: vedi a tale proposito, SCHIZZEROTTO G., *Il collegamento negoziale*, Napoli, 1983, p. 58 ss., il quale espone esaurientemente tali due teorie, oltre a quella detta dell'*applicazione analogica*, secondo la quale ai contratti misti occorrerebbe applicare le norme sugli istituti affini (v. anche SPALLAROSSA M. R., *In tema di contratto misto*, in *Foro It.*, 1972, I, 2309).

⁵⁰ MESSINEO F., *Manuale di diritto civile e commerciale*, vol. 3, Giuffrè, 1954, pag. 208.

2.4.2.1 L'oggetto del contratto e gli obblighi delle parti

Per ricondurli ad un quadro sistematicamente accettabile, infatti, occorre individuare innanzitutto il contenuto della prestazione delle parti.

Per quanto riguarda l'utente, suo obbligo principale è il pagamento del prezzo, mentre altri obblighi accessori si configurano via via a seconda del tipo di utilizzo che della Rete viene fatto, e della qualità di colui che vi accede: in ogni caso è presente nei diversi contratti l'impegno circa il corretto uso dello strumento, oltre all'assunzione degli oneri per eventuali risarcimenti per danni diretti o indiretti arrecati a terzi.

Per quanto riguarda l'oggetto della prestazione del *provider*, questo è certamente rappresentato dall'accesso inteso come possibilità di connettersi a un sistema. Occorre chiarire che possono configurarsi due tipi di accesso, che danno origine a due figure giuridicamente differenti. Il primo è l'*accesso ai dati* (ovvero la consultazione in remoto di biblioteche o banche dati di varia natura), potenzialmente del tutto svincolato da quello alla rete, che configura la cosiddetta "obbligazione di risultato". Il secondo, di maggior interesse, è l'*accesso alla rete*, che obbliga il fornitore del servizio a predisporre esclusivamente gli strumenti che consentono all'utente di connettersi e di utilizzarne le funzioni, realizzando quella che tecnicamente si chiama "obbligazione di mezzi"⁵¹. Com'è noto, nel primo caso il fornitore deve mettere in grado l'abbonato di raggiungere il risultato previsto, mentre nel secondo il suo obbligo è limitato ad assicurare la disponibilità dei mezzi per raggiungerlo.

Nel caso dell'accesso ai dati, i rapporti sono spesso non duraturi e si esauriscono con un unico atto: è il caso di un utente che si collega ad una banca dati o ad una biblioteca via modem, con accesso diretto attraverso la normale linea telefonica senza passare sulla rete Internet. Il secondo tipo di accesso, quello alla rete, invece è destinato a durare nel tempo, giacché risponde a particolari interessi dell'utente: quelli di sfruttare le potenzialità e i vantaggi che la rete Internet offre. È chiaro che, in relazione a ciò, la struttura formale del rapporto subisce notevoli variazioni: i rapporti duraturi presentano infatti un contenuto più ricco e in genere diverso rispetto agli altri. In essi il contenuto del rapporto non si esaurisce con l'effettuazione del collegamento del tipo richiesto, ma l'utente viene messo in condizioni di ripetere, secondo specifiche modalità determinate (seguendo certi orari ad esempio), le sue connessioni: l'utente viene cioè posto in condizioni di comunicare con tutti i soggetti raggiungibili attraverso la rete telematica, e ciò proprio grazie alla continuità della fruizione del servizio.

Per quanto attiene all'attività del *provider*, è possibile farla rientrare nella seconda categoria giacché, come abbiamo più volte avuto modo di ripetere, tale soggetto è colui che deve predisporre i mezzi necessari affinché gli utenti accedano alla rete e

⁵¹ La distinzione tra obblighi di risultato e obblighi di semplice diligenza (o di mezzi) è stata originariamente elaborata in Francia, dove essa tende ancora a indicare una divisione di fondo dei rapporti obbligatori: la contrapposizione tra le due diverse categorie rileverebbe infatti sul piano della responsabilità. In particolare nelle obbligazioni di mezzi si applicherebbe la regola della responsabilità per colpa (il debitore non è responsabile se si è comportato diligentemente); nelle obbligazioni di risultato si applicherebbe invece la regola della responsabilità oggettiva (la diligenza impiegata dal debitore è irrilevante giacché ciò che è dovuto è solo il risultato).

ai suoi servizi: e così in tale obbligo non si configura affatto la necessità di garantire un risultato, bensì di rendere possibile il suo raggiungimento⁵².

Una volta stabilito che l'obbligo del *provider* rientra nella tipologia delle obbligazioni di mezzi, e quello principale degli utenti consiste nel pagamento del prezzo, si possono tentare alcune ipotesi di qualificazione.

2.4.2.2 Ipotesi di qualificazione e disciplina applicabile

Tra le varie ipotesi di qualificazione che si possano immaginare⁵³, al fine di individuare la disciplina in concreto applicabile, è possibile scegliere di identificare il rapporto tra le parti come un particolare tipo di vendita, caratterizzato dall'aver come oggetto un peculiare bene giuridico, e cioè l'informazione (intesa in senso ampio); oppure, come già sostenuto per negozi simili che venivano stipulati prima dell'avvento di Internet⁵⁴, ricondurlo piuttosto alla figura dell'appalto di servizi, che ha per oggetto tutto quel complesso di attività che deve essere svolto dal fornitore del servizio telematico per assicurare all'utente quel valore aggiunto all'informazione che distingue i servizi telematici dalla semplice attività di trasmissione dati.

Ma tenendo presente anche il contenuto delle prestazioni in capo alle parti del contratto, ed in particolare quelle tipiche dell'accesso ad Internet, e quindi offerte dal *provider* (nella specie la gestione della posta elettronica, l'accesso a servizi ipermediali tipici del *web*, la possibilità di trasferire *file* sul proprio computer, ...), sembra più opportuno considerare la possibilità di inquadrare tale negozio nell'ipotesi del contratto misto o complesso⁵⁵.

Nella specie le cause dei contratti tipici che verrebbero richiamate sono quelle, nel caso in cui il *provider* svolga unicamente la sua funzione di fornitore dell'accesso alla rete, della locazione, della somministrazione, dell'appalto dei servizi, ma anche del trasporto (art. 1678 c.c.) e della spedizione (art. 1737 c.c.). Nel caso poi il *provi-*

⁵² Come già indicato nella nota 30, occorre precisare che occasionalmente il *provider* può ricoprire, oltre al ruolo che tradizionalmente gli compete, anche quello di fornitore di servizi agli utenti: in tal caso si creano delle situazioni di confusione tra la figura del *provider* e quella dell'utente fornitore, che possono portare anche ad un eventuale cumulo di obblighi giuridici e di responsabilità. Tuttavia si tratta di ipotesi minori e di scarsa rilevanza, giacché assai più comune è la distinzione tra le due attività.

⁵³ Anche in tal caso si riscontrano diversi problemi nel tentare di inquadrare il contratto avente ad oggetto la fornitura di servizi telematici, stipulato tra *provider* e utenti, ad un determinato tipo negoziale. Così una dottrina ha evidenziato l'inutilità della qualificazione stessa: si è infatti osservato come l'elasticità della disciplina legale dei tre tipi di contratto ipotizzati è tale che il regime finale dei rapporti non muta. Occorrerà, quindi, tenere conto del criterio della prevalenza delle prestazioni pattuite secondo il modo in cui le parti le hanno considerate, essendo sufficiente tenere presente l'art. 1218 c.c. (che sancisce l'obbligo del creditore, che non esegue esattamente la prestazione dovuta, di risarcire al debitore il danno, a meno che non provi che l'inadempimento è stato determinato da impossibilità della prestazione a lui non imputabile: in tal senso MONTI A., *Internet: il contratto tra il provider e l'utente*, in *McMicrocomputer*, n. 164, luglio-agosto, 1996).

⁵⁴ In particolare per i contratti di accesso al servizio Videotel, e più in genere per quelli di accesso a servizi telematici, vedi SPECIALE R., *Sulla configurazione giuridica dei servizi telematici. Appunti e problemi*, in *Dir. Inf. Inf.*, 1988, pp. 359-374, CIACCI G., *op. cit.*, p. 113.

⁵⁵ Per le nozioni di contratto misto e di contratto complesso vedi nota 48.

der, oltre a provvedere all'accesso, fornisca anche i contenuti, cioè i servizi informativi e la possibilità di compiere operazioni⁵⁶, si dovrà tenere presente i singoli servizi e distinguere: il richiamo ancora alle cause della locazione, del contratto di trasporto e di spedizione, per quanto riguarda il servizio di posta elettronica; a quella della compravendita, per alcuni servizi *web* e di trasferimento *file*; a quella della somministrazione, con riferimento ai servizi di *Newsgroup* e alle *Mailing list*; a quella infine dell'appalto di servizi, per i collegamenti remoti a computer lontani (c.d. *telnet*), per altri servizi *web*, per le *chat* e gli ulteriori servizi accessori⁵⁷.

La disciplina di tali fattispecie andrà poi ricercata, come è noto, nella teoria della combinazione, in quella della prevalenza o, ancora, in quella della applicazione analogica⁵⁸.

Ma occorre comunque verificare concretamente i vari esempi appena riportati. Così, l'ipotesi di qualificazione nell'ambito della vendita, se da un lato evidenzia il fatto che il bene dell'informazione, oggetto della prestazione telematica, normalmente già esiste nel momento in cui viene ordinato, e su di esso l'utente del servizio ha una situazione soggettiva finalizzata alla sua appropriazione (cosicché la vicenda economica può configurarsi come una tipica ipotesi di scambio), dall'altra parte trascura un aspetto essenziale del rapporto che stiamo analizzando, quello cioè della durata delle prestazioni oggetto del contratto: in un contratto di fornitura di servizi telematici, infatti, la prestazione è caratterizzata dal fatto che la sua esecuzione non si esaurisce immediatamente (cioè con una prestazione che consta in un atto unico), ma si prolunga, perdura nel tempo (così nell'art. 1599 c.c.).

L'ipotesi della somministrazione, in realtà alternativa e allo stesso tempo parallela a quella successiva dell'appalto di servizi, pur adombrando il valore che il particolare oggetto della prestazione (l'informazione) ha per questi tipi di negozi, pone invece in rilievo proprio il fatto che, in genere, i contratti telematici non stabiliscono un rapporto che si esaurisce in una singola prestazione, ma presuppongono una durata. Nel caso specifico sia il contratto tra il *provider* e l'utente-fornitore, sia il contratto tra il primo e l'utente-acquisitore, pur essendo differenti nel contenuto della prestazione, hanno in comune il fatto che in entrambi i casi viene ad instaurarsi un rapporto di durata, avente ad oggetto prestazioni continuative e periodiche (più che di beni) di servizi. Ad essi si applicheranno dunque non la sola disciplina della somministrazione, ma, secondo lo schema tipico dell'appalto di servizi, sia le norme sull'appalto che quelle sulla somministrazione (art. 1677 c.c.)⁵⁹.

⁵⁶ Circa tale possibilità vedi la nota 30.

⁵⁷ Sui servizi usufruibili attraverso la rete Internet vedi il par. 2.3.1.

⁵⁸ Su tali teorie vedi ancora la nota 48.

⁵⁹ Ciò comporterà ovviamente tutta una serie di conseguenze concernenti non solo la sussunzione del rischio da parte dell'appaltatore-gestore, ma anche la possibilità dell'altra parte nel caso di inadempimento di singole prestazioni, che rivestano una particolare importanza, di ottenere la risoluzione del contratto (artt. 1453 e 1455 c.c.). Ad esso si aggiunga anche l'impossibilità da parte del vettore di ottenere la risoluzione del contratto in caso di mancato pagamento del canone periodico, e da parte dell'utente di ottenerla se una sola delle informazioni ricevute si rivelasse inesatta.

Allora l'ipotesi di qualificazione relativa all'appalto di servizi evidenzia quindi meglio che la prestazione dedotta nell'obbligazione non si esaurisce nella semplice fornitura dell'informazione, ma presuppone una serie di comportamenti necessari perché finalizzati all'adempimento: quali, ad esempio, l'aggiornamento dei dati offerti alla consultazione, la loro organizzazione, il corretto uso degli strumenti informatici. Ma questi tipi di contratti presentano alcuni aspetti (come la qualità dei contraenti, l'oggetto dei loro rapporti negoziali e l'interesse in essi concretamente perseguito) che complicano notevolmente tali fattispecie, non consentendo di assorbirle completamente nello schema codicistico dell'appalto di servizi.

L'ipotesi invece che in ogni caso sembra più opportunamente adattarsi alla fattispecie individuata è quello del contratto misto, con una forte prevalenza comunque della disciplina della somministrazione⁶⁰. Infatti in tale caso concorrono gli elementi di più negozi tipici (appalto di servizi, somministrazione e vendita) che si fondono in un'unica causa. Le varie prestazioni sono dunque reciprocamente condizionate nella loro essenza per il raggiungimento di un medesimo intento negoziale in senso oggettivo, e non sono suscettibili di un'autonoma considerazione che le rapporti distintamente⁶¹.

2.4.3 I contratti di fornitura dei servizi telematici tra gli utenti di Internet

Per capire adeguatamente quali rapporti vadano compresi nella categoria qui esaminata, è necessario preventivamente descrivere le varie possibilità che vengono offerte all'utente-acquisitore dalla rete Internet.

Innanzitutto egli può, sottoscrivendo solamente il contratto di accesso, e senza dover stipulare ulteriori accordi, accedere ad una serie di servizi o prestazioni che si caratterizzano per essere rivolti generalmente ad un ampio pubblico, indifferenziato e non professionale, e per la loro tendenziale gratuità⁶². Rispetto a tali applicazioni il contatto telematico tra utente-acquisitore ed utente-fornitore può avere un duplice sviluppo: può esaurirsi successivamente alla ricezione dell'informazione gratuita da parte dell'acquisitore, e quindi il rapporto tra i due tipi di utenti si realizza e si consuma nel chiedere e nell'ottenere l'informazione (costituiscono esempi di tale fattis-

Inoltre la norma generale dell'art. 1458, comma 1, comporta in caso di risoluzione l'impossibilità di estenderla alle prestazioni già eseguite (resterebbero acquisiti al vettore i canoni già percepiti, e dall'utente i servizi di cui abbia già usufruito).

⁶⁰ Una parte della dottrina considera questi tipi di contratti addirittura quali contratti innominati o contratti complessi: sul punto vedi MONTI A., *Internet: il contratto tra il provider e l'utente*, in *McMicro-computer*, n. 164, luglio-agosto, 1996.

⁶¹ Di contratto misto si parla anche con riferimento all'ipotesi di una pluralità di cause concorrenti nell'unicità del rapporto (es.: la vendita mista a donazione). È proprio con riguardo a questa seconda nozione che in dottrina si è prospettata la tesi di una autonoma categoria contrattuale dei contratti misti, caratterizzati dal concorso di più cause e dall'astratta riconducibilità del negozio a più tipi legali. Cfr. BIANCA C.M., *Diritto civile, Il contratto*, volume n. 3, Giuffrè, Milano, 1984, pag. 450 ss.

⁶² Almeno dal punto di vista di una mancanza di richiesta di pagamento di un prezzo a carico dell'utente: non rileva l'ipotesi in cui il fornitore compensi le sue spese o raggiunga i suoi guadagni attraverso altre strade (ad esempio mediante l'inserzione di messaggi pubblicitari).

pecie la consultazione di orari ferroviari, ma in genere la grande maggioranza dei servizi informativi contenuti nelle pagine *web* dei vari *server*, come quelle dei quotidiani *on line*, delle istituzioni, dei centri di ricerca); oppure può dare luogo ad un successivo negozio fra le parti che, stipulato mediante elaboratore, è destinato ad avere uno sviluppo ed un'esecuzione sia nell'ambito della sfera telematica, ma anche indipendentemente dalla stessa, ed è sottoposto alla comune disciplina dei contratti. È quest'ultimo il caso dei contratti telematici c.d. in senso stretto, la cui specifica telematica si identifica con il modo di formazione, dei quali costituisce un esempio il c.d. *teleshopping*, una delle manifestazioni più promettenti di commercio elettronico, specificamente nel settore del *business to consumer*: l'utente-acquisitore di informazioni si collega, attraverso la Rete, ad un grande magazzino *on line*, al quale ordina, tramite il terminale, un certo bene. Secondo quest'ultimo esempio si verificherebbe l'instaurarsi di un rapporto giuridico, nella specie un contratto di compravendita, che solleva vari problemi connessi con il modo in cui è stato concluso⁶³, mentre, per ciò che riguarda la fase di attuazione, è soggetto al comune regime della vendita⁶⁴.

Per quanto riguarda invece altri servizi, caratterizzati dal fatto di essere rivolti a cerchie ristrette di operatori professionali, l'utente acquirente che intenda accedere mediante Internet deve stipulare precedentemente un particolare contratto direttamente con il fornitore di informazioni, oltre a quello di accesso alla Rete. Tali servizi possono poi distinguersi a seconda che abbiano ad oggetto la fornitura o l'acquisizione di un'informazione, oppure il compimento di un'operazione: esempi del primo tipo sono in genere i servizi di accesso a banche dati (come la banca dati costituita dalle Pagine Gialle Elettroniche, o quella di alcuni quotidiani tipo "Repubblica" o "Il Sole 24 Ore"), esempi del secondo tipo sono in genere i trasferimenti elettronici di fondi (come nel caso del c.d. *homebanking*), ma anche di alcuni dei servizi di trasferimento *file*, o di posta elettronica. Il negozio precedentemente stipulato fra le parti può poi essere concluso o meno per via telematica.

I contratti che regolano il rapporto tra utente-fornitore ed utente-acquisitore si possono ricondurre quindi alle figure previste dal codice per il servizio che devono disciplinare, che dipende dalla singola fattispecie che si può verificare: consistendo Internet in un nuovo *media* che rende possibile forme di comunicazioni fino ad ora impensabili, è quasi impossibile redigere una tipologia di rapporti in maniera astratta, causa il grande numero di realtà totalmente differenti le une dalle altre e strettamente legate all'iniziativa ed alla fantasia di ogni fornitore in un qualsiasi Paese del mondo. È dunque il caso dei servizi di accesso a banche dati (inteso in senso generico: ne costituiscono esempio gli abbonamenti a quotidiani più o meno professionali, oltre agli archivi di enti o istituzioni dei più diversi tipi), ma anche di quelli di messaggistica elettronica (non solo nell'ipotesi della posta elettronica compresa nell'ab-

⁶³ Aspetto relativamente al quale ci si soffermerà oltre nel testo, nell'ambito del prossimo paragrafo.

⁶⁴ Anche se poi l'esecuzione può avvenire in forma elettronica, come nel già ricordato caso del commercio elettronico c.d. diretto.

bonamento offerto dal *provider* al proprio utente, ma della gestione degli apparati comunicativi di interesse aziende attraverso società specializzate, e quindi anche di una posta elettronica che si può considerare "professionale"), nonché di tanti altri legati ai diversi settori economici dell'agire umano (si pensi all'attività di distribuzione pubblicitaria in Rete, a quella c.d. di *lobbying* e di *marketing on line*, o quella ancora di *co-branding*)⁶⁵.

Anche gli schemi negoziali tipici previsti dal nostro codice, che potrebbero essere richiamati per costituire la base su cui costruire una disciplina dei vari rapporti che si creano in Rete, sono i più vari: dall'appalto, e più precisamente l'appalto di servizi, al contratto d'opera professionale, dal trasporto al contratto di compravendita.

Relativamente ai quali, avendo ben chiare le peculiarità dell'oggetto che devono disciplinare, e dunque comprendendo bene le fattispecie commerciali e telematiche che ne costituiscono la base, non sorgono particolari problemi, ma si ripetono quelli comuni ad altre fattispecie ad oggetto non telematico, anche se magari più frequenti e di intensità maggiore: si pensi alla problematica, comune ai negozi tipici dei consumatori, delle condizioni generali, e soprattutto delle clausole vessatorie, quelle relative alle conseguenze di eventuali inadempimenti (con i problemi di tutela dell'aderente dalle varie esenzioni di responsabilità previste dalla società erogatrice del servizio), alla possibilità di prevedere forme alternative di risoluzione delle controversie. Così, si ritiene che per disciplinare in maniera adeguata tale nuovo settore economico-giuridico, quello dei negozi giuridici per l'accesso alla rete e ai servizi di Internet, non occorra l'emanazione di un'apposita disciplina legale, essendo il diritto comune dei contratti in grado di fornire tutte le soluzioni adeguate.

Diversi problemi sorgono invece per quanto riguarda l'altro aspetto dei contratti telematici, quello che vede la presenza della specifica "telematica" nel momento della loro conclusione, come si vedrà nel prossimo paragrafo.

2.5 La conclusione del contratto attraverso computer e Internet

Descritto, seppure in maniera sintetica, l'ambiente in cui si svolge il commercio elettronico, ed esaminata la modalità in cui si instaurano i rapporti giuridici per accedere ai servizi resi possibili da Internet, sono ora comprensibili i motivi per cui oggi viene sempre più frequentemente impiegata la Rete per svolgere attività commerciali. Ed anzi non appare eccessiva la previsione che tale nuovo *media*, nella sua qualità di strumento privilegiato ed efficiente per informare e comunicare, nei prossimi anni avrà un ruolo fondamentale nello sviluppo dell'intero mercato mondiale di beni e servizi.

Attualmente, comunque, Internet è già utilizzata dagli operatori economici, per di-

⁶⁵ Si veda, a tale proposito, l'interessante appendice del libro di HANCE O., *Internet e la legge*, McGraw-Hill, 1997, p. 253, nella parte relativa ai 20 contratti di Internet, in cui vengono presentati numerosi schemi di negozi tesi a disciplinare i rapporti delle parti rispetto alle diverse attività sulla Rete.

versi fini: le imprese⁶⁶, per meglio presentare e diffondere i loro prodotti e servizi, ma anche le informazioni sulle proprie strutture e attività (oltre alla facilitazione ed al risparmio nei processi comunicativi, sia interni alla loro struttura⁶⁷, sia con riferimento alle relazioni con i propri clienti⁶⁸); gli utenti, per meglio conoscere, da una parte, il mercato del determinato bene che via via decidono di acquisire, ai fini della scelta del miglior prodotto con il rapporto qualità-prezzo più conveniente⁶⁹, ma anche, dall'altra, per procedere direttamente all'acquisto di beni di diverso genere al netto del costo di distribuzione.

Così, aumenta la frequenza degli acquisti *on line* (anche se le difficoltà relative alle modalità di pagamento, oltre a quelle sulla sicurezza e non ripudiabilità delle dichiarazioni, non hanno ancora permesso la loro totale diffusione⁷⁰), e quindi la conclusione di contratti attraverso il computer. Settore che, rispetto ai primi pionieristici studi⁷¹, limitati a interessanti teorizzazioni basate su una realtà tecnica estremamente limitata, oggi ha abbandonato la fase sperimentale e sta crescendo esponenzialmente: anche perché la "smaterializzazione della distanza"⁷² ha permesso la creazione di un unico mercato virtuale in cui è possibile attingere all'esperienza e alle risorse di Paesi ben più avanzati del nostro in queste nuove modalità di commercio.

Sulla base di tali osservazioni, deve considerarsi ora rilevante procedere ad analizzare quale forma assuma nel mondo virtuale di Internet lo schema che sottostà alla nascita di un rapporto giuridico contrattuale tra due o più soggetti. Successivamente si

⁶⁶ Diventano sempre più numerose le società che decidono di attivare la propria presenza su Internet, magari aprendo un sito *web*, operazione che è diventata un elemento di grande rientro di immagine anche per le imprese italiane. Sull'utilizzo di Internet e del *web* a fini aziendali v. CASTIGLIONI A. - CASTIGLIONI G., *Internet for Business*, Mondadori Informatica, 1996, pp. 97-171, KORPER S. - ELLIS J., *Il libro del commercio elettronico*, Apogeo, 2000, pp. 1-184, TRIPODI E.M. - SANTORO F. - MISSINEO S., *Manuale di commercio elettronico*, Giuffrè, 2000, pp. XXV-944.

⁶⁷ Si pensi alle imprese sviluppate nel territorio, che grazie ad Internet utilizzano a basso costo reti interne per comunicazioni agevolate e riservate. In genere viene adottata in questi casi la modalità "intranet", cioè la possibilità di creare gruppi chiusi di utenti ai costi ed alle modalità proprie di Internet (sul punto v. CASTIGLIONI A. - CASTIGLIONI G., *op. cit.* p.14).

⁶⁸ Così non solo le società che prestano la propria attività fornendo servizi informativi esclusivi ai propri clienti, ma anche quelle che possono utilizzare il collegamento telematico specificamente per svolgere il loro lavoro (come alcune società di manutenzione di sistemi informatici, che oggi sempre più intervengono sugli aspetti *software* delle strutture dei loro utenti senza bisogno di recarsi sul posto, evitando in questo modo spese di chiamata spesso notevoli).

⁶⁹ A tale proposito si può riportare l'esempio della persona che, recatasi fisicamente nel negozio di vendita di automobili di una determinata marca, scelto il modello e conosciuto il prezzo, tornava dal venditore dopo aver trovato su Internet altre 20 persone interessate alla stessa automobile, ottenendo in tal modo condizioni migliori per tutti (così NEGROPONTE M., intervento alla presentazione del sito *web* dell'A.I.G.A., svoltasi a Milano il 18 aprile 1997).

⁷⁰ Circa le modalità di pagamento *on line*, e i problemi indicati, relativamente ai quali il sistema della firma digitale apporterà notevoli utilità, si veda oltre nel testo.

⁷¹ In particolare quelli di CLARIZIA R., *Informatica e conclusione del contratto*, Giuffrè, Milano, 1985; PARISI F., *Il contratto concluso mediante computer*, Cedam, Padova, 1987, GIANNANANTONIO E., *I trasferimenti elettronici di fondi*, Giuffrè, Milano, 1986.

⁷² Grazie proprio alla caratteristica di Internet quale rete globale, su cui è possibile comunicare in tempo reale ovunque nel mondo.

esaminerà la disciplina relativa alla formazione del contratto nel sistema giuridico e nelle modalità tradizionali, per verificare l'adeguatezza o meno del primo a permettere l'instaurazione di un sistema di commercio elettronico valido non solo a livello economico, ma anche nell'ottica del diritto.

2.5.1 La conclusione del contratto su Internet

2.5.1.1 La disciplina della conclusione del contratto nel mondo "reale"

In particolare, per ciò che riguarda la formazione dell'accordo, il comma 1 dell'art. 1326 del codice civile afferma⁷³ che il contratto è concluso nel momento in cui chi ha fatto la proposta ha conoscenza dell'accettazione dell'altra parte: questa può essere poi costituita anche da un comportamento concludente dell'accettante (l'inizio di esecuzione del contratto, secondo il disposto dell'art. 1327 c.c.)⁷⁴.

