
FEDERICA RESTA

PARADIGMI GIURIDICI E TECNOLOGIA DIGITALE

SOMMARIO: 1. Tecnologia e *Nomos der Erde*. — 2. L'evoluzione della nozione di *right to privacy*. — 3. La dematerializzazione degli atti aventi efficacia probatoria. — 4. Gli strumenti finanziari nell'era digitale. — 5. Moneta elettronica, *e-commerce*, e tutela del consumatore. — 6. L'evoluzione della nozione di « diritto d'autore »: da diritto esclusivo a diritto ad un compenso. — 7. Accesso ai beni digitali e globalizzazione del diritto. — 8. Profili di tutela penale nella società dell'informazione: alcune brevi considerazioni.

1. TECNOLOGIA E *NOMOS DER ERDE*.

Sullo sfondo la questione che si agita riguarda il rapporto tra il diritto e la tecnica. Tema classico ma mai definitivamente archiviato, esso trova oggi delle accelerazioni così spinte che ne fanno il « problema » del presente. Si tratta di mettere ancora una volta alla prova la sua intrinseca duttilità: in quanto *techne*, il diritto costituisce uno strumento capace di regolare la società seguendola nelle sue evoluzioni, adattando i propri paradigmi, i propri riti, le proprie categorie ai mutamenti più profondi della vita associata. Quando i cambiamenti diventano antropologie di vita il suo compito si carica di responsabilità.

In tale compito di adattamento gioca, ovviamente, un ruolo fondamentale l'interprete chiamato ad applicare fattispecie astratte al multiforme e sempre mutevole dato effettuale. E da sempre, si sa, il suo ruolo è sul confine di una dimensione creatrice, nomotetica, e di una mera attività applicativa; mai come oggi, in questo presente giuridico, caratterizzato dalla perdita dei confini tradizionali, dove è difficile ritrovare direzioni e riferimenti sicuri.

Il saggio di Pascuzzi¹ dedicato all'esperienza giuridica nell'*era digitale*, rappresenta, alla luce delle precedenti considerazioni, una riflessione di notevole interesse sull'incidenza dei mutamenti indotti dall'accelerazione tecnologica nell'ordinamento giuridico, a cominciare dall'argomentazione degli interpreti del diritto, dalle fattispecie astratte che questi ultimi devono applicare ad una realtà dai caratteri decisamente nuovi, dai para-

¹ PASCUZZI, *Il diritto dell'era digitale*, Bologna, 2002.

digmi tradizionali del rito giudiziario, al modo stesso d'intendere taluni istituti.

Da un lato, dunque, la tecnologia, in quanto prodotto umano e sociale, diviene oggetto di disciplina giuridica: fenomeni come Internet, l'*e-commerce*, la moneta digitale, il documento informatico, sottoscritto con firma digitale, necessitano di essere regolamentati sotto il profilo giuridico, mediante estensione analogica delle fattispecie tradizionali (con notevoli difficoltà in materia penale), o con la previsione di istituti e fattispecie *ad hoc*.

Dall'altro, la tecnologia si offre come strumento del diritto: basti pensare alla *on-line dispute resolution* come metodo alternativo di risoluzione delle controversie, segnatamente quelle arbitrali vertenti sui nomi di dominio, o alla documentazione informatica dell'attività giuridica.

Se la tecnologia si presenta dunque come occasione per un ripensamento di istituti giuridici tradizionali, di categorie che continuano a costituire l'architrave della *dianoia* e dell'argomentazione dell'interprete, allo stesso tempo essa fornisce al giurista strumenti inediti per realizzare un'intima coerenza ed un progressivo adattamento dell'ordinamento giuridico a tali nuove istanze.

Le pagine di Pascuzzi sono pervase dalla costante considerazione della relazione, di carattere propriamente ontologico, tra diritto e tecnologia.

« Se si osserva l'evoluzione del diritto in chiave diacronica è facile rendersi conto che svolte epocali si sono verificate ogniqualevolta l'uomo ha avuto accesso a nuove tecnologie. L'evoluzione del diritto coincide anche con l'evoluzione dei mezzi espressivi e delle tecnologie connesse a questi ultimi... (omissis)... Con il tempo assistiamo alla prima innovazione tecnologica: la disponibilità del linguaggio articolato (tecnologia del pensiero). Il diritto cambia ed evolve. Nelle società senza scrittura il patrimonio giuridico viene consegnato alle generazioni successive in forma orale. E questo comporta l'impossibilità di discorsi complicati, esclude l'astrazione e la generalizzazione, implica, piuttosto, l'uso di formule brevi e ripetitive. Passano i millenni e l'uomo... inventa la scrittura (tecnologia della parola). Il diritto evolve ulteriormente. Il testo (la regola) diviene fisso e può essere conservato inalterato. Nasce l'interpretazione »².

Il diritto si avvale dunque delle tecniche espressive che progressivamente l'uomo perfeziona ed affina; su di esse si modella l'argomentazione giuridica.

La legalità si configura sempre di più come conformità all'*epistème* del diritto « positivo », in quanto appunto statuito, tra-dotto in un testo scritto ed inalterabile, tra-ducibile mediante le diverse tecniche di comunicazione.

L'informatica, del resto, rappresenta oggi un imprescindibile canale di diffusione per i materiali giuridici: la possibilità per il giurista di accedere in pochi secondi ad intere banche dati contenenti contributi dottrinali, repertori giurisprudenziali, raccolte normative dischiude nuove vie per la ricerca e la conoscenza in ambito giuridico; i software d'*information retrieval* consentono un più rapido e puntuale reperimento dei dati, peraltro aggiornati costantemente in tempo reale.

² Così PASCUZZI (*op. cit.*, p. 12) inquadra in maniera efficace il problema.

2. L'EVOLUZIONE DELLA NOZIONE DI *RIGHT TO PRIVACY*.

Appare dunque evidente che l'innovazione tecnologica muta profondamente le condizioni di accesso al sapere giuridico. Ma soprattutto, la rivoluzione digitale è stata ed è in grado di condizionare notevolmente le regole giuridiche, i paradigmi tradizionali del pensiero normativo.

In tal senso è di grande interesse l'evoluzione di cui è stata protagonista la nozione di diritto alla *privacy*.

Dalle prime pronunce giurisprudenziali sul tema³, può evincersi una concezione del *Right to privacy* — secondo la prima formulazione della nozione, come sviluppata da Warren e Brandeis⁴ — come diritto alla riservatezza, *right to be let alone*, il cui fondamento normativo è stato rinvenuto nelle norme la cui *ratio legis* esprime la volontà di garantire il riserbo della vita personale e familiare (art. 614 c.p.: violazione di domicilio; art 615-bis c.p.: interferenze illecite nella vita privata; art 616 c.p.: segretezza della corrispondenza; art. 472, comma 2, c.p.p.: tutela della riservatezza dei testimoni e delle parti private in ordine a fatti che non costituiscono oggetto dell'imputazione; l. 20 maggio 1970, n. 300: divieto d'indagini personali sul corpo e sulle opinioni del lavoratore; art. 24 l. 7 agosto 1990, n. 241: diritto di accesso ai documenti amministrativi e diritto alla riservatezza; l. 4 agosto 1955, n. 848, di trasposizione della Convenzione di Roma del 1950, che all'art. 8 riconosce a ciascuno il diritto al rispetto della sua vita privata e familiare, del suo domicilio e della sua corrispondenza).

Il momento di affermazione, nell'ordinamento giuridico italiano, della nozione di diritto alla *privacy* corrisponde all'inizio della prima delle tre fasi dell'evoluzione dell'informatica, che si snoda tra il 1970 e la fine degli anni Novanta; periodo che ha visto un'intensa produzione legislativa, anche di ascendenza sopranazionale, diretta a disciplinare il trattamento dei dati personali mediante l'utilizzazione dei calcolatori elettronici⁵.

