



CIVIL LIABILITYE NEW TECHNOLOGIES TRA COMPARAZIONE E BEST PRACTICES

PIERVINCENZO PACILEO

SOMMARIO: 1. Ruolo della responsabilità civile e moltiplicazione delle sue funzioni. – 2. “Regime comune” della responsabilità e riavvicinamento tra illecito contrattuale ed aquiliano. – 3. Proposte di elaborazione di una “Carta internazionale” in tema di illecito civile. – 4. *New technologies* e responsabilità civile: verso la costituzione di regole sovranazionali.

1. Da sempre la tematica dei *Torts*, al pari e di più di altri istituti pur socialmente rilevanti, ha costituito luogo di incrocio tra le esigenze della società e la risposta del diritto¹; tuttavia, per lungo tempo parte della dottrina ha denunciato una “crisi”² ampia e per molti versi paradossale³ dell’istituto della responsabilità civile nell’ambito di tutti i sistemi giuridici riconducibili alla tradizione giuridica occidentale.

In realtà, proprio mentre sembrava doversi decretare il tramonto dell’illecito aquiliano, due novità hanno reso ancora una volta attuale il dibattito concernente la c.d. funzione della responsabilità civile:

- 1) per un verso, nuove e variegate fattispecie di danno hanno chiamato in causa il meccanismo di responsabilità extracontrattuale, assegnando al medesimo, sempre maggiori e molteplici funzioni, sensibilmente innovative rispetto ai soli e tradizionali compiti di sanzione e prevenzione del comportamento dannoso, da un lato, e di riparazione delle conseguenze pregiudizievoli dello stesso, dall’altro⁴;

¹ G. ALPA, *Ingegneria sociale e amministrazione del danno. Quindici anni di dottrina della responsabilità civile*, in *Giur. it.*, 1985, IV, pp. 193 ss., conia, per descrivere l’elaborazione talora magmatica della responsabilità civile, la formula, per l’appunto, di “ingegneria sociale”.

² F.D. BUSNELLI, *La parabola della responsabilità civile*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1988, pp. 643 ss., evidenzia che il termine “crisi” non è l’unico a designare le vicende dell’istituto, il quale, oltre a suscitare l’impegno dei civilisti, italiani o no, ne ha stimolato la fantasia, profetizzando termini come il “trionfo”, l’“eclissi”, il “tramonto” ovvero la “morte” dell’illecito contrattuale.

³ Ad esempio, C. SALVI, *Il paradosso della responsabilità civile*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1983, pp. 124 ss., discorre di “paradosso” della responsabilità civile, mentre A. TUNC, *La responsabilità civile*, Parigi, 1981, pp. 2 ss., usa l’espressione *situation paradoxale* per descrivere lo stato della *responsabilité* nei paesi industrializzati.

⁴ Così S. SICA, *Circolazione stradale e responsabilità: l’esperienza francese e italiana*, Napoli, 1990, pp. 12-13.



- 2) per un altro, in risposta alla “deriva” settoriale assunta dalla *Lex Aquilia*, ha ripreso vigore l'intrigante problematica avente ad oggetto i profili generali e funzionali del risarcimento, nell'ambito di una riflessione sulla sistematica del danno⁵.

In sostanza, la “commedia della responsabilità civile”⁶ si arricchisce di nuove trame e presenta significativi intrecci⁷: pur restando irrisolto il nodo dell'opzione tra un sistema imperniato prevalentemente sulla colpa ed uno, viceversa, ispirato a criteri di indennizzo automatico⁸ e, mentre si prospetta un ineluttabile passaggio dalla responsabilità alla sicurezza sociale⁹, al contempo, si palesa l'idea della possibile coesistenza di forme di risarcimento per l'illecito con altre di indennizzo

⁵ Cfr. S. SICA, *Note in tema di sistema e funzione della regola aquiliana*, in *Danno resp.*, 2002, 8-9, pp. 911 ss.

⁶ Così F. GALGANO, *La commedia della responsabilità civile*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1987, pp. 191 ss.

⁷ Il settore del *tort law* è stato efficacemente definito da S. RODOTÀ, *Modelli e funzioni della responsabilità civile*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1984, p. 596, un “cantiere” in lavoro continuo; tuttavia, la vasta problematica qualificata come “futuro dei *torts*” non può risolversi né nella configurazione della velleitaria immagine di un declino definitivo dell'elemento soggettivo, né nella riduttiva ed antistorica concezione delle responsabilità cc.dd. speciali *ex art.* 2049-2051 c.c. quali incresciosi “incidenti di percorso” dell'originaria parabola dell'istituto in esame.

Invece, la parabola della responsabilità civile deve tendere verso il “recupero della regola generale dell'art. 2043 c.c. alla sua integrità strutturale ed alla sua compendiosità funzionale”, attraverso “una rigorosa distinzione di ruoli” tra il momento dell'illecito e gli altri strumenti di protezione degli interessi lesi (così F.D. BUSNELLI, *La parabola della responsabilità civile*, cit., p. 674), e non verso il “ritorno ad una concezione riduttiva e sanzionatoria della responsabilità”; pertanto, è necessario che la dottrina si impegni nella selezione della casistica e nella catalogazione ed il riordino delle regole speciali di illecito contrattuale, nonché utilizzi le potenzialità espansive del raccordo tra *culpa* e *iniuria*, al fine di equilibrare tra loro prevenzione e riparazione, ben consapevole della relatività storica delle norme e degli istituti dalle stesse previste, soprattutto con riguardo al mutevole rapporto tra ordinarietà ed eccezionalità delle disposizioni (sul punto v. P. PERLINGIERI, *Il diritto civile nella legalità costituzionale*, Napoli, 1984, p. 201 ss.), ed attenta ai criteri particolarmente sensibili all'aspetto funzionale della fattispecie in cui confluiscono i molteplici elementi giuridici e metagiuridici (sociali, economici e così via) determinanti la fattispecie medesima (v. A. FALZEA, *Introduzione generale*, in AA.VV., *Cinquant'anni di esperienza giuridica in Italia*, Milano, 1982, pp. 18 ss.; P. STANZIONE, *Sul rapporto giuridico nel diritto civile*, in *Rass. dir.civ.*, 1989, pp. 114 ss.; G. BERTI, *Riflessioni su cultura ed esperienza del giurista*, in *Jus*, 1983, pp. 352 ss.; P. PERLINGIERI, *Prassi, principio di legalità e scuole civilistiche*, in *Rass. dir. civ.*, 1984, pp. 973 ss.), così realizzandosi una neo-dommatica spogliata dalla “pretesa di costituire un sistema autosufficiente” (cfr. S. SICA, *Circolazione stradale e responsabilità: l'esperienza francese e italiana*, cit., p. 296-297).

⁸ G. PONZANELLI, *Verso un diritto europeo della responsabilità civile*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1987, pp. 3 ss., mediante un'attenta analisi del conflitto tra un sistema puro di responsabilità civile ed uno di sicurezza sociale, affronta tale problematica a livello europeo e mondiale, esaminando dottrina e giurisprudenza in tema di *torts law* ed evidenziandone gli ampi riflessi sulla contrastante evoluzione della legislazione in materia.

⁹ V. S. RODOTÀ, *Il problema della responsabilità civile*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1964, Milano, pp. 104 ss.



