

## LE FONTI

### INTERNET NEL DIRITTO INTERNAZIONALE

#### **Internet e crisi del monopolio statale della regolamentazione dei rapporti tra privati.**

Fino al secondo dopoguerra, il **monopolio statale** relativo alla definizione dell'assetto giuridico dei rapporti tra i privati è rimasto inalterato. I traffici internazionali non avevano le proporzioni attuali. Se si affermava la necessità di collaborazione tra Stati in particolari settori dell'attività dei loro cittadini, vi si provvedeva nel quadro di apposite organizzazioni internazionali a carattere specifico (es: OIL, UPU, CINA, ecc.).

In alcuni settori si cominciava a sviluppare a livello internazionale una prassi relativa ad alcuni usi o clausole standard specifici, prassi che, però, non scalfiva in misura apprezzabile il monopolio statale relativo alla regolamentazione giuridica dei rapporti tra privati.

Dal secondo dopoguerra comincia un processo di progressiva erosione di tale monopolio, coinciso con lo sviluppo dei traffici internazionali, non più prerogativa di società di import-export, ma alla portata di qualsiasi impresa e individuo. Le imprese internazionali, divenivano multinazionali.

Viene meno il collegamento di un operatore economico con il proprio ordinamento di appartenenza e, quindi, la legittimità per quest'ultimo di regolare l'operazione commerciale posta in essere da tale operatore in un contesto globale, sia come impresa che individualmente.

Non era da sottovalutare un **elemento psicologico**: la scelta della legge nazionale di una delle due parti era vista da parte dell'altra come una capitolazione sul piano del negoziato, creandosi problemi di “prestigio” di difficile soluzione. Si assisteva, a volte, alla scelta di una legge neutrale, estranea in eguale misura ad entrambe le parti, con un uguale livello di rischi (la legge svizzera ha spesso svolto questa funzione).

Si affermava l'**esigenza di una regolamentazione dei rapporti giuridici globali uniforme**, per garantire la certezza giuridica di tali rapporti, avvertita di più per i contratti internazionali, dato il valore economico superiore a quello dei contratti interni e la loro complessità di un livello sconosciuto alle fattispecie regolamentate dagli ordinamenti interni.

La **pratica del diritto** trova soluzioni pragmatiche, senza preoccupazioni sistematiche, e i teorici del diritto rincorrono tale pratica tentando di dare una sistemazione giuridica *a posteriori*.

Le risposte hanno prodotto un risultato: l'erosione del monopolio statale della regolamentazione dell'assetto giuridico dei rapporti tra privati e la nascita di una serie di regole applicabili più o meno direttamente alle relazioni commerciali tra privati ma il cui contenuto veniva determinato in una sede extra-statale.

A queste regole, si dà il nome di **diritto internazionale dei privati**, per sottolinearne:

- l'origine non statale quanto alla determinazione del contenuto (al pari delle norme di diritto internazionale tradizionale);
- l'applicabilità ai privati (al pari delle norme interne tradizionali).

#### **La nascita di un diritto internazionale dei privati come fenomeno empirico.**

Il diritto internazionale dei privati racchiude **regole e norme non omogenee tra di loro**.

In alcune materie rilevanti per il commercio internazionale gli Stati hanno avvertito l'esigenza di sostituire le norme interne con regole uniformi adottate su base convenzionale, impegnandosi allo stesso tempo ad adeguarvi il proprio ordinamento. Sono state così stipulate, alcune convenzioni internazionali, per esempio nel campo della vendita internazionale.

Nel **diritto uniforme**, il contenuto della norma è determinato in sede internazionale, e lo Stato al massimo può non adeguarvi il proprio ordinamento, commettendo comunque un'infrazione al diritto internazionale e, in alcuni casi, anche una violazione delle proprie norme interne.

Il monopolio statale è eroso quanto alla determinazione del contenuto della norma: lo Stato si limita a dare, con l'atto di esecuzione, un *imprimatur* interno, cui peraltro è obbligato sul piano del diritto internazionale.

Il **diritto dell'UE**, direttamente applicabile agli individui, è significativo per le sue dimensioni, dato il numero di regolamenti e decisioni caratterizzati da tale diretta applicabilità.

L'erosione del monopolio statale è più marcata:

- il contenuto della norma è determinato in un contesto extra-statale;
- per le norme direttamente applicabili, non è necessaria nessuna misura interna di esecuzione.

La limitazione del monopolio statale originariamente accettata su base convenzionale, si è poi venuta allargando in misura sostanziale, sulla base della giurisprudenza della Corte in materia di efficacia diretta, nei confronti della quale gli Stati si sono mostrati acquiescenti.

Il diritto uniforme internazionalmente imposto:

- regola l'assetto giuridico dei rapporti tra privati: ad esempio, la Convenzione sulla vendita internazionale di beni mobili individua i termini della garanzia per difetti della cosa venduta.

Il diritto dell'UE:

- si occupa della compravendita non per stabilire diritti e obblighi delle parti ma sotto un aspetto *regulatory*: ad esempio, le norme dell'UE sulla concorrenza regolano sotto il profilo antitrust gli acquisti di pacchetti azionari, ma non si occupano di garanzie sulla proprietà dei titoli venduti.

Questa differenza si sta attenuando nella misura in cui anche il diritto dell'Unione Europea finisce con l'influenzare i contenuti dei rapporti tra privati nell'ambito della loro autonomia contrattuale. Si pensi, ai regolamenti in materia di franchising, accordi di *know-how*, ecc.

La **lex mercatoria** racchiude principi generali, clausole standard e modelli contrattuali applicabili alle relazioni commerciali internazionali, sviluppati su base consuetudinaria nell'ambito della comunità degli operatori economici internazionali a partire dal secondo dopoguerra.

Tali operatori tendono a “de-nazionalizzare” o “delocalizzare” i loro rapporti contrattuali, o a rifiutarne l'incardinamento in un determinato ordinamento interno, ricercando, invece, soluzioni “a-nazionali”: tendenza che si rafforza con la scelta dell'arbitrato internazionale come modo di risoluzione delle controversie per tali contratti, ad esclusione delle giurisdizioni nazionali.

La *lex mercatoria* consta di regole:

- di origine extra-statale;
- che si applicano alle relazioni tra privati, disciplinandone il contenuto (al pari del diritto uniforme);
- ma, si tratta di diritto consuetudinario (formazione cosciente della consuetudine).

Infine, si caratterizzano per la loro applicabilità ai privati e l'origine extra-statale:

- **soft law**: norme non vincolanti, ma non irrilevanti per il diritto che propongono soluzioni, anche basate sulla prassi, a problemi sentiti nella comunità internazionale: ci riferiamo a *guidelines*, comunicazioni, leggi modello ed altri atti simili emessi da organismi internazionali (significativa l'attività dell'UNCITRAL);
- **codici di condotta e di autoregolamentazione**: a cura di organismi associativi internazionali privati;
- **regole e suggerimenti** prodotti da istituti come la Camera di Commercio Internazionale di Parigi, *l'international Law Association*, ecc.

**La natura giuridica delle norme di diritto internazionale dei privati.**

La natura giuridica delle norme di diritto internazionale dei privati è incerta: norme UE e *lex mercatoria*, non sono riconducibili al diritto internazionale o interno senza forzature.

Alcuni hanno dato un nome a tale **ipotetico tertium genus** prima ancora di definirlo:

- diritto dell'UE: ordinamento sovranazionale originario rispetto al diritto internazionale e interno;
- *lex mercatoria*: ordinamento transnazionale.

Alcuni parlano *tout court* di nuovo ordinamento creato dalla comunità degli operatori economici, originario sia rispetto al diritto internazionale che al diritto interno, altri riconducono il fenomeno al riconoscimento da parte dell'ordinamento interno di usi internazionali, cui i privati si riferiscono nell'esercizio della loro autonomia contrattuale.

Il diverso approccio al problema si riconduce ai due diversi **modi di concepire il diritto**:

- *positivisti* (Kelsen): il diritto è una forza, o una volontà, che si irradia dallo Stato e soltanto da esso. Non vi sarebbe posto per un *tertium genus* tra diritto interno e diritto internazionale, in quanto esso sarebbe sprovvisto della caratteristica della positività.
- *seguaci della teoria istituzionale del diritto* (Santi Romano): ogni istituzione è un ordinamento giuridico e vi è una pluralità di istituzioni e, quindi, di ordinamenti giuridici, che non si riduce alla dialettica diritto interno/internazionale, non avendo difficoltà a parlare di ordinamenti originari con riferimento al diritto dell'UE o alla *lex mercatoria*.

Essenziale si ritiene essere la sanzione di cui la norma è fornita, ovvero il **sistema di garanzie** di cui l'ordinamento di appartenenza della norma deve essere dotato. Un ordinamento è tale se provvisto di un sistema di garanzie primarie che assicurano alle sue norme le adeguate sanzioni.

Gli unici ordinamenti che ne sono provvisti sono quelli interni e quello internazionale, e non vi sarebbe posto per altri ordinamenti, e le norme di cui si discute dovrebbero ricondursi all'uno o all'altro: non solo il diritto uniforme farebbe parte del diritto internazionale, ma anche quello dell'UE, dato che esso riposa in ultima analisi su trattati internazionali.

Concezioni più moderne adottano una **nozione più ampia di garanzia**, quale espressione della volontà di un corpo sociale che si fa rispettare attraverso l'azione dei consociati stessi.

Come esiste un ordinamento internazionale, anche se il rispetto delle sue norme passa attraverso l'azione degli Stati membri della comunità internazionale, così non può *a priori* negarsi che altre comunità si diano ordinamenti giuridici le cui sanzioni riposano sulle azioni dei singoli consociati, anzi questa è la regola per tutte le comunità inorganiche.

Nella **comunità anorganica** costituita dagli operatori del diritto del commercio internazionale, l'effettività della *soft law* e della autoregolamentazione è anche garantita da altre sanzioni, oltre quelle legate all'uso della forza proprie degli ordinamenti interni, idonee a garantirne la effettività, prima tra tutte la riprovazione del corpo sociale, che può portare all'emarginazione di un membro dalla comunità stessa o all'impossibilità pratica per il membro inadempiente di intrattenere i rapporti sociali propri di quella determinata comunità.

**Ordinamenti di comunità diverse da quelle statali**, pur basati su accordi internazionali, possono avere garanzie loro proprie: si pensi all'UE, il cui ordinamento è dotato di un complesso sistema di garanzie, centrato (ma non solo) sull'attività della Corte di Giustizia.

Un numero crescente di norme applicabili ai privati è determinato in un contesto extra-statale. Data la persistenza del monopolio territoriale degli Stati, tali norme operano all'interno di uno o più Stati nazionali, in quanto esse si applicano ad individui che sono cittadini di qualche Stato e in qualche Stato operano. Questi hanno l'obbligo di non ostacolare la formazione ed attuazione del diritto internazionale dei privati ed, anzi, devono collaborare attraverso le proprie strutture.

**Caratteristiche di Internet rilevanti sul piano internazionale e nozione di commercio elettronico.**

Internet è il risultato del fatto che singoli operatori di elaboratori o di reti di elaboratori utilizzano “protocolli” tecnici comuni (sistemi di dialogo) per lo scambio di comunicazioni ed informazioni con altri elaboratori: queste regole sono universali e rendono Internet un **fenomeno globale**.

Nel commercio elettronico, si distinguono due ambiti:

- *business to business* (B2B): rapporti commerciali tra imprenditori;
- *business to consumers* (B2C): rapporti con i consumatori.

Inoltre, si distingue tra:

- *commercio elettronico diretto*: ordinazioni, pagamenti ed esecuzione della prestazione da parte del fornitore avvengono online (es: consegna di software o brani musicali);
- *commercio elettronico indiretto*: le ordinazioni hanno per oggetto beni materiali consegnati in modo tradizionale.

Il commercio elettronico vede una pluralità di protagonisti tra cui vi sono:

- *le due parti principali*: compratore e venditore;
- *un numero di soggetti intermediari*: access providers, service providers e content providers.

Altre **caratteristiche di Internet rilevanti giuridicamente** sono:

- *immediatezza ed automaticità*: del modo in cui le informazioni viaggiano attraverso le frontiere di qualsiasi Stato.
- *delocalizzazione*: i *bit* (codici binari attraverso cui Internet opera) rifiutano ogni riferimento territoriale essendo basati su dati della fisica. Le comunicazioni che si servono dei bit non possono essere localizzate, nemmeno attraverso l'identificazione del server al quale si chiede l'accesso, dato che questo può essere aggirato o duplicato (attraverso i *mirrors*).  
Lo Stato, allo stato attuale delle conoscenze tecniche non può impedire o intercettare sul proprio territorio i messaggi trasmessi via Internet: dovrebbe adottare provvedimenti drastici, quali l'eliminazione di computers, modems o rete telefonica.
- *immaterialità*: il commercio elettronico prescinde (in larga misura) da un supporto cartaceo. Offerta e accettazione sono messaggi trasmessi elettronicamente, anche se poi questi messaggi possono essere stampati dalle parti su carta.
- *facilità di download*: cioè di scaricare sul proprio computer, e di stampare, qualsiasi dato presente sulla rete, inclusi dati che dovrebbero essere protetti da riservatezza o che sono oggetto di diritti di proprietà intellettuale (immagini, testi, software, ecc.).
- *facilità di upload*: inserimento di dati nella rete, operazione che può avvenire con la stessa facilità del downloading e che presenta implicazioni giuridiche analoghe.

### **I problemi giuridici internazionalistici relativi ad Internet e al commercio elettronico.**

Internet e il commercio elettronico pongono problemi al mondo del diritto solo per gli aspetti che presentano problematicità derivanti dalla natura del mezzo tecnico utilizzato, rendendo necessaria l'emanazione di norme *ad hoc*.

Gli **aspetti non legati alla natura del mezzo tecnico** non presentano peculiarità:

- I tipi contrattuali utilizzati per il commercio elettronico, sono riconducibili a tradizionali rapporti di compravendita o di prestazione di servizi. Si noti la differenza con i tipi contrattuali complessi, invalsi nel commercio internazionale, i quali hanno indotto fenomeni di resistenza all'applicazione di norme interne e hanno portato allo sviluppo della *lex mercatoria*.
- La distanza tra le parti non è una caratteristica esclusiva del commercio elettronico, in quanto essa è comune, ad esempio, ai contratti conclusi per posta, telefono o per telefax.
- Sul piano della responsabilità extracontrattuale o da fatto illecito, si applicano le norme interne anche a fatti illeciti commessi online (*what is illegal offline remains illegal online*).

- La determinazione della legge applicabile ai rapporti contrattuali conclusi elettronicamente, o della giurisdizione competente, avviene secondo le norme di diritto internazionale privato esistenti, interne e convenzionali, tutte le volte in cui possono operare agevolmente.

Il mezzo tecnico può:

- creare **problemi giuridici nuovi**, relativi all'esistenza stessa della rete ed al suo modo di funzionare: occorre dare risposta attraverso nuove norme.
- attribuire **connotazioni fattuali diverse a problemi giuridici noti**, come per certi fatti illeciti più facilmente commessi attraverso Internet: la norma esiste, ma occorre adattarla.

Internet consente una **facilità di accesso** ed una **possibilità di interazione** tra i suoi utilizzatori sconosciuta agli altri media: le conseguenze di eventuali abusi sono amplificati.

Vige, il **regime di libertà**, in linea con il principio della libertà di espressione, ma con limitazioni connesse con l'esigenza, riconosciuta generalmente a livello internazionale, di rispettare norme d'ordine pubblico internazionale o di applicazione necessaria degli Stati.

La comunità internazionale riconosce il potenziale di Internet ai fini dello sviluppo dei popoli, e si esprime nel senso che Internet non trovi ostacoli a livello nazionale, per favorire il suo sviluppo: la natura delocalizzata impedisce agli Stati, allo stato attuale, di esercitare le proprie prerogative sovrane in materia, oscurando Internet sul proprio territorio.

La libertà di uso di Internet si traduce in un obbligo di non fare a carico degli Stati, ovvero di non porre in essere misure restrittive giustificate solo dalla natura telematica di Internet.

- Le norme relative ai **domain names**, servono per identificare i siti da cui operano i vari soggetti in rete e costituiscono, una nuova categoria di segni distintivi: la sovrapposizione di denominazioni identiche ostacola lo sviluppo di Internet.
- Le norme relative alla **responsabilità dei providers** cercano di definire il livello di responsabilità per i contenuti dei messaggi trasmessi in rete, cercando di non penalizzare l'attività dei providers, indispensabili per lo sviluppo di Internet, e di perseguire abusi nell'uso della rete, dando certezza del diritto agli operatori di Internet.
- La prassi del commercio elettronico ha introdotto sistemi di pagamento con **moneta elettronica**: si presenta la necessità di elaborare quelle norme di tutela che circondano l'emissione di qualsiasi altro strumento monetario.

