

---

**PASQUALE STANZIONE**

---

## **COMMERCIO ELETTRONICO, CONTRATTO E ALTRE CATEGORIE CIVILISTICHE**

---

**SOMMARIO:** 1. Commercio elettronico: profili generali. — 2. Contratto. — 2.1. Conclusione. — 2.2. Firma digitale. — 2.3. Patologia. — 3. *Privacy*. — 4. *Intellectual Property*. — 5. Responsabilità. — 6. Conclusioni.

---

### **1. COMMERCIO ELETTRONICO: PROFILI GENERALI.**

---

In un convegno così ricco di riflessioni, di spunti, di suggestioni, di provocazioni sarebbe inconcepibile tentare di svolgere osservazioni di carattere conclusivo ovvero, ancor più, riferire in maniera ordinata e completa la sequenza degli interventi e delle relazioni; tanto più che, proprio in una materia caratterizzata da una sorta di « alluvione informativa » (come sostiene Salvatore Sica) e dall'incessante susseguirsi delle novità tecnologiche, è oltremodo difficile arrestare, sia pure nella cristallizzazione di un'incompleta sintesi, il suo perenne divenire.

La morte della distanza (R. CAIRNCROSS, *The Death of Distance: How the Communications Revolution Will Change Our Lives*, Harvard Business School Press, Boston, 1997), riecheggiando la morte del contratto di Gilmore (G. GILMORE, *La morte del contratto*, ed. it., Milano, 1987), costituisce la formula magica della giurisprudenza alla *Wietelhölter* per designare la specificità assorbente del commercio elettronico: ogni fenomeno nuovo, e così anche il commercio elettronico, pone una serie di sfide e tende ad accreditarsi, a legittimarsi rispetto all'apparato di regole preesistenti, rispetto ad un sistema consolidato e tendenzialmente perfetto.

---

\* Sono le considerazioni conclusive del Convegno su « Commercio elettronico e categorie civilistiche », svoltosi a Salerno, per iniziativa del Dipartimento di diritto dei rapporti civili ed economici nei sistemi giuri-

dici contemporanei dell'Università, nei giorni 20 e 21 giugno 2001. I riferimenti sono alle relazioni e agli interventi del Convegno, di cui quelle dei proff. Vigoriti e Zeno-Zencovich sono pubblicate qui di seguito.

Ne deriva una sorta di oscillazione ora verso l'avvicinamento, la compenetrazione, ora verso l'allontanamento, la contrapposizione con riguardo alle costruzioni, alle categorie e, perché no, talvolta ai dogmi della tradizione giuridica.

Si moltiplicano gli studi, i commenti, i libri, i convegni volti a definire, precisare, talora con puntigliosa determinazione, i profili di pretese novità del problema indagato.

Ne risulta molto spesso uno sconcerto dell'interprete (di « straniamento dell'uomo » discorre Claudio Scognamiglio), bersagliato da innovazioni legislative, da richiami ad esperienze di altri paesi, sperduto nei meandri di difficili percorsi telematici, estasiato e meravigliato, come Alice, in un mondo di cui ammira i risvolti tecnologici, le promesse di migliori sorti e progressive dell'umanità, ma del quale sfugge talora il buon senso antico e nel quale comunque si fa fatica o non si riesce affatto a dare un ordinato sviluppo, una ragionata sequenza alle cose. Mentre — è risaputo — compito del giurista è « far cose con regole », per adoperare l'espressione anglosassone.

Si è rivelato inevitabile, quindi, anche per il commercio elettronico, percorrere l'intera parabola dei fenomeni nuovi, segnata dalle tappe prima del rigetto, poi dell'indifferenza, infine dell'accoglimento e della regolamentazione.

Il problema, però, è aggravato dal fatto che — per la natura stessa del commercio elettronico — mai come in questo settore è insufficiente il ricorso alla sola normativa nazionale; laddove proprio la globalizzazione del mercato dei servizi e delle informazioni travalica lo spazio giuridico di un dato ordinamento e impone la ricerca delle norme applicabili (sovranazionalità e transnazionalità, sostiene Salvatore Sica; passaggio dalla statualità alla universalità del diritto, incalza Mario Bessone).

Si evidenzia in tal modo una sorta di irriducibilità tra *globale Wirtschaft und lokale Gesetzgebung*.

La stessa disciplina comunitaria, pur ampiamente presente nel settore, si rivela alquanto inadeguata a risolvere tutti i problemi e i possibili conflitti di normative che trascendono immancabilmente l'ambito regionale europeo (fino a realizzare uno scontro tra filosofie della vita, tra valori, come precisa Pietro Perlingieri).

E tuttavia tra la posizione di chi ritiene che con il commercio elettronico si rivoluziona l'intero sistema delle norme (che va, dunque, riscritto con attenzione alle esigenze imprescindibili della nuova economia) e che, pertanto, sia necessario scrivere un testo unico del commercio elettronico, nel quale sia evidenziato più opportunamente il ruolo svolto da *internet* nella prestazione dei servizi finanziari, anche nella trascurata ma rilevante prospettiva *consumer to consumer*, come suggerito da Mario Bessone; e la posizione di chi, alzando metaforicamente le spalle, ritiene che *nihil sub sole novi*, e che, pertanto, le pretese novità del commercio elettronico vanno agevolmente calate negli antichi stampi, mi sembra

che tra queste due posizioni il Convegno di Salerno abbia percorso una via mediana e tutto sommato più ragionevole. Quella di interrogarsi cioè sul senso e sulla portata dei profili nuovi evidenziati dal commercio elettronico; di chiedersi in maniera puntuale e critica se le categorie giuridiche e gli istituti tradizionali consentano una adeguata comprensione e quindi un inquadramento della nuova materia (è questo l'interrogativo puntuale di Pietro Rescigno); se le regole operazionali, ricostruite con il sapiente dosaggio del principio di competenza tra normativa nazionale e normativa comunitaria, riescano a regolamentare anche i risvolti più innovativi del settore, articolando, per di più, un complicato percorso processuale dell'azione in giudizio (come sottolineato da Vincenzo Vigoriti). E per meglio conoscere si è dovuto distinguere.