*ipso iure*¹⁰, avuto conto degli interessi sottesi alle singole situazioni di volta in volta presi in considerazione, in sede legislativa e giurisprudenziale¹¹.

Infatti, atteso che l'illecito extracontrattuale è stato da sempre caricato dei tre principali compiti¹² di sanzione, prevenzione e riparazione¹³, ora concepiti in via alternativa, ora concorrenti¹⁴, dapprima l'accentuazione del ruolo della colpa nelle società liberali, connesso alla teoria dell'autonomia privata ed alla collegata visione dei *profits by individual activity*¹⁵ costituisce la radice culturale alla base dell'eclissi dell'intento sanzionatorio¹⁶ e dell'affrancazione da una visione quasi "moraleggiante"¹⁷ della responsabilità civile¹⁸; successivamente, la società dei consumi, con la produzione e la distribuzione di massa, l'accelerazione tecnologica, la crescente socializzazione del rischio, l'intensificarsi di attività socialmente "inevitabili", ma a diffusa potenziale dannosità sono i fattori economico-sociali¹⁹ che hanno determinato il fallimento della prospettiva della prevenzione

¹⁰ G. PONZANELLI, *Verso un futuro europeo della responsabilità civile*, cit., pp. 24 ss., descrive in termini di "pendolarismo" il fenomeno della responsabilità civile nel contesto dei principali ordinamenti mondiali.

¹¹ Cfr. S. SICA, *Circolazione stradale e responsabilità: l'esperienza francese e italiana*, cit., p. 14.

¹² La lettura storica nell'esercizio di una comparazione diacronica, evocata da R. SACCO, *Introduzione al diritto comparato*, in *Tratt. dir. comp. diretto da R. Sacco*, V ed., Torino, 1992, pp. 92 ss.; P.G. MONATERI, *La sineddoche. Formule e regole delle obbligazioni e dei contratti*, Milano, 1984, *passim*; G. PONZANELLI, *La responsabilità civile. Profili di diritto comparato*, Bologna, 1992, *passim*, sarebbe ineludibile, ma non v'è spazio e modo per svolgerla compiutamente.

¹³ Cfr. A. TUNC, *La responsabilité civile*, II ed., Parigi, 1989, pp. 133 ss.

¹⁴ Per approfondire la tripartizione delle funzioni della responsabilità civile, v. F.D. BUSNELLI, *Nuove frontiere della responsabilità civile*, in *Jus*, 1976, pp. 43 ss.; G. ALPA - M. BESSONE, *La responsabilità civile*, II, Milano, 1980, pp. 8 ss.

¹⁵ Sul punto si rinvia a M. COMPORI, *Esposizione al pericolo e responsabilità civile*, Napoli, 1965, pp. 9 ss.; S. RODOTÀ, *Il ruolo della colpa nell'attuale sistema della responsabilità civile*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1978, pp. 3 ss.; C. SALVI, *Responsabilità extracontrattuale (dir. vig.)*, in *Enc. dir.*, XXXIX, Milano, 1988, pp. 1225 ss.

¹⁶ Come richiamato da V. D'ANTONIO, *L'illecito civile. Funzioni, evoluzione, teorie e law policies*, in *Trattato della responsabilità civile*, diretto da P. STANZIONE, vol. I, Padova, 2012, p. 64, "la funzione sanzionatoria dell'illecito civile è quella più risalente nel tempo ed è legata alla necessità, socialmente avvertita e sovrapponibile agli scopi della norma penale, di punire chi abbia posto in essere una condotta particolarmente riprovevole".

¹⁷ Così G. VINEY, *A propos de la responsabilité: apparition et évolution d'un concept juridique*, in AA.VV., *Scritti in onore di R. Sacco*, II, Milano, 1994, pp. 1189 ss.

¹⁸ A. DE CUPIS, *Il danno. Teoria generale della responsabilità civile*, Milano, 1979, p. 115, definisce la colpa c.d. soggettiva quale stato d'animo riprovevole.

¹⁹ Sul piano della riflessione teorica, l'apporto dell'*Economic Analysis of Law* (suffragata da G. CALABRESI, *The Costs of Accidents*, New York-London, 1970, pp. 68 ss., e da R. POSNER, *A Theory of Negligence*, in *1 J. Leg. Stud.*, 1979, pp. 29 ss., ma criticata da G. ALPA, *Colpa e responsabilità nella elaborazione di Richard Posner*, in F. MACIOCE (a cura di), *La responsabilità civile nei sistemi di Common Law*, Padova, 1989, pp. 377 ss.), pur non potendo assurgere a paradigma esclusivo di lettura del settore, ha focalizzato, da un lato, la dinamica



dei *Torts*²⁰ e l'affermazione di un terzo modello di questi ultimi che, accantonate le finalità di *punishment* e *deterrence*, ha correttamente incentrato l'attenzione sulla *compensation*²¹, in forza del processo definito di "socializzazione del danno"²².

Dunque, con la diffusione del *Welfare State* nelle società occidentali del secondo dopoguerra, in tutti i sistemi, sia di *common law* che di *civil law*, sia pur con differenti tecniche, si abbandona lo schema interpretativo fondato su *culpa* e *injuria* e si opta per quello imperniato sul binomio *Torts-Insurance* e sul *favor* per formule di responsabilità oggettiva o semi-oggettiva, per quanto mascherate dall'ossequio formale al criterio della colpa²³.

D'altronde, pur essendo incontrovertibile il legame sussistente tra la responsabilità civile e quella penale, soprattutto dal punto di vista terminologico – *responsabilité delictuelle*, in Francia; fatto illecito, in Italia; *tort*, nei sistemi di *common law* –, lo sviluppo e l'evoluzione delle nozioni fondamentali in materia, quali il dolo, la colpa e l'illecito, hanno determinato l'assoluta autonomia concettuali dei concetti su cui si fonda l'illecito aquiliano²⁴, il quale, in tal modo, ha ampliato i propri ambiti di competenza, illuminando, meritoriamente, alcune zone d'ombra presenti nei settori sia della responsabilità contrattuale, sia di quella penale²⁵.

del rapporto *costs-benefits* e, dall'altro, l'inefficienza, specialmente a fini preventivi, delle sole regole di responsabilità civile, come evidenziato da G. PONZANELLI, *La responsabilità civile. Profili di diritto comparato*, cit., pp. 35 ss.

²⁰ In argomento si rinvia a S. RODOTÀ, *Il problema della responsabilità civile*, cit., pp. 164 ss.

La "minaccia" dell'obbligazione risarcitoria avrebbe dovuto indurre l'autore di condotte potenzialmente dannose o ad astenersi ovvero a porre in essere le massime misure di sicurezza atte ad evitare gli incidenti (cfr. P.S. ATIYAH, *Accidents, Compensation and the Law*, Londra, 1970, pp. 565 ss.).

²¹ Cfr. P.G. MONATERI, *La responsabilità civile*, in *Tratt. dir. civ. dir. da R. Sacco*, Torino, 1998, pp. 19 ss.

²² Cfr. S. SICA, *Note in tema di sistema e funzione della regola aquiliana*, cit., pp. 911 ss.

²³ Sul punto si rinvia a K. ZWEIGERT - H. KÖTZ, *Introduzione al diritto comparato*, II, Milano, 1995, pp. 347 ss.