L'**applicazione delle norme tradizionali entra in crisi** quando sono a carattere territoriale, o fanno riferimento al concetto di luogo o presuppongono l'esistenza di un documento cartaceo:

- la delocalizzazione mette in crisi l'applicazione di **norme basate sulla territorialità**:
  - *protezione dei diritti di proprietà intellettuale e del diritto d'autore*: facilità di accesso a tutti di software, immagini, musica, o altri beni immateriali. Si ricercano soluzioni efficaci, anche a rischio di affievolire, nel mondo di Internet, la tutela di cui tali diritti godono nel mondo offline.
  - *norme fiscali*: facile evasione, specie con riferimento all'IVA. Si ricerca un compromesso tra l'esigenza di non ostacolare il commercio elettronico e non incoraggiare l'evasione fiscale.
  - *norme a tutela della concorrenza*: si pensi al grande volume di acquisti online effettuato con le *e-auctions* da parte di imprese congiuntamente, con una forte concentrazione di potere d'acquisto, suscettibile di avere serie implicazioni antitrust. Inoltre, la facilità con cui informazioni strategiche sono accessibili in Internet facilita intenti collusivi da parte di concorrenti.
- la delocalizzazione mette in crisi l'applicazione di **norme che si riferiscono ad un luogo**: luogo di commissione dell'illecito, dell'evento dannoso, di utilizzazione dell'opera dell'ingegno, di conclusione del contratto, di esecuzione dell'obbligazione, ecc.  
 Nel diritto internazionale dei privati, le soluzioni passano attraverso la revisione di convenzioni internazionali, nonché attraverso certe consuetudini interpretative (per esempio quella relativa ai c.d. siti passivi), che paiono essersi sviluppate sulla base di decisioni giurisprudenziali.

- L'immaterialità crea problemi per il commercio elettronico, non basato su **documenti cartacei**. Le norme interne riguardanti il contenuto di un documento, la sua efficacia probatoria e la sua sottoscrizione, presuppongono in genere un documento cartaceo.

L'idea di Internet come **spazio senza legge** è stata avanzata per analogia con altri spazi in cui è assente una sovranità statale (alto mare, spazi cosmici): in questi casi si verifica l'attrazione verso un determinato ordinamento (es: Stato della bandiera per le navi da pesca operanti nel mare libero). Si condivide l'affermazione della Commissione CE: «*Internet does not exist in a legal vacuum*».

Ugualmente poco verosimile, è l'idea che si sia in presenza di un **nuovo ordinamento** giuridico.

Queste concezioni, ipotizzano una **disciplina giuridica** di Internet e del commercio elettronico di tipo generale, non limitata agli aspetti condizionati dal mezzo tecnico: solo questi necessitano di nuove norme o dell'adattamento di norme esistenti.

Altre concezioni riconducono tutta la disciplina di Internet e del commercio elettronico nell'ambito del diritto interno o del diritto internazionale tradizionale.

Nei confronti di Internet l'**erosione del monopolio statale** quanto alla possibilità di determinare l'assetto giuridico dei rapporti tra privati raggiunge il suo massimo livello.

### **L'UNCITRAL e il commercio elettronico.**

L'azione dell'UNCITRAL si è basata fin dall'inizio sul **principio**:

- *della non discriminazione*: ad un documento non può essere negato valore giuridico per il solo fatto che è in forma informatica;
- *della neutralità tecnologica*: il diritto deve essere neutro rispetto alla tecnologia, non scegliendo la soluzione tecnica che consente di implementare i principi giuridici affermati;
- *dell'equivalenza funzionale*: consiste nel *functional equivalent approach*, nascente dall'esigenza che le norme siano neutre rispetto alla tecnologia e rispetto alle norme preesistenti in materia di documento e di firma: le definizioni di documento, di scritto, di firma, di originale, della normativa nazionale, non devono essere riformulate ma interpretate in modo da ricomprendere il documento informatico, la scrittura con mezzi informatici, le firme elettroniche e l'originale creato con mezzi informatici.

L'UNCITRAL ha individuato la **soluzione di alcuni problemi**:

- ha indicato l'irrilevanza del luogo in cui si trovano le macchine che consentono la comunicazione elettronica, falso indicatore di una soluzione giuridica al problema della legge applicabile e della giurisdizione competente, per i giuristi sempre alla ricerca del "dove";

- nel 1985 con la *Recommendation on the Legal Value of Computer Records* ha affrontato il tema del valore giuridico del documento elettronico esortando gli Stati a rivedere le norme giuridiche vigenti allo scopo di eliminare gli ostacoli all'ammissibilità come prove in giudizio dei documenti elettronici;

- nel 1996 ha adottato il *Model Law on Electronic Commerce* (ispirando la legislazione di molti paesi) nel quale questi principi guida sono stati adottati.

Il MLEC non fa riferimento al documento elettronico, ma al messaggio di dati, definito come l'insieme delle informazioni create, spedite, ricevute o archiviate attraverso strumenti elettronici, ottici o simili, fra i quali, sono indicati l'EDI, la posta elettronica, il telegramma, il telex e il fax.

In relazione alla scrittura: il requisito della forma scritta, è soddisfatto se le informazioni contenute nel messaggio sono accessibili e utilizzabili per successivi riferimenti.

In relazione alla sottoscrizione: il requisito è soddisfatto con un metodo di identificazione del mittente e dell'avvenuta approvazione da parte del mittente delle informazioni contenute nel messaggio e se il metodo risulta appropriato in relazione alle circostanze, considerando anche gli eventuali accordi fra il mittente e il destinatario del messaggio.

In applicazione del principio di non discriminazione, il MLEC dispone che l'efficacia probatoria di un messaggio elettronico non può essere negata per il solo fatto che si tratta di un documento elettronico o per il fatto che il documento non è l'originale.

- nel 2001 è stato approvato il *Model Law on Electronic Signatures with Guide to Enactment* per definire alcuni principi concernenti le firme elettroniche;

- nel 2005 approva la *Convenzione delle Nazioni Unite sull'uso delle comunicazioni elettroniche nei contratti internazionali*, con lo scopo di:

- a) facilitare l'uso delle comunicazioni elettroniche nel commercio internazionale;
- b) assicurare che i contratti e le dichiarazioni effettuati con mezzi elettronici siano validi come quelli basati su carta,
- c) superare i requisiti di forma richiesti da convenzioni, quali la *New York Convention* e la *CISG*.

La Convenzione è uno strumento di *hard international law*, avendo la natura di un trattato, ma può egualmente costituire uno strumento di *soft law*, in modo analogo al Model Law.

## **I DIRITTI DELLA PERSONALITA'**

### LA PROTEZIONE DEI DATI PERSONALI E LA TUTELA DELL'IDENTITA'

#### **Il diritto alla protezione dei dati personali.**

Il **diritto alla protezione dei dati personali** consiste nel diritto del soggetto cui i dati si riferiscono di esercitare un controllo, anche attivo, su detti dati, che si estende dall'accesso alla rettifica (d.lg. 30.6.2003, n. 196, Codice in materia di protezione dei dati personali).

Secondo la Carta dei diritti fondamentali dell'UE: i dati personali devono essere trattati secondo il principio di lealtà, per finalità determinate e in base al consenso della persona interessata.

L'**oggetto** è molto vasto: sono esclusi dall'ambito di applicazione del codice i dati anonimi.

Il codice è noto come "information privacy" o "data privacy" espressioni nelle quali si evidenzia che l'oggetto del diritto è l'informazione o il dato, benché siano termini non coincidenti.

A differenza del diritto all'identità personale, è un diritto al controllo sui dati, non sull'immagine sociale: **controllo in positivo**, non negativo, cioè come mero diritto di escludere.

Il **fondamento** del diritto alla protezione dei dati personali è da rinvenirsi nell'art. 2 Cost, inteso come clausola aperta e generale di tutela del libero ed integrale svolgimento della persona, come afferma la Cassazione.

Il diritto alla protezione dei dati personali e i diritti della personalità limitrofi (all'identità personale, alla riservatezza, alla reputazione, ecc.) tutelano un **unico bene giuridico**: l'identità, vista nelle sue molteplici forme ed espressioni.

La **prima legge** è stata la l. 675/1996, emanata insieme alla l. 676/1996, "Delega al Governo in materia di tutela delle persone e di altri soggetti rispetto al trattamento dei dati personali".

Il **codice in materia di protezione dei dati personali**, riordina la materia, ma non è un testo unico puro: introduce alcune modificazioni e inserisce la giurisprudenza del Garante.

E' chiamato "codice privacy", espressione non corretta: è una legge sull'utilizzo dell'informazioni.

Detta norme di natura procedurale sul modo di utilizzare le informazioni, siano riservate o meno: raramente vieta, ma normalmente proceduralizza.

**I principi generali della legge**, sono contenuti:

- nell'art. 1: sancisce il diritto alla protezione dei dati personali;

- nell'art. 2: il testo unico garantisce che il trattamento dei dati personali si svolga nel rispetto dei diritti delle libertà fondamentali con riferimento al diritto alla riservatezza, all'identità personale e alla protezione dei dati personali.

Questi diritti vanno bilanciati, con i principi di semplificazione, armonizzazione, efficacia: principio introdotto nel 2004, che trova ancora poche applicazioni.

### **Il diritto alla riservatezza.**

**Il diritto alla riservatezza** consiste nell'escludere altri dalla conoscenza di vicende strettamente personali e familiari (di creazione giurisprudenziale).

A differenza del diritto alla protezione dei dati personali è un diritto:

- a **contenuto negativo**: non fare conoscere e mantenere riservate alcune informazioni;
- non positivo: esercitare un controllo sulle medesime.

La Corte di Cassazione nel 1975, ha individuato il **fondamento** del diritto alla riservatezza:

- nelle norme ordinarie e costituzionali che tutelano aspetti peculiari della persona;
- nelle disposizioni, rinvenibili in leggi speciali, che richiamano la vita privata della persona.

A volte i **due diritti coincidono**: un dato sanitario contenuto nella cartella clinica di un paziente è oggetto sia del diritto alla riservatezza che del diritto alla protezione dei dati personali.

### **Il diritto all'identità personale.**

**Il diritto all'identità personale** è stato definito dalla:

- *Pretura di Roma del 1974*: «diritto a non vedersi travisare la propria personalità individuale»;
- *Cassazione del 1985*: «l'interesse del soggetto, ritenuto meritevole di tutela giuridica, di essere rappresentato, nella vita di relazione, con la sua vera identità, così come questa nella realtà sociale, generale o particolare, è conosciuta o poteva essere riconosciuta con l'esplicazione dei criteri della normale diligenza e della buona fede oggettiva».

**Il riconoscimento normativo** è solo nella l. 675/1996, e nel successivo codice che l'ha sostituita.

**Il bene giuridico protetto** è la "proiezione sociale dell'identità personale". Non è:

- né l'immagine che il soggetto ha di sé (verità personale);
- né l'insieme dei dati oggettivi riferibili al soggetto (verità storica);
- ma l'immagine, socialmente mediata o oggettivata, del soggetto stesso.

Reputazione, dati personali, identità personale, nome, identità anagrafica, riservatezza, sono tutti elementi che contribuiscono a formare l'immagine sociale di un soggetto.

La demarcazione fra elementi oggettivi (fatti) e soggettivi (opinioni) che compongono l'identità, non è netta.

La proiezione sociale dell'immagine di un soggetto è mediata dalla necessaria oggettivazione e quindi è frutto di un processo ricostruttivo che muove dai fatti e dalle opinioni per approdare ad una sintesi oggettivata.

L'identità, sintesi di elementi di natura diversa, è dinamica: la persona è ciò che è in un determinato momento storico e l'identità muta col tempo.

Nel conflitto fra verità della storia e identità attuale, nasce il:

- **diritto all'oblio**: diritto a non vedere ripubblicate notizie relative a vicende, legittimamente pubblicate, rispetto all'accadimento delle quali è trascorso un notevole lasso di tempo.

Il diritto all'oblio appartiene "alle ragioni" e "alle regioni" del diritto alla riservatezza: si ravvisa, secondo la giurisprudenza una violazione del diritto all'identità personale.

Il diritto all'oblio, nasce dalla cronaca, e vive una **nuova vita su Internet**: la ripubblicazione non è più necessaria, dal momento che, per la sua stessa struttura, difficilmente la rete dimentica. Non è, diffusa la pratica di cancellare da siti Internet i dati, né tale operazione è facilmente effettuabile.

Sulla rete le informazioni sono appiattite e prive di contestualizzazione. Il *pagemark* indica quanto una pagina è letta, ma non fornisce alcun elemento di contestualizzazione.

La fonte dell'informazione può conferire un peso all'informazione stessa (testata giornalistica più o meno affidabile): ciò non sempre accade con riguardo ai siti Internet e certamente non accade quando la ricerca è effettuata mediante motori di ricerca.

Il **diritto al controllo**, cuore stesso del diritto all'identità personale, del diritto all'oblio, del diritto alla protezione dei dati personali, si infrange sulla tecnica.

Nella decisione della **Cassazione del 2012**, un politico è imputato di corruzione nel 1993, la notizia è riportata dai quotidiani dell'epoca, egli è successivamente assolto. Tuttavia, se si effettua una ricerca, risulta la notizia dell'imputazione e non anche quella dell'assoluzione.

Si chiede il blocco dei dati personali contenuti nell'articolo del quotidiano pubblicato nell'archivio storico del quotidiano online, ma la domanda è respinta sia dall'Autorità Garante per la protezione dei dati personali che dal Tribunale di Milano sulla base di due argomenti:

- il bilanciamento fra il diritto all'informazione, considerato in prospettiva storica, e il diritto alla protezione dei dati personali;
- non si tratta di una ripubblicazione, tale da consentire di prospettare il diritto all'oblio.

La **posizione dell'Autorità** è così sintetizzabile: se l'informazione è correttamente pubblicata, nell'osservanza dei criteri che informano il codice deontologico dei giornalisti, non si profila alcuna lesione del diritto alla protezione dei dati personali. Se la notizia è inserita nell'archivio storico del giornale, il trattamento dei dati personali ivi contenuti è effettuato per finalità storiche, le quali sono compatibili con le finalità di trattamento per ragioni di cronaca.

L'**iter logico della Cassazione** è innovativo: la prospettiva non è il dato personale contenuto nel singolo archivio, ma la tutela della persona nella rete Internet, la quale spesso viene percepita come un unico archivio, anche se non lo è, e costituisce una rilevante fonte informativa, spesso l'unica. Dunque, non il dato, ma l'immagine della persona. Non il singolo archivio, ma la Rete.

Ha avuto luogo una lesione: l'interessato trova la sua immagine attuale travisata e collegata ad una informazione parzialmente vera nello scorrere del tempo e produttiva di uno sviamento della sua immagine sociale: «la notizia, originariamente completa e vera, diviene non aggiornata, risultando parziale e non esatta, e sostanzialmente non vera».

La Cassazione non richiede la cancellazione, ma la contestualizzazione dell'informazione: il titolare dell'archivio deve provvedervi, consentendo l'effettiva fruizione della notizia aggiornata, non potendosi ritenere sufficiente il mero reperimento della notizia in Internet.

Occorre:

- apportare integrazione e aggiornamento «con modalità tecniche non modificative dell'originale»;
- predisporre un sistema che segnali la sussistenza di un seguito e di uno sviluppo della notizia, consentendo il rapido ed agevole accesso ai fini del relativo adeguato approfondimento, giusta modalità operative stabilite, in mancanza di accordo fra le parti, dal giudice di merito».

La decisione sposta l'accento dall'oblio alla contestualizzazione.

## **Le norme dettate dal codice per la protezione dei dati personali.**

I soggetti sono:

- L'**interessato** è la persona fisica cui si riferiscono i dati personali.
- Il **titolare del trattamento** è la persona fisica, la persona giuridica, la pubblica amministrazione e qualsiasi altro ente, associazione od organismo, cui competono, anche unitamente ad altro titolare, le decisioni in ordine alle finalità, alle modalità del trattamento di dati personali e agli strumenti utilizzati, ivi compreso il profilo della sicurezza.

- La **contitolarità del trattamento** ha luogo qualora il trattamento sia comune a più soggetti e da questi siano condivise le decisioni circa le modalità, le finalità di trattamento e la sicurezza dei dati. I contitolari forniscono l'informativa all'interessato, designano i responsabili ed attuano gli adempimenti previsti dal codice in materia di protezione dei dati personali.
- Il **responsabile del trattamento** è la persona fisica, giuridica, la pubblica amministrazione e qualsiasi altro ente, associazione od organismo, preposti dal titolare al trattamento di dati personali, per esigenze organizzative.
- L'**incaricato del trattamento** è la persona fisica autorizzata a compiere operazioni di trattamento dal titolare o dal responsabile: gli incaricati operano sotto la diretta autorità del titolare o del responsabile, attenendosi alle istruzioni impartite.

Ogni titolare di trattamento, pubblico o privato, deve rispettare precise modalità di raccolta ed elaborazione dei dati personali e garantire determinati requisiti dei dati.

Tali **principi** possono essere sintetizzati in:

- liceità e correttezza del trattamento;
- necessità del trattamento;
- finalità del trattamento;
- esattezza dei dati trattati;
- pertinenza e non eccedenza dei dati rispetto alle finalità della raccolta;
- aggiornamento e completezza dei dati trattati.

L'**informativa** sul trattamento dei dati personali costituisce un **adempimento generale** cui, salvo casi eccezionali, sono **sottoposti tutti i titolari di trattamento**: l'interessato, attraverso l'informativa apprende le informazioni essenziali per l'esercizio dei suoi diritti.

