

DIGESTO

QUARTA EDIZIONE

*Sotto gli auspici dell'Académie Internationale de Droit Comparé
e dell'Associazione Italiana di Diritto Comparato*

Discipline Privatistiche Sezione Civile
Discipline Privatistiche Sezione Commerciale
Discipline Penalistiche
Discipline Pubblicistiche

UNIVERSITA' DI CAMERINO		
AREA BIBLIOTECHE		
NUMERO DI INVENTARIO	5168	ABby

UTET

panti. Non è escluso che, in esito ad una sopravvenuta e favorevole pianificazione urbanistica o per aver comunque tutti i partecipanti acquistato diverso accesso dalla via pubblica al proprio fondo esclusivo, la via originariamente costituita ex collatione agrorum cessi di servire alla sua primitiva destinazione (50). In questo caso, la possibilità di alienare separatamente un fondo, non più asservito ad una finalità di transito di privati ma suscettibile di sfruttamento più redditizio, ben può giustificare i costi ed i tempi necessari a ripristinare la continuità imposta dall'art. 2650 c.c.

PAOLA DALLA VALLE

Commercio telematico

Bibliografia: ALBERTINI, *Osservazioni sulla conclusione del contratto tramite computers e sull'accettazione di un'offerta in Internet*, GC, 1997, II, 21 ss.; ANTONUCCI (a cura di), *E-commerce. La direttiva 2000/31/CE e il quadro normativo di riferimento*, Milano, 2001; ATELLI, *La disciplina del commercio elettronico e delle altre forme di contrattazione a distanza*, Torino, 2001; AA.VV., *Profili giuridici di Internet*, Atti del Convegno di Pavia, 4/5-10-1996, in *AIDA*, V, Milano, 1996; BALLARINO, *Internet nel mondo della legge*, Padova, 1998; BENEDETTI, *La legge regolatrice delle obbligazioni contrattuali tra Convenzione di Roma e diritto internazionale privato comune*, in *Dir. Comm. Int.*, 1996, 715; BOCCHINI, *Introduzione al diritto commerciale nella new economy*, Padova, 2001; BOSCHIERO, «Obbligazioni contrattuali (diritto internazionale privato)», in *Enc. dir.*, Agg., IV, Milano, 2000, 801 ss.; CAPOLUPO-LA COMMARA, *Il commercio elettronico*, Roma, 1999; CARRELLA-TRIBERTI, *Internet. Aspetti tecnici, tematiche sociali, incidenze giuridiche civili e penali*, Milano, 2000; CERASANI, *Il conflitto tra domain names e marchi industriali nella giurisprudenza italiana*, in *Dir. Comm. Int.*, 1999, 645 ss.; CHINÈ, «Consumatore (contratti del)», in *Enc. dir.*, Agg., IV, Milano, 2000, 400; CIACCI, *La firma digitale*, Milano, 1999; CLARIZIA, «Contratto informatico (per l'oggetto e per il mezzo)», in *Enc. dir.*, Agg., II, Milano, 1998, 245 ss.; CONSALES, *L'abuso della firma digitale*, DII, 2001, 917; DAVIS-MEYER-BLUR, *Le zone indistinte dell'economia interconnessa*, Milano, 1999; DE BAGGIS, *Le tribù di Internet. Accelerare il web marketing con le community*, Milano, 2001; DI CARLO, *Internet marketing*, Milano, 2000; DI CARLO, *Il commercio elettronico*, Milano, 1999; D'ORAZIO, *Il regolamento degli acquisti nel commercio elettronico*, in RICCIUTO-ZORZI, *Il contratto telematico*, Padova, 2002, 234 ss.; DRAETTA, *Internet e commercio elettronico nel diritto internazionale dei privati*, Milano, 2001; FARIO-STORTI, *Commercio elettronico. Una guida per imprese e consumatori*, Napoli, 2000; FEATHER, *Future consumer.com: the Webolution of Shopping to 2010*, Warwick, 2000; FINOCCHIARO G., *I contratti informatici*, in *Tratt. dir. comm. e dir. pubbl. econ.*, diretto da Galgano, Padova, 1997; FINOCCHIARO G., *Documento informatico e firma digitale*, CI, 1998, 964 ss.; GALGANO-LA MESA, *Vendere e comprare con Internet*, Milano, 2000; GAMBINO, *L'accordo telematico*, Milano, 1997; GARASINI, *Dizionario dei new media*, Milano, 1999; GENTILI, *Documento informatico e tutela dell'affidamento*, RDC, 1998, H, 163 ss.; GIANNANTONIO, *Manuale di diritto dell'informatica*, Padova, 1997; HANCE, *Internet e la legge*, Milano, 1997; IRTI, *Scambi senza accordo*, RTDC, 1998, 347 ss.; IRTI, «È vero, ma...». *Replica a Giorgio Oppo*, RDC, 1999, I, 273 ss.; KORPER-ELLIS, *Il libro del commercio elettronico*, Milano, 2000; MARCANDALLI R., PACCHIARDO E., *Il commercio elettronico*, Milano, 1998; MICCOLI, *Documento e commercio telematico*, Milano, 1998; MINNECI-ALIBRANDI, «Documento elettronico e contratto telematico», in *Digesto/civ.*, Agg., I, Torino, 2000, 342 ss.; MIRANDA, *Internet marketing*, Milano, 2000; MOLITERNI, *I sistemi di pagamento dalla direttiva 98/26/CE A TARGET (sistema automatizzato di trasferimento espresso con regolamento lordo in tempo reale)*, in *Dir. Comm. Int.*, 2000, n. 3, 703 ss.; MORELLI, *Il commercio elettronico*, Milano, 2000; MOTRONI, *Gli scambi a titolo gratuito nelle reti telematiche*, in RICCIUTO-ZORZI, *Il contratto telematico*, Padova, 2002, 191 ss.; NESPOR, *Internet e la legge*, Milano, 1999; OPPO, *Disumanizzazione del contratto?*, RDC, 1998, I, 525 ss.; PASQUINO, *La conclusione del contratto nella direttiva sull'e-commerce*, in RICCIUTO-ZORZI, *Il contratto telematico*, Padova, 2002, 69 ss.; RICCIUTO-ZORZI, *Il contratto telematico*, XXVII, *Trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico dell'economia*, a cura di F. Galgano, Padova, 2002, 69 ss.; ROGNETTA, *Il commercio elettronico*, Napoli, 2000; ROMANO, «Firma digitale», in *Digesto/civ.*, Agg., I, Torino, 1998, 386 ss.; SANTORO, *Il commercio elettronico*, Milano, 2000; SARZANA DI S. IPPOLITO C. e F., *Profili giuridici del commercio via Internet*, Milano, 1999; SARZANA DI S. IPPOLITO F., *I contratti di Internet e del commercio elettronico*, 2001; SCORZA G., *La tutela del consumatore in Internet*, Napoli, 2000; SORRENTINO, *Firma digitale e firma elettronica: prospettive di riforma*, DII, 2000, 533 ss.; STRACUZZI A., *Il commercio elettronico e l'impresa*, Milano, 1999; TORRANI O., PARISE S.,

(41) La diatriba sulla rinunciabilità alla proprietà degli immobili viene favorevolmente risolta dalla miglior dottrina. Cfr. BIANCA, *La proprietà*, cit., 407; GAMBARO, *Il diritto di proprietà*, Milano, 1995, 868; MACIOCE, «Rinuncia», in *Enc. dir.*, XL, Milano, 1989, 942; FAVALE, *La comunione ordinaria*, Milano, 1997, 483 ed anche, implicitamente SICCHIERO, «Rinuncia», in *Digesto/civ.*, XVII, Torino, 1998, 659-660. E d'altra parte il codice contempla almeno un caso di rinuncia alla propria quota di proprietà su un bene immobile. Si tratta del secondo comma dell'art. 882 c.c. in tema di rinuncia alla comproprietà del muro comune.

(42) In tal senso BIANCA, *op. cit.*, 408.

(43) SICCHIERO, *op. cit.*, 662.

(44) Cfr. *supra*, par. 2.

(45) Si dovrebbe quindi reputare perfezionato il meccanismo dimissivo del diritto tramite l'accertamento di indici univoci relativi alla volontà del comproprietario di abbandonare il proprio diritto sul bene comune: mancato utilizzo della strada, mancata e protratta partecipazione alle spese e all'amministrazione della cosa comune. Ma in verità, poiché tali circostanze denotano esclusivamente «un generico disinteresse rispetto alla cosa comune» (l'espressione è di PIRAS, *La rinuncia nel diritto privato*, Napoli, 1940, 212-213) e poiché, come giustamente osserva SICCHIERO, «Rinuncia», cit., 660, «l'inerzia non è segno della volontà di dismettere un diritto» gli indici citati paiono piuttosto valorizzabili in funzione dell'altrui acquisto per usucapione.

(46) Considerato lo scetticismo di dottrina e giurisprudenza in ordine agli atti ricognitivi di diritti reali [per la tesi negativa cfr. Cass., 29-4-1998, n. 4353; Cass., 24-8-1990, n. 8660 e, tra gli autori, DEIANA, in GROSSO-DEIANA, *Le servitù prediali*, in *Tratt. Vassalli*, V, 1, 1951, 547; SCOGNAMIGLIO, *Riconoscimento di proprietà contenuto in un testamento*, GCCC, 1951, 39. *Contra*, favorevole alla rilevanza degli atti ricognitivi di diritti reali, si veda GRAZIANI, «Ricognizione (atti di)», in *Enc. dir.*, XI, Milano, 525], dovrà di necessità trattarsi di un titolo di formazione giudiziale.

(47) SICCHIERO, *op. loc. ult. cit.*

(48) Si veda ancora SICCHIERO, «Rinuncia», cit., 654: «nulla vieta infatti che la dismissione del proprio diritto avvenga in cambio di un corrispettivo, ipotesi in cui la rinuncia costituirà parte della fattispecie contrattuale, mantenendo la propria veste come prestazione ancorché di carattere negativo».

(49) Il che sembra difficile da verificarsi in concreto, in quanto interessati all'acquisto di una quota indivisa di un simile bene potranno essere al massimo gli altri comunisti.

(50) Secondo la Cassazione tale circostanza, vale a dire il venir meno della originaria destinazione, non sarebbe comunque da sola sufficiente a far cessare di esistere la comunione sorta ex collatis agris, occorrendo, come per ogni comunione, una pronuncia dell'autorità giudiziaria o una convenzione tra i comunisti: Cass., 10-4-1990, n. 2995.

Internet e diritto, Milano, 1998; Tosti E. (a cura di), *I problemi giuridici di Internet*, Milano, 1999; ID. (a cura di), *Il codice di diritto dell'informatica e di Internet*, Piacenza, 2000; TRIPODI-GASPARINI, *Firma digitale e documento informatico*, Roma, 1998; TRIPODI-SANTORO-MISSINEO (a cura di), *Manuale di commercio elettronico*, Milano, 2000; TROIANO, *Gli istituti di moneta elettronica*, in RICCIUTO-ZORZI, *Il contratto telematico*, Padova, 2002, 333 ss.; VALENTE P.-ROCCATAGLIATA F., *Internet. Aspetti giuridici e fiscali del commercio elettronico*, Roma, 1999; VINCI L. e R. P., *E-Commerce. Guida pratica al commercio elettronico*, Napoli, 2000; ZAGAMI, *Firma digitale, e sicurezza giuridica*, Padova, 2000; ZORZI, *La disciplina europea dei servizi finanziari*, in RICCIUTO-ZORZI, *Il contratto telematico*, Padova, 2002, 283 ss.

Legislazione: si fa rinvio al testo.

Sommario: 1. I problemi del commercio telematico. - 2. Mercato telematico e condizionamento del consumatore. - 3. Tecnologie telematiche e comportamenti negoziali. - 4. Identità telematica, incongruenze nell'assegnazione dei domini, e normativa sui marchi. - 5. Le fonti normative comunitarie e nazionali applicabili alla contrattazione telematica. - 6. Gli strumenti di pagamento in Internet. - 7. Informazione commerciale e pubblicità telematica. - 8. Commercio telematico e individuazione della normativa applicabile. - 9. I problemi concreti del commercio telematico.

1. I problemi del commercio telematico.

La presente voce necessita di una breve premessa, che non vuole essere di stile, per sottolineare, in uno con le difficoltà e la necessaria provvisorietà delle interpretazioni giuridiche per una materia così vasta e complessa, la inevitabile incompletezza della stessa, non essendo possibile affrontare compiutamente in una voce enciclopedica tutte le problematiche del commercio telematico, che già hanno dato vita ad una vastissima letteratura, italiana e straniera, per quanto possibile richiamata nella bibliografia che precede. Dovendo rispettare il taglio e la funzione di una voce di aggiornamento, si è ritenuto quindi di dar conto riassuntivamente dei problemi e delle tendenze della materia, rinviando per i necessari approfondimenti alle relative sedi specialistiche.

Nell'uso comune risulta più frequentemente adoperata l'espressione «commercio elettronico» per indicare l'attività informativa a fini di scambio di beni o servizi che si svolge per via telematica. Tuttavia appare più appropriata la denominazione di «commercio telematico», dato che lo strumento immediato di trasmissione delle informazioni e delle rispettive volontà delle parti è la telematica, ed è la dimensione telematica a rappresentare lo «spazio» tecnologico entro cui si attuano i rapporti intersoggettivi di commercio; l'elettronica rappresenta piuttosto la sottostante tecnologia di gestione delle forze elettriche che si utilizzano nell'informatica e nella telematica. Non esiste una definizione normativa di «commercio telematico» (o «elettronico»), anche se diverse norme dell'ordinamento italiano (1) e comunitario (2) vi fanno espresso riferimento, ma sulla base della prassi può intendersi con tale espressione ogni attività di scambio di beni (fra i quali rientrano anche le

informazioni) o servizi che avviene attraverso la via telematica fra soggetti distanti.

Lo strumento essenziale di realizzazione del commercio telematico è rappresentato da Internet, ovvero da qualsiasi altra analoga struttura di interconnessione in rete, che rappresenta la dimensione tecnica attraverso cui transitano le comunicazioni e le informazioni che ineriscono all'attività di scambio. In base alla natura dei beni scambiati per via telematica si suole distinguere il commercio telematico in senso proprio o «diretto» dal commercio «indiretto».

Nel primo per via telematica avviene sia la contrattazione che l'esecuzione del contratto, e quindi anche lo scambio del bene e del corrispettivo, con eliminazione quindi di ogni forma di consegna materiale. È evidente che tale forma di commercio può applicarsi soltanto ai c.d. beni digitali, che nascono in forma digitale ovvero che siano successivamente trasformati in insiemi di simboli digitali, poiché in tale forma essi possono essere trasferiti e «consegnati» per via telematica.

È un bene digitale per definizione il «software». Sono ad oggi beni «digitalizzabili», cioè trasformabili in forma digitale, e quindi trasferibili per via telematica, tutte le informazioni, sia sotto forma scritta, sia di immagine, sia sonora (incluse quindi le opere musicali di ogni genere). Quindi per via telematica è possibile al momento scambiare direttamente: software, immagini fotografiche (originali o riproduzioni di altre immagini, o di opere d'arte) o cinematografiche, films, libri di qualsiasi genere, articoli di stampa e qualsiasi altro tipo di opera scritta, esecuzioni musicali strumentali e/o vocali (individuali o collettive, dal vivo o in studio, ecc.), manuali di istruzione e di apprendimento, copie di atti pubblici o privati, e qualsiasi altro tipo di informazione; è inoltre possibile offrire servizi informativi, inerenti ad ogni settore professionale, e pubblicitari, che si attuano e sono fornibili direttamente in rete.

Nel commercio telematico «indiretto» la funzione della telematica si limita allo scambio delle informazioni preliminari necessarie alla contrattazione ed alla contrattazione stessa, nonché talvolta anche all'adempimento dell'obbligazione di pagamento, mentre invece il bene acquistato va consegnato per le vie fisiche ordinarie, non essendo digitalizzabile; e normalmente anche il pagamento avviene per le vie ordinarie, finanziarie o non.

Una categoria particolare di prodotti commerciabili anche in Internet è rappresentata dai «servizi», con riferimento ai quali si parla anche di commercio «invisibile» e di dominio dell'invisibile (3), osservandosi che i servizi non sono dotati di una propria autonoma esistenza materiale, e diversamente dalle merci non attraversano fisicamente le frontiere, ma mol-

to spesso rivestono la forma di un contratto, per esempio di assicurazione, di un deposito bancario, di trasporto, ecc., e comunque consistono in un'azione, in una prestazione, ed in ciò si differenziano dalla merce che è un oggetto, una cosa (4). La diversità strutturale propria della dimensione del commercio tradizionale si annulla però in sede di commercio telematico, almeno in quello «diretto», ove sia il bene-informazione che il servizio-informazione, allorché circolano telematicamente, assumono la medesima struttura digitale ed è quindi il significato informativo e l'esistenza di alcune caratteristiche produttive dell'informazione a consentire di distinguere tra gli uni e gli altri. Vi sono tra l'altro prodotti del commercio telematico diretto che possono assumere entrambe le nature: il software ad esempio è qualificabile come un bene se offerto sul Web come prodotto già compiuto e «chiuso»; e può rientrare nella categoria dei servizi se viene realizzato ad hoc, sulla base delle indicazioni del cliente, e poi consegnatogli telematicamente. Probabilmente la distinzione tra beni e servizi potrebbe con riferimento ai beni digitali, che assumono tutti la struttura di «dati» e dunque di informazioni digitali, ancorarsi in molti casi alla circostanza che l'informazione offerta e scambiata sia già preconfezionata, ovvero sia costruita a richiesta ed in funzione delle esigenze del cliente.

Sotto il profilo dei soggetti partecipanti al commercio telematico, e della natura del rapporto di scambio, si distinguono varie tipologie di rapporti (5), per ciascuno dei quali sono individuabili differenti principi e regimi giuridici applicabili:

a) i rapporti «business to business» (sintetizzati nell'espressione anglofona B2B), che si instaurano tra imprese, o comunque tra soggetti «professionisti» del settore in cui operano (ad es., contratti tra imprese produttrici tra loro, ovvero tra queste e gli intermediari commerciali, tra professionisti tra loro, tra banche e/o società finanziarie ed assicurative, ecc.); per essi non si pongono problemi di salvaguardia di posizioni di contraenti «deboli» come per il consumatore, anche se certamente non tutti i soggetti operanti nel settore professionale hanno la medesima capacità economica ed organizzativa. Fra i problemi più rilevanti nella contrattazione telematica B2B si collocano quelli relativi alla sicurezza ed alla riservatezza delle comunicazioni e delle trattative svolte on line, nonché delle stesse transazioni (soprattutto in termini di certezza dell'identità dei contraenti e di affidabilità delle tecnologie utilizzate), per risolvere i quali si ricorre usualmente all'utilizzazione di sistemi di crittografia e di firma digitale;

b) i rapporti «business to consumer» (B2C), che si svolgono tra imprese e operatori professionali e consumatori. I contratti che intercorrono tra profes-

nisti e consumatori sono ormai da tempo oggetto di particolare attenzione da parte dell'ordinamento, in considerazione della posizione di ontologica debolezza del consumatore, che è nella maggioranza dei casi necessitato da esigenze di sopravvivenza, di lavoro, o di socialità, al consumo di determinati beni o servizi, e si trova in gran parte dei casi a dover aderire a condizioni di contratto predisposte dal professionista fornitore degli stessi. La materia della tutela del consumatore (6) ha subito una profonda evoluzione nell'ultimo decennio, con rilevanti innovazioni anche della disciplina contrattuale tradizionale, soprattutto con riguardo ai contratti stipulati al di fuori degli esercizi commerciali: contratti per i quali sia il legislatore comunitario che quello nazionale hanno ritenuto necessaria una particolare tutela in considerazione della situazione del consumatore, allorché non è egli a recarsi nell'esercizio di vendita — casi nei quali si presume che egli sia non solo preparato alla contrattazione ma anche liberamente determinatosi a questa, promanando da lui l'iniziativa del rapporto commerciale, e quindi è sufficiente la tutela ordinaria — ma è contattato dal commerciante al di fuori dell'esercizio, e molto spesso colto di sorpresa ed indotto all'acquisto senza una adeguata ponderazione della utilità del bene per le sue esigenze. Oltretutto, la mancanza del riferimento spaziale-territoriale costituito dall'esercizio commerciale nei cui confronti spiegare eventuali doglianze o rimostranze si traduce spesso in una obbiettiva deminutio di tutela del contraente non professionista. L'essenza della tutela particolare accordata al consumatore consiste nel riconoscimento di un diritto di ripensamento e di recesso da contratti stipulati per effetto di sorpresa o di insufficiente meditazione dei relativi effetti; nonché nella previsione di una inefficacia, che appare affine ad una nullità relativa, di quelle clausole che ne comprimano la libertà di scelta e le possibilità di tutela, anche giudiziaria. Per l'indicazione delle principali fonti applicabili ai rapporti contrattuali coinvolgenti consumatori, si rinvia al paragrafo 5;

c) i rapporti «consumer to consumer» (C2C), che si svolgono tra consumatori, ovvero tra singoli soggetti privati al di fuori di attività professionali. Fra questi si collocano anche molte aste on line, che non sono vietate dalla legge italiana, salvo che per alcuni settori o prodotti di cui è vietato in assoluto il commercio ovvero se svolto al di fuori di circuiti controllati e regolamentati;

d) i rapporti c.d. «peer to peer» (P2P), alla lettera «da pari a pari», espressione che indica tutti gli scambi liberi di informazioni in rete (7), e che è stata coniata soprattutto per designare gli scambi di files musicali resi possibili da siti come «Napster» (8). Il commercio telematico, che si trova ancora oggi in

una fase di pre-sviluppo, presuppone per la sua concreta attuabilità la soluzione di una molteplicità di problemi, tecnici e giuridici, in parte ancora in via di approfondimento e di evoluzione, che rappresentano altrettanti ostacoli alla attuazione di una effettiva libera circolazione degli scambi.

Benché di solito si tenda a tenere distinti i due profili, quello tecnico e quello giuridico, nella realtà telematica essi sono fra loro ancor più strettamente ed indissolubilmente legati ed interdipendenti. Le soluzioni dei problemi tecnici infatti condizionano inevitabilmente i comportamenti telematici, e dunque le valutazioni e le soluzioni giuridiche; ma nel contempo le scelte tecniche, e quindi l'approntamento delle relative regole tecniche, non possono prescindere dal rispetto dei principi giuridici fondamentali che regolano i rapporti sociali ed i diritti delle persone, altrimenti le regole tecniche sono destinate a divenire illecite ed inutilizzabili.

I problemi essenziali del commercio telematico concernono:

- a) la certezza della reciproca identificazione dei contraenti, e la tutela dei rispettivi affidamenti, che presuppongono affrontati e risolti i profili tecnici di documentazione delle comunicazioni scambiate fra le parti ed i profili giuridici del significato e del valore da attribuire alle attività tecniche ai fini della loro efficacia giuridica;
- b) la garanzia della sicurezza delle comunicazioni telematiche, sicurezza che riveste molteplici e rilevanti aspetti, implicando: sia, in primo luogo, l'affidabilità tecnica delle tecnologie impiegate, che deve essere tale da non alterare né compromettere la regolarità ed il contenuto (e quindi il significato giuridico-economico) delle comunicazioni che realizzano la contrattazione; sia la riservatezza delle trattative e delle informazioni scambiate durante il corso della contrattazione, e delle comunicazioni relative all'esecuzione dei contratti telematici e in particolare al pagamento del prezzo;
- c) la garanzia di riservatezza dei dati personali che circolano e vengono scambiati durante le transazioni commerciali, ed anche degli archivi degli stessi conservati da ciascuno dei contraenti (e generalmente soprattutto dal contraente «professionale», sia esso commerciante o produttore);
- d) la possibilità di ciascuno dei contraenti di tutelare giuridicamente i propri diritti in caso di inadempimento della controparte, o di altri imprevisti o di altrui comportamenti lesivi;
- e) la adeguata garanzia della posizione di maggior debolezza del consumatore, in quanto soggetto necessitato al consumo (da esigenze personali, professionali, ecc.) rispetto alla posizione di maggior forza (economica e/o tecnologica) del soggetto commerciante;

f) la possibilità di garantire l'imposizione fiscale dei singoli Stati anche con riferimento agli scambi che avvengono nel commercio telematico.

Strumentale per il soddisfacimento di tutte tali esigenze è la (possibilità di) documentazione delle attività compiute telematicamente, il che presuppone anche soluzioni tecniche oltretutto giuridiche adeguate.

I problemi esposti sono resi ovviamente più complessi dalla dimensione sovra-nazionale di Internet e del mercato telematico che in esso si sviluppa, e dalla conseguente frequente diversità degli ordinamenti giuridici di appartenenza dei soggetti contraenti, che rende difficile individuare la giurisdizione dello Stato competente, ovvero si può tradurre nei fatti, in caso di ordinamenti meno evoluti o con minore attenzione alle problematiche del commercio, in una riduzione di garanzie e strumenti di tutela per il soggetto più debole.

Restano fuori dai problemi accennati, e dunque da questa esposizione, salvo qualche necessario accenno, i profili di rilevanza penale, per i quali si rinvia alle relative trattazioni specialistiche.

Negli ambienti della c.d. *new economy* è affermazione comune che il commercio telematico costituisce la nuova dimensione produttiva e commerciale, e che le precedenti forme di organizzazione dei mercati sono destinate rapidamente a scomparire. L'assunto sembra però eccessivamente radicale, trascurando le differenze tra i vari beni presenti sul mercato, e le disparità strutturali (che non si riducono al solo digital divide, cioè al divario nell'accesso e nell'uso delle tecnologie digitali) tra i mercati e tra le dimensioni socio-economiche dei singoli Stati.

Per un approccio più realistico alle problematiche del mercato telematico, occorre invece in primo luogo scindere i profili relativi all'economia dei beni digitali da quelli relativi ai beni tradizionali. A parte i risultati deludenti del mercato finanziario relativo alle imprese che operano nel settore delle nuove tecnologie, il che è significativo di un atteggiamento molto prudente degli intermediari finanziari professionali in relazione alle prospettive di sviluppo dell'economia strettamente digitale, con riguardo al mercato dei beni tradizionali è lecito diffidare dell'eccesso di entusiasmo, che spesso promana da settori direttamente coinvolti nella produzione delle nuove tecnologie e quindi interessati, per ragioni di propria sopravvivenza e crescita, alla promozione dell'economia telematica.