In sostanza, ci si riferisce all'evoluzione che è stata definita dalla responsabilità civile alla sicurezza sociale (cfr. A. PROCIDA MIRABELLI DI LAURO, *I danni alla persona tra responsabilità civile e sicurezza sociale*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1998, pp. 763 ss.).

²⁴ Così GIOV. M. RICCIO, *La responsabilità civile degli internet providers*, Torino, 2002, pp. 16-17.

²⁵ Come sottolineato da G. PONZANELLI, *La responsabilità civile. Profili di diritto comparato*, cit., pp. 35 ss., la responsabilità civile colma i vuoti che si creano "dove non arrivano le regole contrattuali e dove non possono intervenire le sanzioni penali e quelle amministrative"; dunque, si legittima un sistema aperto in cui accedono sempre nuove ipotesi di illecito e di pregiudizi risarcibili per mezzo del formante giurisprudenziale, il quale adegua il principio di responsabilità ed il significato dell'ingiustizia ai valori di una società in evoluzione e di conferire rilievo ad interessi emergenti dalla dinamica dei rapporti economici e sociali. Tale *iter* sfocia nella conversione della formula danno ingiusto in "una tecnica di formazione giudiziale della regola da applicare al caso concreto, senza un modello di decisione precostituito da una fattispecie normativa astratta" (così L. MENGONI, *Spunti per una teoria delle clausole generali*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1987, p. 10), legittimando così una qualificazione del nostro sistema in termini di atipicità dell'illecito (cfr. A. THIENE,



Tuttavia, tra le molteplici funzioni della responsabilità civile, nessuna è in grado da sola di spiegare la complessa struttura delle regole giurisprudenziali sul relativo illecito: il problema della responsabilità civile si pone oggi come sforzo proteso ad organizzare, tramite il diritto privato, un coordinamento delle attività che comunque non si intendono vietare, estrinsecantesi nella scelta del soggetto che deve sopportare un determinato costo provocato da tali attività.

Pertanto, in sintesi, come sottolineato da autorevole dottrina²⁶, attualmente, la principale funzione della responsabilità civile è quella organizzativa, volta a perseguire un coordinamento soddisfacente delle azioni sociali, basato non su un sistema di comandi centrali, bensì su una serie di decisioni decentrate dei vari agenti..

2. Segnatamente, la presente sede, in coerenza con l'oggetto principale del lavoro, non consente l'approfondimento sia della tematica del c.d. regime comune della responsabilità, ovvero della prospettiva avanzata da gran parte della dottrina²⁷ di superare, o, quanto meno, attenuare, la distinzione tra responsabilità contrattuale ed extracontrattuale²⁸, sia della diversa tesi che coglie

Rimedio risarcitorio e condotta del danneggiante: tramonto o riscoperta dell'ingiustizia del danno?, in *Nuova giur. civ.*, 2002, 3, 205).

²⁶ Cfr. P.G. MONATERI, *La responsabilità civile in diritto comparato*, in *Dig. disc. priv., sez. civ.*, XVII, Torino, 1998, pp. 12 ss.

²⁷ In argomento si rinvia a M. SERIO, *La responsabilità complessa. Verso uno statuto unitario della civil liability*, Palermo, 1988, *passim*; P.G. MONATERI, *Cumulo di responsabilità contrattuale ed extracontrattuale. Analisi comparata di un problema*, Padova, 1989, *passim*; F. GIARDINA, *Responsabilità contrattuale ed extracontrattuale: una distinzione attuale?*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1987, pp. 79 ss.; G. VISINTINI, *Responsabilità contrattuale ed extracontrattuale*, in *Rass. dir. civ.*, 1983, pp. 1081 ss.; C. ROSSELLO, *Intorno ai rapporti tra responsabilità contrattuale ed extracontrattuale*, in *Giur. it.*, 1985, IV, c. 202 ss.; R. SACCO, *Concorso delle azioni contrattuale ed extracontrattuale*, in G. VISINTINI (a cura di), *Risarcimento del danno contrattuale ed extracontrattuale*, Milano, 1984, pp. 159 ss.; G. PONZANELLI, *Il concorso di responsabilità*, in *Resp. civ. prev.*, 1984, pp. 38 ss.; L. MENGONI, *La parte generale delle obbligazioni*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1984, pp. 504 ss.

In chiave comparatistica, v. P.P.C. HAANAPPEL, *La relation entre les responsabilités contractuelles et délictuelles*, in *Rev. int. dr. comp.* 1982, pp. 103 ss.

²⁸ La modifica dei rispettivi confini avviene in forza, *in primis*, della valorizzazione della capacità reintegratoria o riparatoria della responsabilità e della correlata relativizzazione della funzione sanzionatoria della medesima (il che, tuttavia, non deve automaticamente tradursi in diminuzione della forza preventiva dell'illecito) - cfr. U. MAJELLO, *Responsabilità extracontrattuale e contrattuale*, in AA.VV., *Responsabilità civile e assicurazione obbligatoria*, Milano, 1988, p. 81 -, riconosciute, tra gli altri, da G.B. FERRI, *Dalla responsabilità alla riparazione*, in ID., *Saggi di diritto civile*, Rimini, 1983, pp. 472 ss.; C. SALVI, *Il paradosso della responsabilità civile*, cit., pp. 130 ss.; F.D. BUSNELLI, *Nuove frontiere della responsabilità civile*, cit., pp. 60 ss., che conducono a due tesi volte ad attenuare il ruolo della colpa: l'una la esclude dagli elementi imprescindibili della responsabilità civile (v. C. SALVI, *Responsabilità extracontrattuale (dir. vig.)*, cit., pp. 1217 ss.); l'altra, viceversa, non fa assurgere detto elemento soggettivo (pur sempre, in determinati casi, ineliminabile criterio di imputabilità) a criterio generale



nell'abbandono dello schema dell'illecito quale costitutivo dell'istituto aquiliano e dell'inadempimento contrattuale²⁹ il possibile ravvicinamento dei "binari" paralleli della responsabilità³⁰.

Ciò nonostante, è necessario richiamare, in un contesto caratterizzato da un andamento piuttosto incerto del formante legislativo che induce dottrina e giurisprudenza a non far emergere certezze consolidate³¹, il *trend* prevalente verso la socializzazione più estesa del rischio³², nell'ottica di una rielaborazione del modello di *Welfare*, che si palesa, tra le molteplici pronunce emesse nell'ultimo quindicennio dal formante giurisprudenziale³³, in specie nella sentenza della Corte Suprema che qualifica la custodia non più come fonte del generico obbligo di vigilanza, gravante anche sulle banche, bensì quale situazione di fatto che lega un soggetto ad una *res* (segnatamente, non soltanto i beni depositati presso l'ente creditizio, ma anche le proprie sedi³⁴), sì da fungere da

ed esclusivo, rispetto al quale le altre modalità di imputazione del danno, come stabilito dagli artt. 2048-2050 c.c., rappresentano figure speciali e, per molteplici versi, eccezionali (cfr. U. MAJELLO, *Responsabilità extracontrattuale e contrattuale*, cit., p. 79).