Nel caso poi le parti "cambino idea", l'art. 1328 del codice civile prevede che sia ammissibile la revoca della proposta, fino a quando "il contratto non sia concluso", e quindi fino al momento in cui il proponente ha ricevuto l'accettazione, o meglio, ne ha avuto conoscenza; mentre quest'ultima può essere revocata soltanto se la revoca giunga al proponente prima della stessa.

A tale proposito, l'art. 1335 c.c. afferma che "la proposta, l'accettazione, la loro revoca e ogni altra dichiarazione diretta a una determinata persona si reputano conosciute nel momento in cui giungono all'indirizzo del destinatario". Nell'ipotesi di conclusione del contratto fra persone lontane, la norma citata dispone quindi una presunzione di effettiva conoscenza dipendente dal solo fatto dell'arrivo dell'accettazione all'indirizzo del destinatario. Lo stesso art. 1335 c.c. mitiga però la regola, consentendo al destinatario della comunicazione di provare "di essere stato, senza sua colpa, nell'impossibilità di averne notizia".

Altre norme da tenere in considerazione ai fini dell'argomento in esame sono l'art. 1336 e l'art. 1341 c.c. Il primo disciplina l'ipotesi dell'offerta al pubblico, proposta contrattuale che, pur essendo indirizzata ad un numero imprecisato di destinatari, è valida se contiene gli elementi essenziali del contratto che è diretta a concludere⁷⁵. La revoca di tale proposta, per essere efficace, deve essere fatta nel-

⁷³ Tale concezione è comune ai Paesi di famiglia continentale, o romano-germanica, come ad esempio l'Italia e la Francia, mentre per i Paesi di diritto comune, come il Regno Unito e gli U.S.A., oltre all'incontro di proposta ed accettazione, si richiedono anche altri requisiti (ad esempio una "valuable consideration", ossia una specie di "ragionevolezza", fondamento economico dell'accordo, assimilabile alla figura della "causa" del contratto nel diritto civile italiano). Elementi da tenere presenti nel momento in cui si instaurano relazioni commerciali con soggetti appartenenti ad ordinamenti giuridici diversi.

⁷⁴ Oltre all'art. 1326 c.c., ai fini della formazione dell'accordo rileva anche l'art. 1333 del codice, che disciplina l'ipotesi della conclusione del contratto con obbligazioni del solo proponente: in questo caso lo schema tipico relativo alla formazione dell'accordo (incontro tra una proposta e l'accettazione di tale proposta) viene modificato nell'incontro tra proposta e mancato rifiuto della stessa (modifica giustificata dal fatto che la prestazione sarà a favore dell'accettante, con obblighi solo a carico del proponente, e quindi si ritiene sufficiente il mancato rifiuto).

⁷⁵ Questa non deve essere confusa con un generico invito a trattare, volto proprio a sollecitare le proposte contrattuali da parte dei destinatari, la modalità in genere più comune, e meno rischiosa, che viene adottata su Internet.

le stesse forme (o simili) dell'offerta: altrimenti l'eventuale accettazione di chiunque abbia avuto conoscenza dell'offerta, ma non della revoca della stessa, è sufficiente per la conclusione del contratto. La seconda norma, l'art. 1341, disciplina invece l'ipotesi in cui il contratto sia stato predisposto solo da una delle parti, lasciando all'altra unicamente la possibilità di aderire all'accordo, senza trattare un contenuto diverso. Le condizioni generali di contratto sono valide solo se conosciute (o comunque conoscibili) dalla parte che aderisce: nel caso poi tali condizioni siano particolarmente "vessatorie" nei confronti di chi non ha potere di trattativa, la legge richiede un ulteriore requisito, quello della loro specifica sottoscrizione, requisito posto a garanzia della possibilità concessa all'aderente di ulteriore riflessione circa l'opportunità di accettare l'accordo contrattuale (art. 1341, comma 2)⁷⁶.

2.5.1.2 La conclusione dell'accordo on line: il contratto via e-mail e via web

Esaminati, seppur brevemente, gli aspetti di diritto positivo che disciplinano la conclusione del contratto, si può affermare che il sistema relativo all'incontro tra una proposta ed un'accettazione della stessa (schema tipico utilizzato nel "mondo reale") ben può applicarsi alle caratteristiche del computer, ed in particolare del computer in collegamento con la rete Internet, mezzo di comunicazione privilegiato. Occorre ora procedere nella descrizione di come concretamente avvenga la formazione dell'accordo in forma elettronica.

Un sistema informatico può, infatti, essere utilizzato per concludere contratti con diverse modalità ed in diversi contesti: può costituire fonte di cognizione di eventuali offerte, e quindi unicamente ausilio per la formazione della volontà contrattuale, oppure semplice mezzo trasmissivo di volontà contrattuali già formate, o ancora strumento che addirittura forma la volontà stessa⁷⁷.

Per quanto riguarda poi i diversi "ambienti" dei rapporti giuridici che si instaurano on line, questi possono anzitutto svolgersi all'interno di una comunità ristretta, ove la conoscenza reciproca dei soggetti che vi prendono parte e la loro quotidiana fami-

⁷⁶ Requisito posto a tutela della parte debole del rapporto contrattuale, ma che raramente ha svolto tale compito. Su tale materia è intervenuta la Comunità Europea con una specifica produzione, al fine di tutelare il consumatore, la cui manifestazione principale è stata la Direttiva 93/13/CEE, recepita nel nostro Paese con la legge 6 febbraio 1996, n. 52 (che ha introdotto gli artt. 1469 bis-1469 sexies nel codice civile, proprio a disciplina delle clausole vessatorie nel contratto tra professionista e consumatore): sul punto si veda LENER G., *La nuova disciplina delle clausole vessatorie nei contratti dei consumatori*, in *Il foro italiano*, 1996, pagg. 145-176; ALPA G., *I contratti dei consumatori. L'iter normativo degli artt. 1469 bis-sexies del codice civile*, SEAM Ed., Roma, 1997, pp. 7-152.

⁷⁷ In tal senso CLARIZIA R., *Informatica e conclusione del contratto*, Giuffrè, Milano, 1985; un altro autore aggiunge un'ulteriore ipotesi, quella dell'elaboratore come luogo di incontro delle volontà contrattuali, siano esse formate dallo stesso computer, oppure esternamente dall'uomo (così PARISI F., *Il contratto concluso mediante computer*, Cedam, Padova, 1987 p. 114). Inoltre si sono occupati dell'argomento, anche con riferimento ad Internet, GAMBINO A., *L'accordo telematico*, Giuffrè, Milano, 1997, e ALBERTINI L., *Osservazioni sulla conclusione del contratto mediante computers e sull'accettazione di un'offerta in Internet*, in *Giust. civ.*, 1997, II, p. 21 e ss.

liarità supplisce ai profili afferenti alla certezza del diritto⁷⁸. In secondo luogo, potrebbero però anche essere inseriti nel contesto di un numerosissimo pubblico, ad opera di pochi soggetti che si pongono come intermediari per una serie vastissima di transazioni, di solito di valore non rilevante⁷⁹. Infine, potrebbe intercorrere fra imprenditori non legati da stabili legami di affari, o comunque fra imprenditori e consumatori, che si incontrano telematicamente, per la prima e magari unica volta, giusto per concludere un solo affare, senza l'intervento di intermediari che assumano su di sé i rischi della transazione. Ed è questo lo scenario tipico dei contratti elettronici su Internet.

Con riferimento a tale tema, tra le diverse modalità in cui si è visto può essere utilizzato il computer, risulta dominante soprattutto quella che predilige l'aspetto trasmissivo (eventualmente completato da quello cognitivo): questo proprio a causa della già citata natura di mezzo privilegiato di comunicazione della Rete, nonché di elemento propulsivo del mercato del commercio elettronico. E, tra i vari servizi realizzabili tramite il collegamento mondiale delle varie reti telematiche, quelli che sono maggiormente utilizzati ai fini dello svolgimento del commercio elettronico sono la posta elettronica (*e-mail*) ed il c.d. *world wide web*⁸⁰.

Nel primo caso l'impresa grazie ad Internet contatta, appunto mediante la posta elettronica, in maniera mirata, altre imprese o consumatori, inviando loro una vera e propria offerta commerciale, ad esempio la proposta di acquisto di un determinato bene o servizio⁸¹; oppure, più opportunamente⁸², l'invito al destinatario di richiedere il

⁷⁸ Paradigma di tale scenario è il trasferimento di valuta fra banche, e comunque le varie applicazioni del commercio elettronico B2B (*business to business*): già in atto da tempo, per esso non si pongono particolari problemi di certezza e di sicurezza fra le parti, in quanto i soggetti coinvolti hanno una perfetta conoscenza reciproca, e tra l'altro preconstituita rispetto al "contatto" telematico (la difficoltà in questi casi potrebbe essere quella della limitazione dell'accesso a tali transazioni o a parte di esse, discorso che coinvolge più in generale la sicurezza informatica e telematica).

⁷⁹ Esempio è il sistema di pagamento tramite carte di credito. Avviato in un primo tempo come sistema di pagamento con supporto cartaceo (la ricevuta firmata dal cliente titolare della carta), si è progressivamente esteso anche a transazioni nelle quali non vi è necessità della sottoscrizione, quali le prenotazioni alberghiere o di spettacoli per *telex*, telefono o via *e-mail*, le vendite televisive con conferma d'ordine telefonico mediante semplice indicazione del nome del cliente, del numero della carta di credito e della sua scadenza. Si tratta di un ambito destinato ad ulteriore espansione con l'avvento delle cosiddette *smart card* ("carte intelligenti"), dotate di una capacità di immagazzinamento di dati paragonabile alla memoria di un piccolo computer ed in grado quindi di fornire molte più informazioni al lettore elettronico di quelle di una semplice carta tradizionale. Anche in questo caso sono minori i problemi di certezza e di sicurezza insiti nel sistema, questa volta per la presenza di un soggetto intermediario, l'imprenditore emittente la carta, il quale ammortizza gli inevitabili abusi sul grande numero di transazioni concluse, avuto riguardo anche al non elevato valore delle stesse.

⁸⁰ Sui servizi che si svolgono su Internet si veda il paragrafo 2.3.

⁸¹ Uno dei primi messaggi di questo genere, da parte di imprese italiane, che ho ricevuto nella mia attività su Internet è stata la proposta di acquistare a prezzo conveniente la soppressa calabrese: offerta che pare abbia avuto un grande successo nei Paesi del Sud-America.

⁸² L'invio di messaggi pubblicitari non richiesti è contrario alle regole del codice di autoregolamentazione ad osservanza spontanea adottato su Internet, chiamato *netiquette*. Non solo, ma recentemente la pratica del c.d. *spamming* ha iniziato ad avere le prime censure anche al di fuori del mondo virtuale

proprio catalogo o di visitare il proprio sito *web* (nel caso ne sia fornita), se interessato ad instaurare un rapporto commerciale con la stessa. Ai fini della conclusione del contratto, il destinatario viene a conoscenza della proposta dell'impresa nel momento in cui consulta la propria "cassetta postale elettronica", residente presso il *provider* che gli consente l'accesso ad Internet; oppure in un momento successivo, nell'eventualità in cui si rinvii la lettura dei messaggi acquisiti in seguito a tale consultazione. Una volta conosciuto il contenuto dell'offerta, e ritenendosi interessato alla conclusione, il destinatario può inviare la sua accettazione all'impresa proponente con le medesime modalità: il contratto è concluso quando questa ha conoscenza di tale messaggio.

La posta elettronica costituisce quindi un sistema valido per la formazione dell'accordo. Nel caso in cui si utilizzi l'altro servizio di Internet, il *world wide web*, il meccanismo è leggermente diverso. L'impresa, infatti, non disturberà il destinatario con messaggi *ad hoc* e nella sua casella postale elettronica⁸³, ma semplicemente metterà a disposizione di tutti gli utenti della Rete pagine informative sui propri prodotti, eventualmente contenenti anche vere e proprie offerte commerciali. Organizzato in questo modo il servizio, e rese il più possibile visibili tali pagine, l'impresa attenderà di essere contattata direttamente dal cliente⁸⁴; il quale, una volta lette le varie schermate informative contenenti le specifiche offerte, deciderà se concludere o

della Rete, ad opera di tribunali "reali". Per quanto riguarda poi il nostro Paese, il recente D.Lgs. 13 maggio 1998, n. 171 (recante "Disposizioni di tutela della vita privata nel settore delle telecomunicazioni, in attuazione della direttiva 97/66/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, ed in tema di attività giornalistica"), detta nel suo art. 10, anche se con riferimento a strumenti diversi dall'*e-mail*, la disciplina delle "chiamate indesiderate", disponendo al comma 1 che "l'uso di un sistema automatizzato di chiamata senza intervento di un operatore o del telex per scopi di invio di materiale pubblicitario o di vendita diretta, ovvero per il compimento di ricerche di mercato o di comunicazione commerciale interattiva, è consentito con il consenso espresso dell'abbonato"; mentre al comma 2 rinvia agli artt. 11 e 12 (sul consenso al trattamento dei propri dati) della legge 31 dicembre 1996, n. 675, in materia di tutela dei dati personali dell'individuo, nel caso vengano adottati mezzi tecnici diversi da quelli indicati al comma 1 (ipotesi che sembrerebbe più delle altre applicabile ai casi di invio di posta elettronica su Internet per finalità commerciali). Relativamente a tali argomenti si veda in Internet il numeroso materiale disponibile nei siti *web* agli indirizzi <http://www.law.com> e <http://www.cyber-law.com> entrambi consultati il 14 dicembre 2000, e si faccia riferimento al successivo par. 2.7.

⁸³ Ricordiamo infatti che oggi la casella postale elettronica assume sempre maggiore rilevanza, anche a livello giuridico. Infatti è presa in considerazione dal D.P.R. n. 513/1997, che definisce l'"indirizzo elettronico" come "l'identificatore di una risorsa fisica o logica in grado di ricevere e registrare documenti informatici" (art.1, lett. I), e che dedica alla trasmissione dei documenti attraverso posta elettronica un'apposita norma, l'art. 12 e, in parte, l'art. 13. Ma ancor prima è stata oggetto di una specifica disciplina con la legge 23 dicembre 1993, n. 547, in tema di criminalità informatica, che ha introdotto il concetto di "domicilio informatico", e specifiche norme relative alla sua inviolabilità (sul punto si veda GALDIERI P., *Teoria e pratica nell'interpretazione del reato informatico*, Giuffrè, Milano, 1997, pp. 113 e ss.).

⁸⁴ Da qui la necessità di rendere le proprie pagine il più accattivanti possibile, mediante soluzioni autonome, oppure affidando la propria visibilità alla pubblicità effettuata presso le pagine di altri operatori molto visitati, quindi con numerosi accessi: ad esempio quelle dei motori di ricerca, programmi ideati per svolgere ricerca e reperimento di informazioni nella enorme quantità di contenuti a disposizione su *web*. Sulla pubblicità su Internet si veda le informazioni contenute nell'interessante sito *web* all'indirizzo <http://www.webcom.com/~lewrose/> consultato il 19 dicembre 2000.

meno l'accordo: in caso affermativo utilizzerà la Rete stessa, mediante in genere la compilazione di un determinato modulo, ed il suo invio direttamente dallo stesso sito *web*, oppure successivamente con un autonomo messaggio *e-mail*.

Anche il *world wide web* costituisce quindi un mezzo valido per giungere alla formazione dell'accordo.

Occorre ora verificare se questa efficacia dello strumento, che permette quindi di replicare *on line* lo schema tipico di proposta ed accettazione richiesto dal diritto positivo per la conclusione del contratto, corrisponda ad una validità giuridica del *media*, assimilabile ai requisiti richiesti per le modalità tradizionali.

2.5.2 Principali problemi giuridici del contratto *on line*

Le principali difficoltà che si incontrano nel conferire un fondamento giuridico a queste nuove forme di contrattazione possono essere diretta conseguenza delle caratteristiche proprie di Internet, oppure in genere dipendenti dalle specifiche "elettroniche" delle modalità di conclusione.

Dal primo punto di vista, la peculiarità della Rete di non essere collegata ad un determinato luogo fisico, la sua non territorialità, solleva il problema di stabilire quale legge applicare a disciplina degli accordi conclusi, ed in particolare, per il tema che qui interessa, delle modalità della loro conclusione.

Dal secondo punto di vista, le difficoltà dipendenti dalla conclusione "elettronica" del negozio, una volta individuato l'ordinamento giuridico da tenere in considerazione, impongono di verificare se la disciplina esistente, probabilmente dettata per i contratti stipulati con mezzi e forme tradizionali, può applicarsi anche ai nuovi strumenti, o come debba essere adattata a tali fini: si pensi, ad esempio, alle difficoltà nell'adeguare le norme codicistiche in tema di accordo delle parti (artt. 1326 e ss. del codice civile), o quelle relative ai vizi della volontà; si pensi ancora al problema relativo alla sicurezza dell'identità dei contraenti, della loro volontà di concludere il contratto e della non ripudiabilità della dichiarazione di tale volontà; oltre a quello, correlato, circa l'adeguatezza o meno delle dichiarazioni elettroniche delle parti a rispettare i requisiti di forma richiesti in diverse fattispecie dalla legge⁸⁵. Tutti problemi risolti in passato, anche se a livello teorico, dalla dottrina particolarmente attenta alle nuove tecnologie, sulla base di interpretazioni talvolta "audaci" del diritto positivo; tutti problemi oggi risolvibili, come si vedrà nei prossimi paragrafi, grazie ad una specifica produzione del legislatore del nostro Paese, e quindi in seguito all'introduzione del sistema della firma digitale per dare validità giuridica ai documenti elettronici.

⁸⁵ Come ad esempio nel caso, disciplinato dall'art. 1350 c.c., di compravendita di beni immobili o mobili registrati, per cui si richiede la forma scritta (atto pubblico o scrittura privata) a pena di nullità, oppure in quello, previsto dall'art. 2657 c.c., del titolo per eseguire quella particolare forma di pubblicità-notizia che è la trascrizione (che può essere solo una sentenza, un atto pubblico o una scrittura privata autenticata o accertata giudizialmente): tutte fattispecie in cui è difficile ipotizzare la legittimità del documento informatico quale autonomo requisito di forma (almeno prima dell'entrata in vigore del sistema di firma digitale di cui si parlerà oltre nel testo).

Ma occorre innanzitutto verificare quale sistema di norme debba applicarsi al contratto concluso in un "non-luogo" come il *cyberspazio* di Internet: e verificare quindi come è stata risolta una delle principali difficoltà per lo sviluppo del commercio elettronico sulla Rete, quella relativa ai mezzi di pagamento. Successivamente, e prendendo in considerazione l'ordinamento italiano, si verificherà se e come debbano essere adattate le norme del codice civile ai contratti elettronici.

2.5.2.1 La legge applicabile ad Internet

Diverse sono state le teorie che hanno tentato di risolvere il problema della disciplina da applicare al nuovo *media*, al fine di superare alcune delle difficoltà che esso solleva in settori dell'attività umana di rilevante importanza economica: si pensi non solo al commercio elettronico, ma anche al tema della proprietà intellettuale, quello dei reati compiuti attraverso o sulla Rete, quello della responsabilità civile degli operatori telematici.

Le posizioni sulla materia sono state le più diverse. Così, da quelle maggiormente anarchiche che, vedendo Internet come la realizzazione della totale libertà di espressione, considerano la migliore disciplina applicabile quella di nessuna disciplina; a quelle che mitigano questa posizione cercando nell'autodisciplina degli operatori del settore la soluzione del problema, in particolare proprio con riferimento alla c.d. *netiquette*⁸⁶; da quelle di coloro che, trovando profonde analogie tra la situazione creata da Internet con quella disciplinata dalla *lex mercatoria*, tendono a scegliere tale sistema regolamentare speciale, dettato per i contratti del commercio internazionale, al fine di disciplinare le nuove situazioni giuridiche; a quelle, infine, di coloro che ritengono necessaria allo stesso fine l'adozione di nuove regole uniformi applicabili a livello internazionale, magari attraverso l'adesione a specifici accordi fra Stati. Senza tralasciare la posizione di quegli autori che in ogni caso considerano applicabile il diritto positivo anche al mondo "virtuale" di Internet, certamente con gli opportuni adattamenti, e sulla base di un'elevata conoscenza del fenomeno da disciplinare.

Nell'attesa dell'affermazione di uno o più dei criteri indicati, molto è lasciato al lavoro dell'interprete⁸⁷. In tale ambito, ed allo scopo di risolvere il problema della legge applicabile alle transazioni commerciali che si svolgono su Internet, occorre

⁸⁶ La principale perplessità che sollevano le norme a formazione spontanea che costituiscono la c.d. *netiquette* riguardano soprattutto la carenza di un sistema sanzionatorio efficace. Nonostante ciò, le più recenti tendenze relative alla disciplina della Rete stanno sempre più percorrendo la strada dell'autoregolamentazione, anche se non più nella forma della "romantica" ma poco efficace *netiquette*; si considera infatti strumento valido a tal fine la predisposizione di codici deontologici da parte degli stessi operatori del settore, come gli *Internet provider* (la regolamentazione della Rete deve cioè venire da "dentro" la Rete stessa: così DYSON E., *Release 2.0*, cit., p. 74).

⁸⁷ Sul punto vedi gli scritti di BALLARINO T., *op. ult. cit.*, pp. 102-122 e 136, CERINA P., *Legge applicabile e foro competente nella disciplina in Internet*, intervento al convegno *Gli aspetti legali del commercio elettronico*, tenuto a Milano il 17 dicembre 1998, ed il mio intervento dal titolo *La Rete Internet ed i problemi di legge applicabile*, alla conferenza "Cyberlaw" tenuta a Roma il 9 luglio del 1998.

distinguere fra i rapporti che si creano tra soggetti appartenenti allo stesso ordinamento giuridico, da quelli instaurati tra soggetti di ordinamenti giuridici diversi⁸⁸.

a) *La legge applicabile ai contratti conclusi attraverso Internet da soggetti di ordinamenti giuridici diversi*

Le caratteristiche proprie del mercato del commercio elettronico, esposte all'inizio del presente capitolo, la sua globalità, rendono frequente l'instaurarsi di rapporti commerciali soggetti alla disciplina di diversi sistemi di regole giuridiche. E proprio in questo ambito si creano forse i problemi più rilevanti, non solo a livello teorico, ma anche circa la effettività pratica delle diverse soluzioni che si possono ipotizzare⁸⁹.

Rimanendo nell'ambito dell'argomento trattato nel presente paragrafo, e rilevando comunque la necessità di specifiche produzioni atte a disciplinare l'ipotesi in esame, soprattutto con riferimento a fattispecie particolari (tra queste sicuramente il già indicato problema della tutela della proprietà intellettuale *on line*), si può procedere a risolvere la questione relativa alla disciplina applicabile grazie alle esistenti norme di diritto internazionale privato: ed in particolare di quelle della Convenzione di Roma 19 giugno 1980, sulla legge applicabile alle obbligazioni contrattuali⁹⁰, e di

⁸⁸ Anche se tecnicamente la possibilità di conoscenza dell'appartenenza di un determinato contatto telematico ad un Paese non è così certa, si può in ogni caso procedere in questa teorizzazione, sia perché comunque la maggioranza dei messaggi provengono da persone individuate o individuabili geograficamente anche a livello tecnico, sia perché sarà lo stesso evolversi del rapporto tra i soggetti a consentire l'accertamento dell'appartenenza allo stesso o ad un diverso sistema giuridico (magari in base all'indicazione del luogo dove consegnare il determinato bene, oppure grazie alla specificazione del numero di carta di credito al fine del pagamento dello stesso).

⁸⁹ Si pensi ad esempio al problema della tutela della proprietà intellettuale sulla Rete, soprattutto se l'attività di riproduzione illecita di materiale protetto avviene in un Paese sprovvisto di normativa in tal senso, e da questo diffuso poi su Internet: sul punto si veda NIVARRA, *Le opere multimediali su Internet*, e MANSANI, *La protezione dei database in Internet*, entrambi interventi al Convegno di Pavia del 4-5 ottobre 1996 dal titolo "Internet: profili giuridici", pubblicato in AIDA, V, 1996, Giuffrè, Milano, rispettivamente p. 131 e p. 149; si veda poi SPADA, P., "La proprietà intellettuale in Internet", cit. A proposito del problema dell'effettività delle soluzioni giuridiche sulla Rete si veda come esempio la vicenda del *Communications Decency Act*, legge emanata dagli U.S.A. per impedire la diffusione di materiale indecente su Internet (impedendo la distribuzione telematica nel territorio degli Stati Uniti di tale materiale): immediatamente resa inutile di fatto dalla possibilità di consultare siti di altri Paesi contenenti lo stesso materiale vietato, e poi dichiarata incostituzionale per contrarietà all'emendamento della Costituzione americana dai giudici dello stesso Paese (sul C.D.A. si veda il materiale disponibile su Internet agli indirizzi <http://www.cdt.org/speech/cda.html> e <http://www.aclu.org/court/renovacludec.html> consultati il 15 dicembre 2000, e la sentenza della Corte Federale della Pennsylvania 11 giugno 1996 su *Dir. Inf. Inf.*, 1996, p. 640, con nota di ZENO ZENCOVICH V).

⁹⁰ Il contratto sarà allora regolato dall'ordinamento scelto dalle parti (art. 3); se tale legge non è stata scelta, si applicherà quella dello Stato con il quale presenta il collegamento più stretto (art. 4). Nel caso in cui il contratto sia poi stipulato con un consumatore, prevale la regola che, nell'ipotesi prevista dall'art. 3, la scelta delle parti non può privare lo stesso della tutela garantita dalle norme imperative del Paese nel quale risiede abitualmente; in quella dell'art. 4, prevale la legge del Paese nel quale il consumatore ha la sua residenza abituale. Sul punto si veda BENEDETTELLI MASSIMO V., "La legge regolatrice delle obbligazioni contrattuali tra Convenzione di Roma e diritto internazionale privato comune" in *Diritto del commercio internazionale*, 1996, pagg. 715-769.

quelle della Convenzione di Vienna 11 aprile 1980, sulle vendite internazionali di beni mobili⁹¹.

In base a tale sistema di norme è possibile quindi ricondurre la specifica fattispecie "virtuale" nell'alveo di un determinato sistema giuridico⁹², ipotesi che quindi si può ricondurre a quella in cui fin dall'inizio i soggetti stipulanti appartengono allo stesso ordinamento.

b) *La legge applicabile ai contratti conclusi attraverso Internet da soggetti dello stesso ordinamento giuridico*

In questo caso, al regolamento di interessi stipulato grazie alla Rete, si applica la normativa del determinato Paese di appartenenza dei soggetti, nonostante che il rapporto si instauri e si svolga attraverso il mondo virtuale di Internet.

Così, ad esempio, nel caso di una vendita di beni tra Stati appartenenti agli U.S.A., il contratto sarà disciplinato dall'*Uniform Commercial Code*; mentre per la prestazione di servizi o per altro genere di transazioni, dalle regole della *common law*, che da tempo hanno accettato e spesso previsto espressamente la possibilità dei contratti telematici.