Non mi riferisco soltanto alle partizioni già presenti nel commercio elettronico e divenute ormai classiche con il linguaggio proprio di questa disciplina: *business to business*, *business to consumer*, e così via; bensì alle sezioni del nostro stesso Convegno che seguendo un'impostazione tradizionale si è articolato sui temi del contratto elettronico: conclusione, firma digitale, patologia; sulla privacy; sull'*intellectual property*; sulle responsabilità.

Permane un dubbio di fondo, esplicitato o emerso qui e là nelle varie relazioni: la promozione incondizionata del commercio elettronico non va sempre d'accordo con la tutela del contraente più debole della contrattazione, meglio dico io, della persona-consumatore (ed è anche la denuncia di Mario Bessone e di Pietro Perlingieri; alle quali si aggiungono le preoccupazioni di Vincenzo Zeno Zencovich anche per la proposta di direttiva sui servizi finanziari, in via di elaborazione).

Ed allora bisogna che si lasci libero il mercato di percorrere la propria evoluzione anche a scapito di tale tutela, oppure attestarsi — con una significativa scelta di *policy* — su di uno standard tecnologico meno avveniristico ma più sicuro per la protezione degli attributi della persona umana? (alla domanda di fondo Aurelio Gentili risponde che, appunto, la risposta non è affidata alle categorie, ma alla scelta di una ben precisa *policy*).

Ma se si volesse andare alle radici del fenomeno qui indagato, si scoprirebbe agevolmente — in una nota definizione (COM 97, 157) — che « il commercio elettronico consiste nello svolgimento di attività commerciali e di transazioni per via elettronica e comprende attività diverse quali la commercializzazione di beni e servizi per via elettronica, la distribuzione *on line* di contenuti digitali; l'effettuazione per via elettronica di operazioni finanziarie e di borsa; gli appalti pubblici per via elettronica ed altre procedure di tipo transattivo delle pubbliche amministrazioni ».

Si presenta, così, prepotentemente alla ribalta la società dell'informazione. Non interessa qui sottolineare gli stupefacenti effetti che, sul versante economico, comporta il nuovo assetto: sistemi distributivi più semplici e capillari, riduzione dei costi, aumento

della varietà dei servizi, personalizzazione degli stessi e così via. Importa, piuttosto, tracciare le linee di un aumento potenzialmente illimitato di consumatori conseguente alla personalizzazione dei prodotti. Ne deriva che all'espansione dei mercati deve corrispondere una rivisitazione, se non un adeguamento, della disciplina dedicata alla concorrenza.

Per altro verso, proprio la conformazione del prodotto al singolo utente o a categorie di consumatori comporta la necessità di una conoscenza totale, fin negli atteggiamenti e nei gusti più intimi, dello stesso consumatore. Ne consegue che più alta deve diventare la soglia di attenzione a che non si travalichi il limite della privacy.

Su di un piano più generale, si accentua la tendenza odierna alla frammentazione giuridica. Questa, beninteso, può anche essere assecondata, ma soltanto se rivolta ad eliminare gli ostacoli che impediscono l'armonico sviluppo della persona umana: mi riferisco all'attenzione verso l'*homme situé*, la persona in situazione, sicché siano superati i fattori che noi chiamiamo di minorità (penso ai minori, ai disabili, agli anziani e via enumerando).

Non credo che, viceversa, sia in questa linea una frantumazione normativa orientata alla crescita del mercato. In ogni caso, il commercio elettronico realizza un sicuro impatto di stravolgimento su alcuni territori del diritto privato: oltre alla concorrenza, penso al diritto d'autore — al quale Diego Corapi ha fatto abbondanti cenni —; penso ai contratti di distribuzione; penso alla distinzione tra beni e servizi, categorie che abbisognano quanto meno di un aggiornamento, se non talvolta di un superamento. Ma anche l'impatto su altri settori non è trascurabile (come ricorda Mario Bessone): dal diritto penale (corrispondenza telematica, frodi informatiche ed altri reati), ai pubblici servizi, ai contratti collettivi di lavoro, al prodotto editoriale (e qui v'è la recente legge n. 62/2001).

In realtà, il dato primordiale e incontrovertibile della specificità del commercio elettronico, vale a dire la perdita di fisicità delle transazioni, non è elemento trascurabile e per così dire neutro, nella ricostruzione della figura qui esaminata. Non a caso il convegno ha dimostrato come su di esso si siano basati differenze, accostamenti, notazioni e convergenze.

Ora, che l'aspirazione giuridica di ogni settore nuovo sia di avere delineato un quadro di certezze è fuori discussione, e volendo si può facilmente elencarlo. Tuttavia, la strada probabilmente non passa per l'invocazione assolutoria di un'esaustiva legiferazione in questa materia, ma percorre piuttosto il più stretto e difficile sentiero di una verifica analitica di compatibilità con le normative esistenti, là dove vengono in luce, appunto, le divergenze e le analogie, se vi sono.

Probabilmente ciò di cui non può fare proprio a meno il fenomeno nuovo è rappresentato da una cornice che contenga la disci-

plina minima ma inderogabile posta a protezione della persona-consumatore: su questa via sembra incamminata la direttiva sul commercio elettronico 2000/31/CE (alla quale, peraltro, ogni relazione si è richiamata).