I caratteri comuni a tali molteplici interventi normativi sono riconducibili:

— all'enunciazione di principi generali in relazione alle modalità di trattamento dei dati personali: il trattamento di tali dati deve essere effettuato in modo lecito, corretto, esatto, pertinente a — e non eccedente — gli scopi determinati, espliciti e legittimi, ai quali sia finalizzato. La conservazione di tali dati deve inoltre essere tale da consentire l'identificazione

³ Cass. 22 dicembre 1956, n. 4487, Caruso, in *Foro it.*, 1957, I, c. 4; Cass. 20 aprile 1963, n. 990, Claretta Petacci, in *Giust. Civ.* 1963, I, p. 1280; Cass. 27 maggio 1975, n. 2129, Soraya Esfandiari, in *Foro it.*, 1976, I, c. 2895.

⁴ WARREN-BRANDEIS, in *Harvard Law Review*, 1890, IV, n. 5, p. 193.

⁵ Cfr. *inter alia* l. 31 dicembre 1996, n. 675, « Tutela delle persone e di altri soggetti rispetto al trattamento dei dati personali », con le successive integrazioni di cui al d. lgs. 11 maggio 1999, n. 135; d.lgs. 13 maggio 1998, n. 171, « Disposizioni in materia di tutela della vita privata nel settore

delle telecomunicazioni, in attuazione della direttiva 97/66/CE del Parlamento Europeo e del Consiglio, ed in tema di attività giornalistica »; direttiva 2002/58/CE del Parlamento Europeo e del Consiglio del 12 luglio 2002, relativa al « Trattamento dei dati personali e alla vita privata nel settore delle telecomunicazioni ». In merito ai profili, di rilevante interesse, concernenti la tutela penale del trattamento dei dati personali, di cui al capo VIII della l. 31 dicembre 1996, n. 675, si rinvia, per un'ampia ed approfondita trattazione, a A. MANNA, *Tutela penale della personalità*, Bologna, 1993.

del soggetto *de quo* per il periodo di tempo strettamente necessario al perseguimento delle finalità per le quali sia predisposta;

— all'*attribuzione in capo ai titolari dei dati trattati di situazioni giuridiche protette*, e segnatamente: diritto di conoscenza, di accesso ai dati, di modifica ed aggiornamento di dati incompleti od obsoleti; diritto all'oblio, *id est* alla cancellazione dei dati non più necessari in relazione alle finalità per le quali erano stati raccolti; diritto di opposizione al trattamento;

— alla *disciplina puntuale dei c.d. dati sensibili, id est* i dati idonei a rivelare l'origine etnico-razziale, le convinzioni filosofiche, religiose o di diverso genere, le opinioni politiche, l'adesione a partiti, sindacati, associazioni od organizzazioni a carattere religioso, filosofico, politico o sindacale, lo stato di salute, la vita sessuale.

Dall'analisi del dettato normativo di tali recenti interventi del legislatore, nazionale e comunitario, emerge dunque una nuova definizione funzionale del *right to privacy*, che ora si riferisce più propriamente alla possibilità del soggetto che ne è titolare « *di conoscere, controllare, indirizzare, interrompere il flusso delle informazioni che lo riguardano. La privacy, quindi, può in primo luogo, e più precisamente, essere definita come il diritto di mantenere il controllo sulle proprie informazioni* »⁶.

Appare chiaro pertanto come la rivoluzione digitale abbia operato un profondo cambiamento nel *way of thinking* del giurista in relazione alla nozione di « diritto alla riservatezza », che da *right to be let alone* sfuma oggi nel concetto di diritto al controllo sui propri dati. Nonostante ciò, il mutamento in seno all'ordinamento giuridico apportato dalle innovazioni tecnologiche opera al livello degli stessi strumenti di disciplina e regolamentazione delle attività realizzate con gli strumenti informatici: le regole tradizionali di ascendenza statutale, destinate ad esplicare la loro efficacia nello specifico ambito territoriale soggetto alla sovranità dello Stato rivelano la propria inadeguatezza a disciplinare fenomeni precipuamente *homeless* come l'Internet, caratterizzati peraltro da una pervasività potenzialmente lesiva dei diritti della personalità, ma più in genere della sfera giuridica soggettiva dei soggetti che ne sono a vario titolo coinvolti.

In ragione dell'emergente insufficienza degli strumenti tradizionali ad assicurare l'*enforcement* dei precetti normativi, si affermano metodi alternativi diretti a disciplinare il trattamento informatico dei dati personali, garantendo il rispetto dei diritti della personalità.

Così Pascuzzi: « *La protezione della privacy risulta ancorata alla negoziazione (telematica) di un consenso al trattamento dei dati ottenuto a fronte dell'impegno a rispettare determinati principi in ordine al medesimo trattamento* .

Il contenuto della tutela finisce con l'essere negoziato tra le parti. Chi pone le regole, di fatto, è il fornitore di beni e servizi: che oscilla tra la tentazione di usare come vuole i dati raccolti e l'interesse a rispettare gli standard imposti da bollini di qualità se vuole mantenersi credibile.

(...) la prassi riscontrabile in Internet segna un significativo cambiamento di strategia nell'approccio alla tutela dei dati personali »⁷.

⁶ S. RODOTÀ, *Repertorio di fine secolo*, Roma-Bari, 1999, p. 201.

⁷ PASCUZZI, *op. cit.*, p. 69.

L'eteronomia della disciplina incardinata sulla norma statale che, qualunque grado occupi nella gerarchia delle fonti normative, rappresenta pur sempre il prodotto della mediazione politica tra la totalità degli interessi emergenti nella società, progressivamente cede il passo alla regolamentazione contrattuale delle attività *de quo*.

La disciplina del trattamento dei dati personali nell'ambito delle attività informatiche viene negoziata tra le parti — generalmente, cliente e *server* — in ragione dei loro specifici interessi nel momento in cui avviene il loro incontro sulla rete, prescindendo dalla previa allocazione di posizioni tutelate.

Il rispetto dei diritti della personalità nell'ambito del trattamento informatizzato dei dati personali, da obiettivo del legislatore diviene scopo fondamentale che il singolo *server* persegue per assicurare ai propri clienti un servizio sicuro.

Tale esigenza di affidare all'autonomia negoziale la previsione di discipline garantiste dei diritti della personalità deriva precipuamente dal carattere a-territoriale della rete, che rende estremamente semplice aggirare anche le discipline più restrittive.

Tale consapevolezza emerge inequivocabilmente dall'esame della Raccomandazione n. R (99) 5 del Comitato dei Ministri agli Stati membri per la protezione della privacy su Internet, la quale, significativamente non si rivolge ai soggetti tradizionalmente titolari del potere normativo, ma alle parti direttamente interessate, protagoniste dell'attività in oggetto, in quanto rappresentano i soggetti che in concreto possono più efficacemente garantire il rispetto della privacy degli utenti assicurando una corretta gestione dei dati.

Un ulteriore elemento innovativo della Raccomandazione in esame è rappresentato dal fatto che essa non suggerisce l'adozione di norme cogenti imposte dall'esterno, ma invita gli stessi interessati ad adottare codici deontologici e di condotta, che incorporino le *Guidelines* previste dalla medesima Raccomandazione, investendo dunque l'autonomia negoziale della non facile funzione di implementazione della direttiva, demandando ai privati il compito di stigmatizzare i comportamenti non conformi al codice di autoregolamentazione.

Tale « abdicazione » all'accentramento del potere nomotetico da parte dei soggetti tradizionalmente deputati a produrre norme cogenti — limitatamente a taluni settori della vita sociale su cui in maniera più pervasiva e pervicace si esplica l'incidenza della tecnologia — nasce evidentemente dalla consapevolezza che i rimedi più efficaci ai rischi cui l'informatizzazione espone i diritti della personalità possono essere approntati soltanto da un corretto uso degli stessi mezzi tecnologici.

Pertanto, al fine di assicurare un sufficiente grado di riservatezza — se non di anonimato — nel cyberspazio sono stati predisposti sistemi di regolamento — le c.d. *privacy enhancing technologies* — che tutelano la privacy prevenendo trattamenti non necessari dei dati personali senza compromettere la funzionalità del servizio.