Nella realtà, anche sul piano economico, i problemi di adattamento dell'organizzazione sociale al nuovo mercato sono tutt'altro che lievi, e non appaiono, per buona parte della produzione, risolvibili in tempi brevi, mentre per altre tipologie di consumi non appaiono affatto attuabili. Trasferire infatti la dimen-

sione commerciale di un'impresa che produca beni non digitali, e quindi operi necessariamente sul mercato tradizionale, interamente sulla realtà telematica (ferma restando la fase della consegna del bene all'acquirente, che non può non seguire le vie ordinarie), presuppone non soltanto la diffusione capillare delle nuove tecnologie di comunicazione (che è ancora in fase di attuazione, e risente seriamente del c.d. digital divide, cioè del profondo divario di tecnologie della comunicazione effettivamente fruibili dalla gran parte della popolazione, esistente tra le tante aree del mercato e quindi tra i potenziali consumatori), e la creazione di strumenti giuridici adeguati di tutela delle parti contraenti, ma anche la riorganizzazione di tutte quelle attività di distribuzione che nel mercato tradizionale sono svolte dagli intermediari (importatori, esportatori, grossisti e dettaglianti). Questi, oltre a conoscere ciascuno la realtà economica concreta in cui opera (informazioni di cui si beneficia il produttore, che senza il loro apporto non riuscirebbe a conoscere le caratteristiche dei vari mercati locali), si assumono la funzione dello stoccaggio dei beni prodotti, e della redistribuzione e del trasporto ai mercati di destinazione. Attività queste che, ove il produttore scelga di rivolgersi direttamente al consumatore per via telematica, al di là dei problemi di concreta individuazione e di efficace informazione o sollecitazione del potenziale consumatore all'acquisto, vengono a gravare, in tutto o in parte a seconda delle scelte operate, direttamente su di lui, aumentandone i costi economici ed aggravandone gli aspetti organizzativi (9).

Sembra quindi ragionevolmente ipotizzabile che, non solo in termini temporali ma anche in termini settoriali, la distribuzione commerciale dei beni non digitali resterà ancorata ai canali tradizionali, e quindi alle problematiche giuridiche ordinarie; e che la dimensione telematica potrà dare implementazione, anche rilevante ove sia ben attuata, all'organizzazione dei rapporti tra produzione e distribuzione (agevolando le comunicazioni organizzative «interne») ed alla promozione/informazione del prodotto sul mercato, e quindi in definitiva al rafforzamento ed incremento del suo avviamento; nonché al commercio di quei beni che non siano reperibili agevolmente nel luogo di residenza del consumatore.

Peraltro non va trascurato che, se sul piano concreto le nuove tecnologie di comunicazione stanno indubbiamente agevolando ed incentivando — di pari passo con il loro affinamento tecnico — le relazioni intersoggettive, sul piano economico la loro diffusione mondiale, supportando la c.d. globalizzazione economica, sta in realtà rendendo più complesse ed incerte proprio le strategie economiche delle imprese, perché la improvvisa amplificazione dei mercati e degli scambi rende inadeguate le logiche economi-

che studiate per i mercati tradizionali ed è difficile individuare criteri operativi affidabili per il nuovo mercato globale. A questa situazione di costante incertezza che caratterizza i mercati ed i fattori produttivi è stato dato il nome di *sfocamento dell'economia*, proprio per sottolineare il venir meno, oltre che dei precedenti confini, propri di un sistema fondato su mercati territorialmente definiti anche se fra loro interdipendenti, anche della validità ed affidabilità di quelle logiche organizzative della produzione degli scambi che il precedente sistema giustificava (10).

(1) Cfr. ad es. l'art. 21 d.lg. 31-3-1998, n. 114 (riforma della disciplina relativa al settore del commercio, a norma dell'art. 4, 4° co., l. 15-3-1997, n. 59), intitolato al commercio elettronico, che impegna il ministero dell'industria, del commercio e dell'artigianato a promuovere l'introduzione e l'uso del commercio elettronico, ipotizzando una serie di azioni promozionali.

(2) Cfr. la Direttiva 2000/31/CE (direttiva sul commercio elettronico), pubbl. in G.U.C.E. L 178 del 17-7-2000.

(3) Cfr. SARDA, *Le transazioni internazionali sui servizi nell'organizzazione mondiale del commercio*, in *Dir. Comm. Int.*, 1996, 429 ss., che rileva come «si tratti di un'espressione ormai internazionalmente accettata che denota la difficoltà della ricerca di una definizione soddisfacente di "servizio"».

(4) SARDA, *op. loc. cit.* Cfr. anche SANTINI, *I servizi. Nuovo saggio di economia del diritto*, Bologna, 1987; GREPPI, *La disciplina giuridica internazionale della circolazione dei servizi*, Napoli, 1994, 45; SECCHI, *L'internazionalizzazione dei servizi e la teoria del commercio internazionale*, in *Rivista Internazionale di Scienze Economiche e Commerciali*, n. 4, 1985, 80.

(5) Cfr. sul tema dei contratti telematici: FINOCCHIARO, *I contratti informatici*, in *Trattato di diritto commerciale e diritto pubblico dell'economia*, a cura di GALGANO, Padova, 1997, XXII; GAMBINO, *L'accordo telematico*, Milano, 1997; MINNECI-ALIBRANDI, «Documento elettronico e contratto telematico», in *Digesto/civ.*, Agg., I, Torino, 2000, 342 ss.; CAVALAGLIO, *L'art. 11 della direttiva 2000/31/CE e le tecniche di conclusione del contratto telematico*, *DII*, 2001, 95 ss.; DELFINI, *Il d.p.r. 513/1997 e il contratto telematico*, in *Contratti*, 1998, 293 ss.; DE NOVA, *Un contratto di consumo via Internet*, in *Contratti*, 1999, 113 ss.; FLORINDI, *Il contratto digitale*, *DII*, 1999, 673 ss.

(6) La letteratura è vastissima. Si rinvia esemplificativamente, anche per i riferimenti ulteriori ivi contenuti, a: GHIDINI-CERASANI, «Consumatore (tutela del) (Diritti civili)», in *Enc. dir.*, Agg., V, Milano, 2001, 264 ss.; GABRIELLI-ORESTANO, «Contratti del consumatore», in *Digesto/civ.*, Agg., I, Torino, 2000, 225 ss.; PIZZOLANTE, *Contrattazione a distanza e tutela del consumatore in diritto comunitario*, in *Riv. comm. int.*, 2000, 389 ss.

(7) In tema cfr.: SARZANA DI SANT'IPPOLITO, *Profili giuridici del commercio via Internet*, Milano, 1999, 53 ss.; GAMBINO, *Gli scambi in rete*, *DII*, 1997, 423 ss.

(8) Sulle vicende di Napster, e dello scambio di files musicali in Rete, sui quali è impossibile soffermarsi compiutamente in questa sede, si rinvia, a titolo meramente informativo, alle pagine della rivista telematica «Punto informatico» che le ha seguite con attenzione: <http://punto-informatico.it>.

(9) Cfr. al riguardo le interessanti considerazioni di TRIPODI, *La distribuzione commerciale on line*, in TRIPODI ed altri, *Manuale di commercio elettronico*, Milano, 2000, 386 ss.

(10) Cfr. su tali aspetti strettamente economici DAVIS-MEYER, *Le zone indistinte dell'economia interconnessa*, Milano, 1999.

2. Mercato telematico e condizionamento del consumatore.

Si è accennato nel paragrafo introduttivo che le tipologie dei rapporti di scambio sono suddivise in ragione dei soggetti partecipanti e della (conseguente) natura degli scambi, nelle quattro categorie ivi indicate.

Tuttavia i rapporti tra professionisti e consumatori in Internet non sono riducibili esclusivamente al formale rapporto di scambio, com'è proprio della visione tradizionale del commercio giuridico, in quanto si rischia in tal modo, non tenendo conto delle possibilità e delle utilizzazioni concrete delle tecnologia telematica, di tralasciare aspetti fondamentali del mercato telematico, anche in vista di un'efficace salvaguardia dei soggetti deboli.

In Internet i rapporti tra professionista e consumatore, o meglio utente dei servizi telematici (che può anche essere nel suo campo un professionista), sono globali, così come è globale la dimensione comunicativa della Rete, e l'utilizzazione dell'utente telematico a fini informativi (non solo per scopi commerciali), di marketing, e di induzione al consumo (di prodotti «telematici» e non) inizia, con o senza la di lui consapevolezza, ed indipendentemente dal suo consenso, sin dal momento della connessione alla Rete. A sua volta l'osmosi tecnologica che sottostà alla tecnologia di Internet, riducendo ogni rapporto intersoggettivo — sia esso commerciale o personale, professionale o privato — ad uno scambio di informazioni digitali, consente la trasferibilità immediata ed a chiunque di tali informazioni, e la conoscibilità (diretta o attraverso l'acquisto da terzi dei dati) da parte di chiunque utilizzi (e conosca i segreti tecnici del-) la stessa tecnologia; nonché la loro rielaborazione per qualsiasi finalità da parte di chiunque ne venga in possesso.

Ciò significa che di ogni utente, sia egli semplicemente individuato con il numero di indirizzo IP del suo computer (11), ovvero sia noto con le generalità complete, è possibile acquisire — semplicemente analizzando il «traffico» telematico del suo computer — vaste informazioni su gusti, tendenze, interessi culturali e professionali, capacità economica, preferenze di consumo, ecc., che sono istantaneamente trasferibili a terzi, in forma aggregata o disaggregata, originaria o modificata, ecc. Ciò significa anche che — come ormai sempre più sovente accade — ogni rapporto «ufficiale» di scambio telematico agevola o supporta, direttamente o indirettamente, attività «trasversali», a volte occulte ed a volte palesi, tese ad acquisire, analizzare e riutilizzare le informazioni relative allo scambio informativo «ufficiale».

In altri termini, in una dimensione informativa globale, lo scambio informativo che supporta e costituisce un singolo rapporto commerciale è soltanto una

delle innumerevoli facce in cui quelle stesse informazioni possono essere conosciute ed utilizzate. La denominazione di «società dell'informazione» (12), esplicitamente enunciata dalla Direttiva 2000/31/CE, appare quantomai aderente alla natura intrinseca della dimensione telematica, in cui qualsiasi comunicazione non solo trasmette informazioni tra i soggetti partecipanti ma è essa stessa un'informazione, utile e utilizzabile per chiunque, e chiunque, nel mentre cerca e scambia informazioni su Internet è nel contempo oggetto di informazioni per altri (13): informazioni che, a parte finalità extracommerciali sempre possibili, contribuiscono in molteplici forme (tra cui una delle principali è quella della «personalizzazione» del messaggio pubblicitario) all'orientamento e all'andamento del mercato, e la cui rilevanza è incrementata dalla pervasività della pubblicità — che è la prima a sfruttare tali informazioni — e che nel mercato telematico costituisce oggi l'unico vero motore economico.

Le tecniche utilizzate per acquisire informazioni sugli scambi informativi che avvengono in Internet, e sui soggetti che li compiono, sono assai varie, e dalla loro utilizzazione congiunta, nonché dall'incrocio dei risultati, è possibile spesso tracciare «profili» estremamente precisi del consumatore/utente telematico (14).

La prima tecnica, che può ritenersi frequentemente quanto occultamente utilizzata, consiste nel «tracciamento» delle navigazioni compiute dall'utente in Internet.

Si tratta di una tecnica messa in atto apertamente in occasione dell'offerta gratuita della connessione alla Rete, da parte dei grandi gestori: in primis la società proprietaria della tecnologia fisica delle comunicazioni telefoniche — il che ha generato particolari problemi nei rapporti con gli altri Internet providers (15) — e con essa altri soggetti che, avendo ottenuto dalla prima condizioni tariffarie agevolate per l'uso delle linee telefoniche, in ragione del grande numero di utenze gestite, hanno poi offerto ai singoli utenti la connessione gratuita (salvo il costo delle telefonate di connessione, talvolta offerto con costi di comunicazione forfettizzati, ovvero gratuiti sino ad una certa soglia di costo), a condizione della comunicazione di una serie di informazioni personali (in alcuni casi, singolarmente dettagliate, di natura anagrafica, professionale, economica e relative agli interessi della persona), e del consenso all'acquisizione di dati relativi alla «navigazione» effettuata. In tal modo, salvo estemporanee soluzioni rimesse alla fantasia individuale (16), si è acquisita una massa di dati informativi che abbinati al «tracciamento» delle comunicazioni on line compiute, hanno consentito di pervenire a profili soggettivi estremamente dettagliati (17), e certamente in vio-

lazione della legge sul trattamento dei dati personali (18). Lo scopo primario della acquisizione di tali informazioni, e del loro successivo trattamento per estrarne informazioni in forma aggregata e ragionata, significative per il mercato, è quello del lucro derivante dalla cessione di tali informazioni, di solito preziose per le imprese di pubblicità, ma anche per imprese che svolgono ricerche e consulenze di mercato ed hanno necessità di avere dati sempre aggiornati, anche con riguardo al mercato telematico. Il problema reale risiede nell'impossibilità di controllo della destinazione e della circolazione di tali informazioni, dopo la raccolta, che, complice anche la severa normativa italiana in tema di dati personali, è presumibile che confluiscono presso soggetti ed in archivi tenuti e gestiti all'estero, per l'esecuzione dei trattamenti di volta in volta richiesti dai committenti.

Altro strumento di rilevazione dell'attività in Internet del consumatore di servizi telematici sono i cookies: si tratta di files di dati che all'atto della connessione con un sito telematico vengono inseriti nel computer dell'utente, e di cui è molto varia la funzione, essendo anche dubbio che tutti si limitino, come comunemente si dice, a registrare le pagine del sito visitate dall'utente (19). L'utente normalmente può (settando il programma browser, o inserendo programmi di blocco dei cookies) impedire tecnicamente che gli stessi siano allocati nel proprio computer, ma in taluni casi se non vengono consentiti non è possibile accedere al sito.

Per la legge italiana l'immissione dei cookies nel sistema informatico dell'utente, «automatica» ed all'insaputa del medesimo (come avviene normalmente, anche perché i browsers, cioè i programmi di navigazione sono normalmente settati per accoglierli senza informare l'utente del loro arrivo, e deve essere questi a modificare tali impostazioni), deve ritenersi illecita sotto molteplici profili, ed il grado ed il tipo di illiceità variano a seconda delle funzioni svolte dai cookies, potendo anche risultare penalmente rilevante ai sensi dell'art. 615 ter c.p. È senz'altro illecita l'imposizione della condizione dell'accettazione del «cookie» nel proprio computer per consentire l'accesso ad un sito, in quanto in contrasto con il disposto degli artt. 10 ss. della l. n. 675/1996 (20), che esige il consenso esplicito dell'interessato ad ogni specifico trattamento dei dati che lo riguardano, e quindi presuppone la consapevolezza delle finalità e della natura dello stesso: laddove il contenuto dei cookies è codificato, e la funzione effettiva da essi svolta è del tutto ignota e non verificabile dall'utente. Oltretutto l'allocazione dei «cookies» nel sistema informatico dell'utente espone quest'ultimo all'acquisizione indebita di informazioni su di lui non soltanto da parte del soggetto che li

invia, ma spesso anche da parte di altri soggetti, che usando (non casualmente) strutture e codifiche dei cookies analoghe, sono in grado di leggere reciprocamente i contenuti degli altri cookies. Sul piano della normativa civile l'imposizione dei cookies appare altresì illecita in quanto contraria ai principi di buona fede e correttezza, e può dare anche luogo a molteplici profili di responsabilità a seconda della tipologia di informazioni che siano, tramite essi, trasferite a terzi.

Recentemente anche il Parlamento europeo si è pronunciato nel senso della illiceità dei cookies, e di altre tecniche di controllo delle attività svolte in Rete (21), ed è in preparazione un esplicito intervento normativo in tal senso. Ma per contro stona l'atteggiamento di eccessivo liberismo assunto da altri Paesi, ed in particolare dagli U.S.A. (22), che ambigualmente sottolineano la libertà della Rete, ignorando quelle esigenze di regolamentazione e controllo dei mercati peraltro da essi stessi imposte ben più severamente nei mercati tradizionali. Si è ipotizzata la obbligatorietà di un preavviso dell'uso di cookies da parte dei siti che li usano (23), ma è comunque ben difficile che tale preavviso possa fornire informazioni esaustive sulle funzioni svolte dai cookies, e certamente non fornirebbe garanzie sull'uso che dei dati raccolti potrebbe essere fatto da chi li raccoglie o da terzi (24), nel mentre potrebbe prestarsi ad avallare attività di ricerca di informazioni ben più penetranti degli ordinari cookies.

Altre tecniche di accesso ai dati personali dell'utente sono rappresentate dalle offerte di servizi telematici gratuiti di varia natura, la cui concessione è condizionata alla prestazione del consenso da parte dell'utente alla comunicazione di dati personali ed al monitoraggio delle sue «navigazioni on line».

A parte il caso della massiccia acquisizione di dati personali attuata con le offerte di connessione (apparentemente) gratuita ad Internet (25), il tracciamento e l'invio di cookies generalmente — salvo che non si conoscano aliunde le generalità dell'utente di un determinato sistema informatico (ma fermo il dubbio se il sistema sia stato sempre utilizzato dal titolare o meno) — consentono di acquisire informazioni sul traffico telematico di un «sistema informatico», non di una persona fisica.

Esistono però molteplici possibilità per identificare compiutamente l'utente telematico, in buona parte consistenti nell'acquisizione di elementi, che circolano in Rete, o sono posseduti da differenti soggetti connessi ad Internet, per le specifiche finalità da ciascuno assolte. Questi elementi sono:

a) i dati personali comunicati a siti telematici, commerciali e non, ed in particolare generalità, numeri e codici di documenti di credito trasmessi in occasione di contrattazioni (26) on line;

b) i dati personali comunicati alle case di «software» in occasione della registrazione dei programmi: poiché i «softwares» hanno tutti dei codici identificativi interni, e spesso allocano al loro interno anche le generalità dell'utente che si registra, è assai facile per via telematica accedere a questi dati, nei «files» ove sono contenuti nello stesso computer dell'utente; come pure è facile per le società produttrici di software individuare fisicamente l'utente che utilizza (in Rete o sul proprio computer) un determinato software sulla base del codice del programma (27); c) i dati identificativi conservati dai gestori dell'accesso alla rete; d) i codici identificativi dei componenti hardware di un sistema informatico (quali dischi rigidi, il processore, ecc.) i quali hanno tutti dei numeri di codice che il singolo sistema informatico conosce e spesso alloca nelle informazioni di sistema, e sono accessibili come tutti i dati registrati su di un sistema informatico connesso ad Internet. Tali dati, se abbinati ai dati di registrazione dei softwares installati, ovvero ai dati registrati nei browsers per la connessione in Rete, consentono di identificare personalmente il titolare di un sistema informatico, e di seguirne le navigazioni in Internet (con il solo dubbio dell'identità di colui che utilizza in concreto il sistema: dubbio che può essere però sciolto verificando le passwords eventualmente usate dall'utente); e molto probabilmente consentono anche ai produttori di software di controllare la regolarità del software utilizzato da ciascun utente.

(11) Ma dall'analisi costante delle informazioni relative alle «navigazioni» di ciascuno è estremamente facile delineare un «identikit», a sua volta poi agevolmente attribuibile a persone fisiche registrate come clienti di un determinato provider.

(12) Le scienze economiche già da tempo inquadrano i concetti di «mercato», «moneta», «credito», «imprenditore» e «impresa», «società commerciali», ecc., nell'ambito della teoria dell'informazione (BOCCHINI, *Introduzione al diritto commerciale nella new economy*, Padova, 2001, 12), dal momento che senza la circolazione delle informazioni tutti tali concetti vedrebbero ridimensionata di molto o alterata la loro funzione.

(13) Da tali considerazioni si traggono argomenti — fondati — a favore dell'uso della criptazione delle comunicazioni che circolano in Internet: ma la criptazione consente di occultare i contenuti di una comunicazione, non permette invece di occultare la comunicazione stessa, e quindi non pone a riparo l'utente dal «tracciamento» dei suoi percorsi comunicativi.

(14) In argomento, cfr. MACCABONI, *La profilazione dell'utente telematico fra tecniche pubblicitarie on line e tutela della privacy*, *DII*, 2001, 425 ss.

(15) L'ingresso sul mercato della connessione da parte della Telecom, con offerte gratuite delle connessioni (che ai providers privati erano fatte pagare, e che quindi questi non potevano non far pagare alla loro clientela), è stato duramente contestato dai providers, e la loro Associazione (A.I.P.) ha presentato un esposto all'Autorità Garante della concorrenza e del mercato, la quale, all'esito di una lunga istruttoria, ha pronunciato il provvedimento del 28-1-2000, con il quale alla Telecom è stata inflitta una sanzione amministrativa nel-

la misura di unmiliardoduecentoquarantottomilioni di lire (1.248.000.000), e sono stati richiesti comportamenti e chiarimenti ulteriori.

(16) Molti infatti, con italice furbizia, hanno offerto informazioni di pura fantasia.

(17) In materia è intervenuto anche il Garante per la protezione dei dati personali, con la decisione del 13-1-2000 pronunciata con riferimento alla società Infostrada s.p.a. per il servizio gratuito di connessione ad Internet denominato «Libero». Cfr. amplius MACCABONI, *La profilazione*, cit., 430 ss.

(18) In quanto, come rilevato dal Garante per la protezione dei dati personali, il consenso richiesto era generico e non rendeva realmente consapevoli i consumatori dell'uso delle informazioni raccolte.

(19) Cfr. sul tema: CARIDI, *La tutela dei dati personali in internet: la questione dei logs e dei cookies alla luce delle dinamiche economiche dei dati personali*, *DII*, 2001, 763.

(20) Cfr. MACCABONI, *La profilazione*, cit.

(21) Cfr. i riferimenti alla pagina Internet: <http://punto-informatico.it/ps.asp?i=38013&p=1>, nonché sul sito dell'Unione europea.

(22) Cfr. MACCABONI, *La profilazione*, cit., 443-444.

(23) In tal senso la Raccomandazione delle Autorità Garanti europee del 17-5-2001, reperibile sul sito del Garante italiano, all'indirizzo IP: <http://www.garanteprivacy.it>.

(24) Cfr. sul tema dei rischi derivanti dall'uso di informazioni personali, RODOTÀ, *Tecnologie e diritti*, Bologna 1995, in particolare 155 ss.

(25) Che peraltro ha comportato altri problemi anche di natura tecnica, oltretutto inerenti a profili di correttezza, di cui non è possibile trattare in questa sede.

(26) Nel linguaggio della Rete, e soprattutto nel diritto anglosassone e derivato è frequente l'uso del termine «transazione» per indicare la contrattazione on line, ma nell'ordinamento italiano il termine ha un suo specifico significato (art. 1965 c.c.) che ne sconsiglia l'utilizzo per indicare altri fatti giuridici.

(27) Benché dichiarino formalmente di non procedere a tali forme di identificazione. Una delle ultime versioni di un sistema operativo di diffusione mondiale è costruito in modo da legarsi indissolubilmente alla tipologia di hardware su cui viene installato, proprio attraverso i codici di riconoscimento dei componenti essenziali dell'hardware.

3. Tecnologie telematiche e comportamenti negoziali.

L'irruzione della telematica nei rapporti intersoggettivi, al di là dei profili strettamente commerciali (ma è «commercio» in realtà ogni scambio di beni, anche se hanno natura di mere informazioni), rappresenta ad oggi il punto di arrivo di un lungo percorso di progressiva personalizzazione delle contrattazioni, generata anche dalla automatizzazione di molte forme di vendita commerciale, che ha indotto la dottrina a parlare di «scambi senza accordo» (28). È indubbio che nella maggior parte delle contrattazioni quotidiane il momento dell'accordo, inteso quale dialogo personale delle parti contraenti, sia ormai scomparso o ridotto al minimo. Sono infatti venute meno — ma ciò vale essenzialmente per i contratti di massa, classificabili nella categoria B2C — alcune modalità tradizionali del dialogo tra i contraenti, che erano tipiche di rapporti di scambio incentrati sulla comunicazione personale diretta tra i contraenti, e caratterizzati dal ripetuto incrocio di proposte e controproposte, allo scopo di «affinare» la scel-

ta dell'oggetto materiale e le condizioni finali del contratto.

Oggi i contratti di massa, sia che concernano la vendita di beni, sia che riguardino la fornitura di servizi (ad es., bancari, assicurativi, finanziari), si articolano in un prefigurazione rigida delle condizioni dell'offerta da parte del «professionista», condizioni raramente e in tal caso solo marginalmente modificabili, alle quali il consumatore può unicamente aderire o meno.

Tuttavia, benché l'evoluzione dei contratti di massa ha certamente irrigidito il momento della formazione del contratto, ed ha anche agevolato la nascita di (illegite) intese imprenditoriali di settore, volte a fissare condizioni uniformi di mercato più favorevoli per i propri interessi e in danno dei consumatori (come è accaduto nel settore assicurativo obbligatorio, e rischia di avvenire nel settore delle telecomunicazioni), non sembra che si possa ritenere che le nuove tecnologie abbiano stravolto l'essenza o la natura del contratto quale strumento di incontro di volontà e di composizione di interessi. A prescindere dal fatto che i fenomeni delle condizioni generali di contratto, e dei contratti per adesione, e le correlative esigenze di salvaguardia del contraente debole, non sono certo nati con le tecnologie digitali ma trovano origini ben più remote, la contrattazione telematica non appare tale da consentire di escludere del tutto la rilevanza dell'accordo tra le parti contraenti, che resta l'elemento strutturale fondante il singolo rapporto contrattuale di commercio telematico (29), anche nell'approccio giuridico di common law.

Mutano invece le modalità di esternazione della volontà negoziale, a seguito delle nuove modalità di comunicazione introdotte dalla tecnologia, e l'interprete deve adeguare la propria analisi alle nuove forme comportamentali, ma la funzione negoziale resta quella tradizionale e l'essenza strutturale del contratto non cambia.

Si modificano altresì i rapporti di forza tra le parti contraenti, per molteplici ragioni, tra cui in particolare vanno considerate: da un lato le difficoltà di tutela conseguenti alla delocalizzazione fisica dell'esercizio commerciale telematico, ed allo sganciamento dalle coordinate tradizionali che consentivano l'individuazione più agevole della normativa applicabile e del giudice competente, con indubbio affievolimento delle possibilità di difesa del contraente debole; e dall'altro un profilo particolare del digital divide, inteso come diversità di capacità tecnologica tra le parti contraenti, che (complice spesso il divario linguistico) rappresenta oggi la nuova forma di analfabetizzazione, e la cui carenza o mancanza è senza dubbio in grado di rilevare sotto il profilo della con-

figurabilità di vizi del consenso negoziale, ex artt. 1427 ss. c.c.

Come si è rilevato, «non è la qualificazione dogmatica delle fasi di conclusione del contratto che oggi rileva» (30), e che quindi può essere messa in discussione (31), «quanto piuttosto i presidi, le garanzie, le forme di tutela di chi contrae il vincolo da una parte e dall'altra del rapporto» (32). Ed in tal senso si è mossa anche di recente la normativa comunitaria, e di riflesso quella nazionale, con le molteplici fonti che richiamiamo nel paragrafo 5.

Probabilmente il punto cruciale per l'adeguamento dell'approccio giuridico ai nuovi comportamenti tecnologici risiede nella corretta comprensione e interpretazione delle modalità tecniche dei comportamenti stessi.