Ciò ha indubbiamente agevolato l'avvicinamento tra illecito da inadempimento ed aquiliano, atteso che, come è risaputo, il primo è contraddistinto, ai sensi dell'art. 1218 c.c., da una forma (che se non vorrà definirsi di responsabilità presunta, quanto meno dovrà dirsi) di colpa presunta (così S. SICA, *Circolazione stradale e responsabilità: l'esperienza francese e italiana*, cit., p. 117).

²⁹ In argomento v. L. MENGONI, *Responsabilità contrattuale (dir. vig.)*, in *Enc. dir.*, XXXIX, Milano, 1988, pp. 1072 ss.

³⁰ Cfr. S. RODOTÀ, *Il problema della responsabilità civile*, cit., pp. 33 ss.; R. SCOGNAMIGLIO, *Responsabilità contrattuale ed extracontrattuale*, in *Noviss. dig. it.*, XV, Torino, 1968, pp. 673 ss.

³¹ È di tale avviso S. SICA, *Note in tema di sistema e funzione della regola aquiliana*, in AA.VV., *Sistemi giuridici comparati: contributi per un insegnamento*, Salerno, 2003, p. 425.

³² Il *favor* per la teoria della *réparation integrale*, introdotta in Italia su influenza del modello francese (v., per tutti, A. TUNC, *La responsabilité civile*, cit., pp. 14 ss.), e, soprattutto, il recupero di terreno di una concezione "personalista" dell'istituto aquiliano, ben al di là della visione del codificatore, che collocava gli artt. 2043 ss. c.c. nella filosofia della proprietà "in movimento", cioè dell'impresa (come evidenziato da P. PERLINGIERI, *Introduzione alla problematica della proprietà*, Camerino-Napoli, 1970, pp. 44 ss.) trovano incontrovertibile conferma nell'assalto alla "cittadella" dell'art. 2059 c.c., nella *vexata* nozione del danno esistenziale e nell'avvento del danno biologico - categoria tipica della parabola ascendente della responsabilità civile, ma, paradossalmente, in grado di determinare la ricaduta del meccanismo su se stesso in chiave di *efficiency* (cfr. G. CALABRESI, *The Costs of Accidents*, New York-Londra, 1970, *passim*; P. CANE, *Tort Law and Economic Interests*, Oxford, 1996, *passim*; R. EPSTEIN, *Torts*, Aspen, 1999, *passim*) -.

³³ Come emerge dall'analisi esegetica di Cass. civ. 17 maggio 1999, n. 4798, in *Danno resp.*, 1999, pp. 1001 ss., e Cass. civ. 23 maggio 2001, n. 1025, in *Danno resp.*, 2001, pp. 681 ss., le categorie tradizionali sono costrette a cedere il passo a finalità *lato sensu* sociali.

³⁴ Ad esempio, Cass. civ. 20 settembre 2011, n. 19131, ha sancito espressamente che " ai fini della responsabilità ex articolo 2051 in capo alla banca per la caduta di un cliente a causa di un cordolo metallico sporgente, è del tutto indifferente la circostanza che la cliente stesse entrando o uscendo dall'istituto di



criterio di allocazione delle conseguenze pregiudizievoli cagionate da quest'ultima, e, pertanto, a proposito dell'art. 2051, "esclude la responsabilità la prova, fornita dal custode, che l'evento è stato provocato dalla condotta colpevole del danneggiato, equiparabile al caso fortuito"³⁵.

Le numerose esemplificazioni dei caratteri della responsabilità a rilevanza sociale, da un lato, ed il ripensamento, se non addirittura il dissolvimento, di alcune categorie tradizionali, sul piano sistematico, dall'altro, confermano il progressivo, irreversibile restringimento della "forbice", un tempo ampia, tra illecito extracontrattuale e contrattuale, non soltanto nella direzione del cumulo, ormai pacificamente ammesso³⁶, ma anche nelle sembianze sempre più simili delle due fattispecie³⁷.

Inoltre, il "pendolo" dell'illecito aquiliano si è rimesso in moto³⁸ nella prospettiva del consolidamento di una responsabilità civile europea³⁹, sia pur ostacolato, ancor più delle singole

credito, atteso che è sufficiente per il danneggiato provare il fatto generatore della responsabilità della banca, vale a dire la caduta all'interno dei locali a causa del cordolo incriminato".

³⁵ Testualmente Cass. civ. 6 ottobre 2000, n. 13337, in *Danno resp.*, 2001, pp. 721 ss.

³⁶ Cfr. P.G. MONATERI, *Cumulo di responsabilità contrattuale ed extracontrattuale. Analisi comparata di un problema*, cit., *passim*.

³⁷ S. SICA, *Note in tema di sistema e funzione della regola aquiliana*, cit., p. 418, evidenzia, in tale ottica, il ruolo determinante assunto dall'interpretazione e dall'applicazione delle cc.dd. responsabilità speciali, ex artt. 2048-2054 c.c. (rinviando, in materia, a G. AUTORINO STANZIONE, *Le responsabilità speciali. Modelli stranieri ed italiani*, Napoli, 1984, *passim*): accantonate le tesi che volevano queste ultime caratterizzate dalle peculiarità ora della colpa, seppur presunta, ora dell'inversione dell'onere della prova, si svuota la visione soggettivistica della colpa, atteso che, da un lato, alle dimostrazioni di "aver fatto tutto il possibile per evitare il danno" (art. 2054 c.c.), ovvero "di aver adottato le misure idonee" (art. 2050 c.c.), non corrisponde più l'allegazione della massima diligenza esigibile e, dall'altro, "l'esonero consegue unicamente alla prova del caso fortuito, della forza maggiore e del fatto altrui o della vittima aventi i medesimi caratteri di imprevedibilità ed inevitabilità".

³⁸ In tale prospettiva si moltiplicano le manifestazioni del fenomeno delle interrelazioni tra i settori in discussione: ad esempio, come efficacemente sottolineato da S. SICA, *Circolazione stradale e responsabilità: l'esperienza francese e italiana*, cit., p. 117, autorevole dottrina osserva la progressiva perdita da parte dell'obbligazione dei caratteri di rapporto schematico ed elementare di diritto-obbligo (v. P. RESCIGNO, *Obbligazioni (diritto privato: nozioni generali)*, in *Enc. dir.*, XXIX, Milano, 1978, pp. 133 ss.) e la contemporanea assunzione di quelli di struttura complessa, con la conseguente "crisi" delle consolidate partizioni tra situazioni soggettive attive e passive (cfr. P. PERLINGIERI, *Le obbligazioni: tra vecchi e nuovi dogmi*, in *Rass. dir. civ.*, 1989, pp. 83 ss.), a causa dell'assimilazione nell'ambito della stesa di una serie di obblighi accessori ispirati a "norme di protezione" dell'altrui sfera giuridica, giustificabili, piuttosto, in termini di *neminem laedere* che non di fonte contrattuale (v. C.W. CANARIS, *Norme di protezione, obblighi del traffico, doveri di protezione*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1983, pp. 804 ss.).