3. LA DEMATERIALIZAZIONE DEGLI ATTI AVENTI EFFICACIA PROBATORIA.

La compenetrazione tra diritto e tecnologia si è manifestata in maniera altrettanto pervicace in relazione all'informatizzazione della documentazione, attività fondamentale in ambito giuridico, in quanto diretta a garantire la certezza delle situazioni giuridicamente rilevanti, secondo la nota teoria del Carnelutti sull'intrinseca destinazione alla prova del documento⁸.

Dalle pagine di Candian sul punto può evincersi che alla nozione di documento è connaturato l'elemento della materialità: esso è infatti suscettibile di proprietà, come anche di possesso, di azioni di rivendicazione ed espropriazione forzata, tutelabile mediante l'azione di reintegrazione o di manutenzione; ed in quanto legato alla tangibilità di un supporto materiale, segnatamente cartaceo, garantisce rappresentabilità, stabilità, identificabilità tanto rispetto al suo contenuto quanto rispetto alla sua paternità⁹.

Tali caratteristiche evidenziano chiaramente come la disciplina tradizionale prevista per il documento cartaceo sia non suscettibile di estensione analogica *tout court* al documento informatico.

Limitando l'analisi al profilo della paternità del documento, deve rilevarsi infatti l'esistenza di fondamentali differenze tra firma autografa e firma digitale (introdotta nel nostro ordinamento dal d.p.r. 513/1997, ma sul punto v. anche d.p.c.m. 8 febbraio 1999, e artt. 22 ss. d.p.r. 28 dicembre 2000, n. 445), e precisamente:

— mutano le modalità di apposizione della firma, che non è più il risultato di un gesto umano, ma deriva da una corrispondenza biunivoca tra il soggetto e la chiave;

— se la firma autografa prova la paternità del documento, la firma digitale non prova l'autografia, ma semplicemente la titolarità della chiave privata, corrispondente alla chiave pubblica associata, ciò che comporta l'imputabilità di quanto attestato al titolare della chiave. La corrispondenza tra una chiave privata — con la quale sia stata apposta una firma digitale — e la chiave pubblica, determina una presunzione *juris et de jure* di provenienza del documento dal titolare della chiave. La firma digitale deve pertanto considerarsi irripudiabile;

— l'apposizione della firma digitale comporta l'intervento necessario del certificatore, soggetto terzo di elevata affidabilità e notoria indipendenza — c.d. *Trusted third party* — che attribuisca la titolarità della firma digitale, che identifichi il titolare della chiave segreta, nonché i suoi eventuali poteri o limiti di rappresentanza, che rilasci e renda pubblico il relativo certificato, che pubblichi ed aggiorni l'elenco delle chiavi pubbliche corrispondenti a quelle private, che provveda tempestivamente alla eventuale revoca o sospensione delle chiavi;

— il *drafting* del testo delle norme che disciplinano la materia *de quo* presenta caratteri spiccatamente tecnici, con conseguente poca chiarezza del dettato normativo;

⁸ CARNELUTTI, *Teoria del falso*, Padova, 1935.

⁹ CANDIAN, voce *Documentazione e do-*

cumento (teoria generale) in *Enc. Dir.* Vol. XIII, Milano, 1964, p. 579.

— la disciplina della firma digitale è demandata ad una fonte sub-primaria, segnatamente all'allegato tecnico ad un regolamento. Sembra invece, a parere di chi scrive, che l'importanza e la delicatezza della questione impongano che l'adozione di tale disciplina sia demandata al legislatore ordinario, in ragione della legittimazione democratica di cui è investito l'organo direttamente rappresentativo dei cittadini;

— in ragione dell'elevato grado di tecnicismo che caratterizza la materia, viene demandato agli esperti del settore il compito di elaborare la normativa tecnica — contenente, in relazione ad un certo momento, lo stato dell'arte più avanzato — che sarà recepita all'interno dello stesso regolamento. Sarebbe dunque auspicabile assicurare la terzietà ed indipendenza da eventuali *lobbies* di tali soggetti, mediante opportuni controlli e trasparenti procedure di selezione.

Tuttavia, nonostante tali fondamentali differenze che richiedono interventi normativi *ad hoc* per disciplinare l'attività di documentazione informatica, è stato possibile per il medesimo fine richiamare taluni aspetti della disciplina tradizionale in materia di atti aventi efficacia probatoria.

L'art. 15, secondo comma, della legge 15 marzo 1997, n. 59, ha statuito che sono validi e rilevanti a tutti gli effetti di legge « *gli atti, dati e documenti formati dalla pubblica amministrazione e dai privati con strumenti informatici o telematici, i contratti stipulati nelle medesime forme, nonché la loro archiviazione e trasmissione con strumenti informatici* ».

L'art. 10 del d.p.r. 28 dicembre 2000, n. 445, recita: « *Il documento informatico, sottoscritto con firma digitale, fa piena prova, fino a querela di falso, della provenienza delle dichiarazioni da chi l'ha sottoscritto. Il documento informatico ha l'efficacia probatoria prevista dall'art. 2712 c.c. (riproduzioni meccaniche) riguardo ai fatti e alle cose rappresentate* ».

Peraltro, circa il profilo della tutela penale di beni giuridici meta-individuali, quali quelli protetti dalle norme incriminatrici del falso informatico e della frode informatica, autorevole dottrina ha posto in rilievo l'insufficienza della tecnica di *drafting* legislativo adottata dal legislatore nell'estendere, in virtù del richiamo operato dagli artt. 491-bis e 640-ter c.p., a tali nuovi reati la disciplina delle tradizionali fattispecie del falso documentale e della frode, con il risultato della mancata tipizzazione delle relative fattispecie, e conseguente violazione del principio di stretta legalità¹⁰.

Da queste considerazioni può dunque rilevarsi come la tecnologia, se da un lato si offre quale strumento per il diritto e la sua evoluzione, dall'altro si pone quale problema, oggetto di specifica regolamentazione, suscettibile solo per taluni aspetti di essere ricondotto all'interno dei paradigmi tradizionali dell'ordinamento giuridico.

¹⁰ Cfr., di recente, A. MANNA, *Artifici e raggiri on-line: la truffa contrattuale, il falso informatico e l'abuso dei mezzi di pagamento elettronici*, in questa *Rivista*, n. 6, 2002, p. 958; nonché C. PECORELLA, *Il diritto penale dell'informatica*, Padova, 2000, 7 ss.; PICOTTI, *Commento all'art. 3*

L. 23/12/1993 n. 547 (Criminalità informatica), in *Leg. pen.*, 1996, 62 ss.; PICA, *Diritto penale delle tecnologie informatiche*, Torino, 1999, 115 ss.; CORRIAS LUCENTE, *I reati in materia di carte di pagamento nella legge 5 luglio 1991 n. 197*, in questa *Rivista*, 1991, 755 ss.

4. GLI STRUMENTI FINANZIARI NELL'ERA DIGITALE.

La tecnologia digitale ha contribuito in maniera rilevante alla de-materializzazione degli strumenti finanziari, mutando il regime giuridico in relazione alle situazioni di proprietà e possesso del titolo, che sfumano in posizioni di titolarità e legittimazione; all'esercizio dei diritti ricompresi nello strumento, che divengono esercitabili in concreto solo attraverso l'intervento di intermediari; agli effetti del possesso in buona fede; alle eccezioni opponibili; alle modalità d'imposizione dei vincoli.

Il processo di de-materializzazione degli strumenti finanziari ha conosciuto nel nostro ordinamento due fasi: la prima, c.d. « di secondo livello », risalente al 1986, ha previsto la de-materializzazione della sola circolazione dei titoli i quali, accentrati presso un istituto di gestione (Monte Titoli s.p.a.) potevano essere negoziati attraverso operazioni contabili di giro senza spostamento materiale dei certificati. La seconda fase, c.d. de-materializzazione di primo livello, attuata nel 1998, ha previsto la totale sostituzione del titolo con iscrizioni contabili.