L'uso delle tecnologie, come ha introdotto una nuova forma di scrittura (a lungo contestata nella sua stessa natura, il che ha ritardato un approccio corretto alle problematiche del documento informatico, o elettronico, rectius digitale), ha generato nuove forme di manifestazione della volontà, e nuovi comportamenti comunicativi, di cui va verificata accuratamente la valenza giuridica, ma senza porre per ciò solo in dubbio le categorie dommatiche del giurista. Tale verifica presuppone una approfondita conoscenza della logica di funzionamento delle tecnologie di comunicazione — che poi sono in massima parte le logiche dei softwares applicativi e dei protocolli di comunicazione utilizzati — altrimenti v'è il fondato rischio per il giurista di pervenire a letture e interpretazioni fuorvianti del significato di comportamenti tecnologici, e conseguentemente di attribuire ad essi valenze giuridiche diverse e non in sintonia con il significato che le parti hanno concretamente attribuito ai propri atti. Va chiarito che si tratta di operazioni (di interpretazione della nuova «realtà digitale») meno agevoli e meno scontate di quanto sembrino, per il semplice fatto che molteplici sono le tecnologie utilizzate per comunicare e basta cambiare la «realtà tecno-logica» di riferimento per trovarsi di fronte a metodiche operative, e quindi a comportamenti sottostanti, del tutto differenti. Per essere più chiari, basta passare ad esempio dall'ambiente Windows all'ambiente Unix, o ad altri sistemi operativi e linguaggi di programmazione e applicativi sottostanti (cioè che operano nel diverso sistema operativo), per trovarsi di fronte a procedure di comunicazione del tutto diverse da quelle offerte dall'ambiente Windows, che è oggi familiare a gran parte degli utenti, ma che rappresenta soltanto uno dei diversi scenari tecno-logici in uso.

Le difficoltà — dell'interprete della realtà digitale, prima ancora che del giurista — sono aggravate dal progresso costante quanto rapidissimo delle tecnologie medesime, che può modificare e stravolgere,

nel breve volgere di mesi o di qualche anno, l'intera dimensione tecnologica (33), e determinare, con l'estinguersi di determinate tecnologie, anche l'estinzione dei comportamenti comunicativi che quella tecnologia consentiva e supportava.

La corretta interpretazione del gesto tecnologico, del comportamento tecnico, è dunque la premessa necessaria per leggerlo correttamente sul piano giuridico. Ma va considerato che anche nella tecnologia si possono rinvenire ambiguità, equivocità, duplicità o pluralità di gesti tecnologici che pur strutturalmente diversi sono in grado di indurre il medesimo effetto; e che la tecnologia in realtà moltiplica i «diaframmi» che, a vario titolo e con varie funzioni, si interpongono tra i soggetti comunicanti, rendendo di fatto ancor più incerta e complessa (e talvolta impossibile) non solo la verifica della effettiva volontà dei contraenti, ma spesso anche della effettiva identità della degli stessi.

Per meglio chiarire il senso del discorso, basti pensare al momento dell'accesso telematico ad un sito di Internet. Esso avviene normalmente mediante il click del mouse [ma anche con altro comando equivalente, quale la pressione del tasto «invio» sulla tastiera del computer (34)] sul link (cioè sul collegamento ipertestuale) che contiene il collegamento alla pagina voluta, e che all'atto del «click» attiva il collegamento a tale pagina. A tale gesto tecnico si attribuisce usualmente il significato di manifestazione di volontà di accedere alla pagina collegata (e quindi ai contenuti della stessa). Eppure può anche accadere che il gesto così compiuto non significhi affatto volontà del soggetto di accedere alla pagina «linkata». Va infatti tenuto presente che gli effetti del link, cioè del collegamento ipertestuale telematico ad una risorsa informativa del WEB, non sono e non possono essere pre-conosciuti da colui che «clicca» su di esso, dal momento che il collegamento telematico è stato approntato da colui che ha creato la pagina WEB che lo contiene, ed è modificabile in qualsiasi momento (anche dopo che l'utente lo abbia già visitato, e creda quindi ad ogni nuovo click di essere indirizzato agli stessi contenuti già visti) dallo stesso autore (35).

Per cui colui che utilizza il link non ha in realtà mai la certezza di collegarsi a ciò che gli viene indicato, e neppure a ciò che ha già visto nelle pagine «linkate», ma ha soltanto una aspettativa di fatto di trovare i contenuti che il link sembra indicare e/o che egli ha già rinvenuto in precedenza: e ben può essere indirizzato, a sua insaputa ed anche contro la sua volontà manifesta al momento del click sul link, su pagine ed in contenuti ben diversi da quelli che credeva di trovare.

Ciò può avvenire tecnicamente in molteplici modi, il più semplice dei quali consiste nell'iscrivere, in un

link che apparentemente indirizza ad un sito «A», una «stringa» di collegamento ad un sito «B»: per cui l'utente mentre crede di accedere al sito A, in realtà viene a trovarsi nel sito B. Una tecnica più sofisticata per condurre il «navigatore» (alternativamente o congiuntamente alle pagine realmente cercate) in luoghi diversi da quelli in cui vuole andare è offerta dal c.d. redirect, che consiste in un insieme di istruzioni digitate in linguaggio html o java (36) che permettono di deviare il collegamento su una o più pagine WEB prestabilite, che si aprono automaticamente e simultaneamente sul video dell'ignaro utente. All'esame dei log registrati dal server, risulterà che Tizio ha visitato uno, dieci, trenta, ecc. indirizzi di Internet, anche qualora egli non abbia mai voluto effettivamente accedere a quelle pagine, e ci si è trovato trasportato soltanto per volontà di terzi. Si tratta di una tecnologia che trova uso frequentissimo, proprio allo scopo di trascinare l'utente in siti che altrimenti non avrebbero pubblico, e spesso è sorretta da interessi economici correlati al lucro dei proventi pubblicitari (dipendenti dal numero degli accessi ad un determinato sito): comportando quindi anche una forma di (illecito) sfruttamento economico dell'utente di Internet (al di là e contro la sua volontà), che perde tempo e risorse, e spesso subisce anche un danno diretto al proprio lavoro (37); talvolta è sorretta dalla finalità di convogliare potenziale clientela su siti a contenuti particolari ed anche illeciti. Ma è un esempio evidente di come il gesto tecnico, ancorché compiuto volontariamente dall'utente, abbia effetti diversi dalle intenzioni dello stesso (38).

Una doverosa prudenza deve dunque connotare l'atteggiamento dell'interprete anche nel ricondurre soggettivamente gli effetti dell'utilizzazione di un sistema informatico, inducendolo quantomeno a non ragionare mai in termini di assoluta certezza in ordine all'imputazione dell'attività proveniente da un sistema informatico al titolare del medesimo: dal momento che già l'appartenenza del sistema ad una determinata persona non garantisce univocamente che sia stata questa ad utilizzarlo in transazioni commerciali, e che anche la prassi frequente (ma rischiosa, e sconsigliata dalle regole di sicurezza) di tenere pre-memorizzate nel sistema e nei programmi di navigazione in Rete e di accesso a servizi telematici le varie passwords relative (39), agevola l'utilizzazione da parte di terzi, abusiva o meno. Sembra più coerente con la natura ontologicamente impersonale delle tecnologie ragionare in termini di presunzione (semplice) di imputabilità dell'attività telematica compiuta da un sistema al suo titolare; anche la successiva conferma che molti siti richiedono per ordini telematici potrebbe non provenire dal titolare del sistema o della password di accesso.

Persino la firma digitale, nonostante la tesi che vorrebbe «risolto, con l'adozione del sistema di firma digitale, il problema della univoca identificazione dell'autore» (40), non garantisce realmente, di per sé stessa, l'identità fisica di chi la utilizza, e quindi «non conferisce la stessa certezza di autenticità della firma autografa» (41), ben potendo essere concretamente utilizzata da un soggetto diverso da quello al quale è stata attribuita, se per esempio è stata da questi comunicata o data ad altri per determinate attività, ovvero di fatto usurpata da altri, ecc. (42). Tanto è vero che il testo unico approvato con il d.p.r. n. 445/2000 (43), che ha inglobato in sé la disciplina già contenuta nel d.p.r. 10-11-1997 n. 513, all'art. 24 ha avvertito l'esigenza di prevedere l'ipotesi della firma digitale autenticata, enunciando (secondo comma) che «l'autenticazione della firma digitale consiste nell'attestazione, da parte del pubblico ufficiale, che la firma digitale è stata apposta in sua presenza dal titolare, previo accertamento della sua identità personale, della validità della chiave utilizzata e del fatto che il documento sottoscritto risponde alla volontà della parte e non è in contrasto con l'ordinamento giuridico» (44), e così recuperando alla dimensione digitale un'ipotesi di formale identificazione del contraente tipica della «vecchia» realtà analogica.

Nelle ipotesi di uso improprio o indebito della firma digitale possono scaturire profili di responsabilità del titolare della stessa per le obbligazioni assunte attraverso essa e per i danni causati, sotto molteplici profili, per i quali sono state addotte molteplici giustificazioni. Si è richiamato il c.d. principio dell'apparenza imputabile (45) enunciato dalla giurisprudenza, rilevandosi però che il riferimento alla «colpa» del rappresentato, che per negligenza o malizia abbia causato la situazione di apparenza sarebbe meramente nominale e che l'unico dato che emerge dalle decisioni giudiziali è «l'imputazione causale dell'apparenza al rappresentato, che cioè questi abbia posto in essere o reso possibile il crearsi della situazione apparente» (46): il che significherebbe che «colui che entra nel commercio giuridico avvalendosi della chiave elettronica, dà causa alle situazioni di apparenza create mediante l'abusiva utilizzazione di tale chiave perché comunque si è avvalso di uno strumento suscettibile di creare falsi affidamenti: l'imputazione della dichiarazione al titolare della chiave abusivamente utilizzata risulta allora conforme al principio dell'apparenza imputabile» (47). Ma si tratterebbe di affermare una vera e propria responsabilità oggettiva, che si scontra non solo con la (irrinunciabile) tassatività dei casi di previsione della stessa, ma anche con i principi generali affermati in tema di documenti tradizionali, e con la possibilità di far valere l'abuso commesso da altri per escludere la propria responsabilità. Come si è giustamente rile-

vato «non si vede perché assoggettare l'utente della firma digitale che subisca un'ingerenza non autorizzata né a lui riferibile in qualche modo in termini di colpa ad un trattamento più severo di chi lamenti la sottrazione invito domino di un testo già sottoscritto ma ancora non emesso, così precludendogli — a differenza di quanto succede per quest'ultimo — di vincere, attraverso la querela di falso, l'apparenza dell'emissione della dichiarazione» (48).

Oltretutto l'affermazione di una responsabilità oggettiva è in contrasto con la complessità della realtà tecnologica, che rende ben più difficili anche quelle operazioni che nel commercio tradizionale sarebbero del tutto banali.

Anche il principio dell'obbligo di diligente custodia ed utilizzo, enunciato dall'art. 28 d.p.r. n. 445/2000, 1° co. secondo il quale «chiunque intenda utilizzare un sistema di chiavi asimmetriche o della firma digitale, è tenuto ad adottare tutte le misure organizzative e tecniche idonee ad evitare danno ad altri» — da cui traspare la larvata ammissione della (reale) impotenza delle tecnologie a garantire la sicurezza di sé stesse — si presenta come una irrazionale pretesa di traslare sull'utente ogni e qualsiasi rischio derivante dal loro uso: anche quei rischi contro i quali egli non potrebbe far nulla (perché imprevedibili e non prevenibili — e sono molti — ovvero perché scaturenti da comportamenti altrui, neglienti o meno). Il riferimento all'adozione di «tutte le misure organizzative e tecniche», nella sua velleitaria assolutezza, stona decisamente se correlata alla particolare complessità delle nuove tecnologie, ed al livello certamente non qualificato di conoscenze da parte della generalità dell'utenza delle tecnologie informatiche (49): al punto che nella prassi è costante la necessità di affidarsi a terzi, spesso anche per le operazioni che ad un tecnico appaiono le più semplici; così come è altrettanto frequente — e conseguente — l'incapacità (50) di valutare le qualità tecniche del terzo prescelto, nonché di riconoscere e difendersi da comportamenti tecnici impropri, «aggressivi» o «fraudolenti» dello stesso o di terzi. Tra l'altro si trascura il fatto che (tutti) i softwares sono largamente imperfetti, eppure costituiscono strumenti di lavoro ormai irrinunciabili su cui l'utente deve fare necessario affidamento senza potere (né esser in grado di) verificarne la qualità tecnica né la presenza di vizi interni ad essi. Del resto non può non apparire singolare l'atteggiamento di un legislatore che punta con decisione ad imporre — in molteplici settori — l'uso di tecnologie telematiche sofisticatissime, e di alta complessità (51), in tempi esasperatamente brevi, ed a volte senza tener conto della (normale) non definitività di molti standards tecnologici, e nel contempo pretende di configurare ipotesi di responsabilità sulla base di comportamenti omissivi che non si potrebbero

compiutamente esigere neanche dai tecnici più esperti (52). L'ampia inesigibilità dei profili di responsabilità teoricamente racchiusi nell'enunciazione normativa appare ancor più evidente ove si pensi ai rischi connessi alla ontologica criticità delle tecnologie, dei dati che esse contengono, e delle comunicazioni che supportano.

Per cui, seguendo alla lettera il severo disposto normativo dell'art. 28 cit., appare conseguenza pressoché certa l'addebito di responsabilità oggettive, a fronte di obblighi teorici in concreto inesigibili. Nel mentre l'affermazione di obblighi così generici, e nel contempo legati ad una impossibile esaustività di precauzioni, rischia soltanto di scoraggiare decisamente l'approccio con le nuove realtà comportamentali, e di traslare in concreto sugli utenti le conseguenze di eventi tecnici di cui dovrebbero rispondere piuttosto progettisti, produttori e gestori delle tecnologie (53).

In conclusione, sul piano della teoria del contratto non sembra che i comportamenti tecnologici abbiano posto o possano porre in discussione il principio di cui all'art. 1325, 1° co., n. 1, c.c., ed appaiono tuttora valide le regole dettate dagli artt. 1326 ss. c.c., ma il problema dell'interprete consiste nell'individuare il gesto tecnico (o i plurimi gesti tecnici) che nel commercio telematico integri la «proposta», ovvero «l'accettazione», o ancora la «nuova proposta», ovvero l'inizio di esecuzione o l'intera esecuzione (come il download, cioè la registrazione sul proprio sistema informatico, di un file), ecc. (54). Stante la necessità di valutare attentamente il significato reale dei «gesti tecnici», soprattutto allorché sostituiscono la dichiarazione orale o scritta di volontà (come il «click» sul simbolo del bene offerto in vendita e che si vuole acquistare), acquistano rinnovato vigore e rilievo le disposizioni degli artt. 1362 ss. c.c., che vanno ovviamente letti nell'ottica dei nuovi comportamenti tecnologici, e tenendo presente che alla parola scritta od orale è spesso sostituito l'impulso del mouse inviato telematicamente dal sistema informatico, e che la digitazione di comandi informatici costituisce la nuova forma di scrittura e/o di linguaggio.

Occorre soprattutto prendere atto della ulteriore progressiva riduzione degli spazi di effettiva trattativa in ordine ai contenuti del contratto on line, in particolare nei contratti aventi ad oggetto la fornitura di servizi, al fine di affinare la verifica di corrispondenza delle clausole imposte dall'offerente alla funzione causale propria del rapporto contrattuale offerto, e nel contempo gli interventi necessari per correggere o evitare eventuali distorsioni, ed assicurare il riequilibrio dei rapporti tra le parti: sulla scia di quanto è stato fatto con la revisione della discipli-

na delle clausole vessatorie (artt. 1469 bis ss. c.c., ad opera della l. 6-2-1996, n. 52) e sulla tutela del consumatore nei contratti a distanza (d.lg. 22-5-1999, n. 185). Avendo ben presente però che qualsiasi normativa riequilibratrice che non possa contare su una effettiva tutela giurisdizionale delle violazioni è destinata a restare lettera morta ed a costituire unicamente un aggravio, sul piano economico-organizzativo, penalizzante per gli operatori professionali seri. Il neo-formalismo della firma digitale — nel mentre non può in alcun modo escludere a priori la possibilità del titolare della firma di far valere l'uso abusivo della stessa da parte di terzi, essendo irragionevole ed illegittima ogni norma in senso contrario — non appare in grado di configurarsi come l'unica forma (55) ammessa ed obbligatoria per ogni contrattazione telematica, perché sarebbe allora la prassi a travolgere una siffatta pretesa del legislatore (che tra l'altro risulterebbe in contrasto con i principi della direttiva 2000/31 che vietano la creazione di ostacoli ingiustificati alla circolazione dell'informazione e delle contrattazioni), e la giurisprudenza non potrebbe certo negare riconoscimento e tutela anche a contrattazioni informali, come avviene già per la realtà comune.

Piuttosto l'indubbio incremento dell'area di incertezza sull'identità e sulla volontà dei contraenti, derivante dall'uso di tecnologie che sono per definizione impersonali e spersonalizzabili, quanto critiche nella loro affidabilità (56), e la pretesa di diffusione, e di imposizione dell'uso delle nuove tecnologie anche nei rapporti con i soggetti pubblici, quindi anche con riferimento a posizioni soggettive essenziali, alla luce della naturale criticità e «volatilità» delle tecnologie, dovrebbe guidare l'attenzione verso una riconduzione dei presupposti di responsabilità entro i confini della diligenza ordinaria per l'utente telematico, e di una diligenza qualificata per i professionisti, ma pur sempre nei limiti derivanti dalla naturale (è bene tenerlo presente) insicurezza dell'uso delle tecnologie informatiche e telematiche, che impongono di riconsiderare anche i profili di prevedibilità, prevenibilità, e quindi imputabilità degli effetti dannosi, e di definire se del caso ipotesi tipiche di responsabilità «da rischio» derivante dall'uso della tecnologia, che tengano conto della posizione di «debolezza tecnologica» dell'utente (57).

(28) Cfr. IRTI, *Scambi senza accordo*, RTPC, 1998, 347.

(29) Cfr. PASQUINO, *La conclusione del contratto nella direttiva sull'e-commerce*, in RICCIUTO-ZORZI, *Il contratto telematico*, Padova, 2002, 69 ss.; CUFFARO, *La responsabilità precontrattuale nella contrattazione telematica*, in RICCIUTO-ZORZI, *Il contratto telematico*, cit., 223 ss.; nonché ALFA, *Postfazione*, in RICCIUTO-ZORZI, *op. cit.*, 350-351. Sul tema, cfr. anche GAMBINO, *L'accordo telematico*, Milano, 1997; nonché lo studio di OPPO, *Disumanizzazione del contratto?* (RDC, 1998, I, 525) in relazione alle

osservazioni di IRTI (*Scambi*, cit.), e la risposta di IRTI, *È vero ma (replica a Giorgio Oppo)*, *RDC*, I, 273 ss.

Osserva OPPO (*op. cit.*, 532) che la libertà di compiere l'atto c'è ancora e non può essere negata. Si tratta di affermazioni che non possono non condividersi, nonostante la tecnologia e la predisposizione di gesti tecnologici pre-strutturati nel programma informatico e nei protocolli di comunicazione. Ove si accantonasse l'accordo quale presupposto di imputazione degli effetti e delle conseguenze dello scambio commerciale, si smarrirebbe definitivamente la logica regolatrice dei rapporti giuridici, e il collegamento degli effetti diverrebbe puramente casuale o affidato alla soggettività dell'interprete. L'intera struttura di garanzia e di tutela dei contraenti — e in determinati rapporti dei contraenti deboli — è costruita sul presupposto dell'esistenza e della necessità di un accordo, e sulla esigenza di evitare che questo si formi sulla base di una inidonea, affrettata o incompleta conoscenza dei termini del contratto, risultando iniquo per una delle parti.

(30) ALPA, *Postfazione*, cit., in RICCIUTO-ZORZI, *op. cit.*, 351.

(31) Anche perché il nostro codice civile già prevede casi ed istituti in cui il comportamento negoziale diverge dallo schema tipico delle trattative formali e dello scambio informativo diretto tra le parti, previsto dall'art. 1326 c.c., e basta guardare agli artt. 1327 e 1333 c.c. per averne alcuni esempi (cfr. OPPO, *op. cit.*, 525 ss.).

(32) ALPA, *op. loc. ult. cit.*

(33) Basti pensare al salto tecnologico che è stato compiuto dai primi anni ottanta ad oggi, dai sistemi che operavano direttamente in DOS a quelli attuali, che utilizzano sistemi operativi strutturati sul DOS, ma di ben diversa capacità e facilità. Basti pensare alla dimensione comunicativa che si è aperta grazie al software ed ai protocolli di comunicazione che hanno generato l'Internet attuale.

(34) Anche perché è possibile eseguire da tastiera pressoché tutte le operazioni che compie il mouse (anche se con minore immediatezza).

(35) Non solo, ma è altresì modificabile anche da terzi che abusivamente si introducano nella pagina WEB altrui, e modifichino i collegamenti in essa contenuti.

(36) Si tratta di un linguaggio di programmazione strutturalmente molto semplice, creato in origine per gestire gli automatismi di elettrodomestici, centraline di autoveicoli, ecc., e che viene usualmente usato in Internet per la sua semplicità e per la perfetta compatibilità con il linguaggio HTML proprio di Internet.

(37) Come avviene in caso di connessioni a pagine Web «pessanti», molto grandi ovvero gravate da orpelli multimediali che ne rendono lungo e complesso il caricamento, assorbendo molta (o tutta la) memoria disponibile; ed a volte bloccando il computer che va «resettato», o va spenta fisicamente la connessione WEB (con perdita dei collegamenti in corso anche a siti utili).

(38) La tecnologia digitale consente di «mascherare» anche i contenuti di un file, e quindi anche di occultare sotto sembianze di documenti innocui contenuti illeciti (ad esempio, come è successo, di «travestire» immagini illecite sotto forma di file musicali «mp3», il che avviene semplicemente modificando l'estensione del file che ne indica la natura: chiunque lo aprirà con un programma per ascoltare musica digitale non sentirà nulla, mentre utilizzando un programma di lettura files di immagini, e sostituendo l'estensione con quella giusta, si possono visualizzare gli effettivi contenuti).

(39) Prassi che, per quanto sconsigliata, diventa però una necessità allorché le banche di dati ed i siti e le connessioni protette cui si accede sono molti, e le passwords si moltiplicano: altrimenti si smarriscono proprio le qualità di speditezza delle connessioni che rendono utile la tecnologia.

(40) In tal senso la relazione (cit. in BIANCA, *I contratti digitali*, cit., 1036) dell'Autorità per l'informatica al regolamento di at-

tuazione della disciplina del documento informatico (d.p.r. 10-11-1997, n. 513, di recente abrogato e inglobato nel d.p.r. 28-12-2000, n. 445, recante il Testo unico delle disposizioni legislative e regolamentari in materia di documentazione amministrativa).

(41) BIANCA, *I contratti digitali*, cit., 1036.

(42) Cfr. in argomento CONSALES, *L'abuso della firma digitale*, *DII*, 2001, il quale tra l'altro osserva (919): «Il sistema di crittografia asimmetrica a doppia chiave non garantisce un grado di sicurezza assoluto, per cui certamente non è da escludere la possibilità di una firma digitale apocrifa, cioè una firma riconducibile (attraverso la verifica con un valido certificato) ad una certa persona, ma da questa non realmente apposta». V. anche ZAGAMI, *Firma digitale, e sicurezza giuridica*, Padova, 2000; GAMBINO, *Commento all'art. 11 d.p.r. n. 513/1997*, in BIANCA C. M., CLARIZIA R., FRANCESCHELLI V., GALLO F., MOSCARINI L. V., PACE A. e PATTI S., *op. cit.* alla nota seguente.

(43) Per un commento generale al d.p.r. 10-11-1997, n. 513, cfr. BIANCA C. M.-CLARIZIA R.-FRANCESCHELLI V.-GALLO F.-MOSCARINI L. V.-PACE A.-PATTI S., *Formazione, archiviazione e trasmissione di documenti con strumenti informatici e telematici (commento al d.p.r. 10-11-1997 n. 513)*, a cura di BIANCA C. M., con la collaborazione di BUONOMO G.-CARICATO C.-COCCO F.-DE SIMONE C.-FINOCCHIARO G.-GAGLIARDI V.-GAMBINO A. M.-GATTI L.-MACARIO F.-MACCARONE E.-MICCOLI M.-MINERVA M.-MISSE- RINI F.-ORLANDI M.-PAGNOTTA L. A.-ROSETTI R.-SPAZIANI P.-TORSELLO M.-TROIANO P., *NLCC*, 2000, 633 ss.

(44) Il primo comma dello stesso articolo statuisce che «si ha per riconosciuta, ai sensi dell'articolo 2703 del codice civile, la firma digitale, la cui apposizione è autenticata dal notaio o da altro pubblico ufficiale autorizzato».

(45) Cfr. BIANCA, *I contratti digitali*, cit., 1037.

(46) BIANCA, *I contratti digitali*, cit., 1038.

(47) BIANCA, *op. loc. ult. cit.*

(48) Cfr. MINNECI-ALIBRANDI, «Documento elettronico e contratto telematico», in *Digesto/civ.*, I aggiornam., Torino, 2000, 351.

(49) Ma la legge non esige particolare competenza o requisiti tecnici nell'utente delle tecnologie informatiche, pur costringendolo sempre più spesso ad utilizzarle anche per fruire di servizi della P.A., e pretendendo poi di costruire profili di responsabilità come se l'utente possedesse naturalmente tali capacità.

(50) Rinvenibile spesso anche in ambienti tecnici, e diffusa altresì nel settore pubblico con notevoli rischi per la accelerazione impressa ai processi di informatizzazione della P.A.

(51) La stessa disciplina della firma digitale adottata in Italia è tutt'altro che semplice, ed è il frutto di «un esasperato tecnicismo destinato a resistere appena il tempo necessario al progresso tecnologico per compiere un passo ulteriore» (MINNECI-ALIBRANDI, *Documento elettronico e contratto telematico*, cit., 350), con un grado di sicurezza accettabile ma non assoluto, che proprio per la sua complessità, oltretutto per ritardi organizzativi, non trova agevole diffusione nella realtà commerciale.

(52) Anche perché per mano a strumenti preventivi dei danni a terzi, oltre a richiedere tempo e competenze (oltretutto risorse economiche) che la massa dei contraenti non ha e non potrebbe avere, presuppone che gli strumenti software utilizzati siano esenti da vizi: laddove la realtà quotidiana da anni sta dimostrando esattamente il contrario.

(53) Anche per tali aspetti l'approccio del giurista non può prescindere da una attenta conoscenza della realtà tecnica, e dei suoi occulti labirinti. Cfr. al riguardo l'interessante indagine condotta sui retroscena delle tecnologie, che con troppa facilità vengono immesse sul mercato senza adeguate verifiche preventive, da COOPER, *Il disagio tecnologico*, Milano, 1999.

(54) Si è anche ipotizzato che l'invio degli estremi della carta di credito dell'utente equivarrebbe ad inizio di esecuzione dell'obbligo di pagamento, e quindi ad una manifestazione di

volontà adesiva all'offerta per facta concludentia: ma in realtà anche in tali casi non è possibile generalizzare, dovendosi verificare all'interno della struttura della pagina WEB che offre il servizio il significato che tale invio di dati assume nella fattispecie contrattuale in atto. Vi sono siti che richiedono l'invio dei dati identificativi (inclusi gli estremi del documento di credito) del (potenziale) cliente già solo per consentirgli l'accesso al sito; altri che subordinano all'invio predetto la visita a determinati settori o pagine del sito; altri che vi attribuiscono semplicemente il significato di una pre-condizione per il successivo adempimento del contratto, lasciando impregiudicata all'utente la possibilità di revocare i comportamenti compiuti (ad es. la scelta di un prodotto) o di non prestare più il consenso; ed altri ancora che richiedono l'invio dei dati suddetti nella fase conclusiva, in funzione quindi di manifestazione e conferma della volontà di accettare l'offerta, e di autorizzare contestualmente il prelievo del prezzo presso la banca trattaria.

