

Gianluigi Ciacci

La tutela contrattuale del bene giuridico informatico alla luce dei recenti sviluppi delle reti telematiche e del commercio elettronico

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 relativi ad Internet e ai suoi servizi, o conclusi attraverso essa, della tutela della proprietà intellettuale distribuita e fruita *on-line*, della protezione 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. Tra i temi indicati, nel presente lavoro si studierà in maniera approfondita quello che riguarda la fruizione delle opere dell'ingegno sulla rete Internet, aspetto di un più generale problema che riguarda i modi per tutelare le privative connesse ai beni creati attraverso l'uso delle nuove tecnologie.

* Lavoro realizzato con il coordinamento scientifico del prof. Guido Alpa.

Infatti, lo sviluppo dell'informatica, e la sua evoluzione nel tempo, ha comportato la nascita di nuovi beni come i microcircuiti, i programmi per elaboratore, le banche dati, le opere multimediali, la musica digitale, le pagine *web*, i nomi di dominio: beni che hanno acquistato un'importanza economica e sociale di primo piano, relativamente ai quali si muovono oggi gli interessi imprenditoriali dell'economia moderna, e che sono stati ricompresi dalla dottrina nella dizione onnicomprensiva di "bene giuridico informatico"¹.

A fronte della sempre maggiore importanza di tale nuova categoria di beni (non solo per il loro valore economico, ma anche per la centralità che rivestono in ogni aspetto del vivere sociale), e della loro caratteristica di estrema violabilità, tipica delle realtà digitali, si è tentato di costruire forme di tutela giuridica che permettessero di proteggere i vari interessi coinvolti: da una parte, quelli degli autori dei vari prodotti e/o servizi, dei loro distributori e titolari dei diritti di sfruttamento economico; dall'altra, quelli di coloro che usufruiscono a diverso titolo del bene giuridico informatico (ad es. chi acquista uno specifico bene, o chi si abbona ad un determinato servizio). Le modalità percorse per riuscire efficacemente a soddisfare tale esigenza di tutela sono state diverse: da quella apprestata dall'ordinamento per le opere dell'ingegno, a quella per le invenzioni industriali; dalla protezione attraverso la disciplina della concorrenza sleale e le norme a tutela dei marchi, o comunque dei segni distintivi dell'impresa, a quella mediante il regolamento contrattuale, non trascurando, infine, quella attuata attraverso dispositivi tecnici a livello *hardware* o *software*.

Le diverse forme di tutela del bene giuridico informatico che sono state via via applicate, sottoposte negli anni a numerose verifiche, sia per la sempre maggiore consapevolezza relativa all'uso delle nuove tecnologie, sia per la repentina evoluzione tecnologica, oggi rivelano tutti i loro limiti: e questo a fronte della nuova acquisita realtà del settore dell'informatica, passata da una dimensione statica, limitata all'elaborazione *locale* dell'informazione, ad una dimensione dinamica, volta alla elaborazione *a distanza* dell'informazione ed alla sua diffusione, grazie alla già ricordata informatizzazione delle reti di telecomunicazione ed all'avvento della telematica, ed in particolare della rete Internet.

Come è noto, da un punto di vista sociale, Internet può essere considerato un nuovo *media* di comunicazione, anzi, il *media* di comunicazione, che probabilmente integrerà e sostituirà tutti gli altri *media* a noi familiari: Internet rappresenta infatti un nuovo modo di comunicare e di vivere, una nuova tecnologia che sta rivoluzionando la nostra vita proprio come hanno fatto in passato il telefono e la televisione e, sul piano professionale, il *telefax*.

Come si è detto, l'ingente numero di partecipanti alla nuova collettività cibernetica, e le caratteristiche proprie dei beni giuridici informatici, oggi sempre

¹ La teoria del bene giuridico informatico è stata elaborata dal prof. V. FROSINI in *Contributi ad un diritto dell'informazione*, Napoli, Liguori, 1990, pp.159 ss; Id., voce *Telematica e informatica giuridica*, in *Enc. Dir.*, Vol.XLIV, 1992, p.64.

più distribuiti ed usufruiti a distanza grazie alla Rete, hanno aumentato esponenzialmente la necessità di procedere alla tutela giuridica degli stessi: questo attraverso una prima verifica dell'adeguatezza dei sistemi acquisiti per la dimensione statica dell'informatica, poi con l'eventuale predisposizione di sistemi nuovi in grado di affrontare con modalità più efficaci le nuove sfide della tecnologia, in particolare quella lanciata dalla dinamizzazione dell'attività relativa all'uso dell'elaboratore elettronico.

A tale fine nel presente lavoro ci si è proposti di verificare se una particolare forma di protezione del bene giuridico informatico, la tutela attuata attraverso il regolamento contrattuale, è adatta alla nuova situazione della tecnica informatica e telematica.

Per giungere al risultato prefisso si è pensato di procedere inizialmente alla descrizione dell'ambiente in cui si svolgono oggi le forme più diffuse del commercio elettronico, e quindi della rete Internet e delle applicazioni da essa rese possibili, oltre ad analizzare proprio tale nuova forma di scambio di beni e servizi per via telematica, da un punto di vista fenomenico e giuridico: in particolare attraverso l'esame della disciplina pubblica dell'*e-commerce*, nazionale, internazionale e comunitaria. Nel secondo capitolo dell'opera si è presa invece in considerazione la sua disciplina privata, quella che cioè viene posta in essere dagli stessi "attori" del nuovo mercato, in genere mediante la stipulazione di contratti. Questo attraverso un'accurata indagine e ricognizione delle maggiori applicazioni che coinvolgono l'utilizzo dei nuovi *media*, tenendo presenti anche le esperienze rese operative direttamente sulla rete Internet, che sono state raccolte, catalogate ed esaminate, al fine di individuare le maggiori problematiche sollevate dalle nuove tecnologie multimediali e telematiche e dei nuovi sistemi: quelle che maggiormente portano a rendere non più efficienti le forme di tutela tradizionali. Così, si è proceduto nell'analisi delle varie forme di attività commerciale svolte sulla Rete, dalla semplice compravendita di beni o fornitura di servizi, fino alla prestazione di attività professionale *on-line* o di consulenza nell'*e-commerce*: si pensi a tale proposito ai siti che offrono servizi di comparazione delle varie offerte disponibili su Internet, a cui spesso si aggiunge una loro valutazione, eventualmente suggerita da parte degli stessi utenti. Tutto ciò è stato quindi reso attraverso la descrizione, nella seconda parte, del tema del contratto, collegato al fenomeno del commercio elettronico su Internet, nelle sue diverse forme: così, sia per quanto riguarda i contratti che hanno ad oggetto alcuni aspetti dell'attività connessa all'*e-commerce*, oggetto specifico della ricerca, sia per quanto riguarda la conclusione dei contratti attraverso la rete Internet (argomento che viene esaminato con particolare riferimento ai nuovi sistemi di firma digitale, utilizzati per dare certezza giuridica alla documentazione gestita in forma elettronica), argomento in ogni caso di interesse per meglio inquadrare le nuove modalità di instaurazione di rapporti giuridici.

Il terzo capitolo, infine, ha risposto concretamente al quesito di efficacia circa il livello di tutela apprestato al bene giuridico informatico attraverso il regolamento contrattuale posto in essere tra i soggetti coinvolti nella determinata attività di

commercio elettronico: efficacia che si può considerare fin da ora sicuramente rilevante nei confronti delle parti che si sono legate giuridicamente attraverso il contratto, ma quasi nulla per i terzi rimasti estranei allo stesso. Conclusione a cui si è giunti esaminando le specifiche clausole contenute nei numerosi regolamenti contrattuali disciplinanti i rapporti tra i vari soggetti che usano le nuove tecnologie (e questo con riferimento da una parte agli utenti-acquisitori dei nuovi servizi, ma dall'altra anche ai soggetti che li rendono usufruibili dai primi, i cd utenti-fornitori), sia nella forma dei veri e propri schemi sottoscritti dalle parti, sia come modelli a cui fare riferimento nella redazione dei vari negozi giuridici: dai contratti di fornitura d'accesso a Internet (rispetto ai quali è stato possibile reperire anche qualche pronuncia giurisprudenziale), di "locazione" di spazio pubblicitario sulla Rete, di produzione e manutenzione di una pagina Web, di accesso ad una banca dati, di *housing* e *hosting* (...).

CAPITOLO PRIMO

La rete Internet e i suoi servizi

Sommario: 1. La rete Internet e i suoi servizi. – 1.1. I servizi di Internet. – 1.2. I soggetti di Internet. – 1.3 I rapporti fra i soggetti che operano su Internet. – 2. Il commercio elettronico: aspetti tecnologici e commerciali. – 2.1. Le categorie di commercio elettronico. – 3. La disciplina pubblica e la disciplina privata del commercio elettronico. – 3.1. La regolamentazione giuridica del commercio elettronico: la disciplina "pubblica". – 3.2. La Direttiva UE sul commercio elettronico. – 3.3. La disciplina "privata" del commercio elettronico.

1. La rete Internet e i suoi servizi

Uno studio che faccia riferimento alla rete Internet per approfondire alcuni aspetti della stessa (come, nel caso del presente lavoro, quelli giuridici), dovrebbe muovere da un'iniziale descrizione del nuovo *media*, storicamente e da un punto di vista tecnico-sociale. Circa otto anni dopo l'avvento nel nostro Paese di questo peculiare sistema di comunicazione, è possibile dare per acquisite queste conoscenze, mentre invece si ritiene utile 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: descrizione che deve considerarsi propedeutica all'esame della disciplina "pubblica" (quella cioè emanata da parte dei Governi dei vari Paesi) e di quella "privata" (quella cioè dettata dalle stesse parti di un determinato *contatto telematico* tramite l'autoregolamentazione dei propri interessi, frequentemente attraverso la stipulazione di contratti) del commercio elettronico, e quindi all'indagine circa la tutelabilità del bene giuridico informatico che viene distribuito, a pagamento o gratuitamente, o comunque acquisito, lecitamente o meno, su Internet.

1.1. I servizi di Internet

Occorre dunque 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; servizi che sono rilevanti ai fini del presente lavoro 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. Relazioni commerciali e contratti che frequentemente hanno ad oggetto, o comunque permettono di accedere, ai nuovi beni creati dall'evoluzione della tecnologia. E questo grazie all'integrazione tra i

servizi di telecomunicazione (la connessione) e i servizi informatici (l'elaborazione) che ha reso possibile la realizzazione di una forte interazione tra chi offre e chi utilizza i contenuti posti in linea ².

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 *web* si svolgono sempre più numerosi anche gli altri servizi telematici) ³, quelli attraverso le *mailing list* ⁴ o i *Newsgroup* ⁵, ed anche, almeno in parte (presentando diversi elementi di commistione con i secondi), le *chat* ⁶. Tra i

² "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 E. DYSON, *Release 2.0. Come vivere nell'era digitale*, Milano, Mondadori, 1997, p. 8.

³ Il *World Wide Web* ("WWW", ovvero semplicemente *Web*), la cd "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 cd "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 utilizza l'opportuno software. I contenuti dei siti possono essere i più diversi, ludici o professionali, informativi o di servizio, leciti o meno. In genere comunque tali contenuti vedono connessioni con beni giuridici informatici: dal software che può essere distribuito proprio attraverso il *web* (a tale proposito, a parte i servizi di questo tipo offerti dai vari *provider*, volendo riportare un esempio significativo, può essere fatto riferimento al sito <http://www.tucows.com>), ai *file musicali* (si pensi alla musica in formato MP3, resa famosa dalla vicenda *Napster*), a quelli multimediali, alle pagine *html* (quelle dei vari siti *web*, intese quali opere complesse contenenti diverse realtà, quali fotografie, animazioni, *link* ipertestuali, ..., tutelabili autonomamente o nel loro insieme). Colui che gestisce il sito, graficamente e/o a livello contenutistico, è il cd "*webmaster*".

⁴ 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.

⁵ Il servizio di *newsgroup* è molto simile a quello delle *mailing list*,

⁶ 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

servizi telematici si ritiene rientrino invece la posta elettronica ⁷, il trasferimento dei *file* ⁸, il collegamento a computer remoti ⁹ 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 ancora 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, invece, 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, e quindi quelli che essenzialmente permettono uno scambio di beni giuridici informatici (ed eventualmente un'attività illecita ad essi relativa), 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 elettronica (intesa in senso generico, quindi non solo autonoma, ma anche eventualmente base degli altri servizi, come ad esempio le *chat* o i *Newsgroup*) ¹⁰. La nostra attenzione si concentrerà quindi essenzialmente

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).

⁷ 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 D. SARTI, *I soggetti di Internet*, intervento al Convegno di Pavia del 4-5 ottobre 1996 dal titolo "*Internet: profili giuridici*", pubblicato in AIDA, V, 1996, Milano, Giuffrè, 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.

⁸ 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 ed diretto, su cui si veda G. CIACCI, *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.

⁹ Il servizio *Telnet* consente di collegarsi grazie ad Internet ad un computer remoto, entrare nel suo sistema, utilizzarne le potenzialità: si immagini 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.

¹⁰ 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.

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.

1.2. 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 prendere in considerazione 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 economica¹¹.

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 potrebbero 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-*

¹¹ Il settore delle telecomunicazioni è in costante evoluzione, strettamente collegato alle iniziative normative comunitarie (e conseguentemente a quelle nazionali), che via via stanno "normalizzando" le varie discipline 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, etc...:

*fornitore di informazioni*¹² 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* tradizionali¹³. Talvolta, per alcuni tipi di applicazioni, può accadere che le due parti utenti stipolino un autonomo contratto fra loro, sul quale, come si vedrà, può influire poi quello concluso da entrambe con il *provider*: anzi, tale eventualità può essere considerata sempre più comune, ed alla base di numerose modalità del nuovo mercato elettronico.

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 acquirente (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*¹⁴. 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*¹⁵.

¹² 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.

¹³ Infatti anche l'utente acquirente, 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. Attività che in concreto raddoppia le possibilità lesive dei beni giuridici informatici del nuovo *media*: saranno infatti entrambe le tipologie di utenti ad avere gli strumenti adatti per violare eventuali privative dei vari autori.

¹⁴ 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 F. CARLINI, *Internet, Pinocchio e il gendarme*, Manifesto Roma, Libri, 1996, pag.83.

¹⁵ 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.

1.3. 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 essi¹⁶.

- 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"¹⁷.

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 preconstituito 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).

- 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

¹⁶ 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. D. SARTI, *I soggetti di Internet*, intervento al Convegno di Pavia del 4-5 ottobre 1996 dal titolo "Internet: profili giuridici", pubblicato in AIDA, V, 1996, Milano, Giuffrè, p.5.

¹⁷ Sul punto vedi comunque oltre nel testo.

predispone. In genere non si creano particolari rapporti obbligatori preconstituiti 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 decida 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 mezzo¹⁸. 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 vari contratti di Internet: verificando in questo modo l'adeguatezza o meno dei moduli contrattuali a disciplinare le esigenze dei contraenti¹⁹, in particolare di quella di tutela dei beni giuridici informatici distribuiti o accessibili attraverso la Rete. Successivamente verranno quindi prese in esame le modalità con cui si

¹⁸ 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.

¹⁹ 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 o informativo, e frequentemente nella distribuzione a diverso titolo (compravendita, somministrazione, concessione in uso, ...) dei nuovi beni.

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 elettronico, quello della firma digitale. Tutto ciò al fine preciso di esaminare l'ambito entro il quale vengono disciplinati i nuovi beni, per valutare se la tutela che viene attuata attraverso i differenti modelli contrattuali utilizzati nella prassi sia o meno valida ed efficace.

2. Il commercio elettronico: aspetti tecnologici e commerciali

La rete Internet, oltre a costituire un efficace mezzo di diffusione di informazione e servizi, consentendo di aumentare al massimo la possibilità di elaborazione a distanza propria della telematica, si è rivelata essere anche uno straordinario strumento di commercio, creando addirittura un nuovo mercato, quello dell'*e-commerce*. Nonostante l'attuale periodo di crisi dell'intero settore, tale mercato si è sempre caratterizzato per le altisonanti cifre²⁰ che ne stimano i risultati, cifre che nascono dalle caratteristiche proprie dell'*e-commerce*, che può essere definito come ogni forma di transazione commerciale nella quale le parti interagiscono per via elettronica, piuttosto che nei tradizionali scambi e contatti fisici²¹. Infatti lo

²⁰ Cifre che comunque devono essere ridimensionate a causa dell'andamento dei mercati finanziari negli ultimi mesi del 2001, sia (come si è detto) per una vera e propria crisi del settore tecnologico nei vari Paesi, sia per la situazione politica internazionale, condizionata dai recenti drammatici avvenimenti. In ogni caso si è parlato di una nuova realtà economica che promette per i prossimi due anni di raggiungere a livello mondiale un giro di affari stimato tra i 1400 (previsione della Commissione Europea per il 2003) e i 3200 miliardi di dollari (stima Forrester Research), mentre la Commissione CE ritiene che l'attuale giro di affari del commercio elettronico in Europa sia già al momento valutabile in circa 17 miliardi di dollari.

²¹ La Commissione europea, nella comunicazione "Un'iniziativa europea in materia di commercio elettronico", (consultabile in <http://www.freeweb.org/internet/teknocoop/a/e-commerce.htm> ed in <http://www.ispo.cec.be/Ecommerce> visitati il 2 settembre 2001), lo definisce come "lo svolgimento di attività commerciali per via elettronica. Basato sull'elaborazione e la trasmissione di dati (tra cui testo, suoni e immagini video) per via elettronica, esso comprende attività disparate quali: commercializzazione di merci e servizi per via elettronica; distribuzione *on-line* di contenuti digitali; effettuazione per via elettronica di operazioni quali trasferimenti di fondi, compravendita di azioni, emissione di polizze di carico, vendite all'asta, progettazione e ingegneria in cooperazione; *on-line sourcing*; appalti pubblici per via elettronica, vendita diretta al consumatore e servizi post-vendita. Il commercio elettronico comprende prodotti (ad es., prodotti di consumo, apparecchiature specialistiche per il settore sanitario), servizi (ad es., servizi d'informazione, servizi giuridici e finanziari), attività di tipo tradizionale (ad es. l'assistenza sanitaria e l'istruzione) e di nuovo tipo (ad es., "centri commerciali virtuali")."

svolgimento di attività economica a fini di lucro per via telematica rappresenta uno dei rari casi dove la necessità di cambiamento e le nuove tecnologie si uniscono per rivoluzionare il modo in cui sono condotte le attività economiche. Così, si ha da una parte il commercio moderno, caratterizzato dal continuo sviluppo delle capacità di fornitura, della competizione a livello mondiale, delle attese dei consumatori; dall'altra il commercio elettronico, un mezzo per consentire e sostenere tali cambiamenti a livello globale²².