L'**informativa da fornire all'interessato** deve indicare:

- finalità, cioè gli scopi per cui i dati sono stati trattati;
- modalità di trattamento, cioè i mezzi con cui i dati sono trattati, se informatizzati o cartacei;
- natura obbligatoria o facoltativa del conferimento dei dati;
- conseguenze di un eventuale rifiuto di rispondere;
- soggetti e categorie di soggetti, ai quali i dati personali possono essere comunicati o che possono venirne a conoscenza in qualità di responsabili o di incaricati;
- ambito e modalità di diffusione dei dati personali dell'interessato;
- estremi identificativi del titolare e del rappresentante del titolare nel territorio dello Stato.

Per i **dati personali comuni trattati da soggetto pubblico (non ente pubblico economico)**, è necessario informare l'interessato, ma **non è richiesto il consenso al trattamento**.

Il soggetto è qualificato pubblico o privato in relazione alla natura giuridica del medesimo: non hanno rilevanza le funzioni da questo esercitate.

Può **comunicare dati ad altro soggetto pubblico** se (art. 19, 2 co.):

- la comunicazione è prevista da una norma di legge o di regolamento;
- la comunicazione è necessaria allo svolgimento delle funzioni istituzionali e di essa sia stata data preventiva informazione all'Autorità Garante per la protezione dei dati personali.

La comunicazione di dati personali **da un soggetto pubblico ad un soggetto privato** richiede che la comunicazione sia prevista da una norma di legge o di regolamento (art. 19, 3 co.).

La **diffusione dei dati**, cioè il darne conoscenza a soggetti indeterminati, diversi dall'interessato, è soggetta alle stesse disposizioni dell'art. 19, 3° co.

Il **trattamento dei dati sensibili da parte di soggetti pubblici** non è soggetto né:

- né al consenso scritto dei singoli interessati;
- né l'autorizzazione preventiva dell'Autorità Garante.

Il presupposto di legittimità del trattamento è costituito dalla vigenza di una norma di legge che, nell'autorizzare il trattamento, specifichi i dati che possono essere trattati, le operazioni eseguibili e le rilevanti finalità di interesse pubblico perseguite.

**Trattamento, comunicazione e diffusione di dati, da parte di privati o enti pubblici economici**, sono consentiti previo consenso scritto dell'interessato (forma non richiesta per la validità, ma per la prova).

Il trattamento è altresì lecito:

- per circostanze equipollenti al consenso, previste dall'art. 24 del codice in materia di protezione dei dati personali.
- per dati detenuti in base ad un obbligo previsto dalla legge, da un regolamento o dalla normativa comunitaria (es: emissione di fattura).
- se necessario per l'esecuzione di un contratto del quale è parte l'interessato o per adempiere, prima della conclusione del contratto, a richieste dell'interessato (preventivo).
- per dati provenienti da pubblici registri, elenchi, atti, documenti conoscibili da chiunque, ma fermi restando i limiti e le modalità che le leggi, i regolamenti o la normativa comunitaria stabiliscono per la conoscibilità e la pubblicità dei dati (es: dati contenuti in un albo online).

Il **consenso** è dichiarazione di una volontà dell'interessato, formata con un'esatta rappresentazione delle circostanze rilevanti, che si fonda sull'assunzione di alcune informazioni: l'interessato può esercitare un potere di controllo sull'uso dei propri dati personali. Il consenso deve essere:

- *informato*: l'interessato deve ricevere alcune informazioni, contenute nell'informativa, complete e adeguate, specificate nella legge, circa il trattamento dei dati, al momento della raccolta di questi, al fine di potere validamente decidere se prestare o meno il proprio consenso;
- *libero*: deve formarsi senza condizionamenti e violenze, e deve autonomamente determinarsi.

Per quanto concerne i **diritti dell'interessato**, esso deve ottenere:

- la conferma dell'esistenza o meno di dati personali che lo riguardano;
- la loro comunicazione in forma intellegibile;
- l'indicazione dell'origine dei dati personali, delle finalità e modalità del trattamento, della logica applicata in caso di trattamento effettuato con l'ausilio di strumenti elettronici, degli estremi identificativi del titolare, dei responsabili, dei soggetti o delle categorie di soggetti a cui i dati possono essere comunicati o che possono venirne a conoscenza in qualità di rappresentante designato nel territorio dello Stato, di responsabili o incaricati.

Il **potere di intervento sui dati** si esplica in diversi diritti. L'interessato può ottenere:

- l'aggiornamento, la rettificazione o, l'integrazione dei dati;
- la cancellazione, la trasformazione in forma anonima o il blocco dei dati trattati in violazione di legge, compresi quelli di cui non è necessaria la conservazione in relazione agli scopi per i quali i dati sono stati raccolti o successivamente trattati;
- l'attestazione che le operazioni di cui alle lett. a) e b) sono state portate a conoscenza, anche per quanto riguarda il loro contenuto, di coloro ai quali i dati sono stati comunicati o diffusi, salvo il caso in cui un tale adempimento sia impossibile ovvero comporti per il titolare del trattamento un impiego di mezzi manifestamente sproporzionato rispetto al diritto tutelato.

L'interessato ha il **diritto di opporsi**, in tutto o in parte:

- per motivi legittimi al trattamento dei dati personali che lo riguardano, ancorché pertinenti allo scopo della raccolta;
- al trattamento di dati personali che lo riguardano a fini di invio di materiale pubblicitario o di vendita diretta, per il compimento di ricerche di mercato o di comunicazione commerciale.

L'art. 33 del codice in materia di protezione dei dati personali stabilisce che i soggetti titolari del trattamento adottano misure minime di sicurezza per proteggersi da rischi quali:

- la distruzione o perdita, anche accidentale dei dati;

- l'accesso non autorizzato;
- il trattamento non consentito o non conforme alle finalità di raccolta.

Le misure minime di sicurezza sono: «le misure tecniche, informatiche, organizzative, logistiche e procedurali di sicurezza che configurano il livello minimo di protezione richiesto in relazione ai rischi previsti nell'articolo 31».

I dati sono **custoditi e controllati durante l'intero ciclo del trattamento**: dalla loro raccolta alla loro distruzione. La custodia e il controllo devono essere costantemente adeguati alla natura dei dati, alle caratteristiche del trattamento e le misure di sicurezza con cui trovano concreta attuazione devono essere aggiornate alla luce dei progressi tecnologici raggiunti.

E' previsto un **duplice livello di sicurezza**:

- quello costituito da «tutte le misure idonee ad evitare il danno»: per evitare la responsabilità civile ex art. 15 del codice;
- quello costituito al livello minimale: rappresentato dalle misure minime di sicurezza.

La mancata adozione delle misure minime di sicurezza comporta conseguenze anche di natura penale, ovvero l'arresto sino a due anni.

## DIRITTO ALL'ANONIMATO

### Definizione di anonimato. Rinvio alla definizione di dato anonimo.

Il codice per la protezione dei dati personali, definisce il **dato anonimo** come «dato che in origine, o a seguito di trattamento, non può essere associato ad un interessato identificato o identificabile»: il dato può dunque essere raccolto privo, fin dall'origine, di ogni riferimento o può successivamente essere privato di riferimenti (art. 4, 1° co.).

Il dato anonimo non è soggetto a disposizioni ed adempimenti dettati dalla normativa in materia di trattamento dei dati personali.

### Collegabilità fra le informazioni e il soggetto cui si riferiscono. Il criterio di ragionevolezza.

La collegabilità fra informazioni e soggetto cui si riferiscono è la chiave di volta nella definizione di anonimato: l'associazione tra l'interessato e l'informazione che a questi si riferiscono.

L'anonimato assoluto non esiste nella società dell'informazione, e la definizione non può essere intesa come «non può essere in nessun modo associato».

Nella definizione di dato personale, contrapposta a quella di dato anonimo, il criterio non è solo il riferimento, ma la riferibilità delle informazioni ad un soggetto, misurata in relazione al tempo necessario, al costo e ai mezzi tecnici da impiegare.

**Riferibilità e relatività**, come per il dato personale, caratterizzano la definizione di dato anonimo.

Il dato è reso anonimo per qualcuno e per alcuni scopi e non può essere collegato all'interessato: non è in assoluto anonimo, è relativo.

Il **criterio di ragionevolezza** è un criterio di valutazione della collegabilità e riconducibilità delle informazioni, per precisare se l'informazione è collegabile ad un'altra e quando sia anonima:

La ragionevolezza, è intesa come parametro con il quale valutare i mezzi tecnici, le risorse e il tempo da impiegarsi, considerate le fonti informative disponibili, per reidentificare i dati anonimi.

La ragionevolezza è criterio di misura dei costi, necessari per effettuare l'associazione e quindi finisce con l'essere criterio di misura dell'anonimato, in uno scenario che deve anche tener conto di un rapporto di proporzionalità fra i mezzi per procedere all'identificazione e la lesione.

L'anonimato **da relativo si qualifica come ragionevole**: il dato anonimo non è definito solo in relazione ad un soggetto, ma più in generale con riguardo ai costi, agli sforzi, al tempo, alle risorse che consentono la reidentificazione.

La ragionevolezza è il criterio sul quale si basa la riferibilità delle informazioni a un soggetto. Se non è possibile un collegamento l'anonimato è assoluto, se è possibile, è relativo. Ciò è misurato attraverso il criterio della ragionevolezza. C'è quindi una graduazione dell'anonimato come una graduazione della riferibilità.

### **L'anonimato come diritto. Non configurabilità in termini generali.**

Nell'ordinamento giuridico italiano, l'anonimato, è normato solo nella **legislazione speciale**:

- *anonimato del tossicodipendente*: rimuovere remore psicologiche che lo allontanano dalle cure;
- *anonimato della madre*: tutela della maternità;
- *anonimato dell'autore*: riconducibile alle obbligazioni assunte dall'editore, all'esercizio dei diritti morali sull'opera da parte dell'autore e ad un generale diritto alla protezione dei dati personali: tutela della libertà di espressione;
- *anonimato come dato fattuale*: indifferente per il diritto (es: pseudonimo in un contratto);
- *anonimato del terzo*: dovere del personale sanitario di mantenere anonimi donatore e ricevente nel trapianto degli organi;
- *anonimato come modalità di esercizio del diritto alla protezione dei dati personali*: l'art. 3 del codice introduce il principio di necessità nel trattamento dei dati personali e l'obbligo di ridurre al minimo l'utilizzazione dei dati identificativi, con l'obbligo di trattare tali dati solo se necessario, ed in modo anonimo;
- *anonimato come principio*: non come diritto o dovere, nei casi in cui appare strumentale alla tutela di un interesse pubblico, quale l'imparzialità dell'azione amministrativa (es: nei pubblici concorsi e nelle gare d'appalto);
- *anonimato negato dal legislatore*: si pensi alla legislazione penale dell'emergenza a quella antiterrorismo, all'evasione fiscale, al riciclaggio.

### **Anonimato, nome e identità.**

Il **diritto al nome** è il diritto di ogni persona al nome attribuito, nella duplice valenza di:

- diritto ad essere chiamati con il proprio nome;
- diritto di impedirne l'indebito uso ad altri.

Sono previste tutele specifiche attraverso l'azione di usurpazione e di reclamo e attraverso le azioni di accertamento, di rettifica e di risarcimento.

Il **diritto all'identità personale** è definito dalla Cassazione come «l'interesse del soggetto, ritenuto generalmente meritevole di tutela giuridica, di essere rappresentato, nella vita di relazione, con la sua vera identità, così come questa nella realtà sociale, generale o particolare, è conosciuta o poteva essere riconosciuta con l'esplicazione dei criteri della normale diligenza e della buona fede oggettiva».

L'**anonimato**, non è riconosciuto dall'ordinamento giuridico: non è solo a contenuto negativo, ma può costituire una forma di controllo della proiezione sociale della propria identità.

### **Considerazioni conclusive.**

La più facile collegabilità dei dati, dovuta alle **nuove tecnologie**, e la più facile identificabilità del soggetto cui le informazioni si riferiscono, rende l'anonimato più raro e meno attuabile e tende a dissolvere il carattere di assolutezza ancora insito nel concetto di anonimato.

L'anonimato non può essere assoluto ma va lasciato spazio a forme di anonimato denominato “protetto”, “sostenibile” o “ragionevole”.

L'utilizzo delle tecnologie informatiche, **non crea un problema nuovo**, ma fa emergere problemi già presenti nell'ordinamento: l'anonimato, relativo e funzionale, lo era già qualche decennio fa, ma questi

caratteri si pongono con maggiore evidenza allorché le reti telematiche e i database consentono un più agevole collegamento fra le informazioni, rendendo più difficile la stessa configurabilità dei dati anonimi.

## LA REPUTAZIONE NELL'ERA DIGITALE

### Premessa.

Il tema dei diritti della personalità vive attualmente un'epoca di rinnovato interesse, la cui principale suggestione sembra quella di riaffermare il valore della centralità della personalità umana, intesa come il complesso delle risultanze morali, sociali ed intellettuali di un individuo.

Al centro dell'attenzione è il **bene giuridico dell'informazione**: quale oggetto del diritto collettivo di cronaca, e quale oggetto del diritto individuale alla esplicazione della propria personalità e al controllo sulle informazioni riguardanti direttamente o anche indirettamente la propria persona.

### L'impatto della Rete sulla costruzione teorica dei diritti della personalità.

Il tema dei diritti della personalità in ambito privatistico ha vissuto **diverse fasi**:

- successiva all'entrata del codice civile: scarso interesse da parte della dottrina ai diritti della personalità, dovuta ad una concezione patrimonialistica dell'ambito di tutela del diritto privato;
- fase incentrata sulla portata applicativa dell'art. 2 Cost: caratterizzata per un rinnovato interesse verso il tema che ha condotto al riconoscimento di un'autonoma categoria concettuale e al dibattito tuttora non sopito tra teoria monista e pluralista;
- fase connotata dall'attenzione rivolta agli strumenti di protezione civile: sopravvento dell'azione civile risarcitoria sull'azione di tutela penale;
- fase di interesse sulla valenza economica dei diritti della personalità, considerata la diffusione di atti aventi ad oggetto la personalità o più correttamente i suoi singoli attributi o componenti (es: contratti di sponsorizzazione, attraverso cui un soggetto si obbliga a consentire ad altri l'uso della propria immagine e del proprio nome).

### La personalità tra identità, onore e reputazione.

Due sono le **accezioni del termine "identità"**:

- insieme delle risultanze anagrafiche che identificano univocamente un soggetto;
- proiezione sociale di un soggetto.

Non vi è **nessuna definizione di onore e reputazione**, solo una cospicua letteratura penalistica, dandosi per scontati valore semantico e portata concettuale.

L'**onore** è un bene individuale immateriale, protetto dalla legge per consentire all'individuo l'esplicazione della propria personalità morale, racchiudendo una componente:

- *soggettiva*: sentimento che ciascun individuo ha della propria dignità;
- *oggettiva*: opinione che gli altri hanno su di un individuo (essenza concettuale della reputazione che richiede l'altrui opinione e la collocazione dell'individuo in un ambiente sociale).

Dunque:

- l'onore: è la considerazione che ciascun individuo ha di se stesso e del proprio valore;
- la reputazione: è la stima di cui il soggetto gode tra i consociati, il valore della persona affermato nella comunità sociale in cui questa vive ed opera.

La **reputazione** costituisce il risultato di una valutazione ancorata a due elementi:

- *la fama*: giudizio consolidatosi nel tempo;
- *il credito*: qualità attinente e rilevante nel campo dei rapporti economici e professionali.

L'onore e la reputazione, in **ambito civilistico**, assumono una maggior portata concettuale, rispetto all'ambito penalistico, considerato che nel sistema civile la tutela dell'onore e della reputazione è svincolata dalla necessità di un collegamento con valori socialmente accettati a garanzia della certezza del diritto, assumendo rilevanza il collegamento con valori individuali attinenti alla sfera personale del soggetto interessato, sia pure mediati attraverso il veicolo della relazione sociale.

### La reputazione economica.

La **reputazione economica** è «la reputazione che riguarda l'attività economica, e cioè l'attività di produzione o commercio di beni o servizi e più precisamente la considerazione che il pubblico ha della capacità del soggetto di conseguire risultati positivi soprattutto in termini di bontà dei prodotti o dei servizi di guadagno»: bene immateriale, non quantificabile, suscettibile di assumere un peso determinante nella vita delle imprese.

La **buona reputazione di un'impresa**, determinante per le scelte dei consumatori, è espressione della libertà di iniziativa economica privata (art. 41 Cost.), ossia dell'interesse dell'imprenditore a non vedere diminuito il proprio volume di affari per il comportamento, quali la divulgazione di informazioni negative, posto in essere da altri soggetti.

Parte della **dottrina italiana** separa i due concetti:

- *la reputazione economica-capacità di guadagno*: tutela l'interesse dell'imprenditore a che non vengano screditati o comunque sviliti i propri prodotti e a non veder diminuito il proprio volume di affari o di guadagni a causa delle informazioni diffuse da altri soggetti;
- *la reputazione-diritto della personalità dell'imprenditore*: tutela l'interesse a che non vengano diffusi riferimenti personali negativi, attinenti alle proprie qualità imprenditoriali.

Tuttavia, non di rado, la denigrazione di un prodotto non intacca esclusivamente la reputazione economica ma si riflette negativamente anche sulla reputazione personale dell'imprenditore.