(55) Tra l'altro proprio la direttiva 2000/31/CE non ha affrontato compiutamente la questione della forma del contratto telematico, limitandosi a rilevare nel *considerando* 36 che gli «Stati membri possono mantenere restrizioni all'uso di contratti elettronici relativamente ai contratti che richiedono l'intervento di organi giurisdizionali, pubblici poteri o professioni che esercitano pubblici poteri. Tale possibilità riguarda anche i contratti che richiedono per legge l'intervento di organi giurisdizionali, pubblici poteri o professioni che esercitano pubblici poteri al fine di avere effetto nei confronti di terzi. Nonché i contratti che richiedono per legge la certificazione o l'attestazione di un notaio».

(56) Uno dei profili più seri della sicurezza dei dati informatici e delle comunicazioni telematiche riguarda l'altissimo rischio di perdita dei dati, che è intrinseco alla natura strutturale ed alla criticità delle condizioni di funzionamento delle tecnologie informatiche.

(57) Il quale non è in grado di valutare e verificare tecnicamente il prodotto tecnico che gli viene offerto sul mercato; ed in quei casi in cui lo sia, è impossibilitato, per quanto concerne il software dalla segretezza dei codici sorgenti e della struttura di esso, e per quanto concerne l'hardware, da molteplici barriere tecniche (tra cui anche la prassi di «sigillare» le macchine e subordinare la operatività della garanzia alla loro integrità dei «sigilli»).

4. Identità telematica, incongruenze nell'assegnazione dei domini, e normativa sui marchi.

La dimensione informativa telematica, per poter essere utilmente sfruttata, a scopi commerciali o anche semplicemente comunicativi, presuppone l'acquisizione di una «identità telematica», cioè di una sigla o denominazione con la quale ci si rende identificabili e visibili in Rete. Tale esigenza corrisponde altresì all'esigenza tecnica — imprescindibile per il corretto funzionamento di Internet — di rendere individuabile ciascuna risorsa informativa disponibile in Rete, e quindi nell'evitare che ad un medesimo indirizzo IP corrispondano più sistemi informatici o luoghi telematici, il che renderebbe impossibile l'indirizzamento delle comunicazioni.

Il criterio basilare di indirizzamento su Internet consiste nell'attribuzione a ciascuna risorsa informativa di un codice composto da 4 numeri, separati da un punto (ad es. 213.189.44.16), indicanti i vari parametri di allocazione spaziale delle tecnologie hardware (58). Poiché tuttavia le denominazioni numeri-

che non sono agevolmente memorizzabili, si è ritenuto di prevedere la possibilità di creare indirizzi nominativi, chiamati «Domain names» (DN), che si ricordano facilmente, e che sono utilizzabili in quanto un apposito archivio elettronico, connesso e consultabile su Internet (DNS: «Domain name server», duplicato su più «servers» in Rete per velocizzare le comunicazioni), verifica istantaneamente l'abbinamento tra «Domain Name» e indirizzo numerico e smista la comunicazione dell'utente all'indirizzo numerico corrispondente al nome digitato (59).

Con l'introduzione dei «domain names», gli indirizzi di Internet hanno assunto una evidente funzione ulteriore rispetto alla mera identificazione tecnica del sito, ponendosi come veri e propri nomi distintivi dello stesso, tanto più importanti in quanto validi per l'intera Rete. Ma proprio la globalità della dimensione telematica, annullando le barriere geografiche esistenti nella realtà fisica tradizionale (che permette invece la coesistenza di marchi e denominazioni analoghe o identiche in luoghi e per attività diverse), ha fatto emergere, a fronte della limitatezza dei sistemi identificativi della Rete — in cui non è possibile avere più di un dominio con un determinato nome all'interno di ciascun dominio di primo livello (.com, .it, .net, .uk, ecc.), altrimenti fallirebbe la sua funzione di identificazione telematica —, i problemi derivanti dall'aver trascurato i profili giuridici.

L'assegnazione del nome di dominio avviene seguendo il criterio generale cronologico della attribuzione al primo richiedente («first come, first served»), e secondo la concezione della Naming Authority, trattandosi di un sistema di identificazione tecnica, non sarebbe necessario considerare alcun aspetto giuridico (60). Si tratta però di una concezione riduttiva, perché, trattandosi di un sistema che, ancorché tecnico, non si limita ad attribuire un codice numerico, di per sé asettico, ma attribuisce con il «nome» di dominio una vera e propria identità telematica (61) (valida su tutta la Rete, e visibile in tutto il mondo), non è possibile non tener conto del diritto di ciascun soggetto di utilizzare un determinato nome: anche perché la dimensione tecnica non vive al di fuori degli ordinamenti, ma sia i soggetti che la gestiscono che i soggetti che ne fruiscono sono, per definizione, immersi nell'ordinamento giuridico — nazionale e/o internazionale — nel quale le posizioni tecniche attribuite trovano espressione ed utilizzazione, e sono tenuti ad osservarne i principi inderogabili (62).

Peraltro la situazione è stata aggravata dalla irragionevolezza di altri criteri fissati per l'assegnazione dei «Domain names».

La regola più irragionevole, a maggior ragione se vista alla luce dei limiti ontologici del sistema iden-

tificativo dei domini, è rappresentata dal riconoscimento ai soggetti muniti di partita IVA (63) della possibilità di registrare un numero illimitato di domini, anche in assenza di qualsiasi collegamento funzionale con l'attività o con il «nomen» del soggetto registrante (64).

Proprio procedendo in tal modo si è ingenuamente asservita la Rete agli scopi dei «profit seekers», concedendo loro di sfruttare a fine di (indebito) lucro le funzionalità di Internet e le lacune della sua gestione, senza alcuna effettiva utilità per la Rete, ed anzi tradendo la natura di strumento tecnico super partes ed aperto a chiunque di cui i gestori della Rete hanno a lungo (giustamente) sostenuto l'importanza. La domanda di registrazione di migliaia (o centinaia di migliaia) di domini da parte di un unico soggetto dimostrava infatti, con assoluta evidenza, l'intenzione non di utilizzare quei domini per costituire altrettanti siti informativi — nel rispetto della funzione della Rete — bensì di precostituirsi una sorta di titolo di proprietà per poter poi trarre dai domini così registrati, cedendoli ai terzi interessati, quel lucro che neppure i gestori della Rete avevano mai pensato di perseguire in considerazione della natura e della utilità della Rete. Così gli organi preposti alla gestione di Internet, ancorandosi al criterio del «first come, first served» si sono fatti espropriare (a danno dei soggetti realmente interessati a produrre e diffondere informazione on line) proprio della loro funzione primaria di governo dell'identità telematica e di attribuzione dei domini: soprattutto allorché si è consentita — in deciso contrasto con i principi giuridici del nostro ordinamento, e con i principi di tutela del nome e dell'identità personale affermati anche da Convenzioni internazionali — la registrazione di nomi propri di persona, da parte di società o di soggetti che tali nomi non avevano, e quindi non avevano titolo per fregiarsene, neppure nella dimensione telematica.

Il criterio del «first come, first served», quale unico criterio di attribuzione dei Domini è all'evidenza insufficiente, e si presta a vistose incongruenze, come è stato dimostrato proprio dal fenomeno del «domain grabbing» e dalle sempre più numerose controversie sui rapporti tra marchi e domini (su cui ci soffermiamo nel paragrafo seguente). In realtà tale criterio andava integrato (ed anzi preceduto) da criteri che definissero più concretamente i confini di ammissibilità e di concedibilità di un Dominio, ancorandoli alle qualità soggettive del richiedente.

Nel momento in cui l'indirizzo di Rete non è più espresso da un numero impersonale, ma da un nome, che può anche essere un nome proprio di persona, non è più possibile fermarsi al mero ordine cronologico, ma occorre individuare altri, ulteriori, criteri per attribuire un «domain name»: criteri

che devono fare riferimento necessario alle qualità del soggetto ed all'attività svolta o che intende svolgere in Rete. Altrimenti si determina una «occupazione» degli indirizzi della Rete senza alcun beneficio per essa e per gli utenti — privati o Istituzioni che siano — ma anzi con l'imbavagliamento (sulla base delle invocate «ragioni tecniche») della comunicazione on line e la limitazione della (libertà di) accesso all'identità di Rete: ciò a prescindere dai problemi posti dalla già complessa normativa sui marchi.

In altri termini, per evitare o almeno ridimensionare i gravi problemi scaturiti dal «domain grabbing» e dal «cybersquatting», giunti al punto da far richiedere (65) e far anche approntare un intervento legislativo (66) (che fortunatamente non ha mai visto la luce a causa della fine della legislatura nel marzo 2001, perché sulla base della sua formulazione avrebbe creato più problemi di quanti intendeva risolvere), e che adesso appare ben più arduo risolvere, sarebbe bastato affermare la necessità di un collegamento tra il «nome di dominio» richiesto e le qualità soggettive del soggetto richiedente: quale il nome della persona fisica; e la ditta o il marchio o la denominazione dell'impresa; o ancora la tipologia di attività svolta dal soggetto richiedente (67). In tal modo si sarebbe probabilmente impedita la registrazione di un nome proprio da parte di chi non fosse titolare del medesimo, e quindi si sarebbe impedito anche lo sfruttamento di nomi di personaggi famosi (68), nonché la registrazione di domini con i nomi comuni più diversi, da parte di enti impersonali, al solo scopo, a volte apertamente dichiarato ovvero intuibile, di far successivamente commercio degli stessi. All'interno di tali limiti ben avrebbe trovato applicazione il criterio del «first come, first served», dettando l'ordine di precedenza tra i soggetti aventi lo stesso nome, o svolgenti attività analoghe, e richiedenti legittimamente lo stesso nome di dominio. Reciprocamente illogica, rispetto alla registrazione di domini senza limiti dei soggetti IVA (69), risulta la limitazione del diritto delle persone fisiche ad un solo nome di dominio, che le pone in posizione di netta quanto ingiustificata inferiorità sul piano delle possibilità di comunicazione telematica, negando loro, infatti, sinanche la possibilità di avere quantomeno un sito personale ed uno inerente all'attività professionale svolta, e comunque, nel caso di persone con più attività o interessi, di attivare più siti corrispondenti alle proprie diverse sfere di interesse.

D'altro lato, il fatto stesso che all'interno degli organismi di Internet sia stata avvertita la necessità di introdurre meccanismi di arbitrato per risolvere le crescenti controversie sull'assegnazione dei nomi di dominio dimostra la sopravvenuta consapevolezza

della imperfezione e della dubbia correttezza dei criteri ad oggi seguiti.

In prospettiva futura, è prevedibile che i problemi di insufficienza e sovrapposizione dei domini si risolveranno, o almeno si ridurranno, con l'incremento dei domini di primo livello, e forse con una loro più duttile articolazione per settori, sì da consentire una visibilità per un numero maggiore di soggetti aventi

- lo stesso nome o la stessa denominazione d'impresa, pur se operanti in settori diversi.

Il problema fondamentale (non solo per l'ordinamento italiano) sottostante alle controversie relative ai beni di Internet (nomi di dominio, siti, modalità di accesso all'identità telematica, ecc.) ed alla loro disciplina, consiste nella definizione dei rapporti tra l'ordinamento giuridico di ciascuno Stato, che nel suo complesso — come integrato anche dalle fonti normative sovra-nazionali cui ciascuno Stato ha aderito ovvero che ha recepito — non è per principio derogabile da alcun altro organismo privato se non nei limiti in cui lo stesso ordinamento preveda ed ammetta la propria derogabilità — e l'ordinamento di Internet, che sembra collocarsi — secondo quanto sostengono gli stessi fautori della natura esclusivamente tecnica della Rete — sul piano di un ordinamento di natura privata, che in quanto tale non può dettare regole divergenti dalla disciplina giuridica generale vigente in ciascuno Stato, se non e solo nei limiti in cui le sue regole non si scontrino con principi giuridici inderogabili, che quindi non sono disponibili dai privati neppure sulla base di un accordo contrattuale, essendo illecito qualsiasi contratto contrario a norme imperative (come statuito per l'ordinamento italiano dall'art. 1418 c.c.) (70).

Il fatto che la Naming Authority (71) [a prescindere dalle questioni sulla sua legittimazione a decidere dell'assegnazione dei domini (72), che, ove si accetti la sua configurazione quale associazione privata, atterrebbero a scelte endo-associative, sindacabili in sede extra-associativa, e dunque in sede giurisdizionale, ancora una volta nei limiti in cui comprimessero diritti inderogabili], non sia stata all'altezza del compito (73), è in realtà conseguenza di una impostazione di fondo del regime di Internet che, adeguato ad una organizzazione ristretta e soprattutto priva di finalità di lucro, è diventato del tutto inadeguato (e pericoloso) per una dimensione della comunicazione universale e nella quale sono ormai non solo ammesse ma di gran lunga prevalenti le finalità di lucro rispetto a quelle della mera comunicazione interpersonale. Se quindi una «colpa» degli organi di Internet si vuole affermare, essa è ravvisabile appunto nel non aver compreso per tempo che lo strumento comunicativo originario si sarebbe (e si è) radicalmente trasformato in uno strumento di comunicazione globale, ed in un autonomo mercato (di di-

mensioni mondiali), e che in quanto tale non può non sottostare alle regole giuridiche del mercato (e, come dimostra il fenomeno del «domain grabbing», non tener conto anche di quelle economiche); e dunque i parametri tecnici, e le relative regole, a suo tempo definiti divengono inutilizzabili (e possono divenire addirittura fonte di responsabilità), se, incidendo su diritti personali o patrimoniali dei soggetti, vanno a confliggere con principi inderogabili dei vari ordinamenti in cui i soggetti lesi vivono ed in cui pur sempre devono trovare attuazione (e riconoscimento giuridico) le varie norme operative della comunicazione telematica (74).

Al di là della limitata ed ingenua visione pan-tecnistica degli organi di Internet, se è vero che i problemi più seri si sono posti con riferimento ai rapporti tra «domain names» e marchi d'impresa, sembra tuttavia che anche la giurisprudenza abbia talvolta oltrepassato i limiti della rilevanza attribuita (dalla normativa sugli stessi) e attribuibile ai marchi. Concepito per adempiere alla funzione meramente tecnica di strumento di identificazione del computer connesso (e quindi dei suoi contenuti on line), il «domain name» ha indubbiamente assunto di fatto, com'era peraltro ampiamente prevedibile in una prospettiva di sfruttamento economico della Rete, anche la funzione di segno identificativo del soggetto titolare in Internet, finendo, anche al di là della volontà degli organi gestori di Internet, per diventare un vero e proprio bene giuridico, non solo meritevole di tutela, ma altresì da più parti richiesto di tutela. Tuttavia, nel risolvere le molte controversie sottoposte alla sua attenzione in materia di rapporti tra «domain names» e marchi (75), la giurisprudenza ha finito con l'eccedere in senso opposto rispetto alla visione di massima libertà della NA, orientandosi troppo spesso per una concezione ingiustificatamente restrittiva dell'uso di denominazioni nei siti Web, e pretendendo di identificare la titolarità di un marchio automaticamente con il diritto a vedersi assegnato il relativo dominio (76): senza però tener conto della ben diversa funzione del nome di dominio rispetto al marchio e dei limiti ontologici della disciplina dei marchi, vincolata innanzi tutto dal principio di territorialità, nonché caratterizzata dalla coesistenza di molteplici marchi e denominazioni analoghe o addirittura identiche, perfettamente lecite per la normativa sui marchi allorché la delimitazione territoriale dell'attività svolta ovvero la differenza di settore produttivo impediscano qualsiasi confusione. Si è osservato che, in sede di giudizio di confondibilità tra segni distintivi, il criterio basato sulle differenze delle aree geografiche di operatività dei singoli operatori — ove applicato ai domain names ed alla rete Internet — perde qualsiasi valenza ed utilità (77), e che il fatto che i «domain names» non siano

vincolati al principio di specialità, tipico dei segni distintivi, può creare gravi problemi di confusione tra segni (78). Si tratta di osservazioni in parte condivisibili, ma che da un lato confermano che non può ragionarsi con riferimento ai Domini WEB negli stessi termini in cui si ragiona per i marchi e per i segni distintivi utilizzati nella realtà fisica, e dall'altro enfatizzano i gravi problemi di confusione, dal momento che ogni utente di Internet sa benissimo che è nella logica di Internet rinvenire molte denominazioni simili, o addirittura analoghe con «top level domain» diversi.

La globalità del Web collegata alla unicità dei nomi di dominio, ed alla ridotta — almeno per il momento — disponibilità di «top level domain» (cioè di classi tipo .com - .org - .net - .it - .eu ecc.) comunque non consente allo stato di soddisfare la richiesta di tutte le imprese e di tutti i soggetti del mondo (quantomeno del mondo che utilizza l'alfabeto occidentale) che desiderino un dominio esattamente riproducendo la propria denominazione. Ma neppure può ritenersi che non possano coesistere più domini identici, anche con «top level domain» diverso (ad esempio, .com, .net, .it, ecc.), ovvero più domini analoghi, ma con lievi differenze lessicali o grammaticali introdotte allo scopo appunto di differenziarli tecnicamente e rendere ciascuno unico per la reperibilità sul Web, perché si vanificherebbe la funzione principale dei domini senza offrire soluzioni adeguate.

Ove ci si ponga nell'ottica seguita da una parte della giurisprudenza, di riconoscere un automatico diritto al dominio Web corrispondente per qualsiasi denominazione d'impresa o professionale, ci si immette in una strada senza uscita, perché diviene impossibile in tutti i casi (molto frequenti nel sistema di marchi «geografici» e per tipologie di attività) di plurime denominazioni identiche — pur afferenti in origine a diversi settori produttivi o a diverse realtà territoriali — individuare a quale soggetto debba spettare in assoluto il corrispondente nome di dominio Web (79), ed il preteso (ma infondato) diritto di escludere dal quel «domain name» ogni altro soggetto.

Basti pensare, ad esempio, che, con riferimento al solo mercato italiano, alle denominazioni d'impresa già oggetto di controversie giudiziarie, alla data del 26-8-2002 sono rinvenibili (nella banca dati del sito «www.infoimprese.it»): con la denominazione «Nautilus» (80) oltre 150 imprese; con la denominazione «Teseo» (81) oltre 140 imprese; con la denominazione «touring» oltre 130 imprese (82), e oltre 900 con denominazioni contenenti la parola «Tour»; con la denominazione «Amadeus» (83) oltre 100 imprese; ecc. In tutti i casi in cui si debba scegliere tra più soggetti che hanno egualmente titolo a richiedere un certo nome come nome di dominio (84), non sarebbe possibile senza introdurre elementi sogget-

tivi ed irrazionali decidere che un determinato soggetto debba ottenere il domain name ad esclusione di tutti gli altri: in tali ipotesi, criterio più che corretto appare quello della priorità della richiesta, che ben giustifica l'attribuzione del dominio stesso e dunque il criterio del «first come, first served» resta l'unico utilizzabile fintanto che non sia possibile tecnicamente moltiplicare il numero dei domini «identici» (ampliando il novero delle categorie di «top level domain»). I richiedenti successivi potranno sempre registrare un dominio analogo introducendo minime variazioni (85) che lo differenzino dal primo registrato, senza che si possa parlare per ciò solo di confusione o confondibilità secondo i criteri della normativa tradizionale sui marchi, perché la affinità dei nomi di dominio Web — che vanno pur sempre considerati per quel che sono, e cioè degli indirizzi di identificazione di risorse informative sul Web — è naturale ed inevitabile, a causa della povertà di linguaggio e della universalità della denominazione attribuita, e non è possibile certo eliminarla attraverso provvedimenti giurisprudenziali (86).

Se quindi può ben ragionarsi in termini di illiceità per i casi di registrazione di un marchio altrui come dominio da parte di chi non abbia alcun collegamento con esso (ed è stato un grave errore ammetterli a registrazione da parte della NA), non può invece ragionarsi in termini analoghi quando vi siano pluralità di soggetti con il medesimo nome o ditta, ed i rispettivi marchi (che non consistono solo in un nome, ma in un insieme di segni anche grafici) rechino identiche denominazioni, perché a tutti tali soggetti può riconoscersi il diritto a registrare il nome che rientra nel marchio, ed allora la pozziorità del diritto non può essere riconosciuta su altra base che su quella della priorità della richiesta.

Anche per quanto riguarda il diritto al nome, di cui all'art. 7 c.c., il criterio «first come, first served» ben potrà operare fra i soggetti che abbiano il medesimo nome e cognome, mentre deve ritenersi assegnato indebitamente senza titolo il nome di una persona ad un ente od organismo o ad altra persona che non abbia quel nome e non abbia alcuna connessione con esso (87).

(58) L'organo preposto alla assegnazione degli indirizzi IP e dei nomi di dominio è oggi l'ICANN (The Internet Corporation for Assigned Names and Numbers, <http://www.icann.org/general/abouticann.htm>) che è un organo tecnico creato nell'ottobre 1998 da un coordinamento di comunità commerciali, tecniche, accademiche e di utenti della Rete, e che è subentrato alla IANA.

(59) In ordine alla struttura ed alla organizzazione di Internet cfr. SARTI, *I soggetti di Internet*, AIDA, 1996, Milano, 5 ss.; nonché CALVO-CIOTTI-RONCAGLIA-ZOLA, *Internet 2000. Manuale per l'uso della rete*, Bari, 1999.

(60) Cfr. in tal senso, su Internet: ALLOCCHIO (pres. Naming Authority italiana), *La legislazione deve sottostare alle nor-*

mative tecniche (<http://www.interlex.it/nomiadom/allocch2.htm>). Un serrato dialogo si è sviluppato in Italia, anche all'interno degli organismi tecnici preposti ad Internet, evidenziando il conflitto concettuale tra i sostenitori della esclusiva funzione tecnica dei nomi di dominio, e quindi della irrilevanza per esse dei profili giuridici, e gli assertori della indiscutibile rilevanza degli aspetti giuridici: cfr. CAMMARATA, *Il dominio della tecnica e il dominio del diritto* (<http://www.interlex.it/nomiadom/comunit2.htm>); ALLOCCHIO, *La legislazione*, cit. (<http://www.interlex.it/nomiadom/allocch2.htm>); COLIVA, *Perché la Naming Authority «non esiste»* dell'11-10-2001 (<http://www.interlex.it/nomiadom/coliva23.htm>); CAMMARATA, *La comunità dell'internet non è un club*, del 4-10-2001 (<http://www.interlex.it/nomiadom/comunita.htm>).

(61) Sottolinea ALLOCCHIO (*op. loc. cit.*) che nella denominazione originaria si tratta di «distinguished names». Ma non è l'accezione linguistica a determinare la rilevanza giuridica, bensì l'incidenza su diritti che la legge già riconosceva e riconosce come intangibili ben prima della genesi della normativa tecnica di Internet.

(62) È quindi erroneo l'assunto secondo cui «la legislazione non può e non deve occuparsi di definizioni tecniche, e deve sottostare alle normative tecniche, ed al massimo può renderle obbligatorie per legge» (ALLOCCHIO, *La legislazione*, cit.), denotando unicamente la mancanza di conoscenza dei principi giuridici, peraltro naturale in soggetti tecnici. È evidente che l'ordinamento non può ignorare alcun comportamento che avvenga entro i suoi confini di sovranità, e la internazionalità della Rete non toglie che debbano essere rispettati alcuni principi giuridici inderogabili, come il rispetto del diritto al nome, e tra l'altro affermati anche in Convenzioni internazionali, che quindi hanno la medesima efficacia sovranazionale della Rete, vincolando tutti gli Stati aderenti. *La natura «tecnica» di una regola non ne vale ad escluderne la illiceità, ove implichi comportamenti contrari a norme inderogabili di legge*. Né d'altro lato possono considerarsi esclusivamente tecniche regole che incidono sul diritto di accesso alla Rete e sulla visibilità telematica di ciascun soggetto, che deve ritenersi espressione della libertà di comunicazione e di manifestazione del pensiero.

(63) Parametro — previsto dall'art. 4 delle regole di Naming — di cui resta incomprensibile l'elevazione a criterio distintivo tra i soggetti ammessi e quelli esclusi dal diritto alla registrazione illimitata di domini.

(64) Rileva ANTONINI (*La tutela giuridica del nome di dominio*, *DII*, 2000, 816) che «i problemi sono insorti nel momento in cui si è consentita la registrazione di nomi di dominio senza limiti, rimuovendosi le restrizioni originarie che prevedevano per ciascun utente la possibilità di registrare un solo nome».

(65) Cfr., su Internet, l'intervento di BERTOLA (componente della NA italiana), *Sarebbe opportuna una legge-quadro* (all'indirizzo IP <http://www.interlex.it/nomiadom/bertola1.htm>, nonché sul sito della NA).

(66) Il d.d.l. Passigli, infatti, invece di limitarsi a fissare i criteri generali cui avrebbe dovuto attenersi la NA nell'assegnazione dei domini per rispettare i principi fondamentali dell'ordinamento, prevedeva la costituzione di un'autonoma anagrafe dei domini, creando un duplicato di quella esistente presso la Naming Authority, e quindi la burocratizzazione del servizio, con sottrazione però dello stesso all'organo tecnico preposto, con prevedibili complicazioni e lungaggini nella gestione dei domini. E soprattutto prevedeva una serie di divieti di registrazione come domini per determinate categorie di nomi (quando ormai il danno dell'accaparramento da parte di terzi era già avvenuto) così vaste da vanificare praticamente la funzione o l'utilità del servizio. Si vedano in senso critico (anche se non tutte le argomentazioni sono giuridicamente condivisibili), su Internet: MANGANELLI, *Nomi a dominio e diritto al nome*, del 23-3-2001 (<http://www.interlex.it/nomiadom/mangan2.htm>); ALLOCCHIO, *I*

commenti e le proposte di un tecnico, del 5-3-2001 (<http://www.interlex.it/nomiadom/allocch1.htm>).

(67) La mancata riflessione su tali aspetti deriva dalla mancanza di giuristi all'interno degli organi di Internet, che pure decidono di situazioni soggettive ormai di estrema rilevanza giuridica, vista l'importanza assunta dalla comunicazione in Rete.

(68) Ben potendosi trovare denominazioni alternative per i siti di fans di personalità dello spettacolo, per le quali ad esempio il nome del personaggio avrebbe potuto essere abbinato ad ulteriori sigle o simboli, tali da differenziare il sito curato da un fan dal sito designato con il solo nome del personaggio e identificante il suo sito personale.

(69) Restano ad oggi incomprensibili le ragioni dell'elevazione della partita IVA a criterio abilitativo della registrazione di un numero illimitato di domini.