Nel nostro Paese invece si applicheranno gli artt. 1321 e seguenti del codice civile, nel senso già in parte chiarito nei precedenti paragrafi dedicati all'esame sintetico della disciplina della conclusione del contratto, e che comunque si procede ora ad analizzare più specificamente⁹³, dopo però aver esaminato un'altra difficoltà che incontra il commercio elettronico su Internet, quella relativa ai sistemi di pagamento.

⁹¹ Secondo tale fonte, che fornisce una sua disciplina alla fattispecie a prescindere dalla legge applicabile, il contratto di vendita non è soggetto a condizioni di forma (art. 11, e quindi può essere redatto anche in forma elettronica), mentre viene scelta, con riferimento al momento della conclusione del contratto, la teoria della cognizione rispetto alla proposta contrattuale (e grava quindi sul proponente il rischio della perdita della propria dichiarazione durante la trasmissione), quella della ricezione relativamente all'accettazione che fa nascere il contratto (art. 15). Sulla Convenzione di Vienna si veda PATTI S., "Convenzione di Vienna sui contratti di vendita internazionale di beni mobili. L. 11 dicembre 1985, n. 765 (commento art. 11 e 12)" in *Nuove (le) leggi civili commentate* pp. 44-49; RUBINO L., "Convenzione di Vienna sui contratti di vendita internazionale di beni mobili. L. 11 dicembre 1985, n. 765 (commento artt. 15 e 16), in *Nuove (le) leggi civili commentate* pp. 53-71; LIGUORI F., "La Convenzione di Vienna sulla vendita internazionale di beni mobili nella pratica: un'analisi critica delle prime cento decisioni", in *Il foro italiano*, 1996, pt. 4, pagg. 145-184.

⁹² A parte ed oltre tale modalità di soluzione, si pone poi la possibilità di prevenire il momento di conflitto, attraverso alcuni accorgimenti a livello tecnico-informativo, come le lettere di commercio elettronico o i *disclaimer* in apertura del sito *web* contenente offerte commerciali, su cui si veda CIACCI G., "I contratti del commercio elettronico", cit., p. 29 e oltre, al paragrafo 2.6.2.

⁹³ Devono ricordarsi anche il D.Lgs. 15 gennaio 1992, n. 50, che disciplina la tutela dei consumatori per i contratti conclusi fuori dei locali commerciali, e la Direttiva 97/7/CE del 20 maggio 1997, riguardante la protezione dei consumatori in materia di contratti a distanza, recepita in Italia con il D.Lgs. 22 maggio 1999, n. 185. Tale ultima fonte risulta di particolare interesse perché prevede proprio la possibilità di concludere contratti attraverso la *e-mail*, e quindi si applicherà alla fattispecie in esame. Essenzialmente sono tre i capisaldi della disciplina introdotta: l'onere per il venditore di provvedere ad una maggiore informazione del consumatore, il diritto di recesso in capo allo stesso, l'onere della prova in caso di controversie gravante sul fornitore. Relativamente alla direttiva si veda ALPA G., *La nuova Direttiva 97/7/CE del 20 maggio 1997, riguardante la protezione dei consumatori in materia di contratti a distanza*, atti del convegno *I contratti elettronici negoziati a distanza*, Milano, 5 novembre 1997; sul D.Lgs. n. 185/1999 si può fare riferimento ad ALPA G., *Tutela del consumatore. Contratti a distanza. Prime considerazioni*, in *I Contratti*, 1999, pp. 845-852, TORRIELLO F., *La protezione dell'acquiren-*

2.5.2.2 Le modalità di pagamento nei contratti conclusi su Internet

Uno dei problemi maggiormente avvertiti nell'ambito prettamente "commerciale" della Rete riguarda l'adempimento dell'obbligazione di pagamento del prezzo di un determinato bene o servizio acquistato per via telematica⁹⁴. Materia che rientra nel più generale tema dei trasferimenti elettronici di fondi, differenziandosi per la sempre maggiore diffusione e per l'ampio numero di utenti⁹⁵.

Inizialmente, nell'ambito delle prime applicazioni commerciali su Internet, il pagamento avveniva attraverso modalità esterne al circuito telematico, ad esempio tramite bonifico bancario: ma lo sviluppo del commercio sulla Rete non poteva avere seguito con un mezzo così tradizionale e lento. Così, per rispondere a tali esigenze di celerità, si è sviluppato il pagamento attraverso carta di credito, dove l'acquirente comunicava al fornitore il numero della sua carta, attraverso lettera o mediante una comunicazione telefonica. Anche in questo caso la commistione tra tradizione e progresso rallentava notevolmente la velocità e la diffusione degli scambi commerciali su Internet; senza trascurare i seri problemi di sicurezza nel caso in cui i dati della carta fossero comunicati attraverso la stessa Rete, sottoponendo il titolare ai rischi legati alla pirateria informatica⁹⁶.

Da qui l'apparizione di una seconda generazione di mezzi di pagamento su Internet,

te a distanza, in *Corr. giur.*, 1999, p. 1066. Grande rilevanza infine riveste la disciplina della firma digitale, D.P.R. 513/1997, che prevede espressamente i contratti conclusi in forma elettronica, e in genere l'uso dei nuovi strumenti a tal fine, come si vedrà oltre nel testo.

⁹⁴ Sul punto si veda HANCE O., *Internet e la legge*, Mc Graw Hill, 1997, p. 165, FINOCCHIARO G., *Il problema dei mezzi di pagamento*, in AA. VV., *I problemi giuridici di Internet*, Giuffrè, Milano, 1999, p. 120, CIACCI G., *Strumenti di pagamento on line e l'e-cash*, atti del convegno *Documento informatico, firma digitale e commercio elettronico*, Camerino, 29-30 ottobre 1999, in corso di pubblicazione. Sul web di Internet si può poi consultare il materiale contenuto nel sito della Digicash all'indirizzo <http://www.digicash.com> visitato il 7 dicembre 2000.

⁹⁵ Sul trasferimento elettronico di fondi (E.F.T.) si veda in dottrina BORRUSO R., *Computer e diritto-Vol II*, Giuffrè, Milano, 1988, pag. 274 ss., GIANNANTONIO E., *Trasferimenti elettronici di fondi e autonomia privata*, Giuffrè, Milano, 1986, pp. 3-187, TROJANI F., *Trasferimenti elettronici di fondi e moneta elettronica*, in *Informatica ed enti locali*, Maggioli, 1995, 4, p. 54 e ss., DEVESCOVI F., *Titoli di credito e informatica*, CEDAM, 1991, pp. 1-375; NUVOLONE P., *La trasmissione elettronica di fondi e la tutela dell'utente*, in *Diritto dell'informazione e dell'informatica*, n.2, 1988, Giuffrè, Milano, p. 593 ss.

⁹⁶ In ogni caso mai così rilevanti rispetto a quanto denunciato, in genere con toni eccessivamente allarmistici, dalla stampa: si tenga presente che le intercettazioni dei messaggi di posta su Internet non sono di fatto così facili (tra l'altro si calcola che circolino 4.000 e-mail al secondo, rendendo quindi di difficile intercettazione proprio il messaggio contenente il numero di carta di credito), e comunque le eventuali truffe non sono certo superiori a quelle che si verificano al di fuori del circuito telematico (oltretutto molto più facili). A tale proposito Roberto Dadda, del Banco Ambrosiano Veneto, nel suo intervento all'*Alta Vista World Convention '98* nell'ambito del *Futurshow 1998* (riportato da FERRARI ROLLI M., *Sviluppo e futuro del commercio elettronico*, 3 aprile 1998, consultabile su [Repubblica.it](http://www.repubblica.it/online/speciale/futur4/futur4/futur4.html) all'indirizzo <http://www.repubblica.it/online/speciale/futur4/futur4/futur4.html>) afferma che "la pericolosità di Internet è un luogo comune da smentire", e riporta una serie di statistiche che evidenziano come le "perdite" di denaro in Rete siano inferiori sia all'uso della carta di credito nelle modalità tradizionali, sia all'uso del cellulare (1 dollaro ogni mille di media contro 2 ogni mille per le carte di credito e addirittura 46 per i telefoni cellulari).

quelli attraverso il c.d. "intermediario elettronico". Ne costituisce esempio il sistema della *First Virtual Holding Incorporated*, intermediario tra acquirenti e venditori di beni e servizi, che però presuppone, per poter funzionare correttamente, che entrambi i soggetti abbiano già stipulato un contratto con *First Virtual*. L'utente, concluso tale accordo, comunica per telefono o fax il proprio numero di conto e le coordinate della propria carta di credito; riceve quindi un codice, il c.d. *Virtual PIN*, che consente di identificarlo nelle sue future transazioni sulla Rete. *First Virtual* coordina il sistema, per la verità ancora un po' troppo macchinoso, e trattiene una commissione sulle transazioni.

Si segnala quindi una terza generazione di mezzi di pagamento su Internet, la c.d. *moneta virtuale (E-money)*. Un titolare di conto presso una banca "compra" dei *cyberdollars* attraverso il proprio conto ed il denaro "reale": è il "borsellino elettronico" dei sistemi *Digicash*, *Mondex*, *E-cash*. La banca soddisfa la richiesta del suo correntista e, grazie a specifici *software*, trasferisce sul suo computer la somma elettronica, che verrà spesa, a scalare, presso commercianti che accettano questo sistema di pagamento.

Relativamente ai mezzi di pagamento nei contratti conclusi su Internet, ed in particolare alla sicurezza degli stessi, soprattutto con riferimento alle ultime due generazioni esaminate, il sistema della firma digitale a chiavi asimmetriche, come si vedrà oltre, permetterà di risolvere i problemi esposti con modalità estremamente semplici.

2.5.3 Applicabilità della disciplina del contratto agli accordi on line

Individuata la legge applicabile al contratto elettronico stipulato attraverso la Rete (o perché i mezzi offerti dal diritto internazionale privato hanno reso possibile collegare la fattispecie concreta ad un determinato ordinamento giuridico, oppure perché le parti appartengono allo stesso Paese), occorre ora verificare se e come le norme del diritto civile di quel determinato Paese si applichino all'accordo stipulato *on line*. In particolare si prenderà in considerazione l'ipotesi che il sistema giuridico individuato sia quello italiano.

Verranno quindi ora esaminati alcuni degli istituti tradizionali del diritto dei contratti, verificando la loro applicabilità al sistema di conclusione di accordi attraverso la posta elettronica o il web di Internet.

2.5.3.1 La formazione del contratto: applicabilità delle disposizioni sull'accordo delle parti

In particolare a tale proposito si ricordano innanzitutto gli artt. 1326 e 1335 c.c., che nella formulazione originaria del legislatore non prevedevano chiaramente l'ipotesi dell'invio della proposta e dell'accettazione mediante la posta elettronica o il web, ma facevano riferimento a mezzi di spedizione che al massimo potevano avere modalità e tempi quali quelli del telegramma. La posta elettronica è uno strumento sicuramente diverso e particolare, in quanto è caratterizzato dalla quasi identità del momento di spedizione con quello dell'arrivo⁹⁷. Ma, come si è già visto, può essere

⁹⁷ Tecnicamente questa affermazione non è precisa: infatti la "consegna elettronica" di un messaggio e-mail non è veramente in tempo reale, immediata. In realtà trascorre sicuramente uno spazio tempora-

utilizzata validamente sia per scambiare le dichiarazioni necessarie alla formazione dell'accordo, e quindi per inviare proposta e accettazione, sia per aderire ad un'offerta al pubblico (art. 1336 c.c.), oppure per rispondere ad un generico invito a trattare, formulati attraverso i servizi informativi del *Web*⁹⁸, o direttamente attraverso la stessa *e-mail*.

Per quanto in particolare attiene alla disciplina della revoca delle dichiarazioni delle parti, la peculiarità del sistema attraverso la posta elettronica induce a negare l'applicabilità del comma 2 dell'art. 1328 c.c., in quanto prevede una fattispecie, la revoca dell'accettazione, che appare di difficile realizzabilità data l'impossibilità di far pervenire la revoca prima dell'accettazione già trasmessa: infatti, se anche i messaggi inviati non vengano scaricati immediatamente dalla parte, quando verrà compiuta tale operazione saranno accodati in ordine cronologico, e quindi presumibilmente sarà letta prima la *e-mail* con l'accettazione⁹⁹. Resta salva, invece, la possibilità della revoca da parte del proponente che, secondo il comma 1 dell'art. 1328 c.c., può avvenire finché il contratto non sia concluso, cioè fino al momento in cui lo stesso proponente non abbia avuto conoscenza dell'accettazione dell'altra parte.

Ulteriore particolarità che si verifica in tale ipotesi è, allo stato attuale, l'impossibilità di acquisire la certezza dell'identità dei soggetti presenti nella "piazza telematica" realizzata dai computer collegati ad Internet. Non è cioè possibile essere certi che una determinata proposta, o una determinata accettazione, non venga predisposta e inviata da altra persona rispetto alla propria controparte. Secondo alcuni tale problema, a parte una sua soluzione a livello tecnico (automatica nel momento in

le talvolta significativo tra la spedizione del messaggio e la sua ricezione nella casella postale del destinatario. Oltre al rilievo circa la possibilità che quest'ultimo non consulti la sua casella con continuità. Ma, con riferimento a tale ultimo rilievo, e considerando anche la sempre maggiore importanza assunta dall'indirizzo elettronico (si veda a tale proposito l'art. 1, lett. J), del D.P.R. n. 513/1997, che ne riporta la definizione, e l'art. 12 in materia di efficacia da attribuire alla trasmissione dei documenti elettronici), si potrebbe configurare a tale proposito un onere di consultazione, in particolare per colui che sceglie di operare con rilevanza economica in Rete. Mentre per la prima considerazione tecnica, si può tenere presente che comunque è l'operazione di trasferimento dei messaggi sul proprio computer collegato al fornitore del servizio di posta elettronica ad essere rilevante, come si specifica oltre nel testo.

⁹⁸ Una pagina pubblicata sul *web* di Internet è assimilabile ad una qualsiasi pagina di un giornale "tradizionale", in particolare in quei siti con finalità editoriali-informative (sul punto si veda ZENO ZENCOVICH V., *La pretesa estensione alla telematica del regime della stampa: note critiche*, in *Dir. Inf. Inf.*, 1998, pp. 15-28, l'ordinanza del Tribunale di Teramo 11 dicembre 1997, con nota di COSTANZO P., *Libertà di manifestazione del pensiero e "pubblicazione" in Internet*, in *Dir. Inf. Inf.*, 1998, pp. 372-378 e l'ordinanza del Tribunale di Bari del 11 giugno 1998, in *Interlex*, all'indirizzo <http://www.interlex.com/testi/or980611.htm> consultato il 15 dicembre 2000). Eventuali listini o pubblicità di prodotti in essa pubblicati possono costituire quindi un'offerta al pubblico ex art. 1336 c.c., la cui revoca è possibile se è fatta nella stessa forma dell'offerta, ed è efficace "anche in confronto di chi non ne ha avuto notizia". Spesso su Internet vengono però adottate formule che rendono tale offerta un più cauto e generico invito a trattare.

⁹⁹ Tranne poi comprendere come valutare l'ipotesi in cui il programma di posta elettronica permetta di capire dal campo "subject" il contenuto della singola *mail*, e quindi acquisire che il secondo messaggio contiene la revoca del primo.

cui verranno adottati sistema di firma elettronica dei documenti a rilevanza giuridica) o di metodo pratico di conclusione¹⁰⁰, può essere superato mediante l'adozione di un principio di autoreponsabilità per colui che sceglie di svolgere la sua attività in forma telematica: così, si reputerebbe responsabile della dichiarazione inviata attraverso uno specifico *account* di Internet il titolare di tale *account* a prescindere da chi lo usa effettivamente, a meno che non dimostri di esserne stato privato senza sua colpa¹⁰¹. Nel caso poi il messaggio venga inoltrato in modo tale da far perdere le informazioni relativamente al mittente (attraverso i c.d. *anonymous remailer*, su cui vedi oltre), il "commerciante elettronico" ben può rifiutarsi di intraprendere la trattativa, e quindi risolvere in questo modo il problema.

2.5.3.2 Le condizioni generali di contratto (artt. 1341 e 1342 c.c.)

Come si è detto, anche su Internet è possibile stipulare un contratto attraverso moduli o formulari elettronici che contengano condizioni generali di contratto (ipotesi disciplinate, nelle fattispecie tradizionali, dagli artt. 1341 e 1342 c.c.). Anzi, si può affermare che è la modalità maggiormente utilizzata.

Per quanto attiene all'applicabilità dell'art. 1342 c.c., in materia di contratto concluso mediante moduli e formulari, non si presentano particolari problemi in conseguenza della specifica "telematica" del mezzo trasmissivo, se non dove viene previsto che "le clausole aggiunte al modulo o al formulario prevalgono su quelle del modulo o formulario qualora siano incompatibili con esse". La particolarità dei formulari elettronici rispetto a quelli tradizionali è costituita dal fatto che in essi è impossibile distinguere le clausole del formulario da quelle aggiunte, che vanno a sostituire le prime automaticamente, a meno che non vengano utilizzati particolari accorgimenti (certamente non comuni) idonei a contraddistinguerle¹⁰².

Anche per quanto riguarda il comma 1 dell'art. 1341 c.c. non sembra doversi rilevare alcun ostacolo alla sua applicabilità. Le condizioni generali di contratto predisposte su supporto cartaceo non offrono elementi di conoscibilità maggiori di un contratto da concludersi tramite un collegamento su Internet¹⁰³. Infatti nella pratica è sempre garantita la conoscibilità, e quasi sempre è assicurata la effettiva conoscenza attraverso la necessaria comparsa di tutte le condizioni generali di contratto sullo schermo del contraente.

¹⁰⁰ Su cui si veda oltre il paragrafo 2.6.

¹⁰¹ Così CLARIZIA R., *Il contratto concluso mediante computer*, cit., p. 125, e con riferimento al contratto concluso dal minore con l'*account* dei propri genitori, le norme di diritto contrattuale francese e statunitense in materia, che obbligano in ogni caso il titolare dello stesso, su cui si veda HANCE O., *op. cit.*, p. 124. E una specie di principio di autoreponsabilità è stato adottato anche nel D.P.R. n. 513/1997, la legge che ha introdotto il sistema di firma digitale nel nostro Paese, nel momento in cui si è rivestita di grande importanza la chiave privata di un determinato soggetto: quindi considerando non già l'*account*, quanto la firma digitale dello stesso. Ma su questo punto si veda oltre nel testo.

¹⁰² Occorre rilevare comunque che raramente è prevista la possibilità di aggiungere una clausola, ma ci si limita a richiedere l'accettazione di un modulo già predisposto ed immodificabile: quindi in genere non sorgono problemi in merito.

¹⁰³ Per un'opinione diversa, anche se non riferita alla realtà di Internet, si veda PARISI F., *Il contratto concluso mediante computer*, CEDAM, Padova, 1987, p. 49.

Il maggiore problema sembra essere invece costituito dall'applicabilità del comma 2 dell'art. 1341 c.c., inerente alle clausole vessatorie, al contratto "elettronico"¹⁰⁴. Alcuni autori affermano che "mentre l'ulteriore sottoscrizione viene chiaramente a distinguersi da quella precedentemente apposta in calce alle condizioni generali, non è possibile ugualmente evidenziare nel documento elettronico l'ulteriore approvazione delle clausole vessatorie in maniera autonoma, evidente e diversa rispetto a quella utilizzata per l'identificazione del soggetto dichiarante"¹⁰⁵. Di conseguenza, secondo tale dottrina, si deve negare la possibilità di soddisfare l'esigenza sostanziale che la norma vuole tutelare, e quindi la configurabilità della conclusione del contratto con le modalità previste dall'art. 1341 c.c., salvo alcune ipotesi¹⁰⁶. Così, le clausole vessatorie contenute in un contratto telematico, a meno di prevedere strumenti cartacei tradizionali da accompagnare (come minimo) a quelli elettronici, dovrebbero essere considerate nulle.

Ma in realtà, se si presta attenzione all'effettiva finalità del sistema introdotto dall'art. 1341, comma 2, alle sue ragioni sostanziali alla luce anche della più recente produzione normativa, e se si tengono in considerazione le peculiari modalità introdotte dai nuovi strumenti, si deve giungere a conclusioni diverse: e questo anche a prescindere dall'innovativo sistema della firma digitale. Secondo la giurisprudenza, infatti, la specifica approvazione delle clausole vessatorie vuole garantire che l'adrente sia stato posto in grado di conoscere dette clausole, e che quindi su di esse sia stata richiamata la sua attenzione¹⁰⁷. E in tale prospettiva si pone anche la dottrina prevalente¹⁰⁸.

Anche nell'ambito delle applicazioni elettroniche tale esigenza potrebbe essere pienamente soddisfatta qualora sia previsto che necessariamente il sistema porti a conoscenza dell'utente le eventuali clausole vessatorie, sottoponendole alla sua attenzione. La realizzazione di tutto ciò potrebbe avvenire con diverse modalità:

¹⁰⁴ A proposito di clausole vessatorie, deve tenersi presente la nuova disciplina introdotta dalla legge 6 febbraio 1996, n. 52, emanata in attuazione della direttiva 93/13/CEE: l'inserimento dei cinque articoli (da 1469 bis a 1469 sexies) nel codice civile, in esecuzione dell'art. 25 della legge n. 52, ha previsto, in materia di contratti tra professionista e consumatore, numerose altre ipotesi di clausole abusive, considerandole nulle (sul punto si veda ALPA G., *I contratti dei consumatori. L'iter normativo degli artt. 1469 bis-sexies del codice civile*, SEAM Ed., Roma, 1997, pp. 7-152).

¹⁰⁵ CLARIZIA R., *Informatica e conclusione del contratto*, Giuffrè, Milano, 1985, pag. 157.

¹⁰⁶ Si fa riferimento alle ipotesi nelle quali non è richiesta la specifica approvazione (quando la clausola vessatoria è stata negoziata dalle parti o da contrapposte associazioni di categoria, oppure quando la stipulazione avvenga per atto pubblico, ipotesi quest'ultima difficilmente realizzabile nei contratti telematici, almeno fino all'entrata in vigore del sistema della firma digitale), oppure a quelle nelle quali le condizioni generali rinviando ad un atto a parte nel quale siano riportate le clausole vessatorie con la specifica approvazione (negozi per *relationem*).

¹⁰⁷ "Il legislatore ha richiesto la specifica approvazione per iscritto delle clausole onerose da parte dell'accettante, in modo che risulti certo che quest'ultimo abbia preso effettiva conoscenza delle clausole stesse e che quindi l'accettazione di esse sia stata cosciente e volontaria" (Cassazione 12 settembre 1970, n. 1412, in *Foro italiano*, 1970, I, 2391).

¹⁰⁸ Così tra gli altri GENOVESE, *Condizioni generali di contratto*, in *Enciclopedia del Diritto*, e BIANCA C.M., *Diritto Civile, III, Il contratto*, Giuffrè, Milano, 1987, p. 359.

ad esempio, prevedendo l'apparizione delle stesse sul video del terminale magari con schermate successive e forme particolarmente chiare, e richiedendo, alla fine del testo, la loro approvazione mediante uno specifico "click" del mouse, necessario per poter proseguire nella visualizzazione delle pagine successive¹⁰⁹. In seguito all'introduzione del sistema della firma digitale, ad opera del D.P.R. n. 513/1997, si può poi anche immaginare una forma di "specificata approvazione" legata all'apposizione della sottoscrizione elettronica al documento informatico (modulo di un sito *web*, oppure singolo messaggio *e-mail*) contenente le clausole vessatorie.

2.5.3.3 I vizi della volontà

L'art. 1427 c.c., in materia di vizi della volontà, afferma che il contraente, il cui consenso fu dato per errore, estorto con violenza o carpito con dolo, può chiedere l'annullamento del contratto.

Tenendo presente che in ogni caso l'aspetto che più rileva nell'ambito del contratto telematico che viene concluso su Internet è quello trasmissivo (il sistema informatico e telematico è quindi usato come strumento di trasmissione di volontà già perfezionate) la disciplina dei vizi della volontà può applicarsi anche alla fattispecie in esame: non tanto quindi con riferimento al mezzo, quanto al soggetto che utilizza tale mezzo. Così, nel caso in cui un soggetto riesca ad ottenere una dichiarazione di volontà diretta a concludere un contratto da un altro soggetto, mediante l'uso di specifici "raggiri" (e cioè un complesso di manovre e artifici volti a indurlo in errore, magari attraverso un sito *web* o un messaggio di posta elettronica), ipotesi di dolo in senso civilistico, secondo l'art. 1439 c.c. il contratto sarà nullo (se gli indicati artifici sono stati determinanti). Allo stesso modo per la fattispecie dell'errore, mentre difficilmente si riesce ad immaginare il realizzarsi di ipotesi di violenza attraverso la Rete.

2.5.3.4 La forma del contratto

Si può quindi concludere l'esame fin qui svolto nel senso di considerare applicabile la disciplina codicistica in materia di contratto anche ai negozi stipulati sulle reti telematiche, rimanendo però aperta la problematica citata relativa alla forma dello stesso, quando richiesta dalla legge, come ad esempio nel caso dei contratti di compravendita di un bene immobile, ex art. 1350 del codice civile. A tale proposito, la disciplina del D.P.R. n. 513/1997, e il sistema della firma digitale da esso introdotto, permette di superare quegli impedimenti che hanno rallentato nel

¹⁰⁹ Con un sistema quindi simile a quello oggi utilizzato per l'accettazione delle licenze d'uso dei *software*, che avviene automaticamente con l'apertura della confezione, per cui si parla di "*shrink-wrap licenses*", cioè licenze "a strappo", nel caso di contratti conclusi su Internet, la formula usata è invece quella di "*click-wrap licenses*", licenze in seguito al "click", modalità di pressione del mouse del computer per selezionare un *link* attivo, o inviare un determinato documento, sulla Rete. Per approvare una clausola vessatoria si potrebbe prevedere quindi una loro autonoma visualizzazione con specifica approvazione mediante un "click" (metodo sicuramente più efficace al fine di una loro conoscenza rispetto all'attuale doppia sottoscrizione).

nostro Paese la diffusione di queste nuove modalità di conclusione del contratto e lo sviluppo del commercio elettronico. Si pensi in particolare alle nette affermazioni fatte dal legislatore rispetto alla natura di "scritto" del documento informatico munito dei requisiti previsti dal D.P.R. n. 513 (art. 4), al suo valore probatorio di scrittura privata o di riproduzione meccanica o fotografica (art. 5), addirittura autenticabile (art. 16), ed alla sua totale equiparazione "alla sottoscrizione prevista per gli atti e documenti in forma scritta su supporto cartaceo" (art. 10, comma 2).