Il d.lgs. 24 giugno 1998, n. 213, ha disciplinato la gestione accentrata degli strumenti finanziari dematerializzati ammessi alla negoziazione nei mercati regolamentati, prevedendo:

— la sostituzione dei titoli cartacei da parte di iscrizioni o registrazioni presso la società di gestione accentrata o presso l'intermediario, escludendo così per gli strumenti finanziari dematerializzati la possibilità di emissione ed immissione in circolazione di una *res*, in quanto appunto sostituita da una registrazione in conto;

— le tradizionali categorie dominicali della proprietà e del possesso cedono il passo a quelle di titolarità e legittimazione. La registrazione corrisponde infatti al possesso qualificato del documento al fine della legittimazione all'esercizio ed agli atti di disposizione del diritto (art. 32, primo comma, d.lgs. 213/1998);

— l'esercizio e la disposizione dei diritti ricompresi nello strumento finanziario necessitano dell'intervento di intermediari autorizzati (art. 30 d. lgs. 213/1998);

— la cessione della legittimazione all'esercizio dei diritti incorporati nel titolo dematerializzato avviene secondo una procedura di scrittura in addebito in conto nominativo;

— muta il regime del possesso di buona fede di cui all'art. 1994 c.c. . Ciò che esclude la legittimazione passiva all'azione di rivendicazione o ad altre « *pretese o azioni da parte di precedenti titolari* » non è più, come per i tradizionali titoli cartacei, l'acquisto del possesso del titolo in buona fede, ma « *la registrazione in proprio favore in base a titolo idoneo ed in buona fede* » (art. 32, secondo comma, d. lgs. 213/1998);

— muta il regime delle eccezioni opponibili, data l'impossibilità, in relazione agli strumenti finanziari de-materializzati, di prevedere *inter alia* eccezioni fondate sulla falsità della firma. Ai sensi dell'art. 33 d. lgs. 213/1998, infatti, « *l'emittente può opporre soltanto le eccezioni personali al soggetto stesso e quelle comuni a tutti gli altri titolari degli stessi diritti* »;

— le modalità di imposizione di vincoli sugli strumenti finanziari dematerializzati consistono in « *registrazioni in apposito conto tenuto dall'intermediario* » (art. 34 d. lgs. 213/1998);

— non si pongono più problemi in ordine a smarrimento, sottrazione o distruzione del titolo, in quanto il regime di proprietà ed appartenenza del

documento è sostituito dal regime della intestazione scritturale da parte dell'intermediario, soggetto necessario ai fini dell'accesso ai medesimi strumenti finanziari de-materializzati ed all'esercizio dei diritti agli stessi inerenti.

L'imposizione dell'intermediazione ai fini dell'esercizio dei diritti inerenti a tali strumenti finanziari solleva peraltro perplessità in relazione alla legittimità costituzionale della disciplina *de quo*.

In proposito sono illuminanti le pagine di Spada, il quale sul punto rileva come: « *L'investitore per esercitare un diritto o per avvalersi di un potere che la legge gli riconosce in quanto titolare di strumenti finanziari deve fare i conti con una miriade di regole non legali che l'intermediario gli impone nel momento stesso in cui gli presta un servizio imposto* »¹¹.

Ulteriori cambiamenti dovuti all'introduzione di sistemi informatici e telematici si sono verificati in merito al sistema di pubblicità immobiliare — nel nostro ordinamento impostato su base personale — in conseguenza della gestione computerizzata delle conservatorie immobiliari.

La meccanizzazione dei registri immobiliari è stata prevista nel nostro paese da una serie di interventi normativi, spesso di rango regolamentare, che hanno avuto inizio con la l. 27 febbraio 1985, n. 52 e si sono, per il momento, conclusi con il d. lgs. 18 gennaio 2000, n. 9.

Il d.m. 29 aprile 1997 ha imposto l'obbligo, pena la legittimazione del Conservatore a rifiutare la formalità, di avvalersi dei supporti informatici per la presentazione delle note di trascrizione, iscrizione, e delle domande di annotazione.

L'introduzione di sistemi di gestione computerizzata delle conservatorie consente ora di accedere alle informazioni anche partendo dai dati relativi all'immobile, e non più dai dati inerenti al titolare.

L'impostazione su base reale consente di acquisire informazioni relative all'immobile in tempi più brevi e con un maggior grado di certezza.

Inoltre, l'informatizzazione delle procedure consente al notaio che abbia redatto l'atto in forma elettronica — sottoscritto dalle parti con il ricorso alla firma digitale — e che abbia compilato la nota di trascrizione di richiedere immediatamente la trascrizione inviando per via telematica nota e titolo.

In virtù di tali innovazioni, manifestazione del consenso e trascrizione tendono a coincidere per l'aspetto temporale, attenuando in tal modo le distinzioni in materia di circolazione di beni immobili basate sul principio consensualistico (sistema francese *versus* sistema tedesco) e rendendo così meramente marginale ed improbabile l'ipotesi — c.d. di doppia alienazione immobiliare — che l'alienante possa cedere il bene ad un terzo nelle more della trascrizione.

5. MONETA ELETTRONICA, E-COMMERCE, E TUTELA DEL CONSUMATORE.

Ulteriore profilo di rilievo determinante è rappresentato dall'incidenza dell'introduzione della moneta digitale su una delle tradizionali preroga-

¹¹ SPADA, *La circolazione della ricchezza « assente » alla fine del millennio*, in *Banca, borsa e titoli di credito*, 1999, I, p. 424

tive della sovranità statale, *id est* la potestà di « battere moneta », che permette allo Stato d'intervenire sulla massa del denaro circolante attraverso l'adozione di misure di politica monetaria, perseguendo altresì obiettivi economici primari.

L'introduzione della moneta digitale potrebbe comportare una riduzione della domanda di moneta cartacea alla banca centrale in conseguenza dell'aumento di moneta elettronica emessa dai privati; una riduzione delle possibilità d'intervento delle istituzioni monetarie e del potere politico di regolamentazione; vantaggi per i consumatori e per i privati che offrono prestazioni intellettuali via Internet.

La direttiva 2000/46 CE del Parlamento Europeo e del Consiglio, del 18 settembre 2000, definisce moneta elettronica « *un valore monetario rappresentato da un credito nei confronti dell'emittente che sia: i) memorizzato su un dispositivo elettronico; ii) emesso dietro ricezione di fondi il cui valore non sia inferiore al valore monetario emesso; iii) accettato come mezzo di pagamento da imprese diverse dall'emittente* ».

Tale normativa prevede come unici soggetti legittimati all'emissione di moneta elettronica gli enti creditizi e gli istituti di moneta elettronica, dotati, questi ultimi, di requisiti specifici in ordine al capitale minimo, alla limitazione degli investimenti, ad una gestione sana e prudente, alla soggezione a controlli da parte delle autorità competenti.

Architrave del sistema è il principio di rimborsabilità: ai sensi dell'art. 3 della direttiva di cui sopra, il detentore di moneta elettronica può, in pendenza del periodo di validità, esigere dall'emittente « *il rimborso al valore nominale in monete metalliche e banconote o mediante versamento su un conto corrente senza altre spese che non siano quelle strettamente necessarie per l'esecuzione di tale operazione* »¹².

Ciò comporta:

a) una ridefinizione dell'idoneità giuridica del mezzo di estinzione delle obbligazioni.

Se ai sensi dell'art. 1277 c.c. l'estinzione dell'obbligazione pecuniaria deve effettuarsi con moneta avente corso legale al momento del pagamento, deve ora riconoscersi validità al trasferimento elettronico dei pagamenti tra privati, pubbliche amministrazioni e tra queste ed i privati, se effettuato in osservanza alla disciplina dettata per la formazione, trasmissione, conservazione, duplicazione, riproduzione e validazione, anche temporale, dei documenti informatici (art. 12 del d.p.r. 445/2000).

b) la necessità di definire un corretto *balancing* tra garanzia dell'anonimato — il denaro contante analogico e digitale, c.d. *e-cash*, consentono infatti di perfezionare in via anonima le transazioni — ed esigenze di sicurezza.

c) l'urgenza di prevenire gli abusi quali frodi, giochi d'azzardo, pratiche di riciclaggio. Sul tema è intervenuta la decisione quadro del Consiglio dell'Unione Europea del 28 maggio 2001, relativa alle lotti contro le frodi e le falsificazioni di mezzi di pagamento diversi dai contanti.