Basato, come si è detto, sull'elaborazione e trasmissione dei dati per via elettronica, comprende attività disparate²³, che permettono comunque di distinguere un commercio elettronico *indiretto*, nel caso di conclusione di contratti per via elettronica aventi ad oggetto beni materiali, la cui concreta prestazione può svolgersi attraverso modalità tradizionali; e una sua forma *diretta*, nel caso non solo di conclusione telematica, ma anche di distribuzione *on-line* di beni immateriali (quelli in particolare che rientrano nella categoria del bene giuridico informatico)²⁴.

Non è un fenomeno nuovo, ma fino a poco tempo fa era limitato ad attività di imprese su reti chiuse di tipo "proprietario" (conosciuto sotto il nome di E.D.I., cioè *Electronic Data Interchange*²⁵), mentre ora si sta espandendo in una complessa rete di relazioni commerciali svolte su scala globale tra un crescente numero di partecipanti (anche privati) su reti aperte mondiali, come ad esempio Internet, raggiungendo la diffusione e l'importanza di cui si è detto. Ma le differenze tra le due realtà, quella "chiusa" dell'*E.D.I.* e quella "aperta" di Internet, non si limitano ad aspetti "storici" o numerici, ma sono più profonde e concettuali:

²² In particolare infatti esso consente: alle imprese, di essere più efficienti e flessibili nelle loro operazioni internazionali, di lavorare maggiormente in contatto con i propri fornitori (permettendo di selezionare il migliore a prescindere dalla sua dislocazione geografica), e di essere più pronte a rispondere ai bisogni ed alle attese dei propri clienti, operando comunque in un mercato senza confini; agli utenti, di ottenere prezzi più vantaggiosi, di riuscire a trovare prodotti rari, o ancora non distribuiti, instaurando un rapporto immediato con il produttore, mediante un "*customer care*" *on-line* (cioè un servizio clienti per via telematica) rapido e diretto.

²³ Tra queste la commercializzazione di prodotti (ad esempio di consumo, come *hardware* e *software*, ma anche libri, dischi, fiori, gioielli e salami,...), servizi (di informazione, giuridici e finanziari,...), attività di tipo tradizionale (assistenza sanitaria e istruzione, previdenza,...), attività "nuove", che si svolgono nell'ambito della rete telematica (ne costituiscono esempio i centri commerciali virtuali)

²⁴ Ipotesi particolari di commercio elettronico sono poi l'*electronic trading* (scambi elettronici) in cui il fornitore effettua una prestazione di beni o servizi ad un cliente in cambio del pagamento di un prezzo, e l'*electronic retailing* (vendita elettronica al minuto), nel caso il cliente sia un consumatore ordinario piuttosto che un'altra impresa.

²⁵ Nel 1989 la Commissione delle Comunità Europee ha definito l'*Electronic Data Interchange* come "*l'échange de données structurées, sur base de messages normalisés apures, 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 nell'ambito del programma TEDIS).

infatti, per il commercio elettronico di tipo convenzionale, la rete di telecomunicazione è un mezzo per convogliare dati; per il commercio elettronico su Internet, la rete è il mercato.

Tali differenze si estendono poi ai soggetti che vi partecipano, al numero ed alle peculiarità degli stessi, alle esigenze di sicurezza. Infatti, nel commercio elettronico di tipo convenzionale, le attività commerciali si svolgono unicamente tra imprese, quantificabili in un ristretto numero di soggetti noti e affidabili, che vanno a costituire dei veri e propri "circoli" chiusi, spesso specifici al settore; da un punto di vista tecnico, i vari contatti telematici viaggiano su reti chiuse di tipo "proprietario", caratterizzate dal fatto che la sicurezza è parte integrante della progettazione della struttura di rete²⁶. Per quello che riguarda invece il commercio elettronico su Internet, questo si svolge sempre tra imprese, ma anche tra impresa e consumatore, tra impresa e Pubblica Amministrazione, ed infine tra gli stessi utilizzatori: essendo presenti allora un numero illimitato di partner, noti e ignoti, il mercato è aperto, a dimensione globale; per gli aspetti tecnologici, anche le reti telematiche sono aperte e non protette, portando al massimo le esigenze di sicurezza e autenticazione²⁷.

Per questo motivo verrà presa in considerazione, nel presente capitolo, soprattutto la realtà propria della Rete delle reti, che grazie alla sua caratteristica di nuovo *media* "aperto" e mondiale, sarà la realtà telematica prevalente in futuro, superando presumibilmente proprio l'*E.D.I.*²⁸.

2.1. Le categorie di commercio elettronico

Si possono distinguere cinque diverse categorie di commercio elettronico, cinque diverse "direzioni" dei contatti telematici:

²⁶ In questo caso il mercato può essere allora considerato un "circolo".

²⁷ In questo caso è la stessa rete a costituire il mercato.

²⁸ In materia di *E.D.I.* si veda, tra gli altri, gli scritti di H. B. THOMSEN - B. S. WHEBLE, *Trading with EDI-The Legal Issues*, London, IBC Financial Books, 1989; N. BURATTI MOSCA, *Comunicazioni elettroniche e relazioni tra imprese*, in *Economia e diritto del terziario*, 1991, p. 449 e ss.; C. DI GIOVAN PAOLO- A. LAI, *La contrattazione in EDI*, in *Il fisco*, n. 15, 1991, inserto; A. H. BOSS, *Electronic Data Interchange Agreements: Private Contracting Towards a Global Environment*, in *Northwestern Journal of International Law & Business*, Vol. 13, Number 1, 1992, pagg. 31; EDIFORUM ITALIA, *Electronic data interchange in Pubblica Amministrazione Una guida introduttiva*, Roma, 1994; S. FADDA, *L'elettronica data interchange nella normativa italiana e straniera*, in *Il diritto dell'informazione e dell'informatica*, 1994, pagg. 91 e ss.; A.A. MARTINO, *Regime giuridico dell'EDI*, in *La tecnologia della informazione in Italia Rapporto 1994*, Roma, Pellicani, 1994, pagg. 23 e ss.; E. PEETERS, *Iniziativa C.E.E. a sostegno della diffusione dell'EDI: il programma TEDIS e la rete trans-europea in vista del mercato unico del 1993*, in *L'EDI come fattore di sviluppo nell'impresa e nella pubblica amministrazione*, Milano, 1994, pagg. 18 e ss..

a) *da operatore commerciale a operatore commerciale (business to business)* :

è il caso dell'impresa che usa la Rete per le ordinazioni dai propri fornitori, per ricevere le fatture e per effettuare i pagamenti; è già utilizzato da anni, in particolare attraverso l'*E.D.I.* sulle reti private;

b) *da operatori commerciali a consumatori (business to consumer)* :

corrisponde all'*electronic retailing*, e cioè la vendita elettronica al minuto, ed ha avuto grandissima espansione grazie al servizio Web di Internet²⁹;

c) *da operatori commerciali alle amministrazioni pubbliche (business to administration)* :

copre tutte le ipotesi di transazioni elettroniche tra imprese e Pubblica Amministrazione: ad esempio negli U.S.A. le richieste di forniture vengono pubblicizzate su Internet, e le imprese possono rispondere per via elettronica; è ancora all'inizio, ma potrà avere una forte espansione se sostenuta dai Governi (consentendo, ad esempio, i pagamenti delle imposte delle imprese per via elettronica);

d) *da consumatori alle amministrazioni pubbliche (customer to administration)*:

ancora non esiste³⁰, ma nascerà immediatamente dopo lo sviluppo di b) e c), ed in particolare nel nostro Paese quando verrà realizzata la Rete Unitaria della Pubblica Amministrazione (instaurando un rapporto diretto tra P.A. e cittadino; per esempio, consentendo l'eliminazione di numerosi adempimenti burocratici, come le richieste di certificati, e magari anche in questo caso i pagamenti delle imposte per via elettronica)³¹.

²⁹ Sulla nozione di servizio *Web* si veda al paragrafo 1.1.

³⁰ Anche se ultimamente sono state avviate alcune sperimentazioni, come ad esempio l'invio telematico al Ministero delle Finanze delle denunce dei redditi (su cui vedi gli articoli *Il fisco apre alla denuncia on-line*, in *Il Sole 24 Ore*, 14 agosto 1998, e *Assistenza fiscale: le dichiarazioni dopo i modelli telematici e i nuovi Caf*, in *Italia Oggi*, 14 dicembre 1998, e le informazioni disponibili al sito del Ministero all'indirizzo <http://www.finanze.it/> visitato il 9 settembre 2001), e la possibilità di preiscrizione alle Università o alle scuole attraverso il sito *web* del Ministero della Pubblica Istruzione (su cui si veda direttamente il sito all'indirizzo <http://www.istruzione.it> visitato il 7 settembre 2001, o in particolare la sezione **Innovazione tecnologica**, all'indirizzo http://www.istruzione.it/innovazione_scuola/default.htm visitato nella stessa data).

³¹ Il progetto Rete Unitaria della Pubblica Amministrazione (c.d. R.U.P.A.), avviato nel 1995 dall'Autorità per l'Informatica nella Pubblica Amministrazione (c.d. A.I.P.A.), trova il suo fondamento in un Dpcm del 5 settembre 1995, ed è stato concretizzato da uno "Studio di Fattibilità" pubblicato nel 1997: sua finalità è quella di rendere possibile l'interconnessione tra i diversi uffici della Pubblica Amministrazione (si calcola circa 10.000 postazioni di

e) tra consumatori (consumer to consumer) :

è una categoria a formazione spontanea, nata grazie alle caratteristiche interattive stesse di Internet, rappresentando la Rete essenzialmente uno strumento di informazione e comunicazione tra soggetti, consiste nello scambio di beni, ed eventualmente di servizi, tra gli utenti; questo può avvenire in particolare nei *Newsgroup* o tramite le *mailing list*, ma anche nei siti *web* personali, quelli cioè non professionali.

A prescindere comunque dalla direzione dell'*e-commerce* che si vuole prendere in considerazione (ad eccezione probabilmente di quella esposta al punto d) occorre ora analizzare, da una parte, quale sia la disciplina "pubblica" del commercio elettronico, a fronte delle esigenze manifestate da alcuni Governi di regolamentare le attività commerciali che si svolgono sulla Rete o attraverso essa; dall'altra, i suoi aspetti maggiormente privatistici, ed in particolare come concretamente si svolgono tali attività attraverso la telematica, e quale fondamento giuridico è possibile riconoscere loro.

lavoro in tutta Italia), affinché, a prescindere dalle specificità del singolo sistema informatico della singola amministrazione, venga permessa la trasmissione e la condivisione, tra uffici diversi, di dati ed informazioni di natura contabile e/o amministrativa. L'architettura di Rete è stata pensata dall'A.I.P.A. su modalità I.P., le stesse che sono alla base di Internet. E proprio con la "Rete delle reti" è previsto che debba interagire R.U.P.A., sia per consentire ai pubblici amministratori di accedere al nuovo *media*, sia per rendere facilmente individuabili dai cittadini le risorse pubbliche a loro necessarie: ottenendo quindi una P.A. maggiormente efficiente e con minori sprechi di risorse ed economici, e un apparato-Stato effettivamente funzionante, al fine di conseguire una reale trasformazione dei rapporti tra Stato e collettività. La fase operativa della Rete Unitaria è ufficialmente partita il 9 marzo del 2000, e alla data del 12 settembre 2001 fra le 45 Amministrazioni che hanno aderito alla Rete Unitaria, 33 avevano già avviato, a livello operativo, i servizi di trasporto, altrettante quelli di interoperabilità di base (sul punto si faccia riferimento al sito *web* del Centro Tecnico, all'indirizzo <http://www.ct.rupa.it> consultato il 20 ottobre 2001). Su R.U.P.A. si veda direttamente lo *Studio di Fattibilità* pubblicato dall'A.I.P.A. nel gennaio 1996, e i vari bollettini della stessa Autorità dal titolo *Informazioni* (ed in particolare il n. 10 dell'ottobre 1997), oltre alle notizie reperibili presso il suo sito *web*, all'indirizzo [http://www.aipa.it/attivita\[2\]reteunitaria\[1\]/index.asp](http://www.aipa.it/attivita[2]reteunitaria[1]/index.asp) consultato il 4 settembre 2001; si veda poi M. MINERVA, *Verso l'integrazione dei sistemi informativi pubblici: la rete unitaria della Pubblica Amministrazione*, in *Il diritto dell'informazione e dell'informatica*, 1998, 3, p. 623-650, e M. IASELLI, *La Rete Unitaria della Pubblica Amministrazione*, Simone Ed., 1999, pp. 1-123.

3. La disciplina pubblica e la disciplina privata del commercio elettronico

3.1. 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 settore³², 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

³² La disciplina più articolata sembra quella tedesca (intitolata "*Information and Communication Services Act - Informations und Kommunikationsdienste-Gesetz - IuKDG*") del 1 agosto 1997, IN in Internet, all'URL <http://www.iid.de/iukdg/iukdge.html>, visitato il 3 giugno 2001 e, per estratto, all'URL <http://www.jus.unitn.it/faculty/lesson/privcomp/documento/firma/de/iukdgebt.html>, visitato il 9 giugno 2001, all'indirizzo) e quella di Singapore (il "*Singapore Electronic Transactions Act*", su Internet all'indirizzo <http://www.ec.gov.sg/polic.html> sito visitato il 7 giugno 2001), 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 J. REISNER, *California Extends Consumer Protections To Internet Transactions*, in *The Internet Newsletter*, 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 7 giugno 2001), 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 giugno 2001, e i suoi link).

una specifica disciplina, dettata con la Direttiva 2000/31/CE dell'8 giugno 2000 in materia di commercio elettronico.

L'Italia, nonostante il ritardo accumulato nel settore dell'informatica e della telematica, sia dal punto di vista degli utenti delle nuove tecnologie³³, 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 digitale³⁴, 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 appunto³⁵. Così, all'interno del titolo VI, dedicato alle forme speciali di vendita al dettaglio l'art. 21 viene intitolato proprio "Commercio elettronico", 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 importanza³⁶. Tra l'altro

³³ 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.

³⁴ Il DPR 10 novembre 1997 n. 513, completato dal DPCM 8 febbraio 1999, oggi assorbiti nel D.P.R. 28 dicembre 2000 n. 445, il "Testo unico delle disposizioni legislative e regolamentari in materia di documentazione amministrativa".

³⁵ 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'URL <http://www.minindustria.it/dgcas/commercio/indice.htm>, consultato il 24 luglio 2001), 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. 114/1998.

³⁶ 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;

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 commercio elettronico", dettate dal citato Ministero³⁷, 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 legislative³⁸.

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.*), ma anche in quella "aperta" di Internet³⁹.

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 i diversi approcci 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 materia⁴⁰. Nel 1998 l'amministrazione Clinton, sulla base di tale progetto, ha presentato un

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.

³⁷ Consultabili presso il sito *web* del Ministero dell'industria, all'indirizzo <http://www.minindustria.it> visitato il 9 maggio 2001.

³⁸ 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 giugno 2001) 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 luglio 2001).

³⁹ Si vedano in particolare i riferimenti legislativi richiamati in precedente nota.

⁴⁰ Il progetto è consultabile in Internet all'URL http://www.itf.nist.gov/electronic_commerce.htm, consultato il 7 maggio 2001.

rapporto sullo sviluppo dell'interscambio di beni e servizi su Internet⁴¹, 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 tecnologie; 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 elettronico⁴², 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 è la legge federale sulla firma elettronica, intitolata "*Electronic Signature in Global and National Commerce Act*". 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 tecniche crittografiche, e quelle dell'utilizzo delle chiavi biometriche⁴³), 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

⁴¹ 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 maggio 2001), relativamente al quale vedi gli articoli di M. VALSANIA, *Sempre più "commercio on line"*, e M. PLATERO, *Gli U.S.A. corrono verso il futuro*, entrambi in Il Sole 24 ore, 1 dicembre 1998, p.5.

⁴² 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".

⁴³ Sul punto si veda G. CIACCI, *La firma digitale*, Il Sole 24 Ore, 2 ed., pp. 57 e ss., e oltre nel testo.

disciplinare i diversi aspetti della materia⁴⁴, ma evidenziando 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'UNCITRAL⁴⁵, che nei suoi 64 articoli disciplina essenzialmente il riconoscimento e l'uso della firma elettronica e dei documenti informatici⁴⁶.

3.2. 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 comunitario⁴⁷, 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 interno⁴⁸.

⁴⁴ Per leggere il documento citato si veda il sito *web* del M.I.T.I., all'indirizzo: <http://www.miti.go.jp/intro-ela228101e.html> consultato il 14 luglio 2001.

⁴⁵ Per il testo della legge modello UNCITRAL sul commercio elettronico si veda il sito *web* all'URL http://ananse.irtv.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'URL <http://www.jus.univr.it/faculty/lesson/privcomp/documento/firma/un/uncitral-1.html>, entrambi visitati il 14 settembre 2001.

⁴⁶ 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 settembre 2001.

⁴⁷ 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.

⁴⁸ "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 G. PUOPOLO- L. LIGUORI, *La Direttiva 2000/31/CE e la responsabilità del*

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'informazione: 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 contraenti⁴⁹.

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 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)⁵⁰, 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

provider, nel sito Interlex, all'indirizzo <http://www.interlex.it/ecom/psglaw3.htm> consultato il 4 settembre 2001, e il testo AA.VV. (a cura di A. ANTONUCCI), *E-commerce, la Direttiva 2000/31/CEE*, Milano, Giuffrè, pp. 1-184.

⁴⁹ 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 tali 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.

⁵⁰ 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 occorra la registrazione presso un ufficio pubblico", che consente di meglio individuare la categoria indicata dalla Direttiva. 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 DPR 513/1997 (oggi disciplinato dal T.U. 445/2000), 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 una volta divenuto comune l'utilizzo degli strumenti informatici e telematici per lo svolgimento della propria attività economica.

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).

Anche al di fuori del tema del presente lavoro, si può notare che, restando intatto il valore programmatico della Direttiva in esame, 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 veramente alcun provvedimento concreto nel settore⁵¹.

⁵¹ 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 negativamente: 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 cd *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 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> consultati il 14 settembre 2001).

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, parallelamente⁴ 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). Disciplina a cui dovrà essere fatto diretto riferimento, come si vedrà nella terza parte del presente lavoro, per valutare l'efficacia dello strumento pattizio per tutelare la categoria dei beni giuridici informatici.