(70) Ad esempio, ai providers che si accollano il compito di gestire la manutenzione dei domini registrati le regole di Naming impongono di accettare le regole di naming in vigore in quel momento, e tale obbligo grava anche sull'utente che tramite il provider registra il dominio. Ma al di là dei profili di effettiva conoscenza di tali regole, trattandosi di contratti che rientrano senza dubbio nei contratti per adesione (assimilabili ai contratti B2C per quanto concerne gli utenti), le cui condizioni sono predisposte unilateralmente dall'autorità di naming, si applicano ad essi tutte le garanzie ed i principi stabiliti dall'ordinamento comunitario ed italiano a tutela dei consumatori, e qualora le regole così imposte violino tali normative, sono certamente le «regole tecniche» a dover «cedere» il passo alle regole giuridiche.

Qualche dubbio solleva l'opinione secondo cui per principio non sarebbero in alcun modo imponibili ai contratti già conclusi con l'utenza le modifiche successive delle regole tecniche, in quanto è riserva usuale nei contratti di fornitura di servizi che la modifica di standard tecnici comporta l'automatica modifica delle condizioni di contratto relative, e tali clausole non appaiono illegittime qualora le modifiche siano effettivamente dettate da esigenze generali e non rappresentino una indebita compressione di posizioni individuali (ovvero le modifiche non confliggano ancora una volta con norme inderogabili).

In ogni caso va tenuto presente che la normativa su Internet, una volta aperta a tutti la Rete, è divenuta uno strumento globale di comunicazione, incide su diritti fondamentali dell'individuo, che le regole tecniche non possono ignorare o comprimere.

(71) E più in generale gli organi tecnici «supremi» di Internet (l'ICANN, ecc.).

(72) Cfr. MONTI, *Aspetti giuridici della registrazione dei nomi a dominio*, del 4-10-2001 (<http://www.interlex.it/nomiadom/amonti54.htm>); nonché MONTI-AMBROSINI, *Trademark online*, Milano, 2001.

(73) Così CAMMARATA, *La comunità dell'internet non è un club*, del 4-10-2001 (<http://www.interlex.it/nomiadom/comunita.htm>). La scarsa dimestichezza degli organi di Internet con le regole del diritto è testimoniata anche da diverse disposizioni racchiuse nelle c.d. regole di Naming. Ad esempio, l'art. 12 del regolamento d'assegnazione dei nomi a dominio della Registration Authority italiana prevede espressamente la sospensione dell'assegnazione del nome a dominio per ordine dell'autorità giudiziaria (notificatole nelle forme di legge) con cui venga inibito l'uso all'assegnatario, ed il ripristino a favore dell'originario assegnatario solo a fronte di un provvedimento esecutivo dell'autorità giudiziaria (con cui siano respinte le richieste di chi ne contestava la legittimità dell'uso, oppure a fronte della dimostrazione che il procedimento, nell'ambito del quale il provvedimento che ha portato alla sospensione è stato emesso, si è estinto). Si tratta di condizioni in realtà non armoniche con i principi giuridici processuali, per i quali ciò che rileva è la esecutività della decisione — anche se provvisoria (come un provvedimento cautelare) — e non definitiva — e non

ha rilevanza l'avvenuta estinzione o meno del procedimento, se non al fine di caducare eventualmente gli effetti del provvedimento cautelare emesso.

(74) Si tratta di una «colpa» che probabilmente sarebbe stata notevolmente attenuata o elisa se negli organi «tecnici» di Internet fossero stati presenti sin dall'inizio anche dei giuristi e non solamente dei tecnici. Ma resta — e gli scritti richiamati nelle note precedenti lo confermano — una incomunicabilità di fondo tra «tecnici» e giuristi, che è incolpevole, e deriva da una differente formazione culturale, che rende difficile per il tecnico (adusato a ragionare in termini di certezze matematiche) comprendere le aree indistinte e la mutevolezza dell'approccio giuridico, e delle relative regole, che seguono la realtà, e devono adeguarsi ai suoi continui mutamenti.

(75) In argomento la letteratura è già vasta. Cfr., fra in tanti: ANTONINI, *La tutela giuridica del nome di dominio*, *DII*, 2001, 813 ss.; ALBERTINI, *Segni distintivi, titolo di opera dell'ingegno e nomi di dominio (con cenni alle nuove regole di naming italiano)*, *GI*, 2001, 865; BASSOLI, *Domain grabbing e tutela inibitoria*, *DII*, 2001, 522 ss.; CASSANO, *Cybersquatting*, *DII*, 2001, 83 ss.; CASSANO, *Una giurisprudenza toscana sui nomi di dominio?*, *DII*, 2001, 511 ss.; GATTA, *Problemi in tema di «domain names»: le ipotesi di regolamentazione comunitaria*, in ANTONUCCI (a cura di), *E-commerce. La direttiva 2000/31/CE e il quadro normativo della rete*, Milano, 2001, 177 ss.; MAYR, *I domain names ed i diritti sui segni distintivi: una coesistenza problematica*, *AIDA*, 1996, 223 ss.; SAMMARCO P., *La riconducibilità a nome a dominio dei marchi complessi e la loro tutela*, *DII*, 2001, 736 ss.; STABILE, *La tutela del domain name e la risoluzione virtuale delle dispute in Internet*, in *Dir. Ind.*, 1997, 939; MONTUSCHI, *Internet, la «guerra dei nomi» e il ruolo della Registration Authority*, in *Dir. Ind.*, 1998, 138; PASCUZZI, *Da IANA a ICANN. Un nuovo regime di attribuzione dei nomi a dominio su Internet*, *FI*, 1999, IV, 415; VITERBO, *La tutela dei nomi a dominio come tutela del diritto al nome*, *DII*, 2001, 544 ss.; PERIN, *La proprietà industriale*, in CASSANO (a cura di), *Internet. Nuovi problemi e questioni controverse*, Milano, 2001, 88; VARÈ, *La natura giuridica dei nomi di dominio*, Padova, 2001; SAMMARCO P., *Il giudizio di confondibilità applicato ai nomi a dominio con particolare riferimento alla testata di giornale*, *DII*, 2001, 45; ID., *Competenza territoriale in materia di illecita utilizzazione di nome a dominio*, *DII*, 2001, 236; ID., *La riconducibilità a nome a dominio dei marchi complessi e la loro tutela*, *DII*, 2001, 736.

(76) In giurisprudenza cfr.: in senso più prudente nell'affermazione di applicabilità senza eccezioni della disciplina dei marchi, T. Bari, 24-7-1996, *FI*, 1997, I, 2316, e *AIDA*, 1998, 522; T. Firenze, 29-6-2000, *DII*, 2000, 673 ss., con nota di SAMMARCO; nel senso più estensivo della disciplina dei marchi, cfr. T. Reggio Emilia, 30-5-2000, *DII*, 2000, 668 ss.; T. Milano, 3-6-1997, *GI*, 1997, 697; T. Milano, 10-6-1997, *RDI*, 1998, II, 430; T. Roma, 9-3-2000, *DII*, 2000, 366; T. Verona, 25-5-1999, *FI*, 1999, I, 3061; T. Padova, 14-12-1998; T. Bari, 18-6-1998, *FI*, 1999, I, 3062; T. Roma, 2-8-1997, *FI*, 1998, I, 923; T. Milano, 10-6-1997, *FI*, 1998, 923; T. Pescara, 9-1-1997, *DII*, 1997, 952; T. Modena, 23-10-1996, *FI*, 1997, I, 2316.

(77) IMPRODA, *Segni distintivi e domain names: un rapporto conflittuale*, *DII*, 2000, 366 ss.

(78) IMPRODA, *Segni distintivi e domain names: un rapporto conflittuale*, *DII*, 2000, 368.

(79) Si rischia di dar vita ad una serie di controversie a catena, perché una volta riconosciuto il diritto al dominio ad un soggetto avente una data denominazione, automaticamente lo stesso diritto potrebbero vantare ed avere titolo per vederselo riconosciuto tutti gli altri soggetti che hanno la medesima denominazione, pur se con diversa operatività territoriale o diversa attività d'impresa.

(80) Oggetto di controversia nella causa decisa da T. Pescara (ord.), 9-1-1997 (Ballardini c. Nautilus s.r.l.), *DII*, 1997, II, 952.

(81) Oggetto di controversia nella causa decisa da T. Bari

(ord.), 24-7-1996 (*Soc. Teseo/Soc. Teseo Internet Provider*, *FI*, 1997, I, 2316).

(82) Oggetto di controversia nella causa decisa da T. Viterbo (ord.), 24-1-2000 (*Touring club italiano*, soc. Touring editore / vecchi, *FI*, 2000, 2334), nella quale vicenda peraltro, entrambi i soggetti avevano pieno titolo ad utilizzare il nome «Touring», e quindi andava necessariamente rispettato il diritto del primo registrante (che tra l'altro aveva registrato il solo nome «touring», rispondente alla propria denominazione, e ben diverso dalla sigla «touringclub» o «touringclubitaliano», che deve ritenersi invece spettante in quanto più pertinente all'altro soggetto, e ben potendo quest'ultimo registrare comunque un dominio analogo con impercettibili variazioni della sequenza di caratteri).

(83) Oggetto di controversia nella causa decisa da T. di Milano (ord.), 9-6-1997 (*Amadeus Marketing s.a.*, *Amadeus Marketing Italia s.r.l. / Logica s.r.l.*), *DII*, 1997, 955.

(84) L'errore di fondo della NA, come già sottolineato, è stato di non restringere l'operatività del criterio cronologico all'interno della fascia di soggetti che avessero effettivamente un titolo (in primis denominazione d'impresa o nome proprio di persona, quindi tipologia di attività imprenditoriale o professionale svolta) per richiedere un certo dominio: lasciando che la maggioranza dei domini fosse accaparrata da soggetti sine titolo.

(85) Ad esempio con l'inserimento di trattini, segni d'interpunzione, abbreviazioni, o altri simboli, in modo da poter richiamare comunque la propria denominazione d'impresa originale.

(86) Non appare condivisibile, ad esempio, la decisione di T. Modena del 1°-8-2000 — adottata in via d'urgenza — che ha ritenuto possibile inibire, a fronte della avvenuta registrazione di un dominio «Modenaonline.com», l'utilizzazione da parte di altri del dominio «Modenaonline.it», essendo nella logica dei domini di Internet la riproducibilità di un nome sotto più «top level domain», e non potendosi per ciò solo ritenersi sussistente una usurpazione del marchio, al di là del fatto che nel caso di specie il secondo dominio di cui si chiedeva l'inibitoria non era attivo e quindi forse erano dubbi altresì i presupposti dell'azione in via d'urgenza.

(87) Correttamente il T. Torino, 20-12-2000 (*DII*, 2001, 539 ss., con nota di VITERBO) ha accolto il ricorso dell'attrice Alessia Merz, sotto il cui nome una società aveva registrato un proprio sito (e — fatto comunque irrilevante ai fini del riconoscimento del diritto — per la cui cessione all'attrice aveva richiesto un ingente somma), ordinando alla Registration Authority Italiana - Istituto per le Applicazioni Telematiche (IAT) del Consiglio Nazionale delle Ricerche, in persona del suo legale rappresentante pro tempore, di revocare l'assegnazione del suddetto nome a dominio già effettuata a favore della società «Le Mie Favole» s.a.s. di Paolo Luino.

5. Le fonti normative comunitarie e nazionali applicabili alla contrattazione telematica.

Ad oggi appare già notevole il corpus normativo, comunitario e nazionale, che risulta riferibile al commercio telematico, in quanto accanto alla direttiva comunitaria specificamente dedicata ad esso, e cioè la n. 2000/31/CE, si collocano una molteplicità di fonti, molte orientate alla salvaguardia dei consumatori, e molte altre relative a settori specialistici quali quelli dei prodotti e servizi finanziari e bancari. La stessa direttiva 2000/31, nel considerando 11, precisa che essa «lascia impregiudicato il livello di tutela, in particolare, della sanità pubblica e dei consumatori garantito dagli strumenti comunitari» già esistenti, ed espressamente richiama una serie di fonti comu-

nitare ritenute essenziali, tra cui in particolare la direttiva 93/13/CEE del Consiglio, del 5-4-1993, concernente le clausole abusive nei contratti stipulati con i consumatori, e la direttiva 97/7/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 20-5-1997, riguardante la protezione dei consumatori a distanza, che per espressa dichiarazione del *considerando cit.* «costituiscono un'acquisizione essenziale per la tutela del consumatore in materia contrattuale e devono continuare ad applicarsi integralmente ai servizi della società dell'informazione». Inoltre sono direttamente richiamate:

la direttiva 84/450/CEE del Consiglio, del 10-9-1984, concernente la pubblicità ingannevole e comparativa,

la direttiva 87/102/CEE del Consiglio, del 22-12-1986, relativa al ravvicinamento delle disposizioni legislative, regolamentari e amministrative degli Stati membri in materia di credito al consumo,

la direttiva 93/22/CEE del Consiglio, del 10-5-1993, relativa ai servizi di investimento nel settore dei valori mobiliari,

la direttiva 90/314/CEE del Consiglio, del 13-6-1990, concernente i viaggi, le vacanze ed i circuiti «tutto compreso»,

la direttiva 98/6/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 16-2-1998, relativa alla protezione dei consumatori in materia di indicazione dei prezzi dei prodotti offerti ai consumatori,

la direttiva 92/59/CEE del Consiglio, del 29-6-1992, relativa alla sicurezza generale dei prodotti,

la direttiva 94/47/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 26-10-1994, concernente la tutela dell'acquirente per taluni aspetti dei contratti relativi all'acquisizione di un diritto di godimento a tempo parziale di beni immobili,

la direttiva 98/27/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 19-5-1998, relativa a provvedimenti inibitori a tutela degli interessi dei consumatori,

la direttiva 85/374/CEE del Consiglio, del 25-7-1985, relativa al ravvicinamento delle disposizioni legislative, regolamentari ed amministrative degli Stati membri in materia di responsabilità per danno dei prodotti difettosi,

la direttiva 1999/44/CEE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 25-5-1999, su taluni aspetti della vendita e delle garanzie dei beni di consumo,

la direttiva 92/28/CE del Consiglio, del 31-3-1992, concernente la pubblicità dei medicinali per uso umano.

Il medesimo considerando 11 aggiunge che «la presente direttiva dovrebbe far salvo il disposto della direttiva 98/43/CE del Parlamento europeo e del Consiglio del 6-7-1998, sul ravvicinamento delle disposizioni legislative, regolamentari e amministrative degli Stati membri in materia di pubblicità e di

sponsorizzazione a favore dei prodotti del tabacco, adottata nell'ambito del mercato interno, e delle direttive sulla protezione della sanità pubblica», e che «integra gli obblighi di informazione stabiliti dalle suddette direttive e, in particolare, dalla direttiva 97/7/CE».

Le disposizioni delle direttive 84/450/CEE, 85/577/CEE, 87/102/CEE, 89/552/CEE, 90/314/CEE, 92/28/CEE, 93/13/CEE, 94/47/CE, 97/7/CE, e 1999/44/CE sono oggetto di particolare tutela per la possibilità, (introdotta dalla direttiva 98/27/CE, e per l'ordinamento italiano dal decreto legislativo attuativo 23-4-2001 n. 224, che ha in tal senso modificato la legge n. 281/1998, sui diritti dei consumatori e degli utenti) riconosciuta agli organismi pubblici indipendenti, ed alle organizzazioni riconosciute in altro Stato dell'Unione europea ed inseriti nell'elenco degli enti legittimati a proporre azioni inibitorie a tutela degli interessi collettivi dei consumatori, di agire ai sensi della legge cit. nei confronti di atti o comportamenti lesivi per i consumatori del proprio Paese, posti in essere in tutto o in parte sul territorio dello Stato, in violazione delle suddette direttive comunitarie.

Per quanto concerne gli specifici contenuti della regolamentazione introdotta dalla direttiva 2000/31, questa fissa alcuni principi vincolanti per i legislatori nazionali, stabilendo:

A) il divieto di limitare, per motivi che rientrano nell'ambito regolamentato dalla direttiva, la circolazione dei servizi dell'informazione provenienti da un altro Stato membro (art. 3, paragrafo 2), salvo che sia reso necessario:

— da motivi di ordine pubblico, in particolare per la prevenzione, investigazione, individuazione e perseguimento in materie penali, quali la tutela dei minori e la lotta contro l'incitamento all'odio razziale, sessuale, religioso o etnico, nonché violazioni della dignità umana della persona;

— da ragioni di tutela della sanità pubblica;

— da esigenze di pubblica sicurezza, compresa la salvaguardia della sicurezza, e della difesa nazionale;

— da esigenze di tutela dei consumatori, compresi fra questi gli investitori.

In ogni caso tali limitazioni per essere legittime devono (salvo casi urgenza) soddisfare le seguenti condizioni: concernere un determinato servizio (e non una generalità di servizi) della società dell'informazione che risulti lesivo delle suddette esigenze; essere proporzionate alla salvaguardia da apprestare; ed essere precedute dalla richiesta di adozione di provvedimenti avanzata allo Stato membro della Comunità nel cui territorio risiede il prestatore di servizi che pone in essere i comportamenti lesivi, nonché dall'inerzia o dalla insufficiente azione di tale Stato lede le suddette esigenze, e dalla notificazione alla

Commissione ed allo Stato predetto dell'intenzione di adottare le limitazioni ritenute necessarie.

B) il divieto di assoggettare ad autorizzazione preventiva l'accesso ai servizi offerti da un prestatore di un servizio della società dell'informazione (art. 4).

C) l'obbligo di tutelare l'informazione, e conseguentemente l'affidamento, dell'utente dei servizi della società dell'informazione, attraverso:

1) l'imposizione dell'obbligo ai fornitori di servizi di informazione su Internet di rendere facilmente accessibili in modo diretto e permanente ai destinatari del servizio e alle competenti autorità almeno le seguenti informazioni (art. 4):

- a) il nome del prestatore dei servizi informativi;
 - b) l'indirizzo geografico dove il prestatore è stabilito;
 - c) gli estremi che permettono di contattare rapidamente il prestatore e di comunicare direttamente ed efficacemente con lui, compreso l'indirizzo di posta elettronica;
 - d) qualora il prestatore sia iscritto in un registro di commercio o analogo pubblico registro, il registro presso il quale è iscritto ed il relativo numero di immatricolazione o mezzo equivalente di identificazione contemplato nel detto registro;
 - e) qualora un'attività sia soggetta ad autorizzazione, gli estremi della competente autorità di controllo;
 - f) per quanto riguarda le professioni regolamentate:
 - l'ordine professionale o istituzione analoga, presso cui il fornitore è iscritto;
 - il titolo professionale e lo Stato membro in cui è stato rilasciato;
 - un riferimento alle norme professionali vigenti nello Stato membro di stabilimento nonché le modalità di accesso alle medesime;
 - g) se il prestatore esercita un'attività soggetta ad Iva, il numero di identificazione della partita;
 - h) l'indicazione chiara dei prezzi, e dei costi aggiuntivi per imposte e consegna;
- 2) l'imposizione dell'obbligo per i soggetti che diffondono comunicazioni commerciali di offrire le seguenti informazioni (oltre a quelle derivanti da altri obblighi di informazione posti dal diritto comunitario):
- a) la identificabilità come tale della comunicazione commerciale;
 - b) la identificabilità della persona fisica o giuridica per conto della quale viene effettuata la comunicazione commerciale;
 - c) la chiara identificabilità come tali delle offerte promozionali, quali ribassi, premi od omaggi, sempreché siano permesse dallo Stato membro in cui è stabilito il prestatore, e la facile accessibilità dell'utente alle condizioni per beneficiarne, oltreché la non equivocità di tali condizioni;
 - d) la chiara identificabilità come tali di concorsi o giochi promozionali, qualora permessi dallo Stato di

stabilimento del prestatore, e la facile accessibilità e non equivoca indicazione delle condizioni di partecipazione.

A livello nazionale occorre considerare in particolare una pluralità di leggi, in buona parte emanate in attuazione delle predette normative comunitarie, che considerano non soltanto l'aspetto generale della correttezza e trasparenza dei rapporti contrattuali e della tutela del consumatore, ma affrontano anche profili di sicurezza e qualità dei prodotti. In particolare:

- il d.lg. 22-5-1999, n. 185 (attuazione della direttiva 97/7/CE relativa alla protezione dei consumatori in materia di contratti a distanza);
 - il d.lg. 15-1-1992, n. 50, che (in attuazione della direttiva CEE n. 85/577) ha regolato i contratti conclusi fuori dai locali commerciali, ed ha introdotto la disciplina delle c.d. clausole abusive, di cui agli artt. 1469 bis ss. c.c., poi modificati dall'art. 25 della l. 12-12-1999, n. 256 (legge comunitaria per il 1999);
 - il d.lg. 23-4-2001, n. 224 (attuazione della direttiva 98/27/CE relativa a provvedimenti inibitori a tutela degli interessi dei consumatori);
 - il d.p.r. n. 224 del 1988, in materia di responsabilità per danno da prodotti difettosi, attuativo della direttiva CEE n. 85/374 del 25-7-1985;
 - il d.lg. 17-3-1995, n. 115 sulla sicurezza generale di prodotti (attuativo della direttiva CEE n. 92/59);
 - il d.lg. 27-9-1991, n. 313 sulla sicurezza dei giocattoli (attuativo delle direttive CEE n. 88/378 e n. 93/68);
 - il d.lg. 25-1-1992, n. 73, sui prodotti che possono compromettere la salute e la sicurezza dei consumatori, «avendo un aspetto diverso da quello che sono in realtà» (attuativo della direttiva CEE n. 87/357);
 - il d.lg. 24-4-1997, n. 126, in materia di cosmetici;
 - il d.lg. 17-3-1995, n. 111, concernente i contratti relativi a viaggi, vacanze e circuiti «tutto compreso» (attuativo della direttiva CEE 90/314);
 - gli artt. 18-24 della l. 19-2-1992, n. 142, sul credito al consumo, poi trasfusi nel t.u. bancario approvato con il d.lg. 1°-9-1993, n. 385, e successive modifiche ed integrazioni, per la parte relativa al credito al consumo, ampiamente integrata da fonti regolamentari e delibere CONSOB, per quanto riguarda i servizi offerti per via telematica;
 - il d.lg. 24-2-1998, n. 58 (testo unico delle disposizioni in materia di intermediazione finanziaria);
 - il d.p.r. 14-3-2001, n. 144 (regolamento recante norme sui servizi di bancoposta), che ha tra l'altro modificato diversi articoli del d.lg. n. 58/1998, in materia di servizi bancari a distanza.
- In materia di pubblicità, vanno tenuti presenti:
- il d.lg. 25-1-1992, n. 74, relativo alla pubblicità ingannevole (88);

il d.lg. 30-12-1992, n. 541, relativo alla pubblicità dei medicinali per uso umano (89).

Con riguardo ai contratti telematici (definiti meno propriamente «contratti per via elettronica»), per i quali si rinvia più dettagliatamente alle sedi specifiche (90), la direttiva 2000/31/CE ha fissato all'art. 9 i principi generali cui devono attenersi gli Stati membri dell'Unione nel disciplinare la materia, stabilendo innanzi tutto che essi devono essere previsti e non ostacolati dalla legge, con limitazioni di validità o di efficacia, per il solo fatto di essere stipulati con gli strumenti elettronici. Per la verità nell'ambito dell'ordinamento italiano, che si basa su principi di autonomia e libera manifestazione della volontà negoziale, nell'ambito di una meritevolezza degli interessi in gioco (art. 1322 c.c.), e nella assenza di forme obbligate salvo espressa determinazione di legge o convenzionale (artt. 1350-1352 c.c.), non esistevano ostacoli di fondo alla contrattazione telematica, ma occorre da un lato superare diffidenze correlate anche alla scarsa conoscenza delle nuove tecnologie, e dall'altro abilitare l'uso della forma digitale e della contrattazione telematica anche per il compimento di atti per i quali la legge prevede requisiti formali, compresi gli atti della pubblica amministrazione. A ciò si è provveduto — precedendo il legislatore comunitario — con il d.p.r. 10-11-1997, n. 513 (91), integrato dal d.p.c.m. 8-2-1999, e poi trasfuso nel d.p.r. 28-12-2000, n. 445, come già accennato.

Sono invece consentite limitazioni di forma o di validità per particolari categorie di contratti (di cui gli Stati membri devono dare notizia alla Commissione UE), e cioè:

- a) contratti che istituiscono o trasferiscono diritti relativi a beni immobili, diversi da quelli in materia di locazione;
- b) contratti che richiedono per legge l'intervento di organi giurisdizionali, pubblici poteri o professioni che esercitano pubblici poteri;
- c) contratti di fideiussione o di garanzia prestate da persone che agiscono a fini che esulano dalle loro attività commerciali, imprenditoriali o professionali;
- d) contratti disciplinati dal diritto di famiglia o di successione.

Soprattutto la Comunità europea ha stabilito (art. 10) che ciascun prestatore di servizi su Internet, oltre ad osservare gli altri obblighi di informazione posti dal diritto comunitario, deve fornire (salvo deroga consensuale ammessa però per i soli rapporti che non coinvolgono consumatori) in forma comprensibile ed inequivocabile, prima dell'inoltro dell'ordine da parte del destinatario del servizio, almeno le seguenti informazioni:

- a) le varie fasi tecniche della conclusione del contratto;

- b) se il contratto concluso sarà archiviato dal prestatore e come si potrà accedervi;

- c) i mezzi tecnici per individuare e correggere gli errori di inserimento dei dati prima di inoltrare l'ordine;

- d) le lingue a disposizione per concludere il contratto;

- e) gli eventuali codici di condotta pertinenti cui aderisce il prestatore nonché come accedervi per via telematica elettronica.

Tali regole di informazione non sono però applicabili ai contratti conclusi esclusivamente mediante scambio di messaggi di posta elettronica o comunicazioni individuali equivalenti.

Per tutti i contratti telematici, inclusi quelli conclusi per e-mail, il prestatore del servizio deve rendere note le clausole e le condizioni generali del contratto proposte al destinatario, che devono altresì essere messe a sua disposizione per via telematica in un modo che gli permetta di memorizzarle e riprodurle. La direttiva 2000/31 ha anche fissato delle regole per l'inoltro telematico dell'ordine di acquisto del bene o del servizio (art. 11), stabilendo che (sempre salvo diverso accordo tra le parti diverse da consumatori, e con esclusione dei contratti conclusi esclusivamente per e-mail o con comunicazioni individuali equivalenti) il prestatore deve accusare ricevuta dell'ordine del destinatario del servizio senza ingiustificato ritardo e per via elettronica e che sia l'ordine che la ricevuta si considerano pervenuti all'altra parte quando le parti cui sono indirizzati hanno la possibilità di accedervi. Inoltre il prestatore deve mettere a disposizione del destinatario del servizio strumenti tecnici adeguati, efficaci ed accessibili, tali da permettere a quest'ultimo di individuare e correggere errori di inserimento dei dati prima di inoltrare l'ordine.

(88) Cfr. PALAZZOLO-TRIPODI, *Privative industriali, nomi di dominio, concorrenza, pubblicità on line*, in TRIPODI-SANTORO-MISSINEO, *Manuale del commercio elettronico*, cit., 358 ss.

(89) Cfr. PALAZZOLO-TRIPODI, *Privative industriali, nomi di dominio, concorrenza, pubblicità on line*, in TRIPODI-SANTORO-MISSINEO, *Manuale del commercio elettronico*, cit., 358 ss.

(90) Cfr. la bibliografia riportata alla nt. 5.