## 2. CONTRATTO.

È il contratto il nucleo duro del commercio elettronico. Qui difficilmente si trova affermato che si è di fronte ad un nuovo tipo contrattuale, anzi si rinviene la chiara posizione opposta (Massimo Bianca). Di talché i profili di novità sono indirizzati, si argomenta, verso la forma e non verso la sostanza. E tuttavia, non è senza rilievo il fatto che la contrattazione avvenga attraverso *internet* e si svolga tra parti con qualifica imprenditoriale, ovvero tra consumatori, com'è stato ampiamente precisato.

Si pensi, per un verso, alla tematica del *domain name*. Il nome a dominio è l'indirizzo alfanumerico che identifica il singolo utente di *internet*, in modo tale che egli rimarrà individuato univocamente nella rete (nella suggestiva, dotta ricostruzione che ne ha tracciato Diego Corapi). Però, sorto come indirizzo elettronico, esso diventa segno di identificazione del soggetto conquistando l'applicazione della disciplina del nome, e così ripercorrendo (ci ricorda Pietro Perlingieri) l'evoluzione subita dal diritto al nome della persona fisica, da Napoleone ai nostri giorni, e, a seconda delle ipotesi, anche quella dei segni distintivi (incalza ancora una volta Mario Bessone).

Il problema si avverte specialmente in ordine alla registrazione di questa specie di marchio. Nella giurisprudenza più recente la priorità temporale nella richiesta di registrazione non può causare pregiudizio o rappresentare un limite a diritti che altri vantino su quei segni distintivi (afferma ancora, giustamente, Diego Corapi).

Urge qui una domanda: ma è proprio necessario sostituire il glorioso e risalente *prior in tempore, potior in iure* con il più efficiente ma prosaico *first come first served*? Per altro verso, si ponga mente al dato che il consumatore sia una delle parti del contratto telematico.

### 2.1. CONCLUSIONE.

Non v'è da spendere molte parole per chiarire che specialmente la normativa e, in genere, l'azione comunitaria si è svolta a tutela del consumatore. Non oso proprio richiamare qui le tappe e le conquiste ormai a tutti note: vorrei soltanto ricordare una delle più recenti direttive in argomento, la 97/7/CE, cui l'Italia ha dato attuazione con il decreto legislativo n. 185/1999 e che proprio sul contratto a distanza s'incentra.

Posizione centrale occupano, in questa normativa, gli obblighi informativi: sulla dinamica informativa si è particolarmente soffermato Claudio Scognamiglio, discorrendo di scambio di informazioni non con codici alfabetici, ma iconici, il che dà luogo ad un'intelligenza non più sequenziale, quella che adoperiamo noi ogni giorno e che ci contraddistingue come esseri pensanti, bensì contestuale (identità del fornitore, caratteristiche del prodotto, spese e modalità della consegna e così via) quanto il diritto di recesso, che riceve un ampliamento rispetto al decreto legislativo n. 50/1992, sulle vendite al di fuori dei locali commerciali (e qui Vincenzo Zeno Zencovich ci ricorda che tale recesso non può essere corrispettivato, altrimenti si realizzerebbe una caparra penitenziale, come invece si avvia a prevedere la proposta di direttiva che egli ha particolarmente esaminato, con il rischio dello snaturamento di questo istituto).

Né va dimenticato, ed anche qui mi esonero dallo spendere parole, che gli articoli 1469-*bis* e seguenti del codice civile costituiscono strumenti formidabili di tutela del consumatore anche nelle contrattazioni telematiche.

Se poi si ritorna alla fase della conclusione del contratto, il ragionamento si dipana secondo i consueti schemi cui ci ha abituati il diritto civile tradizionale e che non mi sembra siano travolti dalla peculiarità che si tratti di un contratto telematico. Non mi farei ingannare dalle polemiche eleganti, dotte (per intenderci: Irti, Oppo, Bianca), che hanno contraddistinto la descrizione delle modalità di manifestazione del consenso (scambio senza accordo, passaggio dall'autonomia all'iniziativa, riaffermazione della bilateralità del contratto, etc.). Al contrario, a me sembra, e il convegno ne ha dato testimonianza — penso soprattutto alla relazione di Claudio Scognamiglio —, che la conclusione del contratto in *internet* avvenga secondo i collaudati parametri dell'offerta al pubblico (art. 1336 c.c.) o dell'invito ad offrire, ovvero secondo l'ordinario schema della proposta e dell'accettazione (art. 1326 c.c., con la nota presunzione dell'art. 1335 c.c.) (analitico e chiaro è stato qui l'intervento di Stefania Giova).

Il richiamo di tali norme comporta, di conseguenza, l'applicabilità della disciplina relativa al tempo e al luogo della conclusione del contratto. Non mi pare che possa essere qui di ostacolo la particolare natura del contratto elettronico.

In effetti, alla stregua dell'art. 1326 c.c., il contratto è concluso quando l'accettazione perviene all'indirizzo del destinatario proponente: il momento, s'intende, è quello dell'accessibilità elettronica. Ebbene, su questi temi si è soffermato ancora una volta Claudio Scognamiglio concludendo che, anche a fronte di un allargamento della presunzione dell'art. 1335 c.c., non v'è da gridare alla rivoluzione.

In ipotesi, invece, di offerta al pubblico o di invito ad offrire, si ha la conclusione allorché l'acquirente legge elettronicamente la conferma di ricevuta dell'ordine inviatogli dal venditore.

Quanto al luogo di conclusione del contratto, sembra convincente la tesi che lo fa coincidere, quando si tratti di scambio di posta elettronica, con il luogo del *provider* più vicino alla sede degli affari dell'utente; ma se la conclusione avviene per connessione diretta, il luogo è dove il destinatario ha conoscenza dell'accettazione, secondo le norme solite.