3.3. La disciplina "privata" del commercio elettronico

In particolare le transazioni⁵², 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'adeguatezza dello stesso a disciplinare tali innovazioni. E questo è anche il modo in cui si procederà nei prossimi paragrafi, 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, alla modalità della loro conclusione, con particolare attenzione alle novità introdotte con il sistema della firma digitale. Alla conclusione dell'esame sul contratto collegato ad Internet si avranno le idee più chiare circa l'ambiente e le caratteristiche della distribuzione,

⁵² 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*".

dello scambio di beni giuridici informatici: base per meglio giudicare se le differenti clausole dei vari negozi che in qualche modo ne disciplinano la gestione sono valide ed efficaci per una loro tutela.

CAPITOLO SECONDO

Il contratto e il commercio e il commercio elettronico su internet

Sommario: 1. I contratti di accesso al commercio elettronico. – 1.1. Il contratto tra gestore della linea di telecomunicazioni, provider e utenti. – 1.2. Il contratto tra provider e utenti. – 1.2.1. L'oggetto del contratto e gli obblighi delle parti. – 1.2.2. Ipotesi di qualificazione e disciplina applicabile. – 1.3. I contratti di fornitura dei servizi telematici tra gli utenti di Internet. – 2. I contratti conclusi attraverso Internet. – 2.1. La conclusione del contratto su Internet. – 2.1.1. La disciplina della conclusione del contratto nel mondo reale. – 2.1.2. La conclusione dell'accordo on line: il contratto via e-mail e via web. – 2.2. Principali problemi giuridici del contratto on line. – 2.2.1. La legge applicabile ad Internet. – 2.2.2. Le modalità di pagamento nei contratti conclusi su Internet. – 2.3. Applicabilità della disciplina del contratto agli accordi on line. – 2.3.1. La formazione del contratto: applicabilità delle disposizioni sull'accordo delle parti. – 2.3.2. Le condizioni generali di contratto (art.1341 e 1342 c.c.). – 2.3.3. I vizi della volontà. – 2.3.4. La forma del contratto. – 3. La firma digitale ed i contratti conclusi per via telematica. – 3.1. Principali problemi dei contratti conclusi in forma elettronica. – 3.2. La soluzione pratica dei problemi dei contratti conclusi in forma elettronica. – 3.3. La soluzione conseguente all'adozione della firma digitale. – 3.3.1. Descrizione del sistema della firma digitale italiano. – 3.3.2. Aspetti tecnologici. – 3.4. La soluzione dei contratti elettronici mediante firma digitale.

1. I contratti di accesso al commercio elettronico

Nell'ambito dei contratti telematici, quella particolare categoria di contratti informatici dove assume un particolare rilievo il collegamento tra computer remoti, 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 stretto⁵³, dove si ha la formazione telematica di un contratto ad esecuzione

⁵³ 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 devono essere valutate comunque le novità apportate dall'introduzione, nel nostro ordinamento, di un articolato sistema di firma digitale, attraverso il D.P.R.

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 telematici⁵⁴.

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 capitolo 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.

1.1. 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

513/1997 (oggi assorbito nel T.U. 445/2000, relativamente al quale sistema si può fare riferimento, tra gli altri, a G. CIACCI, *La firma digitale*, Il Sole 24 Ore, 2 ed., 2000, pp. 1-226, E. M. TRIPODI - M. GASPARINI, *Firma digitale e documento informatico*, Roma, Buffetti Ed., 1998; M. MICCOLI, *Documento e commercio telematico*, Milano, IPSOA, 1998).

⁵⁴ "Storicamente" ne costituiscono esempi il contratto relativo al servizio Videotel, e in genere i servizi di accesso a banche dati (relativamente a tali contratti, nelle loro prime applicazioni, si vedano gli scritti di R. SPECIALE, *Sulla configurazione giuridica dei servizi telematici. Appunti e problemi*, in Dir. Inf. Inf., 1988, pp.359-374, G. CIACCI, *I Contratti per la fornitura dei servizi telematici*, in Economia e diritto del terziario n. 1, 1990, pp.73-117, R. D'ORAZIO e V. ZENO-ZENCOVICH, *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 G. DE NOVA, *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, Milano, Giuffrè, 1996, p. 39.

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 terzi⁵⁵.

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.

In questo caso, come in quello del rapporto tra gestore e *provider*, sembra possibile orientarsi verso quattro soluzioni: quella della locazione dell'impianto (art. 1571 ss. cod. civ.), quella della somministrazione (art. 1559-1570 cod. civ.), quella dell'appalto di servizi (art. 1677 cod. civ.), 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 prestazioni: 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 cod. civ.⁵⁶.

La tesi della locazione dell'impianto è stata ritenuta la più fragile⁵⁷. Nel contratto di abbonamento telefonico il gestore del servizio svolge un ruolo attivo,

⁵⁵ 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 V. ZENO-ZENCOVICH, *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 G. CIACCI, *I contratti per la fornitura dei servizi telematici*, in *Economia e diritto del terziario*, n. 1, 1990, p. 109).

⁵⁶ Così G. COTTINO, *Del contratto estimatorio, della somministrazione*, in *Commentario al codice civile*, a cura di SCIALOJA e BRANCA, art. 1556-1570, p. 121.

⁵⁷ In questo senso vedi E. DI FAZIO, *Sulla natura del contratto di abbonamento telefonico*, in *Temi Romana*, 1972, pag. 605.

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 diverso⁵⁸. 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'utente⁵⁹.

Anche la tesi della somministrazione è stata oggetto di forti critiche⁶⁰. 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, come risulta dall'art. 1559 cod. civ.), 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 cod. civ. fa invece specifico riferimento. Invece le "prestazioni periodiche e continuative di servizi" sono lasciate alla normativa relativa all'appalto, e nella specie di quello dei servizi (art. 1677 cod. civ.), che trae dalla somministrazione solo la disciplina integrativa (purché non incompatibile con lo stesso appalto)⁶¹.

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 complesso⁶², sulla

⁵⁸ Così A. QUARTULLI, *I servizi pubblici telefonici*, Milano, Giuffrè, 1978, pag. 180.

⁵⁹ 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 R. CORRADO, *La somministrazione*, Torino, 1952, pag. 11).

⁶⁰ Sembra opportuno ricordare che questa è la tesi accolta dalla Cassazione in molte decisioni giurisprudenziali: v. per tutte, Cass. 29-11-1978, n. 5613, in *Mass. Foro It.*, 1978, voce "Telefono", c. 1105.

⁶¹ 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.

⁶² 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

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)⁶³.

1.2. 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.

1.2.1. 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 della rete, 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

funzionale. È dibattuta in dottrina la scelta della disciplina giuridica da applicare a questo tipo di contratti. È notorio 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 il 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, G. SCHIZZEROTTO, *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 M.R. SPALLAROSSA, *In tema di contratto misto*, in Foro It., 1972, I, 2309).

⁶³ F. MESSINEO, *Manuale di diritto civile e commerciale*, vol. 3, Giuffrè, 1954, pag. 208.

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"⁶⁴. 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 attraverso la 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 l'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 ai suoi servizi: e così in tale obbligo non si configura affatto la necessità di garantire un risultato, bensì di rendere possibile il suo raggiungimento⁶⁵.

⁶⁴La 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 non 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).

⁶⁵Occorre 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.

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.

1.2.2. Ipotesi di qualificazione e disciplina applicabile

Tra le varie ipotesi di qualificazione che si possano immaginare⁶⁶, 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 Internet⁶⁷, 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 complesso⁶⁸.

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 *provider*, oltre a provvedere all'accesso, fornisca anche i contenuti, cioè i servizi informativi e la possibilità di compiere operazioni, si dovranno tenere

⁶⁶ 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 è tale che il regime finale dei rapporti non muta. Occorrerà, quindi, tenere conto dei criteri 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 A. MONTI, *Internet: il contratto tra il provider e l'utente*, in *McMicrocomputer*, n. 164, luglio-agosto, 1996).

⁶⁷ In particolare per i contratti di accesso a servizi telematici, vedi R. SPECIALE, *Sulla configurazione giuridica dei servizi telematici. Appunti e problemi*, in *Dir. Inf. Inf.*, 1988, pp. 359-374, G. CIACCI, *op. cit.*, p. 113.

⁶⁸ Per le nozioni di contratto misto e di contratto complesso vedi nota 10.

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 (cd *telnet*), per altri servizi *web*, per le *chat* e gli ulteriori servizi accessori⁶⁹.

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 analogica⁷⁰.

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 cod. civ.).

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 cod. civ.)⁷¹.

⁶⁹ Sui servizi usufruibili attraverso la rete Internet vedi il par. 1:1.

⁷⁰ Su tali teorie vedi ancora la nota 10.

⁷¹ 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 (art. 1453 e 1455 cod. civ.). 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.

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 somministrazione⁷². 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 distintamente⁷³.

1.3.1. 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 tendenzialmente ad un ampio pubblico, indifferenziato e non professionale, e per la loro tendenziale gratuità⁷⁴. Rispetto a tali applicazioni il contatto telematico tra utente-acquisitore ed utente-fornitore può

Inoltre la norma generale dell'art. 1458, primo comma, 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).

⁷²Una parte delle dottrine considera questi tipi di contratti addirittura quali contratti innominati o contratti complessi: sul punto vedi A. MONTI, *Internet: il contratto tra il provider e l'utente*, in *McMicrocomputer*, n. 164, luglio-agosto, 1996.

⁷³Di 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. C.M. BIANCA, *Diritto civile, Il contratto*, volume n. 3, Milano, Giuffrè, 1984, pag.450 ss.

⁷⁴Almeno 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).

avere un duplice sviluppo: può esaurirsi successivamente alla ricezione dell'informazione gratuita da parte dell'acquirente, 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 fattispecie 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 cd *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 concluso⁷⁵, mentre, per ciò che riguarda la fase di attuazione, è soggetto al comune regime della vendita⁷⁶.

Per quanto riguarda invece altri servizi, caratterizzati dal fatto di essere rivolti a cerchie ristrette di operatori professionali, l'utente acquirente che intenda accedervi 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 cd *homebanking* o del *trading on-line*), 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 fin 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

⁷⁵ Aspetto relativamente al quale ci si soffermerà oltre nel testo, nell'ambito del prossimo paragrafo.

⁷⁶ Sugli aspetti giuridici dei contratti telematici in senso stretto vedi G. CIACCI, *I contratti del commercio elettronico*, intervento al Convegno CEGOS, *Commercio elettronico e Internet: aspetti legali*, Milano 2 dicembre 1997.

strettamente legate all'iniziativa ed alla fantasia di ogni fornitore in un qualsiasi Paese del mondo. Occorre quindi fare riferimento alle varie attività svolte nei vari siti della Rete. 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 generi), ma anche di quelli di messaggistica elettronica (non solo nell'ipotesi della posta elettronica compresa nell'abbonamento offerto dal *provider* al proprio utente, ma della gestione degli apparati comunicativi di intere aziende attraverso società specializzate, e quindi anche 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 di *lobbying* e di *marketing on line*, o quella ancora di *co-branding*)⁷⁷.

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 congrua 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.

Con riferimento all'oggetto del presente lavoro, cioè la verifica dell'effettiva capacità della tutela contrattuale del bene giuridico informatico a soddisfare gli interessi dei titolari delle privative stabilite dalla legge sugli stessi, una tale affermazione circa la validità generale della categoria dei contratti di accesso ai servizi telematici, e dell'adeguatezza del diritto positivo a disciplinarne i differenti aspetti, permette di portare la nostra attenzione alle singole clausole contrattuali che prendono in considerazione il problema indicato⁷⁸.

⁷⁷ Si veda, a tale proposito, l'interessante appendice del libro di O. HANCE, *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.

⁷⁸ Argomento del terzo capitolo di questo scritto.

Diverse difficoltà 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. I contratti conclusi attraverso Internet

Descritto, seppure in maniera sintetica, l'ambiente in cui si svolge il commercio elettronico, ed esaminate le tipologie di accordo attraverso 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 diversi fini: le imprese⁷⁹, 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 struttura⁸⁰, sia con riferimento alle relazioni con i propri clienti⁸¹); 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 conveniente, 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 diffusione⁸²), e quindi la conclusione di contratti attraverso il computer. Settore che, rispetto ai primi

⁷⁹ Sull'utilizzo di Internet e del *web* a fini aziendali si vedano A. CASTIGLIONI, E. G. CASTIGLIONI, *Internet for Business*, Mondadori Informatica, 1996, pp. 97-171, S. KORPER e J. ELLIS, *Il libro del commercio elettronico*, Apogeo, 2000, pp. 1-184, E.M. TRIPODI - F. SANTORO - S. MISSINEO, *Manuale di commercio elettronico*, Giuffrè, 2000, pp. XXV-944.

⁸⁰ 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 vedi A. CASTIGLIONI, E. G. CASTIGLIONI, *op. cit.* p.14).

⁸¹ 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 propri clienti senza bisogno di recarsi sul posto, evitando in questo modo spese di chiamata spesso notevoli).

⁸² Circa le modalità di pagamento *on line*, e i problemi indicati si veda oltre nel testo.

pionieristici studi⁸³, 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"⁸⁴ 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 rilievi, 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 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. La descrizione di tali modalità riveste la sua importanza per acquisire una conoscenza completa dell'ambiente in cui viene gestito il bene giuridico informatico, e degli strumenti utilizzati nella prassi per la sua gestione: tra questi, si terrà poi in particolare considerazione quello contrattuale, argomento specifico dell'ultima parte del presente lavoro.

2.1. La conclusione del contratto su Internet

2.1.1. La disciplina della conclusione del contratto nel mondo "reale"

In particolare, per ciò che riguarda la formazione dell'accordo, il I comma dell'art. 1326 del codice civile afferma⁸⁵ 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 cod. civ.)⁸⁶.

⁸³ In particolare quelli di R. CLARIZIA, *Informatica e conclusione del contratto*, Milano, Giuffrè, 1985; F. PARISI, *Il contratto concluso mediante computer*, Padova, Cedam, 1987, E. GIANNANANTONIO, *I trasferimenti elettronici di fondi*, Milano, Giuffrè, 1986.

⁸⁴ Grazie proprio alla caratteristica di Internet quale rete globale, su cui è possibile comunicare in tempo reale ovunque nel mondo.

⁸⁵ 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.

⁸⁶ Oltre all'art. 1326 cod. civ., 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

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 cod. civ. 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 cod. civ. 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 del codice civile. La prima delle due norme 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 concludere⁸⁷. La revoca di tale proposta, per essere efficace, deve essere fatta nelle 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, quella 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 II)⁸⁸.

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).

⁸⁷ 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.

⁸⁸ 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 G. LENER, *La nuova disciplina delle clausole vessatorie nei contratti dei consumatori*, in Il foro italiano,

2.1.2. 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 stessa⁸⁹.

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 familiarità supplisce ai profili afferenti alla certezza del diritto⁹⁰. 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 rilevante⁹¹. Infine, potrebbe intercorrere fra imprenditori non legati da stabili legami di

1996, pagg. 145-176; G. ALPA, *I contratti dei consumatori. L'iter normativo degli artt. 1469 bis-sexies del codice civile*, Roma, SEAM Ed., 1997, pp. 7-152.

⁸⁹ In tal senso R. CLARIZIA, *Informatica e conclusione del contratto*, Milano, Giuffrè, 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 F. PARISI, *Il contratto concluso mediante computer*, Padova, Cedam, 1987 p. 114). Inoltre si sono occupati dell'argomento, anche con riferimento ad Internet, A. GAMBINO, *L'accordo telematico*, Milano, Giuffrè, 1997, e L. ALBERTINI, *Osservazioni sulla conclusione del contratto mediante computers e sull'accettazione di un'offerta in Internet*, in *Giusitizia civile*, 1997, II, p.21 e ss..

⁹⁰ 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).

⁹¹ 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

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 cd *world wide web*⁹².

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 l'acquisto di un determinato bene o servizio; oppure, più opportunamente⁹³, l'invito al destinatario di richiedere il

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 cards* ("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.

⁹² Sui servizi che si svolgono su Internet si veda la prima parte del presente lavoro.

⁹³ 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 della Rete, ad opera di tribunali "reali". Per quanto riguarda 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 articolo 10, anche se con riferimento a strumenti diversi dall'*e-mail*, la disciplina delle "chiamate indesiderate", disponendo al primo comma 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 secondo comma rinvia agli artt. 11 e 12 (sul consenso al trattamento dei propri dati) della l. 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 I (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* all'URL <http://www.law.com> e <http://www.cyberlaw.com>, entrambi consultati il 14 luglio 2001. Deve poi essere tenuta

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 elettronica⁹⁴, 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 cliente⁹⁵; il quale, un volta lette le varie schermate informative contenenti le specifiche offerte, deciderà se concludere o meno l'accordo: in caso affermativo utilizzerà la Rete stessa, mediante in genere la compilazione di un determinato modulo, ed il

presente la recente proposta di direttiva 2000/0189 relativa al trattamento dei dati personali e alla tutela della vita privata nel settore delle comunicazioni elettroniche.

⁹⁴ 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. 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 P. GALDIERI, *Teoria e pratica nell'interpretazione del reato informatico*, Milano, Giuffrè, 1997, pp. 113 e ss.). Deve infine essere ricordato anche il D.lgs. 13 maggio 1998, n. 171 che proibisce l'invio di pubblicità non richiesta (sui rapporti tra privacy e Internet si veda G. CIACCI, *Internet e il diritto alla riservatezza*, in *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, 1999, I, 233-252).

⁹⁵ Da qui la necessità di rendere le proprie pagine il più accattivanti possibili, 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 sul *web*. Sulla pubblicità su Internet si veda le informazioni contenute nell'interessante sito *web* all'indirizzo <http://www.webcom.com/~lewrose/> consultato il 19 settembre 2001.

suo invio direttamente dallo stesso sito *web*, oppure successivamente con un autonomo messaggio *e-mail*⁹⁶.

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.

2.2. 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 legge⁹⁷. Tutti problemi risolti in passato, anche se a livello tecnico, dalla dottrina particolarmente attenta alle nuove tecnologie, sulla base di

⁹⁶ Si tenga fin da ora presente che in questa ipotesi lo schema proposta - accettazione viene invertito: infatti, qui il cliente che decide di concludere l'accordo, compilando, qualora predisposto, il form nel sito, effettua la proposta al fornitore di beni e servizi, che, mediante *e-mail*, o altro mezzo, comunicherà la propria accettazione.

⁹⁷ 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): tutti casi in cui è difficile ipotizzare la legittimità del documento informatico (almeno prima dell'entrata in vigore effettiva del sistema di firma digitale di cui si parlerà oltre nel testo).

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.

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.