¹² Così PASCUZZI, *Il diritto dell'era digitale*, cit., p. 114.

Ma le reti telematiche vengono attualmente usate anche per determinare l'incontro tra consensi necessario per la stipulazione di obbligazioni giuridicamente rilevanti.

Ciò, ovviamente, comporta la necessità di valutare entro che limiti possa applicarsi ai negozi conclusi via *web* o mediante scambio di *e-mail* la disciplina prevista per le obbligazioni, segnatamente contrattuali, tradizionali.

Non sempre, infatti, è così facile individuare esattamente nell'ambito di una negoziazione operata in via telematica, chi rivesta il ruolo di proponente e chi di accettante, che limiti sussistano alla possibilità di revoca, quali siano l'oggetto del contratto ed i possibili mezzi di pagamento, quali siano il momento ed il luogo esatti di formazione del contratto.

Inoltre, in considerazione del carattere a-territoriale della rete, idonea a porre in relazione soggetti operanti in Stati o continenti diversi, diviene fondamentale individuare le norme applicabili alla fattispecie *de quo*, anche ai fini della valutazione di conformità dell'operazione di *e-commerce* rispetto alle diverse normative nazionali, ad esempio relative alla tutela del consumatore, alla regolamentazione della pubblicità commerciale, alla commerciabilità di taluni prodotti.

Non meno rilevante è poi il problema dell'individuazione del giudice competente a conoscere eventuali controversie tra le parti contraenti.

Sul tema della disciplina dell'*e-commerce* è intervenuto più volte il legislatore comunitario, come anche il legislatore nazionale, spesso in sede d'implementazione di direttive europee.

Il primo intervento normativo sul punto nel nostro ordinamento si deve al d.p.r. 445/2000, che al secondo comma dell'art. 11 prevede l'applicabilità delle disposizioni vigenti in materia di contratti negoziati al di fuori di locali commerciali ai « *contratti stipulati con strumenti informatici o per via telematica mediante l'uso della firma digitale* ».

In tal senso la possibilità di stipulare contratti telematici determina l'introduzione « *di un diritto di recesso generalizzato per il consumatore che, in deroga a quanto previsto in via ordinaria dall'art. 1373 c.c. può essere esercitato anche se il contratto abbia avuto un principio di esecuzione* »¹³.

La direttiva 97/7/CE del Parlamento Europeo e del Consiglio del 20 maggio 1997 attuata in Italia con d.lgs. 22 maggio 1999, n. 185, disciplina i contratti aventi per oggetto beni o servizi stipulati tra un fornitore e un consumatore nell'ambito di un sistema di vendita o di prestazione di servizi a distanza organizzato dal fornitore che, per tali tipi di contratto, impiega una o più tecniche di comunicazione a distanza, tra le quali si prevede espressamente l'*e-mail*, fino alla conclusione del contratto, quest'ultima compresa.

Tale normativa prevede, oltre al diritto di recesso in capo al consumatore, l'obbligo del fornitore di rendere edotta la controparte su una serie di informazioni — quali *inter alia* l'identità e l'indirizzo del fornitore ove rilevante, le caratteristiche essenziali del bene o del servizio oggetto del negozio —; il divieto di fornire al consumatore beni o servizi in mancanza di previa ordinazione; l'inderogabilità della competenza territoriale del giudice del luogo di residenza o domicilio del consumatore, se all'interno del territorio nazionale, per le controversie civili in ordine all'applicazione del decreto legislativo di cui sopra.

¹³ Così PASCUZZI, *op. cit.*, p. 122.

Si statuisce inoltre l'irrinunciabilità dei diritti riconosciuti al consumatore.

Infine, sul punto è intervenuta anche la direttiva 2000/31/CE del Parlamento Europeo e del Consiglio dell'8 giugno 2000 relativa a taluni aspetti giuridici dei servizi della società dell'informazione, in particolare il commercio elettronico, nel mercato interno.

Tale direttiva:

— auspica l'introduzione, da parte degli Stati, dell'obbligo, in capo ai soggetti che offrano servizi in rete, di garantire alle autorità competenti ed ai destinatari dei servizi, l'accesso alle informazioni necessarie per una facile e sicura identificazione del prestatore di servizi;

— impone agli Stati membri di assicurare il rispetto di talune condizioni minime da parte dei soggetti emittenti di comunicazioni commerciali;

— l'introduzione, da parte degli Stati, dell'obbligo — derogabile da contrario accordo tra parti diverse da consumatori — in capo al fornitore di rendere edotto il consumatore, prima dell'inoltro dell'ordine da parte di quest'ultimo, circa le fasi tecniche di conclusione del contratto; le modalità di archiviazione ed accesso al contratto una volta concluso; i mezzi tecnici idonei all'individuazione ed alla correzione degli errori d'inserimento dei dati prima dell'inoltro dell'ordine etc.;

— impone agli Stati membri di precisare la responsabilità dei fornitori di servizi *on-line* circa la trasmissione e la conservazione di informazioni inerenti a terzi. L'art. 12 della direttiva in esame prevede un'esenzione dalla responsabilità per la trasmissione di informazioni in rete per i *providers* che si limitino a trasportare informazioni per conto di terzi, con una *mere conduit* di dati;

— suggerisce agli Stati membri di incoraggiare l'adozione, da parte di associazioni ed organizzazioni professionali, di codici deontologici in tema di — *inter alia*- tutela dei minori e della dignità umana, conclusione del contratto telematico, responsabilità dei *providers*;

— suggerisce al legislatore nazionale di non ostacolare il ricorso a rimedi extragiudiziali di composizione delle controversie che possano eventualmente intercorrere tra le parti di un contratto concluso *on-line*.

Elementi fortemente innovativi sono stati apportati al mercato degli strumenti finanziari dall'uso del *trading on-line*, definito dalla Comunicazione Consob 21 aprile 2000, n. DI/30396 come: « *l'utilizzo di Internet quale canale di contatto con la clientela per l'esecuzione dei servizi di negoziazione per conto terzi e di ricezione e di trasmissione ordini* ».

Il distacco delle transazioni commerciali dalla dimensione territoriale, operato dal fenomeno del *trading on-line*, determina questioni di rilevante interesse per il giurista.

In primis, si pone il problema di individuare il metodo più efficiente per disciplinare tale inedita forma di negoziazione.

La difficoltà di assicurare l'*enforcement* di regole statuali — destinate ad esplicare efficacia in contesti spaziali definiti — dovuta al carattere aterritoriale dei servizi e delle operazioni telematiche, impone la ricerca di regolamentazioni di tipo diverso, caratterizzate da un minor grado di eteronomia.

Il documento dell'amministrazione Clinton « *A Framework for Global Electronic Commerce* » si è ad esempio pronunciato in favore dell'adozione di una *self-regulation* da parte degli operatori.

Idonee a disciplinare il fenomeno in esame appaiono anche le fonti sopranazionali, tra le quali sono degni di nota il *Model Law on Electronic Commerce* dell'UNCITRAL (*United Nations commission on international trade law*) e le *Linee Guida per la tutela dei consumatori nel contesto del commercio elettronico*, adottate dall'OCSE (Organizzazione per la cooperazione e lo sviluppo economico).

Tale ultimo documento, in considerazione della natura intrinsecamente internazionale delle reti numeriche e delle tecnologie informatiche, suggerisce l'adozione di un approccio globale per la tutela dei consumatori nella sfera del commercio elettronico, mediante procedure di consultazione e cooperazione a livello internazionale ai fini di realizzare un quadro giuridico e di autoregolamentazione « *trasparente e prevedibile* » in materia.

Scrive Pascuzzi: « *Uno degli elementi che sembrano caratterizzare il commercio elettronico è rappresentato dalla difficoltà di individuare meccanismi utili a rendere effettive le regole atte a disciplinare il fenomeno con il rischio di assoggettare le attività negoziali svolte sulla rete semplicemente alla legge del più forte (ovvero, alle regole unilateralmente imposte dalla parte che ha maggior potere...)* ».