Come acutamente sostenuto da S. SICA, *Note in tema di sistema e funzione della regola aquiliana*, cit., p. 420, i "profeti di sciagura", arrivati ad ipotizzare, come già per il contratto, *The Death of Torts* (v., per tutti, J. FLEMING, *C'è un futuro per i torts*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1988, pp. 676 ss.), sono stati smentiti, poiché la responsabilità civile è viva, malgrado attraversi un periodo non facile, contraddistinto da molteplici problemi, sia di portata generale, sia particolare; "è forse tempo di accettare l'idea che nel settore in esame non si può



esperienze nazionali, dalla tendenza alla parcellizzazione settoriale che conduce il “sistema” da “una responsabilità”, fatta di poche regole generali, elastiche ed adattabili per via dottrinale e, soprattutto, giurisprudenziale, “alle responsabilità”, cioè alle microaree di intervento, in specie legislativo, nelle zone “a rischio” o a rilevanza socio-economica⁴⁰.

3. Nella prospettiva di un “diritto europeo *de futuro*”, il *trend* normativo proposto dal legislatore comunitario si è concretato in una serie di direttive, tra le quali spiccano quelle riguardanti rispettivamente la *Product Liability*, la responsabilità dell’organizzatore di viaggi “tutto compreso” e le pratiche commerciali scorrette, aventi, invero, non l’ambizioso ed auspicabile obiettivo di creare un unitario sistema europeo della responsabilità civile, bensì, più semplicemente, il circoscritto fine di adottare meri interventi settoriali onde uniformare le discipline interne degli Stati membri applicabili a specifici ambiti dell’illecito civile.

Negli ultimi decenni, attesa la descritta assenza, in termini di *law-in-action*, di una *European tort law* e stante il frequente rinvio da parte del diritto comunitario ai principi comuni che regolano la responsabilità civile nei diversi ordinamenti degli Stati membri, alcuni gruppi di lavoro si sono dedicati all’elaborazione di progetti volti ad armonizzare il diritto civile europeo; le modalità di intervento elaborate da membri provenienti dalla realtà accademica, giudiziaria e professionale,

fare ricorso ad un solo fondamento ricostruttivo, idoneo ad escluderne altri ed in grado di legittimare una sistemazione necessariamente coerente.

Ad esempio, il modello sembrava aver trovato una sua intrinseca efficienza, connessa al ruolo limitato del legislatore (poche regole, ma tutte “aperte”) ed a quello interpretativo-creativo della giurisprudenza e degli autori; eppure gli ultimi anni hanno segnato il ritorno deciso dell’intervento legislativo in materia di responsabilità civile; certo, ciò senza pretese di riscrittura delle regole di fondo, bensì, settore per settore, e nondimeno, tanto ha dato luogo ad un processo di *stop and go*, segno di incertezza o, probabilmente, di rinuncia ad una ricostruzione definitiva”.

³⁹ In argomento si rinvia a G. PONZANELLI, *Verso un diritto europeo della responsabilità civile*, cit., pp. 3 ss.; C. CASTRONOVO, *Sentieri di responsabilità civile europea*, in *Europa dir. priv.*, 4, 2008, pp. 787-830; G. ALPA, *Nuove figure di responsabilità civile di derivazione comunitaria*, in *Resp. civ. prev.*, 1999, pp. 5 ss.; R. ALESSI, *Il difficile percorso della responsabilità civile europea*, in *Danno resp.*, 1999, pp. 377 ss.; C. SALVI, *Diritto europeo e responsabilità civile*, in *Resp. civ. prev.*, 1999, pp. 29 ss.; C. VON BAR, *The Common European Law of Torts*, Oxford, 1999-2000, *passim*; E. CAMILLERI, *Illeciti endofamiliari e sistema della responsabilità civile nella prospettiva dell’European Tort Law*, in *Europa dir. priv.*, 1, 2010, pp. 145-222.

⁴⁰ È di tale avviso S. SICA, *Note in tema di sistema e funzione della regola aquiliana*, cit., p. 429, il quale avvedutamente osserva che “l’ambiguità si conferma la vera forza dell’istituto aquiliano e ciò che ne garantirà la sopravvivenza, a dispetto del suo obiettivo «eccesso di ruolo». Chi si occupa specialisticamente di danno (prova della parcellizzazione indicata è il passaggio dai *Tort Lawyers*, di un tempo, agli specialisti del danno, di oggi) deve aver presente le complesse premesse del dibattito descritto: se la teoria del danno accelera, non è detto che il motore della responsabilità riesca a reggere il ritmo”.



nonché concernenti ambiti specifici e particolari (*in primis*, prassi commerciali internazionali e contratti), non hanno, tuttavia, alcun valore vincolante⁴¹.

In tale contesto, accanto all'attività svolta dall'Istituto Internazionale per l'unificazione del diritto privato (conclusasi con l'elaborazione nel 1994 dei cc.dd. "Principi UNIDROIT", poi aggiornati nel 2004 e nel 2011) e dalla "Commissione Lando" per i contratti, emerge il significativo ruolo assunto, in materia di responsabilità civile, dall'*European Group on Tort Law* (noto anche come *Tilburg Group*), il quale, fondato nel 1992 presso l'Università di Gerona, ha redatto i c.d. *Principles of European Tort Law (PETL)*.

Tale "codice" di regole comuni alle diverse realtà giuridiche europee in materia di illecito, disposte secondo un ordine molto simile a quello adottato dal legislatore italiano per la codificazione delle regole di responsabilità civile negli artt. 2043-2059 c.c., fa riferimento ad un modello di illecito civile configurante una soluzione di compromesso tra tipicità ed atipicità, arricchita dalla "codificazione" di alcune delle prassi operazionali che, in tema di responsabilità extracontrattuale, rendono sostanzialmente parallele le conclusioni cui le corti dei diversi ordinamenti europei sono pervenute, come, ad esempio, in materia di nesso di causalità e colpevolezza.

Gli spunti più significativi che si possono trarre dall'esame dei *PETL* (che si concludono con regole riguardanti le esimenti e le voci di danno risarcibile) sono i seguenti:

- a) "il soggetto, cui un danno subito da altri è giuridicamente imputabile, è tenuto a risarcirlo. Il danno è imputabile, in particolare, al soggetto: a) la cui condotta colposa o dolosa ha causato il danno; o b) la cui attività straordinariamente pericolosa ha causato il danno; o c) i cui ausiliari hanno causato il danno nell'ambito delle proprie attribuzioni", come espressamente sancito dalla norma fondamentale, *basic norm*, di cui all'art. 1:101;
- b) ad un sistema di imputazione fondato sulla colpa si affiancano ipotesi specifiche di responsabilità "*no fault*" per presunzione di colpa (artt.4.101 ss.), ovvero per danno da esercizio di "*abnormally dangerous activity*" o per danno causato da "*auxiliary (...) within the scope of his functions*" (art. 1:101(1-2)) o di responsabilità di impresa (*enterprise liability*, art. 4:202), di responsabilità per fatto altrui nel caso di incapaci, minori o ausiliari (artt. 6.101-6.102), di responsabilità oggettiva (*strict liability*, artt. 5:101-5:102)⁴²;
- c) il danno risarcibile è di natura patrimoniale e di natura morale, fondandosi sulla lesione di un interesse giuridicamente protetto (art. 2.101);
- d) gli interessi protetti riguardano la persona, la proprietà, la violazione di rapporti contrattuali, il danno inferito volontariamente (artt. 2.101 e ss.);

⁴¹ Così V. D'ANTONIO, *L'illecito civile. La disciplina tra formanti declamatori ed operativi*, in *Trattato della responsabilità civile*, diretto da P. STANZIONE, cit., p. 94.