Se si tratta di c.d. comportamento concludente, ai sensi dell'art. 1327 c.c., il luogo di conclusione è dove si trova l'installazione informatica da cui è partita l'esecuzione. Qualche difficoltà sorge per la connessione diretta quando essa è mobile (da un telefono cellulare, ad esempio): qui dovrebbero soccorrere i molteplici criteri espressi nella Convenzione di Roma del 1980 sulle obbligazioni o in quella di Vienna sulla vendita internazionale di beni mobili. Com'è noto, la tutela del consumatore induce, ex art. 9 del decreto legislativo n. 50/1992, a considerare tali contratti sempre conclusi nel luogo di residenza dello stesso consumatore (una più attenta valutazione, e, quindi, una valorizzazione delle circostanze è individuata da Claudio Scognamiglio, che delinea l'interpretazione del contratto con riferimento ai principi Unidroit e a quelli della Commissione presieduta da Ole Lando).

## 2.2. FIRMA DIGITALE.

Con la firma digitale indubbiamente si fuoriesce dai tradizionali schemi del diritto precedente e si assiste alla nascita di un autentico elemento di novità (Massimo Bianca). Tant'è che il legislatore ha dovuto assumere provvedimenti che dichiarano l'equivalenza, l'equipollenza della firma digitale con la scrittura privata a firma autografa.

V'è da registrare, nel panorama europeo ed anche oltre, un dato che può far piacere: dall'introduzione del documento informatico, con la legge n. 59/1997 (la c.d. « Bassanini uno »), si è passati al D.P.R. n. 445/2000, che è entrato in vigore il 7 marzo 2001, recante il testo unico delle disposizioni legislative e regolamentari in materia di documentazione amministrativa, che adotta un tipo molto avanzato di firma elettronica, che era pur stata prevista dalla direttiva 1999/93/CE.

« La firma digitale », recita l'art. 1 del D.P.R. n. 445/2000, « è il risultato della procedura informatica (validazione) basata su un sistema di chiavi asimmetriche a coppia, una pubblica e una privata, che consente al sottoscrittore 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 ».

È inutile sottolineare l'importanza e il ruolo del certificatore, dell'autorità di certificazione. Ma il problema non sta qui.

La predetta equiparazione, *ex art. 10*, comma 3 del testo unico (il documento informatico con firma digitale ha efficacia di scrittura privata ai sensi dell'art. 2702 c.c. e si ha per riconosciuta ai sensi dell'articolo successivo la firma digitale la cui apposizione è autenticata dal notaio o da altro pubblico ufficiale autorizzato), permette di compiere quelle operazioni, di concludere quei contratti che richiedono la forma scritta *ad substantiam* (art. 1350, n. 4, c.c.) o *ad probationem* (art. 2725 c.c.); eccezion fatta esclusivamente per quei contratti per i quali è stabilita la forma dell'atto pubblico (la non necessità del riconoscimento né della verificaione è suffragata da Massimo Bianca; viceversa, tale ultima estensione al documento digitale, è sostenuta, specialmente dal punto di vista processuale, da Francesco De Santis e da Francesco Ricci).

Diversità di valutazione sussistono in ordine alla utilizzazione abusiva della firma digitale: da taluno ritenuta più rara, da altri invece considerata più frequente rispetto all'abuso di firma autografa. In ogni caso il titolare della chiave privata (ricorda Massimo Bianca) assume il rischio della utilizzazione abusiva della firma digitale che altri ne possa fare, dal momento che l'impossibilità del disconoscimento della propria firma digitale coinvolge la incontestabilità della validità dello stesso documento.

Qui si invoca (da parte di Massimo Bianca) il ricorso ad un principio non legislativo ma di formazione giurisprudenziale: quello dell'apparenza imputabile (erede apparente: art. 534, comma 2, c.c.; legittimato a ricevere la prestazione: art. 1189, comma 1, c.c.; e così via), basato sull'autoresponsabilità del soggetto che dà causa all'affidamento dei terzi sulla riferibilità ad esso di atti e rapporti.

### 2.3. PATOLOGIA.

Non sembra che la pagina dedicata agli strumenti della patologia negoziale abbia bisogno di una riscrittura, se letta in collegamento con il contratto telematico. È vero che la nullità, l'annullabilità, l'inefficacia hanno cambiato funzione; è vero altresì che l'irrompere della tutela del consumatore, soprattutto nella normativa comunitaria e, poi, in quella nazionale, ha orientato verso la trasparenza e la correttezza del mercato il tema della patologia per mezzo della garanzia dell'equilibrio delle posizioni, della libertà di scelta, degli obblighi informativi (tant'è che Aurelio Gentili prospetta il quesito di fondo se il commercio elettronico sia o non sia tutelato). E tuttavia, il sistema delle invalidità (penso all'art. 1418 c.c., all'art. 1343 c.c., all'art. 1344 c.c.) sembra reggere all'impatto della contrattazione telematica, tutt'al più arricchendo di una nuova casistica la già ampia congerie di ipotesi patologiche: contrattazioni su beni la cui vendita sia vietata per legge; vendita di materiale pornografico concernente soprattutto i minori; riproduzione di opere in violazione del diritto d'autore e via enumerando.



Vi possono essere degli obiettivi ostacoli alla verifica « personale » di determinate caratteristiche (si veda l'esempio del minore *ex art.* 1426 c.c. che utilizza la *credit card* dei suoi genitori): ma qui la tematica non è diversa da quella di un contratto concluso a distanza (sia pure con l'innalzamento, come sostiene Aurelio Gentili, della soglia della buona fede).

Tra i vizi del volere sembra più accentuata la presenza del dolo, rispetto all'errore o alla violenza morale, pur non fuoriuscendo, a mio modo di vedere, dai canoni tradizionali dei requisiti richiesti e dell'annullabilità conseguente.