Ma per meglio comprendere come in pratica debbano applicarsi le innovazioni correlate al citato sistema della firma digitale, e quindi come in concreto possano essere superate le difficoltà esposte, occorre ora soffermarsi su questo nuovo sistema di attribuzione della paternità di una dichiarazione elettronica.

2.6 La firma digitale ed i contratti conclusi per via telematica

2.6.1 Principali problemi dei contratti conclusi in forma elettronica

Le difficoltà che si sono evidenziate nei paragrafi precedenti, dedicati all'analisi della formazione del contratto sia attraverso i tradizionali strumenti cartacei, sia per via telematica, sono essenzialmente riconducibili ai seguenti punti.

Innanzitutto all'impossibilità pratica di individuare l'autore di un determinato messaggio, come ad esempio una proposta contrattuale: infatti, se anche tecnicamente fosse possibile identificare a quale *account* corrisponda un determinato contatto telematico (ad esempio l'accesso ad un sito commerciale)¹¹⁰, non si potrebbe avere comunque la certezza relativamente all'effettiva corrispondenza della persona che utilizza l'elaboratore elettronico connesso in quel determinato momento con il titolare dell'*account*¹¹¹.

Inoltre, seppur sicuri rispetto all'identificazione del soggetto che trasmette il messaggio, al momento attuale non si può essere certi del contenuto inviato attraverso la

¹¹⁰ Tra l'altro talvolta non è nemmeno possibile individuare lo stesso contatto: sia per le modalità di trasmissione delle informazioni sull'intera Rete (che fa "rimbalzare" le diverse parti del medesimo messaggio attraverso numerosi *server* connessi ad Internet, in maniera tra l'altro casuale ed ogni volta diversa: caratteristica del c.d. *routing dinamico*), sia perché possono essere utilizzati servizi di comunicazione disponibili anche gratuitamente su Internet che rendono anonimi gli autori dei messaggi (ci si riferisce non solo ai c.d. *anonymous remailer*, cioè a quei siti che, smistando i messaggi delle persone che utilizzano il loro servizio, provvedono a renderli anonimi, ma anche ai siti che offrono gratuitamente il servizio di posta elettronica a coloro che si registrano compilando un'apposita *form*, ma senza procedere ad alcuna indagine relativamente all'identità del soggetto che ne fa richiesta).

¹¹¹ Potrebbe cioè verificarsi che effettivamente il messaggio venga inviato dal computer di un soggetto titolare di un determinato abbonamento ad Internet, con relativa casella postale elettronica, ma da una persona diversa che si è appropriata di quell'elaboratore elettronico o della *password* corrispondente a quell'*account*: si pensi a quello che si verifica nelle Università, dove dalla stessa aula con lo stesso accesso ad Internet si collegano numerosi studenti, oppure negli "Internet caffè", locali che permettono di usufruire dei servizi della Rete ai propri occasionali clienti, in genere senza identificarli.

Rete: non solo a causa della possibilità di interventi esterni di terzi¹¹², ma anche per l'eventualità di un malfunzionamento di qualcuna delle componenti tecniche coinvolte nella trasmissione della posta su Internet.

Tale problema, la sicurezza relativa al contenuto del messaggio, è strettamente correlato poi alla terza difficoltà che si incontra nell'instaurare una relazione commerciale attraverso la telematica: quella di evitare la ripudiabilità della dichiarazione, o del suo testo. Si deve cioè fare in modo di impedire che una delle parti possa eccepire la difformità tra quanto trasmesso e quanto ricevuto¹¹³, sottraendosi in questo modo alla vincolatività del negozio; o addirittura evitare il comportamento in mala fede di chi abbia modificato la sua determinazione nello spazio temporale precedente alla conclusione dell'accordo proprio a tal fine, e quindi neghi la stessa trasmissione della dichiarazione. Confidando infatti nella non sicurezza del mezzo, allo stato attuale chiunque potrebbe dire di non aver trasmesso quel messaggio, o un qualsiasi messaggio all'altra parte.

Relativamente ancora alle possibili intercettazioni e manomissioni del messaggio, questa volta da parte di terzi, si pone una rilevante difficoltà, collegata in particolare ai pagamenti elettronici, analizzati in precedenza: quella di evitare accessi alla comunicazione telematica esterni ai contraenti, quindi quella relativa alla sicurezza della trasmissione. Si pensi a tale proposito al rischio correlato all'invio dei dati della propria carta di credito per pagare l'acquisto di un determinato bene, nel caso di apprensione del messaggio da parte di terzi.

Infine, e questa volta non più solamente da un punto di vista pratico, ma rispetto agli aspetti giuridici della conclusione del contratto per via telematica, si pongono diverse difficoltà quando si cerca di soddisfare i requisiti di forma richiesti dal codice civile con riferimento ad alcuni negozi: come nel caso dell'art. 1350, che richiede la forma scritta *ad substantiam* per la validità di una serie di contratti enumerati in tale articolo (come ad esempio quello di compravendita di un bene immobile), oppure nell'ipotesi che abbiano stabilito in tal senso le stesse parti (art. 1352 c.c.).

2.6.2 La soluzione pratica dei problemi dei contratti conclusi in forma elettronica

In tutti questi casi, la prassi è andata ben oltre alle teorizzazioni dei giuristi esperti della materia¹¹⁴.

¹¹² Si tenga comunque presente che la possibilità di intercettazione delle informazioni trasmesse sulla Rete non è così facile (come già ricordato, si pensi solo al fatto che ogni secondo vengono trasmessi su Internet circa 4.000 messaggi), e quindi tendenzialmente rara e possibile solo a poche persone particolarmente esperte.

¹¹³ In conseguenza ad esempio di una mutata situazione di mercato, il venditore potrebbe sostenere di aver indicato un prezzo diverso del bene oggetto della vendita, mentre l'acquirente potrebbe avere interesse a dichiarare di aver scritto nel messaggio contenente l'eventuale accettazione una diversa quantità di quel determinato bene.

¹¹⁴ "While Law may lag, Business advance", come opportunamente commentato da JOHNSTON D., HANDA S., MORGAN C., *CyberLaw*, Stoddart Publishing, 1997, p. 89.

Infatti da diversi anni sulla Rete già si svolgono numerose, e talvolta rilevanti, transazioni commerciali, nella maggior parte dei casi senza risvolti conflittuali tra le parti, nonostante la effettiva presenza di tutte le difficoltà esposte nel precedente paragrafo.

Il motivo di ciò può essere individuato innanzitutto nella natura dei commerci che si svolgono in Rete, in genere rientranti in ipotesi di microtransazioni, cioè di accordi conclusi relativamente a beni di modico valore (come libri, fiori, *compact disc* musicali, *software*, ...): il più delle volte tali rapporti si svolgono con modalità standardizzate e senza particolari problemi e, nelle ipotesi in cui ciò non avvenga, lo scarso valore del bene oggetto della controversia funge in genere da deterrente ad intraprendere costose e complicate procedure giudiziarie (si immagini il caso in cui l'accordo si concluda con un soggetto di un altro Paese). Spesso poi sono le considerazioni relative ad esigenze di marketing a suggerire al fornitore del servizio o del prodotto di evitare conflitti con i propri clienti, anche se ciò implichi talvolta la rinuncia a lecite pretese.

La strada maggiormente percorsa risulta poi essere quella preventiva, quella cioè che comporta l'adozione di diverse misure atte ad evitare il problema. Così, si suggerisce ai fornitori di rendere le loro proposte commerciali con forme che concretino non già la figura dell'offerta al pubblico¹¹⁵, quanto quella dell'invito a trattare: sarà cioè l'utente a chiedere, a proporre al venditore di concludere il contratto, mentre quest'ultimo, valutata l'opportunità di stipulare l'accordo con quel determinato soggetto, accetterà o meno. Ancora, mediante appositi *disclaimer* inseriti nelle stesse pagine delle offerte commerciali, sarà possibile selezionare, anche se in generale, con chi contrarre: si immagini di vendere un bene proibito in un determinato Paese (ad esempio un prodotto medicinale), nella pagina in cui si presenta lo stesso si inserirà un avviso in cui il fornitore dichiara di non voler trattare con soggetti appartenenti a quello specifico ordinamento¹¹⁶.

Se invece i rapporti commerciali che si instaurano assumano il carattere di una certa frequenza, è consigliata la preparazione di una lettera di commercio elettronico, sottoscritta dai vari soggetti del "circuito commerciale telematico", che va a costituire le condizioni generali dei vari accordi che via via si concludono tra di essi: stabilendo in questo modo, ad esempio, la legge applicabile al contratto, le modalità di risoluzione di eventuali controversie, le regole per l'esecuzione delle prestazioni.

Quello che la pratica degli affari non è invece riuscita a superare con gli strumenti indicati è il più generale problema circa i requisiti di forma richiesti dalla legge relativamente a contratti o fattispecie particolari. Ma su questo punto e con modalità

¹¹⁵ Disciplinata nel nostro ordinamento dall'art. 1336 del codice civile, e maggiormente onerosa perché mantiene legato il proponente alla propria dichiarazione, e lo costringe a rendere noto al pubblico eventuali modifiche della stessa con le medesime modalità dell'offerta.

¹¹⁶ Questo, seppur talvolta di difficile realizzabilità pratica a causa della non totale sicurezza di individuare da dove provenga un determinato contatto telematico (ma nulla impedisce al fornitore, in caso di impossibilità di identificare con esattezza la provenienza del messaggio, di rifiutare in ogni caso la trattativa), porta comunque il fornitore a limitare la propria responsabilità nel caso sorgano controversie.

maggiormente efficaci, il sistema della firma digitale, recentemente introdotto nel nostro Paese ed oggi in fase di realizzazione, permetterà di superare le indicate difficoltà. Per meglio comprendere comunque come questo risultato venga raggiunto con tale nuovo sistema occorre soffermarsi brevemente sulle sue caratteristiche principali¹¹⁷.

2.6.3 La soluzione conseguente all'adozione della firma digitale

2.6.3.1 Descrizione del sistema della firma digitale italiano

Per "firma digitale", specifica applicazione della più generale "firma elettronica" (cioè la firma apposta mediante un sistema informatico), si intende la sottoscrizione predisposta si mediante un elaboratore elettronico, ma sulla base della crittografia a chiave asimmetrica e di particolari funzioni matematiche, come si spiegherà oltre: niente a che vedere quindi con la tradizionale firma a mano posta alla fine (o a margine) di un foglio. Tale sistema, in seguito all'organico e completo intervento del legislatore, attraverso disposizioni di carattere generale che hanno radicalmente innovato il quadro normativo di riferimento (e quindi la disciplina giuridica del documento e del documento informatico), viene oggi a costituire il criterio legale di imputazione del documento redatto mediante il computer. Diventa cioè il sistema mediante il quale l'ordinamento giuridico riesce ad attribuire il valore di piena prova alla documentazione prodotta, gestita e trasmessa attraverso l'uso dell'elaboratore elettronico, prescindendo dalla necessità della sua resa cartacea, della sua stampa.

In particolare, si è giunti a tale risultato attraverso un procedimento complesso, ed ancora in fase di realizzazione, in tre diversi momenti:

- innanzitutto con l'art. 15, comma 2, della legge n. 59/1997 (la c.d. legge Bassanini 1), che sancisce il fondamentale principio secondo cui "gli atti, i dati e i documenti formati dalla pubblica amministrazione e dai privati con strumenti informatici e telematici, i contratti stipulati nelle medesime forme, nonché la loro archiviazione trasmissione con strumenti informatici e telematici, sono validi e rilevanti ad ogni effetto di legge", e precisa che uno specifico Regolamento deve stabilirne "i criteri e le modalità di applicazione";
- successivamente con il D.P.R. 10 novembre 1997, n. 513, appunto il regolamento richiamato, che introduce quindi una complessa disciplina in 22 articoli, sottoposta a numerose critiche e ad emanazione travagliata, e che procede (artt. 3 e 17 del D.P.R.) ad un ulteriore rinvio per la fissazione delle regole tecniche idonee a renderne effettiva l'applicazione¹¹⁸;
- infine con il D.P.C.M. 8 febbraio 1999, pubblicato in G.U. 15 aprile 1999 che

¹¹⁷ A causa della complessità del sistema si tratterà il tema in maniera sintetica, rinviando un ulteriore approfondimento al mio scritto *La firma digitale, cit.*, ed alla dottrina ivi richiamata.

¹¹⁸ Un altro rinvio è presente anche nell'art. 4 del D.P.R. ad un decreto del Ministero delle finanze al fine di disciplinare gli aspetti fiscali dei documenti informatici.

stabilisce proprio le specifiche tecniche, cioè le regole pratiche del D.P.R. n. 513/1997¹¹⁹.

Realizzato tale processo, e resa effettiva la sua operatività, l'Italia diventerà uno dei primi Paesi al mondo ad aver accolto in maniera così integrale l'innovazione tecnologica nel proprio sistema economico-giuridico: e questo proprio attraverso il recepimento della tecnologia della firma digitale per conferire validità giuridica, come si è detto, al documento elettronico¹²⁰.

La "rivoluzione", e in particolare la "rivoluzione digitale" (di cui si può in questo caso a ragione parlare, dal punto di vista culturale oltre che giuridico), risiede poi nel nuovo concetto di "documento", che prescinde dalla natura, anzi, dall'esistenza stessa del supporto. A ben guardare, nel documento tradizionale ciò che viene certificato non è l'informazione, ma il supporto che la contiene. Firme, timbri, filigrane, sigilli, persino le barrette metalliche inserite nelle banconote non autenticano l'informazione, ma il supporto. L'autenticità del contenuto è poi data dalla sua inscindibilità dal contenitore. Ora invece, nel documento informatico, il contenuto digitale è

¹¹⁹ Deve essere segnalata anche la direttiva 1999/93/CE del 30 novembre 1999 sulla firma elettronica (in G.U.C.E. del 19 gennaio 2000), dettata in base della considerazione che è opportuno riconoscere una libertà alle parti di concordare autonomamente gli ambiti per riconoscere i documenti elettronici scambiati tra esse, il cui campo di applicazione concerne la fornitura al pubblico di certificati intesi a identificare il mittente di un messaggio digitale; dal punto di vista tecnologico, per evitare di essere sottoposta al rischio di facile vetustà, la direttiva prevede il riconoscimento delle firme elettroniche a prescindere dalla tecnica utilizzata. Rispetto alla disciplina italiana si possono rilevare una serie di differenze, innanzitutto con riferimento all'impostazione generale, avendo le due fonti un oggetto diverso: il documento informatico quella del nostro Paese, la firma elettronica quella europea. Inoltre l'Italia ha scelto *ex ante* un modello tecnologico per l'applicazione delle firme digitali (anche se estremamente flessibile), mentre il legislatore comunitario ha adottato un sistema neutro (firma elettronica come un qualunque mezzo di identificazione elettronico). Altra sostanziale differenza con il sistema italiano si riscontra con riferimento alla disciplina in materia di Certificatori, i soggetti che svolgono il fondamentale ruolo di collegare l'utilizzatore alla tecnica di crittografia utilizzata, conferendo pubblica certezza all'intero sistema. Causa il loro ruolo centrale nel sistema, il Legislatore del nostro Paese ne ha regolato aspetti, requisiti ed attività in maniera rigida e pregnante; invece nella direttiva europea si riscontra una maggiore flessibilità. Per questo aspetto, e per altre sue caratteristiche, probabilmente l'entrata in vigore di tale fonte comunitaria creerà qualche problema di coordinamento rispetto al sistema già in atto nel nostro Paese, soprattutto quando ne verrà avviata la fase operativa: momento a cui dovrà rimandarsi comunque l'esame delle varie difficoltà che via via sorgeranno.

¹²⁰ In tal senso è chiarissimo il disposto dell'art. 10 del regolamento citato, norma che, dopo aver previsto al primo comma la possibilità di apporre o associare ad ogni documento informatico una firma digitale, al comma 2 testualmente prevede: "L'apposizione o l'associazione della firma digitale al documento informatico equivale alla sottoscrizione prevista per gli atti e documenti in forma scritta su supporto cartaceo". E il documento così redatto assume (art. 5 del D.P.R. n. 513) il valore di scrittura privata, ai sensi dell'art. 2702 c.c., o delle riproduzioni meccaniche, disciplinate nell'art. 2712 del codice civile. Altra rilevante novità consiste, questa volta per la pubblica amministrazione, nella definizione degli atti e dei documenti informatici delle P.A. come "informazione primaria ed originale, da cui è possibile effettuare, su diversi tipi di supporto, riproduzioni o copie per gli usi consentiti dalla legge" (art. 18, comma 1, del D.P.R. n. 513).

perfettamente separabile dal contenitore e l'autenticazione riguarda proprio lo stesso contenuto.

Ma, in questo come in altri casi in materia di informatica giuridica, non si può prescindere dal dato tecnico, ed occorre quindi esaminare come è stato costruito il sistema della firma digitale a livello informatico.

2.6.3.2 Aspetti tecnologici

Infatti, per ottenere il risultato di assicurare la genuinità dei documenti prodotti attraverso l'uso dell'elaboratore elettronico¹²¹, genuinità minacciata da diversi fattori (umani o tecnici, sia nel momento della loro conservazione, che in quello della loro trasmissione), sono state adottate soluzioni basate sulla crittografia.

La "crittografia" è quella tecnica che permette, con l'aiuto di un algoritmo matematico, di trasformare un messaggio leggibile da tutti in una forma illeggibile per quegli utenti che non possiedono una chiave segreta di decifrazione. La funzione è reversibile, per cui l'applicazione dello stesso algoritmo e della chiave segreta al testo cifrato restituisce il testo originale.

La crittografia può essere basata su un sistema con un'unica chiave, detto quindi a chiave "simmetrica", oppure con due distinte chiavi, entrambe necessarie per proteggere e poi leggere il documento, e definito allora "asimmetrico".

Il primo metodo, adatto soprattutto per soddisfare l'esigenza di genuinità del documento nel momento della sua conservazione nelle memorie del computer, utilizza la medesima chiave per criptare (prima) e per decriptare (poi) i messaggi. Si parla in merito di *sistema simmetrico di criptazione*, o a chiave segreta. Il problema di fondo che sorge con la sua utilizzazione è rappresentato dalla gestione delle chiavi quando si rende necessario trasmettere il documento a distanza, dovendo le parti (che si trovano in luoghi diversi) concordare (e scambiarsi) una chiave di criptazione, la cui trasmissione implica ancora un problema di sicurezza. Inoltre, nel caso di comunicazione con diversi soggetti, si ha la necessità di adottare chiavi diverse per ognuno di loro: sistema non più possibile nel momento in cui i soggetti non sono predeterminati, o comunque non conoscibili preventivamente. Infine, altro aspetto negativo allo scopo di assicurare l'integrità del documento, è che tale fine si otterrebbe nei confronti di terzi, ma non tra le parti che, essendo dotate della stessa chiave di crittazione, possono entrambe modificare o alterare il documento originario.

Proprio al fine di risolvere questi problemi di gestione della chiave, nel 1976 Whitfield Diffie e Martin Hellman inventarono i *sistemi asimmetrici di criptazione*, detti anche sistemi a chiave pubblica. In tale ipotesi ciascuna persona risulta in possesso di due chiavi, una pubblica ed una privata: l'algoritmo matematico richiede in questo caso l'applicazione di entrambe le chiavi, comunque con finalità diverse, ora per la criptazione (ad esempio con chiave pubblica), ora per la decriptazione (nello stesso

¹²¹ Infatti anche nel caso del documento informatico, per poter attribuire ad esso efficacia giuridica, si deve preventivamente accertare la sua genuinità e sicurezza: un documento è genuino quando non ha subito alterazioni, mentre è sicuro quando è allo stesso tempo difficile da alterare e, nel caso venga alterato, facile da accertare e da ricostruire.

so esempio, con la corrispondente chiave privata). La necessità per le parti di scambiarsi informazioni riservate relative al metodo di protezione del documento è eliminata in radice: nella specie, infatti, la chiave privata è destinata a rimanere segreta ed è utilizzabile dal solo legittimo titolare; la chiave pubblica deve invece essere resa pubblica con i più diversi mezzi (ad esempio mediante l'inserimento in archivi consultabili anche *on line*), associandola al nome di un titolare.

La crittografia asimmetrica appena esaminata è suscettibile di due distinte utilizzazioni, potendo essere utilizzata a fini di segretezza ovvero a scopo di autenticazione¹²².

Nella prima ipotesi (crittografia asimmetrica a fini di segretezza) i messaggi confidenziali potranno essere trasmessi superando i problemi di gestione della chiave, propri dei sistemi simmetrici. Ad esempio A, intendendo inviare un messaggio riservato a B, in primo luogo si procura la chiave pubblica dello stesso B, e quindi cripta il messaggio utilizzando tale chiave; invia poi il messaggio criptato (come tale non comprensibile da alcuno) a B che, ricevuto il messaggio, applica la sua chiave privata (di cui ha esclusiva gestione) per decriptarlo e quindi leggerlo. In sintesi, il mittente cripta il messaggio con la chiave pubblica del destinatario, mentre quest'ultimo, e solo quest'ultimo, decripta il messaggio impiegando la (propria) chiave privata.

Nella seconda ipotesi (crittografia asimmetrica a fini di autenticazione) si realizza un risultato particolarmente significativo a livello giuridico, consentendo tale sistema l'accertamento della imputabilità, e cioè dell'identità del mittente, e della integrità del messaggio trasmesso, e quindi della sua non ripudiabilità.

Rispetto all'ipotesi che precede, l'impiego delle chiavi (privata e pubblica) risulta invertito, in quanto il mittente cripta il messaggio con la propria chiave privata, mentre il destinatario decripta il messaggio con la chiave pubblica del mittente. Ad esempio: A, volendo inviare a B un messaggio (senza necessità di soddisfare requisiti di segretezza, ma volendolo rendere non modificabile ed assumendosene la paternità), "firma" il messaggio stesso, e cioè applica la propria chiave privata al suo testo e lo spedisce; B, ricevuto il messaggio, applica al testo crittato la chiave pubblica di A (prelevata ad esempio da un archivio di chiavi pubbliche) riuscendo quindi a leggerlo. Poiché il messaggio che B decripta applicando la chiave pubblica di A può essere stato criptato solo impiegando la corrispondente chiave privata, la quale si presume sia di esclusiva conoscenza e disponibilità dello stesso A, B avrà la certezza che il messaggio proviene da A, che non ha subito alterazioni dovute ad errori di trasmissione oppure ad interventi umani, ed A non può efficacemente sostenere di non avere inviato il messaggio, in genere o con quel determinato testo.

Evidenti risultano i vantaggi dei sistemi a chiave pubblica rispetto a quelli simmetrici. In primo luogo, eliminata la necessità di trasmissione della chiave segreta, con i primi si realizza un maggior grado di sicurezza. In secondo luogo, sono i soli sistemi asimmetrici a consentire l'accertamento della imputabilità e della integrità del mes-

¹²² Per autenticazione si intende un processo in forza del quale il destinatario di un messaggio digitale ha la certezza da una parte dell'identità del mittente, dall'altra della integrità e non ripudiabilità del messaggio stesso.

saggio trasmesso, e ad assicurare la funzione del non ripudio, non potendo il mittente negare di avere inviato un messaggio ove lo stesso sia stato crittato con la sua chiave privata, come si desume dall'uso con successo di quella pubblica sul documento non leggibile. Di contro, la criptazione a chiave simmetrica è molto più rapida e veloce, soprattutto nel caso di documenti particolarmente lunghi.

Al fine di ovviare a tale inconveniente (ma soprattutto per ottenere una maggiore sicurezza dell'intera tecnica) nella criptazione asimmetrica è stato ideato un ulteriore sistema: la chiave privata, di regola, non viene applicata sull'intero messaggio, ma solo su di un estratto di esso (chiamato *hash code*, o "impronta"), estratto che viene automaticamente ricavato dal messaggio originale applicando una funzione matematica detta di *hash*: questa può essere considerata uno specifico *software* che da un determinato testo di partenza di qualunque lunghezza, dopo la sua applicazione restituisce una stringa (cioè un insieme di caratteri alfanumerici) di dimensioni fisse, che dipende direttamente dal documento originario. Cambiando anche un solo carattere di questo, si modificherebbe il risultato della funzione, l'impronta. Così, ad esempio, dovendo A trasmettere a B un contratto con numerose pagine ed allegati, non applica immediatamente la sua chiave privata, ma prima esegue l'*hash*, ottenendo come risultato un documento di poche righe, e cripta solo questo: unisce quindi il risultato dell'operazione di criptazione dell'impronta (la c.d. firma digitale) al testo originario, e invia il tutto a B. Questi, dopo aver prelevato la chiave pubblica di A, la applica al testo criptato ricevuto, ottiene l'*hash*, esegue allora la funzione di *hash* sul testo originario, ottiene nuovamente un'impronta, che va a confrontare con quella appena decriptata: se il confronto è positivo, sarà allora sicuro della provenienza del documento da A, e dell'impossibilità per questo di contestarlo.

Nel D.P.R. n. 513/1997 è stato recepito il sistema di criptazione asimmetrica insieme alla funzione di *hash*, come si può evincere dalla lettura dell'art. 1 riportante le definizioni dei termini usati nel Regolamento, dove si parla espressamente di "sistema di chiavi asimmetriche a coppia" (art. 1, lett. *b*), *d*), *e*) ed *f*), del D.P.R. n. 513/1997); mentre il D.P.C.M. 8 febbraio 1999 chiarisce le modalità pratiche con cui verrà applicato per "firmare" digitalmente i documenti elettronici. Inoltre, il legislatore sembrerebbe avere anche considerato entrambe le utilizzazioni ricordate della crittografia asimmetrica (a fini di segretezza ovvero a scopo di autenticazione), avendo espressamente prevista la possibilità di utilizzare la chiave privata per apporre la firma digitale ovvero per decifrare il documento già criptato con la corrispondente chiave pubblica (art. 1, lett. *e*), del Regolamento), nonché la utilizzabilità della chiave pubblica per verificare la firma digitale ovvero per criptare i documenti da inviare (art. 1, lett. *f*), del Regolamento)¹²³.

L'ulteriore problema relativo alla certezza della corrispondenza tra chiave pubblica e

¹²³ Sempre nell'esempio fatto in precedenza, A mediante la propria chiave privata cripta l'impronta di un determinato messaggio, ottenendo la firma digitale; quindi, al testo ottenuto, che rende certa la provenienza e la non ripudiabilità, applica anche la chiave pubblica di B, raggiungendo l'ulteriore risultato della segretezza del messaggio; B, quando riceve il testo crittato due volte, prima applica la propria chiave privata, ottiene quindi il messaggio con la firma digitale di A, che sottoporrà poi a verifica come spiegato nel testo.

soggetto titolare cui essa appartiene viene risolto dal D.P.R. n. 513/1997 attraverso una procedura di certificazione, gestita e garantita da apposite Autorità (i c.d. Certificatori, su cui si veda gli artt. 8 e 9, oltre all'art. 1, lett. h), e quelle da m) a p) del Regolamento), soggetti terzi muniti di determinati requisiti richiesti espressamente dalla legge.