(91) Recante il Regolamento contenente i criteri e le modalità per la formazione, l'archiviazione e la trasmissione di documenti con strumenti informatici e telematici, a seguito di delega concessa dall'art. 15, 2° co., della l. 15-3-1997, n. 59, sulla semplificazione amministrativa.

6. Gli strumenti di pagamento in Internet.

Nel commercio telematico diretto, cioè con scambio del bene o servizio oggetto di contratto attraverso la stessa connessione telematica, è essenziale per la efficacia di tale formula di scambio che anche il pagamento avvenga per la medesima via, non essendo compatibili con l'istantaneità del trasferimento del

bene (e l'interesse del venditore ad avere certezza del pagamento contestualmente alla consegna — o alla disposizione di consegna — del bene) gli strumenti di pagamento tradizionali (92) ed i tempi delle ordinarie operazioni bancarie (quali ad esempio i bonifici bancari), che pur utilizzano tecniche di trasferimenti elettronici di fondi (93) ma presuppongono tempi realizzativi diversi e più lunghi. Ma una condizione altrettanto fondamentale per lo sviluppo del commercio telematico è costituita da un sistema di pagamenti efficiente e sicuro, perché i rischi di appropriazioni di estremi identificativi degli strumenti di pagamento degli utenti per la loro utilizzazione abusiva rappresentano uno dei timori più forti che ostacolano l'accesso agli scambi on line.

Per ragioni di costi e di semplicità gestionale, si tende ad utilizzare nel commercio on line tecnologie e metodi di pagamento già diffusi avvalendosi delle strutture finanziarie esistenti e predisposte per essi, e quindi lo strumento principale delle transazioni on line è ad oggi la carta di credito.

La carta di credito è lo strumento ritenuto ad oggi preferibile per molteplici ragioni, non tutte direttamente connesse alla sua funzione di pagamento, in quanto:

- a) permette di identificare con certezza il cliente, laddove per definizione in Internet regna l'incertezza sull'effettiva identità del soggetto con cui si comunica;
- b) è, quindi, utilizzata spesso dai gestori di siti WEB quale mezzo di identificazione, per consentire l'accesso a siti e servizi telematici riservati, evitando i costi dell'approntamento di un sistema identificativo autonomo;
- c) essendo lo strumento di pagamento più diffuso nel mondo, permette a ciascun operatore di poter contare un pubblico vastissimo di potenziali clienti, laddove il ricorso ad un nuovo sistema di pagamento ad hoc, oltre ad avere costi altissimi di approntamento, taglierebbe fuori tutti i soggetti che non volessero utilizzarlo;
- d) è gradita anche al sistema bancario, che deve pur sempre far circolare e gestire gli importi delle transazioni, e che può utilizzare un sistema di credito di uso comune, senza dover rischiare investimenti specifici per creare e rendere operativi nuovi strumenti di credito e ovviamente provvedere alla formazione degli utenti;
- e) il commerciante che accetta un pagamento con la carta di credito, e riceve l'autorizzazione dalla rete dei servizi interbancari al pagamento è certo del buon fine dell'operazione, in quanto l'istituto di credito che ha rilasciato la carta di credito al proprio cliente, se ne assume anche i relativi rischi, e garantisce il pagamento al venditore, facendosi carico del-

la successiva riscossione dell'importo del pagamento dall'acquirente.

Di contro, gli utenti diffidano del suo utilizzo on line, in quanto:

- a) i dati relativi alle carte di credito sono oggetto di una serrata caccia telematica, attraverso l'utilizzo di softwares che analizzano il traffico (non crittografato) di informazioni e li riconoscono e li estraggono comunicandoli al «cacciatore di dati», per successive utilizzazioni illecite (94);
- b) i rischi ed i costi connessi al suo uso spesso non sono proporzionati all'importo delle transazioni telematiche, la cui media, secondo indagini di mercato, rientra nella categoria dei c.d. micropagamenti, non superando l'importo dei cento Euro;
- c) spesso il cliente non vuole essere fisicamente identificato.

Per ovviare soprattutto ai profili di insicurezza connessi all'utilizzo delle carte di credito, che sono strumenti sufficientemente sicuri nel circuito ordinario per il commerciante (95), ed incoraggiare gli utenti ad utilizzare questo sistema di pagamento, sono state messe a punto diverse metodologie (96), da ultimo anche da parte del circuito interbancario, con il c.d. sistema S.E.T. (Secure Electronic Transactions), costituito da un protocollo fondato su crittografia asimmetrica, e realizzato nella prima versione nel 1995 con la collaborazione di più soggetti del circuito bancario (97) e dei settori tecnologici interessati (98). Il sistema prevede la presenza di una *autorità di certificazione*, che ha il compito di certificare l'identità delle parti coinvolte nel rapporto di credito telematico, in quanto ogni utente che operi con il protocollo SET deve disporre di un certificato elettronico che provi la sua identità agli altri utenti coinvolti nella transazione, ed è possibile intrattenere rapporti commerciali cifrati ed autenticati solo tra entità in possesso di un certificato valido. Ogni soggetto operante può decifrare soltanto i messaggi a lui destinati, e gli abusi possono essere scoperti grazie ad una serie di meccanismi interni al sistema di sicurezza (99).

Nella comunicazione degli estremi della carta di credito da parte dell'utente è stato ravvisato un inizio di esecuzione dell'obbligazione di pagamento, e quindi in mancanza di precedenti comunicazioni intercorse tra le parti, anche una manifestazione di volontà adesiva all'offerta, resa «per facta concludentia». Tuttavia sembra opportuno non generalizzare, anche perché come accennato il sistema delle carte di credito è utilizzato con molteplici funzioni (spesso coesistenti, anche se legate a tempi e «inputs» diversi) all'interno dei siti Web, tra cui quella di mezzo di identificazione sicura dell'utente. Occorre verificare, all'interno della struttura del sito e della pagina Web che offre il servizio legato alla titolarità di car-

ta di credito, il significato che tale invio di dati assume nella fattispecie contrattuale in atto: se cioè ha la funzione di consentire soltanto ed unicamente l'accesso, ma non significa ancora, nelle stesse intenzioni del gestore del sito, autorizzazione a prelievo; ovvero ha la funzione di fornire i parametri per la futura esecuzione di (eventuali) obblighi di pagamento, garantendo così il gestore del sito sulla serietà (e sulla solvibilità) dell'utente, ma non ancora significando adempimento di una obbligazione, che potrebbe non esser stata ancora assunta; ovvero ancora ha la funzione di abilitare l'utente a partecipare ad una contrattazione (ad esempio, ad un asta on line), con autorizzazione al successivo prelievo solo in caso di buon fine di un'offerta d'asta. Infine può significare effettivamente assunzione dell'obbligo di pagamento: del costo ad esempio per l'accesso ad un sito (o a determinate pagine e archivi di quel sito), ovvero per l'acquisto del bene — scelto in precedenza, e poi confermato — o del servizio. Di solito, ed anche i principi espressi dalla menzionata normativa comunitaria a garanzia della chiarezza nei rapporti contrattuali telematici depongono in tal senso, la volontà di conclusione del contratto dovrebbe essere manifestata con atto apposito (invio dell'ordine, comunicazione dell'adesione all'offerta, collocazione dell'immagine del bene acquistando nel c.d. carrello virtuale del negozio telematico, ecc.), anziché con la comunicazione di estremi della carta di credito, che invece sembra più idonea a costituire l'esecuzione di un obbligo già assunto e concluso in precedenza, piuttosto che con l'invio di tali dati (100).

Accanto al sistema di pagamento con carta di credito si colloca su di un piano ancora sperimentale la c.d. «moneta elettronica» (che anch'essa dovrebbe, a rigore terminologico, denominarsi «moneta digitale») (101) la quale rappresenta uno strumento di pagamento telematico basato sull'attribuzione di un valore «elettronico» di importo spendibile per via telematica a ciascun soggetto a fronte di un corrispondente importo depositato o accreditato presso l'organismo emittente i valori elettronici. La direttiva 2000/46/CE, concernente la disciplina degli istituti emittenti la moneta elettronica, la definisce come «un valore monetario rappresentato da un credito nei confronti dell'emittente, che sia memorizzato su di un dispositivo elettronico, emesso dietro ricezione di fondi il cui valore non sia inferiore al valore monetario emesso e accettato come mezzo di pagamento da imprese diverse dall'emittente.

Sulla base di tali caratteristiche, la moneta elettronica rappresenta uno strumento di pagamento in grado di porre problemi ben più gravi degli ordinari strumenti di credito, quali sono le carte di credito, che si collocano nell'ambito di rapporti finanzia-

ri e monetari ordinari e coerenti con i sistemi preesistenti.

Infatti la moneta elettronica, al di là dei profili strettamente civilistici in ordine alla efficacia liberatoria del relativo pagamento, ed ai rapporti tra i soggetti che si avvalgono di tale mezzo di pagamento, pone problemi complessi:

a) per l'equilibrio monetario, in quanto rappresentando una forma di emissione di nuovi valori monetari, può incidere sul ruolo dell'unità di conto nei rapporti economici, introducendo nella realtà economica telematica unità di conto diverse da quelle ufficiali; può, a maggior ragione in caso di eccessiva circolazione, modificare e influenzare gli strumenti di politica monetaria utilizzati dalle banche nazionali e sovranazionali (quale la banca europea); in funzione dell'affidabilità dei vari istituti emittenti moneta digitale, può dar luogo a diversità di valutazioni di valore sulle varie monete, a seconda del soggetto che l'ha emessa, creando disparità di cambi incontrollabili a danno soprattutto dei soggetti che la utilizzano, ed esigerebbe quindi la statuizione di un obbligo di rimborso nominale del controvalore in valuta legale versato da ciascun utente, in modo da stabilizzare nel tempo il valore della moneta; ecc.

b) per la circolazione dei capitali illeciti, essendo avulsa dagli strumenti di pagamento e di identificazione dei circuiti bancari e finanziari tradizionali, e prestandosi a circolazione in forma anonima, ma anche all'acquisto originario del relativo credito in forma anonima;

c) per la stabilità complessiva del sistema finanziario e bancario, per cui occorre trasferire agli emittenti moneta elettronica i medesimi strumenti di vigilanza prudenziale già in atto per gli intermediari bancari e finanziari.

(92) Sui sistemi di pagamento in rapporto alle nuove tecnologie, cfr. PADOA SCHIOPPA T., *La moneta neutrale*, in *MicroMega*, 4/96, 89; MASCIANDARO-MANTICA, *Evoluzione del sistema dei pagamenti, Internet e cybericlaggio: prime riflessioni*, in AA.VV., *Mercati finanziari e riciclaggio: l'Italia nello scenario internazionale*, Milano, 1998, 67 (a cura di Masciandaro e Bruni);

In ambito comunitario sono intervenute ripetute direttive per regolare i pagamenti trans-frontalieri. Cfr. OLIVIERI, *Prime riflessioni in margine alla Direttiva (n. 97/5/CE) sui bonifici transfrontalieri*, in *Il diritto dell'Unione Europea*, 1997, 143; MOLITERNI, *I sistemi di pagamento dalla direttiva 98/26/CE a TARGET (sistema trans-europeo automatizzato di trasferimento espresso con regolamento lordo in tempo reale)*, in *Dir. Comm. Int.*, 2000, 703 ss.; MOLITERNI, *I bonifici transfrontalieri dalla legge modello UNCITRAL alla Direttiva 97/5/CE*, in *Dir. Comm. Int.*, 1999, 547 ss.

(93) I quali sono altra cosa dalle forme di pagamento on line, in quanto i trasferimenti di fondi si svolgono tra soggetti professionisti su reti proprietarie e con meccanismi di sicurezza ben diversi rispetto a quelli della rete di Internet che è pubblica ed aperta a tutti. Cfr. GIANNANTONIO, *Trasferimenti elettronici dei fondi e autonomia privata*, Milano, 1986; GIANNANTONIO, *Manuale di diritto dell'informatica*², Padova, 1997, 260 ss.

(94) Sugli illeciti in materia di carte di credito si rinvia una cospicua letteratura. Cfr., tra gli altri: CORRADINO, *La tutela penale del sistema dei pagamenti nell'abuso di carta di credito*, in *Banca Borsa*, 2001, II, 124; DE AMICIS, *Contrasti giurisprudenziali in tema di «ricettazione» di carte di credito*, *CP*, 2000, 2414; NUZZO, *Alcune riflessioni sul reato di indebito utilizzo delle carte di credito*, *CP*, 1999, 997; PICA G., *L'uso indebito della carta di credito*, in *Dir. Pen. e Processo*, 1998, 1418; BOGGIO, *Sulle conseguenze dell'abuso di carta di credito*, in *Banca Borsa*, 2000, II, 571; PERATELLO, *Utilizzo abusivo della carta di credito e responsabilità extra contrattuale dell'esercente*, *FP*, 2000, I, 128; RESTUCCIA G., *La carta di credito nell'ordinamento giuridico italiano e comunitario*, Milano, 1999; CHINDEMI, *Diligenza del negoziante nell'accettazione di pagamenti a mezzo carta di credito*, *NGCC*, 1995, I, 181; GUARNIERI, *Responsabilità del titolare per il ritardo nella denuncia di smarrimento della carta di credito*, *Contratti*, 1994, 161; RESTUCCIA, *La carta di credito come nuovo mezzo di pagamento*, Milano, 1988.

(95) Anche se le utilizzazioni indebite non sono infrequenti, il pagamento con carta di credito garantisce il commerciante, il quale, una volta che ha ricevuto autorizzazione dalla rete interbancaria, è sicuro del pagamento ed il rischio derivante dall'uso illecito della carta è trasferito sulla banca emittente.

(96) Uno dei primi è stato il metodo First Virtual, dell'omonima azienda nata negli U.S.A. nel 1994 per offrire servizi di tipo commerciale su Internet (<http://www.fv.com>), che ha adottato un sistema di pagamento non basato sull'utilizzo di tecniche di crittografia, compiutamente spiegato sul sito Internet. Tra i primi sistemi crittografici per utilizzare la comune carta di credito in Internet vi è quello introdotto da «CyberCash», che sul proprio sito Internet mette a disposizione degli utenti, scaricabile gratuitamente, un programma di «portafoglio elettronico» (<http://www.cybercash.com>) che permette di comunicare crittograficamente.

Per ulteriori informazioni, cfr. DELGROSSI, *Introduzione all'utilizzo di carte di credito nei pagamenti su Internet* (Quaderni del CRATOS), reperibile all'indirizzo IP <http://cratos.pc.unicatt.it/ricerca/publicazioni/quaderni.php>.

(97) Visa, Mastercard.

(98) GTE, IBM, Microsoft, Netscape, Saic, Terisa, VeriSign, Verifone, Tandem, SAIC e RSA.

(99) Un'altra tecnologia che ha fissato degli standards di sicurezza è il S.S.L. (Security Sockets Layer).

(100) Sul regime giuridico dei pagamenti mediante strumenti di credito, per esigenze di spazio si rinvia a SARZANA DI SANT'IPOLITO, *Profili giuridici del commercio via Internet*, cit., 167 ss.; TOSI, *I problemi giuridici di Internet*, Milano, 1999, 121.

(101) Sul tema cfr.: MOLITERNI, *E-commerce e pagamenti in rete*, cit., in ANTONUCCI (a cura di), *E-commerce. La direttiva 2000/31/CE e il quadro normativo della rete*, Milano, 2001, 177 ss.; TROIANO, *Gli istituti di moneta elettronica*, RICCIUTO-ZORZI, *Il contratto telematico*, Padova, 2002, 333 ss.; SARZANA DI SANT'IPOLITO, *op. cit.*, 167 ss.; ROTUNNO, *Gli strumenti di pagamento*, in TRIPODI-SANTORO-MISSINEO, *Manuale del commercio elettronico*, cit., 449 ss.

7. Informazione commerciale e pubblicità telematica.

Uno degli aspetti più complessi ma nel contempo inquietanti della nuova realtà telematica e del mercato telematico è rappresentato dalla pubblicità (102), che ha assunto in Internet un ruolo molto più rilevante ma anche più insidioso rispetto ai media tradizionali.

Già per la maggior parte dei «vecchi media» i proventi pubblicitari rappresentavano e tuttora rappresentano oggi non soltanto una fonte di integrazione economica ma spesso una condizione determinante

per la sopravvivenza di un periodico a stampa o di una emittente radiotelevisiva. La medesima situazione si sta verificando in Internet, ma con alcune particolarità su cui occorre riflettere, anche se per differenti ragioni.

La pubblicità è diventata in pochissimo tempo il motore di Internet, al punto da generare un mercato nel mercato, e dar vita al sorgere di siti al solo scopo di fungere da recettori e diffusori di messaggi pubblicitari, e percepire i relativi introiti. Questi ultimi sono computati e pagati in proporzione al numero di «visitatori» delle pagine pubblicitarie, attraverso rilevazioni compiute in Rete, grazie alla osmosi tecnologica, da organismi specializzati, che controllano e verificano gli accessi su ciascun sito, ed a ciascun messaggio pubblicitario offerto. L'interesse primario dell'imprenditore telematico, soprattutto ove non abbia già propri prodotti da proporre, è quindi quello di attrarre quanto più navigatori possibili sul proprio sito (ovvero di creare siti su cui attrarre pubblico), al duplice e coordinato fine di percepire quanto più proventi possibili dai (committenti dei) messaggi pubblicitari esistenti, e nel contempo di ottenere sempre maggiori «commesse pubblicitarie» in ragione dell'aumento del traffico di visitatori, e quindi del «plafond» di visitatori che può offrire quale pubblico destinatario dei messaggi pubblicitari che saranno allocati sul sito.

Per attirare il pubblico si utilizzano molteplici strade, non tutte corrette, ed alcune illecite, che non è possibile esaminare compiutamente in questa sede. Fra queste, spicca in particolare la creazione di siti con il minimo costo (e quindi sovente riempiendoli di contenuti — immagini e/o altro — duplicati o estratti dalla stessa Rete, ovvero linkati da altri siti della Rete), che spesso costituiscono dei veri e propri «siti civetta» per il grande pubblico ignaro, con contenuti culturali o comunque informativi apparenti od insignificanti, ovvero non «genuini», ma in grado di attirare comunque accessi. Ad essi spesso vengono abbinati strumenti di interscambio comunicativo tra gli utenti (103), e aree di servizi create sfruttando altri siti Internet che già li offrono, attraverso lo strumento del link. Quest'ultima prassi ha altresì generato un dibattito sulla liceità dei «link» alle pagine interne di altri siti («deep-link»), che aggirano le pagine introduttive e quindi la messaggistica pubblicitaria iniziale degli stessi (e però così vanificandone o riducendone la funzione economica). Ulteriori strumenti di moltiplicazione degli accessi consistono nell'inserimento tra i c.d. «meta-tags» (104) di parole chiave riferibili a categorie concettuali frequentemente ricercate nella Rete, che quindi conducono chi utilizza un motore di ricerca (anche) nelle pagine del sito voluto; e nell'uso del «redirect», cui abbiamo accennato in precedenza.

In gran parte di tali siti il vero prodotto offerto on line è in realtà il messaggio pubblicitario (105), ed i contenuti informativi rappresentano soltanto un mascheramento dei reali obiettivi del sito. Ciò naturalmente può essere indice e causa di scarsa qualità dell'informazione (che può essere ad esempio graficamente bellissima, ma priva di «vere» informazioni), con i rischi derivanti dalla diffusione di contenuti informativi non verificati, o pseudo-scientifici, o recuperati da fonti «tecniche» superate e non più attuali, ecc. La creazione di pagine pseudo-informative a fini di indiretta diffusione di informazioni pubblicitarie potrebbe essere assimilata alla pubblicità occulta, che non è più consentita nei media tradizionali, e che è anche indicata come vietata dalla recente direttiva 2000/31 (art. 6).

D'altro lato, l'afflusso di pubblicità sulla Rete è agevolata dalla possibilità, attraverso i controlli sul traffico telematico ed i «tracciamenti» delle navigazioni degli utenti (in altre parole grazie ai vantaggi della tecnologia), di poter «mirare» il messaggio pubblicitario molto più efficacemente che nei media tradizionali, assecondando i desideri e le preferenze espresse dagli stessi utenti (e verificati) attraverso le visite delle pagine Web, ed è quindi previsione comune che l'apporto pubblicitario di Internet non potrà che aumentare con l'incremento del mercato telematico, offrendo nuovi utili ed in tal modo incrementando anche la genesi di nuovi siti.

Sul piano delle tecniche pubblicitarie, del resto, Internet è considerato alla stregua di un qualsiasi «medium», con il vantaggio enorme però rispetto agli altri «media», di essere interattivo, e cioè di poter condurre ad un rapporto immediato, on line, con il cliente, e di poter passare quindi da strumento di promozione a strumento di contrattazione e di vendita, e per i beni digitali anche di consegna del bene: risultati impossibili con gli altri «media». Se quindi i soggetti che non operano nella pubblicità hanno interesse a creare contenitori informativi che possano attirare investimenti pubblicitari, e quindi generare utili per il solo fatto di diffondere pubblicità, gli operatori della pubblicità hanno interesse ad utilizzare tutte le potenzialità di Internet, in funzione delle esigenze (molto differenziate) della loro clientela. Tra l'altro Internet, consentendo l'accesso diretto di chiunque ad esso, svincola anche colui che cerca pubblicità dalla necessità di avvalersi dell'opera di intermediari dell'advertising, ben potendo realizzare i prodotti informativi-pubblicitari e collocarli su Internet in proprio. Si assiste in conseguenza al proliferare di offerte informative (anche il messaggio pubblicitario è di per sé un'informazione) dalle caratteristiche più diverse: siti a durata temporanea, che hanno la funzione di abbinare un marchio ad un evento (c.d. «sponsorship») rilevante, per lanciare o

rilanciare il marchio, e soddisfacendo nel contempo l'interesse dei produttori dell'evento di ottenere finanziamenti; siti creati appositamente soltanto per promuovere un evento (i cosiddetti «micro-sites» o «promotional web sites»), quale un nuovo film, una manifestazione artistica o sportiva, ecc.; pagine Web che si aprono improvvisamente (come degli «spots» televisivi) nel mentre si accede ad un sito, e che rivestono indubbiamente carattere intrusivo (106), non essendo richieste né volute dall'utente, causando a volte danni nella navigazione e nell'accesso ai dati di interesse dell'utente, perché assorbono risorse del suo computer. In questo complesso quadro d'insieme, in cui l'informazione pubblicitaria non è solo «uno dei prodotti informativi» offerti su Internet, ma è in buona parte «il» prodotto informativo, i principi enunciati dalla direttiva 200/31/CE possono apparire inadeguati, anche perché appaiono ancora legati alla visione tradizionale del messaggio pubblicitario quale contenuto accessorio — predefinito in termini di spazio (nei media cartacei) o di tempo (nei media radiotelevisivi) — di un sito telematico o di un messaggio telematico finalizzato alla promozione di prodotti.

Nella sezione seconda della Direttiva 2000/31, intitolata alle «Comunicazioni commerciali», si esige (che gli Stati provvedano a garantire) che «le comunicazioni commerciali rispettino le seguenti condizioni minime» (art. 6):

- a) siano chiaramente identificabili come tali;
- b) sia chiaramente identificabile la persona fisica o giuridica per conto della quale sono effettuate;
- c) siano chiaramente identificabili le offerte promozionali, e facilmente accessibili e presentate in modo chiaro e inequivocabile le condizioni per accedervi;
- d) siano chiaramente identificabili i concorsi o giochi promozionali, nonché le condizioni di partecipazione devono essere facilmente accessibili e presentate in modo chiaro ed inequivocabile.

Ma ovviamente il fenomeno dell'uso dello strumento comunicativo/informativo al solo scopo di comunicare pubblicità, oltre al rischio di creare «disinformazione» o «sub-informazione» quanto ai contenuti, e di generare «rumore» gravoso nella ricerca di informazioni di qualità, stravolge il quadro avuto presente dal legislatore comunitario, generando fenomeni che non sembrano superabili né «sanzionabili» se non attraverso i medesimi strumenti e le medesime logiche del mercato in cui si collocano. I pericoli di un sistema in cui l'informazione economicamente trainante e rilevante è quella pubblicitaria, e tutte le altre informazioni sono un mero contorno, si accentuano ove si pensi che anche i motori di ricerca — cioè gli strumenti di reperimento delle informazioni sul Web — sono facilmente assoggettabili ad interessi economici, e quindi «pilotare» le

ricerche su determinati siti rispetto ad altri, o addirittura ignorare o escludere alcuni siti, ed in tal modo condizionare la genuinità della ricerca informativa e quindi la stessa libertà di informazione (107). L'art. 7 della direttiva 2000/31/CE considera l'invio di comunicazioni pubblicitarie non richieste, fenomeno che è denominato usualmente «spamming» (108), non ritenendolo illecito, ma richiedendo che gli Stati che permettano le comunicazioni commerciali non sollecitate per posta elettronica provvedano affinché, ove trasmesse da un prestatore stabilito nel loro territorio, siano identificabili come tali, in modo chiaro e inequivocabile, fin dal momento in cui il destinatario le riceve; e che i prestatori «che inviano» (rectius, che intendano inviare) per posta elettronica comunicazioni commerciali non sollecitate siano obbligati a consultare regolarmente ed a rispettare i registri negativi in cui possono iscriversi le persone fisiche che non desiderano ricevere tali comunicazioni commerciali. Tali ultimi registri sono però ancora poco utilizzati, anche perché costituiscono lo strumento migliore (liberamente consultabile, e molto meno costoso di una ricerca on line) proprio per diffondere e far conoscere il proprio indirizzo e-mail, qualora sia ancora riservato, e metterlo così a disposizione degli «spammers» che non rispettano le regole (109).

Ma un diverso orientamento si è andato progressivamente affermando nella prassi, a seguito di utilizzazioni massive di questa tecnica pubblicitaria che è estremamente invasiva (110), ed ha trovato rilievo anche a livello comunitario in epoca più recente (111), al punto che la direttiva 2002/58/CE del Parlamento europeo e del Consiglio del 12-7-2002, relativa al trattamento dei dati personali e alla tutela della vita privata nel settore delle comunicazioni elettroniche (112), all'art. 13 (Comunicazioni indesiderate), prevede:

— che l'uso della posta elettronica a fini di commercializzazione diretta è consentito soltanto nei confronti degli abbonati che abbiano espresso preliminarmente il loro consenso (paragrafo 1);

— che, fermo il principio del paragrafo 1, allorché una persona fisica o giuridica ottiene dai suoi clienti le coordinate elettroniche per la posta elettronica nel contesto della vendita di un prodotto o servizio ai sensi della direttiva 95/46/CE, la medesima persona fisica o giuridica può utilizzare tali coordinate elettroniche a scopi di commercializzazione diretta di propri analoghi prodotti o servizi, a condizione che ai clienti sia offerta in modo chiaro e distinto al momento della raccolta delle coordinate elettroniche e ad ogni messaggio la possibilità di opporsi, gratuitamente e in maniera agevole, all'uso di tali coordinate elettroniche qualora il cliente non abbia rifiutato inizialmente tale uso (paragrafo 2);

— che gli Stati membri adottino misure appropriate per garantire che, gratuitamente, le comunicazioni indesiderate a scopo di commercializzazione diretta, in casi diversi da quelli di cui ai paragrafi 1 e 2, non siano permesse se manca il consenso degli abbonati interessati oppure se gli abbonati esprimono il desiderio di non ricevere questo tipo di chiamate; e che la scelta tra queste due possibilità sia effettuata dalla normativa nazionale (paragrafo 3);

— che in ogni caso è vietata la prassi di inviare messaggi di posta elettronica a scopi di commercializzazione diretta camuffando o celando l'identità del mittente da parte del quale la comunicazione è effettuata, o senza fornire un indirizzo valido cui il destinatario possa inviare una richiesta di cessazione di tali comunicazioni (paragrafo 4);

— che le disposizioni di cui ai paragrafi 1 e 3 si applicano agli abbonati che siano persone fisiche, e che gli Stati membri garantiscano inoltre, nel quadro del diritto comunitario e della normativa nazionale applicabile, un'adeguata tutela degli interessi legittimi degli abbonati che non siano persone fisiche relativamente alle comunicazioni indesiderate.