Un ruolo importante per ovviare al problema appena menzionato può essere giocato da soggetti terzi che si assumono il compito di garantire che taluni siti rispettano determinate norme concedendo ad essi un marchio di qualità »¹⁴.

Il conferimento della certificazione da parte di tale soggetto terzo ad un fornitore *on-line* legittima quest'ultimo ad utilizzare il marchio di qualità sul proprio sito web e sui documenti contrattuali, così da garantire agli utenti il rispetto dei requisiti stabiliti dal certificatore.

Generalmente tali requisiti attengono all'identificabilità del soggetto, alla trasparenza delle procedure effettuate, alla capacità tecnica di erogare il servizio, al rispetto della privacy, all'etica ed alla responsabilità sociale, al *customer relationship management*, etc.

6. L'EVOLUZIONE DELLA NOZIONE DI « DIRITTO D'AUTORE »: DA DIRITTO ESCLUSIVO A DIRITTO AD UN COMPENSO.

L'incidenza delle tecnologie digitali sui paradigmi tradizionali di tutela giuridica si esplica anche in materia di diritto d'autore e di tutela delle opere intellettuali creative, i cui modelli male si attagliano alla disciplina dei fenomeni attuali, in considerazione dell'estrema facilità con cui si possono adesso riprodurre e distribuire opere protette senza alcuno scadimento di qualità della copia rispetto all'originale.

Invero, la questione si era già posta all'attenzione della Corte Federale Statunitense, agli albori degli anni Ottanta, in occasione di una controversia tra la *Universal City Studios*, nota casa cinematografica, e la non meno famosa fabbrica di videoregistratori *Sony Corporation of America* (sent. 19 ottobre 1981, in *Foro it.*, 1984, IV, c. 22).

Oggetto della controversia era la liceità della riproduzione di emissioni televisive di opere protette dal diritto d'autore, effettuata tramite videore-

¹⁴ PASCUZZI, *op. cit.*, p. 134.

gistratori da parte di privati, nelle proprie abitazioni, ad uso non commerciale, ma appunto privato.

Tale pratica consentiva infatti a chiunque fosse in possesso di un videoregistratore di copiare opere protette dal diritto d'autore, impedendo in tal modo ai legittimi titolari dei diritti su tali opere la riscossione dei relativi proventi.

Gli *Studios* chiedevano pertanto ai giudici una declaratoria d'illiceità della fabbricazione e della vendita dei videoregistratori, nonché degli strumenti idonei a consentire ai privati di eludere le norme sul copyright.

La richiesta non fu accolta, ma si scelse di tutelare il diritto d'autore mediante un regime di licenza obbligatoria, che attribuisce all'autore di opere protette un diritto di credito verso i produttori ed importatori di supporti audio e video nonché di strumenti di registrazione, amministrato da società di gestione dei diritti, come la SIAE.

In tal senso la tecnologia ha comportato un affievolimento del diritto esclusivo sulle opere intellettuali in un « *diritto ad un compenso* »¹⁵.

Analoghi, se non maggiori problemi di disciplina giuridica ha comportato l'introduzione dei sistemi digitali nella materia in esame, i quali amplificano notevolmente il grado di facilità di riproduzione e distribuzione delle opere.

La l. 22 aprile 1941, n. 633, com'è ovvio, non includeva tra le opere d'ingegno oggetto di tutela il software.

Sul punto è pertanto intervenuta la direttiva comunitaria 14 maggio 1991, n. 250, del Consiglio, attuata in Italia con d.lgs. 518/92, al fine di accordare tutela ai programmi per elaboratore, inquadrandoli secondo il paradigma del diritto d'autore.

Tali programmi sono peraltro tutelati come opere letterarie ai sensi e per gli effetti di cui alla Convenzione di Berna sulle opere letterarie ed artistiche, ratificata e resa esecutiva in Italia con l. 20 giugno 1978, n. 399.

La direttiva comunitaria 96/9/CE, attuata in Italia con d.lgs. 6 maggio 1999, n. 9, ha esteso la disciplina del diritto d'autore alle banche dati — definite dalla norma in esame come « *raccolte di opere, dati o altri elementi indipendenti sistematicamente o metodicamente disposti ed individualmente accessibili grazie a mezzi elettronici o in altro modo* » — dotate di caratteri di originalità.

I database privi di tale carattere sono invece oggetto di un c.d. diritto *sui generis*, ovvero in un diritto di privativa in capo all'investitore sull'estrazione e reimpiego dei dati.

Ma se la tecnologia da un lato propone mezzi idonei ad eludere la tutela giuridica di ascendenza statuale all'interno di contesti atterritoriali, « de-fisicizzati », dall'altro si offre essa medesima come strumento di tutela degli interessi coinvolti e delle posizioni giuridiche tradizionalmente protette.

In tal senso appare opportuno richiamare il considerando n. 47 della direttiva 2001/29/CE del Parlamento Europeo e del Consiglio sull'armonizzazione di taluni aspetti del diritto d'autore e dei diritti connessi nella società dell'informazione, il quale recita: « *Lo sviluppo tecnologico consentirà ai titolari dei diritti di far ricorso a misure tecnologiche per impedire*

¹⁵ Così PASCUZZI, *op. cit.*, p. 145.

o limitare atti non autorizzati dal titolare del diritto d'autore, dei diritti connessi o del diritto sui generis sulle banche dati».

Esempi d'interventi normativi che si sono serviti degli strumenti tecnologici al fine di limitare, se non impedire, la violazione del copyright sono lo statunitense *Audio Home Recording Act*, il quale impone di dotare gli strumenti di registrazione audio digitale di meccanismi idonei a limitare la possibilità di creazione di copie in serie di opere protette.

Nel Libro Verde della Commissione sul diritto d'autore e diritti connessi nella società dell'informazione — COM(95) 382 final — si suggerisce l'introduzione di identificatori e sistemi di marchiatura, sistemi informatici idonei a contrassegnare le opere, facilitando in tal modo la raccolta e la distribuzione dei corrispettivi per la concessione delle licenze sulle medesime.

Da tali considerazioni può evincersi che attualmente gli autori dispongono di strumenti digitali idonei ad assicurare la distribuzione in rete delle proprie opere in forma crittografata, al fine di renderne possibile la fruizione solo mediante strumenti conformi a standard predeterminati dall'autore medesimo.

L'impatto delle tecnologie digitali sulla materia in esame rivela pertanto un duplice profilo: a fronte della crescente facilità con la quale diviene possibile riprodurre opere protette secondo i paradigmi tradizionali del diritto « esclusivo » d'autore, la tecnologia offre a quest'ultimo la possibilità di un controllo tendenzialmente completo sulla distribuzione e fruizione dell'opera, assolutamente sconosciuto in precedenza.

7. ACCESSO AI BENI DIGITALI E GLOBALIZZAZIONE DEL DIRITTO.

Dalle riflessioni di cui sopra può agevolmente arguirsi come la disciplina dell'uso degli strumenti tecnologici non possa che modellarsi in funzione delle caratteristiche proprie dei medesimi; come le innovazioni tecnologiche impongano ripensamenti anche sulla fonte e sulla struttura delle regole, suggerendo il ricorso ad istanze sopranazionali, nonché a modelli regolativi non etero-imposti, quali, ad esempio, i codici deontologici.

Dall'osservazione di fenomeni quali la tutela transfrontaliera dell'ambiente, l'azione di contrasto alla criminalità internazionale, l'integrazione dei mercati, può evincersi che nella società civile mondiale si sta verificando un decentramento dei processi di produzione giuridica, la quale tende progressivamente ad emanciparsi dal tradizionale monopolio statale sul diritto positivo.

In conseguenza di tale fenomeno, da autorevole dottrina definito di « globalizzazione del diritto »¹⁶, di cui la rivoluzione digitale è al tempo stesso causa e conseguenza, si assiste non già alla creazione di un *corpus* unico di regole, ma allo sviluppo di diversi ordinamenti, indipendenti da quelli statali, che regolano specifici settori della realtà sociale, a livello transnazionale, i quali non derivano la propria legittimazione da una formale investitura statale, ma da meri atti di *self-validation*.