⁴² Cfr. F. DEGL'INNOCENTI, *Rischio di impresa e responsabilità civile. La tutela dell'ambiente tra prevenzione e riparazione dei danni*, Firenze, 2013, p. 26



- e) “*l’ambito di tutela di un interesse dipende dalla sua natura*”, pur non rinunciandosi alla tendenziale atipicità di tale nozione, sicché quanto maggiori saranno il suo valore, la precisione della sua definizione e la sua evidenza, tanto più ampia sarà la relativa tutela (art. 2:102);
- f) l’onere della prova grava sul danneggiato, ma si affida al giudice il potere di alleviarlo quando la prova è troppo difficile o costosa;
- g) il nesso causale si fonda sulla *condicio sine qua non*, ma si distinguono cause concorrenti, alternative, potenziali, minimali (artt. 3:101 ss.);
- h) la responsabilità viene imputata tenendo conto della prevedibilità del danno, della natura e del valore dell’interesse protetto leso, del fondamento della imputazione, dell’estensione dei rischi ordinari della vita, dello scopo della norma violata (art. 3:201 ss.);
- i) se “*la vita, l’integrità psico-fisica, la dignità umana e la libertà ricevono la più ampia tutela*”, così mutuando quasi pedissequamente l’elencazione contenuta nel § 823, co. 1, BGB, parimenti “*ampia tutela è garantita ai diritti di proprietà, compresi i diritti di proprietà su beni immateriali?*”, contrariamente a quanto previsto per “*pure economic interests or contractual relationships*”, rispetto ai quali viene accordata tutela risarcitoria soltanto in ipotesi limitate;
- j) l’elencazione dei fattori dai quali dipende la possibilità di attribuire la responsabilità di un danno ad un determinato individuo, tra i quali viene indicato, oltre alla “*prevedibilità del danno da parte di persona ragionevole al momento dello svolgimento dell’attività*” o alla “*natura e valore dell’interesse protetto*”, anche “*der Schutzzweck der verletzten Norm*”, cioè lo scopo perseguito dalla norma violata (art. 3:201), conferma l’influenza esercitata dal modello tedesco⁴³.

L’obiettivo di assicurare al mercato interno all’Unione Europea un corpo di regole che si sottragga alle peculiarità dei singoli sistemi è altresì perseguito nel 2006 dallo *Study Group* per la redazione di un codice civile europeo, il quale, coordinato da Christian Von Bar, segue una logica sistematoria diversa da quella adottata dallo *European Group on Tort Law* ed indubbiamente affine al modello tedesco di illecito civile, con forti influenze di matrice anglosassone.

The Common European Law of Torts, opera collettanea in due volumi curata dal leader dall’appena citato gruppo di lavoro, definisce, significativamente, la responsabilità oggettiva come “*liability without personal misconduct*”⁴⁴ ed insiste sul danno lesivo di una situazione soggettiva giuridicamente rilevante, che si sostanzia nella lesione di una serie di interessi elencati, corrispondenti, grosso modo, al tipo di interessi normalmente tutelati in materia di responsabilità

⁴³ Cfr. V. D’ANTONIO, *L’illecito civile. La disciplina tra formanti declamatori ed operativi*, in *Trattato della responsabilità civile*, diretto da P. STANZIONE, cit., p. 95-96.

⁴⁴ Cfr. C. VON BAR (a cura di), *The Common European Law of Torts. Damage and damages, liability for and without personal misconduct, causality and defenses*, II, part. III, Oxford, 2000, pp. 335 ss.



civile: il criterio di imputazione è rappresentato dalla colpa o dal dolo, ma si prevedono norme particolari per il danno arrecato dai dipendenti, dai membri di un gruppo, alla proprietà, da prodotti difettosi, all'ambiente, dalla circolazione di veicoli, di cose pericolose, nonché regole minuziose in riferimento a imputabilità, solidarietà, concorso di colpa, rimedi e voci di danno.

La “*Non-Contractual Liability Arising out of Damage Caused to Another*”, pubblicata recentemente nel 2009 dal citato Von Bar:

- 1) elenca una serie di “*Legally Relevant Damages*”;
- 2) concede la tutela aquiliana in relazione alla lesione di “*a right otherwise conferred by the law*” oppure di “*an interest worthy of legal protection*”;
- 3) identifica le figure tipiche di *legally relevant damages* in “*Personal Injury and Consequential Loss*” (ex art. 2:201), “*Loss Suffered by Third Persons as a Result of Another’s Personal Injury or Death*” (ex art. 2:202), “*Infringement of Dignity, Liberty and Privacy*” (ex art. 2:203), “*Loss upon Communication of Incorrect Information about Another*” (ex art. 2:204), “*Loss upon Breach of Confidence*” (ex art. 2:205), “*Loss upon Infringement of Property or Lawful Possession*” (ex art. 2:206), “*Loss upon Reliance on Incorrect Advice or Information*” (ex art. 2:207), “*Loss upon Unlawful Impairment of Business*” (ex art. 2:208), “*Burdens incurred by the State upon Environmental Impairment*” (ex art. 2:209), “*Loss upon Fraudulent Misrepresentation*” (ex art. 2:210) e “*Loss upon Inducement of Breach of Obligation*” (ex art. 2:211).

Il *fil rouge* che lega i descritti progetti promossi a livello europeo per una regolamentazione uniforme del diritto della responsabilità civile è dato dal comune *favor* per una progressiva diminuzione delle differenze esistenti tra la responsabilità per colpa e quella di tipo oggettivo, acclarato che entrambi i sistemi sono “*not different in essence*”, bensì rispondono alla comune esigenza sociale di soddisfare la vittima⁴⁵.

Come sottolineato da autorevole dottrina, “la conoscenza e lo studio di queste esperienze di ricerca di principi uniformi in materia di responsabilità civile rappresentano un importantissimo strumento di lavoro per il comparatista: forme di codificazione, quale quella dei *Principles of European Tort Law* o dello *Study Group* per la redazione di un codice civile europeo coordinato da Von Bar, infatti, testimoniano ancora una volta come la disciplina dell’illecito, indipendentemente dalla astratta proclamazione di regole differenti tra *civil law* e *common law* o tra sistemi atipici e tipici di responsabilità, in realtà viva in concreto di prassi operazioni molto simili nelle diverse realtà ordinamentali, che consentono di offrire analoghe risposte dinanzi alle stesse fattispecie”⁴⁶.

Sebbene tutte le disposizioni elaborate dai diversi gruppi di lavoro non abbiano alcun valore vincolante, tuttavia, non è lontana dalla realtà la visione di quanti discorrono, al pari

⁴⁵ Così F. DEGL’INNOCENTI, *Rischio di impresa e responsabilità civile. La tutela dell’ambiente tra prevenzione e riparazione dei danni*, cit., p. 26.

⁴⁶ Testualmente, V. D’ANTONIO, *L’illecito civile. La disciplina tra formanti declamatori ed operativi*, in *Trattato della responsabilità civile*, diretto da P. STANZIONE, cit., p. 96-97.



dell'“esperanto” della *lex mercatoria*⁴⁷, di un sistema europeo – *rectius*, occidentale – della responsabilità civile sostanzialmente uniforme nei propri formanti operazionali, nel quale l'incidenza del diritto comunitario si muove in due direzioni: l'una protesa ad aggiungere nuove regole a quelle già esistenti (“addizione”), l'altra volta ad introdurre regole specifiche e circoscritte (“specificazione”)⁴⁸.