2.2.1. 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 risolvere 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 cd *netiquette*⁹⁸, 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.

⁹⁸ La principale perplessità che sollevano le norme a formazione spontanea che costituiscono la cd *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 E. DYSON, *Release 2.0*, cit., p. 74).

Nell'attesa dell'affermazione di uno o più dei criteri indicati, molto è lasciato al lavoro dell'interprete⁹⁹. In tale ambito, ed allo scopo di risolvere il problema della legge applicabile alle transazioni commerciali che si svolgono su Internet, occorre distinguere fra i rapporti che si creano tra soggetti appartenenti allo stesso ordinamento giuridico, da quelli instaurati tra soggetti di ordinamenti giuridici diversi¹⁰⁰.

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 ipotizzare¹⁰¹. Argomento strettamente collegato a quello della tutela del bene giuridico informatico distribuito e fruito sulla rete Internet¹⁰².

⁹⁹ Sul punto vedi gli scritti di T. BALLARINO, *Internet nel mondo della legge*, Padova, CEDAM, pp. 102-122 e 136, P. CERINA, *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.

¹⁰⁰ 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).

¹⁰¹ 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, Milano, Giuffrè, rispettivamente p. 131 e p. 149; si veda poi SPADA P., "La proprietà intellettuale in Internet", intervento alla conferenza "Cyberlaw" tenutasi a Roma il 9 luglio 1998 a cura dell'AIGA, pubblicato sul sito "Jei, Jus e Internet", all'indirizzo <http://www.jei.it/approfondimenti> consultato il 9 settembre 2001.

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 al I 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> consultati il

Rimanendo nell'ambito dell'argomento trattato nel presente paragrafo, è 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 contrattuali¹⁰³, e di quelle della Convenzione di Vienna 11 aprile 1980, sulle vendite internazionali di beni mobili¹⁰⁴.

15 settembre 2001, e la sentenza della Corte Federale della Pennsylvania 11 giugno 1996 su *Dir. Inf. Inf.*, 1996, p.640, con nota di V. ZENO ZENCOVICH).

¹⁰² Tra i due problemi il primo è sicuramente più complesso e di difficile soluzione, dovendo risolvere la questione della legge applicabile al rapporto giuridico instaurato tra due persone appartenenti a due ordinamenti giuridici diversi: questo in particolare nel caso tale difficoltà non fosse stata superata a livello pattizio, precedentemente o successivamente al sorgere di un eventuale conflitto. Nel caso invece della tutela contrattuale del bene giuridico informatico, il problema dell'effettività riguarda clausole esplicitate nel regolamento contrattuale sottoscritto dalle parti, quindi conosciute o conoscibili, che devono essere valutate relativamente al risultato che concretamente riescono ad ottenere. Ma per quello che riguarda questo secondo argomento si faccia riferimento alla terza parte del presente lavoro.

¹⁰³ Il contratto, che disciplina nella specie il determinato rapporto tra i soggetti che svolgono in concreto l'attività sulla Rete, sarà allora regolato dall'ordinamento scelto dalle stesse 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 M. V. BENEDETTELLI, "La legge regolatrice delle obbligazioni contrattuali tra Convenzione di Roma e diritto internazionale privato comune" in *Diritto del commercio internazionale*, 1996, pagg. 715-769.

¹⁰⁴ Secondo tale fonte 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 S. PATTI, "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; L. RUBINO, "Convenzione di Vienna sui contratti di vendita internazionale di beni mobili. L. 11 dicembre 1985, n. 765 (commento art. 15 e 16)", in *Nuove (le) leggi civili commentate* pp. 53 - 71; F. LIGUORI, "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.

In base a tale sistema di norme è possibile quindi ricondurre la specifica fattispecie "virtuale" nell'alveo di un determinato sistema giuridico¹⁰⁵, ipotesi che quindi si può ricondurre a quella in cui fin dall'inizio i soggetti stipulanti appartengano 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 specificamente¹⁰⁶, dopo però aver esaminato un'altra difficoltà che incontra il commercio elettronico su Internet, quella relativa ai sistemi di pagamento.

¹⁰⁵ 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.

¹⁰⁶ 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 Dlgs 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. Sul punto verrà dettata una disciplina specifica in seguito al recepimento della direttiva 2000/31/CE sul commercio elettronico. Relativamente alla direttiva 97/7/CE si veda G. ALPA, *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 Dlgs 185/1999 si può fare riferimento ad G. ALPA, *Tutela del consumatore. Contratti a distanza. Prime considerazioni*, in *I Contratti*, 1999, pp. 845-852, TORRIELLO F., *La protezione dell'acquirente a distanza*, in *Corriere Giuridico*, 1999, p. 1066. Sulla Direttiva 2000/31/CE si veda AA.VV. (a cura di A. ANTONUCCI), *E-commerce, la Direttiva 2000/31/CEE*, Milano, Giuffrè, pp. 1 - 185.

2.2.2. 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 telematica¹⁰⁷. Materia che rientra nel più generale tema dei trasferimenti elettronici di fondi, differenziandosi per la sempre maggiore diffusione e per l'ampio numero di utenti¹⁰⁸.

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 informatica¹⁰⁹.

¹⁰⁷ Sul punto si veda O. HANCE, *Internet e la legge*, Mc Graw Hill, 1997, p. 165, G. FINOCCHIARO, *Il problema dei mezzi di pagamento*, in AA. VV., *I problemi giuridici di Internet*, Milano, Giuffrè, 1999, p. 120, G. CIACCI, *Strumenti di pagamento on line e l'e-cash*, atti del convegno *Documento informatico, firma digitale e commercio elettronico*, Camerino, 29-30 ottobre 1999. Sul web di Internet si può poi consultare il materiale contenuto nel sito della Digicash all'indirizzo <http://www.digicash.com>.

¹⁰⁸ Sul trasferimento elettronico di fondi (E.F.T.) si veda in dottrina R. BORRUSO, *Computer e diritto-Vol II*, Milano, Giuffrè, 1988, pag.274 ss., E. GIANNANTONIO, *Trasferimenti elettronici di fondi e autonomia privata*, Milano, Giuffrè, 1986, pp. 3-187, F. TROJANI, *Trasferimenti elettronici di fondi e moneta elettronica*, in *Informatica ed enti locali*, Maggioli, 1995, 4, p. 54 e ss., F. DEVESCOVI, *Titoli di credito e informatica*, CEDAM, 1991, pp. 1-375; P. NUVOLONE, *La trasmissione elettronica di fondi e la tutela dell'utente*, in *Diritto dell'informazione e dell'informatica*, n.2, 1988, Milano, Giuffrè, p.593 ss..

¹⁰⁹ 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 R. DADDA, del Banco Ambrosiano Veneto, nel suo intervento all'*Alta Vista World Convention '98* nell'ambito del *Futurshow 1998* (riportato da M. FERRARI ROLLI, *Sviluppo e futuro del commercio elettronico*, 3 aprile 1998, consultabile su [Repubblica.it](http://www.repubblica.it) all'indirizzo <http://www.repubblica.it/online/speciale/futur4/futur4/futur4.html> visitato il 15 settembre 2001) 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

Da qui l'apparizione di una seconda generazione di mezzi di pagamento su Internet, quelli attraverso il cd "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 cd *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 si trattiene una commissione sulle transazioni.

Si segnala quindi una terza generazione di mezzi di pagamento su Internet, la cd *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.

2.3. 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.

ogni mille di media contro 2 ogni mille per le carte di credito e addirittura 46 per i telefoni cellulari).

2.3.1. 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'arrivo¹¹⁰. Ma, come si è già visto, può essere utilizzata validamente sia per scambiare le dichiarazioni necessarie alla formazione dell'accordo, e quindi per inviare proposta e accettazione, sia per aderire ad una offerta al pubblico (art. 1336 c.c.), oppure per rispondere ad un generico invito a trattare, formulati attraverso i servizi informativi del Web¹¹¹ 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 2° comma 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, seppure i messaggi inviati non vengano scaricati immediatamente dalla parte, quando verrà compiuta tale operazione saranno accodati in ordine cronologico, e quindi

¹¹⁰ 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 temporale 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 potrebbe configurare a tale proposito un onere di consultazione, in particolare per colui che sceglie di operare con rilevanza economica in Rete. Mentre, per quanto riguarda 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.

¹¹¹ Una pagina pubblicata sul web di Internet è assimilabile ad una qualsiasi pagina di un giornale "tradizionale" (sul punto si veda V. ZENO ZENCOVICH, *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 P. COSTANZO, *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*, in Internet all'URL <http://www.interlex.com/testi/or980611.htm>, consultato il 15 luglio 2001). 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.

presumibilmente sarà letta prima la e-mail con l'accettazione¹¹². Resta salva, invece, la possibilità della revoca da parte del proponente che, secondo il 1° comma 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 cui verranno adottati sistema di firma elettronica dei documenti a rilevanza giuridica) o di metodo di conclusione, 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 colpa¹¹³. Nel caso poi il messaggio venga inoltrato in modo tale da far perdere le informazioni relativamente al mittente (attraverso i cd *anonymous remailer*, su cui vedi oltre), il "commerciantе elettronico" ben può rifiutarsi di intraprendere la trattativa, e quindi risolvere in questo modo il problema¹¹⁴.

2.3.2. 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.

¹¹² 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.

¹¹³ Così R. CLARIZIA, *Informatica e conclusione del contratto*, 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 O. HANCE, *op. cit.*, p. 124.

¹¹⁴ E una specie di principio di autoreponsabilità è stato adottato anche nel D.P.R. 513/1997, la legge che ha introdotto il sistema di firma digitale nel nostro Paese (oggi assorbita dal T.U. sulla documentazione amministrativa, il D.P.R. 445/2000), 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.

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 contraddistinguerele¹¹⁵.

Anche per quanto riguarda il comma I 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 Internet¹¹⁶. 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.

Il maggiore problema sembra essere invece costituito dall'applicabilità del 2° comma dell'art. 1341 c.c., inerente alle clausole vessatorie, al contratto "elettronico"¹¹⁷. 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"¹¹⁸. 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 ipotesi¹¹⁹. Così, le clausole vessatorie contenute in

¹¹⁵ 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.

¹¹⁶ Per un'opinione diversa, anche se non riferita alla realtà di Internet, si veda F. PARISI, *Il contratto concluso mediante computer*, Padova, CEDAM, 1987, p. 49.

¹¹⁷ 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 G. ALPA, *I contratti dei consumatori. L'iter normativo degli artt. 1469 bis-sexies del codice civile*, Roma, SEAM Ed., 1997, pp. 7-152).

¹¹⁸ R. CLARIZIA, *Informatica e conclusione del contratto*, Milano, Giuffrè, 1985, pag. 157.

¹¹⁹ 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

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 II, 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'aderente sia stato posto in grado di conoscere dette clausole, e che quindi su di esse sia stata richiamata la sua attenzione¹²⁰. E in tale prospettiva si pone anche la dottrina prevalente¹²¹.

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: 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 successive¹²². In seguito all'introduzione del sistema della firma digitale, ad opera del DPR 513/1997, e, successivamente del DPR 445/2000, si può poi anche immaginare una forma di "specifico approvazione" legata all'apposizione della sottoscrizione elettronica al documento informatico (modulo di un sito web, oppure singolo messaggio e-mail), contenente le clausole vessatorie.

sistema della firma digitale), oppure a quelle nelle quali le condizioni generali rinviano ad un atto a parte nel quale siano riportate le clausole vessatorie con la specifica approvazione (negozi per relationem).

¹²⁰ "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).

¹²¹ Così tra gli altri GENOVESE, *Condizioni generali di contratto*, in Enciclopedia del Diritto, e C. M. BIANCA, *Diritto Civile, III, Il contratto*, Giuffrè, 1987, p. 359.

¹²² Con un sistema quindi simile a quello oggi utilizzato per l'accettazione delle condizioni 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).

2.3.3. 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 carpiteo con dolo, può chiedere l'annullamento del contratto.

Tenendoci 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.

2.3.4. 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. 513/1997 (oggi il D.P.R. 445/2000), e il sistema della firma digitale da esso introdotto, permette di superare quegli impedimenti che hanno rallentato nel 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. 513 (art. 4, oggi art. 10), al suo valore probatorio di scrittura privata o di riproduzione meccanica o fotografica (art. 5, art. 10 del DPR 445/2000), addirittura autenticabile (art. 16, oggi art. 24), ed alla sua totale equiparazione "alla sottoscrizione prevista per gli atti e documenti in forma scritta su supporto cartaceo" (art. 10, comma 2, oggi art. 23).

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.

3. La firma digitale ed i contratti conclusi per via telematica

3.1. 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)¹²³, 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*¹²⁴.

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 Rete: non solo a causa della possibilità di interventi esterni di terzi¹²⁵, 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

¹²³ 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 *cd 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 *cd 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).

¹²⁴ 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.

¹²⁵ Si tenga comunque presente che la possibilità di intercettazione delle informazioni trasmesse sulla Rete non è così facile (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.

parti possa eccepire la difformità tra quanto trasmesso e quanto ricevuto ¹²⁶, sottraendosi in questo modo alla vincolatività del negozio; o addirittura evitare il comportamento in malafede 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, e⁶ 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.).

3.2. 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 materia ¹²⁷.

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

¹²⁶ 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.

¹²⁷ "While Law may lag, Business advance", come opportunamente commentato da D. JOHNSTON, S. HANDA, C. MORGAN, *CyberLaw*, Stoddart Publishing, 1997, p.89.

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 pubblico ¹²⁸, 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 (cd *disclaimer*) in cui il fornitore dichiara di non voler trattare con soggetti appartenenti a quello specifico ordinamento ¹²⁹.

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 maggiormente efficaci, il sistema della firma digitale, introdotto nel nostro Paese quattro anni fa 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 principali ¹³⁰.

¹²⁸ 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.

¹²⁹ 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.

¹³⁰ A causa della complessità del sistema si tratterà il tema in maniera sintetica, rinviando un ulteriore approfondimento a G. CIACCI, *La firma digitale, cit.*, ed alla dottrina ivi richiamata.

3.3. La soluzione conseguente all'adozione della firma digitale

3.3.1. 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 sì 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 59/1997 (la cd 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'applicazione¹³¹;

- poi con il D.P.C.M. 8 febbraio 1999, pubblicato in G.U. 15 aprile 1999 che stabilisce proprio le specifiche tecniche, cioè le regole pratiche del D.P.R. 513/1997¹³² ed una serie ulteriore di atti normativi e/o regolamentari dettati al fine di rendere operativo il sistema¹³³;

¹³¹ 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.

¹³² Deve essere segnalata anche la direttiva 1999/93/CE del 30 novembre 1999 (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

- infine con il D.P.R. 28 dicembre 2000, n. 445, intitolato "Testo unico delle disposizioni legislative regolamentari in materia di documentazione amministrativa", che riprende le norme della diversa produzione sul tema del documento elettronico (quindi firma digitale, protocollo informatico e archiviazione ottica), integrandole coordinate in un unico testo normativo.

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 elettronico¹³⁴.

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.

¹³³ Tra questi ad esempio la Circolare 26 luglio 1999, n. 22, contenente le modalità per presentare domanda di iscrizione nell'elenco pubblico dei certificatori, oppure la Circolare 19 giugno 2000, n. 24, che riporta le linee guida per l'interoperabilità tra i certificatori iscritti nell'elenco pubblico, o ancora la circolare 13 luglio 2000, n. 26, che pubblica l'elenco delle società individuate dall'Autorità per l'informatica nella pubblica amministrazione, alla data del 6 luglio 2000, ai fini dell'attività di certificazione.

¹³⁴ In tal senso è chiarissimo il disposto dell'art. 10 del regolamento citato (oggi art. 23 del T.U. 445/2000), norma che, dopo aver previsto al comma 1. 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. 513, art. 10 T.U. 445) il valore di scrittura privata, ai sensi dell'art. 2702 cod. civ., 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

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 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.

3.3.2. Aspetti tecnologici

Infatti, per ottenere il risultato di assicurare la genuinità dei documenti prodotti attraverso l'uso dell'elaboratore elettronico¹³⁵, 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

di supporto, riproduzioni o copie per gli usi consentiti dalla legge" (art. 18, comma I, del D.P.R. 513, art 9 T.U. 445).

¹³⁵ 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.

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 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 autenticazione¹³⁶.

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

¹³⁶ 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.

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 messaggio 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 cd 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. 513/1997 (oggi D.P.R. 445/2000) 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. 513, oggi, rispettivamente, art. 1, lett. n) e art. 22 lett. b), c) e d)); 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, oggi art. 22, lett. c)), nonché la utilizzabilità della chiave pubblica per verificare la firma digitale ovvero per criptare i documenti da inviare (art. 1 lett. f) del Regolamento, oggi art. 22, lett. d))¹³⁷.

L'ulteriore problema relativo alla certezza della corrispondenza tra chiave pubblica e soggetto titolare cui essa appartiene viene risolto dal D.P.R. 513/1997, e attualmente dal DPR 445/2000, attraverso una procedura di certificazione, gestita e garantita da apposite Autorità (i cd Certificatori, su cui si veda gli artt. 8 e 9, oggi artt. 27 e 28, oltre all'art. 1, lett. h), oggi art. 22 lett. f), e quelle da m) a p) del Regolamento, oggi art. 22 lett. i) e n)), 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.

3.4. 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

¹³⁷ 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 sottoporà poi a verifica come spiegato nel testo.

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 del codice di procedura civile¹³⁸.

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. 513/1997, oggi art. 8 DPR 445/2000), di considerarlo come documento scritto (art. 4, oggi art. 10), con l'efficacia probatoria della scrittura privata (art. 5, oggi art. 10), mentre, da un punto di vista pratico, rende sicuro e non ripudiabile il messaggio trasmesso su rete telematica, si può affermare che le difficoltà esposte 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, 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, anche oggi art. 11); mentre l'art. 12, oggi art. 14, ("Trasmissione del documento") permette di considerare inviato e pervenuto 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 risultati¹³⁹.

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

¹³⁸ Relativamente a tali argomenti si faccia riferimento a G. CIACCI, *La firma digitale*, cit., pp. 33 ss..

¹³⁹ Si tenga presente, tra l'altro, che proprio per esigenze pratiche è stato creato il sistema della crittografia asimmetrica.

attraverso l'uso della propria chiave privata e della funzione di *hash*, chi riceve il messaggio potrà facilmente accedere ad un archivio *on line*¹⁴⁰ 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 credito¹⁴¹. 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 rilevante 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 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.