L'analisi delle **pronunce giurisprudenziali** conferma la tesi per cui occorre distinguere:

- *lesione alla reputazione economica*: può derivare un danno patrimoniale (oltre all'evento lesivo dovrà provarsi il pregiudizio economico conseguente);
- *lesione alla reputazione personale*: consegue ipso iure la perdita o la riduzione di un valore fondamentale della persona umana (il danno è in re ipsa e non imcombe sul danneggiato l'onere di fornire la prova della sua esistenza).

A **parere di chi scrive**, suscita perplessità il tentativo di qualificare la reputazione economica alla stregua di un interesse di natura solo patrimoniale e scisso dalla reputazione personale.

La libertà di iniziativa economica privata, può qualificarsi come diritto inviolabile dell'individuo, considerato che l'esercizio d'impresa, costituisce esplicitazione della personalità dell'imprenditore.

La dottrina risponde negativamente, affermando che i diritti inviolabili della persona sono interessi inerenti alla persona non connotati da rilevanza economica:

- i diritti della personalità sono direttamente riconducibili alla nozione di dignità;
- l'iniziativa economica privata, manca di una diretta relazione con la dignità umana, ed è privo dei connotati che caratterizzano l'invulnerabilità del diritto.

Perciò, essendo l'art. 41 il fondamento costituzionale dell'interesse alla reputazione dell'impresa, il risarcimento dei danni non potrà che essere limitato al danno patrimoniale.

### I connotati della reputazione in ambito digitale.

L'**informazione nel mondo digitale**, a differenza del mondo fisico, non necessariamente presenta caratteristiche di riconoscibilità: non vi sono garanzie di affidamento sulla fonte dell'informazione, chiunque può "fare informazione".

La rete è un archivio di informazioni dalla memoria illimitata, ed una volta inserite in un sito Internet, sono replicate in altri siti e nelle *cache*, in cui si fronteggiano diverse esigenze degli utenti:

- condividere opinioni ed esperienze personali, inserendo informazioni sul proprio conto;
- esigenza di auto tracciarsi, registrando ogni comportamento quotidiano;
- esigenza di farsi dimenticare.

La **reputazione in Rete** ha una diversa dimensione giuridica: l'interessato veicola ed influenza la circolazione delle informazioni riguardanti la sua persona e può contribuire alla formazione di una determinata opinione all'interno della comunità dei fruitori della Rete.

L'individuo che **opera professionalmente nel mercato digitale** ha interessi di natura economica a consolidare la buona reputazione di cui gode nel settore di riferimento: l'imprenditore può di fatto influenzare le scelte del mercato cui si rivolge.

La Rete offre ulteriori strumenti e modalità operative all'imprenditore che intenda monitorare e consolidare la propria sfera reputazionale: in Rete la reputazione di un soggetto non si fonda solo sulle altrui opinioni e giudizi, ma anche sul numero dei *link* e dei visitatori di un sito web.

La reputazione assume una diretta rilevanza economica, diventando un bene distinto quale il marchio e l'avviamento di impresa e sempre più imprese, operanti nel mercato digitale, investono in azioni dirette al consolidamento della reputazione aziendale che si esplicheranno in operazioni dirette a vagliare costantemente le informazioni che circolano in Rete sul proprio conto.

La novità del mezzo offre servizi di cui l'utente medio non comprende l'esatta portata giuridica. Desta interesse l'ordinanza, emessa dal Tribunale di Milano sul **servizio "suggest search"** fornito dal motore di ricerca Google Inc. e sulla sua possibile valenza diffamatoria. All'utente, che effettua una ricerca inserendo una parola chiave, è offerto un menù a tendina ove appare una lista di termini di ricerca suscettibili di completare la parola chiave inserita. A causa del carattere automatico del servizio si afferma la diretta addebitabilità della società Google Inc., a titolo di responsabilità extracontrattuale, degli eventuali effetti negativi che un improprio abbinamento fra i termini di ricerca può avere sulla sfera reputazionale di un determinato soggetto.

### **La tutela della reputazione digitale.**

L'informazione pubblicata online assume una forza lesiva più incisiva se a carattere diffamatorio, rispetto al caso in cui sia diffusa nel mondo fisico: in sede di liquidazione equitativa del danno risarcibile, si valuteranno i connotati che questa assume, quali l'immanenza, la costante fruibilità e la riproducibilità.

Secondo un autorevole orientamento dottrinale, la **liquidazione si ancora a tre parametri**:

- la diffusione dell'addebito;
- il rilievo dato all'addebito;
- la gravità dell'addebito.

Non si tratta di voler accantonare i consolidati parametri di liquidazione equitativa del danno, quanto di contestualizzarli alla luce delle peculiari caratteristiche.

La liquidazione si giustifica considerando che la diffusione di una notizia lesiva può diminuire le possibilità del soggetto diffamato di intrattenere nuovi rapporti e di sviluppare quelli esistenti.

Le caratteristiche della Rete, non incidono sugli strumenti a tutela della personalità, quanto sulle modalità attraverso cui la personalità di un soggetto giuridico può essere lesa dalla diffusione di informazioni: occorre un ripensamento non sull'essenza dei singoli strumenti di tutela quanto sulla loro efficacia e adeguatezza.

Oltre alla tutela cautelare uno **strumento a tutela della reputazione digitale** è il diritto all'oblio, il cui esercizio garantisce che il soggetto non subisca pregiudizio dalla pubblicazione in Rete di informazioni lesive o il cui trattamento non è più giustificato, consentendo la cancellazione di informazioni che non corrispondono più all'identità del soggetto e riconoscendo una forma di tutela più ampia di quella riconosciuta in sede penale, laddove l'esercizio prescinde dall'accertamento del carattere illecito dell'informazione di cui si chiede la rimozione.

Per la repressione degli illeciti, assumono rilievo le **sanzioni reputazionali**, quali la pubblicazione della sentenza, per l'efficacia deterrente ad esse riconosciuta, per il carattere economico che la reputazione assume in determinati settori del mercato, basati fra l'altro su valutazioni esterne quali le certificazioni di qualità e serietà.

## IL DOCUMENTO INFORMATICO E LA SUA EFFICACIA PROBATORIA

### FIRME ELETTRONICHE E FIRMA DIGITALE

L'Italia è stata fra i primi Paesi a dotarsi di una normativa organica sulla firma digitale. La normativa sulle firme elettroniche è, invece, di derivazione comunitaria.

L'approccio seguito dal legislatore italiano nella normativa sulle firme informatiche è basato sullo strumento cognitivo del modello e della metafora.

La sottoscrizione autografa e le firme informatiche sono entità diverse:

- le firme informatiche si basano sulla tecnica e sono il risultato di una procedura tecnologica;
- la sottoscrizione si basa sulla grafia e sono il risultato di un gesto umano.

L'art. 1 CAD (codice amministrazione digitale) prevede le seguenti **definizioni di documento**:

- *informatico*: rappresentazione informatica di atti, fatti o dati giuridicamente rilevanti;
- *analogico*: rappresentazione non informatica di atti, fatti o dati giuridicamente rilevanti.

Quanto alla sua **efficacia probatoria** e alla sua **idoneità ad integrare la forma scritta**:

- l'art. 20, 1° co. *bis*, dispone: «l'idoneità del documento informatico a soddisfare il requisito della forma scritta e il suo valore probatorio sono liberamente valutabili in giudizio, tenuto conto delle sue caratteristiche oggettive di qualità, sicurezza, integrità ed immodificabilità, fermo restando quanto disposto dall'art. 21».

La norma dispone anche dell'efficacia probatoria del **documento informatico senza firma**, per esempio un *file* prodotto con uno dei sistemi di videoscrittura, senza che sia utilizzata nessuna tecnica specifica di cifratura o di firma o di protezione.

Il nuovo art. 23 *quater* CAD, dispone: «all'art. 2712 del codice civile dopo le parole: “riproduzioni fotografiche” è inserita la seguente: “informatiche”».

Dal 1997 ad oggi il legislatore italiano ha individuato quattro tipologie di **firme informatiche**:

- **firma elettronica semplice**: «l'insieme di dati in forma elettronica, allegati o connessi tramite associazione logica ad altri dati elettronici, usati come metodo di identificazione informatica». Esistono molti tipi di firme elettroniche descrivibili sulla base di una molteplicità di criteri, fra i quali: il metodo utilizzato, la finalità e le proprietà della firma. I metodi di autenticazione utilizzati per le firme elettroniche si classificano nelle tre categorie: *something you know* (conoscenza di una parola chiave), *something you are* (impronta digitale), *something you have* (tessera magnetica). Le caratteristiche tecniche non sono predefinite, né il livello di sicurezza. La firma elettronica può essere una password o una firma autografa digitalizzata tramite scanner.
- **firma elettronica avanzata**: firma elettronica con caratteristiche di sicurezza:
  - «un insieme di dati in forma elettronica allegati o connessi a un documento informatico,
  - che consentono l'identificazione del firmatario del documento,
  - che garantiscono la connessione univoca al firmatario,
  - creati con mezzi sui quali il firmatario può conservare un controllo esclusivo,
  - collegati ai dati ai quali detta firma si riferisce in modo da consentire di rilevare se i dati stessi siano stati successivamente modificati».

- **firma elettronica qualificata:**

- «un particolare tipo di firma elettronica avanzata,
- basata su un certificato qualificato,
- e realizzata mediante un dispositivo sicuro per la creazione della firma».

Nella firma elettronica qualificata si precisa che l'associazione al firmatario avviene attraverso un certificato qualificato, non menzionato nella firma elettronica avanzata.

- **firma digitale:**

- «un particolare tipo di firma elettronica avanzata,
- basata su un certificato qualificato,
- e su un sistema di chiavi crittografiche, una pubblica e una privata, correlate tra loro, che consente al titolare tramite la chiave privata e al destinatario tramite la chiave pubblica, rispettivamente, di rendere manifesta e di verificare la provenienza e l'integrità di un documento informatico o di un insieme di documenti informatici».

A differenza delle firme qualificata e digitale, la **firma semplice e avanzata** non si riferiscono ad un livello di sicurezza predeterminato o a una tecnologia precisa. Sono “neutre”, come previsto dalla direttiva. Queste non sono firme, ma come le firme. Sono come le sottoscrizioni autografe, per certi limitati effetti.

Per quanto concerne valore giuridico ed efficacia probatoria delle firme informatiche:

- «il **documento informatico cui è apposta una firma elettronica semplice**, sul piano probatorio è liberamente valutabile in giudizio, tenuto conto delle caratteristiche oggettive di qualità, sicurezza, integrità e immodificabilità» (art. 21, 1° co. CAD).

Le caratteristiche tecnologiche degli strumenti utilizzati ed organizzative del processo adottato determinano l'efficacia probatoria del documento informatico con firma elettronica così creato.

- «il **documento informatico sottoscritto con firma elettronica avanzata, qualificata o digitale**, formato con le regole tecniche di cui all'art. 20, 3° co., che garantiscano l'identificabilità dell'autore, l'integrità e l'immodificabilità del documento, ha l'efficacia prevista dall'art. 2702 c.c per la scrittura privata» (art. 21, 2° co. CAD).

L'utilizzo del dispositivo di firma elettronica qualificata o digitale si presume riconducibile al titolare, salvo che questi dia prova contraria. In precedenza, la prova del mancato utilizzo del dispositivo di firma, era richiesta anche per la firma elettronica avanzata.

La scrittura privata informatica con firma elettronica qualificata o digitale può essere disconosciuta dall'apparente sottoscrittore con la produzione da parte di questi della prova che egli non ha utilizzato il dispositivo di firma elettronica qualificata o digitale.

Il **disconoscimento** ha ad oggetto l'utilizzo del dispositivo di firma: la scrittura informatica è impersonale e priva di grafia e l'apposizione della firma non è un gesto personalissimo della mano. Si passa da un criterio di “paternità” ad un criterio di “responsabilità”.

L'art. 32 dispone che: «il titolare del certificato di firma è tenuto ad assicurare la custodia del dispositivo di firma e ad adottare tutte le misure organizzative e tecniche idonee ad evitare danno ad altri; ed è tenuto ad utilizzare personalmente il dispositivo di firma», in tal modo individuando criteri di responsabilità.

L'**art. 21, 2° co. bis** afferma che:

- «salvo quanto previsto dall'art. 25, le scritture private di cui all'art. **1350, n. 1-12** codice civile, se fatte con documento informatico, sono sottoscritte, con firma elettronica qualificata o digitale, a pena di nullità».
- «gli atti di cui all'articolo **1350, n. 13** codice civile soddisfano comunque il requisito della forma scritta se sottoscritti con firma elettronica avanzata, qualificata o digitale».

Le uniche eccezioni sono dunque:

- la sottoscrizione degli atti di cui all'art. 1350, nn.1-12, c.c.
- la sottoscrizione aventi ad oggetto beni immobili:

La firma elettronica avanzata non sarà sufficiente: sono richieste la firma qualificata o digitale.

Potrà utilizzarsi la firma elettronica avanzata, per tutti gli atti e i contratti che richiedano la forma scritta *ad substantiam* non aventi ad oggetto beni immobili: ad esempio, in ambito bancario per la conclusione di contratti o in ambito sanitario, per l'acquisizione del consenso.

Possono essere **autenticate**, dal notaio o pubblico ufficiale autorizzato, anche la firma elettronica semplice o avanzata, non più soltanto la firma elettronica qualificata o digitale.

A differenza dell'art. 2703 c.c., l'art. 25 CAD, richiede anche l'accertamento da parte del notaio o del pubblico ufficiale che l'atto sottoscritto non sia in contrasto con l'ordinamento giuridico.

Il d.lg. 110/2010 ha normato l'**atto pubblico notarile informatico** introducendo nell'ordinamento giuridico italiano la possibilità di redazione dell'atto pubblico anche in forma digitale.

Le parti possono firmare con semplice firma elettronica, ma nulla esclude che firmino con firma digitale, mentre il notaio è tenuto a firmare con firma digitale, essendo l'atto una dichiarazione del notaio. Diverse sono la forma e la modalità di conservazione dell'atto, non gli effetti giuridici.

La tecnologia consente e promuove la diffusione della c.d. **firma grafometrica** la quale consiste nella sottoscrizione autografa apposta su tablet informatico con una particolare penna.

La firma grafometrica pare **qualificabile come**:

- **firma elettronica**:
  - non si richiede l'uso di una determinata tecnologia (neutralità);
  - rileva la funzione di identificazione cui è preordinato l'insieme di dati elettronici;
  - il giudice valuta caso per caso l'efficacia probatoria del documento;
- **firma elettronica avanzata**:
  - non si richiede l'uso di una determinata tecnologia (neutralità);
  - rileva il soddisfacimento di una serie di condizioni, oggetto di un'elencazione normativa, a prescindere dalle modalità tecniche per garantirle;
  - per inficiare l'efficacia probatoria è necessario contestare che di firma elettronica avanzata si tratti, per mancanza di uno dei requisiti previsti o procedere al disconoscimento della firma.

Non si applicherà più la disposizione che presume che al titolare sia riconducibile l'utilizzo del dispositivo di firma e che quindi sia il titolare a dovere fornire prova di non avere utilizzato il dispositivo, non essendo in caso di firma grafometrica previsto alcun dispositivo di firma.

## **I CONTRATTI DEL COMMERCIO ELETTRONICO**

### IL COMMERCIO ELETTRONICO

#### **Il commercio elettronico.**

Il commercio elettronico consiste nelle attività commerciali e nelle transazioni per via elettronica e comprende attività quali: la commercializzazione di beni e servizi; la distribuzione online di contenuti digitali, l'effettuazione di operazioni finanziarie e di borsa, gli appalti pubblici ed altre procedure di tipo transattivo delle PA».

Il predicato *elettronico* è il portato della traduzione del prefisso *e*, che sta per *electronic*, dal quale sono stati fatti precedere i sostantivi relativi alle varie attività della c.d. *offline economy*, allorché nel mondo anglofono ci si voleva riferire alle medesime attività tradizionali svolte tuttavia per mezzo di strumenti informatici e telematici.

Ciò denuncia l'imprecisione del termine "commercio elettronico", di recente sottolineata in modo condivisibile in dottrina, indicando la preferibile locuzione di "commercio telematico".

Ma il fenomeno trova già un'etichetta stabilizzata, seppur imprecisa, coniata dall'economista e utilizzata in via istituzionale, e si continuerà ad adottare la medesima, nella consapevolezza della sua imprecisione: si parlerà di commercio elettronico, e non telematico.

### **I problemi.**

Per il **commercio elettronico indiretto**: il contratto telematico, non presenta peculiarità rispetto all'esecuzione tradizionale di contratti tradizionali.

Le norme interne ed internazionali che regolano il commercio di beni e servizi appaiono idonee ad applicarsi nell'ipotesi in cui il contratto è stato concluso telematicamente.

Per il **commercio elettronico diretto**: potrà essere necessario predisporre regole *ad hoc* e potrà aversi contemporaneamente una riduzione dell'incidenza delle questioni relative a vizi e difetti della prestazione caratteristica e, in termini più generali, all'inesatto adempimento.

I problemi, occasionati dalla tecnologia, paiono relativi alla **fase di conclusione del contratto**, quella più legata alle peculiarità del mezzo comunicativo.