4. Le molteplici e radicali innovazioni telematiche e multimediali (Internet, telefonia mobile⁴⁹, TV interattiva⁵⁰, ecc.) che nell'ultimo trentennio hanno prepotentemente inciso sulla realtà socio-economica contemporanea producono *trends* di sviluppo difficilmente inseribili in predeterminati modelli di crescita⁵¹.

Economia digitale, *web economy*, *knowledge economy* sono espressioni ormai di uso comune, atte a definire le trasformazioni che, investendo i processi economico-produttivi e la struttura dei mercati interni e internazionali, impongono di ripensare il ruolo dei soggetti privati e pubblici che interagiscono nelle decisioni volte ad aumentare la tutela degli operatori attraverso il miglioramento delle infrastrutture tecniche e della concorrenza e lo sviluppo della interpretazione e della comparazione delle norme giuridiche che disciplinano gli ambiti contrattuali⁵².

Il fenomeno della *new economy* si configura in crescita esponenziale e dirompente sui mercati finanziari⁵³; per ottenere una maggiore diffusione delle nuove tecnologie i principali programmi

⁴⁷ In argomento si rinvia a N. VARDI, *Verso una “lex mercatoria” finanziaria? Analisi delle fonti alla base del processo di integrazione dei mercati finanziari europei*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 3, 2010, pp. 473-498; E. MAZZOLETTI, *Gli usi contrattuali e la nuova lex mercatoria*, in *Giur. comm.*, 4, 2007, pp. 519-548; G. ALPA, *Il diritto commerciale tra lex mercatoria e modelli di armonizzazione*, in *Contr. impr.*, 1, 2006, pp. 86-92; A. PADOA SCHIOPPA, *Brevi note storiche sulla lex mercatoria*, in *Sociologia del diritto*, 2/3, 2005, pp. 75-82; P.G. MONATERI, *Lex mercatoria e competizione fra ordinamenti*, in *Sociologia del diritto*, 2/3, 2005, pp. 229-240; F. GALGANO, *Lex mercatoria e legittimazione*, in *Sociologia del diritto*, 2/3, 2005, pp. 179-203.

⁴⁸ V. G. ALPA, *Nuove figure di responsabilità civile di derivazione comunitaria*, in *Resp. civ. e prev.*, cit., pp. 5 ss.

⁴⁹ In tema si rinvia a N. BRUTTI, *La telefonia mobile. Profili giuridici*, collana *Il diritto in azione*, diretta da S. SICA e P. STANZIONE, Torino, 2009, *passim*.

⁵⁰ Le novità introdotte dal legislatore italiano in materia sono analizzate da S. SICA - V. ZENO ZENCOVICH, *Manuale di diritto dell'informazione e della comunicazione*, II edizione, Padova, 2009, pp. 118-152.

⁵¹ Così A. ALBERICI, *Presentazione*, in W. G. SCOTT - M. MURTULA - M. STECCO (a cura di), *Il commercio elettronico*, Torino, 1999, p. XIII.

⁵² Cfr. C. TRESOLDI, *Nuove tecnologie, sistema delle reti e sviluppo economico*, in BANCA D'ITALIA, *Quaderni di ricerca giuridica della consulenza legale*, Napoli, 2000, p. 1.

⁵³ Secondo D. MASCIANDARO - F. RIOLO (a cura di), *E-banking e e-commerce. Economia e tecnologia*, Roma, 2000, p. 7, la *new economy* è sempre più dipendente da un'infrastruttura di informazioni posta alla base di tutti i processi ed operazioni economiche, ma, altresì, caratterizzata da un'insolita dipendenza da altre



promossi dagli Stati membri dell'Unione Europea, tra qui quello italiano, conformandosi alle linee guida espressamente formulate dal piano *E-Europe 2005*, hanno ad oggetto:

- a) *e-governement*, inteso come processo di creazione di un modello di Stato digitalizzato e informatizzato, di un'economia di rete che renda accessibili e disponibili *on line* la maggior parte dei servizi pubblici alle imprese e ai cittadini⁵⁴;
- b) *e-business*, inteso come riorientamento dei modelli aziendali verso il commercio elettronico.

La *new economy* è sinergica con lo sviluppo di beni e servizi innovativi, caratterizzati da un contenuto essenzialmente immateriale ed il cui valore aggiunto si espande anche per gli operatori pubblici; mediante Internet, infatti, i cittadini e le imprese possono accedere a beni collettivi in modo rapido e diretto⁵⁵, senza la mediazione di strutture burocratiche complesse e spesso inefficienti.

L'utilizzo dell'*information technology* produce significativi effetti non soltanto sui consumi, ma anche sull'efficienza della pubblica amministrazione, sia in termini di procedure interne, sia in

infrastrutture (l'energia, le telecomunicazioni, la finanza, i trasporti, ecc.); di conseguenza, i processi organizzativi, giuridici e tecnici devono essere considerati in modo solistico.

Di questo contesto ha beneficiato anche il Mezzogiorno d'Italia: il censimento dell'industria e dei servizi ed i dati del CERVED rilevano la nascita di nuove imprese che, impegnate nell'informatica e, di conseguenza, aperte al confronto internazionale e alla diffusione delle nuove tecnologie e delle telecomunicazioni, possono fornire un fondamentale contributo allo sviluppo del nostro Meridione, soprattutto mediante l'impiego della grande risorsa rappresentata dalle forze produttive giovanili, dotate di un grado di istruzione molto elevato (i settori *high-tech* svolgono l'importante compito di alimentare una domanda di lavoro rivolta alle fasce di giovani diplomati e laureati alla ricerca di sbocchi professionali a qualifiche medio alte). Tale situazione è confermata dai dati del rapporto ISTAT, laddove si riscontra un valore intorno al 13% di risorse umane potenzialmente utilizzabili nel settore della scienza e della tecnologia (cfr. C. TRESOLDI, *Nuove tecnologie, sistema delle reti e sviluppo economico*, cit., p. 9).

⁵⁴ M. BESSONE, *Il commercio elettronico: una sfida per il giurista*, in S. SICA e P. STANZIONE (a cura di), *Commercio elettronico e categorie civilistiche*, Milano, 2002, p. 47, sottolinea come nell'universo delle pubbliche istituzioni e del diritto pubblico, l'*e-governement* consente di attrezzare nuovi assetti organizzativi e operativi degli uffici con sistemi di *back office*; di qui emergono rilevanti problemi giuridici, tra cui, ad esempio, l'obiettivo di dare efficacia e trasparenza alla domanda collettiva di prestazioni efficienti mediante l'emanazione di nuove norme e l'elaborazione di modelli contrattuali e discipline di impresa capaci di soddisfare il crescente volume delle operazioni di *e-procurement* relative a prestazioni di beni e di servizi.