Una volta esaminati sia l'ambiente in cui si svolgono le attività commerciali elettroniche (e quindi, da una parte, la rete Internet, i suoi servizi, i soggetti coinvolti nel nuovo *media*, i rapporti fra gli stessi; dall'altra, la regolamentazione giuridica di tale realtà, pubblica e privata), e gli strumenti con cui si svolgono tali attività (e quindi essenzialmente i contratti di accesso alla Rete, ma anche i contratti conclusi attraverso la stessa, anche mediante l'uso della firma digitale, nella terza parte del presente lavoro si approfondirà l'analisi dei singoli schemi contrattuali, e si procederà quindi alla verifica di quelle clausole dei vari accordi dettate al fine di tutelare il bene giuridico informatico.

¹⁴⁰ 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. 513, oggi art. 27 del DPR 445/2000.

¹⁴¹ 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.

CAPITOLO TERZO

La tutela contrattuale del bene giuridico informatico

Sommario: 1. Introduzione. – 2. Analisi dei principali contratti del commercio elettronico aventi ad oggetto beni giuridici informatici. – 2.1. I contratti di accesso ad Internet. – 2.2. I contratti di accesso ai servizi di Internet. – 2.3. I contratti di fornitura di beni e servizi attraverso Internet. – 3. Commento delle clausole contrattuali più rilevanti per la tutela del bene giuridico informatico. – 3.1. Le clausole che impongono divieti ed obblighi. – 3.2. Le clausole che impongono comportamenti. – 3.3. Le clausole che impongono assunzioni di responsabilità del cliente e quelle che stabiliscono esenzioni di responsabilità del fornitore. – 3.4. Le clausole che stabiliscono sanzioni a carico del cliente. – 4. Conclusioni relative all'adeguatezza della tutela contrattuale del bene giuridico informatico.

1. Introduzione

Come si è già detto nella prima parte del presente lavoro, a fronte della disciplina che viene dettata dagli organi legislativi, o comunque regolamentari, dei numerosi Paesi connessi alla rete Internet, e delle varie organizzazioni internazionali (si pensi all'Unione europea), disciplina che può essere considerata come dettata "dall'alto" (nel capitolo 2 della prima parte è stata definita "pubblica"), si può registrare una numerosa produzione "dal basso" (chiamata in precedenza "privata"): cioè una produzione regolamentare che nasce direttamente da parte degli operatori che utilizzano il nuovo *media* per i più diversi scopi. Tale produzione consiste essenzialmente nelle previsioni comprese negli accordi conclusi fra le parti, e quindi nei contratti che disciplinano i relativi rapporti, ma anche nelle regole dettate per specifiche realtà (ad esempio le regole per l'assegnazione dei nomi a dominio) o nei codici di autoregolamentazione di determinate categorie (si pensi a quelli delle associazioni di *provider*).

La presente parte descrive in particolare la produzione negoziale dei vari soggetti coinvolti nelle attività di Internet, esaminando una serie di moduli contrattuali dettati a disciplina di specifiche attività commerciali (ad esempio la fornitura dell'accesso alla Rete, ma anche la distribuzione di contenuti informativi e di intrattenimento attraverso il nuovo *media*): questo in particolare al fine di comprendere se tali moduli contrattuali pongono una qualche forma di attenzione alla tutela del bene giuridico informatico, eventualmente oggetto principale o correlato dell'attività disciplinata. Così, verranno estratte, analizzate e commentate le clausole che sono state dettate proprio a tale scopo, ed infine si provvederà a concludere relativamente all'efficacia delle stesse proprio nell'ottica dell'indicata tutela.

2. Analisi dei principali contratti del commercio elettronico aventi ad oggetto beni giuridici informatici

Come si è detto, i servizi di Internet che maggiormente permettono uno scambio di beni giuridici informatici (ed eventualmente un'attività illecita ad essi relativa) 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 elettronica (intesa in senso generico, quindi non solo autonoma, ma anche eventualmente base degli altri servizi, come ad esempio le *chat* o i *Newsgroup*)

In particolare, per meglio individuare le utilità valutabili economicamente usufruibili attraverso Internet, occorre fare riferimento alle differenti attività svolte nei vari siti della Rete. 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 generi), ma anche di quelli di messaggistica elettronica (non solo nell'ipotesi della posta elettronica compresa nell'abbonamento offerto dal *provider* al proprio utente, ma della gestione degli apparati comunicativi di intere aziende attraverso società specializzate, e quindi anche 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 cd di *lobbying* e di *marketing on line*, o quella ancora di *co-branding*, cioè di scambio di risorse *web* tra siti).

I regolamenti contrattuali che disciplinano tali disparate attività¹⁴², quando sono svolte dietro una qualsiasi forma di corrispettivo (si concretizzi esso nel pagamento di un prezzo a carico del cliente o in altre modalità, come ad esempio mediante l'inserzione di messaggi pubblicitari nei collegamenti che vengono effettuati dallo stesso utente)¹⁴³, sono raggruppabili, anche se a fini meramente

¹⁴² Caratterizzate comunque dal fatto di essere rivolte a cerchie ristrette di operatori professionali, per accedere alle quali deve essere stipulato un particolare contratto direttamente con il fornitore delle stesse, ulteriore rispetto a quello di connessione alla Rete. Tali attività 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 cd *homebanking*, ma anche di alcuni dei servizi di trasferimento *file*, o di posta elettronica). Il negozio stipulato fra le parti può poi essere concluso o meno per via telematica.

¹⁴³ Sono infatti presenti in Rete, ed anzi possono essere considerati la maggioranza (nonostante in Internet stia via via assumendo una maggiore importanza l'aspetto commerciale), anche una serie di servizi o prestazioni che si caratterizzano per essere rivolti in genere ad un ampio pubblico, indifferenziato e non professionale, e per la loro tendenziale gratuità. Come si è detto, rispetto a tali applicazioni il contatto telematico tra gli utenti può avere un duplice sviluppo: può esaurirsi successivamente alla ricezione dell'informazione

descrittivi, in diverse categorie ¹⁴⁴: dai contratti che disciplinano l'accesso ad Internet inteso come connessione, a quelli peculiari della realtà della Rete (e cioè che sono correlati ai servizi da essa resi possibili), a quelli infine che consentono la fornitura di servizi a terzi, o la distribuzione di beni.

2.1. I contratti di accesso ad Internet

Nel primo gruppo di contratti si possono far rientrare quelli che vengono stipulati dal singolo utente per accedere alle risorse della rete Internet, con particolare riferimento all'aspetto della connessione: utente che in questo caso, cioè limitatamente proprio all'aspetto connettivo, è indifferentemente l'acquirente dei servizi, o il fornitore degli stessi. Infatti anche quest'ultimo, che svolge poi una specifica attività attraverso il nuovo *media*, oggetto di appositi accordi commerciali, deve collegarsi alla Rete, utilizzerà la posta elettronica o si iscriverà a *mailing list* per diverse finalità (ad esempio migliorare la propria offerta grazie all'interazione con altri fornitori) ¹⁴⁵. Si tratta quindi degli accordi che regolano l'abbonamento all'*access provider*, comprensivo dei vari servizi come la gestione di una o più caselle di posta elettronica, la predisposizione e ospitalità sui propri *server* di siti *web* personali, la possibilità di accedere a *Newsgroup* e di usufruire di altri servizi. A tale proposito possono infatti anche registrarsi rapporti giuridici con soggetti terzi rispetto al fornitore dell'accesso, instaurati per usufruire dell'offerta di uno o più dei servizi appena indicati in diversi ambiti: si pensi alla posta

gratuita da parte dell'acquirente, e quindi il rapporto tra i soggetti si realizza e si consuma nel chiedere e nell'ottenere l'informazione (costituiscono esempi di tale fattispecie 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 o meno mediante elaboratore, è destinato ad avere uno sviluppo ed un'esecuzione sia nell'ambito della sfera telematica, ma anche indipendentemente dalla stessa (si immagini da una parte il caso in cui alla consultazione dell'orario ferroviario segua l'acquisto *on-line* del biglietto, oppure dall'altra l'ipotesi di abbonamento ad un determinato servizio informativo dopo un periodo di prova dello stesso). Nel presente lavoro non verranno presi in considerazione le fattispecie appartenenti al primo caso, quello dei servizi gratuiti, perché non sviluppandosi in un rapporto contrattuale, non sono rilevanti per l'argomento specifico della ricerca.

¹⁴⁴ Anche se, consistendo Internet in un nuovo *media* che rende possibile forme di comunicazioni fin 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.

¹⁴⁵ Invece, per la sua attività commerciale vera e propria, il fornitore stipulerà specifici contratti, come quello di sviluppo di siti *web*, comprensivo o meno di quello per la registrazione del nome a dominio, oppure ancora quello di *housing* o *hosting* delle proprie risorse informatiche. Si veda a tale proposito il prossimo paragrafo.

elettronica, sicuramente prevista in tutti gli abbonamenti ad Internet, ma poi attivabile anche esternamente, direttamente sul *web*, grazie all'attività di strutture apposite che offrono il servizio in via principale o correlato con altre iniziative ¹⁴⁶; si pensi ancora alla possibilità di ospitare e rendere accessibili sul *web* i siti informativi o di servizio dei vari soggetti, con annesse una serie di prestazioni accessorie a carattere professionale.

Tornando ai contratti di accesso alla Rete con particolare riferimento all'aspetto connettivo, come si è detto nella seconda parte del presente lavoro, in genere si tratta di negozi che possono essere fatti rientrare nel tipo "appalto di servizi" (disciplinato dall'art. 1677 c.c.), in cui l'obbligazione principale è rappresentata dalla connessione, alla quale si aggiungono una serie di obbligazioni accessorie relative alla fornitura del servizio. Tranne nel caso di offerta specifica di singole attività, rispetto alle quali rilevano autonome obbligazioni (per la posta elettronica, ad esempio, importante è quella della consegna tempestiva del messaggio, o della possibilità di accedere alla propria casella postale 24 ore al giorno, argomento del prossimo paragrafo quando vengono a costituire oggetto di appositi accordi), nei vari contratti viene richiesto, da parte di chi aderisce all'offerta, una serie di comportamenti che riguardano in genere il corretto uso della Rete ¹⁴⁷: tra questi, chiaramente, il rispetto dei diritti degli altri, tra cui anche quelli sui beni giuridici informatici.

2.2. I contratti di accesso ai servizi di Internet

Come si è detto, Internet ha reso possibile tutta una serie di nuove attività strettamente connesse all'uso di questo nuovo strumento. Tra queste, innanzitutto vanno considerate quelle già viste come prestazioni accessorie del rapporto con il *provider*, instaurato per connettersi alla Rete: nella specie, la messaggistica elettronica attraverso la *e-mail*, la gestione e messa in linea di siti *web* (comprensiva o meno dell'attività di registrazione del relativo nome di dominio, eventuale oggetto di autonomo contratto), la possibilità di gestire *Newsgroup* o *mailing list*. Inoltre, sono nate ulteriori attività commerciali peculiari del nuovo *media*: si pensi ad esempio alla fornitura di uno spazio di memoria sul proprio *server* con la possibilità per il cliente di rivendere a terzi le capacità tecniche acquisite (c.d. *hosting*), oppure alla gestione diretta da parte del fornitore del servizio di un elaboratore del cliente (sia a livello di assistenza/manutenzione, ma

¹⁴⁶ Svolge ad esempio in via principale il servizio di posta elettronica direttamente sul *web* il fornitore *hotmail.com*, mentre quasi tutti i motori di ricerca, o i diversi portali, la associano alla loro offerta specifica (a fini di *marketing* o per ottimizzare il servizio primario: si pensi ad esempio ai motori di ricerca tipo *yahoo.com*, oppure ai portali come *jumpy* o *ciaooweb*).

¹⁴⁷ In origine concretizzatesi nell'obbligo di osservanza della *netiquette*, il codice di condotta degli utilizzatori di Internet, ma poi specificatesi in particolari condotte, come si vedrà, con riferimento alla tutela dei beni giuridici informatici, nel prossimo paragrafo.

anche come residenza e concreta connessione alla Rete, c.d. *housing*), o ancora allo scambio di risorse informative o di servizi direttamente nella loro versione in formato *html*¹⁴⁸ tra siti *web* (c.d. *co-branding*), e infine all'attività di *marketing on line*, gestita attraverso l'uso dei vari strumenti della Rete (dal *web*, con l'attivazione di scambi di link tra siti dello stesso o di diversi settori, alla posta elettronica, nella pratica non propriamente lecita dello *spamming*, o ancora alle *mailing list* ed ai *newsgroup*).

Con riferimento a tali contratti, non è possibile una loro classificazione generale, ma si deve analizzare caso per caso l'attività oggetto del contratto, per poi individuarne la figura giuridica di negozio corrispondente, tenendo presente che frequentemente ci si troverà di fronte ad un contratto misto o complesso, oltre alla fattispecie del collegamento negoziale. Così come si deve considerare impossibile una loro classificazione esaustiva, motivo per cui si prenderanno in considerazione solo i principali, da cui estrarre le clausole maggiormente significative per la ricerca.

2.3. I contratti di fornitura di beni e servizi attraverso Internet

Il terzo gruppo di contratti individuabili nelle varie attività commerciali che si svolgono su Internet sono quelli che rientrano nella fornitura di beni e servizi secondo tipologie maggiormente "tradizionali" rispetto alla categoria precedente (nella specie per il tipo di attività che vanno a disciplinare, che non sarà peculiare del nuovo *media*, come nel caso del c.d. *hosting*, ma rientrerà in ipotesi e modalità già comuni nel "mondo reale"): la Rete viene utilizzata in questo caso sicuramente per attivare il contatto commerciale, ed eventualmente stipulare il contratto, mentre l'esecuzione della prestazione oggetto dello stesso può avvenire esternamente ad essa (quindi con modalità abituali alla pratica commerciale), oppure sempre attraverso Internet. Costituisce esempio dell'esecuzione tradizionale della prestazione le fattispecie di acquisti tramite Internet di beni di diverso genere (dal compact disk musicale al libro, dal biglietto aereo al posto al teatro, quindi non necessariamente beni giuridici informatici), mentre il secondo caso si verifica ad esempio sia nelle ipotesi del *software* comprato o venduto attraverso o su Internet (che viene materialmente appreso dall'acquirente attraverso il servizio *F.T.P.* del fornitore, sia nell'ipotesi di godimento del servizio direttamente in Rete (si pensi alla musica ascoltata in *streaming*, o all'accesso ad una banca dati, o comunque in quelle fattispecie che vedono, in questo caso necessariamente, quale oggetto della prestazione i nuovi beni).

Nella prima ipotesi (esecuzione "tradizionale" della prestazione) non si riscontrano problemi diversi da quelli che si possono verificare normalmente nel

¹⁴⁸ L'*HTML* (acronimo di *hypertext marker language*) è il linguaggio in cui sono scritte le pagine del servizio *web* di Internet, che rende possibile una loro visione multimediale, anzi ipermediale (connessione tra pagine in formati utilizzabili su diversi *media*).

caso in cui la telematica ed Internet non abbiano alcuna influenza sull'accordo, ma riguardino comunque beni giuridici informatici. Così, l'acquirente di un programma per elaboratore dal sito del produttore dello stesso, recapitatogli su *compact disk* attraverso un qualsiasi corriere postale¹⁴⁹, non potrà duplicare tale *software* se non per effettuare la c.d. copia di *back-up*, come stabilito dall'art. 10 del Dlg 28 dicembre 1992 n. 518¹⁵⁰; ma tale obbligo sorge anche in capo al soggetto che compra lo stesso *software* in un negozio. Nel caso invece si tratti di contratti la cui esecuzione avviene in linea principale sulla Rete¹⁵¹, i problemi che si possono verificare sono peculiari della *virtualità* del *media*, come ad esempio, nell'ipotesi di accesso a banche dati, la possibilità che in seguito alla stipulazione di un singolo contratto di abbonamento si abbia la cessione del godimento dello stesso bene anche a soggetti terzi estranei al contratto (causando un danno economico al fornitore del servizio che in questo modo perde un potenziale cliente), mediante la condivisione della *password*¹⁵².

I contratti di questo gruppo sono classificabili in genere nei tipi tradizionali previsti dal codice, come per la compravendita, la somministrazione, l'appalto e/o l'appalto di servizi, o ancora eventualmente la prestazione d'opera intellettuale. In tali accordi vengono previste clausole specifiche tese a tutelare i beni giuridici informatici, ma sono quelle comuni ai contratti che venivano stipulati nella pratica degli affari prima dell'avvento della rete Internet quale nuova modalità di commercio, o che vengono tutt'ora stipulati a prescindere da essa.

Distinti a fini espositivi in tre categorie i diversi contratti che possono essere stipulati per accedere alle utilità della Rete, nel prossimo paragrafo verranno analizzate le clausole più significative degli stessi, in particolare quelle che sono dettate per tutelare i vari beni giuridici informatici che, per gli scopi del presente lavoro, saranno evidenziate e commentate.

3. Commento delle clausole contrattuali più rilevanti per la tutela del bene giuridico informatico

Raggruppati, anche se con finalità meramente descrittive, i contratti che più frequentemente disciplinano le diverse attività svolte su Internet nelle categorie

¹⁴⁹ Ipotesi di commercio elettronico c.d. "diretto", relativamente al quale si veda il par. 1.2.

¹⁵⁰ Sulla tutela giuridica del *software* si faccia riferimento, nell'ambito della numerosissima bibliografia sull'argomento, all'opera di R. BORRUSO, *La tutela giuridica del software*, Milano, Giuffrè, 1999, pp. 1-159.

¹⁵¹ È il caso del commercio elettronico c.d. "indiretto", su cui si veda sempre il par. 1.2.

¹⁵² Fattispecie che configura l'ipotesi del reato di accesso abusivo ad un sistema informatico, previsto nell'art. 615-ter del codice penale, su cui si veda R. BORRUSO - G. BUONOMO - G. CORASANITI - G. D'AIETTI, *Profili penali dell'informatica*, Milano, Giuffrè, 1994, pp. XVIII-199, P. GALDIERI, *Teoria e pratica nell'interpretazione del reato informatico*, Milano, Giuffrè, 1997, pp. XII-265.

indicate nel paragrafo precedente (i contratti che disciplinano l'accesso ad Internet inteso come connessione, quelli correlati ai servizi da essa resi possibili, quelli infine che consentono la fornitura di beni o servizi a terzi), occorre ora procedere ad individuare le clausole maggiormente significative degli stessi.