Si tratta delle questioni della idoneità degli strumenti informatici e telematici ad essere veicolo di manifestazioni di volontà, della imputabilità e non ripudiabilità di tali manifestazioni di volontà e del valore giuridico, sul piano della forma, del documento informatico.

L'**imputabilità** e l'**immodificabilità** della dichiarazione sono garantite in massimo grado dalla crittografia giuridica, il cui impiego ha tuttavia costi che possono disincentivare le negoziazioni di valore più contenuto:

- Nel *business to customer*: il valore della singola negoziazione non è ingente, e costituirebbe un impaccio richiedere inderogabilmente l'utilizzo della firma digitale.
- Nel *business to business*: le esigenze di certezza circa la provenienza e la non modificazione del contenuto della dichiarazione informatica prevalgono sulla speditezza e l'incentivazione delle transazioni, sicché risulta indispensabile affidarsi alla crittografia giuridica.

### **Le macroaree della disciplina positiva del commercio elettronico.**

Il tema del commercio elettronico richiama, per diritto positivo, **due macroaree di intervento**:

- 1) disciplina della conclusione del contratto o all'impiego di strumenti informatici e telematici per la formazione, documentazione, esternazione o trasmissione di dichiarazioni negoziali;
- 2) regole di svolgimento della fase prenegoziale e delle trattative, ovvero ad alcune frazioni del contenuto del contratto, ovvero ad alcuni aspetti del rapporto contrattuale.

### **La direttiva 2000/31/CE sul commercio elettronico.**

La direttiva 2000/31/CE disciplina prevalentemente il commercio elettronico diretto, avendo ad **oggetto** la libera circolazione di "servizi della società dell'informazione": ogni servizio prestato normalmente dietro retribuzione, a distanza, per via elettronica e a richiesta individuale di un destinatario di servizi.

Ai fini della **definizione** si intende (direttiva 98/34/CE):

- *a distanza*: servizio fornito senza la presenza simultanea delle parti;
- *per via elettronica*: servizio inviato all'origine e ricevuto a destinazione mediante attrezzature elettroniche di trattamento e di memorizzazione di dati, e che è interamente trasmesso, inoltrato e ricevuto mediante fili, radio, o altri mezzi elettromagnetici;
- *a richiesta individuale di un destinatario di servizi*: un servizio fornito mediante trasmissione di dati su richiesta individuale.

L'art. 1 esplicita la **ratio ispiratrice**: promozione della libera circolazione dei servizi della società dell'informazione tra Stati membri e della libertà di fornire tali servizi.

La norma introduce una prima serie di esclusioni dall'ambito di applicazione della direttiva: ad esempio, il settore tributario.

L'art. 3 contiene l'enunciazione del c.d. **principio del paese di origine**: «ogni Stato membro procede affinché i servizi della società dell'informazione, forniti da un prestatore stabilito nel suo territorio, rispettino le disposizioni nazionali vigenti in detto Stato nell'ambito regolamentato».

Si vieta agli Stati di limitare la libera circolazione dei servizi della società dell'informazione provenienti da un altro Stato membro.

L'applicazione del principio trova un ostacolo quanto all'individuazione del paese di origine che non coincide necessariamente con il luogo ove si trovano i mezzi tecnici e le tecnologie necessarie per prestare il servizio medesimo. L'applicazione del principio in questione poi è escluso per una serie di settori di rilievo quali quello del diritto d'autore e di proprietà industriale.

L'art. 4 prevede il **principio della assenza di una autorizzazione preventiva**, o di altro requisito equivalente, per l'attività di prestatore di un servizio della società dell'informazione.

L'art. 5 prevede un **contenuto minimo di informazioni** che il prestatore di tali servizi deve rendere disponibili al destinatario dei medesimi ed alle autorità competenti degli Stati membri.

L'art. 6 prevede che le **comunicazioni commerciali** devono essere identificabili come tali anche nelle loro tipologie di offerte promozionali, ribassi, premi ed omaggi, ovvero concorsi o giochi promozionali, e che risulti la persona fisica o giuridica per conto della quale vengono effettuate.

L'art. 7 prospetta un compromesso in relazione alle comunicazioni commerciali non sollecitate: la questione della loro liceità è lasciata ai singoli stati, ma si richiede che la loro natura sia indicata in modo chiaro, fin dal momento in cui il destinatario le riceve, e che i prestatori che utilizzino per tali comunicazioni la posta elettronica consultino spesso i “registri negativi” in cui possono iscriversi le persone fisiche che non desiderano ricevere tali invii.

L'art. 8 dedicato alle comunicazioni commerciali nell'ambito di professioni regolamentate, prevede che siano autorizzate nel rispetto delle regole professionali e che la commissione e gli stati membri incoraggiano le associazioni ed organizzazioni professionali e che la commissione e gli stati membri incoraggiano le associazioni ed organizzazioni professionali per elaborare codici di condotta a livello comunitario in materia.

L'art. 9 enuncia il **principio di non discriminazione degli strumenti telematici**, rispetto a quelli tradizionali, per il commercio giuridico.

Prevede un elenco di categorie di contratti che gli Stati membri possono escludere dall'ambito di applicazione della direttiva e l'obbligo per gli Stati membri di comunicare alla Commissione l'elenco delle categorie di contratti oggetto di tale deroga.

L'art. 10 prevede un **obbligo di informazione**, a carico dei prestatori di servizi, con oggetto:

- a) le varie fasi della conclusione, l'archiviazione e l'accessibilità del contratto,
- b) i mezzi tecnici per correggere gli “errori di inserimento dei dati prima di inoltrare l'ordine”,
- c) le lingue a disposizione per concludere il contratto,
- d) eventuali codici di condotta cui aderisce,
- e) condizioni generali di contratto rese disponibili per la riproduzione e la memorizzazione.

Limita gli obblighi di cui ai primi due commi (lett. a-b) alla contrattazione per adesione, e dunque a quella che muove dall'accesso ad un sito commerciale da parte di un aderente, che invia il proprio ordine al prestatore di servizi (non frutto di una negoziazione individualizzata).

L'art. 11 (**inoltre dell'ordine**) detta regole, derogabili in caso di parti diverse da consumatori, ed inapplicabili se il contratto è frutto di una negoziazione individualizzata:

- l'obbligo del prestatore del servizio di inviare senza ingiustificato ritardo e per via elettronica una ricevuta dell'ordine del destinatario;
- l'equiparazione, al ricevimento dei messaggi elettronici, della possibilità di accedervi da parte dei destinatari dei medesimi sulla quale, per diritto interno, si innesta la presunzione di conoscenza di cui all'art. 1335 c.c.;
- l'obbligo del prestatore di mettere a disposizione del destinatario strumenti tecnici adeguati, efficaci e accessibili per permettere l'individuazione e la correzione di errori di inserimento di dati prima di inoltrare l'ordine.

L'art. 16 incoraggia l'elaborazione di **codici di condotta** da parte di associazioni ed organizzazioni professionali, con l'intervento delle associazioni dei consumatori, avallando una prassi che da tempo spontaneamente è seguita da numerosi soggetti che operano in Internet.

Gli artt. 17 e 18 contengono **indicazioni programmatiche in tema di contenzioso**.

### **L'attuazione della direttiva 2000/31/CE con d.lg. 9.4.2003, n.70.**

L'iter di recepimento si è concluso in limine con l'emanazione del d.lg. 9.4.2003, n.70.

## PROFILI DI TUTELA DEL CONSUMATORE NEI CONTRATTI ONLINE

### **Il commercio elettronico nell'UE: la direttiva 2011/83 sui diritti del “consumatore telematico”.**

Il legislatore comunitario sensibile alle istanze di tutela degli interessi del pubblico di utenti della rete Internet, sollevate dalle associazioni di consumatori nei confronti dei professionisti del settore economico sviluppato *sull'e-commerce*, ha elaborato con la direttiva 2000/31/CE, secondo un approccio di **armonizzazione minima**, un sistema di regole e principi per favorire lo sviluppo di virtuose dinamiche concorrenziali all'interno del mercato comune, e tutelare le decisioni di natura commerciale dei consumatori destinatari dei servizi della società dell'informazione.

Il legislatore europeo ha poi rafforzato le tutele dei “consumatori digitali” attraverso la direttiva 2011/83/EU recante la clausola di **armonizzazione massima** volta ad impedire agli Stati membri di adottare soluzioni normative interne divergenti da quelle indicate nel testo comunitario.

La parte introduttiva è così volta a riordinare, in chiave organica e sistematica, le norme comuni ai contratti negoziati fuori dai locali commerciali ed a quelli in materia di contratti a distanza in un unico corpus normativo, al fine di incentivare gli scambi commerciali transfrontalieri e ridurre i costi transattivi per consumatori e imprese.

#### **L'ambito oggettivo di applicazione è:**

- esteso a qualsiasi contratto concluso tra professionista e consumatore
- riguarda, salvo precisazioni, contratti di vendita di beni e di fornitura di servizi.

Risultano **ampliati gli obblighi di informazione**, a carico dell'operatore professionale, per i contratti a distanza conclusi attraverso la modalità telematica.

In caso di inadempimento agli obblighi informativi sulle spese aggiuntive o sui costi di restituzione è previsto un meccanismo di autotutela: il consumatore risulterà esonerato dal sostenere tali spese e costi aggiuntivi.

Il **diritto di recesso**, considerate le peculiarità della contrattazione telematica, assume i connotati di uno strumento giuridico di autotutela del consumatore: all'asimmetria informativa si aggiunge l'asimmetria di competenze, dovuta alla complessità tecnica o alla celerità contrattuale, che può pregiudicare la reazione del consumatore alla comunicazione del recepimento dell'ordine ed alla conferma scritta delle informazioni.

### **Formazione e conclusione del contratto online attraverso le nuove tecnologie telematiche.**

Assistiamo allo sviluppo di **modalità di consumo dematerializzate**, con l'emersione di questioni connesse al tema delle forme dei procedimenti formativi dell'accordo attraverso l'utilizzo della piattaforma tecnologica virtuale costituita dalla rete nonché alla determinazione di un consenso "informato e consapevole" del consumatore in ordine alla conclusione del contratto online.

Muovendo dall'analisi della **fase di formazione dell'accordo contrattuale**, può essere formulato un rilievo: nelle contrattazioni intercorrenti tra professionista e consumatore è normalmente assente la fase delle trattative individuali, considerato il ricorso allo schema negoziale del contratto per adesione il cui contenuto è predeterminato dal professionista.

In relazione alle **modalità di formazione e conclusione del contratto online**, parte della dottrina riconduce la fattispecie alla categoria dei contratti a distanza, ritenendo applicabile la disciplina dettata nel codice del consumo che disciplina i contratti negoziati fuori dai locali commerciali.

Per gli aspetti di tutela non contemplati dal codice del consumo, l'art. 68 del medesimo codice rinvia alla normativa di settore di cui al d.lg. 70/2003 in materia di commercio elettronico.

L'art. 13 del d.lg. 70/2003 assoggetta i **contratti telematici alle norme di cui agli artt. 1326 ss. c.c.**: «Le norme sulla conclusione dei contratti si applicano anche nei casi in cui il destinatario di un bene o di un servizio della società dell'informazione inoltri il proprio ordine per via telematica». Si introduce una prescrizione sull'inoltro dell'ordine senza interferire sulle regole generali di conclusione del contratto.

In merito alle **modalità di espressione della volontà negoziale**: si riconosce quale manifestazione di volontà del consumatore la condotta indicata come *point and click*.

L'idoneità impegnativa di tale condotta trova fondamento:

- nell'espressione di un contegno che importa consapevolezza del passaggio

a) dal piano dell'informazione e valutazione di beni o servizi offerti

b) al piano dell'impegnatività giuridica;

- ed anche nell'idoneità espressiva del *point and click* riconducibile alla previsione dell'art. 1326 c.c., là dove ammette che il proponente possa prescrivere modalità e forme procedurali dell'adesione dell'oblatore.

La **predisposizione delle modalità di espressione** dell'accettazione negoziale è finalizzata al perseguimento di interessi meritevoli di tutela e non ad intenti irragionevoli: resta funzionale ad esigenze di rapidità e standardizzazione e deve garantire vantaggi al consumatore, come l'accentuazione della concorrenza e la riduzione dei prezzi.

### **Oneri informativi e principi di trasparenza dei contratti telematici.**

Nella **contrattazione telematica a distanza** aumenta la posizione di debolezza del consumatore, impossibilitato a visionare il bene o servizio offerto e a valutare le caratteristiche e le qualità, compromettendogli la possibilità di maturare un consenso pieno e consapevole, privo di un adeguato supporto informativo e a volte della padronanza dello strumento utilizzato.

Per supplire a tale situazione è predisposto un **articolato sistema di tutele**, basato sulla previsione di puntuali obblighi informativi che gravano sul professionista:

- L'art. 12, 1° co. attribuisce rilievo alla **tutela dello status di consumatore** attraverso l'inciso «salvo diverso accordo tra parti non consumatori», connotando di carattere imperativo la disciplina da esso recata esclusivamente per l'area *business to consumer*.

Vi è l'obbligo di fornire informazioni «sui mezzi tecnici messi a disposizione del destinatario per individuare e correggere gli errori di inserimento dei dati prima di inoltrare l'ordine al prestatore»: impone al professionista di predisporre strumenti idonei per rilevare e correggere quegli errori nella manifestazione della volontà qualificati come "ostativi".

La tutela di fatto *ex ante* sopperisce alla pratica inapplicabilità al commercio elettronico della tradizionale tutela giuridica *ex post* dell'annullamento, la quale ruota attorno al requisito della riconoscibilità, ex art. 1431 c.c., dell'errore, di ardua prova, nella contrattazione telematica.

- L'art. 12, 2° co. limita gli obblighi informativi alla **contrattazione per adesione** che inizi da un accesso ad un sito commerciale da parte di chi invia il proprio ordine al prestatore di servizi: il primo comma non si applica se il contratto è frutto di una negoziazione individualizzata.

- L'art. 12, 3° co. prevede: «**clausole e condizioni generali del contratto** proposte al destinatario devono essere messe a sua disposizione in modo che gli sia consentita la memorizzazione e la riproduzione», abbandonando la richiesta di renderle disponibili in forma scritta.

Questa disposizione rappresenterebbe il contenuto minimo essenziale di ogni contratto telematico, sia esso concluso con un consumatore o un soggetto diverso dal consumatore, e ciò anche quando il contratto è concluso mediante comunicazioni individualizzate.

La **violazione degli obblighi** comporta:

- un addebito a titolo di responsabilità precontrattuale ex art. 1337 c.c.

- o consente di proporre l'azione di annullamento del contratto per dolo ex art. 1439 c.c.

### **La correttezza dei messaggi pubblicitari diffusi nella rete Internet.**

Nell'ambito della **disciplina dei messaggi pubblicitari** diffusi nella rete Internet, il diritto ad una chiara ed esaustiva informazione è un elemento fondamentale per la protezione dei consumatori, idoneo a delineare una tutela rispetto alle conseguenze di frettolosi acquisti di beni e servizi ed a proteggere il consumatore da possibili alterazioni delle sue scelte di natura economica, determinate dalla capacità di persuasione peculiari delle tecniche pubblicitarie.

In Italia, è rilevante il **ruolo di public enforcement** riconosciuto dal legislatore nazionale in capo all'Autorità garante della concorrenza e del mercato al fine di garantire l'osservanza delle disposizioni sulle pratiche commerciali sleali nell'interesse dei consumatori.

L'art. 27 codice del consumo prevede che l'AGCM, nel valutare la qualificazione di una pratica commerciale, debba richiedere il parere dell'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni, parere obbligatorio ma non vincolante: intervengono più autorità con eventuali dubbi interpretativi.

La direttiva 2005/29/CE **esclude il carattere meramente sussidiario** alla disciplina sulle pratiche commerciali scorrette nei settori regolati da altre normative comunitarie, considerandola uno strumento aggiuntivo di protezione della parte contrattuale debole.

Quindi, si riconosce in capo all'AGCM la competenza a contrastare attivamente, le pratiche commerciali scorrette anche nei settori regolati, a condizione che non sussistano per tali settori previsioni normative volte ad assicurare al consumatore un maggiore livello di tutela.

### **La disciplina del recesso nel settore del commercio elettronico.**

Il d.lg. 70/2003, in materia di recesso nella contrattazione telematica, impone al fornitore l'obbligo di informare il consumatore circa la possibilità di recedere dal contratto contestualmente all'emissione della ricevuta di avvenuto ordine.

Nel momento in cui si riconduce il contratto concluso per via telematica alla disciplina del contratto a distanza, ai sensi dell'art. 50 del codice del consumo, è a quest'ultima disciplina che occorre fare riferimento, riconoscendo la **portata generale del diritto di recesso**, disciplinato negli art. 64 ss., ferme tuttavia le fattispecie escluse nell'art. 55.

Il consumatore può recedere entro il **termine ordinario di dieci giorni lavorativi** che decorre:

a) *per i beni*: dal giorno del ricevimento da parte del consumatore, ove siano stati soddisfatti gli obblighi di informazione di cui all'art. 52, o a partire dal giorno in cui tali obblighi siano stati soddisfatti, se

successivo alla conclusione del contratto, purché non oltre tre mesi dal giorno della conclusione del contratto;

b) *per i servizi*: dal giorno della conclusione del contratto o dal giorno in cui siano stati soddisfatti gli obblighi di informazione di cui all'art. 52, qualora ciò avvenga in seguito alla conclusione del contratto, purché non oltre il termine di novanta giorni dal giorno della conclusione del contratto.