Il pericolo incombente semmai è quello dell'« utilità marginale » (così si esprime Aurelio Gentili) delle categorie tradizionali.

### 3. *PRIVACY*.

Il commercio elettronico è, per definizione e per storia, il terreno privilegiato d'interferenza con la *privacy*, nel duplice senso che in esso sono sorti storicamente i problemi di tutela della raccolta dei dati e in esso si è assistito all'evoluzione del concetto di *right to privacy*: da dimensione strettamente personale, quasi intimistica, a fenomeno più socialmente orientato, di controllo che ha ogni persona sui dati che lo concernono e che sono in circolazione.

Comunque sia, in materia v'è ora un sistema di protezione che, partendo dalla nostra legge 675/1996, approda alla normativa specifica del decreto legislativo 171/1998; anzi, la nozione di dato personale è quanto mai estesa, comprendendo ogni elemento o indizio che faccia risalire al soggetto interessato (ogni trattamento dei dati, anche nei cosiddetti trattamenti « occulti », ribadisce Ugo De Siervo, deve rispettare la dignità umana, la riservatezza e l'identità personale). È inutile sottolineare che la *security on line* (come ricordato da De Siervo, secondo quanto disposto dal documento 1/99 del collegio dei garanti europei) impone l'apprestamento da parte del *provider* di misure minime e inderogabili di sicurezza (v. D.P.R. 318/1999) che non esime lo stesso dal dimostrare di avere usato, altresì, ogni precauzione tesa a custodire e a salvaguardare i dati personali a lui affidati.

Con riferimento specifico al procedimento di conclusione del contratto elettronico, è evidente che ogni soggetto, imprenditore oppure no, che apra un sito *web* per i propri prodotti deve, secondo la normativa generale, rendere l'informativa di cui all'art. 10 della l. 675/1996: la forma è libera, ma bisogna dimostrare che si è ottemperato a tale obbligo.

Qualche problema, costantemente all'attenzione dei documenti comunitari (come testimonia Ugo De Siervo) sorge per il consenso dell'interessato, che va espresso liberamente, in forma specifica e documentato per iscritto ai sensi dell'articolo 11. Qui il garante

aveva già precisato che in ipotesi di collegamento telefonico fosse sufficiente la documentazione da parte dell'operatore: a maggior ragione si può desumere che sia sufficiente il consenso prestato tramite *web* dal contraente telematico.

Significativo, al riguardo, è che il rapporto — non interessa qui se di natura gratuita od onerosa — intercorrente tra gli utenti abbonati ad *internet* e il *provider* rientri in pieno nella disciplina normativa citata. Sì che ogni raccolta di dati, qualsivoglia « manipolazione » degli stessi, ogni eventuale cessione è sottoposta al previo consenso informato dell'utente, secondo la regola generale che sovrintende a questi *data lag*.

Per i dati sensibili (art. 22, l. n. 675/96) v'è necessità del consenso scritto. Attenzione però: scritto e non solo documentato per iscritto, cosicché esso diventa, per la tutela rafforzata, un elemento essenziale del procedimento. Ne deriva che la sua assenza determina l'illiceità del trattamento e quindi la sua invalidità.

#### 4. *INTELLECTUAL PROPERTY.*

Sul tema dell'*intellectual property* inevitabilmente si scontrano due modalità diverse per perseguire il medesimo fine della diffusione della cultura: *internet* consente che tutti possano accedere alle informazioni contenute nella rete; il diritto d'autore tutela la paternità morale e i diritti economici, risolvendosi, però, in una restrizione dell'utilizzazione delle informazioni. Ora, che proprio il progresso tecnologico abbia facilitato la riproduzione e la trasmissione anche a costi molto bassi delle opere d'ingegno, dalla musica ai libri, è osservazione estremamente agevole (ma che determina, come testimonia Diego Corapi, una situazione di profonda crisi). Che poi la dematerializzazione dei supporti abbia indebolito — e talora fatto proprio scomparire — il sistema di tutela apprestato per la proprietà intellettuale e per il diritto d'autore in particolare è constatazione diffusa ed ancora una volta agevole (come precisa Diego Corapi).

In un sistema in cui si poteva vigilare sulla circolazione dell'opera dell'ingegno, il titolare del diritto d'autore riusciva a essere protetto. Difficile, se non impossibile, diventa oggi seguire la circolazione di opere che possono essere digitalizzate, manipolate, immesse in rete, praticamente nell'intero mondo, trasformando (dice suggestivamente Diego Corapi) ognuno di noi in un potenziale editore. Se si tralasciano i profili collegati alla proprietà intellettuale di cui abbiamo parlato, tra cui i *domain names*, ci si avvede che per il diritto d'autore, proprio per le ragioni esposte, diventa complicato indicare finanche il contenuto e le modalità del suo esercizio, oltre alla stessa legge applicabile: luogo di trasmissione, luogo di ricezione, sede del *server*, paese dell'utente o luogo dove si invoca la protezione, alla stregua dell'articolo 5 della Convenzione di Berna?

Si fa strada, soprattutto nella prospettiva europea, in dieci anni di attenzione alla materia, l'opportunità di coordinare i diritti morali e materiali d'autore con le eccezioni agli stessi. Ma anche le eccezioni — come, ad esempio, l'uso privato di taluni organismi che non perseguono finalità di lucro — fanno salvo l'equo compenso per i titolari del diritto d'autore, in conformità alla recente legge italiana n. 248/2000.

E poi estremamente difficile distinguere le ipotesi in cui sia necessario acquisire l'autorizzazione dell'autore, quando si utilizza in rete un'opera protetta da quella in cui può valere la teoria (di nascita americana) della licenza implicita, secondo cui la messa a disposizione in rete dell'opera da parte dell'autore comporta una licenza, un'autorizzazione implicita all'utilizzazione.