In seguito ad un esame accurato degli accordi negoziali fra i vari "attori" della Rete appartenenti alle diverse categorie, esame che è stato condotto direttamente sulla base dei principali schemi contrattuali acquisiti direttamente su Internet, si possono distinguere cinque diversi tipi di clausole: quelle che impongono divieti ed obblighi, quelle che impongono comportamenti, quelle che impongono assunzioni di responsabilità del cliente (e quindi conseguentemente vengono a creare obblighi risarcitori) e che stabiliscono esenzioni di responsabilità del fornitore, quelle infine che pongono sanzioni a carico del cliente. Chiaramente le categorie indicate spesso sono correlate tra di loro, ed altrettanto frequentemente rappresentano l'una la contropartita dell'altra (si pensi alle clausole che stabiliscono esenzioni di responsabilità del fornitore rispetto a quelle che invece impongono assunzioni di responsabilità da parte del cliente); allo stesso tempo può capitare che nelle varie formulazioni siano presenti solo alcune delle previsioni-tipo che vengono riportate. Per questo motivo la classificazione utilizzata nel presente paragrafo deve essere considerata redatta a fini meramente descrittivi, volta ad evidenziare le clausole che si riferiscono ai beni giuridici informatici, analizzate le quali si potrà dare un giudizio di effettività sulla tutela contrattuale degli stessi ¹⁵³.

3.1. Le clausole che impongono divieti ed obblighi

Tali previsioni riguardano essenzialmente gli obblighi che vengono imposti al cliente circa il corretto uso della rete Internet e dei servizi ad essa correlati:

"L'Utente s'impegna a non consentire l'utilizzo, a qualunque titolo, del Servizio a terzi da lui non espressamente autorizzati, del cui comportamento in rete si assume, ai sensi del presente contratto, la responsabilità. L'Utente si obbliga a non cedere il presente contratto a terzi, a titolo gratuito o oneroso, temporaneamente o definitivamente, senza il consenso espresso del Gestore.

L'Utente si impegna altresì a non utilizzare il Servizio per effettuare comunicazioni che arrechino danni o turbative alla rete o a terzi utenti o che violino le leggi ed i regolamenti vigenti. In particolare, in via esemplificativa e non esaustiva, l'Utente si impegna a non immettere in rete, attraverso il Servizio, materiale in violazione della legge sul diritto d'autore, o altri diritti di proprietà intellettuale o industriale."

¹⁵³ Si tenga presente che il testo delle varie clausole viene riportato fedelmente, eventualmente integrato da note per renderlo maggiormente comprensibile, ed eliminando le parti non rilevanti. Mantenendo inalterato il testo originario (errori grammaticali, logici e giuridici inclusi) si è voluto dare un quadro maggiormente realistico della disciplina giuridica delle attività commerciali che si svolgono in Rete.

Comuni specialmente nei contratti che attivano qualche servizio della Rete, ad iniziare da quelli che permettono l'accesso in genere alla stessa, quelli cioè che vengono stipulati con il *provider*, sono finalizzate ad evitare al fornitore del servizio le conseguenze negative di un uso non corretto (consapevole o meno) del nuovo *media*: e questo sia per gli utenti che semplicemente se ne avvalgono per navigare nei vari siti *web* o per la posta elettronica, sia per coloro che in qualche modo attraverso Internet diffondono anche informazioni (si pensi agli utenti che mettono in linea siti *web* personali sui più vari argomenti) o svolgono servizi (da coloro che portano la loro attività commerciale anche sulla Rete, a coloro che invece ne iniziano una nuova direttamente "virtuale"). Chiaramente nel primo caso prevale l'aspetto maggiormente interno al rapporto fornitore-utente (nella clausola riportata, il fornitore obbliga il suo cliente a non concedere a terzi la possibilità di accesso alla Rete attraverso il proprio *account*, per evitare di perdere un possibile nuovo abbonato), mentre nel secondo il riferimento è al rapporto tra l'utente e i terzi, che in qualche modo può avere una conseguenza in quello interno (si pensi al caso in cui l'utente, avendo pubblicato sul proprio sito *web* personale, anche se non a fine di lucro, un'opera di un famoso fotografo, non lo indichi come autore della stessa, e quindi violi presumibilmente sia il diritto morale di autore, sia quello patrimoniale; il fornitore dell'accesso, pur rimanendo comunque estraneo all'illecito ¹⁵⁴, ha interesse a non essere coinvolto nell'eventuale controversia che potrebbe sorgere).

Con riferimento al primo aspetto, oltre a formulazioni come quella della clausola riportata in apertura di paragrafo ¹⁵⁵, se ne possono rinvenire altre con diversi gradi di complessità, complessità correlata al livello di servizio che viene offerto al cliente: dal semplice accesso alla Rete (ipotesi già vista), alla fornitura ad esempio di un servizio di condivisione di potenza elaborativa (attività più complicata che implica l'utilizzo di appositi programmi per poterne usufruire). La clausola che segue, molto simile a quelle standard nei contratti di licenza d'uso che non prevedono aspetti telematici, costituisce esempio di regolamento negoziale relativo alla disciplina dell'utilizzo del *software* per accedere al servizio di condivisione di potenza elaborativa:

"I programmi di software per usufruire del servizio sono messi a disposizione per la riproduzione da parte dei soli utenti finali secondo il contratto di licenza. Qualsiasi riproduzione o redistribuzione dei programmi di software in violazione

¹⁵⁴ Affermazione non pacifica, essendosi verificata frequentemente l'ipotesi di condanna del *provider* per una sua corresponsabilità nell'illecito compiuto dal proprio cliente.

¹⁵⁵ Che comunque riporta, nella sua seconda parte, un riferimento generico all'obbligo dell'utente a non utilizzare l'accesso ad Internet per effettuare comunicazioni che violino le leggi vigenti. Tra questi utilizzi non consentiti viene riportato anche l'immissione in Rete di materiale "in violazione della legge sul diritto d'autore, o altri diritti di proprietà intellettuale o industriale": ipotesi non già di predisposizione di un sito *web* (come avviene per coloro che forniscono informazioni in maniera più o meno professionale), ma di distribuzione del materiale illecito attraverso la posta elettronica o la partecipazione a *News*group.

del contratto di licenza è espressamente vietata dalla legge è comporta responsabilità sia civili che penali. I violatori saranno perseguiti con ogni mezzo. I programmi di software sono garantiti solo nei limiti di quanto previsto dai termini del contratto di licenza”.

Le clausole che prevedono invece l'ipotesi degli utenti che attraverso Internet diffondono informazioni o svolgono servizi hanno in genere la seguente formulazione:

“Il Cliente assume l'obbligo di operare con diligenza e di far tutto quanto possibile per evitare che il Fornitore incorra in responsabilità verso terzi. A titolo meramente esemplificativo, il Cliente non dovrà utilizzare i servizi del Fornitore per attività illecite o violazioni di diritti reali, materiali, immateriali, patrimoniali e morali di terzi. Non dovrà in particolare utilizzare e/o divulgare materiale diffamatorio, osceno, segreto o confidenziale, né utilizzare tecniche di “mail spamming”, diffondere virus informatici, effettuare atti di pirateria informatica ai danni di sistemi informatici o di beni di proprietà altrui.”

A fronte di clausole che, come in quella appena riportata, impongono obblighi o divieti in capo al cliente che utilizza il servizio di un determinato fornitore, se ne possono incontrare altre maggiormente originali¹⁵⁶, con formulazioni anche in prima persona (a metà strada tra una dichiarazione di intenti e una previsione di un codice di autodisciplina):

“3. (...) Il fornitore e' contrario ad ogni limitazione della libertà di manifestazione del pensiero. Tuttavia sono in vigore varie norme che limitano la possibilità di immettere sull'Internet informazioni o dati, nel caso in cui, ad esempio, contrastino con la morale e l'ordine pubblico.

Mi impegno a rispettare tali norme.

Il materiale immesso sull'Internet deve essere originale e comunque rispettare le norme, anche internazionali, a tutela del diritto di autore, dei marchi, dei brevetti ed in generale delle proprietà intellettuali.

(...)

4. Tutela del diritto di autore, dei marchi, dei brevetti ed in generale delle proprietà intellettuali: Mi impegno a non utilizzare lo spazio disco come serbatoio di materiale non legato alle mie pagine web, in particolare, ma non solo, per tutti quei materiali che possano essere soggetti a diritti o proprietà intellettuali di terzi.”

Qualche volta l'obbligo che viene imposto all'utente che aderisce al servizio è reso in maniera forse un po' oscura, con formule non molto precise dal punto di vista giuridico. Nella clausola che segue l'obbligo dell'utente è impostato come

¹⁵⁶ Le clausole che seguono sono particolari per la forma adottata in prima persona, ma anche per l'affermazione iniziale circa il riconoscimento da parte del provider di Internet quale forma di manifestazione del pensiero: relativamente ad Internet collegata alle libertà costituzionali si veda P. COSTANZO, *Le nuove forme di comunicazione in rete: Internet, in Informatica e diritto*, 1997, pp. 1 e ss., e, dello stesso autore, *Libertà di manifestazione del pensiero e “pubblicazione” in Internet*, in *Dir. Inf. Inf.*, 1998, pp. 372-378.

garanzia da questo prestata in favore del soggetto che poi concretamente gli permette lo svolgimento del servizio¹⁵⁷:

“Il Cliente garantisce che qualunque materiale eventualmente immesso in aree pubbliche del Fornitore che risulti imputabile allo stesso in virtù del codice di identificazione e/o password è originale, eccetto eventuali estratti di materiale protetto da diritti di autore che vengono immessi con il permesso scritto del titolare del diritto e con l'obbligo di citare la fonte e l'esistenza del permesso. Il Cliente inoltre garantisce che detto materiale non viola o trasgredisce alcun diritto d'autore, marchio di fabbrica, brevetto o altro diritto derivante dalla legge, dal contratto e dalla consuetudine. Il Cliente prende inoltre atto del fatto che è vietato servirsi o dar modo ad altri di servirsi del Fornitore per corrispondenza contro la morale e l'ordine pubblico o con lo scopo di recare molestia alla quiete pubblica o privata, di recare offesa, o danno diretto o indiretto a chicchessia e di tentare di violare comunque il segreto dei messaggi privati. È comunque esplicitamente vietato servirsi del Fornitore per contravvenire in modo diretto o indiretto alle vigenti leggi dello Stato italiano o di qualunque altro stato. (...)”

Si verificano poi ipotesi in cui il cliente non solo presta servizi nei confronti di terzi di diverso genere, ma a sua volta permette a terzi di svolgere attività in Rete: è il caso ad esempio del soggetto che, stipulato un contratto con un provider per avere uno spazio di memoria a disposizione per la pubblicazione di un sito web (ipotesi del c.d. *hosting*), utilizza questo spazio per permettere la pubblicazione di un altro sito web ad un terzo, magari dietro corrispettivo, e quindi in seguito a stipulazione di autonomo accordo contrattuale. Prevista questa ipotesi contrattualmente nel primo rapporto (quello tra provider ed utente, che espressamente deve considerare tale possibilità, consentendola), spesso in tale negozio il primo fornitore vincola il suo cliente ad alcuni obblighi che influenzano il secondo rapporto¹⁵⁸, come si può leggere in questa clausola:

“L'utente dovrà prestare la massima attenzione affinché i propri clienti non utilizzino i nostri servizi in modo illegale, violando le leggi della Repubblica Italiana e le leggi in vigore nelle località in cui l'utente ed i propri clienti risiedono. Come parte di questi sforzi, l'utente accetta di includere negli accordi con i propri clienti, nella lingua usata dal cliente, una sezione simile al nostro punto “OBBLIGHI, DIVIETI E RESPONSABILITÀ DELL'UTENTE”. Inoltre, poiché i server dedicati utilizzati dalla Società sono situati fisicamente in Italia,

¹⁵⁷ In questa clausola è interessante anche l'obbligo che viene imposto all'utente con riferimento alle modalità di eventuale pubblicazione di opere protette dal diritto d'autore: “ (...) estratti di materiale protetto da diritti di autore che vengono immessi con il permesso scritto del titolare del diritto e con l'obbligo di citare la fonte e l'esistenza del permesso”.

¹⁵⁸ Come si leggerà, nell'esempio è poi particolare che addirittura si imponga (oltre alla comune previsione circa l'esenzione da responsabilità del provider da eventuali conseguenze negative dovessero derivare dal secondo rapporto), l'inserzione di una specifica clausola nel secondo contratto. Tale previsione fa rientrare la clausola indicata anche fra quelle che impongono comportamenti all'utente, come si vedrà nel successivo paragrafo.

occorre prestare particolare attenzione affinché non siano violate le leggi della Repubblica Italiana.”¹⁵⁹

Si possono poi verificare fattispecie di servizi più complessi, coinvolgenti attività diverse, e quindi anche beni giuridici informatici non già come oggetto della prestazione offerta, ma quale strumento per offrirla. Un esempio di queste fattispecie potrebbe essere rappresentato dalla predisposizione di un'offerta informativa sulla Rete: si pensi al *provider* che ospita un determinato “portale”¹⁶⁰, attraverso il quale un qualsiasi navigatore di Internet può accedere ad una serie di risorse tipiche del nuovo *media*, quali le *chat*, la posta elettronica personalizzata, specifici *newsgroup*, Il responsabile del portale, per poter gestire i vari servizi appena indicati, avrà bisogno di attivare una serie di risorse tecniche che gli verranno fornite dallo stesso *provider*. La clausola che segue può costituire un valido esempio della disciplina negoziale di queste attività¹⁶¹:

“I diritti di proprietà intellettuale relativi al programma o a qualunque documento fornito dal provider al Cliente sono e rimangono di proprietà del provider o dei suoi licenzianti.

Il Cliente conviene di attenersi ai termini di qualunque accordo ragionevolmente richiesto dal proprietario dei diritti di proprietà intellettuale relativi al programma o a qualsiasi documento associato per proteggere gli interessi del proprietario.

Il provider dà al Cliente una licenza non esclusiva e non trasferibile per l'utilizzo del Software.

Il Cliente senza preventivo consenso scritto del provider non copierà (salvo quando permesso dalla legge), decomporrà o modificherà il Software, né copierà i manuali o i documenti.

È espressamente vietato al Cliente copiare, modificare, creare opere o lavori derivati da o basati sul Servizio, sul Contenuto o sul Software.

È espressamente vietato al Cliente scaricare, copiare, riprodurre, duplicare o comunque utilizzare o diffondere qualsiasi marchio, nome commerciale, logo,

¹⁵⁹ In questo caso il collegamento con i beni giuridici informatici è rappresentato dall'obbligo al rispetto delle “leggi in vigore nella località in cui l'utente ed i propri clienti risiedono”, tra cui chiaramente rientrano quelle che tutelano i nuovi beni.

¹⁶⁰ Il c.d. portale è un sito *web* che, oltre a fornire contenuti tipici dell'attività svolta dal suo titolare, e da questo predisposti, consente l'accesso anche a quelli preparati da altri soggetti in autonomi siti *web*, oppure a contenuti che non riguardano l'attività tipica indicata: si immagini ad esempio un sito giuridico che, oltre a fornire informazioni per gli operatori del diritto preparata dalla struttura redazionale dello stesso sito, consenta anche l'accesso ai contenuti di risorse esterna (nella specie altri siti giuridici), nonché a diverse utilità non necessariamente giuridiche, quali gli orari dei treni o degli aerei, le notizie di cronaca o i servizi finanziari, la possibilità di accedere a *Newsgroup* di diverso genere, e così via. “Portale” quindi perché andrebbe a costituire la “porta” per entrare nelle risorse di Internet.

¹⁶¹ In essa i riferimenti ai “documenti”, al “software”, al “servizio” o al “contenuto”, riguardano le varie risorse della Rete fornite dal *provider* all'utente per la predisposizione del portale.

ideogramma, o altro segno distintivo avente per oggetto l'attività commerciale del provider.”

Come in questi ultimi due casi, molte previsioni contrattuali che costituiscono obblighi e divieti per l'utente possono poi stabilire che oggetto di tali obblighi siano dei veri e propri comportamenti (in uno degli esempi fatti, l'inserzione di una determinata clausola con un determinato testo negli schemi negoziali che disciplinano i rapporti tra il cliente e i terzi), parametro della classificazione esaminata nel prossimo paragrafo.

3.2. Le clausole che impongono comportamenti

Il gruppo di clausole che si commenta nel presente paragrafo riporta quelle previsioni contrattuali che impongono specifici comportamenti da parte del soggetto che aderisce al servizio offerto dal fornitore, previsioni che in genere rappresentano poi l'oggetto degli obblighi di cui viene gravato l'utente, già esaminati nel paragrafo precedente. Risulta però interessante evidenziare i comportamenti maggiormente peculiari che sono imposti all'aderente: tra questi, vengono in particolare riportati solo quelli in qualche modo collegati alla tutela dei beni giuridici informatici.

Come primo esempio di questa categoria di clausole, si ripete quella già riportata in precedenza, che disciplinava l'ipotesi del cliente che rivende una parte del servizio offerto dal proprio fornitore ad un terzo: attività a cui quest'ultimo acconsente, fatta salva la possibilità di influire sulla disciplina giuridica del secondo rapporto, in concreto obbligando il suo cliente ad includere, nel testo del contratto stipulato tra i due soggetti, una clausola già presente nel primo accordo sottoscritto tra fornitore e cliente:

“(…), l'utente accetta di includere negli accordi con i propri clienti, nella lingua usata dal cliente, una sezione simile al nostro punto “OBBLIGHI, DIVIETI E RESPONSABILITÀ DELL'UTENTE” (...).

Ma nella stessa clausola viene anche previsto che l'utente si attivi per controllare che il terzo, a cui sono stati rivenduti i servizi del fornitore, non ponga in essere attività illecite con tali servizi: obbligo che implica per l'utente la predisposizione di tutte le modalità necessarie per il suo adempimento (dagli strumenti tecnici a quelli giuridici):

“L'utente dovrà prestare la massima attenzione affinché i propri clienti non utilizzino i nostri servizi in modo illegale, violando le leggi della Repubblica Italiana e le leggi in vigore nelle località in cui l'utente ed i propri clienti risiedono”

Previsioni simili vengono poi inserite anche nei regolamenti contrattuali che disciplinano l'accesso gratuito ai servizi del fornitore, come nella clausola che segue, in cui l'inciso “non deve permettere” rappresenta l'obbligo per l'utente che aderisce al contratto di attivarsi per renderlo possibile:

"Il Contenuto (ndr del servizio) è protetto da diritto d'autore, marchio registrato e altri diritti di proprietà industriale applicabili. Il Cliente non deve e non deve permettere a nessun altro di copiare, modificare, trasmettere e distribuire esternamente, mostrare in pubblico, scaricare, stampare o pubblicare qualsiasi parte del Contenuto per scopi commerciali. Il Contenuto può essere esclusivamente utilizzato per gli scopi personali del Cliente ed in conformità al presente Contratto."