Il termine per l'esercizio del diritto di recesso è **esteso a novanta giorni** dal ricevimento dei beni o dalla conclusione del contratto di servizio se:

- il professionista non informa il consumatore circa l'esistenza o l'esclusione del diritto di recesso,
- ovvero in relazione alle modalità ed ai tempi di restituzione o di ritiro del bene,
- ed in caso di mancata conferma delle informazioni dovute dallo stesso professionista.
- si fornisca un'informativa incompleta o errata, tale da non rendere possibile al consumatore di esercitare correttamente il diritto di recesso.

Il diritto di recesso risulta **escluso** se:

- la fornitura di servizi è iniziata, con l'accordo del consumatore, prima del termine di dieci giorni fissato dall'art. 64: si evita l'ingiustificato arricchimento a vantaggio del consumatore-recedente;
- non è escluso se inizia l'esecuzione del contratto in assenza del consenso del consumatore.

In **materia di servizi finanziari**, il termine per l'esercizio dello *ius poenitendi* decorre quando il professionista ha adempiuto gli obblighi informativi precontrattuali, offrendo al consumatore una tutela maggiore di quella approntata per i contratti a distanza, per i quali la carenza di informazioni determina un mero differimento dei termini per l'esercizio del diritto di recesso.

## COMPRAVENDITA ONLINE: ACQUISTO DI BENI, SERVIZI E PACCHETTI TURISTICI

### Introduzione.

L'aumento delle contrattazioni ha moltiplicato le problematiche connesse all'acquisto di beni e servizi attraverso l'utilizzo delle reti informatiche quali la determinazione della giurisdizione, della competenza territoriale e della legge applicabile in caso di controversie.

Nel momento in cui un utente conclude un accordo online aderendo alla proposta commerciale formulata in un sito internet, vi è un flusso comunicativo tra il computer *client* dell'utente che sta concludendo il contratto e il computer *server* del proponente.

La conclusione di un contratto online non avviene in un "luogo" ma attraverso un "mezzo" rendendo difficoltoso verificare di volta in volta quali siano le disposizioni ad esso applicabili.

### Problematiche degli acquisti online: l'individuazione della giurisdizione.

Il contratto di compravendita concluso tramite il web, ove le parti appartengano a stati diversi, è un contratto che potrebbe presentare elementi di extraterritorialità. In tal caso, l'eventuale contraente italiano che dovesse agire in giudizio, sia nella veste di acquirente che di venditore, dovrà far ricorso alle norme di diritto internazionale privato.

#### Giurisdizione italiana in virtù della l. 218/1995.

La giurisdizione italiana in virtù della l. 218/1995 sussiste ai sensi dell'art. 3, 1° co., quando il **convenuto** è «domiciliato o residente in Italia o vi ha un rappresentante che sia autorizzato a stare in giudizio a norma dell'art. 77 c.p.c e negli altri casi in cui è prevista dalla legge».

La giurisdizione sussiste inoltre in base ai criteri nella **Convenzione di Bruxelles** 1968 «anche allorché il convenuto non sia domiciliato nel territorio di uno Stato contraente, quando si tratti di una delle materie comprese nel campo di applicazione della Convenzione» (art. 3, 2 co.): l'attore potrà convenire in giudizio

la propria controparte, ai sensi dell'art. 5 della Convenzione davanti al giudice del luogo in cui l'obbligazione dedotta in giudizio è stata o deve essere eseguita.

La Corte di Cassazione chiarisce che la **contestazione da parte della convenuta** dell'entità dell'obbligazione dedotta in giudizio, o l'esistenza di inadempimenti dell'attrice, «non è di ostacolo all'applicazione del criterio di collegamento costituito dal luogo di adempimento presso la sede del venditore, poiché anche la giurisdizione nei confronti dello straniero deve essere riscontrata in base alla domanda, indipendentemente da questioni circa il suo fondamento nel merito».

L'art. 4 l. 218/1995 individua la giurisdizione italiana nei casi in cui essa non sia esistente in virtù dei criteri dell'art. 3, qualora le parti l'abbiano **convenzionalmente accettata** e tale accettazione sia provata per iscritto, o il **convenuto non eccepisca il difetto di giurisdizione** nel primo atto difensivo: si pone dunque il problema di cosa debba intendersi “provata per iscritto”.

Nelle pagine web dei negozi virtuali, infatti, è spesso presente un apposito tasto la cui pressione determina l'accettazione incondizionata dell'offerta di vendita, idoneo a perfezionare un contratto, trattandosi di un comportamento concludente chiaramente volto alla conclusione di un determinato negozio, ma ciò non implica l'integrazione del requisito della forma scritta e si è talvolta ritenuto necessario l'ulteriore adempimento di una comunicazione, ancorché telematica.

In caso di contratto B2B: «si attribuisce rilevanza, quale idoneo equipollente della prova scritta della convenzione di deroga sottoscritta da entrambe le parti, al loro comportamento concludente, ove risulti operante, nel settore del commercio internazionale in cui operano i contraenti, un uso che detto comportamento preveda come fatto idoneo a far riconoscere la volontà delle parti».

#### **Giurisdizione secondo il reg. 44/2001 per acquisti online da parte di un consumatore.**

Il reg. (CE) 44/2001 prevede che l'**azione del consumatore** contro l'altra parte del contratto può essere proposta (libertà di scelta):

- davanti ai giudici dello Stato membro nel cui territorio è domiciliato tale parte;
- davanti ai giudici del luogo in cui è domiciliato il consumatore.

La **controparte contrattuale** del consumatore, invece, può agire nei confronti di quest'ultimo:

- davanti ai giudici dello Stato membro nel cui territorio è domiciliato il consumatore.

La **Corte di Giustizia** è intervenuta in un caso nel quale un consumatore, dopo aver avuto notizia di una offerta online si era fisicamente recato presso la sede del medesimo, precisando che il reg. «non richiede che il contratto tra il consumatore ed il professionista sia stato concluso a distanza».

Il foro del consumatore si determina secondo i criteri stabiliti negli art. 15 e 16 del reg. «sulla base del domicilio del consumatore al momento della proposizione della domanda e non a quello della stipula del contratto».

#### **Giurisdizione secondo il reg. 44/2001 per acquisti online da parte di un non consumatore.**

In virtù dell'art. 2 i **cittadini domiciliati in uno Stato membro** devono essere citati in giudizio, a prescindere dalla loro nazionalità, dinanzi ai Tribunali di tale Stato membro.

Nelle questioni relative ad un'**obbligazione contrattuale**, un cittadino può essere citato in giudizio anche dinanzi al Tribunale del luogo in cui l'obbligazione è stata o deve essere eseguita (art. 5).

Il luogo di esecuzione dell'obbligazione dedotta in giudizio è:

- *nella compravendita di beni*: il luogo, situato in uno Stato membro, in cui i beni sono stati o avrebbero dovuto essere consegnati in base al contratto;
- *nella prestazione di servizi*: il luogo, situato in uno Stato membro, in cui i servizi sono stati o avrebbero dovuto essere prestati in base al contratto.

La Corte di Giustizia Europea ha chiarito che il luogo deve essere determinato sulla base delle **disposizioni dello specifico contratto**:

- *per i beni*: luogo di consegna materiale, ove l'acquirente ne dispone o ne può disporre;
- *per i servizi*: luogo in cui i servizi sono stati o dovevano essere prestati in base al contratto.

Nei contratti di compravendita di beni o servizi online il **pagamento del corrispettivo** avviene perlopiù in un momento antecedente rispetto all'invio della merce o all'esecuzione del servizio: è più probabile che sia l'acquirente a trovarsi in una posizione di difficoltà nell'individuazione del giudice competente piuttosto che il venditore.

Peraltro, la Corte di Cassazione ha evidenziato che qualora una società italiana agisca contro una società straniera per l'adempimento dell'obbligazione di pagamento nascente da un contratto, ciò che va individuato è il luogo di pagamento di tale corrispettivo contrattuale.

Nel caso in cui la lite verta su **più obbligazioni derivanti dal medesimo contratto**, ai fini della determinazione della competenza giurisdizionale, si considera l'obbligazione principale.

La Corte di Giustizia ritiene che non è possibile procedere avanti al medesimo giudice quando, secondo le norme di conflitto del foro, a fronte di due obbligazioni equivalenti solo una è eseguita nello Stato del giudice adito, mentre l'altra è eseguita in un altro Stato contraente.

Il reg. riconosce la libertà delle parti di **pattuire deroghe al foro competente**, permettendo di individuare in anticipo i giudici preposti a decidere controversie che potrebbero sorgere (art. 23).

La parte che sottoscrive una clausola di deroga della competenza giurisdizionale, non può eccepire la nullità sul presupposto di una propria intrinseca debolezza contrattuale affermando di avere sottoscritto il contratto costretta dalla necessità di impedire l'interruzione dei rapporti negoziali con la controparte.

Le clausole di deroga alle quali si applica la normativa europea sono soggette esclusivamente a quanto previsto nella norma che le disciplina. La giurisprudenza ha negato valore ad eventuali prescrizioni più rigide contenute nelle leggi dei singoli Stati.

I casi in cui **la clausola è valida** sono:

- conclusione per iscritto;
- conclusione orale con conferma scritta;
- conclusione conforme alle pratiche stabilite tra le parti;
- conclusione in una forma ammessa dagli usi del commercio internazionale.

La **conclusione per iscritto**, nella sua versione cartacea, non presenta difficoltà in quanto ambedue le parti hanno firmato il documento contrattuale con la clausola di deroga del foro.

Nei contratti online, la forma scritta comprende ogni comunicazione con mezzi elettronici che permetta una registrazione durevole della clausola attributiva della competenza: non sussistono problemi attraverso l'utilizzo della posta elettronica non certificata o il c.d. *point and click*.

Se la clausola si trova in un'altra parte dello stesso documento, la clausola derogatoria è efficace se nel contratto sottoscritto dalle parti si faccia riferimento a dette condizioni generali.

Se la clausola è contenuta in un documento diverso il contratto scritto deve rinviare con precisione a tali condizioni generali ed a tale diverso documento, mentre non sarà rispettata la forma scritta se la proposta scritta contenente la clausola di deroga al foro sia stata accettata dall'altra parte verbalmente o per fatti concludenti, fatta salva l'integrazione di una forma ammessa dalle pratiche che le parti hanno stabilito tra di loro, o da un uso che le stesse conoscevano o avrebbero dovuto conoscere in ipotesi di commercio internazionale.

### **La competenza territoriale di un contratto di compravendita di beni e servizi concluso online.**

Il codice di procedura civile italiano prevede:

- *criteri di natura soggettiva*: domicilio del convenuto, sede della persona giuridica;
- *criteri di natura oggettiva*: per le cause relative a diritti di obbligazione è anche competente il giudice del luogo in cui è sorta o deve eseguirsi l'obbligazione dedotta in giudizio.

Nei contratti online non si sa, **dove e quando l'obbligazione sorge**, e li si suddivide in contratti:

- *conclusi mediante scambio di posta elettronica:*

- non sussistono differenze dai contratti conclusi a distanza tramite fax o per posta tradizionale, con quanto consegue in ordine all'applicazione del tradizionale schema di formazione della volontà, mediante lo scambio di proposta e accettazione previsto nel codice civile.

In relazione al combinato disposto degli artt. 1326 e 1335 c.c. il contratto si presume concluso nel luogo dove si trova il domicilio del proponente quando riceve l'accettazione dell'altra parte, si può ritenere che il contratto possa ritenersi concluso nel luogo fisico dove si trova collocato il *provider* (o il *server* del *provider*) che ha stipulato il contratto di accesso alla rete.

- *conclusi a seguito dell'accesso dell'acquirente ad un sito web predisposto dall'offerente:*

- se il sito non contiene tutti gli elementi per la conclusione immediata del contratto: si interagisce con persone fisiche tramite un'attività successiva, che riconduce l'ipotesi a quella dei primi;

- se il sito contiene tutti i dati necessari: il soggetto che intenda acquistare il bene o avvalersi del servizio offerto può stipulare un accordo, con la mera accettazione dell'offerta.

La proposta, rivolta ad un numero indeterminato di soggetti, è qualificata come offerta al pubblico e il contratto è concluso quando l'utente del sito accetti l'offerta ai sensi di quanto previsto dall'art. 1336 c.c.: il luogo ove è sorta l'obbligazione è quello ove è il *server* del *provider* che ha stipulato il contratto di accesso alla rete per il sito.

La competenza territoriale per contratti di compravendita, di beni o servizi, salvo quanto previsto per i consumatori, può essere **derogata per accordo delle parti** ai sensi dell'art. 28 c.p.c.

Qualora l'accordo sia imposto dalla unilaterale predisposizione di condizioni generali di contratto da parte di uno dei contraenti, solitamente il venditore, occorre verificare se tale deroga della competenza possa essere efficacemente disposta online e nel rispetto degli artt. 1341 e 1342 c.c.

Nel caso in cui la conclusione del contratto non comporti una vera e propria sottoscrizione (non ritenendosi sufficiente la pressione del tasto negoziale virtuale), il venditore online, dovrà invitare l'utente a scaricare un *form* e a stamparlo, a sottoscriverlo e a re-inviarlo per posta. Solo in questo modo il contratto avrebbe la certezza di avere efficacia anche per le clausole vessatorie in esso contenute.

Il legislatore europeo e italiano, prevedono **norme a tutela del consumatore**, disponendo che in caso di controversie che lo riguardino, la competenza inderogabile sia del giudice del luogo di residenza o di domicilio del consumatore medesimo (art. 63 c.cons.).

L'inderogabilità è disposta solo a favore del consumatore: può adire un giudice diverso da quello determinato ai sensi dell'art. 63.

### **Individuazione della legge per i contratti di compravendita di beni e servizi conclusi online.**

Secondo la Convenzione di Roma le parti possono, con apposita pattuizione:

- **scegliere la legge regolatrice del contratto:**

- in modo espresso;

- o che risulti «in modo ragionevolmente certo dalle disposizioni del contratto o dalle circostanze».

Detta pattuizione verrà sottoposta quanto alla sua esistenza, validità e requisiti di forma alla stessa legge che, in base alla Convenzione, dovrà regolare il contratto.

- **in mancanza di scelta:**

- salvo che il contratto non ha ad oggetto la fornitura di beni mobili o di servizi ad un consumatore, il contratto sarà regolato dalla legge del paese con il quale esso presenta il collegamento più stretto: il soggetto, con domicilio o sede in Italia che vende beni o servizi online a non consumatori, potrà attendersi che in caso di contestazioni il giudizio venga incardinato nel luogo in cui esso ha sede, con contestuale applicazione del diritto italiano.

Qualora il contratto online ha ad oggetto la **fornitura di beni mobili o di servizi al consumatore**, per un uso estraneo alla sua attività professionale, la scelta delle parti della legge applicabile non può avere per risultato di privare il consumatore della protezione garantita dalle disposizioni imperative della legge del paese nel quale risiede abitualmente, se la conclusione del contratto è stata preceduta in tale paese da una proposta specifica o da una pubblicità e se il consumatore ha compiuti nello stesso paese gli atti necessari per la conclusione del contratto.

La Corte di Giustizia evidenzia che per i contratti conclusi da consumatori occorre far riferimento al **concetto di “attività diretta” del professionista** come condizione d'applicazione della norma che tutela il consumatore: si presuppone che l'impresa diriga le sue attività verso lo Stato membro in cui è domiciliato il consumatore, e che il contratto sia concluso nell'ambito di dette attività.

Si distingue fra sito internet passivo ed interattivo: la mera pubblicità della propria attività professionale inserita nel web non integra l'espletamento di una attività diretta dovendo invece ritenersi necessario che il sito inviti il visitatore a concludere contratti a distanza, con la volontà di commercializzare i propri prodotti o servizi.

L'individuazione di questo elemento volontaristico non desta problemi quando vi siano elementi espressi come l'indicazione dei Paesi ai quali l'offerta si rivolge ovvero la possibilità di scegliere determinati Stati nei *form* online per effettuare l'ordine.

Analogamente, se il sito contiene dei link che rinviano a pagine redatte in lingue diverse, se ne deduce che il professionista rivolge la propria offerta anche nei Paesi in cui tali lingue sono parlate.

### **I contratti di acquisto di pacchetti turistici online.**

La prassi di acquistare pacchetti turistici online ha assunto negli ultimi anni dimensioni sempre crescenti, determinando la nascita di un nuovo mercato di pacchetti denominati *last minute*.

La **nozione di pacchetto turistico** (art. 34 dell'allegato al d.lg. 79/2011: codice del turismo) riguarda i viaggi, le vacanze, i circuiti tutto compreso e le crociere turistiche offerti in vendita ad un prezzo forfetario risultanti dalla combinazione, da chiunque ed in qualunque modo realizzata, di almeno due degli elementi tra:

- trasporto;
- alloggio;
- servizi turistici non accessori al trasporto o all'alloggio.

La nuova normativa trova applicazione anche alle escursioni giornaliere e ai viaggi tutto compreso realizzati sulla scorta di precise indicazioni del consumatore (*taylor made arrangements*).