Come si è potuto capire tramite gli esempi fatti, la tecnica della crittografia a chiavi asimmetriche e della funzione di *hash* consente di raggiungere, oltre alla riservatezza del messaggio, la sicurezza relativa alla sua genuinità, alla sua provenienza, e quindi anche alla sua non ripudiabilità: tutti elementi che, una volta conferito valore giuridico a tali metodologie essenzialmente tecniche (risultato ottenuto con l'emanazione della disciplina legislativa più volte ricordata), permettono di riconoscere valida non solo la conservazione di documenti elettronici, ma anche la loro trasmissione a distanza. E nonostante che tale complesso sistema costruito dalle norme più volte citate non sia esente da critiche, si possono comunque sottolineare le sue rilevanti conseguenze nei più diversi settori coinvolti dall'attività di documentazione elettronica, dalla gestione delle scritture contabili fino al commercio elettronico attraverso Internet, come si vedrà nel prossimo paragrafo.

2.6.4 La soluzione dei contratti elettronici mediante firma digitale

Il principale motivo per cui non era possibile superare i problemi relativi ai requisiti di forma richiesti dalla legge con riferimento a fattispecie particolari di atti o negozi giuridici preparati e stipulati mediante sistemi informatici (in genere quelli coinvolti con ipotesi maggiormente delicate o con interessi rilevanti) come si è detto doveva farsi risalire alla mancata considerazione da parte dell'ordinamento giuridico del documento formato attraverso l'elaboratore elettronico. Una proposta contrattuale contenuta in un documento informatico non aveva cioè nessun rilievo, se non quella di "liberamente formare il convincimento del giudice" ai sensi dell'art. 116 C.P.C.¹²⁴

Nel momento in cui viene introdotto un sistema che, da un punto di vista teorico, permette di ritenere "valido e rilevante a tutti gli effetti di legge" il documento elettronico sottoscritto con firma digitale (art. 2, D.P.R. n. 513/1997), di considerarlo come documento scritto (art. 4), con l'efficacia probatoria della scrittura privata (art. 5), mentre, da un punto di vista pratico, rende sicuro e non ripudiabile il messaggio trasmesso su rete telematica, si può affermare che le difficoltà espresse nei precedenti paragrafi sono tutte superabili, rimuovendo in tal modo i principali ostacoli ad uno sviluppo globale del commercio elettronico anche nel nostro Paese.

Infatti dal primo punto di vista, quello degli aspetti giuridico-teorici, non solo sarà possibile concludere contratti attraverso lo scambio di proposta ed accettazione elettroniche sulla base delle norme indicate (artt. 2, 4, 5 del D.P.R. n. 513/1997), dettate per il documento informatico in genere, ma anche perché un apposito articolo del Regolamento prevede espressamente i "contratti stipulati con strumenti informatici o per via telematica", validi e rilevanti a tutti gli effetti di legge (art. 11); mentre l'art. 12 ("Trasmissione del documento") permette di considerare inviato e pervenu-

¹²⁴ Relativamente a tali argomenti si faccia riferimento a CIACCI G., *La firma digitale*, cit., pp. 33 e ss.

to al destinatario il documento informatico trasmesso all'indirizzo dello stesso per via telematica. Sarà quindi possibile usufruire dei servizi di compravendita di automobili su Internet non solo, come avveniva finora, a livello informativo per poi avviare una contrattazione nei modi tradizionali, ma per concludere il vero e proprio accordo: che verrà poi iscritto, sempre attraverso l'invio di messaggi elettronici, al Pubblico Registro Automobilistico (che avrà uno sportello telematico predisposto a tal fine). Oppure verranno sviluppate le possibilità, per ora avviate a livello sperimentale, di svolgere le aste giudiziarie di vendita di immobili sottoposti a procedure esecutive direttamente sulla Rete, con l'opportunità di far pervenire offerte da tutto il mondo, e quindi di concludere l'acquisto di uno dei beni attraverso l'invio delle proposte mediante la posta elettronica.

Ma è poi dal punto di vista pratico che un sistema di tal genere consegue i maggiori risultati¹²⁵.

Si pensi infatti alla difficoltà di individuare l'identità del soggetto che invia il messaggio contenente l'offerta contrattuale, o l'accettazione della stessa. Se però questo appone, o associa con separata evidenza informatica, la sua firma digitale attraverso l'uso della propria chiave privata e della funzione di *hash*, chi riceve il messaggio potrà facilmente accedere ad un archivio *on line*¹²⁶ per prelevare la chiave pubblica dello stesso, con il relativo certificato, e, verificando la firma digitale contenuta nell'offerta, sarà quindi sicuro dell'identità dell'autore del messaggio e della non ripudiabilità dello stesso.

Ultima difficoltà che il sistema della firma digitale a crittografia asimmetrica permette di superare, nel commercio elettronico sulla Rete, riguarda la possibilità per il compratore di evitare i rischi del pagamento tramite carta di credito, teoricamente intercettabile se trasmesso attraverso Internet. A tale proposito l'acquirente, al momento del pagamento del bene acquistato, preleverà dallo stesso sito *web* in cui ha avuto conoscenza dell'offerta relativa a quel bene la chiave pubblica del venditore, e cripterà con essa il modulo contenente i suoi dati, e soprattutto gli estremi della sua carta di credito¹²⁷. A questo punto solo il venditore potrà aprire il messaggio con la sua chiave privata: così, anche in caso di intercettazioni fraudolente durante la trasmissione, nessuno potrà leggere il testo originale.

Da questo semplice esempio, pur relativo ad una prassi di rilevantissimo valore economico, ed in proiezione futura a grandissimo sviluppo, è possibile comprendere la portata ed intuire le conseguenze della nuova modalità di valorizzazione giuridica dei

¹²⁵ Si tenga presente, tra l'altro, che proprio per esigenze pratiche è stato creato il sistema della crittografia asimmetrica.

¹²⁶ Potrebbe essere quello dell'ordine professionale a cui appartiene il cliente, oppure quello tenuto a cura del *provider* a cui si è abbonato, o ancora quello del Comune dove lo stesso risiede, o qualsiasi altro, purché sia gestito da un soggetto inserito nell'elenco dei certificatori ai sensi dell'art. 8, comma 3, del D.P.R. n. 513.

¹²⁷ Come indicato rispetto alla soluzione dell'altro problema sulla non ripudiabilità del contenuto, il modulo potrà anche essere unico, per l'accettazione e per i dati, nel qual caso si applicheranno le tecniche di crittografia due volte: con la propria chiave privata, per l'accettazione, e con quella pubblica del venditore, per la riservatezza e sicurezza dei dati.

documenti prodotti e conservati attraverso sistemi informatici: portata e conseguenze direttamente correlate al mondo dell'*e-commerce*, permettendo una soluzione pratica con fondamento giuridico di alcune delle problematiche sollevate da questa nuova modalità di commercio. Rimangono invece aperti i problemi relativi alla tutela della riservatezza delle persone coinvolte nell'attività della rete Internet ed alle responsabilità delle stesse, argomenti che verranno trattati nei prossimi paragrafi.

2.7 La tutela dei dati personali nell'attività di commercio elettronico

Tale nuova forma di elaborazione a distanza delle informazioni, raro esempio di standardizzazione nel mondo dell'informatica (forse la principale ragione del suo incredibile successo), accresce infatti decisamente il pericolo di lesioni della sfera privata dell'individuo, della sua riservatezza: da un lato, facilitando e rendendo accessibile la comunicazione tra computer lontani migliaia di chilometri (o anche pochi metri), permettendo quindi di moltiplicare gli archivi a disposizione di tutti; e, dall'altro, consentendo a chiunque di pubblicare a larga diffusione le proprie idee, spesso senza alcun tipo di controllo, e soprattutto senza alcuna capacità reattiva in genere degli ordinamenti in caso di violazioni di norme imperative¹²⁸. E in tale contesto, come si è detto, sembra acuire la pericolosità del mezzo il nuovo mercato del commercio elettronico, sia perché ha portato ad un aumento dei soggetti che in concreto utilizzano la Rete, sia perché la maggior parte delle applicazioni ad esso attinenti implicano il trattamento di dati personali (si pensi anche semplicemente alla compilazione *on line* del modulo d'ordine di un determinato bene o servizio ed al suo conseguente invio a destinatari spesso sconosciuti e non facilmente individuabili): attività che porta all'applicazione, nei diversi Paesi del mondo, di specifiche discipline dettate al fine di tutelare l'individuo, la sua *privacy* (in Italia si deve fare riferimento alla legge 31 dicembre 1996, n. 675, e sue successive modificazioni ed integrazioni), discipline normative che devono quindi essere rispettate anche dai vari utenti delle nuove tecnologie.

La predisposizione di archivi contenenti dati informatici strettamente personali, pur

¹²⁸ Pur dovendo prestare attenzione nel non considerare il mondo virtuale di Internet uno spazio senza regole (dovendo in ogni caso applicarsi il diritto positivo, pur con i dovuti adattamenti: in tal senso si veda ALPA G., *Cyberlaw. Problemi giuridici connessi allo sviluppo di Internet*, in *Nuova Giurisprudenza Civile Commentata*, 1998, 6, p. 387, e LANCE R., *Netlaw*, McGraw-Hill, 1995, p. 120) possono essere riportati, quali esempi delle difficoltà che si incontrano nel tentativo di dare effettività alle statuizioni giuridiche nel *cyberspazio*, quello del libro *Le Grand Secret* in Francia (su cui si veda SEDALIAN V. e LANGLOIS P., *Le grand secret...le plus partagé du monde*, in *Planète Internet*, marzo 1996, pp. 28-29, e BALLARINO T., *Internet nel mondo della legge*, CEDAM, 1998, p. 203), e quello negli U.S.A. del "*Communication Decency Act*", la sezione del più generale *Telecommunication Act del 1996*, dedicata a vietare la diffusione di materiale illecito su Internet (sulla vicenda del *C.D.A.* si vedano i siti *web* <http://www.aclu.org/court/renovacludec.html> consultato l'8 novembre 2000 e anche http://www.ciec.org/SC_appeal/decision.shtml consultato il 24 novembre 2000, e *Dir. Inf.* 1996, p.640, con nota di ZENO ZENCOVICH V).

con le dovute precisazioni che verranno svolte nel presente scritto, è infatti molto semplice attraverso la Rete: le informazioni relative ai propri clienti, i contatti occasionali o anche solo le coordinate del proprio indirizzo I.P.¹²⁹, oltre alle informazioni che spontaneamente gli utenti di Internet abbiano ad esempio scritto nei c.d. *guestbook*¹³⁰, o nell'ambito della compilazione di questionari elettronici, sono frequentemente registrate, archiviate, analizzate o sfruttate per elaborare proiezioni di consumo, o comunque per acquisire altre più o meno lecite utilità.

In particolare, la materia della tutela della riservatezza, di per sé già estremamente delicata, soprattutto con riferimento al coordinamento con quella del diritto all'informazione, viene influenzata da Internet sotto due diversi punti di vista: da un lato, per quanto riguarda le intercettazioni e la sorveglianza elettronica, sia relativamente alle intercettazioni ed agli eventuali controlli da parte di soggetti pubblici (si pensi alle forze di polizia impegnate in attività di indagine), sia a quelli svolti da soggetti privati (come ad esempio nel caso del datore di lavoro rispetto all'uso della Rete da parte del dipendente); dall'altro, con riferimento all'attività di trattamento dei dati riguardanti la persona.

Tali differenti aspetti verranno esaminati nelle prossime pagine, analizzando comunque innanzitutto l'effettiva valenza lesiva della "Rete delle reti" al di là di facili semplificazioni sensazionalistiche a cui si è abituati nel leggere gli articoli, specialistici o meno, sull'argomento.

2.7.1 La rete Internet e la lesione della riservatezza dell'individuo

Infatti, come per altre applicazioni che vengono giornalmente usufruite attraverso o sulla rete Internet, anche con riferimento agli aspetti di tutela della *privacy* nel mondo dei nuovi *media* spesso sono state riportate, dai vari organi di informazione, notizie errate circa la valenza negativa degli stessi: così, in diverse occasioni si sono registrate allarmanti notizie circa la presenza di fantomatici "Grandi Fratelli" che controllano la collettività attraverso la Rete, o di pericolosi *hacker* impegnati a intercettare le informazioni personali di coloro che utilizzano i servizi di messaggistica elettronica, o ancora di smalziti "commercianti elettronici" che riescono a carpire i più reconditi desideri degli utenti del *world wide web*.

In realtà, un'attenta lettura di tali notizie, chiaramente svolta anche attraverso un riscontro delle stesse su una base tecnica, permette di ridimensionare notevolmente i pericoli che sembrano correre gli utenti di Internet: come si dimostrerà nel presente

¹²⁹ *L.I.P. (Internet Protocol) address* è il numero che identifica in modo esatto la locazione di un "nodo" Internet, cioè di un computer che permette ai singoli utenti di accedere alla Rete (corrisponde quindi all'elaboratore del *provider*): conoscere l'I.P. di un utente implica identificare da quale gestore di accesso proviene il contatto telematico, e quindi rappresenta una prima informazione, anche se molto generica, relativa all'utente.

¹³⁰ I *guestbook* sono dei "registri elettronici" messi talvolta a disposizione dei visitatori dal gestore di un determinato sito *web* di Internet, al fine di permettere loro di scrivere un proprio commento, o semplicemente un saluto, visibile o meno a tutti gli altri successivi visitatori: spesso è possibile effettuare tale operazione solo dopo aver compilato una scheda contenente informazioni personali.

paragrafo, in cui si esamineranno proprio le fattispecie comunemente riportate come lesive della *privacy* del navigatore *on line* per riscontrarne l'effettiva pericolosità, o comunque per un loro più corretto inquadramento.

La caratteristica tipica di Internet, cioè la forte interazione tra chi offre e chi utilizza i contenuti posti in linea, ha portato all'esponentiale successo del nuovo *media*¹³¹, ma allo stesso tempo non è priva di alcuni inconvenienti correlati alle possibilità offerte dalle nuove tecnologie.

Infatti, il collegamento bi-direzionale tra chi offre e chi usufruisce delle informazioni permette non solo il passaggio tipico dei dati al "lettore", ma anche l'applicazione di tecniche informatiche che consentono al fornitore di acquisire informazioni sul contatto telematico che consulta il proprio servizio, e quindi il passaggio di dati dall'utente: aspetto che ha suscitato un certo allarme fra gli utilizzatori della Rete, e relativamente al quale maggiori sono state le imprecisioni da parte degli organi di informazione, o comunque gli equivoci da parte della dottrina¹³². È il caso dei c.d. *log*, cioè delle registrazioni automatiche delle principali informazioni relative ai collegamenti, generati automaticamente dal sistema, che, se molto dettagliati, possono consentire di ricostruire un preciso profilo del "navigatore" di Internet¹³³; è ancora il caso dei c.d. *cookie*, specifici *software* che è lo stesso fornitore dell'informazione ad inviare insieme a queste, in maniera invisibile all'utente, e che, lavorando sulle memorie del suo computer, sono in grado di acquisire informazioni di diverso genere (dall'ultima visita al sito del fornitore, alle pagine più viste nel *web*, o anche ai programmi registrati nell'*hard disk* dell'utente). Allo stesso modo, proprio dalla componente tecnica, questa volta con riferimento alla posta elettronica in particolare, può giungere la possibilità di lesione della *privacy*: così nel caso di intercettazio-

¹³¹ "La diffusa disponibilità di collegamenti elettronici bidirezionali avrà un impatto rivoluzionario su ogni aspetto della nostra vita. La Rete sottrarrà potere ai governi centrali, ai *mass media* ed alle grandi industrie. (...) È quasi impossibile che i governi centrali riescano a regolamentarla, ma ha un grande bisogno di essere controllata dall'interno (...)" : così DYSON E., *Release 2.0. Come vivere nell'era digitale*, Mondadori, Milano, 1997, p. 8.

¹³² Si veda a tale proposito TORRANO O., PARISE S., *Internet e diritto*, Sole 24 Ore Ed., 1997, pp. 33 e ss., e TOSI E., *Prime osservazioni sull'applicabilità della disciplina generale della tutela dei dati personali a Internet e al commercio elettronico.*, in *Dir. Inf. Inf.*, Giuffrè, 1999, 3, pp. 594 e 603.

¹³³ Utile magari per le promozioni commerciali: permettendo infatti di indirizzare un determinato messaggio pubblicitario ad un destinatario selezionato, sia attraverso i nuovi *media* (ad esempio la posta elettronica, fenomeno del c.d. "spamming"), sia con modalità più tradizionali. A tale proposito deve segnalarsi (anche se la sua applicabilità ad Internet non è pacifica) la disciplina stabilita nel D.Lgs 13 maggio 1998, n. 171, recante "Disposizioni in materia di tutela della vita privata nel settore delle telecomunicazioni, in attuazione della direttiva 97/66/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, e in tema di attività giornalistica", il cui art. 10, intitolato "*Chiamate indesiderate*", dispone al comma 1 che "L'uso di un sistema automatizzato di chiamata senza intervento di un operatore o del *telex* per scopi di invio di materiale pubblicitario o di vendita diretta, ovvero per il compimento di ricerche di mercato o di comunicazione commerciale interattiva, è consentito con il consenso espresso dell'abbonato"; mentre al comma 2, con riferimento a sistemi di telecomunicazioni più generalizzati, viene previsto che "Le chiamate per le finalità di cui al comma 1, effettuate con mezzi diversi da quelli ivi indicati, sono consentite ai sensi degli articoli 11 e 12 della legge." Sul punto si veda ATELLI M., *Privacy e telecomunicazioni*, Jovene Ed., 1999, pp. 1-335.

ni di terzi, come nell'ipotesi di intercettazioni delle comunicazioni dei propri dipendenti da parte del datore di lavoro, o delle autorità di pubblica sicurezza nello svolgimento di indagini giudiziarie.

Ma occorre ora verificare la reale capacità lesiva di tali strumenti, ad incominciare dall'effettiva configurabilità da parte di terzi del profilo dei gusti personali dell'utente di Internet attraverso un monitoraggio del suo utilizzo del nuovo *media*, e poi dalla possibilità concreta di intercettazione delle comunicazioni in transito sulla Rete.

2.7.1.1 Le possibilità lesive dei "data log", dei "cookie" e dei motori di ricerca

Per quanto riguarda innanzitutto la possibilità di ricostruire il profilo dell'utente di Internet, occorre distinguere le ipotesi in cui questo è consapevole delle informazioni personali che volontariamente immette sulla Rete, da quelle in cui tale immissione avvenga abusivamente e in maniera non trasparente: aspetto quest'ultimo che maggiormente ha attirato gli interessi scandalistici degli organi di informazione. Nel primo caso è lo stesso navigatore a fornire i propri dati personali, in genere attraverso la compilazione di un modulo o di un questionario, per accedere ad un determinato servizio (si pensi agli abbonamenti gratuiti a specifici siti *web*, o alle richieste di rimanere informati sugli aggiornamenti di determinati argomenti nei gruppi di discussione), oppure per acquistare un bene, o ancora al fine di scrivere nei c.d. *guest-book* un proprio commento o semplicemente un saluto: e quindi l'acquisizione delle informazioni avviene da parte del fornitore attraverso il consenso del soggetto titolare delle stesse, implicito nell'invio del modulo, oppure esplicitato attraverso apposite procedure.

La seconda ipotesi si verifica invece a livello tecnico, attraverso particolari programmi utilizzati nella gestione ordinaria dei servizi offerti in Rete: si rientra quindi nei già citati casi dei c.d. *log* e dei *cookie*, ma anche in quello dei motori di ricerca, specificamente di quelli che lavorano nell'ambito dei gruppi di discussione. Rispetto ai primi due esempi, occorre però precisare la loro concreta valenza lesiva, probabilmente esagerata alla luce dell'effettivo funzionamento tecnico degli indicati programmi¹³⁴. Infatti, per quanto riguarda il problema dei "data-log"¹³⁵, deve essere distinta la posizione del fornitore dell'accesso, l'unico che possa effettivamente

¹³⁴ "...Per conoscere esattamente cosa fa un operatore sulla Rete, bisogna disporre contemporaneamente dei *log-file* del *Service Provider* e dei *log-file* del *Content Provider*, per individuare quali contenuti siano visitati. Ma se non viene realizzata questa corrispondenza non sarà possibile tracciare l'attività in Rete dell'operatore" (così BARBUTI M., intervento alla Conferenza *Internet e privacy: quali regole?*, tenuta a Roma l'8 maggio 1998, in *Cittadini e società dell'informazione, Supplemento n.1 al Bollettino n. 5*, p. 132).

¹³⁵ I *data-log* sono le registrazioni generate automaticamente dal sistema dal fornitore dell'accesso ad Internet relative alle principali informazioni sui collegamenti alla Rete effettuate dai propri clienti: ogni volta cioè che l'utente si connette, il *provider* memorizza data e ora, durata del collegamento, numero di *I.P.* assegnato per quella determinata connessione, ed altre informazioni tecniche utili per diversi scopi (non ultimo il costituire prova del corretto adempimento delle obbligazioni relative al servizio offerto da parte del fornitore dell'accesso).

associare l'identità dell'abbonato connesso in un preciso momento (anche se in realtà è l'identità del titolare dell'abbonamento, e non di chi effettivamente utilizza l'elaboratore elettronico) all'I.P. concessogli per navigare, da quella del gestore dello specifico sito *web*, per il quale è impossibile sapere a chi corrisponda il determinato contatto telematico che naviga nella propria risorsa informativa.

Quindi il titolare di uno specifico servizio commerciale sulla Rete può sapere quali pagine del proprio sito sono state visitate, e quante volte (ed in questo modo determinare, ad esempio, l'interesse per un prodotto piuttosto che per un altro), al limite da quale *provider* o da quale Paese giunge l'accesso, ma non certamente chi sia l'individuo a cui corrisponde il singolo contatto: gli è quindi preclusa la possibilità di ricostruire il fantomatico "profilo" dei gusti e delle preferenze dei propri utenti, individuabili singolarmente. Invece il fornitore dell'accesso ad Internet, memorizzando nel registro dei *log* l'associazione nome dell'utente - numero I.P. concessogli, può ricostruire questa identità, ma non l'attività svolta in Rete dal suo abbonato¹³⁶. È chiaro che associando le informazioni a disposizione di entrambi i soggetti diventa possibile il monitoraggio dell'attività svolta dall'utente nell'ambito della sua connessione ad Internet: e proprio il configurarsi di questa ipotesi ha provocato di recente l'intervento dell'Autorità Garante della *privacy* del nostro Paese per dettare le regole da rispettare per evitare abusi nei confronti degli utenti¹³⁷.

Per quanto riguarda poi i programmi dedicati a far interagire il sistema del gestore del servizio con l'elaboratore elettronico dell'utente (ad esempio al fine di visualizzare le informazioni relative alla data del luogo di colui che accede al sito, oppure permettere una più veloce visualizzazione delle pagine, o una loro personalizzazione, ...), i c.d. *cookie*, anche in questo caso, ipotizzando che tali *software* giungano fino al punto di comunicare al fornitore il contenuto dell'*hard disk*, o altre informazioni relative al "navigatore", tali informazioni porterebbero però ad acquisire dati in realtà anonimi, cioè non collegabili alla persona. Ma l'ipotesi appena prospettata sembra poi comunque confliggere con il dato tecnico relativo alla natura e funzionalità dei *cookie*¹³⁸.

¹³⁶ In realtà il *provider* può anche giungere a conoscere in quali siti ha navigato il proprio utente, ma non in maniera semplice (si immagini le risorse impegnate soprattutto nel caso di fornitori di grandi dimensioni con numerosissimi abbonati), e non sulle singole pagine consultate, ma solo a livello più generale dei domini visitati.

¹³⁷ Si fa riferimento alla pronuncia del Garante rispetto al ricorso presentato dall'Associazione Alcei contro Infostrada avente ad oggetto il contratto per usufruire del servizio "Libero", abbonamento gratuito alla Rete: nella prima versione di tale contratto veniva stabilita proprio la possibilità per il *provider* di acquisire informazioni sui siti visitati dai propri clienti. Sul punto si veda oltre nel testo.

¹³⁸ Il *cookie* è infatti un piccolo *file* inviato da parte di un *server web* al programma del computer dell'utente dedicato alla navigazione su Internet (il c.d. *browser*), al fine di memorizzarci sopra specifiche informazioni (ad esempio la durata e le modalità dell'ultima visita a quel sito *web*, o qualsiasi altra notizia gli sia stata fornita volontariamente dallo stesso utente) per poterle poi recuperare successivamente. Il *browser* conserva questa richiesta in un *file* (chiamato appunto "*cookie.txt*"), fino a quando non si cambia sito o si interrompe il collegamento: a questo punto il *file* viene salvato sul disco rigido dell'utente e verrà inviato ad ogni successiva richiesta allo stesso *server* che identificherà così il visitatore. In effetti i *cookies* tengono traccia non dei singoli utenti, ma più precisamente dell'accesso a spe-

Una maggiore valenza lesiva della *privacy* dell'individuo sembrerebbero invece avere quei programmi che svolgono la funzione di consentire la ricerca di informazioni sui più differenti argomenti nell'enorme banca dati costituita dai milioni di siti *web* pubblicati nei diversi Paesi del mondo, i c.d. motori di ricerca: questi, in pochi secondi, permettono di trovare una o più parole presenti all'interno dei siti collegati alla Rete, con metodi di ricerca più o meno evoluti, ma in genere di sicura efficacia. Tra tali specifici *software* deve registrarsi l'esistenza di motori che svolgono le loro ricerche nel settore dei gruppi di discussione, o *Newsgroup*, cioè di quelle risorse che raccolgono i messaggi scritti da persone che partecipano agli scambi di opinioni in Rete aventi ad oggetto numerosissimi temi, talvolta anche delicati (con riferimento cioè ad argomenti riguardanti la politica, la religione, oppure la salute o i gusti sessuali): alcuni di questi motori consentono, in periodi di tempo anche estesi, di selezionare tutti i messaggi inviati al *gruppo* su uno specifico tema, oppure da un determinato utente, permettendo in tale modo a chiunque di ricostruire effettivamente il profilo, gli interessi, la personalità dello stesso¹³⁹.