E come si scoprono le violazioni in rete dei diritti d'autore? E gli utilizzatori delle opere come si scoprono quando si « scarica » il prodotto testuale? E quali sono le modalità per ottenere eventuali compensi?

## 5. RESPONSABILITÀ.

La responsabilità è il nodo cruciale per ogni tematica giuridicamente rilevante: lo è a maggior ragione per il commercio elettronico.

Di là dalle infinite considerazioni che si possono svolgere in materia, mi pare del tutto pacifica l'osservazione che il legislatore, la giurisprudenza, il giurista si soffermano a considerare oggi la posizione del danneggiato e da questa si parte per ogni ricostruzione, pronunciando una sorta di *de profundis* per la responsabilità oggettiva (Pietro Perlingieri e Giulio Ponzanelli).

Ancora una volta la materia in esame molto probabilmente non conosce normative nuove o semplicemente speciali: essa si avvale delle collaudate tecniche risarcitorie del diritto civile. Tutt'al più diversi o nuovi sono i soggetti, diverse o nuove le occasioni o le modalità attraverso le quali la responsabilità si manifesta ed esige riparazione.

Convincente si appalesa quindi la delineazione di un quadro in cui si distingue a seconda che gli illeciti siano di internet, contro internet o per mezzo di internet compiuti (come sostiene Giulio Ponzanelli). Si pensi soprattutto alla responsabilità del *provider*, ossia il fornitore, che svolge *on line* una prestazione di beni o di servizi. Ma questa è la definizione-base, ed è inutile richiamare la serie infinita di *providers* (*access providers*, *host providers*, e così via) (nell'analitica chiara ricostruzione di Francesco Di Giovanni ed in quella, ricca di riferimenti all'esperienza statunitense di *tort law*, esposta da Giulio Ponzanelli).

Il rapporto tra utente e *provider* è regolato da un contratto: la responsabilità che ne deriva è quindi contrattuale, secondo le usuali regole sancite dagli artt. 1218, 1175, 1176 c.c.

Nella responsabilità extracontrattuale, e, quindi, per gli infiniti illeciti che si possono compiere attraverso la rete, sorge il problema del criterio di imputazione di tale responsabilità per il *provider*. La difficoltà di rinvenire un solido criterio di imputazione ha condotto la dottrina e la scarsa giurisprudenza in materia ad escludere il richiamo degli artt. 2049 e 2051 c.c., ed a rifugiarsi nell'articolo 2050 c.c. Successivamente è intervenuta la legislazione, soprattutto quella comunitaria, che sulla scia del *Digital Millennium Copyright Act* statunitense del 1998, lo ha poi ampliato con la direttiva 2000/31/CE, dettando una sorta di statuto dell'irresponsabilità degli intermediari (sia pure, sostiene Francesco Di Giovanni, temperato da un avvio verso una loro responsabilità da individuare).

Un dato è certo: l'art. 15 sancisce l'assenza dell'obbligo generale di sorveglianza dei *providers*: tutt'al più essi hanno un obbligo di denuncia e di cooperazione con le autorità competenti (come ricorda Giulio Ponzanelli).

Relativamente alla responsabilità contrattuale, per le operazioni che si svolgono nel commercio elettronico, sia quello diretto che quello indiretto, il richiamo è alle regole del codice civile sull'inadempimento (artt. 1218 c.c.) e sulla correttezza e sulla diligenza (artt. 1175 e 1176 c.c.). Ma la correttezza dell'intermediario è al tempo stesso (precisa Francesco Di Giovanni) sì costume dell'attività commerciale, ma anche parametro per determinare la situazione del singolo contratto, interessi ed aspettative delle parti. In più bisogna ricordare l'art. 6 del decreto legislativo n. 185/1999 sulle vendite a distanza, che è di applicazione diretta al contratto telematico e con valenza generale, in base al quale il prestatore deve eseguire l'ordinazione entro trenta giorni a decorrere dal giorno successivo a quello in cui il consumatore lo ha trasmesso.

Nel dominio della responsabilità extracontrattuale, tra le innumerevoli altre ipotesi, prende rilievo quella della tutela della *privacy*. Nella comunicazione elettronica è obbligo tanto dell'intermediario *provider*, quanto dell'imprenditore del commercio elettronico garantire la tutela della riservatezza in merito a raccolte e requisiti dei dati personali, informativa e consenso dell'interessato, comunicazione e diffusione illecita dei dati, dati sensibili, dati relativi alla salute, trasferimento transfrontaliero dei dati. Le ipotesi richiamate sono regolate dalla l. 675/1996 e il famoso articolo 18 ne stabilisce, com'è noto, i criteri per il risarcimento (un pensiero riverente va al fatto che è compreso in esso anche il danno non patrimoniale: art. 29, comma 9).

## 6. CONCLUSIONI.

La risposta al quesito primordiale posto dal Convegno è, a me pare, nel senso della negazione di abbandonare le categorie civilistiche tradizionali (Pietro Rescigno, Vincenzo Panuccio, Pietro

Perlingieri e tanti altri relatori). Semmai, queste vanno rimediate, reinterpretate alla luce non soltanto della normativa in senso tradizionale, ma comprensive dei principi « assiologici », di natura mercantile, di diritto comunitario, di autodisciplina e in genere di fonti non statali (come precisa Pietro Perlingieri). Sì che all'impotenza dell'ordinamento statuale si può rispondere anche con il riferimento alla *lex mercatoria*, non più fantasma da esorcizzare, qualora però sia apprezzata nell'accezione di *lex mercatoria* comunitaria, che è quella dove prevalgono la correttezza dell'impresa e della concorrenza, nonché la tutela del consumatore (nella suggestiva ricostruzione offerta da Pietro Perlingieri).