La nozione di consumatore è sostituita con la **nozione di turista**: ciò potrebbe legittimare una interpretazione estensiva dei soggetti cui viene fornita tutela ai sensi del codice del turismo.

Ci si chiede se per la diversa qualificazione sia “turista” un soggetto non persona fisica, o colui che fruisca del pacchetto turistico per motivi inerenti alla propria attività professionale.

Oltre all'**obbligo di redigere il contratto in forma scritta** in termini chiari e precisi, è necessario rilasciare al turista copia del contratto stipulato e sottoscritto dall'organizzatore (art. 35).

In tema di **esercizio del diritto di recesso** nei contratti di acquisto dei pacchetti turistici online, si prevede che nel caso di contratto negoziato fuori dei locali commerciali o a distanza, l'opuscolo deve contenere l'indicazione dei termini, delle modalità e del soggetto nei confronti del quale si sarebbe potuto esercitare il diritto di recesso (art. 38).

Il turista può recedere dal contratto se (artt. 40,41 e 42):

- vi sia la revisione del prezzo inizialmente concordato in misura superiore al 10%;
- prima della partenza, l'organizzatore o l'intermediario modifica in modo significativo uno o più elementi del contratto e tali modifiche non siano accettate dal turista.

Tale disposizione va raccordata con l'art. 32 che contiene l'inciso secondo cui le disposizioni in tema di “contratti del turismo organizzato” si applicano anche ai pacchetti turistici negoziati al di fuori dai locali

commerciali e a distanza, ferme restando le disposizioni previste agli artt. 64-67 del codice del consumo (il consumatore, può recedere senza penalità e senza specificarne il motivo, entro dieci giorni lavorativi dal giorno di conclusione del contratto).

L'art. 32, 2 co., esige che il professionista comunichi per iscritto l'esclusione del diritto di recesso, pena l'operatività degli artt. 64-67.

L'art. 32, 3 co., esplicita che per quanto non previsto dagli artt. 32-51, "si applicano le disposizioni del codice del consumo".

Pertanto, in caso di acquisto di pacchetti turistici online, si esclude una generale facoltà di recesso *ad nutum* in favore del consumatore, contemplandola solo nelle ipotesi di cui agli artt. 40, 41 e 42.

Nell'acquisto del pacchetto turistico online, per considerare la vendita come avvenuta nel territorio nazionale ex art. 32, quale condizione per la sua applicabilità, sarà sufficiente che l'acquirente risieda nel territorio italiano.

La **responsabilità degli operatori turistici** (artt. 43-48 codice del turismo):

- in caso di mancato o inesatto adempimento alle obbligazioni assunte con la vendita del pacchetto, l'organizzatore e l'intermediario sono tenuti al risarcimento secondo le rispettive responsabilità.

Per "inesatto adempimento" si intende:

- difformità di livello qualitativo tra quanto promesso e quanto effettivamente eseguito.

L'organizzatore e l'intermediario sono esonerati dalla responsabilità di cui agli artt. 43-45 quando la mancata o inesatta esecuzione del contratto sia imputabile al turista o sia dipesa dal fatto di un terzo a carattere imprevedibile o inevitabile, o da un caso fortuito o di forza maggiore (art. 46).

L'obbligazione dell'organizzatore può definirsi di risultato.

Il legislatore differenzia il **termine prescrizione per ottenere il risarcimento** a seconda che l'oggetto della pretesa siano:

- *danni alla persona*: tre anni dalla data di ritorno del turista nel luogo di partenza;

- *danni diversi*: un anno dal rientro del turista nel luogo della partenza.

Le parti possono convenire limitazioni al risarcimento del danno derivante dall'inadempimento o dall'inattesa esecuzione delle prestazioni che formano oggetto del pacchetto turistico.

L'art. 47 (**danno da vacanza rovinata**) afferma: se l'inadempimento o l'inesatta esecuzione delle prestazioni che formano oggetto del pacchetto non sia di scarsa importanza ai sensi dell'art. 1455 c.c., il turista può chiedere, oltre alla risoluzione del contratto, un risarcimento del danno correlato al tempo di vacanza inutilmente trascorso ed all'irripetibilità dell'occasione perduta.

L'**istituto del reclamo** prevede l'onere in capo al turista di contestare tempestivamente ogni mancanza nell'esecuzione del contratto, affinché l'organizzatore, il suo rappresentante locale o l'accompagnatore vi possano porre rimedio (art. 49).

## I CONTRATTI AD OGGETTO INFORMATICO

### La qualificazione dell'oggetto del contratto.

L'impresa fornitrice eroga il sistema informatico completo di hardware e di software, obbligandosi all'assistenza tecnica e alla manutenzione del sistema, quale considerato nel suo complesso: lo schema negoziale prevede l'obbligo di adempiere ad una serie di prestazioni che, pur legate tra loro da un vincolo di interdipendenza funzionale, presentano natura diversa.

**Secondo la Suprema Corte**, il contratto di fornitura di un sistema informatico è:

- un contratto atipico e complesso, costituito dal concorso di cause distinte:
  - *quella tipica compravendita*: fornitura dell'intero sistema computerizzato;
  - *quella tipica dell'appalto*: assistenza tecnica necessaria a dare esecuzione all'obbligazione di garantire il buon funzionamento del sistema.

Qualificarlo come **atipico** comporta la necessità di individuare la disciplina tipica applicabile. Il Tribunale di Bari del 1994, afferma:

- *per la fornitura di hardware*: applicabilità dello schema negoziale della vendita;
- *per la fornitura di software* si deve distinguere tra contratti di cessione dei:
  - diritti di utilizzo del programma: licenza d'uso;
  - diritti attinenti allo sfruttamento economico del programma stesso: vendita.

Il contratto controverso è inquadrabile nella prima categoria atteso che è stata ceduta solo la facoltà d'uso per un dato periodo di tempo.

Qualificarlo come **complesso** comporta conseguenze per la valutazione dell'inadempimento:

- l'inadempimento di una delle prestazioni può ripercuotersi sul sinallagma contrattuale.

**A parere di chi scrive**, la natura del contratto di fornitura di un sistema informatico va ricostruita nei termini del collegamento negoziale. I contratti di hardware e software:

- singolarmente sono inadeguati a realizzare l'operazione economica per la quale è stato concluso;
- nell'insieme realizzano un'unica causa negoziale.

L'inadempimento delle prestazioni relative a:

- consegna, manutenzione ed assistenza dell'hardware,
- consegna, manutenzione e aggiornamento del software,

legittima l'utilizzatore all'eccezione di inadempimento anche con riferimento alla obbligazione di pagare il prezzo di acquisto ovvero il canone di leasing del computer.

Se non si aderisce ad una **concezione volontaristica del collegamento**, ma si fa riferimento a quella teoria oggettiva che lo ricostruisce in base alla causa o alla funzione dell'operazione economica, allora contratti separati sono collegati indipendentemente dalla diversa volontà dichiarata delle parti: ove vi sia un'unitaria operazione economica, sebbene le clausole contrattuali escludano il collegamento, i contratti separati dovranno ritenersi collegati.

Con la **concezione di contratto misto**, si pone anche il problema della configurabilità di un contratto di appalto o di un contratto misto di compravendita e di prestazione d'opera, da cui discenderebbe nel primo caso un'obbligazione di risultato, nel secondo, un'obbligazione di mezzi.

Prevale un approccio di natura sostanziale, non ritenendosi ravvisabile una differenza nelle conseguenze, nel caso in cui si ritenga prevalente la disciplina del contratto di vendita o di appalto: il fornitore è inadempiente se il funzionamento del sistema non raggiunge il risultato previsto.

## **Il danno informatico.**

Il danno informatico è quello causato da errori del software o dal malfunzionamento di un sistema informatico: è difficile da definire in modo univoco dal momento che i sistemi informatici sono, per loro stessa natura, "*general purpose*".

Il malfunzionamento del sistema informatico causa un **danno economico**, cioè un danno indiretto di carattere finanziario, di difficile risarcibilità, a causa delle difficoltà probatorie, relative alla:

- *prova del danno*: la difficoltà è evidente in caso di perdite da interruzione di esercizio, quali la perdita di contratti o di immagine sul mercato con perdita di clientela. L'incertezza riguarda non il nesso causale, ma l'esistenza stessa del danno, dal momento che il danno ha come oggetto la mancata realizzazione di un evento futuro.
- *entità del danno*: il danno all'organizzazione costituisce un danno difficile da quantificare. Non va valutato il costo del sistema informatico ma i costi connessi con la funzione che esso svolge. Lo strumento più efficace sembra essere costituito dalla valutazione equitativa del giudice.
- *prevedibilità del danno*: la multifunzionalità del bene informatico determina la difficoltà di prevedere il danno derivante da un cattivo funzionamento del sistema (*general purpose*).

- Un primo limite è costituito dalla prevedibilità, in certi casi, del danno e dell'entità del danno provocato, in dipendenza dell'attività esercitata dall'utente del sistema informatico: il software per la gestione della contabilità causa, se difettoso, un tipo di danni ad un'impresa, quali perdita di guadagni di clienti; un programma di videoscrittura non causa un danno di miliardi di dollari se utilizzato per sviluppare una procedura manuale per un impianto nucleare.
- Un secondo limite è da rintracciarsi in quella implicita garanzia, nota alla dottrina statunitense come “*fitness for a particular purpose*”, che un prodotto sia idoneo a soddisfare specifiche funzionalità richieste, rese note al fornitore nel corso delle trattative. Ove sia configurabile una garanzia di risultato, il fornitore sarà in grado di prevedere anche il danno causato dal malfunzionamento o dall'inadeguatezza del sistema informatico.

Nel caso in cui l'**acquirente è un imprenditore**, il rischio è valutato con maggior rigore: grava un onere di autoinformazione e parte del rischio è considerato *management responsibility*.

Nel determinare l'entità del danno, si valuterà l'eventuale **concorso del fatto colposo del creditore** in base all'art. 1227 c.c. Il giudice valuta se il creditore poteva evitare il verificarsi dei danni usando l'ordinaria diligenza, valutando le precauzioni prese dall'imprenditore e il grado in cui questo si è attivato per circoscrivere il rischio: ad esempio, la sussistenza o meno del contratto di soccorso.

Ciò non significa, che il danneggiato deve essere riuscito a mitigare i danni, ma che deve avere compiuto sforzi significativi in tal senso. Spetta comunque al debitore l'onere di provare che il danneggiato non ha usato l'ordinaria diligenza per evitare il verificarsi di danni ulteriori.

### **I contratti per la fornitura di hardware.**

**I contratti aventi ad oggetto l'hardware** relativi alla realizzazione, utilizzazione o manutenzione dello stesso non presentano connotati particolari rispetto a quelli finalizzati alla realizzazione, utilizzazione o di manutenzione di qualsiasi altro bene. I connotati dell'hardware non incidono sul paradigma causale su cui si fondano contratti di acquisto o di godimento.

L'hardware può essere oggetto di un contratto di:

- **vendita:** le clausole più significative sono quelle inerenti:

- *oggetto del contratto:* per la sua definizione è importante un riferimento agli standard tecnici e alla compatibilità con altre apparecchiature o con specifici programmi, riducendo in tal modo il rischio di contenzioso. E' necessario determinare l'esatto confine fra l'obbligo di informazione di una parte e l'onere di autoinformarsi dell'altra, nonché delineare la concreta configurazione della buona fede precontrattuale.

- *garanzie:* è prevista una garanzia di buon funzionamento dal contenuto limitato, in deroga alle garanzie previste dal codice civile, sovente coordinata:

- a) con clausole di esclusione e di limitazione della responsabilità a favore del venditore;

- b) con clausole di esclusione della garanzia di risultato;

- c) con clausole che negano rilevanza ad accordi non recepiti nel testo negoziale.

- *alla distribuzione tra le parti delle responsabilità.*

Un'altra clausola presente nei contratti standard di vendita di hardware è quella concernente la responsabilità per la tutela dei diritti di proprietà industriale.

L'impresa venditrice nel caso in cui l'hardware violi brevetti di terzi si riserva la gestione della lite e la scelta del metodo di risoluzione del conflitto.

- **locazione:** diffuso in passato, quando i prezzi per l'acquisto dell'hardware erano elevati. Oggi, vi ricorrono maggiormente le pubbliche amministrazioni.

La garanzia di buon funzionamento ha un contenuto limitato.

In particolare, la garanzia sull' idoneità all'uso pattuito, che pare configurare un' obbligazione del locatore assai vicina alla prestazione della garanzia di risultato, è nella maggior parte degli schemi contrattuali in uso oggetto di espressa deroga.

La clausola che disciplina la garanzia di buon funzionamento, limitativa della garanzia dovuta dal locatore secondo la disciplina codicistica, non di rado rinvia ad un ulteriore contratto di assistenza o di manutenzione.

Peculiari, la clausola che dispone il divieto di sublocazione e quella relativa al dovere di custodia della macchina da parte del locatario, nonché la clausola che dispone l'opzione d'acquisto o il patto di riscatto, cioè la facoltà del locatario di acquistare la macchina ad un prezzo ridotto di un ammontare pari ai canoni già corrisposti.

- **leasing**: significativo più sotto il profilo economico che sotto il profilo giuridico. Si richiamano le osservazioni svolte in relazione al contratto di vendita e di locazione.

### **I contratti aventi ad oggetto il software.**

Il software è un insieme di istruzioni scritte in qualsiasi codice o linguaggio, destinate direttamente o indirettamente a fare eseguire all'elaboratore una funzione, realizzare un compito o ottenere un risultato. Ogni software ha una sua **forma espressiva** che costituisce il bene che se connotato da creatività è suscettibile di tutela giuridica.

Il criterio per determinare il diritto alla tutela del programma è l'originalità della forma espressiva, e restano esclusi i meriti qualitativi o estetici del programma stesso. E' esclusa, infatti, la tutela delle idee e dei principi alla base di qualsiasi elemento di un programma e delle idee e dei principi alla base della logica, degli algoritmi e dei linguaggi di programmazione.

La **titolarità del software** è dell'autore del programma, il quale può essere:

- una persona fisica;
- un gruppo di persone fisiche;
- una persona giuridica.

Il programma per elaboratore, infatti, può costituire:

- *un'opera collettiva*: le cui parti sono create da autori diversi e scelte e coordinate da un soggetto. La paternità dell'opera è attribuita alla persona considerata creatrice dell'opera.
- *un'opera comune*: creata da più autori, l'apporto di ciascuno dei quali è indistinguibile da quello degli altri. Si realizza una contitolarità dei diritti esclusivi fra i diversi autori.

Al rapporto che si instaura tra soggetto e bene si affianca il **rapporto tra autore e altri soggetti**: qui, si ravvisa l'essenza dello sfruttamento economico del software, ossia la possibilità di disporre del software quale oggetto di scambio, suscettibile di rapporti giuridici patrimoniali.

Con l'espressione **contratti di fornitura di software** si riconducono i contratti di:

- progettazione di software che raggiunge determinati risultati in vista di una specifica utilità;
- utilizzazione di software preesistente.

Il **contratto di sviluppo del software** ha ad oggetto un'attività di analisi e sviluppo per la creazione di un programma informatico atto a risolvere problemi o a soddisfare esigenze.

Il **mercato informatico è suddiviso in fasce**, ognuna con una differente politica contrattuale:

- *imprese di grandi dimensioni*: i contratti di sviluppo sono spesso articolati in più fasi regolate da specifici contratti. Il progetto di appalto è suddiviso in una fase:
  - preliminare: volta alla realizzazione dello studio di fattibilità;
  - intermedia: volta alla redazione delle specifiche di progetto;
  - finale: che comprende realizzazione del sistema, consegna, installazione e collaudo.

- *impresa di medie dimensioni*: è limitata la fase dell'analisi e si applica una metodologia che consenta di determinare le caratteristiche essenziali, i costi e i tempi di sviluppo del programma con la migliore approssimazione, nel minor tempo possibile.
- *impresa di piccole dimensioni o programmatore singolo*: non solo non viene effettuata l'analisi, ma non viene neanche redatto un contratto scritto. L'accordo contrattuale è concluso oralmente ed è basato essenzialmente su un rapporto fiduciario.

L'accordo è finalizzato a svolgere un'attività di studio, ricerca e sviluppo rivolta ad un **risultato**, identificato come opera a sé stante, valutabile oggettivamente e separatamente dal soggetto e delle attività da questi condotte per crearla, e non come mero servizio.

In base a queste considerazioni, si può far ricorso alla disciplina codicistica del:

- *contratto di appalto o d'opera manuale*: l'obbligazione è di risultato e l'appaltatore è adempiente solo in quanto realizza e metta a disposizione del committente un progetto con il relativo software idoneo a risolvere i problemi prospettati;
- *contratto d'opera intellettuale*: l'obbligazione è di mezzi ed il prestatore d'opera intellettuale è adempiente con l'impiego diligente delle capacità e dei mezzi idonei a raggiungere un risultato.

I programmi per elaboratori, **dotati di creatività**, sono tutelati dal diritto d'autore e possono insistere due categorie:

- *diritti morali d'autore*: inquadrabili nella categoria concettuale dei diritti della personalità; Indisponibili ed inalienabili, assumono quei contorni sfumati: il diritto all'integrità dell'opera per i programmi informatici può concretarsi in un ostacolo alla piena fruizione del bene.
- *diritti patrimoniali d'autore*: possono essere oggetto di atti di disposizione patrimoniale.