¹⁶ TEUBNER, (a cura di), *Global Law without a State*, Dartmouth, 1998, p. 34.

Per comprendere tale realtà appare dunque insufficiente attenersi unicamente al modello monistico-statalista di ascendenza giuspositivistica, ma diviene assolutamente necessario riferirsi ad un modello pluralistico, il quale riconosca la validità e la legittimità, all'interno delle rispettive competenze d'attribuzione, di ordinamenti giuridici reciprocamente indipendenti.

In tal senso il carattere aterritoriale delle reti digitali evidenzia l'inadeguatezza del dogma dell'esclusività del potere normativo fondato sulla sovranità territoriale e sulla statualità del diritto, inteso come sistema coerente di regole esplicante la sua efficacia in un ambito territorialmente definito, ed in relazione a soggetti fisicamente presenti in quello spazio.

Lo Stato appare non pienamente in grado di esercitare la propria sovranità rispetto alle attività poste in essere sulla rete.

Inoltre, se il criterio tradizionale di sottoposizione alle norme di un ordinamento si fonda sull'appartenenza ad un territorio, la dinamica della rete introduce l'idea di un diritto basato sugli *status* soggettivi, sull'appartenenza a determinate « comunità virtuali », indipendentemente dalla presenza fisica in un preciso luogo dello spazio reale.

Nasce allora l'esigenza di stabilire, nella maniera più conforme allo spirito democratico, i requisiti di accesso e permanenza in tali gruppi, nonché i soggetti legittimati a porre in essere ed applicare tali norme.

Il carattere de-materializzato dei prodotti digitali impone inoltre di riconsiderare nozioni giuridiche tradizionali, legate precipuamente al concetto — di matrice tipicamente hegeliana — di appropriazione del bene, alla luce anche della norma di cui all'art. 810 c.c., ai sensi della quale costituisce un bene giuridicamente rilevante ciò che può formare oggetto di diritti.

I beni digitali appaiono più propriamente oggetto di un nuovo « diritto all'accesso »; in quanto enti intangibili essi misurano il proprio valore sulla possibilità di fruizione, indipendentemente dall'apprensione materiale.

In tal senso, la negoziabilità dell'accesso — intesa come concessione, da parte del soggetto titolare del diritto in questione, della possibilità di fruizione del bene digitale in favore della controparte negoziale — conferisce un ruolo fondamentale allo strumento contrattuale: « *il contratto diviene il fattore determinante della allocazione dei diritti di accesso* »¹⁷.

8. PROFILI DI TUTELA PENALE NELLA SOCIETÀ DELL'INFORMAZIONE:

ALCUNE BREVI CONSIDERAZIONI.

Ma lo sviluppo del mondo virtuale pone al giurista questioni di rilevante interesse anche e soprattutto in relazione al profilo della repressione penale di fenomeni nuovi, non sempre sussumibili all'interno delle fattispecie penali tradizionali.

Basti pensare, a titolo meramente esemplificativo, alle truffe informatiche, alla pedofilia¹⁸, alle perversioni e deviazioni sessuali dalle più diverse

¹⁷ Così PASCUZZI, op. cit., p. 191.

¹⁸ Per un'ampia trattazione sul tema, si rinvia a A. MANNA, *Considerazioni sulla*

responsabilità penale dell'Internet provider in tema di pedofilia, in questa *Rivista*, 2001, pp. 145-153; ZENO-ZENCOVICH, *Il cor-*

configurazioni, alla prostituzione che pervade Internet con pubblicità, annunci, tariffe ed immagini promozionali.

Dinanzi al proliferare di tali fenomeni devianti, si assiste in dottrina ad un acceso dibattito circa l'*an* ed il *quomodo* di un eventuale intervento legislativo sul tema.

Secondo un indirizzo largamente condiviso, dall'analisi della disciplina preesistente alla progressiva affermazione della tecnologia digitale, nelle forme oggi a noi note, potrebbe evincersi l'esigenza di un intervento del legislatore — il quale dovrebbe perciò provvedere a dettare uno statuto penale *ad hoc* — ancora più pervasivo rispetto a quanto avvenuto in passato, *id est* dapprima con il d.lgs. 29 dicembre 1992, n. 518 (di attuazione della direttiva comunitaria n. 91/250, in tema di tutela dei programmi per elaboratore), e *successivamente* con la l. 23 dicembre 1993, n. 547, che ha inserito diverse nuove fattispecie nella originaria intelaiatura del codice Rocco, per tutelare la genuinità e la riservatezza dei contenuti tipici delle strutture telematiche e dei supporti da esse utilizzate, nonché la esclusività, sicurezza ed integrità dell'uso degli stessi¹⁹.

All'opposto, altra parte della dottrina ha avuto modo di osservare come, l'introduzione di tali nuove previsioni normative, nell'ottica di una panpenalizzazione delle condotte illecite nel settore informatico, abbia impedito di apprezzare, nella loro debita valenza, le disposizioni normative preesistenti, per dettarne ulteriori prescindendo dal riscontro di una effettiva necessità in tal senso, infrangendo così la linearità sistematica cui erano improntate le previsioni codicistiche. In proposito appare opportuno richiamare la considerazione del Mazza, il quale rileva come, le figure di reato introdotte con la legge n. 547 del 1993 nel capo relativo ai delitti contro la libertà individuale, presentino un contenuto che incide direttamente sulla materia patrimoniale e sulla salvaguardia dell'economia pubblica, piuttosto che sul settore afferente agli interessi direttamente concernenti la persona, come considerati negli artt. 575 ss. c.p.²⁰

In una prospettiva *de jure condendo*, sarebbe dunque auspicabile che i due opposti orientamenti appena citati trovino una loro composizione nel senso che, per quanto appaia indubbiamente necessario modificare le norme vigenti per adeguarle — nel rispetto del principio garantistico di stretta legalità — alle peculiarità dei sistemi informatici e telematici, è altrettanto importante evitare una pericolosa proliferazione delle disposizioni sul tema, anche al fine di mitigare le conseguenze negative di una esasperata penalizzazione²¹.

po del reato: pornografia minorile, libertà di pensiero e cultura giuridica, in *Pol. dir.*, 1998, p. 637 ss.

¹⁹ Sul punto, cfr. L. MAZZA, *Il penalista di fronte ad Internet: problematiche normative, ordinamentali ed interpretative*, in D. AMMIRATI, (a cura di), *Internet e legge penale*, Torino, 2001, p. 193 ss.; e R. ABETI, *Il locus commissi delicti in Internet*, *ibidem*, p. 165.

²⁰ L. MAZZA, *op. cit.*, p. 194.

²¹ Sempre in una prospettiva *de jure condendo*, e segnatamente in relazione del-

la responsabilità dell'Internet provider, rileva A. MANNA, in *Considerazioni*, cit. *supra*, in nota 18, p. 150, come « l'intervento in tale ambito deve caratterizzarsi per forme di responsabilità di tipo concorsuale sottese ad un dolo particolarmente intenso e non già da sfuggenti criteri di imputazione soggettiva, cioè da ambigue forme di dolo che mascherano, in realtà, comportamenti strutturalmente colposi ». Dello stesso Autore, cfr. inoltre *Beni della personalità e limiti della protezione penale*, Padova, 1989, 570 ss; nonché, ancora A. MAN-

Ancora, da più parti si invita il legislatore a limitare l'introduzione di circostanze indefinite, che consentono interventi discrezionali del giudice in chiave personale, nella valutazione del comportamento del singolo.

Sul punto, taluni contributi dottrinali suggeriscono la costruzione delle singole fattispecie in chiave di danno piuttosto che di pericolo, di dolo generico anziché di dolo specifico, e sottolineano la pericolosità di un eccessivo arretramento della soglia di punibilità delle condotte, in quanto ciò reintrodurrebbe elementi di un diritto penale del sospetto in un ordinamento, quale è il nostro, ispirato ad un diritto penale del fatto, ed al principio di offensività in materia penale.