L'invito è nel senso che, presupposta la metodologia interdisciplinare della materia, vi sia coerenza nell'uso del metodo prescelto. E qui io risento echi di un insegnamento che non è mai cessato: mai quello del formalismo giuridico, mai il metodo sociologico o pragmatico.

La reinterpretazione delle categorie tradizionali, con attenzione precipua non alle modalità del commercio elettronico, ma al controllo di meritevolezza di tutela sui contenuti del singolo contratto, o regolamento, per meglio dire, contrattuale (è l'indirizzo metodologico della scuola alla quale mi richiamo) deve avvenire all'insegna della ragionevolezza, della proporzionalità, della adeguatezza.

Ma se poi si scopre che queste categorie sono inadeguate ai nuovi bisogni, il monito (Pietro Perlingieri) è che sarà necessario intraprendere la strada del loro cambiamento, facendo attenzione non alle definizioni, bensì piuttosto alla disciplina normativa di tali fenomeni, con una più accentuata rimeditazione critica della teoria delle fonti e della teoria dell'interpretazione.

In quest'itinerario faticoso, complesso, nel quale senza demonizzazioni ma neppure senza enfattizzazioni *internet* assume la posizione congeniale di formidabile strumento di comunicazione attraverso il quale passa anche l'esercizio di qualche libertà fondamentale, come il diritto alla manifestazione del pensiero, va ribadita un'ulteriore precisazione (l'abbiamo sostenuto per la famiglia, a maggior ragione vale per *internet*): questa non è, né può diventare, una zona franca per la vigenza dei diritti fondamentali della persona umana.

Ebbene, in tale itinerario che ho definito faticoso, complesso, consiste la strada additata dal Convegno ai tanti giovani studiosi presenti a queste giornate, nell'orgogliosa consapevolezza — manifestata da tutti i relatori — che nel settore giuridico qui indagato il primato della ricerca delle soluzioni spetta ancora una volta al diritto privato.

#### NOTA BIBLIOGRAFICA:

In tema di contratto *on-line*, si segnalano, prima dell'emanazione della direttiva 2000/31/CE: C.M. BIANCA, *I contratti digitali*, in *Studium juris*, 1998, p. 1035; G. OPPO, *Disumanizzazione del contratto?*, in *Riv. dir. civ.*, 1998, I, p. 525; L. ALBERTINI, *Osservazioni*

sulla conclusione del contratto tramite computers e sull'accettazione di una offerta in internet, in *Giust. civ.*, 1997, II, p. 21; C. ROSSELLO, *Contratti conclusi via Internet: i profili giuridici, con particolare riguardo alla direttiva sui contratti a distanza con i consumatori e alla tutela dei dati personali*, in *Economia dir. terziario*, 1998, p. 369; A.M. GAMBINO, *L'accordo telematico*, Milano, 1997; Id., *Offerta ed accettazione nel contratto telematico internazionale*, in *Vita notarile*, 1998, p. 1265; P. SANDULLI, *Analisi delle norme a tutela dell'impresa e del consumatore in materia di commercio elettronico*, in *Giust. civ.*, 2000, II, p. 243; R. CLARIZIA, *Il commercio elettronico: gli aspetti giuridici generali e le problematiche contrattuali*, in *Riv. notariato*, 1999, p. 1437; M. TOMMASINI, *Osservazioni sulla conclusione del contratto tramite computers. Aspetti problematici della comunicazione a distanza in tempo reale*, in *Rass. dir. civ.*, 1998, p. 569.

Sul d. lgs. n. 185/99, che ha recepito nel nostro ordinamento la direttiva 97/7/CE, v. G. ALPA, *Nuove garanzie a tutela del consumatore. Commento alla direttiva 97/7/CE*, in *I Contratti*, 1997, p. 421; S. BASTIANON, *Prime osservazioni sulla direttiva 97/7/CE in tema di contratti a distanza*, in *Resp. civ. prev.*, 1997, p. 1277; P. MARTINELLO-M. CESTA, *Progresso tecnologico e diritto comunitario: la Comunità Europea emana una nuova direttiva per i contratti a distanza*, in *Diritto dell'Unione Europea*, 1997, p. 753; F. TORIELLO, *La direttiva sulle vendite a distanza: prime note di commento*, in *Contratto e Impresa/Europa*, 1997, p. 843; G. DE MARZO, *I contratti a distanza: commento al D.Lgs. 22/05/1999 n. 185*, Milano, 1999.

In merito alla direttiva sul commercio elettronico, invece, v. P. LEOCANI, *La direttiva UE sul commercio elettronico: cenni introduttivi*, in *Europa dir. priv.*, 2000, 617; F. SARZANA DI SANT'IPPOLITO, *Approvata la direttiva sul commercio elettronico*, n. 2000/31/CE, in *Corr. giur.*, 2000, p. 1275; G. COMANDÉ, *Solo un rapido recepimento da parte degli Stati può assicurare la tutela del consumatore*, in *Guida al diritto*, 24 giugno 2000, p. 118; V. ZENO-ZENCOVICH, *La tutela del consumatore nel commercio elettronico*, in questa *Rivista*, 2000, p. 447; F. CALLEGANO, *E-commerce, la Ce stringe le maglie della « Rete »*, in *Comm. int.*, 2000, n. 17, p. 5; S. GIOVA, *La conclusione del contratto via Internet*, Napoli, 2000; S. SICA, in G. COMANDÉ-S. SICA, *Il commercio elettronico. Profili giuridici*, Torino, 2001, p. 37.