Altre ipotesi di comportamenti imposti all'utente che si possono verificare leggendo i vari regolamenti di interesse posti in essere dai differenti "attori" di Internet, riguardano la disciplina concreta che il fornitore del servizio impone al proprio cliente relativamente all'uso dello stesso. Con riferimento alla messa in linea di contenuti sul web (cd *web hosting*), attività che può avere differenti finalità, non solo commerciali, e che quindi registra diverse formule contrattuali, è possibile incontrare previsioni come questa:

"Il Cliente si impegna ad utilizzare il servizio "Web" in modo che:

a) le pagine Web personali non contengano link a siti Web non ammessi dalle presenti condizioni generali di contratto;

b) le pagine Web personali non vengano utilizzate per promuovere attività commerciali;

c) il materiale sia direttamente o indirettamente raggiungibile tramite link dalla prima pagina (home page) del sito Web;

d) l'accesso alle pagine Web personali non sia limitato ad utenti dotati di password."

I comportamenti richiesti nelle varie parti della clausola appena riportata (comportamenti relativi alla preparazione delle pagine del sito web) sono collegati ad alcuni aspetti tipici della Rete, in questo caso vista come strumento per svolgere un servizio non commerciale: ecco quindi perché il fornitore obbliga il proprio cliente a non limitare l'accesso alle pagine del suo sito agli utenti dotati di password (dotazione che presupporrebbe il pagamento di un prezzo, o comunque la concessione di altre utilità, per ottenere il codice di accesso), o ad utilizzare le pagine web per promuovere attività commerciali¹⁶². Ancora, tra i comportamenti imposti all'utente che disciplinano la modalità concreta dell'utilizzo del servizio, debbono essere riportate anche quelle previsioni che riguardano maggiormente il fornitore e le attività da esso poste in essere¹⁶³:

¹⁶² Nella clausola appena riportata risulta oscuro il punto c), in cui il fornitore obbliga il cliente del servizio gratuito di *web hosting* a rendere il contenuto del sito raggiungibile tramite link dalla home page dello stesso sito: non riuscendo ad avere alcun chiarimento dalla lettura dell'intero contratto da cui è stata presa la clausola, si deve presumere che l'obbligo sia imposto per rendere più facile e più sicura l'eventuale attività di controllo sui contenuti espletata dallo stesso provider, evitando che il cliente sviluppi aree del sito ad accesso riservato (cioè possibile solo a coloro che hanno l'indirizzo completo delle pagine).

¹⁶³ Il testo della clausola che segue riporta evidentemente alcuni errori, fatto che comunque non sminuisce il suo interesse.

"Il Cliente non deve sfruttare alcun Servizio o Contenuto in modo tale da arrecare detrimento al Provider o a qualsiasi fornitore del Provider di servizi editoriali relativi al Servizio ovvero a detrimento di un Contenuto che contenga notizie, utilizzando il Contenuto in qualsiasi maniera in relazione alla fornitura di qualsiasi servizio on line o di altro tipo di informazione. In particolare, il Cliente ha l'obbligo di astenersi dall'utilizzare il Servizio o dallo sfruttare il Contenuto per svolgere attività in concorrenza con il Servizio o con il Contenuto, o comunque in pregiudizio degli interessi, anche economici, ovvero dell'immagine del Provider, di altri Clienti o di terzi."

Nonostante poi la finalità non professionale ma personale dell'utilizzo del servizio del fornitore (nell'esempio esaminato, quello della pubblicazione di pagine web), vengono previsti obblighi per l'utente che si concretizzano in specifiche condotte, alcune delle quali propedeutiche al corretto adempimento di quelle maggiormente legate alla tutela dei beni giuridici informatici. Ad esempio, la clausola che segue

"Ad eccezione del Software (ndr quello per poter accedere ed usufruire dello specifico servizio), il Cliente si obbliga a dotarsi di un adeguato hardware, software, nonché dell'equipaggiamento e dei servizi di telecomunicazioni necessari per accedere al Servizio"

implica che nell'"adeguato hardware, software, nonché equipaggiamento" siano inclusi anche gli strumenti necessari per evitare accessi non autorizzati ai propri sistemi, accessi che poi potrebbero portare alla violazione delle privative di altri soggetti sui nuovi beni¹⁶⁴.

Meritano infine di essere segnalate due gruppi di clausole. La prima impone al cliente il comportamento relativo ad un "patì", cioè all'obbligo di subire un'imposizione da parte del fornitore: in particolare, l'interesse in questo caso riguarda il genere di imposizione, cioè la possibilità per il provider di limitare i diritti dell'utente sui propri contenuti, tra cui anche il diritto alla privacy¹⁶⁵:

¹⁶⁴ Si immagini ad esempio che l'utente, non proteggendo in maniera adeguata la connessione al computer del proprio provider (connessione legittima, per la quale viene magari pagato anche un abbonamento), renda possibile ad un pirata informatico l'accesso al server del fornitore proprio attraverso la stessa connessione: pirata informatico che magari si pone come finalità quella di acquisire illecitamente un qualsiasi bene giuridico informatico, che magari troverà proprio su quel server.

¹⁶⁵ In questo caso la particolarità riguarda non già le limitazioni al diritto alla privacy del cliente per adempiere ad obblighi di legge o ad ordini provenienti da pubbliche autorità, ma anche l'estensione di tali limitazioni alla finalità di tutela dello stesso fornitore o di altri clienti in conformità del contratto, concetti un po' vaghi che lasciano forse troppo spazio ai poteri in mano del provider: per esercitare i quali dovrà comunque registrare (attraverso l'acquisizione dei cd data log) tutte le attività del cliente su Internet. Con riferimento alla privacy sulla Rete si può fare riferimento a E. TOSI, *Prime osservazioni sull'applicabilità della disciplina generale della tutela dei dati personali a Internet e al commercio elettronico.*, in Dir. Inf. Inf., 1999, pp. 594 ss., e G. CIACCI, *La tutela dei dati personali su Internet*, in A. LOJODICE - G. SANTANIELLO, "Trattato di Diritto Amministrativo - volume XXVI - La tutela della riservatezza", pp. 369-405.

"Il Cliente conviene che il provider ha il diritto di memorizzare i contenuti provenienti dal Cliente e di rivelarli a terzi per adempiere ad obblighi di legge ovvero rispettare ordini provenienti da pubbliche autorità, inclusa l'autorità giudiziaria, ovvero per replicare alle contestazioni secondo cui tali contenuti violino diritti di terzi, ovvero per tutelare i diritti del provider o degli altri Clienti ai sensi di legge ed in conformità al presente Contratto."

Il secondo gruppo di clausole disciplinano l'ipotesi in cui il cliente ponga in linea contenuti disponibili ai terzi, sia gratuitamente, sia a pagamento. Con riferimento a tali contenuti, spesso il *provider*, che rende possibile il particolare servizio dell'utente, tende a costituirsi diritti di sfruttamento: in maniera anomala, non solo con riferimento a quelli comunque diffusi liberamente dal cliente, ma anche di quelli che costituiscono oggetto di specifica attività commerciale:

"Relativamente ai contenuti che il Cliente inserisce nelle aree accessibili al pubblico senza alcuna limitazione, il Cliente concede al provider licenza gratuita e non esclusiva di riprodurre, modificare, adattare e pubblicare tali contenuti mediante il Servizio, unicamente al fine di visualizzare, distribuire e promuovere lo specifico Servizio nel quale tali contenuti sono stati inclusi. Tale licenza è valida solo per il tempo durante il quale il Cliente ritiene di mantenere tali contenuti nel Servizio e, pertanto, si intenderà automaticamente revocata nel momento in cui tali contenuti saranno rimossi dal Servizio."

Relativamente a tutti i contenuti che il Cliente inserisce nelle aree non accessibili al pubblico senza alcuna limitazione, il Cliente concede al provider il diritto, a titolo gratuito, non esclusivo e liberamente trasferibile, di utilizzare, riprodurre, modificare, adattare, pubblicare, tradurre, elaborare, distribuire, visualizzare tali contenuti in tutto o in parte in qualsiasi parte del mondo e di incorporarli in altri lavori in qualsiasi forma, supporto o tecnologia che siano attualmente conosciuti o che saranno sviluppati in futuro"

Tra i comportamenti che possono essere imposti all'utente dei servizi di un determinato *provider*, andrebbero inclusi anche quelli relativi ad eventuali obblighi risarcitori, obblighi che nascono a seguito all'assunzione di precise responsabilità da parte del cliente, argomento (insieme a quello correlato delle esenzioni di responsabilità del fornitore) del prossimo paragrafo.

3.3. Le clausole che impongono assunzioni di responsabilità del cliente e quelle che stabiliscono esenzioni di responsabilità del fornitore

Le previsioni contrattuali che disciplinano l'adempimento dell'obbligazione sono comuni a qualsiasi attività commerciale, si svolga essa nel mondo virtuale delle reti telematiche oppure in quello "reale", ed a qualsiasi regolamento di interessi a questa correlata. Nell'ambito dei negozi che disciplinano la fornitura di beni o servizi attraverso o su Internet, nel presente paragrafo si prendono in considerazione solo quelle clausole degli stessi che si possono collegare alla tutela

giuridica dei nuovi beni creati mediante le tecnologie informatiche e/o telematiche. Alcune di tali previsioni, configurando l'assunzione di obblighi da parte dell'utente, sono già state esaminate in precedenza, ma si ritiene utile collegarle in un contesto più ampio che riguarda la divisione delle responsabilità tra le parti del singolo rapporto giuridico.

Anche in questo caso il testo delle clausole in questo settore varierà a seconda della complessità del servizio, tra quelli resi possibili da Internet, che in concreto il regolamento contrattuale disciplina. Si va quindi da formulazioni più semplici (anche se spesso onnicomprensive), tipo quella che segue

"L'utente usufruisce dei servizi messi a disposizione dalla Società assumendosi ogni responsabilità delle sue azioni"

a versioni maggiormente complete e più precise a livello giuridico

"Nei limiti di cui all'art. 1229 cod.civ. il Cliente manleva il fornitore, per intero, rispetto a costi, spese, danni diretti o indiretti, danni patrimoniali o meno, perdite, oneri o pregiudizi derivanti dal mancato rispetto da parte del Cliente delle pattuizioni descritte nel presente contratto, in particolare di quelle relative al corretto uso di Internet"

o ancora con formulazioni che prevedono casi particolari di danni, come ad esempio quelli relativi alle spese legali per eventuali azioni giuridiziarie¹⁶⁶

"L'utente si obbliga di tenere indenne da tutte le perdite, danni, responsabilità, costi, oneri e spese ivi comprese le eventuali spese legali che dovessero essere subite o sostenute dal fornitore quale conseguenza di qualsiasi inadempimento agli obblighi assunti e garanzie prestate dall'utente con la sottoscrizione del presente contratto o modulo di adesione e comunque commesse alla immissione delle informazioni nello spazio reso disponibile dal fornitore, anche in ipotesi di risarcimento danni pretesi da terzi a qualunque titolo."

Alcuni fornitori di servizi sulla Rete particolarmente previdenti estendono l'assunzione delle responsabilità del cliente (e quindi la loro esenzione dalla stessa) anche al semplice uso del nuovo *media*, quello del navigatore alle prime armi: questo per escludere in assoluto qualsiasi possibilità di vedersi coinvolto in azioni giudiziarie, anche quelle eventualmente derivanti dal più raro servizio offerto dalla più disparata pagina web:

"(...) Il Servizio consente, tra l'altro, l'accesso a Internet. Internet è indipendente dal Servizio o dal provider, e l'utilizzo di Internet è ad esclusivo rischio del Cliente e soggetto alle leggi applicabili. Il provider non ha alcuna

¹⁶⁶ Un riferimento simile alle "eventuali spese legali" si può trovare in un contratto che disciplina i rapporti tra il navigatore di Internet ed un noto *provider* U.S.A., con la seguente formulazione: *"You agree to indemnify, defend and hold harmless the provider, its affiliates, officers, directors, employees, consultants and agents from any and all third party claims, liability, damages and/or costs (including, but not limited to, attorneys fees) arising from your use of our services, your violation of the Terms of Service or your infringement, or infringement by any other user of your account, of any intellectual property or other right of any person or entity. The Terms of Service will inure to the benefit of provider's successors, assigns and licensees"*.

responsabilità per qualsiasi informazione, programma, servizio o altro materiale ottenuto dal Cliente utilizzando Internet

Il Cliente dà atto e conviene che tutti i contenuti accessibili pubblicamente o trasmessi privatamente mediante il Servizio rientrano nella sola ed esclusiva responsabilità delle persone da cui tali contenuti provengono. Il Cliente si impegna pertanto a valutare ed a sopportare tutti i rischi associati con l'utilizzo di tali contenuti.

Il Servizio o i Clienti possono fornire link ad altri siti o risorse del web. Il Cliente dà atto e conviene che il provider non può in alcun modo essere responsabile direttamente o indirettamente del contenuto di tali siti o risorse e, pertanto, di qualsiasi danno subito dal Cliente in relazione agli stessi."

L'ultima parte della precedente clausola si riferisce ad una delle pratiche più comuni su Internet, quella del c.d. *linking*, ossia quella funzione che permette al gestore di un determinato sito di rinviare il navigatore a risorse interne o esterne al sito stesso¹⁶⁷. Il problema in ipotesi di questo genere potrebbe sorgere se il sito richiamato contenesse materiale illecito, che in qualche modo provocasse un danno al cliente, o fosse causa di una violazione di un diritto da parte dello stesso. Per questo motivo frequentemente il fornitore tende a tutelarsi mediante specifiche esenzioni di responsabilità:

"Collegamenti con siti terzi. I siti collegati non vengono controllati dal provider che, pertanto, non è in alcun modo responsabile per il contenuto del sito collegato o per l'indirizzo di collegamento. Il provider fornisce gli indirizzi di collegamento solo in quanto vantaggiosi per l'utenza. Da ciò non deriva alcuna adesione, da parte del provider, al sito collegato."

Nel caso poi il servizio disciplinato dalla clausola che prevede l'assunzione di responsabilità da parte dell'utente rivesta aspetti particolari (sia per la complessità dell'offerta commerciale, che per la specificità della stessa), anche la formulazione della previsione assume nel suo testo le peculiarità collegate all'attività svolta dalle parti. Così, ad esempio, nel caso si tratti di pubblicazione di una rivista telematica, si possono incontrare clausole come queste

"L'Utente è responsabile di ogni violazione delle presenti condizioni generali e si impegna a manlevare, sostanzialmente e processualmente, il Gestore ed a tenerlo indenne da qualsiasi pretesa di terzi a qualsivoglia titolo, comunque avente causa dalla violazione delle presenti condizioni generali e/o dalla violazione di leggi o regolamenti o provvedimenti amministrativi. L'Utente assume ogni responsabilità ed onere circa il contenuto e le forme delle comunicazioni realizzate attraverso il Servizio e si impegna a tenere indenne il Gestore da ogni pretesa o azione che dovesse essere rivolta al Gestore medesimo da qualunque soggetto, in conseguenza di tali comunicazioni. Per quanto riguarda la messa a disposizione

¹⁶⁷ Un *link* è quindi un comando collegato ad un determinato indirizzo *web* che, una volta attivato "cliccando" con il *mouse* su un'immagine o un testo graficamente evidenziato, visualizza appunto la pagina corrispondente. Questa è proprio la tecnica fondamentale del *web*, su cui si basa tutto il linguaggio HTML (*Hypertext Markup Language*), e che permette una navigazione personalizzata non lineare, saltando dal testo all'ipertesto o all'ipermidia.

da parte del Gestore all'Utente dello spazio disco sull'area utenti del Web server, l'Utente si assume ogni e qualsiasi responsabilità derivante dall'utilizzo di tale spazio, in particolare relativamente alle eventuali pretese avanzate a qualunque titolo da terzi.

L'Utente si impegna a tale fine a tenere indenne il Gestore da tutte le perdite, danni, costi e oneri, ivi comprese le eventuali spese legali, che dovessero essere sostenute dal Gestore in conseguenza dell'utilizzo dello spazio Web messo a disposizione dell'Utente.

Qualora le informazioni inserite sullo spazio disco messo a disposizione dell'Utente abbiano carattere di stampa o stampato ex art.1 legge 08/02/1948, n.47 e successive modifiche, a queste si applicheranno le disposizioni vigenti in materia. I relativi adempimenti saranno a carico dell'Utente che si impegna a darne notizia quanto prima al Gestore, attraverso l'invio di una e-mail al seguente indirizzo".

Nel caso invece il cliente fornisca a sua volta servizi a terzi, oggetto di specifica attività commerciale, il *provider* tenderà a rimanere totalmente estraneo a tale attività, facendo assumere all'utente ogni responsabilità relativa alla stessa. Nell'ambito delle numerose possibilità di "business" realizzate attraverso la Rete, o su di essa, la clausola che segue riguarda la particolare ipotesi della sponsorizzazione delle pagine *web* del cliente:

Il Cliente è esclusivamente responsabile della valutazione di qualsiasi bene, compresi programmi o servizi offerti da terzi attraverso il Servizio o su Internet. Il provider non sarà in alcun modo responsabile per i contratti conclusi tra il Cliente e terzi. In particolare, le relazioni o la partecipazione del Cliente a promozioni di inserzionisti reperiti sul Sito avvengono esclusivamente tra il Cliente e l'inserzionista, a rischio e sotto la responsabilità esclusiva del Cliente

Se quelle richiamate fino ad ora sono clausole che prevedono l'assunzione di responsabilità dell'utente, speculari ad esse, e spesso nello stesso regolamento contrattuale, si incontrano costantemente anche le previsioni che sanciscono esenzioni di responsabilità da parte del fornitore. Riportiamo, a titolo di esempio, una delle più complete fra quelle incontrate, relativamente alla quale (ma è un dubbio che si può estendere alla maggioranza delle varie clausole dei formulari predisposti a senso unico dagli stessi fornitori) si possono sollevare seri dubbi di validità alla luce della disciplina relativa alle clausole vessatorie o comunque abusive¹⁶⁸:

¹⁶⁸ Sull'argomento si può fare riferimento a G. ALPA, *I contratti dei consumatori. L'iter normativo degli artt. 1469 bis-sexies del codice civile*, SEAM Ed., Roma, 1997, pp. 7-152; L. BIGLIAZZI GERI, *Art. 1469 bis comma 1 c.c. - Clausole vessatorie nel contratto fra professionista e consumatore*, in "Le nuove leggi civili commentate", 1997, pagg. 792-803; M. NUZZO, *Inefficacia. Art. 1469 quinquies commi 1 e 3 c.c.*, in "Le nuove leggi civili commentate", 1997, pagg. 1211-1223. In particolare per i contratti stipulati attraverso Internet si pongono non poche difficoltà relativamente alla modalità della loro conclusione: si pensi in particolare ai problemi di applicazione della recente normativa comunitaria dettata a tutela del consumatore, nella specie alla Direttiva 97/7/CE del 20 maggio 1997,

In nessun caso né il provider, né alcun altro che abbia avuto parte nella creazione, nella produzione o nella fornitura dei servizi del provider, potranno essere ritenuti responsabili per qualsivoglia diretto o indiretto, inerente, speciale o conseguente danno di qualsiasi natura, sia contrattuale che extra-contrattuale, derivante dall'attivazione o dall'impiego dei servizi del provider e/o dalla interruzione del funzionamento dei servizi del provider. Le disposizioni del presente articolo permangono valide ed efficaci anche dopo la cessazione della durata del presente contratto, per scadenza dei termini, risoluzione o recesso dello stesso.