Quali diritti acquista il committente che incarica un'impresa informatica o un prestatore d'opera, di sviluppare un software? la risposta si atteggia in modi diversi a seconda dei casi.

Se il software sviluppato in esecuzione di un contratto d'appalto o d'opera è tutelato dal diritto d'autore, si prendono in considerazione i principi che regolano il contenuto dei diritti patrimoniali d'autore e i relativi atti traslativi:

- se creato da un lavoratore dipendente, nell'esecuzione delle sue mansioni o su istruzione del datore di lavoro, quest'ultimo è titolare, salvo patto contrario, dei diritti patrimoniali d'autore, non dei diritti morali, indisponibili, salvo patto contrario (art. 12 bis l. diritto d'autore).
- se l'appaltatore o prestatore d'opera è un lavoratore autonomo occorre conciliare:
  - la disciplina codicistica applicabile sul trasferimento al committente della proprietà dell'opera;
  - le disposizioni che regolano la disciplina del diritto d'autore, le quali prevedono che titolare dei diritti patrimoniali sull'opera sia l'autore di essa.

Nel caso di opera creata in esecuzione di un contratto di prestazione d'opera, la Cassazione afferma che «lo specificato contratto - oltre a non incidere sulla paternità dell'opera, poiché è la creazione ad investire l'autore della qualità di creatore, e il diritto del committente non può essere che un diritto derivato, trasmessogli con la consegna dell'opera - implica il trasferimento al committente stesso dei diritti di utilizzazione dell'opera, solo nei limiti e nelle finalità del contratto».

Il committente acquista il **diritto di sfruttamento economico** sul software realizzato in esecuzione del contratto di appalto o d'opera solo in quanto lo scopo del contratto:

- è quello di procurare il diritto di sfruttare economicamente l'opera nei rapporti con i terzi;
- non anche se si esaurisca nel realizzare il software.

Con il trasferimento dei diritti di sfruttamento economico sul software si cede il **codice sorgente**, necessario per apportare modifiche al software: la cessione può mancare se il committente è titolare soltanto di un diritto di utilizzo del software.

I contraenti possono depositare il codice sorgente presso terzi per garantire al:

- *committente*: la possibilità di venire in possesso del codice e per apportare eventuali modifiche;

- *autore*: i diritti esclusivi alle modifiche dell'opera, se tali diritti non sono oggetto del contratto (il committente non potrà apportare modifiche all'opera e sfruttarla economicamente).

Le parti possono disporre contrattualmente anche del know-how e stabilire nei confronti di una della parti o reciprocamente obblighi di segretezza. In mancanza di espresse previsioni contrattuali la materia sarà regolata dal principio generale di buona fede.

Nel caso in cui il titolare, a titolo originario o derivativo, del complesso dei diritti patrimoniale su un software sia una **pubblica amministrazione**, non si prevede una specifica disciplina.

L'art. 11 della legge sul diritto d'autore applicabile a qualsiasi opera dell'ingegno degna di tutela in quanto creativa, stabilisce che alle amministrazioni dello Stato, alle province e ai comuni spetti il diritto d'autore sulle opere create e pubblicate sotto il loro nome ed a loro conto e spese.

L'art. 69 CAD disciplina il **riuso dei programmi informatici** nell'ambito delle p.a:

- il 1° co. dispone «le pubbliche amministrazioni che siano titolari di programmi applicativi realizzati su specifiche indicazioni del committente pubblico, hanno l'obbligo di darli in formato sorgente, completi della documentazione disponibile, in uso gratuito ad altre p.a. che li richiedono e che intendano adattarli alle proprie esigenze, salvo motivate ragioni».

- il 3° co. prevede che «le p.a. inseriscono, nei contratti per l'acquisizione di programmi informatici di cui al 1° co, clausole che garantiscano il diritto di disporre dei programmi ai fini del riuso da parte della medesima o di altre amministrazioni».

- il 4° co., prevede che «nei contratti di acquisizione di programmi informatici sviluppati per conto e a spese delle amministrazioni, le stesse possono includere clausole, concordate con il fornitore, che tengano conto delle caratteristiche economiche ed organizzative di quest'ultimo, volte a vincolarlo, per un determinato lasso di tempo, a fornire, su richiesta di altre amministrazioni, servizi che consentono il riuso delle applicazioni. Le clausole suddette definiscono le condizioni da osservare per la prestazione dei servizi indicati».

Se riferita al software la locuzione "licenza" indica una serie di contratti atipici mediante i quali vengono trasferiti e disciplinati i diritti di uso sul programma. L'espressione licenza è da riferirsi solo al brevetto, se utilizzata con riferimento ai software, occorre specificare "d'uso".

Con il **contratto di licenza d'uso di software**, così come nel contratto di locazione, non si cede o attribuisce alcun diritto di sfruttamento economico sul bene, limitandosi a concedere il solo **godimento personale del programma**, affinché venga utilizzato in un dato elaboratore.

Il software come bene immateriale non è **oggetto del contratto** di licenza: oggetto del contratto è la **singola riproduzione del software**.

Si distinguono tre distinti diritti, la confusione tra i quali ha dato luogo a difficoltà nel qualificare il contratto di licenza d'uso:

- il diritto di sfruttare economicamente il software, in quanto opera dell'ingegno;
- il diritto di usare la singola riproduzione del software;
- il diritto sul supporto in cui il software è incorporato.

Il diritto sul supporto in cui il software è incorporato pare accessorio. Il supporto può essere venduto o locato, mentre non può essere ceduto il diritto di usare il software.

Lo **schema contrattuale tipico** cui fare riferimento è la **locazione**, la cui causa è il trasferimento del godimento di un determinato bene, per un determinato tempo e per uso specifico.

Frequente la clausola, che limita l'installazione del software ad **una sola macchina**: pur essendo prevista la possibilità di licenze c.d. "multiple". In mancanza di un espresso divieto, l'uso su più macchine è illecito in quanto riproduzione non autorizzata dal licenziante.

Non sono soggette all'autorizzazione del titolare dei diritti le attività di riproduzione, la traduzione, l'adattamento se necessarie per l'uso del software conformemente alla sua destinazione da parte del legittimo acquirente, compresa la correzione degli errori (art. 64 ter, 1° co. l.d.a).

Nell'ambito delle libere utilizzazioni, non può essere impedito attraverso il contratto o la licenza d'uso al licenziatario di effettuare una copia di riserva del software, in regime di licenza legale, se la copia è necessaria per l'uso (art. 64 ter, 2° co.).

Chi ha il diritto di usare una copia del programma per elaboratore può, senza l'autorizzazione del titolare dei diritti, osservare, studiare o sottoporre a prova il funzionamento del programma, allo scopo di determinare le idee ed i principi su cui è basato ogni elemento del programma stesso se compie tali atti durante operazioni di caricamento, visualizzazione esecuzione, trasmissione o memorizzazione del programma che egli ha il diritto di eseguire. Le clausole contrattuali pattuite in violazione del presente comma sono nulle (art. 64 ter, 3° co.).

Non è necessaria l'autorizzazione del titolare se «la riproduzione del codice del programma di elaboratore e la traduzione della sua forma compiute al fine di modificare la forma del codice, siano indispensabili per ottenere le informazioni necessarie per conseguire l'**interoperabilità**, con altri programmi, di un programma per elaboratore creato autonomamente» (art. 64 quater).

La decompilazione è legittima se necessaria a realizzare l'interoperabilità: se può essere raggiunta con altre modalità, non è consentita. Può essere posta in essere solo da chi dispone legittimamente del software. Occorre rispettare un principio di pertinenza che impone di limitare l'attività di decompilazione alle sole parti del software strumentali al raggiungimento dell'interoperabilità.

Diversa l'ipotesi in cui il licenziatario sostituendo la macchina debba trasferire anche il software ma deve trattarsi di sostituzione di macchina non di trasferimento della sua proprietà a soggetto terzo.

## **TUTELA DEL SOFTWARE E DELLA PROPRIETÀ INTELLETTUALE**

### IL SOFTWARE COME CREAZIONE INTELLETTUALE

#### **Evoluzione della tutela.**

L'esigenza di tutelare il software nasce quando, a partire dagli anni '90, il mercato del software si separa dal mercato dell'hardware. Il software, venduto insieme ai personal computer, trovava tutela attraverso il **sistema contrattuale** e la **disciplina della protezione del segreto**: oggi si rivelano inadeguati: a fronte della forte circolazione autonoma impressa ai software, la tutela tradizionale contrattuale si rivela inefficace nei confronti dell'utilizzatore finale, mentre la tutela fondata sul segreto appare difficilmente utilizzabile nei confronti dei soggetti non imprenditori.

Ed infatti l'**estensione della tutela del segreto industriale ai terzi utilizzatori** è conquista recente nel nostro diritto, risalendo all'introduzione del codice della proprietà industriale.

Tradizionalmente, le notizie riservate di natura aziendale (know how) ricevevano tutela attraverso le fattispecie previste in materia di concorrenza sleale. Con il c.p.i. il segreto industriale riceve in Italia una protezione più estesa, opponibile anche all'eventuale utilizzatore finale.

Per far fronte all'**esigenza di tutela autonoma del software** si è ritenuto più efficace estendere a quest'ultimo il criterio di tutela apprestato per la protezione dei beni immateriali, in particolare il criterio di tutela assoluto esistente in materia di proprietà intellettuale.

Con tale modalità il creatore di software può ottenere protezione esclusiva nei confronti di tutti gli utilizzatori finali del prodotto, a prescindere dalla sussistenza di obblighi derivanti da rapporti di natura contrattuale o dalla violazione della normativa in materia di concorrenza sleale.

#### **La direttiva 1991/250/CE e le fonti internazionali convenzionali.**

La tutela legislativa del software è introdotta per la prima volta con il d.lg. 518/1992 finalizzata all'attuazione della direttiva 1991/250/CE (sostituita con direttiva CE/24/2009).

La normativa **estende ai programmi per elaboratore la tutela delle opere letterarie** prevista dalla Convenzione di Berna, e li include:

- in qualsiasi forma espressi, purché originali, quale risultato di creazione intellettuale dell'autore; - restano esclusi idee e principi alla base di qualsiasi elemento di un programma, compresi quelli alla base delle sue interfacce
- il termine programma comprende il materiale preparatorio per la progettazione del programma stesso.

La **normativa sul diritto d'autore**, che consente la protezione ai programmi per elaboratore sulla sola scorta del requisito della creatività, è preferita a quella brevettuale, che richiede gli onerosi requisiti della industrialità, novità e altezza inventiva del trovato.

La tutela basata sul diritto d'autore è più duratura, e sprovvista di qualsiasi formalità costitutiva, giacché la costituzione del diritto è collegata al solo compimento dell'atto creativo.

La tutela brevettuale tutela l'invenzione in qualsiasi forma riprodotta, mentre la tutela fondata sul diritto d'autore copre solo la forma espressiva impiegata nel programma dall'autore dello stesso, e ciò in quanto protegge le opere dell'ingegno limitatamente alla forma nella quale le medesime sono espresse: ogni variante formale giustifica una diversa protezione, consentendo di proteggere in massima misura le esigenze dei produttori di software.

Per **incentivare la ricerca nel settore della programmazione** e dell'informatica, favorendo in massimo grado il sapere informatico, la circolazione delle informazioni e, la crescita economica e culturale della società, e l'esigenza di preservare e garantire gli investimenti operati dalle *software house*, il legislatore valuta come più efficace subordinare la tutela del software alla sussistenza del requisito della sola creatività in senso soggettivo.

### **La peculiarità del software come opera dell'ingegno.**

Secondo alcuni autori la tutela basata sul diritto d'autore è circoscritta alle creazioni appartenenti al campo della estetica o, alle opere idonee a soddisfare interessi culturali o artistici del pubblico, attagliandosi a quelle creazioni idonee a comunicare a terzi un contenuto di conoscenze, idee, opinioni e sentimenti, ed è difficoltoso far ricomprendere i programmi per elaboratore nel novero delle opere letterarie ed artistiche.

Da qui l'**esigenza di adattare la normativa prevista** per le opere dell'ingegno allo specifico fine di renderla idonea ad apprestare tutela ad un bene di natura diversa rispetto alle creazioni protette dal diritto d'autore: occorre apprestare una tutela specifica, sui generis, per il software, slegata dalla normativa sul diritto d'autore e autonoma rispetto all'ambito brevettuale.

Altri autori osservano che, l'ambito di operatività della tutela basata sul diritto d'autore comprende anche opere appartenenti ai settori dell'utile o della tecnica, ritenendo possibile ricomprendere i programmi per elaboratore, dotati di attitudine funzionale.

Anche sul versante giudiziario, la giurisprudenza prevalente aveva ritenuto che al software potesse meglio applicarsi la normativa in materia di diritto d'autore.

La preferenza del legislatore per la tutela del software attraverso il diritto d'autore costituiva, all'epoca, una scelta necessitata, atteso il divieto di brevettabilità del software sancito dalla c.d. legge invenzioni, divieto tuttora esistente, sebbene con ambito di operatività diverso.

Il c.p.i., **esclude la brevettabilità** di programmi per elaboratore "in quanto tali", ammettendo la tutela brevettuale soltanto per i risultati che derivano dall'impiego dei programmi stessi.

Ciò costituisce il presupposto per la previsione contenuta nello stesso testo della legge autore: «restano esclusi idee e principi alla base di qualsiasi elemento di un programma, compresi quelli alla base delle sue interfacce».

Si riproduce anche con riferimento alla tutela del software basata sul diritto d'autore, il divieto operante nella disciplina brevettuale che **esclude ogni forma di protezione** ai contenuti astratti che, in quanto patrimonio intellettuale appropriabile da chiunque, non sono brevettabili.

La programmazione, si svolge in varie fasi, individuabili:

- nell'analisi della procedura;
- nella formulazione dell'algoritmo in un diagramma di programmazione;
- nella traduzione di questi ultimi in un linguaggio evoluto di programmazione
- nella traduzione in un linguaggio simbolico;
- nella traduzione nel linguaggio macchina.

Occorre analizzare se ed in quale misura i risultati progressivamente ottenuti nel corso delle fasi della attività di programmazione possano configurarsi quali creazioni proteggibili con la normativa sul diritto d'autore.

Il programma per elaboratore in **formato sorgente** (linguaggio specifico di programmazione) è tutelato essendo configurabile come opera dell'ingegno, in quanto espressione creativa dell'autore: anche se espresso nel linguaggio binario (creazione protetta in ogni forma espressiva).

Diversamente dalle opere dell'ingegno tradizionali, il concetto di istruzione eseguibile per l'ottenimento di un determinato risultato è assimilabile a quello relativo alle istruzioni contenute nei manuali d'uso di determinati prodotti, (ricompresi tra le opere letterario). Tuttavia:

- le istruzioni dei comuni manuali d'uso sono destinate agli utenti;
- le istruzioni dei programmi per elaboratore sono destinate alle macchine.

Il codice sorgente per essere reso eseguibile dall'elaboratore, deve essere tradotto in **codice oggetto** (linguaggio comprensibile dalla macchina: binario), attraverso il quale si generano gli impulsi elettrici che consentono l'ottenimento dei risultati utili, questi ultimi costituendo lo scopo o il fine del programma.

- Secondo alcuni, il codice oggetto, non comprensibile da persona umana, non è dotato di una forma espressiva sufficientemente autonoma ad integrare il requisito della creatività richiesto dalla legge sul diritto d'autore.
- Secondo altri, il codice oggetto, è tutelato perchè costituisce la traduzione in forma eseguibile per la macchina dello stesso programma al quale si è riconosciuta dignità di opera proteggibile dalla normativa sul diritto d'autore.

In quest'ultimo senso si è orientato il legislatore, il quale ha posto un'ampia tutela, stabilendo che «i programmi per elaboratore sono tutelati in qualsiasi forma espressi».

Altri autori, sottolineano che la normativa a tutela del software non protegge l'espressione di ciò che il programma per elaboratore comunica all'uomo, bensì il risultato utile che l'attività creativa del programmatore produce attraverso la concreta applicazione dello stesso sottolineandosi, la frizione con i principi fondanti la tutela del diritto d'autore, che esclude la proteggibilità di ogni risultato utile, necessitato.

Tuttavia, programma e risultato perseguito vanno posti su piani diversi: la "funzionalità" del programma per elaboratore è esclusa laddove non ricorre un rapporto di necessità tra il risultato cui il programma tende e la forma nella quale il programma è stato espresso dall'autore. Dove si riscontri margine di creatività o di discrezionalità nella programmazione ricorre sempre il requisito della creatività.

Inoltre, va distinto il programma come oggetto dell'atto creativo dal risultato cui lo stesso programma tende, o meglio dal fine o scopo a cui è finalizzata la programmazione, non proteggibili, come espressamente sancito dall'art. 2 l.a., che esclude dalla protezione i contenuti (idee e principi che stanno alla base di un programma, compresi quelli alla base delle interfacce).

Dunque, non paiono convincenti le contestazioni che vengono ancor oggi mosse alla tutela del software attraverso la legge sul diritto d'autore, considerato pure che la tutela brevettuale, che costituisce ancora l'alternativa più valida, sconta attualmente una fase di difficoltà dovuta ai contrapposti interessi che convergono nella disciplina della materia.