L'ordinamento italiano prevede dal canto suo una serie di principi concernenti la pubblicità, che andrebbero rivisti e amalgamati, anche perché alcuni di essi risultano incongruamente dettati esclusivamente per determinati media pur potendo ritenersi congrui anche per la pubblicità telematica (nel mentre sono senz'altro applicabili ad essa quelli previsti dal d.lg. n. 74/1992). In particolare:

a) L'obbligo di rispettare la dignità della persona, sancito dall'art. 8, 1° co., prima parte, della l. 6-8-1990, n. 223, con riferimento però alla sola pubblicità radiofonica e televisiva, la quale «non deve offendere la dignità della persona, non deve evocare discriminazioni di razza, sesso e nazionalità, non deve offendere convinzioni religiose ed ideali, non deve indurre a comportamenti pregiudizievole per la salute, la sicurezza e l'ambiente, non deve arrecare pregiudizio morale o fisico a minorenni»;

b) il divieto di pubblicità ingannevole, o scorretta, sancito dall'art. 1, 2° co., del d.lg. 25-1-1992, n. 74, per il quale «la pubblicità deve essere palese, veritiera e corretta». Va sottolineato che, per espressa enunciazione del primo comma dell'art. 1 d.lg. n. 74/1992 cit., i principi da esso affermati non sono rivolti alla tutela esclusiva del consumatore, avendo il d.lg. n. 74/1992 «lo scopo di tutelare dalla pubblicità ingannevole e dalle sue conseguenze sleali i soggetti che esercitano un'attività commerciale, industriale, artigianale o professionale, i consumatori e, in genere, gli interessi del pubblico nella fruizione di messaggi pubblicitari». L'art. 3 d.lg. cit. fissa i criteri di valutazione della ingannevolezza della pubblicità, stabilendo che per determinare se la pubblicità sia ingan-

nevole se ne devono considerare tutti gli elementi, con riguardo in particolare ai suoi riferimenti:

a) alle caratteristiche dei beni o dei servizi, quali la loro disponibilità, la natura, l'esecuzione, la composizione, il metodo e la data di fabbricazione o della prestazione, l'idoneità allo scopo, gli usi, la quantità, la descrizione, l'origine geografica o commerciale, o i risultati che si possono ottenere con il loro uso, o i risultati e le caratteristiche fondamentali di prove o controlli effettuati sui beni o sui servizi;

b) al prezzo o al modo in cui questo viene calcolato, ed alle condizioni alle quali i beni o i servizi vengono forniti;

c) alla categoria, alle qualifiche e ai diritti dell'operatore pubblicitario, quali l'identità, il patrimonio, le capacità, i diritti di proprietà intellettuale e industriale, ogni altro diritto su beni immateriali relativi all'impresa ed i premi o riconoscimenti.

L'art. 5 precisa che è considerata ingannevole la pubblicità che, riguardando prodotti suscettibili di porre in pericolo la salute e la sicurezza dei consumatori, ometta di darne notizia in modo da indurre i consumatori a trascurare le normali regole di prudenza e vigilanza, mentre l'art. 6 d.lg. n. 74/1992 stabilisce altresì che è considerata ingannevole «la pubblicità che, in quanto suscettibile di raggiungere bambini ed adolescenti, possa, anche indirettamente, minacciare la loro sicurezza o che abusi della loro naturale credulità o mancanza di esperienza o che, impiegando bambini ed adolescenti in messaggi pubblicitari, abusi dei naturali sentimenti degli adulti per i più giovani». Norme specifiche che vietano la pubblicità ingannevole sono dettate anche in materia di alimenti (113) ed altri prodotti particolari.

d) l'obbligo generale di riconoscibilità del messaggio pubblicitario, sancito dall'art. 4 del d.lg. 25-1-1992, n. 74 (114), per il cui primo comma «la pubblicità deve essere chiaramente riconoscibile come tale; in particolare, la pubblicità a mezzo di stampa deve essere distinguibile dalle altre forme di comunicazione al pubblico, con modalità grafiche di evidente percezione», mentre per il terzo comma «è vietata ogni forma di pubblicità subliminale».

(102) In argomento, cfr.: VALERIANI, *La direttiva 97/7/CE in materia di vendita a distanza e la pubblicità via Internet*, *DII*, 1999, 189 ss.; STABILE, *la pubblicità in Internet*, in *Dir. Ind.*, 1997, 691; PACIULLO, *La pubblicità comparativa nell'ordinamento italiano*, *DII*, 2000, 113 ss.

(103) Quali mailing list, aree di «chat» — cioè conversazione on line — che moltiplicano e rendono costanti e periodici molti accessi.

(104) I meta-tags sono stati anche indicati quale strumento di concorrenza sleale. Cfr. SAMMARCO P., *Contraffazione di marchio e concorrenza sleale attraverso l'uso di metatags*, *DII*, 2001, 551; PEYRON, *I metatags di Internet come nuovo mezzo di con-*

traffazione del marchio e di pubblicità nascosta: un caso statunitense, *GI*, 1998, 739.

(105) Confermando l'assunto di McLUHAN (*Gli strumenti del comunicare*, cit., 25 ss.) secondo cui è la pubblicità a costituire il vero messaggio informativo dei media (con riferimento all'epoca soprattutto alla stampa periodica), ed il più interessante per il pubblico, invece dei contenuti dei media.

(106) Contro tali forme di pubblicità sta montando la protesta in Internet, con adesione anche di importanti intermediari della comunicazione. Cfr. ad esempio in Internet le pagine corrispondenti ai seguenti indirizzi: <http://punto-informatico.it/p.asp?i=41184>; <http://punto-informatico.com/ps.asp?i=38334&p=1>.

(107) Per recenti polemiche insorte in rete su tali aspetti, si veda il sito della rivista telematica <http://punto-informatico.it/>.

(108) Il Garante per la protezione dei dati personali, con decisione in data 11-1-2001 (*DII*, 2001, 27) ha statuito la illegittimità del trattamento di indirizzi e-mail reperiti sulla Rete al fine di renderli disponibili per l'invio di messaggi pubblicitari di massa.

(109) Tra le regole «tacite» prudenziali che circolano di fatto nella Rete vi è anche quella di non rispondere affatto ad alcuna forma di «spamming», neppure in quei casi in cui in essa si chieda al destinatario se vuole o meno ricevere comunicazioni pubblicitarie, perché rispondendo si darebbe conferma al mittente che l'indirizzo di e-mail utilizzato è esistente ed attivo, e ci si esporrebbe a ricevere una ben maggiore quantità di posta indesiderata.

(110) E rischia di bloccare non solo le caselle e-mail dei destinatari, facendo loro perdere del tempo prezioso nella verifica del contenuto dei messaggi ricevuti, ovvero saturando gli spazi di memoria concessa a ciascun utente dall'intermediario, ed annullando così altri messaggi utili o attesi, ma anche i servers trasmettenti e riceventi, che possono essere paralizzati dall'arrivo contemporaneo di una grande massa di messaggi da smistare.

(111) V. su Internet la pagina della rivista Punto informatico all'indirizzo <http://punto-informatico.com/ps.asp?i=38334&p=1>.

(112) Pubblicata sulla GUCE n. L 201 del 31-7-2002.

(113) Cfr. l'art. 13 l. 30-4-1962, n. 283; gli artt. 2, 1° co., e 18 d.lg. 27-1-1992 n. 109; gli artt. 17 e 18 d.lg. 25-1-1992, n. 105; gli artt. 16 e 18 d.lg. 25-1-1992, n. 105; gli artt. 6 e 15 d.lg. 27-1-1992, n. 111; ecc.

(114) Riaffermato per la pubblicità radiotelevisiva dall'art. 8, 2° co., della l. 6-8-1990, n. 223.

8. Commercio telematico e individuazione della normativa applicabile.

La individuazione della disciplina giuridica applicabile concretamente ai rapporti di commercio telematico è resa estremamente complessa non solo dalle peculiarità della contrattazione telematica (115), la cui principale difficoltà consiste nell'individuare i momenti ed i comportamenti tecnologici significativamente indicativi della volontà e/o dell'azione di un soggetto per ricondurli poi alle categorie giuridiche già ampiamente elaborate dalla dottrina, quanto dalla sovra-nazionalità del fenomeno, che pone in crisi gli ancoraggi tradizionali delle categorie giuridiche, soprattutto per quanto riguarda la collocazione territoriale delle attività negoziali e per l'accertamento dell'identità dei contraenti.

La soluzione dei problemi di individuazione della legge applicabile è anche inevitabilmente condizionata, a monte, dall'ordinamento giuridico nel cui alveo — ed attraverso la cui giurisdizione — ci si muo-

ve, poiché ciascun ordinamento ha un proprio approccio alle questioni che vedono coinvolti soggetti di differenti nazionalità, anche qualora siano state raggiunte intese internazionali con gli altri Stati (intese che normalmente non abbracciano mai la totalità degli Stati esistenti); ed è quindi ben possibile pervenire a conclusioni e soluzioni di tutela diverse a seconda che si affronti il problema dall'ottica dell'ordinamento italiano, oppure di ordinamenti di altri paesi. Tenuto conto che ormai gli Stati che tecnicamente consentono la connessione in Rete sono oltre centosessanta, si può avere un'idea delle «variabili» che possono intervenire su ciascun rapporto giuridico telematico, e delle innumerevoli possibilità di conflitto fra ordinamenti che possono verificarsi (116).

Il problema della individuazione del giudice competente in caso di controversia va risolto alla stregua della Convenzione di Bruxelles del 28-9-1968 (117), che sembra destinata a diventare un regolamento comunitario, ai sensi dell'art. 65, lettera b, del Trattato CE, ovvero della Convenzione di Lugano del 16-9-1988 (118).

Per quanto concerne invece la individuazione della normativa applicabile, allorché in una situazione giuridica intersoggettiva si manifestino profili di estraneità, è la normativa di diritto internazionale privato a fornire la cornice entro cui l'interprete deve muoversi (119), e ad offrire i criteri di individuazione della legge di volta in volta applicabile, e della giurisdizione utilizzabile (regole per quest'ultima limitate a definire i confini di operatività della propria giurisdizione, non potendo certo impegnare o pretendere di disciplinare la giurisdizione di altri Stati). Tuttavia Internet, in quanto sistema di comunicazione globale in tempo reale ed a livello sovranazionale rischia di porre in crisi i criteri, utilizzati dai sistemi nazionali di diritto internazionale privato, per collegare i rapporti da regolare all'ordinamento da applicare, che non sempre appaiono trasferibili sic et simpliciter ai rapporti telematici.

Come si è rilevato (120), la soluzione dei problemi di disciplina normativa dell'interscambio telematico globale deve passare attraverso la produzione di norme di diritto internazionale dei privati. Il che significa che è destinata all'inadeguatezza ed all'insufficienza qualsiasi normativa generata esclusivamente all'interno di un singolo Stato: non solo perché non può che vincolare i soli soggetti che operano all'interno del proprio ordinamento, ma anche perché, in assenza di normative omogenee degli Stati i cui cittadini partecipino alla dimensione di scambio telematica, ciascuna disciplina nazionale rischierebbe di diventare uno strumento di limitazione a danno dei propri cittadini, elevando — accanto a quello digitale — un divario giuridico (che nei mercati tradizio-

nali era in via di superamento grazie alle molte Convenzioni internazionali, ed agli accordi permanenti, periodicamente rivisitati, in materia di scambi commerciali) che in una affermata globalizzazione degli scambi diverrebbe un handicap insormontabile per l'economia dello Stato che volesse dettare proprie autonome regole (121).

Del resto, la necessità di un linguaggio giuridico comune è emersa nel settore commerciale già da tempi antichissimi, e proprio il settore commerciale è stato da sempre il settore trainante per il raggiungimento di intese internazionali. Oggi, nella generale difficoltà degli ordinamenti nazionali ad affrontare con i principi e l'ottica tradizionali i problemi giuridici del commercio telematico, si avverte la tendenza alla creazione ad opera della prassi di una nuova *lex mercatoria* (122), anche perché le pur numerose Convenzioni internazionali offrono soluzioni spesso farraginose ed inadeguate alla rapidità degli scambi, e raramente universali.

Muovendo dall'ottica dell'ordinamento italiano, il problema dell'individuazione delle norme applicabili si pone ovviamente in termini più semplici per i casi di commercio telematico tra soggetti che siano entrambi italiani ed operino sul territorio italiano, anche se nulla vieta che essi scelgano contrattualmente di regolare il proprio contratto con regole di una legge straniera (essendo anche questa scelta un'espressione dell'autonomia privata): scelta che è valida nei limiti in cui non contrasti con principi inderogabili dell'ordinamento italiano (art. 16, l. 218/1995).

Per quanto concerne il commercio telematico che coinvolga soggetti di nazionalità diversa, l'ordinamento italiano, per la regolazione dei relativi rapporti contrattuali, non stabilisce a priori le regole applicabili, né impone l'applicazione delle regole di un determinato ordinamento giuridico (ad es. quello italiano o quello del contraente estero, ecc.), ma in linea di principio lascia alle parti la libertà di scegliere la legge che deve regolare il contratto stesso, e che quindi va applicata in caso di controversia (123).

Infatti l'art. 57 della l. 31-5-1995 n. 318, che ha riformato il sistema italiano di diritto internazionale privato, prevede che «le obbligazioni contrattuali sono in ogni caso regolate dalla Convenzione di Roma del 19-6-1980 sulla legge applicabile alle obbligazioni contrattuali, resa esecutiva con la l. 18-12-1984, n. 975, senza pregiudizio delle altre convenzioni internazionali in quanto applicabili» (124). A sua volta l'art. 3 della Conv. di Roma cit. (125) stabilisce, al primo paragrafo, che «il contratto è regolato dalla legge scelta dalle parti. La scelta deve essere esplicita, o risultare in modo ragionevolmente certo dalle disposizioni del contratto o dalle circostanze. Le par-

ti possono designare la legge applicabile a tutto il contratto ovvero a una parte soltanto di esso».

Quindi, con alcune eccezioni che vedremo fra breve, è al contratto stipulato tra le parti che occorre in linea di principio guardare per dedurre la legge che le parti hanno voluto applicare.

Allorché però il contratto nulla prevede, come spesso accade nella materia telematica, ove ad esempio il contratto si stipuli senza sottoscrivere formulari, ma con semplici input del mouse su icone o link del sito commerciale Web, aderendo alla proposta in esso formulata, ed il sito Web non condizioni le proprie offerte all'accettazione di clausole (valide anche queste solo entro certi limiti) implicanti il riconoscimento dell'applicazione di un particolare ordinamento, deve allora farsi riferimento all'art. 4 della Convenzione di Roma, il cui primo paragrafo stabilisce che «nella misura in cui la legge che regola il contratto non sia stata scelta a norma dell'art. 3, il contratto è regolato dalla legge del paese col quale presenta il collegamento più stretto», mentre nel prosieguo del testo (126) dell'articolo si enunciano ulteriori criteri specificativi dei casi di «collegamento più stretto» (127).

Tuttavia il «collegamento più stretto» cui fa riferimento la Convenzione è molto più arduo da identificare per le attività commerciali svolte in Internet, rispetto all'attività commerciale tradizionale, per le ragioni accennate in precedenza. Un sito telematico può essere allocato in una realtà telematica del tutto diversa dalla realtà fisica in cui vive ed opera l'ente o il soggetto che lo gestisce. Se nel caso di un sito gestito da una ditta italiana, ed allocato su un server italiano, risulta evidente uno stretto collegamento con l'ordinamento italiano, invece nel caso, che ipotizziamo soltanto per fare un esempio, ma è tutt'altro che di scuola, di un sito commerciale costruito in lingua inglese (o in più lingue), allocato su un server americano, che commercia prodotti dell'estremo oriente, ed è di proprietà di una multinazionale con sede in Giamaica, ma gestito anche da sedi secondarie o filiali allocate in altri Stati, e con proprietà della stessa afferente ad altre società di differente nazionalità, risulta ben difficile individuare, in caso di una mancata scelta delle parti contraenti, il collegamento «più stretto» con la normativa di un qualche paese, e ciò al di là delle non trascurabili difficoltà di accedere alle informazioni che consentano di individuare i riferimenti gestionali e proprietari del sito commerciale, e delle difficoltà che insorgerebbero qualora gli Stati con i quali dovesse emergere il collegamento più stretto non abbiano aderito alle Convenzioni internazionali richiamate dalla normativa italiana di diritto internazionale privato.

Soccorrono in tali casi alcuni criteri di valutazione affermati dalla stessa Convenzione, che sono statuite

comunque in via sussidiaria (poiché il paragrafo 5 dell'art. 4 stabilisce che le presunzioni dei paragrafi 2, 3 e 4 vengono meno quando dal complesso delle circostanze risulta che il contratto presenta un collegamento più stretto con un altro paese), in base ai quali:

— salvo che si tratti di contratti di trasporto di merci (per i quali il § 4 dell'art. 4 Conv. presume il collegamento più stretto col paese in cui il vettore ha la sua sede principale al momento della conclusione del contratto, se il detto paese coincide con quello in cui si trova il luogo di carico o di scarico o la sede principale del mittente), si presume che il contratto presenti il collegamento più stretto col paese in cui la parte che deve fornire la prestazione caratteristica ha, al momento della conclusione del contratto, la propria residenza abituale o, se si tratta di una società, associazione o persona giuridica, la propria amministrazione centrale (paragrafo 2 dell'art. 4). Il paragrafo 5 precisa però che è esclusa l'applicazione del paragrafo 2 quando la prestazione caratteristica non può essere determinata;

— se il contratto è concluso nell'esercizio dell'attività economica o professionale, il paese da considerare è: quello dove è situata la sede principale di detta attività, oppure, se a norma del contratto la prestazione dev'essere fornita da una sede diversa dalla sede principale, quello dove è situata questa diversa sede (paragrafo 2, seconda parte, dell'art. 4);

— quando il contratto ha per oggetto il diritto reale su un bene immobile o il diritto di utilizzazione di un bene immobile, si presume, in deroga al paragrafo 2, che il contratto presenti il collegamento più stretto con il paese in cui l'immobile è situato (paragrafo 3 dell'art. 4).

Le questioni risultano meno complesse nel caso di «business to consumer», in quanto alcuni dei limiti posti dalla Convenzione di Roma al potere di scelta della legge del contratto discendono proprio dalla natura dei soggetti contraenti, preoccupandosi la Convenzione di offrire una particolare tutela al consumatore, che è il soggetto più debole del rapporto commerciale, e per questo si usa distinguere ai fini di determinare le norme applicabili tra contratti «to business» e contratti «to consumer». Nella prima categoria rientrano i contratti che intercorrono tra professionisti del settore interessato. I secondi invece vedono nella posizione di acquirente o fruitore dei beni o servizi commerciati un «consumatore», intendendosi con tale sostantivo, secondo la Convenzione, colui che usi il bene o servizio «per un uso che può considerarsi estraneo alla sua attività professionale, ovvero che stipuli un contratto destinato al finanziamento di tale fornitura» (art. 5, paragrafo 1). Nei contratti «to consumer» la Convenzione limita la possibilità di scelta della legge del contratto, sta-

bilendo il divieto (ex art. 5, paragrafo 2) di privare, con tale scelta, il consumatore della protezione garantitagli 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 compiuto nello stesso paese gli atti necessari per la conclusione del contratto, oppure

— se l'altra parte ha ricevuto l'ordine del consumatore nel paese di residenza, oppure

— se il contratto rappresenta una vendita di merci e se il consumatore si è recato dal paese di residenza in un paese straniero e vi ha stipulato l'ordine, a condizione che il viaggio sia stato organizzato dal venditore per incitare il consumatore a concludere una vendita.

La prima condizione sussiste nel caso di vendita tramite Internet, allorché il consumatore riceve nel paese in cui si trova (sia pure per via telematica, attraverso il sito del venditore) l'offerta di acquisto, e compie gli atti di acquisto stando nel suo Paese, attraverso la Rete.

Per il par. 3 dell'art. 5 Conv. cit., in mancanza di scelta effettuata dalle parti in ordine alla legge applicabile, i contratti conclusi con il consumatore sono sottoposti alla legge del paese nel quale il consumatore ha la sua residenza abituale sempreché ricorrono le condizioni prima riportate, contemplate dal paragrafo 2 dello stesso articolo.

La logica che sottostà alle disposizioni della Convenzione è quella di non privare il consumatore di quella disciplina di legge, propria del suo Paese, che egli conosce (o che si presume che conosca), e sotto la cui vigenza ed in base ai cui principi è abituato a contrattare, ed ha lo scopo di evitare che sia il professionista a dettare le regole del contratto, portando il consumatore in un «mondo giuridico» nel quale non potrebbe difendersi, per ignoranza dello stesso o per inesistenza o riduzione degli strumenti di tutela. Le disposizioni imperative della cui tutela il consumatore residente abitualmente in Italia non può essere privato, pur scegliendo una legge diversa da quella italiana, sono da ricercare nella normativa italiana specificamente dedicata alla protezione del medesimo, ed in particolare, a parte i principi inderogabili già fissati dal nostro codice civile, nel d.lg. 22-5-1999, n. 185 (recante attuazione della direttiva 97/7/CE relativa alla protezione dei consumatori in materia di contratti a distanza) (128), nel d.lg. 17-3-1995, n. 115 (recante attuazione della direttiva 92/59/CEE relativa alla sicurezza generale dei prodotti), nel d.lg. 501/1992 (attuativo della direttiva 85/157/CEE in materia di contratti negoziati fuori dei locali commerciali), nonché negli artt. 1469 bis ss. c.c., introdotti dalla l. comunitaria 6-2-1996 n. 52 (129), re-

lativi alle c.d. clausole abusive; nonché nelle fonti comunitarie e nazionali di derivazione comunitaria menzionate nel paragrafo 5.

La direttiva comunitaria sul commercio telematico non ha previsto né richiesto dagli Stati della U.E. particolari forme di regolazione delle controversie, ma si è limitata da un lato ad incoraggiare strumenti di composizione extragiudiziale delle controversie, e dall'altro ad esigere in ogni caso la rapida risoluzione delle controversie aventi ad oggetto «le attività dei servizi della società dell'informazione».

La chiara preferenza per gli strumenti di composizione extragiudiziale si evince dal fatto che è dedicato un apposito articolo (1) della direttiva a tali forme alternative di soluzione delle controversie, con invito agli Stati membri dell'unione a non ostacolare l'uso, «anche per vie elettroniche adeguate», degli strumenti di composizione extragiudiziale delle controversie previste dal diritto nazionale, e ad incoraggiare gli organi di composizione extragiudiziale a dotarsi di adeguate garanzie procedurali per le parti coinvolte, nonché a comunicare alla Commissione europea le decisioni significative adottate sulle controversie.

L'idea di fondo, non peregrina, che supporta tale scelta è che la soluzione stragiudiziale possa essere più rapida di quella giudiziaria, e nel contempo possa essere affidata a organi tecnici, specificamente competenti in materia di tecnologie. Sembra innegabile la maggior rapidità di una procedura di tipo arbitrale, ma si tratta di un vantaggio che dipende pur sempre dal numero e dalla complessità delle controversie, e se queste dovessero aumentare notevolmente probabilmente i vantaggi si eliderebbero. Per altro verso, non può tacersi che non tutte le controversie attengono a profili strettamente tecnici, ma, anzi, nella maggioranza dei casi, la natura delle questioni, anche in tema di «domain names» (per i quali esiste una procedura di composizione attivata dalla stessa Naming Authority), coinvolge e sottende profili squisitamente giuridici relativi anche a diritti fondamentali della persona, fisica o giuridica, quale è ormai anche quello all'identità telematica, e quali sono quelli relativi ai diritti sui marchi ed alla loro trasferibilità ed utilizzabilità in Internet, e con riguardo a tali problematiche gli organi meramente tecnici possono facilmente risultare inadeguati.

(115) Cfr. sul tema: GAMBINO A. M., *I principi regolativi dei contrats télématiques*, in *Dir. Comm. Int.*, 1997, 295 ss. (Parte I), e 589 (Parte II); ZANOBETTI, *Legge applicabile al commercio elettronico: strumenti internazionali e comunitari*, in *Il diritto dell'Unione europea*, 2000, 661 ss.

(116) Per molti settori specialistici, quale ad esempio il settore marittimo, esistono normative specifiche complesse, anche internazionali, cui occorre far necessario riferimento.

pee, gli investimenti nell'innovazione e rafforzare la competitività dell'industria europea.

La prima, fondamentale, condizione che la direttiva giustamente individua e sottolinea per il ventilato progresso economico è la effettiva accessibilità di Internet a tutti: la quale dipende da fattori tecnici, economici (131) e giuridici, e per rimuovere i relativi ostacoli è indispensabile l'intervento legislativo degli Stati membri dell'Unione.

La direttiva comunitaria cit. si richiama anche alle divergenze tra le normative nazionali, ed all'incertezza sul diritto nazionale applicabile a tali servizi (*considerando* 5), sottolineando che non vi è certezza del diritto sull'ampiezza del controllo che gli Stati membri possono esercitare sui servizi provenienti da un altro Stato membro. Ma altri ostacoli, al di là dei profili strettamente giuridici, si frappongono alla espansione del commercio telematico, ovvero contribuiscono a creare dei divari tra economie.

Il primo ostacolo che afferrisce ad ogni forma di commercio telematico, ma incide soprattutto sul commercio B2C, e in parte C2C, e costituisce un serio freno per l'espansione delle contrattazioni on line, è rappresentato dalle barriere linguistiche. È innegabile che la lingua inglese, in tutte le sue varianti, si è affermata come lingua universale di Internet (affiancata, almeno per quanto concerne le denominazioni di Domini e di siti, dal latino, e non solo in Italia: il che è meno singolare di quanto si possa pensare, perché il latino condivide con l'inglese, oltre ad una diffusa conoscenza negli ambienti di media e alta cultura, altre caratteristiche che in Rete sono essenziali, quali la sintesi, la polivalenza, ma anche la pregnanza concettuale di molti termini), e ciò favorisce le società di lingua anglosassone nello sfruttamento dell'e-commerce, e quelle in cui la lingua inglese ha la medesima rilevanza di quella nazionale (come nel Nord Europa), mentre penalizza buona parte dei Paesi europei, che pur avendo un mercato potenzialmente più ampio, per numero di abitanti, dei paesi anglosassoni, devono fare i conti con la coesistenza di almeno dieci lingue diverse (132), ed in particolare quelli in cui non si persegue una formazione bilingue.