2.7.1.2 Le possibilità di violazione della posta elettronica

Con riferimento poi la riservatezza della posta elettronica, si deve immediatamente specificare che i maggiori pericoli per l'utente non derivano dalla fase dinamica, quella della trasmissione del messaggio, ma dai momenti statici, quelli cioè in cui il messaggio è residente nell'elaboratore elettronico di colui che trasmette, di colui che riceve, o dei *provider* che gestiscono le caselle postali elettroniche degli utenti¹⁴⁰. Infatti, nella fase dinamica, le possibilità di intercettazione da parte di terzi del messaggio sono minime a causa delle stesse peculiarità tecniche di Internet, e della sua enorme diffusione: dal primo punto di vista, le caratteristiche tecniche, è proprio il protocollo di trasmissione che è alla base della Rete, il *TCP/IP* (*Transmission Control Protocol/Internet Protocol*) a rendere estremamente difficile l'intercettazio-

cifici documenti da parte di singoli *browser*. Per quanto riguarda la sicurezza, sono stati stabiliti dei limiti precisi: ogni *cookie* non può essere più grande di 4 Kb, ogni *browser* non può conservare più di 300 *cookie* contemporaneamente, inoltre ogni singolo *server web* non ne può avere più di 20 per i suoi scopi. Questo significa che la cosa più dannosa che possa essere fatta attraverso questi *software* è occupare dello spazio sull'*hard disk* dell'utente, ma comunque non più di 1.2 Mb (se tutti i 300 *cookie* fossero stati creati e fossero di 4 Kb), mentre di solito non si superano i 50 Kb totali (dato che in media sono lunghi circa 100 byte).

¹³⁹ Il principale motore di ricerca che permette questo tipo di applicazione è *Deja News*, consultabile all'indirizzo *web* <http://www.dejanews.com>, ed in particolare le sue funzioni di ricerca evolute.

¹⁴⁰ Il servizio di *e-mail* si svolge infatti attraverso la necessaria intermediazione del gestore del servizio, in genere il *provider* (oggi anche coloro che permettono di avere caselle postali aggiuntive a prescindere dall'abbonamento alla connessione, come, ad es., "Hot Mail", all'indirizzo <http://www.hotmail.com>), che dedica uno spazio di memoria del proprio elaboratore ad ogni suo utente. Il messaggio che si invia ad un determinato destinatario non viene quindi recapitato direttamente nel suo computer, ma prima giunge in quello del gestore: solo successivamente, quando il destinatario si collegherà al proprio fornitore del servizio, e controllerà la sua posta elettronica, riceverà il messaggio (in genere a questo punto cancellandolo da quello del gestore).

ne¹⁴¹; dal secondo punto di vista, la diffusione del nuovo *media*, calcolando che ogni secondo vengono trasmessi su Internet più di 4.000 messaggi¹⁴², porta le possibilità di individuare l'*e-mail* che si desidera acquisire quasi a zero¹⁴³. Invece, come si è detto, sono più concreti i pericoli di violazione della riservatezza dei messaggi elettronici nella fase statica: sia attraverso eventuali accessi abusivi di terzi negli elaboratori dei vari soggetti coinvolti nell'attività di messaggistica¹⁴⁴, sia ad opera dello stesso gestore del servizio, che eccede i suoi compiti e le sue funzioni andando ad aprire le caselle postali elettroniche dei propri utenti al di fuori di specifici motivi di servizio¹⁴⁵.

Da questa breve descrizione è possibile trarre comunque conferma, una volta condotti ad una corretta dimensione gli aspetti tecnici della Rete che in qualche modo vanno ad influire sul trattamento dei dati personali (e quindi essenzialmente ridimensionati gli eccessivi allarmismi relativi a tali fattispecie), dell'ulteriore capacità lesiva della riservatezza dell'individuo che hanno acquisito le nuove tecnologie in seguito all'avvento di Internet, le cui implicazioni e conseguenze a livello giuridico verranno esaminate nei prossimi paragrafi. Esame condotto tenendo presente che la *privacy* viene influenzata da Internet sotto due diversi punti di vista: da un lato, per quanto riguarda le intercettazioni e la sorveglianza elettronica (sia da parte di soggetti pubblici, sia da parte di privati); dall'altro, con riferimento all'attività di trattamento dei dati riguardanti la persona, argomento del prossimo paragrafo.

2.7.2 Internet e la disciplina dell'elaborazione informatica di dati personali

Pur ridimensionando l'eccessivo allarme suscitato in genere dalla disinformazione

¹⁴¹ Tramite il *TCP/IP* infatti il messaggio viene scomposto in pacchetti, inviati indipendentemente l'uno dall'altro su percorsi probabilmente diversi: così, anche riuscendo ad intercettare un pacchetto, non si riuscirebbe a ricostruire il resto del messaggio, che magari ha seguito percorsi diversi per arrivare al destinatario.

¹⁴² Così in RESNICK R. - TAYLOR D., *The Internet business guide: riding the information superhighway to profit*, Sams Publishing, 1994, p. 25.

¹⁴³ Affermazione da precisare collegandola allo stato attuale della tecnica e con riferimento a normali investimenti economici e tecnici volti all'intercettazione.

¹⁴⁴ E tra i terzi che accedono abusivamente alla posta elettronica devono essere considerati anche i responsabili dei sistemi nelle reti c.d. aziendali, cioè coloro che, per motivi tecnici o "amministrativi" (gli addetti alla manutenzione del sistema informatico e telematico dell'azienda, ma anche i dirigenti della stessa per controllare i propri dipendenti), dispongono della possibilità di aprire, leggere ed eventualmente modificare le *e-mail* degli impiegati. Sul punto si veda oltre nel testo.

¹⁴⁵ Infatti il *provider* spesso è obbligato, sia per la manutenzione ordinaria del sistema, sia per eventuali interventi straordinari, ad accedere allo spazio di memoria del proprio computer dedicato ad un determinato utente, la sua "casella postale". Motivo per cui è oramai pacifica in genere la sua esenzione dai divieti posti a tutela della segretezza della corrispondenza elettronica, quando le eventuali ingerenze sono motivate da specifici e dimostrabili esigenze tecniche (si veda ad esempio, con riferimento agli U.S.A., quanto riportato in LANCE R., *NetLaw*, McGraw-Hill, 1995, pp. 119 e ss.). Non così nel nostro Paese, dove è stata approvata, nell'ambito della disciplina della firma digitale, una norma che impedisce espressamente al gestore del servizio di procedere in tal senso (è l'art. 13 del D.P.R. 10 novembre 1997, n. 513, su cui si veda CIACCI G., *La firma digitale*, *Il Sole 24 Ore*, 2000, p. 132 e 133), argomento sul quale si veda oltre nel testo.

tecnica sul nuovo *media*, è stato in ogni caso accertato che le enormi potenzialità di Internet accrescono comunque il pericolo di ledere la vita privata degli individui coinvolti in diverso modo nell'attività che si svolge nel *cyberspazio*, per motivi ludici o professionali, occasionalmente o sistematicamente¹⁴⁶.

Alle attività connesse all'uso della Rete, non ultime quelle proprie dell'*e-commerce*, si debbono quindi applicare le regole proprie delle leggi (o quelle elaborate dalla giurisprudenza, nei sistemi di *common law*) in materia di trattamento di dati personali, oramai presenti in tutti i Paesi maggiormente industrializzati. Relativamente a tale scelta interpretativa, l'applicabilità delle indicate normative, si è svolto un acceso dibattito tra gli operatori del settore, la cui intensità è stata direttamente proporzionale all'aumento del numero degli utenti di Internet nel mondo, allo sviluppo del commercio elettronico, alle applicazioni delle discipline in materia di tutela della *privacy* relativamente alle attività svolte in Rete. Le posizioni contrapposte nell'ambito di tale dibattito sono state essenzialmente due, riconducibili a precise scelte di politica commerciale dei singoli Paesi¹⁴⁷: da una parte, quella che reputa più opportuno lasciare all'autoregolamentazione da parte degli stessi protagonisti dei sistemi comunicativi la protezione della *privacy*, posizione assunta essenzialmente dagli U.S.A.; dall'altra quella che prevede invece la costituzione di un sistema che attraverso regolamentazioni legislative e convenzioni internazionali arrivi a garantire la protezione dei dati personali in ogni attività *on line*, scelta attuata in genere nei Paesi dell'Unione Europea¹⁴⁸. Alla luce di tali posizioni contrapposte l'Italia ha ritenuto di sostenere l'opportunità di seguire una terza via che, pur considerando preminente la necessità dell'intervento normativo nel delicato settore, tuttavia non trascuri anche il valore dei codici di autodisciplina, sia pure quale momento integrativo¹⁴⁹ del primo.

Non avendo ancora portato l'interessante dibattito appena esaminato una soluzione definitiva al tema oggetto del presente studio, occorre allo stato in ogni caso verificare se e come la disciplina dettata in materia di trattamento dei dati personali, e quindi nel nostro Paese la legge n. 675/1996, possa applicarsi ai trattamenti che avvengono a distanza, o comunque attraverso la rete Internet o in situazioni strettamente connesse a Internet.

¹⁴⁶ "Questi problemi relativi alla *privacy* non sono cominciati con Internet, e non possono essere risolti controllando quello che accade in tutti, o quasi, i siti. Le difficoltà insorgono quando le informazioni si spostano tra siti, o al di fuori di essi in luoghi dove persone o aziende formano archivi con dati presi da siti, *mailing list*, elenchi telefonici, notiziari,..." così DYSON E., *Release 2.0. Come vivere nell'era digitale*, Mondadori, Milano, 1997, p. 205.

¹⁴⁷ Si veda a tale proposito SANTANIELLO G., *La privacy telematica: problemi e prospettive*, in *Iter Legis*, R.I.S.L. Ed., 1998, pp. 9-12.

¹⁴⁸ A tale proposito nel luglio del 2000 è stata adottata dall'Unione Europea una proposta di direttiva relativa al trattamento dei dati personali e alla tutela della vita privata nel settore delle comunicazioni elettroniche (proposta COM 2000 (385), su Internet all'indirizzo http://europa.eu.int/eurlex/it/com/dat/2000/it_500PC0385.html consultato il 10 gennaio 2001). Suoi aspetti principali riguardano il divieto di inviare agli utenti comunicazioni pubblicitarie non richieste (art. 13, che vieta quindi il c.d. *spamming*), di memorizzare i dati dei propri abbonati o degli utenti senza esplicita autorizzazione (artt. 6 e 9), l'affermazione della tutela della riservatezza delle comunicazioni elettroniche (art. 5).

¹⁴⁹ Così BUTTARELLI G., *Una terza via per la tutela*, in *Il Sole 24 Ore*, 9 maggio 1998.

2.7.2.1 Applicabilità della legge n. 675/1996 all'attività di trattamento di dati personali connessa Internet

Alla luce dell'indicata verifica, si può affermare che in ogni caso la legge n. 675/1996 non sembra subire particolari forzature nella sua applicazione alle indicate attività di trattamento nel loro momento c.d. "statico", relativo cioè all'attività di trattamento in sé¹⁵⁰: il *provider* che svolge attività nel nostro Paese, nel momento in cui compia un trattamento di dati personali nell'ambito di applicazione della legge n. 675, dovrà dunque rispettarne la disciplina¹⁵¹. Né si rilevano grosse differenze nell'ipotesi in cui l'attività di fornitura del servizio o delle informazioni sia prestata da una Pubblica Amministrazione (si pensi alla pubblicazione sulla Rete della graduatoria di un concorso, oppure dell'elenco dei dipendenti di un determinato ufficio): anche in tale ipotesi, infatti, si applicheranno le regole stabilite nella legge n. 675, e nelle sue modificazioni e integrazioni successive. Soluzione coerente con la concezione di Internet quale semplice strumento di comunicazione ed informazione, come prospettata nel paragrafo 1 del presente scritto¹⁵².

Così, in materia di raccolta delle informazioni, avvenga essa in forma esplicita o implicita¹⁵³, se tale attività coinvolge dati personali¹⁵⁴, sarà necessario richiedere il consenso del soggetto cui le informazioni si riferiscono, consenso che dovrà essere "espresso liberamente in forma specifica e documentata per iscritto" (si veda a tale

¹⁵⁰ Contrapposta a quella dinamica, cioè quella in cui l'attività di trattamento avviene attraverso il passaggio dei dati personali tra i diversi punti della Rete, rispetto alla quale, a causa delle caratteristiche proprie di Internet, sorgono delle effettive difficoltà, come si vedrà nel prossimo paragrafo.

¹⁵¹ "La legge sulla *privacy* regola la diffusione dei dati personali in maniera uniforme, a prescindere dal mezzo utilizzato. Essa infatti prevede un'analoga disciplina sia per la diffusione di un elenco di dati personali attraverso una pubblicazione, sia per la messa a disposizione dell'elenco su Internet mediante una pagina *web* consultabile da chiunque si colleghi in rete. Le norme sulla tutela dei dati personali si applicano, infatti, a tutte le operazioni di trattamento effettuate con o senza ausilio di mezzi elettronici" (da GARANTE PER LA PROTEZIONE DEI DATI PERSONALI, *Comunicato n. 6, La diffusione di un elenco di dati su Internet deve rispettare la legge sulla privacy*, 14 giugno 1999, in *Cittadini e società dell'informazione*, giugno-settembre 1999, p. 84).

¹⁵² Anche le difficoltà relative all'individuazione, tra i soggetti coinvolti nei trattamenti di dati personali che avvengono su o tramite Internet, di coloro a cui si rivolgono le disposizioni della legge n. 675, in realtà sono non difficilmente superabili procedendo ad un esame attento della realtà tecnica con cui si opera sulla Rete.

¹⁵³ Sul punto si vedano le considerazioni ed esempi fatti nelle altre parti del testo.

¹⁵⁴ Nell'art. 1, comma 2, lett. c), della legge n. 675, si definisce il dato personale come "qualunque informazione relativa a persona fisica, persona giuridica, ente od associazione, identificati o identificabili, anche indirettamente, mediante riferimento a qualsiasi altra informazione, ivi compreso un numero di identificazione personale", e l'attività di trattamento come "qualunque operazione o complesso di operazioni, svolti con o senza l'ausilio di mezzi elettronici o comunque automatizzati, concernenti la raccolta, la registrazione, l'organizzazione, la conservazione, l'elaborazione, la modificazione, la selezione, l'estrazione, il raffronto, l'utilizzo, l'interconnessione, il blocco, la comunicazione, la diffusione, la cancellazione e la distruzione di dati": concetti quindi notevolmente ampi che estendono di molto le ipotesi in cui la trasmissione delle informazioni rientri nell'ambito di applicazione della legge.

proposito l'art. 11 della legge n. 675), successivamente comunque all'informativa prestata all'interessato circa i propri diritti, i fini e le modalità del trattamento, l'indicazione del responsabile dello stesso (elementi previsti dall'art. 10). Tali norme devono essere rispettate anche nel caso di predisposizioni di un formulario elettronico da parte del gestore di un determinato servizio offerto sulla Rete, ma anche per la conservazione dei dati personali che ne risultano, rispettando precise modalità di sicurezza, e per la loro eventuale comunicazione e diffusione.

Così, ancora, con riferimento al trattamento dei dati maggiormente lesivi della riservatezza e dell'identità personale dell'individuo, quelli c.d. sensibili¹⁵⁵, sarà necessario, oltre al consenso, anche l'autorizzazione del Garante. Se poi il trattamento collegato all'attività su Internet avviene "nell'esercizio della professione di giornalista e per l'esclusivo perseguimento delle relative finalità"¹⁵⁶, rispettando in genere "i limiti del diritto di cronaca, ed in particolare quello dell'essenzialità dell'informazione riguardo a fatti di interesse pubblico", oppure nel caso in cui si tratti di "dati relativi a circostanze o fatti resi noti direttamente dall'interessato o attraverso i suoi comportamenti in pubblico" (art. 25, legge n. 675/1996)¹⁵⁷, non ci sarà bisogno né di consenso, né di autorizzazione: a meno che non si verifichi l'ipotesi di dati idonei a rilevare lo stato di salute e la vita sessuale, per i quali torna la necessità del consenso dell'individuo.

Così, infine, rispetto ai nuovi obblighi introdotti, ad integrazione della disciplina in materia di trattamento dei dati relativi alla persona, dal D.Lgs. 13 maggio 1998, n. 171: ed in particolare rispetto alla sicurezza ed alla riservatezza del servizio di telecomunicazione (art. 2, comma 1), al trattamento dei dati personali relativi al traffico ed alla fatturazione del servizio (art. 4) o all'elenco degli abbonati (art. 9)¹⁵⁸. Ma anche con riferimento all'ipotesi in cui su Internet vengano trattati dati sensibili della persona da parte di un soggetto pubblico, ipotesi che vedrà applicarsi, come si è detto, la disciplina del D.Lgs. 135/1999: ad esempio il suo art. 3 ("Dati trattati"), che impone l'obbligo di "trattare i soli dati essenziali per svolgere attività istituzionali che non possono essere adempiute, caso per caso, mediante il trattamento di dati anonimi o di dati personali di natura diversa", o ancora rispetto alle misure minime di sicurezza disciplinate dal D.P.R. 28 luglio 1999, n. 318, norma che impone una serie di obblighi di non facile adempimento al titolare del trattamento.

¹⁵⁵ I dati sensibili sono quelle informazioni che hanno una particolare capacità di incidere sulla riservatezza dei singoli individui e di determinare discriminazioni sociali particolarmente rilevanti. Relativamente alla loro disciplina si vedano gli artt. 22-24 della legge 675, ed in particolare lo scritto di ZENO-ZENCOVICH V., *Commento all'art. 22*, in AA.VV., *Tutela dei dati personali. Commentario alla legge 675/96*, CEDAM, Padova, 1999, pp. 274 e ss., e CIRILLO G.P., *Il trattamento pubblico dei dati sanitari*, in LOIODICE A.-SANTANIELLO G. (a cura di), *La tutela della riservatezza*, CEDAM, Padova, 2000, pp. 339-369.

¹⁵⁶ Si pensi a quei siti *web* nei quali viene fornito un servizio informativo di tipo giornalistico.

¹⁵⁷ Testo risultante dalle modifiche introdotte dal D.Lgs. 13 maggio 1998, n. 171, recante "Disposizioni in materia di tutela della vita privata nel settore delle telecomunicazioni, in attuazione della direttiva 97/66/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, e in tema di attività giornalistica".

¹⁵⁸ Su tale decreto si veda il recente scritto di ATELLI M., *Privacy e telecomunicazioni*, cit.

2.7.2.2 Applicabilità della legge n. 675/1996 alla trasmissione di dati personali attraverso Internet

Invece problemi nell'applicazione della disciplina sulla tutela dei dati relativi alla persona sorgono nel momento "dinamico" delle attività di trattamento di informazioni personali correlate alla Rete: quello cioè del passaggio di dati tra diversi "siti" di Internet (termine inteso questa volta in maniera generica, nel senso di "punto della Rete"), e quindi quello del passaggio di informazioni tra i diversi computer collegati telematicamente. Siano dunque essi elaboratori che stanno scambiando posta elettronica, oppure consultando informazioni rese disponibili sul *web*, o addirittura, e questa volta in maniera "invisibile" all'utente, svolgendo le istruzioni impartite da un determinato *cookie*: attività che in ogni caso portano al passaggio di dati da un luogo ad un altro. Ipotesi in particolare collegata, nell'ambito delle leggi sui trattamenti dei dati personali, alle scelte normative relativamente alla comunicazione e diffusione transnazionale di dati¹⁵⁹, quando il passaggio avviene tra elaboratori dislocati in Paesi diversi.

Ed infatti, proprio a tale proposito, la legge italiana in materia non risulta essere molto chiara: anzi, forse più che di mancata chiarezza, si deve parlare di mancata coerenza con un sistema di distribuzione delle informazioni diventato di uso comune, Internet appunto, certamente non tenuto in considerazione quando si è redatto il testo delle disposizioni sull'argomento. Né in tal senso sembrano aiutare, se non apportando addirittura altri elementi di dubbio, le integrazioni approvate dal Governo in attuazione della legge-delega del 31 dicembre 1996, n. 676, a fronte comunque della mancanza di una specifica produzione in tal senso, nonostante proprio l'esplicita previsione dell'art. 1, comma 1, lett. n) della stessa, oggi in ogni caso scaduta¹⁶⁰. Ci si riferisce in particolare ai problemi diretta conseguenza¹⁶¹ del sistema costruito dal combinato disposto di due gruppi di norme della legge n. 675/1996: da una parte dagli artt. 2 e 6, relativi all'ambito di applicazione della stessa discipli-

¹⁵⁹ Relativamente alle quali, con riferimento all'attività su Internet svolta dalla P.A., si devono comunque tenere presenti anche le eccezioni stabilite per i trattamenti dei dati personali svolti dai soggetti pubblici.

¹⁶⁰ L'art. 1, comma 1, lett. n) della legge n. 676 testualmente dispone, nell'ambito dei compiti che il Governo dovrà svolgere in esecuzione della delega, "stabilire le modalità applicative della legislazione in materia di protezione dei dati personali ai servizi di comunicazione e di informazione offerti per via telematica, individuando i titolari del trattamento di dati inerenti i servizi accessibili al pubblico e la corrispondenza privata, nonché i compiti del gestore anche in rapporto alle connessioni con reti sviluppate su base internazionale".

¹⁶¹ Si ricordi a tale proposito che Internet ha reso possibile una modalità comunicativa del tutto nuova, creando una forma di attività economica e sociale peculiare (tanto da condurre i maggiormente entusiasti del nuovo fenomeno ad immaginare scenari originali chiamati "*cyberspazio*", quale luogo, o non luogo, di esplicazione della propria personalità), e portando allo sviluppo di diverse applicazioni relative a fenomeni già esistenti: situazione, tra l'altro, in continuo divenire e che solleva, quale conseguenza immediata, la necessità di sottoporre a verifica le categorie tradizionali del pensiero umano, non ultime quelle giuridiche. E questo è l'approccio con cui ci si dovrebbe avvicinare all'esame della disciplina creata dalla legge n. 675/1996 nel momento della sua applicazione alla "Rete delle reti".

na¹⁶²; dall'altra dagli artt. 28 e 35, comma 2, dedicati alla disciplina del trasferimento di dati all'estero¹⁶³.

Rispetto alla seconda fattispecie appena indicata la disciplina italiana sembra mostrare un'apparente inapplicabilità. Infatti, tenendo presente che "porre in linea" su Internet, nell'ambito magari di un sito *web*, un elenco di dati personali implica il suo trasferimento in Rete, e quindi verso tutti i Paesi collegati alla stessa, si può concludere circa la necessità di osservare anche in questo caso il disposto dell'art. 28. Così, chiunque voglia compiere tale attività dovrà effettuarne specifica notificazione al Garante, che a sua volta dovrà controllare le caratteristiche delle normative dei diversi Stati che hanno accesso ad Internet (che dovranno quindi, a seconda dei casi, essere adeguate, o equivalenti, a quella italiana) prima di decidere se consentire o vietare quel determinato "trattamento". Per poi concludere vietandolo nei confronti di alcuni Paesi, nel caso i requisiti dell'adeguatezza o dell'equivalenza della disciplina dello Stato destinatario non vengano soddisfatti, oppure consentendolo in caso contrario. La difficoltà, apparentemente insormontabile, sorge nel momento in cui si tiene presente che i Paesi collegati sono circa 170, portando quindi il compito dell'ufficio del Garante ad un impegno eccessivo, e forse non realizzabile; e soprattutto che, a livello tecnico, è impossibile impedire, o comunque gestire, la diffusione verso solo alcuni dei Paesi collegati alla Rete e non altri. Ed è proprio questo secondo punto a creare le maggiori difficoltà agli utenti di Internet. Infatti, nell'eventualità in cui il Garante vieti, ex art. 28 della legge n. 675/1996, la trasmissione dei dati personali verso uno o più determinati Stati, il soggetto che ha effettuato la richiesta

¹⁶² Art. 2, *Ambito di applicazione*: "La presente legge si applica al trattamento di dati personali da chiunque effettuato nel territorio dello Stato"; art. 6, *Trattamento di dati detenuti all'estero*, comma 1: "1. Il trattamento nel territorio dello Stato di dati personali detenuti all'estero è soggetto alle disposizioni della presente legge". Il combinato disposto degli indicati articoli, oltre all'ampia accezione data al concetto di "trattamento" nelle definizioni della legge, portano la stessa ad obbligare alle sue previsioni non solo il soggetto che acquisisce informazioni, ma anche il fornitore delle stesse, siano essi italiani o stranieri: unica condizione che il trattamento avvenga nel territorio dello Stato, e quindi la presenza di almeno uno dei due soggetti in tale territorio. Questo creando conseguenze estremamente onerose per l'utente della Rete, e dunque ponendo seri ostacoli alla diffusione del nuovo strumento di manifestazione del pensiero e di distribuzione della conoscenza, e quindi all'esercizio di diritti fondamentali dell'individuo.

¹⁶³ Art. 28, comma 2 "Il trasferimento anche temporaneo fuori del territorio nazionale, con qualsiasi forma o mezzo, di dati personali oggetto di trattamento deve essere previamente notificato al Garante, qualora sia diretto verso un Paese non appartenente all'Unione europea o riguardi taluno dei dati di cui agli artt. 22 e 24"; comma 3: "Il trasferimento è vietato qualora l'ordinamento dello Stato di destinazione o di transito dei dati non assicuri un livello di tutela delle persone adeguato ovvero, se si tratta dei dati di cui agli artt. 22 e 24 (n.d.r. dati sensibili e sanitari), di grado pari a quello assicurato dall'ordinamento italiano. Sono valutate anche (...)". In pratica, ricevuta la notifica di cui al comma 1, il Garante deve verificare che nel Paese verso il quale si intende trasmettere i dati personali sia presente una normativa a tutela degli stessi, che consenta un livello di protezione *adeguato*, nel caso di dati personali in genere, *di grado pari a quello assicurato nell'ordinamento italiano*, nel caso si tratti di dati sensibili. In caso tali condizioni non vengano rispettate, può essere vietato il trasferimento: chi lo effettui lo stesso nonostante il divieto, oppure prima che siano trascorsi i termini previsti nell'art. 28, comma 2, si espone all'applicazione di sanzioni penali anche gravi, previste dall'art. 35, comma 2 (in particolare la reclusione da 3 mesi a 2 anni).

di autorizzazione, nell'impossibilità tecnica (almeno al momento attuale) di adeguarsi a tale decisione, sarà costretto a non osservare il provvedimento, oppure a cessare la sua attività in Rete ¹⁶⁴.

Ed anche in questo caso occorre rilevare il serio pericolo di impedire l'esercizio di diritti fondamentali dell'individuo, tra i quali in particolare quello di manifestare liberamente il proprio pensiero, nonché quello di porre ostacoli alle attività di commercio elettronico, soprattutto nella sua fase attuale di espansione e consolidamento.