Tuttavia, esponenti della dottrina, particolarmente attenti al problema del parallelismo tra mutamenti giuridici ed evoluzione del contesto sociale di riferimento, rilevano come sul tema dei reati di pericolo si sia assistito ad un avvicendamento di diverse teorie giuspenalistiche. In particolare, la dottrina incentrata sul principio di necessaria lesività, si è dimostrata inadeguata alle esigenze delle attuali società produttive; di qui il succedersi di interventi normativi modellati sui paradigmi di un diritto penale preventivo, con la conseguente svalutazione dell'idea di un diritto penale come *extrema ratio*.

Attualmente, va emergendo un modello di tutela integrata, definibile di « diritto sanzionatorio », che accoglie le forme del diritto penale classico, coniugandole con quelle di ascendenza penale-amministrativistica, sulla scia della legge n. 689 del 1981 in tema di depenalizzazione, e con profili di responsabilità civile²². In proposito, appare quanto mai opportuno l'invito, avanzato da condivisibile dottrina²³, ad una rilettura, in chiave sanzionatoria, di quell'orientamento, fondato su una nozione di tipo « personalistico » di bene giuridico²⁴, forse troppo rapidamente ritenuto ascrivibile agli stilemi di un diritto penale neo-liberista²⁵, contrariamente, peraltro, alle intenzioni dei suoi sostenitori²⁶. Detto orientamento andrebbe rivisto — secondo le indicazioni della succitata dottrina²⁷ — in una prospettiva di « seriazione » con i beni giuridici strumentali, tale da integrare la tutela penale con diversi canoni di *Schutzgesetz*, di derivazione amministrativistica e civilistica, secondo il modello del c.d. diritto « sanzionatorio ». Ciò consentirebbe una più attenta selezione delle condotte meritevoli di pena,

NA, *La responsabilità delle persone giuridiche: il problema delle sanzioni*, in *Riv. trim. dir. pen. ec.*, 1999, p. 919 ss.

²² Cfr. il prezioso contributo di A. MANNA, *I reati di pericolo astratto e presunto e i modelli di diritto penale*, in *Questione giustizia*, 2001, n. 3, p. 455.

²³ Ci si riferisce in particolare a A. MANNA, *op. cit.*, *loc. cit.* nella nota che precede.

²⁴ Secondo tale orientamento, dovrebbe attribuirsi la qualifica di « bene giuridico » solamente a ciò che rappresenti una condizione per lo sviluppo della persona umana; di qui si estenderebbe la tutela penale anche ad interessi collettivi, purché funzionali ad interessi individuali: in tal senso, cfr. W. HASSEMER, *Grundlinien ei-*

ner persnalen Rechtsgutslehre, in *Jenseits des Funktionalismus*. Arthur Kaufmann zum 65. Geburtstag, Heidelberg, 1989, p. 85 ss.

²⁵ Tale pare essere la lettura datane da G. MARINUCCI-E. DOLCINI, *Corso di diritto penale*, I, III, Giuffrè, Milano, 2001, p. 563 ss.

²⁶ Sul punto, cfr. la « replica » di L. FERRAJOLI, *Sul diritto penale minimo (risposta a Giorgio Marinucci e a Emilio Dolcini)*, in *Foro it.*, 2000, V, p. 125 ss.

²⁷ A. MANNA, *Il delitto di usura nella prospettiva comparatistica: diritto penale « interventista » versus diritto penale « neoliberalista »?*, in *Riv. trim. dir. pen. ec.*, 2001, p. 912.

e potrebbe « contribuire a restituire allo stesso diritto penale quel ruolo di *ultima ratio*, che era andato smarrito, e ciò nella direzione, se non proprio di un diritto penale minimo, quantomeno notevolmente ridotto »²⁸.

Come ulteriore profilo, il carattere atterritoriale della rete, l'impossibilità di ricondurre le operazioni effettuate con strumenti telematici ad un preciso contesto spaziale e fisico, compromettono in misura determinante l'applicabilità, alle fattispecie previste dalle norme incriminatrici in materia, dei principi tradizionalmente diretti ad individuare il *locus commissi delicti*, fondamentale, *inter alia*, ai fini dell'individuazione della giurisdizione competente a giudicare su un determinato reato.

Le teorie tradizionalmente implicate nella determinazione del *locus commissi delicti* appaiono infatti, pur nella loro diversità, comunque imprescindibilmente legate alla nozione di presenza fisica.

La teoria *dell'attività* individua il *locus commissi delicti* nel luogo in cui si sia svolta l'attività penalmente rilevante; la teoria *dell'evento* identifica il *locus commissi delicti* nel luogo in cui si sia verificato l'evento criminoso; la teoria *dell'ubiquità* ricomprende le due impostazioni precedenti; la teoria *dell'ampliata attività* individua il *locus commissi delicti* nel luogo in cui si sia realizzata la parte essenziale della condotta del reo.

Appare evidente come le peculiarità dei fenomeni telematici e digitali, legati alla dematerializzazione delle attività e alla defisicizzazione dei loro prodotti rendano estremamente difficile l'applicazione delle predette consolidate categorie a tali nuove realtà.

Sul punto, i principi maggiormente utilizzati al fine dell'individuazione del *locus commissi delicti* risultano essere:

— il *Territorial Principle*. Esso individua la giurisdizione competente in quella dello Stato deputato al controllo sul provider cui sia riconducibile l'attività criminosa. Il punto debole di tale principio è dato dalla considerazione dell'apertura della rete a computers che non si trovino, appunto, sul territorio nazionale. Tipico è il caso in cui il *German Prosecutor* imputò alla *Compuserve Inc.* di non essere riuscita « *to stop the distribution of pornography and Nazi writings over the Internet* » (Germany indicts Compuserve on Internet Porn, Reuters, 16 April 1997). Nel caso di specie, la magistratura tedesca interruppe l'attività della Compuserve persino al di fuori dello Stato Tedesco, in paesi nei quali quel tipo di reato imputato alla medesima società non è perseguibile, o non lo è nei termini previsti dall'ordinamento tedesco;

— il *Nationality Principle*. La legittimazione esclusiva dello Stato a regolare la condotta dei suoi cittadini, all'interno del suo territorio o in qualsiasi parte del mondo, è un principio pressoché universalmente riconosciuto, ed applicabile tanto alle persone fisiche quanto a quelle giuridiche.

Il *Compuserve Inc. case* ha applicato anche il principio in esame, nella parte in cui la magistratura tedesca ha fondato la propria legittimazione a giudicare il caso *de quo* sulla base della soggezione delle persone offese dal reato alla propria giurisdizione;

— l'*Effects Principle*. Tale principio può essere invocato qualora un atto commesso in uno Stato causi un'offesa al bene giuridico tutelato penal-

²⁸ Così A. MANNA, *op. cit.*, *loc. cit.* in nota 22.

mente nel territorio di un altro Stato. In tal caso la giurisdizione è individuata in forza dell'evento offensivo, sebbene l'azione o l'omissione che ne siano la causa non si siano verificate nel territorio dello Stato che ne assuma la giurisdizione. Il problema, ovviamente, sorge qualora la condotta sia lecita laddove venga eseguita, ma produca effetti penalmente perseguibili nel luogo in cui essi si manifestino. Tale principio ha rappresentato la prima fonte di controversie nei casi di competenza dell'antitrust, in quanto non di rado venivano compiuti atti illeciti o caratterizzati da atteggiamento sleale verso altre imprese, in luoghi nei quali tali condotte apparivano *lawful*.

L'*Effects Principle* appare pertanto il principio che meglio si adatta alla natura virtuale ed aterritoriale di Internet, anche perché è ampiamente accettato dalla dottrina maggioritaria come criterio di riferimento ai fini dell'individuazione della giurisdizione.

Se pertanto appare ovvio che la tecnologia non possa ignorare il diritto, forse meno scontato appare che il diritto non possa, soprattutto adesso, ignorare la tecnologia.