Si sono occupati di firme elettroniche e digitali, tra gli altri: R. ZAGAMI, *La firma digitale tra soggetti privati nel regolamento concernente « atti, documenti e contratti in forma elettronica »*, in questa *Rivista*, 1997, p. 903; Id., *Firma digitale e sicurezza giuridica*, Padova, 2000; F. SORRENTINO, *Firma digitale e firma elettronica: stato attuale e prospettive di riforma*, in questa *Rivista*, 2000, p. 533; M. MICCOLI, *Documento e commercio telematico (guida al regolamento italiano - d.p.r. 513/97)*, Milano, 1998; S. BRESCIA, *In tema di firma digitale e documento informatico*, in *NLCC*, 2000, p. 3; F. RIZZO, *Valore giuridico ed efficacia probatoria del documento informatico*, in questa *Rivista*, 2000, p. 213; AA.VV., *Commentario alla formazione, archiviazione e trasmissione di documenti con strumenti informatici e telematici (d.p.r. 513/97)*, a cura di C.M. BIANCA, R. CLARIZIA, V. FRANCESCHELLI, F. GALLO, V. MOSCARINI, A. PACE e S. PATTI, in *NLCC*, 2000, p. 633; M. PACIFICIO, *La firma digitale in prospettiva europea*, in *Europa dir. priv.*, 1998, p. 1189; F. DELFINI, *La recente direttiva sulle firme elettroniche: prime considerazioni*, in *I Contratti*, 2000, p. 418; G. FINOCCHIARO, *La firma digitale. Formazione, archiviazione e trasmissione di documenti con strumenti informatici e telematici*, Bologna, 2000; G. COMANDÉ, in G. COMANDÉ-S. SICA, *op. cit.*, p. 101.

In tema di internet e tutela della riservatezza, si rinvia a: V. GRIPPO, *Analisi dei dati personali presenti su Internet. La legge n. 675/96 e le reti telematiche*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1998, p. 639; G. CIACCI, *Internet e il diritto alla riservatezza*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1999, p. 233; P. SAMUELSON, *A New Kind of Privacy? Regulating Uses of Personal Data in the Global Information Economy*, in *87 California Law Rev.*, 1999, p. 766; P.M. SCHWARTZ, *Privacy and Democracy in Cyberspace*, in *52 Vanderbilt Law Rev.*, 1999, p. 1609; N. LUGARESI, *Internet, privacy e pubblici poteri negli Stati Uniti*, Milano, 2000; S. SICA, in G. COMANDÉ-S. SICA, *op. cit.*, p. 236.

I profili di intellectual property sono stati analizzati da S. STABILE, *La tutela della proprietà intellettuale ed industriale in Internet*, in *Dir. ind.*, 1999, p. 371; G. COMANDÉ, in G. COMANDÉ-S. SICA, *op. cit.*, p. 171; A. FRAGOLA, *Sui (non facili) rapporti tra internet e diritto d'autore*, in *Dir. autore*, 1998, p. 405; M. BARBARISI, *La tutela della proprietà intellettuale*, in E. TOSI, *op. cit.*, p. 135; T. TOSI, *La tutela della proprietà industriale*, ivi, p. 175. A tal proposito, v. anche la copiosa bibliografia in tema di nomi di dominio: P. SPADA, *Domain Names e dominio dei nomi*, in *Riv. dir. civ.*, 2000, I, p. 713; A. PALAZZOLO, *Il « domain name »*, in *NGCC*, 2000, II, p. 167; C. CERASANI, *Il conflitto tra « domain names » e marchi d'impresa nella giurisprudenza italiana*, in *Dir. comm. internaz.*, 1999, p. 645; S. STABILE, *La tutela del « domain name » e la risoluzione virtuale delle dispute in internet*, in *Dir. industriale*, 1997, 939; L. PEYRON, *Osservazioni in tema di domain name, marchi, contraffazione*, in *Giur. it.*, 2001, p. 96; A. VALENTE, *Le controversie relative alla registra-*

zione e all'utilizzo del domain name: l'arbitrato obbligatorio previsto dalla disciplina della ICANN, in *I Contratti*, 2001, p. 501; L. MARINI, *Reti di comunicazione elettronica e servizi collegati nel diritto comunitario: il caso dei nomi di dominio Internet*, in *Dir. comm. int.*, 2001, p. 3.

Il rapporto tra illeciti aquiliani e reti telematiche è stata trattata da S. SICA, in G. COMANDÉ-S. SICA, *op. cit.*, p. 219; G.M. RICCIO, *Profili di responsabilità civile dell'Internet Provider*, in *Quaderni del Dipartimento di diritto dei rapporti civili ed economici nei sistemi giuridici contemporanei* dir. da P. Stanzione, Salerno, 2000; P. PALLARO, *Prime note sulla responsabilità dei fornitori di servizi Internet in diritto comunitario*, in *Dir. comm. internaz.*, 2001, p. 137; E. MONTERO, *La responsabilité des prestataires intermédiaires de l'Internet*, in *Revue Ubiquité*, 2000, p. 99; E. TOSI, *Le responsabilità civili*, in E. TOSI, *op. cit.*, p. 298; S. PERON, *Responsabilità extracontrattuale: problematiche giuridiche connesse all'utilizzo della rete Internet*, in *Resp. civ. prev.*, 2000, p. 820; V. ZENO-ZENCOVICH, *I rapporti fra responsabilità civile e responsabilità penale nelle comunicazioni su Internet. Riflessioni preliminari*, in questa *Rivista*, 1999, p. 1049; O. TROIANO, *Gli illeciti attraverso Internet: problemi di imputazione e responsabilità*, in *AIDA*, 1998, p. 398. Infine, a proposito della recente legge n. 62/01, v. V. ZENO-ZENCOVICH, *I « prodotti editoriali » elettronici nella l. 7 marzo 2001 n. 62 e il preteso obbligo di registrazione*, in questa *Rivista*, 2001, p. 153.