2.7.2.3 La posizione del Garante in materia di offerta di accesso gratuito ad Internet

Ultimamente in Italia si è avuta una netta crescita degli abbonati ad Internet, in parte perché è maturata l'esigenza di partecipare al nuovo rivoluzionario fenomeno del mondo della comunicazione, ma soprattutto perché diverse società che operano nel settore hanno iniziato ad offrire con grande successo sul mercato la possibilità di collegamento gratuito ad Internet (cioè senza abbonamento annuale al fornitore dell'accesso). Il rientro economico per tali società, a copertura delle spese per gestire un servizio che comunque deve essere efficiente a prescindere dalla sua gratuità, è rappresentato dallo sfruttamento della pubblicità: o direttamente per gli ulteriori servizi offerti in proprio dalle stesse, o indirettamente attraverso la vendita dell'opportunità di far conoscere le offerte di altri fornitori mediante Internet. In entrambi i casi il vero valore aggiunto della pubblicità sulla Rete è dato dalla possibilità di indirizzare con maggiore precisione il messaggio pubblicitario al presunto interessato allo stesso. Le modalità per acquisire tale precisione sono diverse, talvolta non esattamente trasparenti: come nel caso di un noto *provider* che, nei primi tempi della nascita delle offerte di accesso gratuito ad Internet, faceva sottoscrivere ai suoi utenti un contratto in cui veniva espressamente prevista (e conseguentemente obbligatoriamente accettata) la sua facoltà di acquisire tutte le informazioni relative all'uso della Rete da parte dell'utente ¹⁶⁵.

In seguito ad un ricorso proposto da un'associazione di categoria, il Garante ha inti-

¹⁶⁴ Potrebbero portare ad una soluzione dell'indicato problema le ipotesi di consenso preventivo al trasferimento, previste nel comma 4 dell'art. 28, e riportare le considerazioni in materia di una dottrina che ritiene che per evitare problemi i *provider* si muniranno, in sede contrattuale, del consenso espresso dell'interessato al trasferimento dei suoi dati personali anche verso Paesi che non garantiscano i livelli di tutela richiesti dall'art. 28 (così BUTTARELLI G., *Banche dati e tutela della riservatezza*, cit., p. 582). Ma questa soluzione non permette comunque di superare l'indicata difficoltà per coloro che *provider* non sono.

¹⁶⁵ In particolare veniva riservata al fornitore la possibilità di monitorare la navigazione dell'utente, consentendogli quindi di conoscere le varie pagine *web* consultate dai suoi clienti. La gravità della questione non veniva certo limitata dall'impegno dello stesso a non divulgare le informazioni relative ai dati sensibili dei vari navigatori (tra l'altro anche perché per considerare tali le informazioni relative all'uso della Rete occorreva in ogni caso venirne a conoscenza). Sulla vicenda si veda l'articolo di MORGOGGLIONE C., *Free Internet, Rodotà detta le regole*, pubblicato nel quotidiano *on line* "La Repubblica.it", 20 gennaio 2000, all'indirizzo http://www.repubblica.it/online/tecnologie_internet/free/free/free.html consultato il 9 novembre 2000.

mato al fornitore dell'accesso di eliminare le clausole illegittime ¹⁶⁶, e nello stesso tempo ha dettato alcuni principi che devono essere seguiti da tutti i gestori dei servizi su Internet.

Così, il fornitore del bene o servizio che tratti dati personali dei propri clienti dovrà chiarire i termini del contratto prima di chiedere le generalità di colui che ha effettuato la domanda di abbonamento; riepilogare in maniera chiara e sintetica, in un unico paragrafo, il modo con cui verranno trattate le informazioni fornite dal navigatore; ricordare i diritti dell'interessato stabiliti dalla legge n. 675/1996, ed in particolare: collocare il messaggio che informa l'utente prima della richiesta di registrazione dei propri dati, riferire tutti gli aspetti del trattamento svolto dal fornitore, riepilogando in maniera chiara e sintetica le notizie che sono magari sparse nel contratto, integrarlo con un richiamo ai diritti di accesso attribuiti agli interessati dalla legge n. 675.

Principi comunque ricavabili dalla disciplina in materia, anche a prescindere dal comunicato del Garante, a dimostrazione che, considerando l'attività di trattamento in sé, anche se collegata ad Internet, in una fase che si è definita "statica", non sorgono particolari problemi per tutelare i dati personali dell'individuo.

2.7.3 Tutela della riservatezza di documenti, corrispondenza, e comunicazioni in transito su Internet

Oltre a quanto già detto relativamente all'applicazione della disciplina della legge n. 675 all'attività di trattamento svolto dal soggetto che utilizza Internet per diversi scopi (fornire o acquisire informazioni o servizi), uno dei problemi maggiormente avvertiti con riferimento al rapporto tra riservatezza ed Internet riguarda la tutela della segretezza e sicurezza delle comunicazioni attraverso il nuovo *media*, problema sollevato fin dalle iniziali esperienze dei primi utilizzatori della Rete, in particolare, quindi, negli Stati Uniti.

Infatti la massima facilità ed efficienza nella corrispondenza delle proprie idee, acquisita proprio grazie all'invenzione dello strumento telematico, vede quale obbligata contropartita a livello tecnico la massima facilità di accesso a tali idee anche da parte di soggetti estranei a quella determinata comunicazione: a partire dai gestori dei sistemi informatici atti a rendere possibile il servizio, considerando anche i diversi responsabili delle reti aziendali o comunque ad accesso controllato, fino ai casuali, o meno, intercettatori dei messaggi. Da qui l'esigenza di proteggere in qualche modo la sicurezza e la segretezza delle corrispondenze elettroniche: non solo a livello tecnico, ma anche e soprattutto a livello giuridico.

¹⁶⁶ Alla luce delle numerose critiche riservate all'iniziativa da parte degli organi di informazione e delle associazioni di categoria, ma anche degli stessi utenti, il *provider* in questione ha preferito eliminare le indicate clausole, ma ha provato anche a proporre un'altra soluzione: l'analisi dei comportamenti *on line* svolta non in assoluto su tutti i siti visitati, ma sulla base di un catalogo predefinito (verrebbe cioè controllato se l'abbonato guarda, o meno, i siti presenti in un elenco stabilito "a priori" dal fornitore, e rappresentativi di varie categorie di prodotti o servizi). Alla data di redazione del presente scritto il Garante deve ancora rispondere all'indicata proposta, che comunque non sembra variare di molto i termini del problema.

A tale proposito si può distinguere il problema della tutela della riservatezza di documenti, corrispondenze ed informazioni in transito su Internet dalle ingerenze di soggetti pubblici (in questo caso ci si riferisce alle fattispecie correlate alle attività investigative), rispetto alla tutela della riservatezza di tali comunicazioni dalle ingerenze di soggetti privati (ipotesi che può comprendere anche l'attività di controllo della P.A. sui propri dipendenti che utilizzano le nuove forme di comunicazione).

Per quanto riguarda il primo caso, in tutte le legislazioni dei Paesi più avanzati tecnologicamente è prevista una disciplina in materia, in genere mutuata, espressamente o in via interpretativa, da quella emanata con riferimento alle tecnologie di telecomunicazioni tradizionali, come la radio o il telefono.

In Italia, la disciplina delle intercettazioni "di conversazioni o comunicazioni telefoniche e di altre forme di telecomunicazione" è prevista nell'art. 266 C.P.P., che le ammette nelle ipotesi di procedimenti relativi a reati di particolare gravità (quelli, ad esempio, per cui è prevista la pena della reclusione superiore nel massimo a 5 anni). Disciplina che è stata poi integrata dalla legge 23 dicembre 1993, n. 547, in tema di criminalità informatica, che ha inserito nello stesso codice un art. 266 *bis*, dal titolo "Intercettazione di comunicazioni informatiche o telematiche": estendendo in questo modo la possibilità di perseguimento dei reati enumerati nel citato art. 266, a cui è stata aggiunta un'ipotesi specifica, quella dei reati "commessi mediante l'impiego di tecnologie informatiche o telematiche"¹⁶⁷. Anche in questo caso, l'intercettazione è consentita solo nell'ambito di procedure relative a reati di particolare gravità, o compiute mediante tecnologie di pari livello rispetto a quelle impiegate per effettuare concretamente l'intervento¹⁶⁸.

L'ipotesi in cui i soggetti che procedono all'intercettazione ed al controllo delle informazioni in transito sulla Rete siano dei privati è disciplinata in genere in maniera più rigida, spesso anche con la previsione di sanzioni penali in capo a chi viola il segreto o la riservatezza della comunicazione telematica.

Dal diritto americano (abbia esso fonte nella Costituzione o nel diritto giurisprudenziale), a quello canadese, dal diritto francese a quello inglese, sanzioni pecuniarie o detentive vengono comminate in particolare a chi acceda illecitamente alle informazioni memorizzate in un sistema informatico, intercetti o tenti di intercettare intenzionalmente qualsiasi comunicazione elettronica, divulghi o sfrutti volontariamente il contenuto dei messaggi in transito sui sistemi telematici¹⁶⁹.

¹⁶⁷ Secondo un autore (BUONOMO G., *Metodologia e disciplina delle indagini informatiche*, in AA.VV., *Profili penali dell'informatica*, Giuffrè, Milano, 1994, p. 138) l'ipotesi aggiunta configura in realtà la possibilità di estendere la portata della disciplina a tutti i casi in cui il procedimento abbia ad oggetto l'accertamento di reati commessi con le nuove tecnologie, e non solo ai reati enumerati nell'art. 266 C.P. Sull'art. 266 *bis* si veda anche GALDIERI P., *Teoria e pratica nell'interpretazione del reato informatico*, Giuffrè, Milano, 1997, pp. 200 e ss.; SARZANA C., *Informatica e diritto penale*, Giuffrè, Milano, 1994, pp. 223 e ss.

¹⁶⁸ Sul concetto di "tecnologie informatiche e telematiche" si veda BUONOMO G., *op. cit.*, p. 143.

¹⁶⁹ Addirittura secondo l'art. 368 del codice penale francese l'attività di annotare, registrare, o anche semplicemente ascoltare discorsi di una persona senza il suo consenso, integra la fattispecie di "attentato alla vita privata", sanzionato penalmente.

Eccezione a tale disciplina, pur con le dovute precisazioni, viene tendenzialmente stabilita con riferimento all'attività del gestore dei servizi telematici su Internet, in genere il *provider*; per gli aspetti tecnici, o il *webmaster*, per quelli contenutistici, per diversi motivi: quando l'intercettazione ed il controllo sia funzionale per l'amministrazione ottimale dello stesso sistema informatico, per la tutela dei diritti e della proprietà del gestore, quando sia espressione del monitoraggio occasionale necessario ai controlli sul buon funzionamento meccanico o qualitativo del servizio. Nel diritto italiano, il divieto di intercettazioni delle informazioni in genere, di quelle elettroniche in particolare, è stabilito nel codice penale, modificato ed integrato dalla già ricordata legge 23 dicembre 1993, n. 547, in tema di criminalità informatica. Così, per quanto riguarda il nuovo testo dell'art. 616, che disciplina la "violazione, sottrazione e soppressione di corrispondenza"¹⁷⁰ (assoggettando il reo ad una pena variabile a seconda che il contenuto della stessa sia o meno rivelato), il cui comma 4 è stato sostituito con una nuova redazione che prevede l'ampliamento del concetto di "corrispondenza", tale da ricomprendere anche quella "... informatica o telematica ovvero effettuata con ogni altra forma di comunicazione a distanza"¹⁷¹. Così, per l'introduzione dei nuovi reati di "intercettazione, impedimento o interruzione illecita di comunicazioni informatiche o telematiche" (art. 617 *quater* C.P., con pene variabili da sei mesi a cinque anni di reclusione), di "installazione di apparecchiature atte ad intercettare, impedire od interrompere comunicazioni informatiche o telematiche" (art. 617 *quinquies* C.P., pena la reclusione variabile da uno a cinque anni), e di "falsificazione, alterazione o soppressione del contenuto di comunicazioni informatiche o telematiche" (art. 617 *sexies*, anche qui punito con la reclusione da uno a cinque anni). Così, infine, anche per un'altra ipotesi di reato introdotta dalla legge citata, integrando una disposizione già presente nel testo originario (il reato di rivelazione del contenuto di documenti segreti, art. 621 C.P.), mediante l'estensione del concetto di documento a "qualunque supporto informatico contenente dati, informazioni o programmi", e quindi ai documenti elettronici: il reato in particolare collegato all'attività di chi rivela il contenuto di documenti che, pur non costituendo "corrispondenza", e non riguardando quindi l'intercettazione delle comunicazioni elettroniche, consiste comunque in un comportamento che incide sul diritto alla riservatezza dell'individuo (la sanzione in questo caso prevede la reclusione fino a tre anni o la multa fino a due milioni)¹⁷².

Ipotesi particolare è poi quella del datore di lavoro nei confronti dei propri dipendenti. In parte vengono applicate le stesse eccezioni dettate per il caso precedente, quello dei controlli ed intercettazioni effettuate dal gestore del servizio. A queste si somma poi l'ulteriore caso del consenso implicito del lavoratore al controllo delle

¹⁷⁰ Sul concetto di "corrispondenza informatica e telematica" si veda GALDIERI P., *op. cit.*, p. 45.

¹⁷¹ Sul punto si veda CORASANITI G., *La tutela della comunicazione informatica e telematica*, in AA.VV., *Profili penali dell'informatica*, *cit.*, p. 112, e GALDIERI P., *op. cit.*, pp. 115-119.

¹⁷² Si veda, a proposito del concetto di documento informatico rispetto alla nuova disciplina introdotta dalla legge n. 547 del 1993, BORRUSO R., *La tutela del documento e dei dati*, in AA.VV., *Profili penali dell'informatica*, *cit.*, pp. 1-39. Sul reato citato si veda anche CORASANITI G., *op. cit.*, p. 128.

proprie comunicazioni, ipotesi ammissibile quando quest'ultimo sia stato avvertito dell'esistenza di una politica di controllo in tal senso nell'impresa, oppure quando si tratti di un sistema informatico e telematico predisposto esclusivamente ai fini dell'esercizio della stessa¹⁷³. Disciplina che si può ritenere applicabile anche nel caso di rapporto di pubblico impiego, sia sulla base dell'identità di *ratio* a prescindere dalla specifica fattispecie lavorativa, sia sulla base del D.Lgs. 3 febbraio 1993, n. 29, che ha "privatizzato" il rapporto di lavoro degli impiegati pubblici.

Occorre infine ricordare la disciplina introdotta dall'art. 3 del D.Lgs. 13 maggio 1998, n. 171, che introduce un obbligo di informazione in capo ai vari soggetti coinvolti nell'invio di messaggi di posta elettronica nel caso tale attività non garantisca la sicurezza della riservatezza delle comunicazioni¹⁷⁴. E nonostante che non venga prevista alcuna conseguenza nel caso di violazione di tale obbligo, risulta già importante di per sé la sua affermazione, in ogni caso ricondotta alla più generale disciplina introdotta dalla legge n. 675/1996, in un settore che sembrava essere stato dimenticato da quello "statuto dell'informazione" che il legislatore ha voluto costruire con l'introduzione della normativa in materia di trattamento dei dati personali.

2.7.3.1 La posizione del Garante in materia di corrispondenza elettronica

In assenza di una produzione legislativa sul tema esaminato nel presente paragrafo, risulta interessante esaminare una recente pronuncia del Garante per la protezione dei dati personali in materia di corrispondenza elettronica¹⁷⁵.

La fattispecie riguardava il ricorso al TAR di un impiegato statale censurato per avere espresso giudizi negativi sull'operato della struttura in cui prestava la propria opera: giudizi contenuti in una *e-mail* con cui il lavoratore aveva partecipato ad una

¹⁷³ Seppure si possa quindi considerare difficoltosa la posizione del lavoratore il cui messaggio sia stato intercettato, costretto a dimostrare non solo il carattere confidenziale e riservato della comunicazione rispetto al proprio datore di lavoro (e quindi di essere al di fuori dei casi indicati nel testo a favore dell'imprenditore), ma anche la possibilità che tale confidenzialità venisse percepita dai terzi, è sempre meglio per il datore di lavoro, che vuole sistematicamente sorvegliare le comunicazioni dei propri dipendenti sulla Rete, rendere note tale politica dell'impresa e la decisione di considerare i messaggi dei dipendenti quali messaggi della stessa impresa. La sorveglianza "elettronica" potrà allora essere ritenuta giustificata e non arbitraria (così HANCE O., *Internet e la legge*, McGraw-Hill, 1997, p. 86-88).

¹⁷⁴ In particolare, gli obblighi di informazione vengono previsti nel citato art. 3 in capo a tre distinti soggetti: il fornitore del servizio di telecomunicazioni accessibile al pubblico, l'abbonato e l'utente. Infatti, il primo deve informare "gli abbonati e, ove possibile, gli utenti, circa la sussistenza di situazioni che permettono di apprendere in modo non intenzionale il contenuto di comunicazioni o conversazioni da parte di soggetti a esse estranei". Anche l'abbonato deve poi informare l'utente "quando il contenuto delle comunicazioni o conversazioni può essere appreso da altri a causa del tipo di apparecchiature terminali utilizzate o del collegamento realizzato tra le stesse presso la sede dell'abbonato medesimo". Infine l'utente deve "informare l'altro utente quando nel corso della conversazione vengono utilizzati dispositivi che consentono l'ascolto della conversazione stessa da parte di altri soggetti".

¹⁷⁵ Si veda in particolare GARANTE PER LA PROTEZIONE DEI DATI PERSONALI, *Comunicato n. 23, Privacy e posta elettronica*, 12 luglio 1999, in *Cittadini e società dell'informazione*, giugno-settembre 1999, p. 96, e MORGOGNONE C., *E-mail, liste e newsgroup non possono essere violati*, in *La Repubblica.it* all'indirizzo <http://www.repubblica.it/online/internet/lettere/lettere/lettere.html> consultato il 9 novembre 2000.

mailing list a carattere para-sindacale, e che era stata però recapitata ai responsabili dell'ufficio. Motivo per cui l'impiegato aveva denunciato la violazione della propria *privacy*.

Il Garante, nell'indicato Comunicato, ha affermato innanzitutto la totale equiparazione della posta elettronica, delle *mailing list* e dei *newsgroup* (solo però di quelli "chiusi", quelli cioè per la cui partecipazione è necessario essere abilitati attraverso l'assegnazione di una *password* di accesso) alla normale corrispondenza cartacea. Per quanto riguarda poi la posta elettronica aziendale, il Garante non si è espresso relativamente all'assimilazione o meno dell'*account* del singolo dipendente presso la propria azienda o istituzione alla corrispondenza personale, privata, ma ha comunque dettato le modalità con cui tale aspetto debba essere disciplinato. Così, fino a quando il datore di lavoro non comunica ufficialmente, e senza possibilità di equivoci, che tutti i messaggi inviati tramite l'indirizzo aziendale di ciascuno vengono considerati nella disponibilità della stessa azienda (e quindi che sono accessibili dallo stesso datore, o comunque visibili da tutti e in qualsiasi momento), ciascun utente ha diritto alla più assoluta tutela della riservatezza della propria casella postale elettronica. Nulla impedisce, però, alla società, di esplicitare questo vincolo: ma solo nel momento in cui tale principio viene comunicato, i diritti alla riservatezza del lavoratore decadono¹⁷⁶.

Esaminato anche questo specifico aspetto della disciplina della tutela dei dati personali nel caso le attività di trattamento si svolgano sulla rete Internet, o attraverso essa, occorre ora procedere nell'analisi delle conseguenze giuridiche della realizzazione di un illecito da parte dei fornitori di accesso alla Rete, in particolare della responsabilità dei *provider*.

2.8 La responsabilità civile ed Internet

Nell'indagine per stabilire quali sono le conseguenze della realizzazione di un illecito attraverso la nuova modalità di diffusione dell'informazione, il mezzo telematico, occorre innanzitutto individuare i soggetti che abitualmente operano sulla rete Internet, le diverse modalità con cui la utilizzano, i rapporti giuridici che si vengono a creare tra essi. Devono essere richiamate, a tal fine, le nozioni già approfondite nella prima parte del presente lavoro¹⁷⁷, e quindi analizzate le fattispecie di mancato funzionamento di tali rapporti, le ipotesi di atti illeciti perpetrati attraverso la Rete, per poi concludere con l'esame della disciplina stabilita nella recente Direttiva sul commercio elettronico, che consente forse di fornire una risposta adeguata alle esigenze di regolamentazione del settore. Tale analisi dovrà essere fatta, al di là di ogni teorizzazione, tenendo presente la realtà di Internet, con particolare riferimento ai diversi servizi che possono di volta in volta essere offerti e fruiti in Rete.

¹⁷⁶ Rientrando in questo modo nei principi già espressi anche in altri Paesi, e richiamati nei precedenti paragrafi.

¹⁷⁷ Si veda nella specie il paragrafo 2.

2.8.1 I servizi, i soggetti e i loro rapporti: un breve richiamo

Per quanto riguarda i servizi usufruibili attraverso Internet, ricordiamo che è possibile effettuare una distinzione tra servizi informativi e servizi telematici veri e propri, siano essi originali e peculiari di Internet, oppure comuni ad altre realtà. Tra i primi possono essere fatti rientrare quelli che vengono offerti e usufruiti attraverso il *world wide web* (anche se oggi sul *web* si svolgono sempre più numerosi anche quelli telematici), quelli attraverso le *mailing list*, ed anche, almeno in parte, le *chat*. Tra i servizi telematici rientrano invece la posta elettronica, il trasferimento dei *file*, il collegamento a computer remoti e tutti i servizi loro connessi (si pensi ai contatori degli accessi per le pagine *web*).

Invece, rispetto ai soggetti che concretamente rendono possibili le numerose attività svolte attraverso e su Internet, il primo a dover essere considerato è il gestore della linea di telecomunicazione, che permette l'accesso alla Rete, o meglio al *provider* che poi a sua volta consentirà al segnale dell'utente di "viaggiare" sui cavi e con le metodologie proprie del nuovo *media*. Per quanto riguarda tale specifico soggetto, cioè il gestore dell'accesso a Internet¹⁷⁸, è colui che mette a disposizione cavi, impianti, programmi per trasmettere i dati secondo i protocolli della Rete, predispone l'organizzazione necessaria alla gestione dei propri utenti, e svolge l'attività di "interfaccia" con gli organismi internazionali che controllano Internet.

Tra gli utenti del *provider* si possono distinguere da una parte il semplice fruitore dell'attività telematica o informativa di altri, più o meno attivo, anzi, "interattivo" (è stato chiamato utente-navigatore); dall'altra il fornitore di tali servizi, con diverse finalità, commerciali, divulgative o anche semplicemente ludiche. Quando il fornitore di informazione svolge la sua attività attraverso la predisposizione di pagine informative o di servizi sul *world wide web*, assume il ruolo di *webmaster*, cioè di direttore responsabile di un determinato sito *web*. In questo caso talvolta è possibile individuare anche la figura del responsabile di una singola rubrica, o servizio, che viene offerta sull'eventuale sito: ipotesi che andrebbe a realizzare una struttura del tutto simile alla redazione di un qualsiasi *media* tradizionale. Si possono poi immaginare ulteriori attività e figure particolari, magari sempre nell'ambito del servizio *web*, in genere comunque assimilabili a casi ed ipotesi riscontrabili anche nell'editoria classica¹⁷⁹.

¹⁷⁸ La fornitura dell'accesso può avvenire con diverse modalità. Così, si distinguono i *provider* della connessione alla Rete, da quelli invece dei contenuti dei singoli servizi usufruibili sulla stessa (la posta elettronica, il *web*, i *Newsgroup*, ...): talvolta le due figure coincidono, ma più frequentemente sono distinte. Tra quelli del secondo tipo (chiamati "*content provider*") si individuano poi diversi soggetti che svolgono differenti funzioni, a seconda del servizio che viene in concreto prestato: così, abbiamo i fornitori di informazioni (a diverso livello ed articolazione: si pensi ad un quotidiano sul *web* rispetto ad un sito universitario con l'orario delle lezioni), e quelli di servizi (è il caso della *software house* che distribuisce i propri programmi attraverso l'*F.T.P.*, oppure delle società che forniscono le statistiche degli accessi ad un sito). Come si vede, quindi, un variegato panorama di figure e di funzioni, che solo erratamente possono essere considerate in maniera unitaria, accomunando ipotesi di responsabilità e conseguentemente distribuendo sanzioni.

¹⁷⁹ Per riassumere, immaginiamo quindi di tracciare una specie di organigramma di un'offerta informativa sul *web*: un certo sito vedrà la presenza di un direttore responsabile, il già ricordato *webmaster*,

Con riferimento infine ai rapporti fra i soggetti che operano su Internet, si verificano distinte ipotesi a seconda del singolo servizio che si intende analizzare. Talvolta si instaurano rapporti non caratterizzati da precedenti vincoli giuridici, e quindi aventi natura non contrattuale; altre volte, invece, il rapporto nasce proprio a causa di uno specifico vincolo obbligatorio precedente, nella specie un contratto, stipulato con modalità telematiche o tradizionali¹⁸⁰.

2.8.2 L'inadempimento dei rapporti obbligatori fra i soggetti della Rete

Dall'esposizione appena fatta risulta quindi che i diversi soggetti che operano sulla Rete sono frequentemente legati da rapporti giuridici, in genere di natura contrattuale. Secondo la disciplina tradizionale, che non viene a subire influenze particolari dalla peculiarità del mezzo, occorre allora indagare, in base alle obbligazioni assunte dalle varie parti, le diverse ipotesi di inadempimento che si possono verificare nell'attività telematica.

A questo proposito, in genere l'obbligazione dell'utente (in entrambe le tipologie indicate) nel rapporto con il *provider* è quella del pagamento del prezzo per le utilità godute, mentre il gestore dell'accesso ad Internet è tenuto alla prestazione di un *facere*, spesso infungibile. Nei rapporti tra gli utenti poi il fornitore è anche esso tenuto alla prestazione di un *fare*, così come l'utente-navigatore spesso¹⁸¹ dovrà invece pagare il costo delle utilità godute.

Deve però farsi particolare attenzione per quei servizi che, a seconda dei casi, possono essere svolti anche da altri soggetti, oltre a quello normalmente competente (si pensi al servizio di trasferimento di *file*, fornito normalmente dal *provider*, ma talvolta offerto nell'ambito di siti *web*, e quindi sotto la gestione del *webmaster*): soprattutto per quanto riguarda l'imputazione della responsabilità dell'inadempimento, valutabile il più delle volte solo tecnicamente, aspetto che deve essere allora tenuto presente nell'analisi giuridica della specifica fattispecie.

2.8.2.1 La responsabilità contrattuale del gestore della linea di telecomunicazione

La prima ipotesi di danno che si può considerare è quello provocato dall'inadempimento del gestore della rete di telecomunicazioni, ed anche in questo caso si rinvia

dei responsabili delle singole rubriche, poi degli autori dei diversi articoli; tale servizio sarà svolto nell'ambito della propria attività (e allora il *webmaster* sarà anche il proprietario, l'editore, il titolare della testata e dello spazio di memoria concesso dal *provider*), oppure su "commissione" (ipotesi che vedrebbe complicarsi la struttura con la presenza di un editore esterno, diverso dal *webmaster*); in ogni caso sarà residente, e verrà offerto nella rete Internet, attraverso l'opera informatica e telematica del *provider*, che rimarrebbe comunque estraneo all'indicata attività informativa.

¹⁸⁰ Sul punto si vedano i precedenti par. 2.3.3 e 2.4.