Nessun risarcimento danni potrà essere richiesto al provider per danni diretti e/o indiretti causati dall'utilizzazione o mancata utilizzazione dei servizi. Potrà essere richiesto solo il rimborso del prezzo pagato per l'eventuale periodo di cui non si è usufruito il servizio stesso.

(...) Con rispetto per i termini della fornitura dei servizi previsti, l'utente prende atto che il provider non fornisce alcuna garanzia sul fatto che il servizio sia facilmente rivendibile o che si adatti perfettamente a scopi particolari. Inoltre, per la struttura specifica di Internet, in cui molte entità sono coinvolte, nessuna garanzia può essere data riguardo alla costante fruibilità del servizio. In questo senso l'utente concorda nel non ritenere il provider responsabile nel caso di perdite o danneggiamenti di qualunque tipo risultanti dalla perdita di dati, dalla impossibilità di accesso ad Internet, dalla impossibilità di trasmettere o ricevere informazioni, causate da, o risultanti da, ritardi, trasmissioni annullate o interruzioni del servizio

A fronte delle clausole che obbligano o vietano all'utente determinate attività, unite a quelle che prevedono l'assunzione di precise responsabilità dello stesso (parallele e speculari a quelle che invece limitano la responsabilità del fornitore), tutte comunque riferibili alla tutela del bene giuridico informatico, occorre ora esaminare quelle previsioni dei vari contratti che stabiliscono la conseguenza pratica della mancata osservanza degli indicati obblighi e divieti.

3.4. Le clausole che stabiliscono sanzioni a carico del cliente

Il presente paragrafo esamina le clausole che disciplinano le conseguenze del mancato adempimento delle previsioni dei vari accordi che impongono obblighi e divieti all'utente. Si è usato nel titolo del paragrafo il termine "sanzioni", tecnicamente impreciso, per consentire un più facile riferimento al contenuto dello stesso.

Le conseguenze tradizionali all'inadempimento delle obbligazioni, e cioè l'eventuale risoluzione del contratto o l'azione di esatto adempimento, soluzioni in

riguardante la protezione dei consumatori in materia di contratti a distanza, ed alla Direttiva 2000/31/CE in materia di commercio elettronico. Sul punto si faccia riferimento al capitolo II del presente lavoro, ed a G. SCORZA, *La tutela del consumatore su Internet*, Simone ed., 2000, pp. 8-129,

ogni caso collegate al risarcimento del danno subito dalla controparte, assumono, nei contratti che disciplinano le attività della Rete, forme particolari. Così, si passa dalla facoltà di "staccare la spina" all'utente (cioè di impedirgli l'accesso ad Internet attraverso i propri server), a prescindere da ogni azione giudiziaria, per il semplice fatto di aver riscontrato una violazione alle regole circa il corretto uso dell'abbonamento alla Rete (questo sia per i semplici contratti di accesso, sia per quelli più complessi che prevedono la fornitura di servizi ulteriori), a forme più invasive di intervento, anche se più "precise". Esempio del primo tipo di previsione contrattuale può essere la clausola che segue:

"La Società può interrompere senza preavviso il servizio, nel tal caso sarà rimborsata all'utente la quota del servizio non utilizzata calcolata in base ai giorni di mancata fornitura dello stesso già anticipati dall'utente."

anche con reazioni alternative alla interruzione o sospensione del servizio, come nel caso di azione sulle modalità di accesso allo stesso, magari per motivi di sicurezza, come in questa clausola

"Il provider si riserva il diritto di sospendere user name e password per l'accesso al Servizio, qualora ritenga che ci sia o sia probabile che ci sia un problema di sicurezza. Il provider si riserva il diritto a propria discrezione di richiedere al Cliente il cambiamento di alcune o tutte le password utilizzate per connettersi al servizio"

Talvolta, a prescindere dell'interruzione della possibilità di accedere alle varie utilità della Rete, la formulazione è maggiormente articolata, e prevede conseguenze negative a carico di entrambe le parti:

"Ciascuna Parte risarcirà l'altra e la terrà interamente indenne da costi, richieste di risarcimento, azioni, spese e passività di qualsiasi natura in relazione a pretese o effettive violazioni di diritti di proprietà intellettuale (inclusi, a titolo esemplificativo e non tassativo, brevetti, diritti d'autore, invenzioni e modelli registrati, diritti su disegni o marchi) di qualsiasi terzo causati dall'uso o dal possesso dei Prodotti, dei Prodotti di Terzi o dei prodotti forniti dal Cliente a scopo integrativo (sia nel caso in cui tali prodotti siano utilizzati separatamente che in combinazione con i Prodotti o i Prodotti di Terzi)."

Se si tratta di servizi maggiormente complessi, che magari prevedono la pubblicazione in Rete di contenuti di vario genere, oltre alla già indicata facoltà di "staccare la spina", cioè di eliminare da Internet tutti i contenuti del cliente inadempiente, in molti schemi contrattuali viene sancito il potere del fornitore di intervenire nel servizio del proprio cliente, nei contenuti da questo messi in Rete, rimuovendoli in concreto

"Il provider si riserva il diritto di rifiutare o rimuovere qualsiasi Informazione del Cliente o di Terzi, nonché qualsiasi altro contenuto del Cliente o di terzi che costituiscano violazione del presente Contratto o di norme di legge, ovvero nei casi in cui il provider ritenga in buona fede che tali informazioni o contenuti costituiscano violazione del presente Contratto o della legge ovvero che il rifiuto o la rimozione di tali informazioni o contenuti sia comunque necessaria per: - conformarsi a disposizioni di legge ovvero a provvedimenti di pubbliche autorità

in conformità a disposizioni di legge; - prevenire o far cessare qualsiasi violazione del presente Contratto o di legge ovvero far valere i propri diritti ai sensi del presente Contratto o tutelarsi da contestazioni di terzi che asseriscano violazioni dei loro diritti; - tutelare i diritti del provider ovvero i diritti di terzi.”

Avendo spesso l'accortezza di indicare che comunque questa possibilità costituisce una facoltà del fornitore, e non va a configurare un obbligo di controllo dello stesso sui contenuti messi in linea dal proprio cliente:

“Although we reserve the right to remove without notice any bulletin board posting for any reason, we have no obligation to delete content that you may find objectionable or offensive”

Esaminate alcune delle clausole che, nei vari accordi che regolano le principali attività rese possibili dalla Rete delle reti, aggiungono alla disciplina tradizionale dell'inadempimento delle obbligazioni ulteriori possibilità di soluzione delle eventuali difficoltà sorte nello svolgimento del rapporto negoziale, si può considerare completato il quadro complessivo relativo all'analisi delle previsioni contrattuali in qualche modo collegate alla tutela del bene giuridico informatico.

4. Conclusioni relative all'adeguatezza della tutela contrattuale del bene giuridico informatico

Come si è detto all'inizio di questo lavoro, i principali problemi giuridici sollevati dall'utilizzo e dall'applicazione delle nuove tecnologie debbono oggi essere esaminati con particolare riferimento alle più recenti modalità di comunicazione, nella specie la rete Internet ed i suoi servizi. Tra questi assume una rilevante importanza il tema della protezione giuridica delle nuove risorse: infatti, l'ingente numero di partecipanti alla inedita collettività cibernetica, e le caratteristiche proprie dei beni giuridici informatici (cioè quei beni creati e goduti attraverso le tecnologie informatiche e telematiche, quali i microcircuiti, i programmi per elaboratore, le opere multimediali, le pagine web, ...), oggi sempre più distribuiti ed usufruiti a distanza grazie alla Rete, hanno aumentato esponenzialmente la necessità di procedere alla tutela giuridica degli stessi.

A tale fine il presente lavoro si è proposto di verificare se una particolare forma di protezione del bene giuridico informatico, la tutela attuata attraverso il regolamento contrattuale, posto in essere nella specie tra i soggetti coinvolti nella determinata attività di commercio elettronico svolta sulla rete Internet, sia o meno adatta alla nuova situazione della tecnica informatica e telematica. E questo a fronte delle forme di tutela maggiormente “evidenti”, quelle cioè generalmente utilizzate in tale ambito, come per la tutela attuata mediante il diritto d'autore, nei suoi differenti aspetti collegati alle varie opere dell'ingegno protette¹⁶⁹: tutela che

¹⁶⁹ Si pensi al diritto d'autore sui programmi per elaboratore distribuiti attraverso la Rete, oppure alla tutela “sui generis” delle banche dati, o ancora a quella dell'opera multimediale e/o delle pagine web. Su questi argomenti si può fare riferimento a diverse opere collettanee, come ad esempio quella a cura di G. CASSANO (*Il commercio via INTERNET. Aspetti*

comunque, nei casi in cui si verificano commistioni con la realtà di Internet, mostra frequentemente i propri limiti e la propria inadeguatezza¹⁷⁰.

Esaminati nel presente capitolo i regolamenti contrattuali che disciplinano i rapporti tra i vari soggetti che utilizzano la Rete con diverse finalità (da quelle ludiche a quelle professionali), ed analizzate le clausole degli stessi che maggiormente si possono collegare alla protezione dei nuovi beni, si procederà ora a rispondere concretamente al quesito di efficacia circa il livello di tutela apprestato al bene giuridico informatico attraverso il regolamento contrattuale.

Tradizionalmente, la tutela contrattuale del bene giuridico informatico, svolta nell'ambito del regolamento di interessi che disciplina il rapporto tra le parti, è stata sempre considerata non con grandissimo favore¹⁷¹. Infatti, come nelle realtà estranee ad Internet, e comunque alle forme di godimento di questi beni attraverso le reti telematiche, tale modalità di tutela svolge pienamente il suo compito unicamente nei confronti dei soggetti che si sono legati giuridicamente attraverso l'accordo contrattuale, rimanendo invece inefficace nei confronti dei terzi estranei al negozio: così, tenendo presente che il contratto ha forza di legge fra le parti (art. 1372 cod. civ.), le clausole dello stesso vincolano alla disciplina in esse stabilita solo i diversi soggetti del rapporto negoziale. L'inosservanza di tale disciplina porta ad un inadempimento contrattuale, con le conseguenze stabilite in generale nel codice civile circa la risoluzione dell'accordo e il risarcimento dell'eventuale danno, o in quelle specifiche del singolo negozio. Su queste basi, l'efficacia coercitiva delle previsioni contrattuali se è massima tra le parti del rapporto (“forza di legge”), è praticamente nulla nei confronti dei terzi rimasti estranei allo stesso: per questo motivo l'attenzione dei giuristi esperti di tale materia è stato costantemente rivolto alle altre forme di tutela. La situazione sembra essere diversa, nel senso di una maggiore efficacia della protezione attuata mediante il

giuridici, fiscali, tributari, comunitari, sociali, filosofici, normativi, La Tribuna, 2001, pp. 1-320), e agli scritti di V. RICCIUTO, *Internet, l'opera multimediale e il contenuto dei diritti connessi*, in “AIDA”, 1996, pp.101-114, V. DI CATALDO, *Banche dati e diritto sui generis: la fattispecie costitutiva*, in “AIDA”, 1997, p. 22, R. BORRUSO, *La tutela giuridica del software*, Giuffrè, Milano, 1999, pp. 1-144, B. CUNEGATTI - G. SCORZA, *Multimedialità e diritto d'autore*, Simone Ed., 2001, pp. 5-251.

¹⁷⁰ “Le realtà delle reti telematiche interconnesse è, a causa delle caratteristiche tecniche che le sono proprie, capace di deformare e, al limite, demolire tre capisaldi della proprietà intellettuale (n.d.r., materialità, intermediazione, territorialità). (...) Mi domando, infatti, se non si debba avere il coraggio di riconoscere che l'esclusiva - come ci è stata consegnata dall'esperienza del diritto d'autore e dei diritti connessi, consolidatasi anche in sede internazionale nel secolo scorso - rischia di diventare, nel nuovo ambiente, un arnese declamatorio, che, al più, colpisce a caso e, quindi, in modo ingiusto”: così P. SPADA, “La proprietà intellettuale in Internet”, intervento alla conferenza “Cyberlaw” tenutasi a Roma il 9 luglio 1998 a cura dell'AIGA, pubblicato sul sito “Jei, Jus e Internet”, all'URL <http://www.jei.it/approfondimenti>, consultato il 19 novembre 2001.

¹⁷¹ A questa conclusione era giunta anche la dottrina in materia di diritto dell'informatica, relativamente alla quale si veda su tutti E. GIANNANTONIO, *Manuale di diritto dell'informatica*, Padova, CEDAM, 1998, p. 146.

contratto, nell'ipotesi esaminata nel presente scritto, ed in particolare nel suo terzo capitolo: quella delle attività commerciali svolte sulla Rete o attraverso essa.

Infatti, nella realtà della Rete gran parte dei rapporti a contenuto patrimoniale prevedono la fornitura di un bene o di un servizio che, tranne le ipotesi di offerte e/o fruizioni che si svolgono "una tantum", viene caratterizzata da una continuità nel tempo, e quindi da un reiterarsi di prestazioni che possono anche essere interrotte. A tale proposito, in alcuni casi si può configurare un'influenza (anche se indiretta) della previsione contrattuale sull'eventuale rapporto tra una delle parti ed il terzo: si immagini un servizio di *hosting*, in cui il cliente di un determinato *provider* consenta a terzi di pubblicare pagine *web* nel proprio spazio di memoria sul *server*. In questo caso, se un utente del cliente ad esempio pubblica materiale illecito in una pagina *web* ospitata nello spazio di memoria di questo, si verifica una violazione indiretta di una previsione contrattuale dell'accordo tra *provider* e cliente, quella che obbliga il secondo a non compiere (o a non far compiere) atti *contra legem* sulla base del servizio fornito dal primo¹⁷²: la conseguenza di tale evento porta alla risoluzione del contratto, all'interruzione del servizio di *hosting* (e quindi alla cancellazione dello spazio di memoria messo a disposizione, cioè delle pagine *web* dello stesso e dei suoi utenti che erano ospitate in quello spazio), ed indirettamente alla cessazione del comportamento illecito del terzo (le cui pagine a contenuto illecito divengono a loro volta non più consultabili). Ipotesi in cui la tutela contrattuale del bene giuridico informatico travalica quindi l'ambito del rapporto tra le parti e si estende anche oltre ai confini della disciplina del regolamento contrattuale.

In conclusione, con riferimento al quesito di efficacia che ha costituito oggetto della ricerca fondamento e base del presente scritto, quesito relativo alla validità di quella particolare forma di protezione dei nuovi beni giuridici creati e goduti attraverso le tecnologie informatiche e telematiche, la protezione minoritaria attuata attraverso lo strumento contrattuale, occorre fare una distinzione a seconda dei soggetti che vengono presi in considerazione. Così, da una parte, con riferimento ai soggetti che hanno in concreto stipulato l'accordo, e quindi nell'ambito del rapporto giuridico disciplinato dal contratto, la validità di questo strumento è molto alta, andandosi ad inquadrare nelle forme di adempimento o inadempimento delle obbligazioni contrattuali. Invece, dall'altra parte, con riferimento ai terzi estranei al rapporto tra i soggetti che hanno concluso l'accordo negoziale, a differenza delle fattispecie che rimangono "off-line", cioè nelle quali non vi è alcuna influenza delle specifiche telematiche della Rete (ipotesi in cui, come si è detto, si esclude ogni forma di influenza del contratto), in questo caso si possono verificare delle conseguenze più o meno indirette. Conseguenze collegate

¹⁷² Ne può costituire esempio una clausola tipo la seguente: "L'utente dovrà prestare la massima attenzione affinché i propri clienti non utilizzino i nostri servizi in modo illegale, violando le leggi della Repubblica Italiana e le leggi in vigore nelle località in cui l'utente ed i propri clienti risiedono".

alla possibilità di "staccare la spina" propria della realtà di Internet¹⁷³, possibilità che quindi deve essere tenuta presente nel valutare l'efficacia di tale modalità di protezione, facendole acquisire una maggiore importanza nell'ambito di un discorso più generale di tutela del bene giuridico informatico.

¹⁷³ Può essere riportata, ad esempio, una clausola contrattuale già citata nel testo, in cui viene prevista tale facoltà del fornitore del servizio: "Il provider si riserva il diritto di rifiutare o rimuovere qualsiasi informazione del Cliente o di Terzi, nonché qualsiasi altro contenuto del Cliente o di terzi che costituiscano violazione del presente Contratto o di norme di legge, ovvero nei casi in cui il provider ritenga in buona fede che tali informazioni o contenuti costituiscano violazione del presente Contratto o della legge ovvero che il rifiuto o la rimozione di tali informazioni o contenuti sia comunque necessaria per: - conformarsi a disposizioni di legge ovvero a provvedimenti di pubbliche autorità in conformità a disposizioni di legge; - prevenire o far cessare qualsiasi violazione del presente Contratto o di legge ovvero far valere i propri diritti ai sensi del presente Contratto o tutelarsi da contestazioni di terzi che asseriscano violazioni dei loro diritti; - tutelare i diritti del provider ovvero i diritti di terzi." Secondo Esther Dyson, una delle maggiori esperte dei problemi di Internet (anche se relativamente alla realtà americana) "La maggior parte dei problemi che sorgono all'interno della Rete può essere facilmente gestita a livello di ISP (n.d.r. *Internet Service Provider*) ... se chi si comporta male non si decide a smetterla, l'ISP può tagliargli il servizio. Se l'ISP non risolve il problema, il gruppo o il singolo (mediante l'ISP) può chiedere all'associazione degli ISP di multare il provider che non rispetta la legge (...). In sostanza gli ISP fungono da polizia per i clienti e tra loro. Tutto ciò è appena agli inizi: più aumenterà l'affollamento del cyberspazio, più diventerà normale." (E. DYSON, *Release 2.0*, Mondadori Ed., 1997, pp. 115-116.