Gli altri, numerosi, problemi attengono in gran parte alle modalità strutturali del commercio telematico, e pur essendo comuni a tutte le forme di commercio telematico, acquistano differente rilevanza a seconda dei soggetti coinvolti e delle tipologie degli scambi. Un primo limite, tecnico, molto più frequente di quanto si creda, consiste nella inadeguata qualità delle tecnologie, e cioè essenzialmente dei «softwares», che appaiono spesso non rispondenti alle esigenze di speditezza e di sicurezza ed alla salvaguardia dei profili di informazione e di tutela delle parti, impedendo un idoneo dialogo tra queste o comun-

que restringendo eccessivamente le possibilità tecniche di comportamento. Si tratta di limiti che a volte discendono dalla cruda rozzezza del software medesimo, altre volte dai limiti della sua strutturazione (spesso ricavato e riadattato da sorgenti di altri «softwares» creati per diverse esigenze), più spesso da precise scelte progettuali, funzionali esclusivamente agli interessi ed alle esigenze dell'offerente i prodotti o i servizi, che quindi soprattutto nei rapporti con i consumatori lasciano all'altro contraente i soli spazi necessari ad aderire all'offerta.

Numerosi studi e indagini di mercato (133), condotte per approfondire i problemi organizzativi del mercato telematico, hanno ripetutamente evidenziato ulteriori problemi avvertiti dagli utenti di Internet quali ostacoli alla diffusione ed utilizzazione del commercio telematico, e tra questi spiccano:

- a) la mancanza di sicurezza e di adeguata garanzia di riservatezza nelle transazioni on line, in particolare per quanto riguarda l'identità dei contraenti, ed i dati (generalità, estremi della carta di credito, ecc.) che occorre scambiare on line (134);
- b) la insufficienza del rapporto comunicativo tra le parti, che lascia preferire a molti il commercio tradizionale;
- c) la povertà di molte offerte on line, sia quanto al novero dei prodotti e delle alternative;
- d) la difficoltà di ricerca dei prodotti nella Rete, anche per l'alto «rumore» generato dai motori di ricerca.

Il secondo problema, comunque meno insuperabile nel breve periodo, che attiene alle tecniche e strategie di mercato degli offerenti, consiste nelle limitate possibilità di contrattazione offerte dalle (attuali) modalità del commercio telematico.

In gran parte dei siti commerciali le offerte di beni non sono trattabili dall'acquirente né quanto al prezzo, né quanto alle modalità di pagamento [predeterminate dal venditore anche quando sono assistite da forme di finanziamento qualificabili come credito al consumo (135)], né quanto alle caratteristiche del bene (salvo quei siti che offrono proprio la possibilità di creare il bene «su misura» delle richieste del consumatore, attualmente esistenti solo con riguardo ai prodotti informatici o a taluni prodotti automobilistici). La riduzione delle possibilità di trattativa per il consumatore si traduce, al di là dei profili di convenienza economica per l'acquirente (che possono a volte compensare la rigidità contrattuale) in una rigidità dell'offerta, che conduce ad una scarsa capacità di adeguamento al mercato e scoraggia il consumatore (136). Tra l'altro è frequente — spesso non per intenti illeciti ma per approssimazione e frettevolezza nell'apprestamento dei siti e inadeguatezza delle risorse destinate al nuovo «medium» commerciale — una informazione carente o ambi-

gua (che abbiamo visto essere oggi in contrasto con i principi affermati dalla normativa europea) in ordine alle caratteristiche del prodotto, alle condizioni e modalità di acquisto, alle forme dell'esecuzione e consegna, e la insufficiente informazione impedisce una valutazione consapevole delle offerte, favorendo successivi ripensamenti dei consumatori, e generando un contenzioso spesso evitabile.

Il terzo problema, connesso con la natura dei beni commerciati, attiene alle garanzie di puntuale ed esatto adempimento da parte del commerciante delle proprie obbligazioni: il quale dipende non solo dalla serietà dell'offerta commerciale, ma, per i beni la cui consegna va compiuta fisicamente, la qualità dei servizi del Paese di destinazione del bene è essenziale ai fini di una consegna tempestiva e corretta del bene, e condiziona le scelte del consumatore, che non è incentivato ad acquistare telematicamente beni che sa di ricevere con grande ritardo, ovvero con rischi di danno o di smarrimento: rischi che, essendo il pagamento generalmente richiesto anticipatamente rispetto alla consegna del bene acquistato, si trasferiscono di fatto globalmente a carico dell'acquirente, che ha l'onere altresì di provare il mancato ricevimento ovvero il danneggiamento del bene conseguente al trasporto. Poiché si tratta di rischi che per il consumatore rappresentano un onere rilevante, tale da elidere del tutto l'interesse all'acquisto on line, e tuttora non sufficientemente compensati dalle possibilità giuridiche di ripensamento o di recesso, che presuppongono comunque la avvenuta consegna, e la integrità del bene da restituire al venditore, soltanto scelte imprenditoriali che siano in grado di eliminare o ridurre tali oneri, trasferendoli sul venditore (anche attraverso meccanismi di garanzia e di assicurazione degli stessi) potranno superare tali ostacoli, psicologici ed economici, al commercio.

Il quarto problema attiene alla sicurezza degli strumenti di pagamento, che se da un lato rifluisce nei profili di sicurezza delle telecomunicazioni già accennati, dall'altro va verificata anche sulla base della serietà degli operatori commerciali on line, poiché la comunicazione dei dati della carta di credito del consumatore espone quest'ultimo anche al rischio di utilizzazioni indebite di tali dati, al di là dei «furti di informazioni», con fatturazioni per servizi o beni mai richiesti o mai acquistati né ricevuti: si tratta di fenomeni di malcostume commerciale già noti al mercato tradizionale dei servizi di pagamento elettronico, a cui si trovano spesso esposti gli utenti che si recano all'estero e pagano con credit card. Alcuni istituti di credito hanno introdotto forme di garanzia anche da tali forme di truffa, rinunciando alla pretesa di rimborso delle spese richieste dall'operatore commerciale e non assistite da prove documentali

delle transazioni avvenute, ma si tratta di fatti dai quali per il consumatore già oggi non è agevole difendersi, per le difficoltà di controllo a posteriori e di contestazione documentata della regolarità degli addebiti sulla propria carta di credito, nonché di conservazione della documentazione di tutte le operazioni eseguite, tanto più complessa quanto maggiori siano le operazioni stesse (e che comunque non prova l'inesistenza di altre ulteriori operazioni). Non sembra che tali rischi siano eliminabili con l'introduzione delle «smart card». Per elidere tali rischi, con riguardo alle operazioni via Internet, occorrerebbe un sistema di documentazione elettronica di ciascuna transazione, che sia, contestualmente alla conclusione della stessa, trasmessa dall'operatore economico al sistema informatico del consumatore all'atto della conclusione della transazione (ma la maggior parte dei softwares commerciali non sono attrezzati per tali procedure, che assorbono grandi risorse soprattutto quando le transazioni siano molto numerose nell'ambito dello stesso sito). Probabilmente la soluzione vincente consiste nell'introduzione delle carte pre-pagate, come per i telefonini, che tutelano il consumatore dai rischi per i depositi bancari.

Il quinto, non lieve, problema è costituito dalla qualità e dai costi delle tecnologie di comunicazione telematica a disposizione del mercato a cui l'operatore commerciale telematico si vuole rivolgere: velocità ed affidabilità della trasmissione dei dati sono essenziali per l'efficacia dell'offerta commerciale e per la convenienza delle transazioni, dal momento che la stipula delle stesse ha dei costi in termini sia di onerosità della connessione telematica, e sia di tempo necessario per l'esame dell'offerta (la «visita del sito offerente e la constatazione della natura e delle condizioni dell'offerta») che finisce per incidere sulla prima. Con riguardo a tale aspetto l'incidenza del digital divide appare ancora molto rilevante, anche con riguardo al mercato italiano, in cui la diffusione delle tecnologie più moderne di connessione, ed anche della c.d. banda larga, è al momento operativa a macchia di leopardo, e ciò comporta lo spostamento di energie imprenditoriali dai luoghi più svantaggiati a quelli meglio serviti tecnologicamente, con aggravamento delle sperequazioni economiche tra aree più progredite ed aree arretrate.

GIORGIO PICA

(130) Sulla direttiva 2000/31/CE cfr.: LEOCANI, *La direttiva UE sul commercio elettronico: cenni introduttivi*, in *Europa e diritto privato*, 2000, I, 617 ss.; SARZANA DI SANT'IPPOLITO F., *Approvata la direttiva sul commercio elettronico*, in *Corr. giur.*, 2000, 1288; BASSAN, *La proposta di direttiva sul commercio elettronico*, in *Giornale di dir. amministr.*, 1999, 465; ARNÒ, LISTA, *Il commercio elettronico alla luce delle recenti iniziative comunitarie*, in *I contratti*, 2000, 1062.

(131) Come si è sottolineato (CALVO-CIOTTI-RONCAGLIA-ZELA, *Internet 2000. Manuale per l'uso della Rete*, Bari, 1999, 156, nt. 124) un limite è costituito dalla «politica tariffaria Telecom Italia, che offre i suoi servizi agli Internet provider (alcuni dei quali in regime di monopolio) a prezzi anche 8 volte più elevati rispetto a quelli praticati in altri paesi». I rilievi critici verso l'operato del gestore della connessione telefonica sono purtroppo frequenti anche in Internet: cfr. le pagine dedicate al tema dal sito <http://punto-informatico.it>. Sui problemi della tardiva attuazione della «banda larga», v. le pagine del sito «www.interlex.it», in particolare alla pagina <http://www.interlex.it/tlc/indice.htm>, nonché CAMMARATA, *Ma la banda deve essere soprattutto «lunga»* (<http://www.interlex.it/tlc/lunga.htm>).

(132) L'inglese, il francese, il tedesco, l'italiano, lo spagnolo, il portoghese, il greco, lo svedese, il finlandese, il danese (assai simile allo svedese), il neerlandese, e il gaelico: senza contare le lingue dell'Europa centrale, i cui Paesi aspirano ad essere integrati nella Comunità, e che comunque già oggi sono parte di un mercato potenzialmente unico, al di là delle barriere doganali ancora esistenti.

(133) Cfr. ad esempio l'indagine condotta da CommerceNet, nel periodo tra il 1995 ed il 1999.

(134) Nella comunicazione della Commissione europea COM (2000) 11, del 9-2-2001 su «prevenire le frodi e le falsificazioni dei mezzi di pagamento diversi dai contanti», si osserva che i consumatori sarebbero indotti a servirsi di strumenti di pagamento elettronici e di carte di credito dall'introduzione di un quadro normativo che garantisca il rimborso di quanto ricevuto indebitamente dal fornitore. Sul tema cfr. MOLITERNI, *E-commerce e pagamenti in rete*, cit., 184 ss.

(135) Anche con riguardo alle forme di finanziamento è particolarmente rigida l'offerta del venditore, non essendo di solito ammesso altro finanziamento utilizzabile nell'ambito del rapporto contrattuale offerto che quello con l'intermediario proposto dal venditore: che spesso risulta essere di costo superiore al normale. Per cui il consumatore non può utilizzare il proprio intermediario di fiducia.

(136) Nella ricerca Commercenet cit. si evidenzia la povertà delle offerte e la difficoltà di contrattazione mentre le difficoltà di reperimento on line dei prodotti cercati appaiono fra gli ostacoli più frequenti sia per il commerce to consumer che to business.

Comunicazioni commerciali non sollecitate

Bibliografia: STUART MILL, *La libertà*, 1859, trad. it., Torino, 1925; AMORTH, *La costituzione italiana*, Milano, 1948; BETTI, *Teoria generale delle obbligazioni*, Milano, 1953; MINERVINI, *Il mandato, la commissione, la spedizione*, in *Tratt. Vassalli*, Torino, 1954; ASCARELLI, *Lezioni di diritto commerciale - Introduzione*, Milano, 1955; R. SCOGNAMIGLIO, *Il danno morale (Contributo alla teoria del danno extracontrattuale)*, RDC, 1957; SIMITIS, *Die faktischen Vertragsverhältnisse*, Frankfurt am M., 1957; ESPOSITO, *La libertà di manifestazione del pensiero*, Milano, 1958; SANTINI, *I diritti della personalità nel diritto industriale*, Padova, 1959; PALAZZO, *Ancora in materia di adescamento al libertinaggio*, GP, 1960; ROSSO, *I delitti di lenocinio e sfruttamento della prostituzione*, Roma, 1960; ROUBIER, *Les prérogatives juridiques*, in *Arch. de philos. du droit*, 1960; CHELLI, *In tema di libertà negativa di associazione*, FI, 1962; BARILE-CHELLI, «Domicilio (libertà di)», in *Enc. dir.*, XIII, Milano, 1964; LEONE, *Delitti di prosenetismo e adescamento*, Milano, 1964; SINISCALCO, «Domicilio (violazione di)», in *Enc. dir.*, XIII, Milano, 1964; DE CUPIS, *Il danno. Teoria generale della responsabilità civile*, Milano, 1966; R. SCOGNAMIGLIO, «Responsabilità contrattuale ed extracontrattuale», in *NN.D.I.*, XV, Torino, 1968; BERLIN, *Two Concepts of Liberty*, in *Four Essays on Liberty*, Oxford, 1969; HAYEK, *La società libera*, 1960, trad. it., Firenze, 1969; BALDASSARRE, *Privacy e costituzione. L'esperienza statunitense*, Roma, 1970; RESCIGNO, *Il diritto all'imitazione della vita privata*, in AA.VV., *Il diritto alla riservatezza e la sua tutela penale*, Milano, 1970; A. R. MILLER, *The Assault on Privacy*, Ann

Arbour, 1971; CATAUDELLA, *La tutela civile della vita privata*, Milano, 1972; CERRI, *Regime delle questue: violazione del principio di eguaglianza e tutela del diritto alla riservatezza*, GiC, 1972; LUSKY, *Invasion of Privacy: a Clarification of Concepts*, in *Columbia Law Review*, 1972; AMATO, «Libertà (dir. cost.)», in *Enc. dir.*, XXIV, Milano, 1974; BOBBIO, *Della libertà dei moderni comparata a quella dei posteri*, in *La libertà politica*, a cura di Passerin d'Entreves, Milano, 1974; CERRI, *Libertà negativa di manifestazione del pensiero e di comunicazione - diritto alla riservatezza*, GiC, 1974; MORTATI, *Istituzioni di diritto pubblico*, I, Padova, 1976; FINOCCHIARO *Commento all'art. 9*, in *Comm. della Costituzione. Rapporti civili, sub artt. 13-20*, a cura di Branca, Bologna-Roma, 1977; PACE, *Commento all'art. 15*, in *Comm. Cost. Branca*, artt. 13-20, Bologna, 1977; AULETTA, *Riservatezza e tutela della personalità*, Milano, 1978; CONTAMINE-RAYNAUD, *Le secret de la vie privée*, in AA.VV., *L'information en droit privé*, Paris, 1978; ENROTH, *Youth, brainwashing, and the extremist cults*, Grand Rapids, 1979; G. B. FERRI, «Privacy» e identità personale, RDCo, 1981; DEL RE, *Questua, colletta e mendicizia: dalla repressione del parassitismo alla garanzia costituzionale di libera scelta di vita*, GiC, 1982; BONILINI, *Il danno non patrimoniale*, Milano, 1983; MESSINETTI, «Personalità (diritti della)», in *Enc. dir.*, XXXII, Milano, 1983; BARILE, *Diritti dell'uomo e libertà fondamentali*, Bologna, 1984; G. B. FERRI, *Saggi di diritto civile*, Rimini, 1984; BONILINI, *Pena privata e danno non patrimoniale*, in *Le pene private*, a cura di Busnelli e Scalfi, Milano, 1985; CERRI, *Diritto di non ascoltare l'altrui propaganda*, GiC, 1985; LUMINOSO, *Il mandato e la commissione*, in *Tratt. Rescigno*, XII, Torino, 1985; ALPA-BONILINI-DE CUPIS-G. B. FERRI-PARADISO-RAVAZZONI-SCALFI-VINCENZI AMATO-VISINTINI, raccolti sotto il titolo *La sentenza della Corte costituzionale 14 luglio 1986, n. 184 sul danno non patrimoniale*, DII, 1986; G. B. FERRI, *Il risarcimento del danno biologico nel sistema della responsabilità civile*, GiC, 1986; MONATERI, *La Costituzione ed il diritto privato: il caso dell'art. 32 Cost. e del danno biologico («Staatsrecht vergeth, Privatrecht besteth»)*, FI, 1986; PONZANELLI, *La Corte costituzionale, il danno non patrimoniale e il danno alla salute*, FI, 1986; SCALFI, *Reminiscenze dogmatiche per il c.d. danno alla salute: un ripensamento della corte costituzionale*, RCP, 1986; BUSNELLI, *In difesa della sentenza n. 184/86 della corte costituzionale sul danno biologico e il danno non patrimoniale*, DII, 1987; PULVIRENTI, *Il danno all'integrità psico-fisica (cosiddetto danno biologico) nella più recente sentenza della corte costituzionale*, GI, 1987; LANCHESTER, «Propaganda elettorale», in *Enc. dir.*, XXXVII, Milano, 1988; TROISIO, «Corrispondenza (libertà e segretezza della)», in *Enc. giur.*, IX, Roma, 1988; MONATERI-BELLERO, *Il quantum nel danno alla persona*, Milano, 1989; MONATERI, *Danno biologico da uccisione o lesione della serenità familiare?*, RCP, 1989; RESCIGNO, *Manuale di diritto privato italiano*, Napoli, 1989; VISINTINI, *Lesioni personali. Diritto alla serenità familiare*, NGCC, 1989; BALDASSARRE, «Libertà I. Problemi generali», in *Enc. giur.*, XIX, Roma, 1990; AUERNHAMMER, *Bundesdatenschutzgesetz Kommentar*, 3. Aufl., Köln-Berlin-Bonn-München, 1991; CATAUDELLA, «Riservatezza (diritto alla)», in *Enc. giur.*, XXVII, Roma, 1991; CERRI, «Riservatezza (diritto alla)», II, «Diritto comparato e straniero», XXVII, Roma, 1991; DI LORETO, *Gli affari conclusi con i passanti e l'esigenza di proteggere gli acquirenti dai venditori per strada*, GI, 1992; NAVARRETTA, *L'intangibilità del danno biologico nell'assicurazione obbligatoria (progressi e limiti della sentenza della corte costituzionale n. 356/1991)*, Q, 1992; ZENO ZENCOVICH-ZOPPINI, *La disciplina dei servizi telematici nel quadro delle proposte comunitarie di tutela dei dati personali*, DII, 1992; DE NOVA, in SACCO-DE NOVA, *Il contratto*, II, Torino, 1993; FRANZONI, *Dei fatti illeciti*, in *Comm. Scialoja-Branca-Galgano*, Bologna-Roma, 1993; POLLAUD-DULIAN, *Abus de droit et droit moral*, in *D.*, 1993; ZENO ZENCOVICH, *Profili negoziali degli attributi della personalità*, DII, 1993; ID., «Identità personale», in *Digesto/civ.*, IX, Torino, 1993; CERRI, *La pubblicità commerciale fra libertà di manifestazione del pensiero, diritto di informazione, disciplina della concorrenza*, DII, 1995; IRTI, *Persona e mercato*, RDC, 1995; RODOTÀ, *Tecnologie e diritti*, Bologna, 1995; SIMITIS, sub § 4, in SIMITIS-DAMMANN-GEIGER-MALLMANN-WALZ, *Kommentar zum Bundesdaten-*

(117) Il testo vigente è reperibile in G.U.C.E. C 27 del 26-1-1998. Sul tema, cfr. POCAR, *La convenzione di Bruxelles sulla giurisdizione e l'esecuzione delle sentenze*, Milano, 1995.

(118) Ratificata con l. 10-2-1992, n. 198.

(119) Cfr. la l. 31-5-1995, n. 218 (Riforma del sistema italiano di diritto internazionale privato).

(120) Cfr. DRAETTA, *Internet e commercio elettronico nel diritto internazionale dei privati*, Milano, 2001, 40.

(121) Tra l'altro, sussistono molteplici profili di parziale o totale inconciliabilità tra fonti sovranazionali regolative — a vario titolo — dei rapporti economici tra soggetti di diversa nazionalità, che rendono estremamente problematiche anche le strade di tutela giurisdizionale. Cfr., ad esempio, la decisione della C. Giust. CE, 23-11-1999 (Portogallo c. Consiglio UE), (in *Dir. Comm. Int.*, 2000, 997 ss., con nota di RUOTOLO, *Organizzazione Mondiale del Commercio e Ordinamento Comunitario nella giurisprudenza recente della Corte di giustizia: un nodo ancora irrisolto*).

(122) Cfr. in argomento, FILIP DE LY, *Lex mercatoria: globalization and international self-regulation*, in *Dir. Comm. Int.*, 2000, 555 ss.

(123) Cfr. in materia: LUPONE, «Diritto internazionale privato (disp. gen.)», in *Enc. dir.*, V aggiornam., Milano, 2001, 382 ss.; nonché BOSCHIERO, «Obbligazioni contrattuali (diritto internazionale privato)», in *Enc. dir.*, IV aggiornam., Milano, 2000, 801 ss.

(124) Cfr. sul tema: BOSCHIERO, *Obbligazioni contrattuali*, loc. cit.

(125) Art. 3 l. 18-12-1984, n. 975 (Convenzione di Roma): Articolo 3. Libertà di scelta.

1. Il contratto è regolato dalla legge scelta dalle parti. La scelta dev'essere espressa, o risultare in modo ragionevolmente certo dalle disposizioni del contratto o dalle circostanze. Le parti possono designare la legge applicabile a tutto il contratto, ovvero a una parte soltanto di esso.

2. Le parti possono convenire, in qualsiasi momento, di sottoporre il contratto ad un legge diversa da quella che lo regolava in precedenza vuoi in funzione di una scelta anteriore secondo il presente articolo, vuoi in funzione di altre disposizioni della presente convenzione. Qualsiasi modifica relativa alla determinazione della legge applicabile, intervenuta posteriormente alla conclusione del contratto, non inficia la validità formale del contratto ai sensi dell'art. 9 e non pregiudica i diritti dei terzi.

3. La scelta di una legge straniera ad opera delle parti, accompagnata o non dalla scelta di un tribunale straniero, qualora nel momento della scelta tutti gli altri dati di fatto si riferiscano a un unico paese, non può recare pregiudizio alle norme alle quali la legge di tale paese non consente di derogare per contratto, qui di seguito denominate «disposizioni imperative».

4. L'esistenza e la validità del consenso delle parti sulla legge applicabile al contratto sono regolate dagli articoli 8, 9 e 11.

(126) Afferma l'art. 4 Conv. Roma:

«1. Nella misura in cui la legge che regola il contratto non sia stata scelta a norma dell'art. 3, il contratto è regolato dalla legge del paese col quale presenta il collegamento più stretto. Tuttavia, qualora una parte del contratto sia separabile dal resto e presenti un collegamento più stretto con un altro paese, a tale parte del contratto potrà applicarsi, in via eccezionale, la legge di quest'altro paese.

2. Salvo quanto disposto dal paragrafo 5, si presume che il contratto presenti il collegamento più stretto col paese in cui la parte che deve fornire la prestazione caratteristica ha, al momento della conclusione del contratto, la propria residenza abituale o, se si tratta di una società, associazione o persona giuridica, la propria amministrazione centrale. Tuttavia, se il contratto è concluso nell'esercizio dell'attività economica o professionale della suddetta parte, il paese da considerare è quello dove è situata la sede principale di detta attività oppure, se a

norma del contratto la prestazione dev'essere fornita da una sede diversa dalla sede principale, quello dove è situata questa diversa sede.

3. Quando il contratto ha per oggetto il diritto reale su un bene immobile o il diritto di utilizzazione di un bene immobile, si presume, in deroga al paragrafo 2, che il contratto presenti il collegamento più stretto con il paese in cui l'immobile è situato.

4. La presunzione del paragrafo 2 non vale per il contratto di trasporto di merci. Si presume che questo contratto presenti il collegamento più stretto col paese in cui il vettore ha la sua sede principale al momento della conclusione del contratto, se il detto paese coincide con quello in cui si trova il luogo di carico o di scarico o la sede principale del mittente. Ai fini dell'applicazione del presente paragrafo sono considerati come contratti di trasporto di merci i contratti di noleggio a viaggio o altri contratti il cui oggetto essenziale sia il trasporto di merci.

5. È esclusa l'applicazione del paragrafo 2 quando la prestazione caratteristica non può essere determinata. Le presunzioni dei paragrafi 2, 3 e 4 vengono meno quando dal complesso delle circostanze risulta che il contratto presenta un collegamento più stretto con un altro paese».

(127) L'art. 9 Conv. di Roma fissa poi i requisiti di forma che ciascun contratto deve rispettare per essere valido, e lascia dedurre che non è necessario che il contratto debba avere la forma scritta, ma è necessario che rivesta i requisiti di forma che la legge applicabile prevede per quel tipo di contratto.

(128) Cfr. in argomento: VALERIANI, *La direttiva 97/7/CE in materia di vendita a distanza e la pubblicità via Internet*, *DII*, 1999, 189 ss.

(129) Cfr. sul tema: GABRIELLI-ORESTANO, «Contratti del consumatore», in *Digesto/civ.*, aggiornam. I, Torino, 2000, 225 ss.; CHINÈ, «Consumatore (contratti del)», in *Enc. dir.*, aggiornam., IV, 400 ss.; GHIDINI-CERASANI, «Consumatore (tutela del)», in *Enc. dir.*, aggiornam. V, Milano, 264 ss.; LENER, *La nuova disciplina delle clausole vessatorie nei contratti dei consumatori*, *FI*, 1996, V, 145; CESÀRO, *Clausole vessatorie e contratto del consumatore*, Padova, 1996.

9. I problemi concreti del commercio telematico.

La direttiva n. 2000/31/CE (130), che ha affrontato direttamente il tema del commercio elettronico (recitius telematico), ha nel preambolo, articolato su ben 65 «considerando», evidenziato quelle che sono le questioni cruciali da affrontare e risolvere per lo sviluppo della «società dell'informazione», sia sul piano economico e politico sia su quello giuridico, sottolineando diversi aspetti che rappresentano i reali ostacoli alla diffusione del commercio telematico.

La direttiva, sul presupposto (*considerando* 1 e 2) che è compito dell'unione europea di garantire il progresso economico e sociale dei popoli dell'Unione, e che il mercato unico interno implica per definizione uno spazio senza frontiere interne, evidenzia che lo sviluppo dei servizi della società dell'informazione nello spazio senza frontiere interne è uno strumento essenziale proprio per eliminare le barriere che dividono i popoli europei, e che lo sviluppo del commercio telematico nella società dell'informazione offre grandi opportunità per l'occupazione nella Comunità, in particolare nelle piccole e medie imprese (che si giovano meglio della maggior facilità di accesso al mercato offerta dallo strumento telematico), e può facilitare la crescita delle imprese euro-