¹⁸¹ Nonostante che la filosofia stessa della Rete sia quella della possibilità per tutti di accedere alle informazioni senza oneri (quasi una nuova forma di democrazia, da cui la nascita e lo sviluppo di numerosi siti gratuiti), oggi Internet, almeno per quanto riguarda il servizio *web*, sta trasformandosi in un veicolo commerciale: da una parte una vetrina per i prodotti frutto delle più diverse attività e, dall'altra, un bene in sé e per sé dotato di valore economico. Da qui i siti a pagamento.

alla disciplina dettata con riferimento al contratto di abbonamento telefonico, la cui regolamentazione, si ricorda, viene in genere fatta derivare da quella risultante da quattro diverse fattispecie: quella della locazione dell'impianto (artt. 1571 ss. c.c.), quella della somministrazione (artt. 1559-1570 c.c.), quella dell'appalto di servizi (art. 1677 c.c.), ed, infine, quella del contratto misto¹⁸².

2.8.2.2 La responsabilità contrattuale del provider

La responsabilità contrattuale del *provider* si verifica quando tale soggetto non adempia affatto, o non esattamente, o con ritardo, la sua obbligazione di fornitura dell'accesso ad Internet, inclusi i servizi aggiuntivi, nei confronti dei propri utenti, secondo quanto stabilito nel singolo contratto: così nel caso di interruzione del servizio di accesso alla Rete, di mancato adempimento della promessa di mantenere il numero linea-modem/utenti adeguato per l'efficienza del servizio stesso, di gestione errata delle caselle postali elettroniche, di fornitura di beni informatici sprovvisti delle qualità promesse o essenziali (si pensi al *software* offerto gratuitamente nel servizio di trasferimento di *file*, senza però la licenza della casa proprietaria del singolo programma, rendendo l'utente ignaro perseguibile ai sensi della legge n. 528/1992)¹⁸³. In genere il *provider*, negli accordi che stipula nell'ambito della propria attività commerciale, prevede diverse clausole che limitano l'estensione della sua responsabilità, direttamente, oppure affermando con precisione la portata dei propri obblighi: fattispecie per la quale si rientra nel conosciuto problema della validità di tali clausole, alla luce della recente produzione normativa, in particolare la già ricordata legge 6 febbraio 1996, n. 52¹⁸⁴.

2.8.2.3 La responsabilità contrattuale del webmaster

La responsabilità del *webmaster* si verifica invece per i servizi specifici offerti da tale soggetto: in genere di natura prettamente informativa ma, come è già stato detto, non si esclude la possibilità di trovare sui siti *web* l'offerta di beni o servizi informatici, o comunque tradizionali¹⁸⁵. Anche in questa ipotesi l'inadempimento potrebbe realizzarsi se non viene fornito il bene o servizio, oppure se, pur fornito, non risulta corrispondere a quello promesso.

¹⁸² Si veda, a tale proposito, il par. 2.4.1.

¹⁸³ L'ipotesi è quella di un soggetto che sottoscrive un abbonamento ad un fornitore di accesso ad Internet: in seguito al pagamento di un certo prezzo, il cliente acquisisce il diritto di collegarsi alla Rete e di usufruire dei servizi connessi (la posta elettronica, eventualmente lo spazio di memoria sufficiente a gestire un sito, ...). La portata e i limiti dei diritti del cliente, e dunque degli obblighi del *provider*, sono disciplinati dal contratto: se quindi in base al contratto chi fornisce il servizio non esegue correttamente i propri compiti (ad esempio, non consente il collegamento per lunghi periodi di tempo), si verifica l'inadempimento; e se il suo comportamento scorretto è di non scarsa importanza (il periodo di tempo è quindi rilevante) e imputabile, il cliente può chiedere di sciogliere il contratto ed il risarcimento del danno.

¹⁸⁴ Si veda per tutti, in tema di clausole vessatorie, ALPA G., *I contratti dei consumatori. L'iter normativo degli artt. 1469 bis-sexies del codice civile*, SEAM Ed., Roma, 1997, pp. 7-152.

¹⁸⁵ Nel qual caso la responsabilità del *webmaster* andrebbe ad identificarsi con quella appena ricordata del *provider*, come ad esempio per il *software* offerta nel servizio *FTP*.

Non si ritiene invece che si possa parlare di responsabilità contrattuale in caso di attività del responsabile della singola rubrica di un servizio informativo *web* direttamente nei confronti dei suoi lettori (ipotesi regolata eventualmente nel rapporto tra il responsabile ed il *webmaster*, che in nulla si distingue da fattispecie più "tradizionali" – rapporto di prestazione di opera professionale dei capo redattori di un quotidiano –, né tantomeno per l'utente-navigatore nell'ambito dei suoi accessi interattivi ad Internet.

2.8.3 L'atto illecito sulla Rete

Il *provider*, per le caratteristiche proprie di Internet, non svolge solo attività nei confronti dei suoi utenti, cioè degli abbonati al suo servizio di accesso alla Rete, ma anche in quelli di altri fornitori di accesso, e nella specie dei loro clienti. Si pensi al servizio di posta elettronica, che coinvolge necessariamente due *provider*, quello del soggetto che invia il messaggio, ma anche quello di colui che lo riceve: così, il mancato successo della spedizione della "lettera elettronica" può essere addebitabile al primo fornitore (che per qualche ragione non spedisce il messaggio in Rete), oppure al secondo (che magari cancella il messaggio ricevuto senza inoltrarlo al proprio utente). Nel primo caso, se l'insuccesso dell'operazione è addebitabile al *provider* che manda la *e-mail*, ciò implicherà una sua responsabilità contrattuale nei confronti dell'utente che invia, suo cliente, mentre una responsabilità avente natura diversa (c.d. extracontrattuale) nei confronti di chi riceve¹⁸⁶. Nel secondo caso, invece, la situazione è invertita: la responsabilità del *provider* che riceve sarà sempre contrattuale nel rapporto con il cliente abbonato ai suoi servizi, ma nei confronti del soggetto che ha inviato il messaggio, a lui totalmente estraneo, sarà dell'altro tipo.

Se poi, nello svolgimento della propria attività commerciale, il fornitore dell'accesso compie un illecito che rientra tra quelli previsti dall'ordinamento come reati, si rientra nell'ambito della responsabilità penale del *provider*: responsabilità non solo per eventuali comportamenti illeciti propri (che in genere non presentano particolari difficoltà relativamente alla disciplina da applicare¹⁸⁷), quanto quella per attività vietate poste in essere dai suoi utenti.

¹⁸⁶ Come è noto, la responsabilità extracontrattuale si verifica quando fra i soggetti non si aveva alcun tipo di rapporto precostituito, ed ha come conseguenza l'obbligo di risarcimento del danno (nel caso si realizzino tutti i requisiti richiesti dalla legge, individuabili negli artt. 2043 e seguenti c.c.) da parte del soggetto che pone in essere la condotta illegittima: nell'esempio fatto, se in seguito al comportamento illecito del secondo *provider* che, volutamente o con negligenza, non consegna il messaggio di posta elettronica, si verifica un danno (la perdita, ad esempio, di un'opportunità commerciale per il soggetto che invia la *e-mail*), sarà possibile chiederne il risarcimento. La differenza con l'altro tipo di responsabilità (disciplinata dal sistema di norme risultante dall'applicazione degli artt. 1218 e 1176 c.c.) riguarda aspetti prettamente giuridici, come l'obbligo di provare la propria pretesa, oppure l'estensione del risarcimento del danno (maggiore nel caso di quella extracontrattuale).

¹⁸⁷ Si pensi, a tale proposito, all'ipotesi in cui un fornitore del servizio permetta ai suoi utenti di scaricare sul proprio computer *software* illecitamente duplicato, attività che rientra nella previsione dell'art. 171-bis della legge 22 aprile 1941, n. 633, la legge sul diritto d'autore, introdotto dall'art. 10 della legge n. 528/1992.

Diverse sono le ipotesi che in pratica si possono verificare, o si sono verificate: diffusione in Rete di *software* copiato o di materiale proibito (ad es. pornografico o, peggio, pedofilo, ma anche opere letterarie o artistiche di altri), attività diffamatoria nella fornitura di informazioni, accesso abusivo a sistemi informatici protetti, attività commerciali o comunque informative non consentite (si pensi ai siti *web* in cui vengono esaltati ideali neo-nazisti). In tutti questi casi si è discusso, anche a fronte della difficile individuabilità dell'autore dell'azione illecita, se fosse possibile configurare una responsabilità anche del soggetto che tecnicamente rende possibile l'accesso in Rete di chi compie gli indicati reati, e che quindi, seppur indirettamente, risulta essere attivamente coinvolto nell'attività illecita: responsabilità in proprio (come se fosse un editore di un giornale), oppure sul piano di un concorso con l'utente-autore, o addirittura a livello oggettivo perché non impedisce il compimento del reato.

Le teorie degli studiosi in proposito tendono a non considerare il fornitore dell'accesso responsabile penalmente per l'attività illecita svolta dai suoi utenti. Questo perché il *provider* non può essere pacificamente assimilato (nel caso dei siti *web* a contenuto informativo) all'editore di un periodico su carta, sulla base della diversa natura delle attività svolte, né può essere considerato tenuto ad un obbligo di vigilanza sull'attività dei soggetti che tramite lui accedono alla Rete (ciò a causa della concreta impossibilità ad effettuare un tale controllo: si pensi alle numerosissime pagine *web* ospitate, oppure al divieto di accedere alle *e-mail* dei propri clienti). Per quanto riguarda poi una sua responsabilità per concorso nel reato, è chiaro che può verificarsi solo se in concreto il *provider* fosse a conoscenza dell'attività illecita, e l'abbia effettivamente agevolata: certamente non si può considerare tale il semplice offrire il collegamento ad Internet.

Purtroppo, a fronte delle indicate interpretazioni degli studiosi, in genere attente anche alla realtà tecnica di Internet, la giurisprudenza non sempre ha lavorato con la stessa adeguatezza. E questo in particolare nel nostro Paese, dove i giudici hanno spesso non compreso la complessa realtà della Rete, ed hanno quindi pronunciato sentenze non totalmente corrette¹⁸⁸. Situazione comunque attraversata anche in realtà tecnologicamente più avanzate della nostra, ma solo nei primi periodi dello sviluppo di Internet.

In materia è intervenuta anche la Comunità Europea, con diverse iniziative basate su quella che sembra essere la corretta interpretazione della "spinosa" questione, e che potrebbe quindi aiutare a ben costruire anche in Italia il sistema della responsabilità del fornitore di accesso ad Internet. Secondo la Comunità, il *service provider* è di-

¹⁸⁸ Si vedano, a tale proposito, la pronuncia del Tribunale di Napoli del 8 agosto 1997 (il cui testo è rinvenibile su Internet in http://www.jei.it/informatica_giuridica/online/albertini2.htm con nota di ALBERTINI L., *Le comunicazioni via Internet di fronte ai giudici: concorrenza sleale ed equiparabilità alle pubblicazioni a stampa*, consultato il 10 gennaio 2001), e quella della Pretura di Vicenza 1 luglio 1998 (sulla vicenda si possono consultare gli articoli di USAI A., *Un giudice mette i sigilli al server "Isole nella Rete"*, su *Repubblica.it*, consultabili all'indirizzo <http://www.repubblica.it/online/internet/turchia/turchia/turchia.html> e il materiale rintracciabile nell'altro sito *web* <http://ecn.nodo50.org> entrambi consultati il 18 dicembre 2000).

rettamente responsabile per il contenuto del materiale che immette personalmente in Rete; è invece responsabile per il materiale illecito immesso dai suoi utenti solo se era a conoscenza dello specifico contenuto ed era tecnicamente possibile o ragionevole prevenirne la diffusione¹⁸⁹.

Esposte le diverse fattispecie di responsabilità in cui il *provider* può incorrere nello svolgimento della propria attività, si può ulteriormente distinguere due ipotesi di attività illecita, distinzione comune anche agli altri soggetti di Internet: da una parte, quella che viene compiuta sulla Rete, o attraverso la Rete, che porta alla realizzazione di un danno mediante la fornitura di informazioni; dall'altra, quella in cui la modalità pregiudizievole sia conseguenza della fornitura di un servizio.

2.8.3.1 L'atto illecito conseguenza della fornitura di informazioni

Nella fornitura di informazioni, attività tipica del servizio *web*, occorre sicuramente distinguere l'attività del *provider*, che in genere si limita al trasporto ed alla gestione dei *file* per lui "neutri", ed è quindi estraneo a qualsiasi responsabilità¹⁹⁰, da quella del *webmaster*, che invece è il responsabile primario del servizio informativo offerto: tenendo presente infatti la realtà della Rete (l'alto numero degli utenti abbonati, la loro esponenziale crescita, la continua evoluzione della situazione di Internet), oggi il fornitore dell'accesso non potrebbe essere tenuto al risarcimento di un eventuale danno, neanche a titolo di responsabilità oggettiva, almeno fino a quando svolge i suoi compiti tipici.

Chiarito il punto, e tenendo presente l'individuazione precisa dei ruoli così come effettuata in apertura del presente paragrafo, è possibile affermare che la disciplina dell'atto illecito causato da notizie inesatte o diffamatorie non si differenzia da quella della stampa tradizionale "cartacea", asimmetria delle posizioni di giornalista ed editore, nella responsabilità penale ed in quella civile, inclusa. In linea di fatto, colui che sarà tenuto su Internet al risarcimento sarà quindi l'autore del singolo articolo, obbligato in solido con l'editore, se presente (talvolta comunque le due figure si confondono), con il responsabile della singola rubrica e con il direttore-*webmaster*.

In questo caso, dopo numerosi episodi in cui i giudici si sono pronunciati contro il fornitore dell'accesso (spesso confondendo, come si è detto, figure, compiti e funzioni dei diversi "attori" che svolgono la propria attività sulla Rete), ultimamente sembrerebbe affermarsi la regola per cui il *provider* è responsabile solo nel caso in cui avesse in concreto la possibilità di procedere ad un effettivo controllo sui conte-

¹⁸⁹ Tali opinioni sono state poi espresse specificamente nella recente direttiva sul commercio elettronico, la Direttiva 2000/31/CEE, che verrà analizzata nel successivo paragrafo 2.8.4.

¹⁹⁰ A tale proposito la Direttiva dell'Unione Europea in materia di *e-commerce* (Direttiva 2000/31/CE del Parlamento europeo e del Consiglio dell'8 giugno 2000, relativa a taluni aspetti giuridici dei servizi della società dell'informazione, in particolare il commercio elettronico, nel mercato interno, su cui si vedano i par. 2.2.2. e 2.8.4.) distingue tre diverse possibili figure di fornitori di accesso: coloro che effettuano un servizio di mero trasporto di informazioni, quelli che memorizzano solo temporaneamente le informazioni degli utenti al fine dello svolgimento del servizio (attività di *caching*), ed infine i *provider* che forniscono un vero e proprio servizio di *hosting*, cioè di memorizzazione non momentanea dei dati dei propri clienti. Il grado della responsabilità nei diversi casi varia, come si vedrà oltre nel testo.

nuti messi in linea da altri soggetti (dai *content provider*, o in genere dagli utenti, come avviene nel caso dei partecipanti a *Newsgroup* non moderati). In questo senso si pone una recente giurisprudenza che afferma “non si dubita che egli (ndr. il *provider*) non possa accertarsi del contenuto illecito delle comunicazioni e dei messaggi che vengono immessi in un sito (...) a meno che esse stesse configurino all’evidenza un illecito”¹⁹¹; o, ancora più recentemente, la pronuncia del Tribunale di Oristano¹⁹² in cui si riporta “... a prescindere dal fatto che nel caso di specie non è contestata la responsabilità del concessionario o del *webmaster* ma degli autori dell’opera dal contenuto diffamatorio”.

2.8.3.2 L’atto illecito conseguenza della fornitura di un servizio

Le ipotesi di danno arrecato attraverso la fornitura di un servizio possono essere diverse, individuabili attraverso un’analisi tecnica dell’attività che si svolge in Rete. Ad esempio, si può pensare all’invio di *virus* nell’ambito di un messaggio di posta elettronica, oppure alla già ricordata distribuzione di *software* non originale nell’ambito dell’*FTP*, o ancora all’utilizzo a fini illeciti dei dati riservati degli utenti di un determinato servizio: nel primo caso la responsabilità risarcitoria sorgerà in capo a chi poi ha spedito concretamente il messaggio; nel caso di trasferimento di *file*, invece, sarà del responsabile del servizio, e quindi in genere del *provider* o eventualmente del *webmaster* responsabile della fornitura dello stesso; quando si accede abusivamente a dati riservati è tenuto al risarcimento del danno chi li ha effettivamente acquisiti, e in caso utilizzati, senza rispettare la disciplina stabilita nella già più volte ricordata legge 31 dicembre 1996, n. 675, e sue successive modificazioni ed integrazioni.

Anche in questo caso occorre quindi verificare se nella specifica fattispecie si possa configurare un comportamento (o la mancanza di un comportamento comunque dovuto) responsabile da parte del fornitore dell’accesso¹⁹³.

2.8.4 La responsabilità del *provider* alla luce della recente Direttiva 2000/31/CE

Come già ricordato nell’ambito del presente lavoro, l’8 giugno del 2000 il Parlamento europeo e il Consiglio hanno adottato la direttiva 2000/31/CE concernente alcuni aspetti dei servizi della società dell’informazione, in particolare il commercio elettronico, nel mercato interno. Tale direttiva si propone di creare regole uniformi

¹⁹¹ Trib. Roma 22 marzo 1999, su Internet all’indirizzo <http://www.ufficiobrevetti.it/domini/OrdinanzaIVA.html> consultato il 10 gennaio 2001.

¹⁹² Trib. Oristano, Giudice dell’Udienza Preliminare, 25 maggio-6 giugno 2000, consultabile su Internet all’indirizzo <http://www.jei.it/infogiuridica/archivio/oristano.pdf> consultato il 10 gennaio 2001.

¹⁹³ A tale proposito si può riportare la decisione del Tribunale di Roma, 4 luglio 1998, in *Dir. Inf. Inf.*, 1998, p. 807, con nota di COSTANZO P., *I NewsGroup al vaglio dell’Autorità giudiziaria (ancora a proposito della responsabilità degli attori di Internet)*, in cui viene affermato che il fornitore del servizio in questione “... si limita a mettere a disposizione degli utenti lo spazio virtuale dell’area di discussione e nel caso di specie, trattandosi di un *newsgroup* non moderato, non ha alcun potere di controllo e vigilanza sugli interventi che vi vengono inseriti”, e quindi nessuna responsabilità.

per la nuova formula di svolgimento di attività commerciali e di transazioni per via elettronica, anche in considerazione dell’incertezza esistente in molti Stati membri in relazione alla disciplina che deve essere applicata a questa forma di commercio, e all’ulteriore difficoltà connessa alle divergenze esistenti tra le varie legislazioni nazionali, tra l’altro se e quando presenti¹⁹⁴.

Tale fonte comunitaria si è anche occupata del problema della responsabilità dei fornitori dell’accesso ad Internet (“prestatori intermediari” secondo la sezione 4 della direttiva), dedicando gli articoli da 12 a 15 alla sua disciplina. Così, tenendo presente il ruolo e le funzioni che vengono concretamente svolte da questo soggetto, la direttiva afferma in via preventiva che non è configurabile un obbligo generale di sorveglianza sulle informazioni che vengono trasmesse e memorizzate dal *provider*, né un obbligo generale di ricercare attivamente fatti o circostanze che indichino la presenza di attività illecite (art. 15). Rimane però ferma la necessità di informare “senza indugio” la pubblica autorità competente delle presunte attività o informazioni illecite dei destinatari dei loro servizi, o comunque di comunicare alla stessa, in seguito ad esplicita richiesta, i dati dei propri utenti atti ad identificarli.

Oltre a tale affermazione generale, la direttiva disciplina il settore distinguendo le possibili attività svolte dal fornitore del servizio: dal semplice trasporto dei dati ed informazioni dei propri abbonati (“*mere conduit*”), alla memorizzazione temporanea (“*caching*”) ed alla memorizzazione non temporanea (“*hosting*”) degli stessi. Nel primo caso (ipotesi di memorizzazione automatica, intermedia e transitoria delle informazioni trasmesse, che serve solo alla trasmissione sulla rete di comunicazione e la cui durata non ecceda il tempo ragionevolmente necessario a tale scopo) l’art. 12 dispone che il *provider* non è responsabile per eventuali danni o illeciti commessi in Rete, in particolare nel caso in cui non dia origine alla trasmissione, non selezioni il destinatario della stessa, non selezioni o modifichi le informazioni trasmesse (vengono ammesse solo le modifiche di carattere tecnico nel caso della trasmissione, se però non alterano l’integrità dell’informazione trasmessa), nell’ipotesi in cui ottemperi ad un ordine dell’Autorità Giudiziaria.

Nel caso di attività di *caching* (ipotesi di trasmissione di informazioni fornite da un destinatario del servizio, consiste in particolare nella memorizzazione automatica, intermedia e temporanea di tali informazioni, effettuata al solo scopo di rendere più efficace il successivo inoltro ad altri destinatari a loro richiesta), il fornitore dell’accesso non è responsabile a condizione che non modifichi le informazioni, si conformi alle condizioni di accesso di queste, si conformi alle norme di aggiornamento delle stesse (indicate dalle imprese del settore), non interferisca con l’uso lecito di tecnologia per ottenere dati sull’impiego delle informazioni; ulteriore requisito affinché possa essere ritenuto esente da responsabilità è quello della sua pronta attivazione per rimuovere le informazioni che ha memorizzato, o per disabilitare

¹⁹⁴ In particolare, la direttiva si propone di fornire indicazioni comuni relativamente alle regole da applicare alla prestazione di servizi delle società dell’informazione, e dunque a tutte le transazioni in linea, in cui le negoziazioni e la conclusione degli accordi avvengono senza la presenza fisica dei contraenti.

l'accesso alle stesse, quando viene a conoscenza del fatto che queste sono state rimosse dal luogo dove si trovavano inizialmente, o che l'accesso è stato disabilitato, o che l'Autorità Giudiziaria ne ha disposto la rimozione o la disabilitazione (art. 13).

Nel caso, infine, di attività di *hosting* (cioè di memorizzazione non momentanea dei dati e delle informazioni dei propri utenti¹⁹⁵) il *provider* è responsabile solo nel caso in cui sia effettivamente al corrente del fatto che l'attività o l'informazione è illecita, nel caso di azioni risarcitorie, se conosce fatti o circostanze che rendano manifesta l'illegalità dell'attività o dell'informazione, nel caso in cui, non appena al corrente di tali fatti, non agisca immediatamente per rimuovere le informazioni o disabilitare l'accesso, se il destinatario del servizio nel compiere la propria attività illecita agisce sotto la sua autorità o il suo controllo (art. 14).

La Direttiva 2000/31/CEE stabilisce quindi una prima disciplina in materia di responsabilità del fornitore dei servizi sulla Rete, come si è detto più volte uno dei principali problemi giuridici che deve essere affrontato dall'operatore che ha intenzione di svolgere una propria attività di commercio elettronico attraverso i nuovi strumenti telematici. Alla luce del diritto positivo, in attesa del recepimento di tale fonte comunitaria nel nostro Paese, saranno allora proprio i vari soggetti che svolgono il loro lavoro sulla Rete, o attraverso di essa, a dover tenere presente che il nuovo sistema di comunicazione non è esente dall'applicazione delle regole giuridiche, e quindi a dover procedere considerando nella propria attività di commercio elettronico anche questo peculiare aspetto.

¹⁹⁵ In questo caso la memorizzazione dei dati è proprio l'oggetto dell'accordo economico stipulato con il cliente, come nel caso del servizio di "ospitalità" di un determinato sito *web* sul proprio *server* (c.d. *web hosting*), che si contrappone al c.d. *housing*, nel quale non si gestiscono i dati del cliente nel proprio computer, ma una macchina di proprietà dello stesso (nella quale sono conservati i suoi dati) nei propri locali.

Capitolo III

La residenza fiscale dell'impresa e la stabile organizzazione. La qualificazione fiscale dei corrispettivi pagati nell'ambito del commercio elettronico

di Marco Piazza e Paolo Tognolo*

3.1 Il sito *web* e le installazioni materiali nella nozione fiscale di residenza e stabile organizzazione

Le reti telematiche vengono attualmente utilizzate:

- a scopo di pura e semplice pubblicità;
- nel commercio elettronico "indiretto" (ordinazione elettronica di beni materiali);
- nel commercio elettronico "diretto" (ordinazione e cessione o prestazione per via elettronica di prodotti o servizi *on line* tramite la rete).

Entrambi i tipi di commercio elettronico – "diretto" e "indiretto" – hanno suscitato ampi dibattiti fra gli studiosi delle imposte sui redditi per le difficoltà in cui contribuenti ed amministrazioni fiscali incorrono nella determinazione della *fonte del reddito*.

Vi è concordanza di opinioni sul fatto che la legislazione tributaria debba essere "neutrale" rispetto al commercio elettronico¹, ma – allo stato attuale non è chiaro se

* Marco Piazza ha curato i paragrafi 3.1-3.6, Paolo Tognolo i paragrafi 3.7 e 3.8.

¹ Si veda, ad esempio MONTI M., *A Global Marketplace for SMEs*, discorso tenuto a Bonn il 7 aprile 1997; Commissione europea, *Un iniziativa europea in materia di commercio elettronico*, COM(97)157 del 15 aprile 1997 e relativa *Relazione della Commissione per i problemi economici e monetari e la politica industriale* del 4 maggio 1998 (A4-173/98); Commissione europea, Direzione Generale XIII, *The need for strengthened international coordination*, COM(98)50; Comunicazione della Commissione europea al Consiglio, al Parlamento europeo e al Comitato economico sociale su *Commercio elettronico ed imposizione indiretta*, COM (98)374 del 17 giugno 1998; Information Technology Association of America (ITAA), *Straight Talk: Internet, Tax & Interstate Commerce*; WTO, *Declaration on Global Electronic Commerce*, WT/MIN(98)/DEC/2, 18-20 maggio 1998; *Joint E.U. – U.S. Statement on electronic commerce* del 5 dicembre 1997; *A Framework For Global Electronic Commerce*, Financial Issues, Customs and Taxation, a cura del Governo USA; in questa direzione va' anche l'approvazione, da parte del Senato americano, dell'*Internet Tax Freedom Act*; UK *Inland Revenue Electronic Commerce: UK Policies in Taxation Issues*, 6 ottobre 1998; OCSE, *Electronic Commerce: a discussion paper on taxation issues*, presentata al Congresso di Ottawa del 7-9 ottobre 1998, pag. 7; OCSE, *Taxation principles and Electronic Commerce*, 1998, pag. 1; OCSE, *Electronic Commerce: Taxation Framework Conditions* presentato al Congresso di Ottawa del 7-9 ottobre 1998, pag. 5 e recepito nel