⁵⁵ Esempi rilevanti appaiono:

- 1) la richiesta di documenti in formato elettronico;
- 2) la partecipazione a bandi di gara per opere pubbliche;
- 3) la consulenza diagnostica in campo sanitario;
- 4) l'istruzione attraverso DVD, CD, giornali, libri;
- 5) la diffusione di prodotti assicurativi e finanziari;
- 6) l'adempimento mediante pagamenti elettronici.



termini di riduzione di costi burocratici, di maggiore qualità e contrazione dei tempi di erogazione dei servizi ai cittadini⁵⁶.

L'annientamento delle distanze spazio-temporali nell'ambito dei canali di comunicazione e di trasferimento delle informazioni moltiplica, da un lato, le incertezze, dall'altro, le opportunità: quanto più i settori dipendono dall'informazione – come, ad esempio, i servizi finanziari e i prodotti ITC –, tanto più è incisiva la portata delle trasformazioni organizzative concernenti i paradigmi di produzione e di gestione; quanto più è diversificata la struttura di mercato di un settore, tanto maggiori sono i vantaggi potenziali delle cc.dd. “imprese elettroniche”, perché dotate di una struttura molto frammentata e di componenti transfrontaliere accentuate⁵⁷.

L'interprete, cessando l'inopportuna oscillazione ora tra l'avvicinamento e la compenetrazione, ora verso l'allontanamento e la contrapposizione rispetto ai dogmi propri della tradizione giuridica, deve confrontarsi sia con l'irriducibilità tra *globale Wirtschaft und lokale Gesetzgebung*⁵⁸, sia con il prepotente avvento di Internet che non conosce confini di territorio e con la conseguente necessità di congegnare un sapiente dosaggio del principio di competenza tra normative nazionale, comunitaria ed internazionale, capace di regolamentare anche i risvolti più rivoluzionari dell'universo telematico, consapevole dell'insufficienza in materia del ricorso alla sola normativa nazionale.

Ciò in quanto la globalizzazione del mercato dei servizi e delle informazioni determina il superamento dello spazio giuridico di un dato ordinamento e impone la ricerca delle norme

⁵⁶ In un contesto come quello italiano, caratterizzato da un tessuto produttivo costituito per circa il 95% da piccole imprese poco propense ad accollarsi i costi di formazione, c'è ampio spazio per azioni coordinate tra pubbliche amministrazioni e imprese.

Le leggi Bassanini e i programmi delineati dall'AIPA (Autorità per l'informatica nella pubblica amministrazione) hanno creato le premesse normative e tecnologiche affinché la crescita dei servizi *on line* si estenda gradualmente alla maggior parte dei rapporti tra i diversi soggetti interagenti e comprenda un campo di applicazione molto ampio – ad es. le procedure di incasso e pagamenti in favore dello Stato, il mandato informatico, il fisco telematico – (cfr. C. TRESOLDI, *Nuove tecnologie, sistema delle reti e sviluppo economico*, cit., p. 10).

⁵⁷ In tale ottica, va segnalato come negli Stati Uniti e in Europa, negli ultimi anni, sono stati varati centinaia di mercati elettronici pubblici e privati, in parte specificamente rivolti a determinati settori industriali ed in parte trasversali (alcuni sono costituiti da consorzi di venditori o acquirenti, altri da terzi operatori o da fornitori di tecnologia); essi, in quanto tali, costituiscono un aspetto specifico della *new economy* “collaborativa”, ma, al contempo, per la loro capacità di condizionare lo sviluppo economico, pongono implicitamente alle politiche pubbliche l'esigenza di promulgare norme di qualità ispirate alla ricerca del consenso, al fine di fornire soluzioni ad importanti problemi, sia con riferimento alle norme di partecipazione, di proprietà e di controllo, sia in merito alla fiducia, alla credibilità rispetto agli utenti.

⁵⁸ Così P. STANZIONE, *Presentazione*, in S. SICA - P. STANZIONE - V. ZENO ZENCOVICH (a cura di), *La moneta elettronica: profili giuridici e problematiche applicative*, Milano, 2006, p. XII.



applicabili in chiave sovra o transnazionale⁵⁹, nell’ottica di un inevitabile passaggio dalla statualità alla universalità del diritto⁶⁰.

I problemi giuridici, dunque, non possono essere risolti analizzandoli entro i limiti fissati dalle legislazioni statuali: l’assenza di una delimitazione spaziale degli scambi *on line* rende imprescindibile la necessità di riavvicinare le normative dei singoli Stati in ordine alla disciplina della formazione dei contratti, mediante l’individuazione di criteri di collegamento atti ad eliminare le differenze tra i vari ordinamenti che concretamente ostacolano il ricorso alla nuova categoria dei contratti elettronici e permettono ai *partners* commerciali di trarre indebiti vantaggi dal ricorso alle diverse procedure giudiziarie vigenti nei singoli Paesi (il c.d. *forum shopping*)⁶¹.

⁵⁹ S. MARTUCELLI, *Obbligazioni pecuniarie e pagamento virtuale*, Milano, 1998, p. 76, sottolinea l’incessante innovazione, sotto il profilo sia economico che più specificamente giuridico e nel rispetto delle priorità dell’attuale economia di mercato, ormai non più circoscritta negli angusti confini nazionali, degli strumenti adottati quale volano per la circolazione della ricchezza nel contesto di una “globalizzazione dei mercati” inevitabilmente protesa verso il consolidamento del c.d. “villaggio globale”.

⁶⁰ Giustamente S. SICA, *Commercio elettronico e categorie civilistiche: un’introduzione*, in S. SICA e P. STANZIONE (a cura di), *Commercio elettronico e categorie civilistiche*, cit., p. 5, reclama il fondamentale ruolo dell’approccio comparatistico di fronte allo studio delle problematiche ed alla soluzione delle controversie che possono sorgere nella “rete” e che, il più delle volte, coinvolgono una pluralità di ordinamenti, rendendo, di conseguenza, alquanto complicata l’adozione delle regole rilevanti e la possibilità di ottenere un’effettiva tutela, ritenendo il civilcomparatista ben in grado di affrontare le novità con, da un lato, le “spalle forti” della tradizione e, dall’altro, la consapevolezza che il sistema non è “per sempre”, bensì è il risultato della costante dialettica tra società, economia e diritto, e, all’interno di quest’ultimo, tra i formanti dottrinale, legislativo e giurisprudenziale.

In tale ottica, essenziali e imprescindibili sono gli “spunti” di carattere metodologico elaborati da G. AUTORINO, *Comparazione e diritto civile*, in AA.VV., *Sistemi giuridici comparati: ipotesi applicative*, Salerno, 1997, pp. 29 ss., e da P. STANZIONE, *Sui metodi del diritto comparato*, in AA.VV., *Sistemi giuridici comparati: ipotesi applicative*, cit., pp. 15 ss., ed è necessaria, per il profilo sistematico, l’attenta lettura di A. GAMBARO - P.G. MONATERI - R. SACCO, *Comparazione giuridica*, in *Dig. disc. priv., sez. civ.*, III, Torino, 1998, pp. 47 ss.; G. GORLA, *Diritto comparato*, in *Enc. dir.*, XII, Milano, 1964, pp. 928 ss.; K. ZWEIGERT - H. KÖTZ, *Introduzione al diritto comparato*, I, Milano, 1998, *passim*; ID., *Introduzione al diritto comparato*, II, Milano, 1995; R. SACCO, *Introduzione al diritto comparato*, Torino, 1992.

⁶¹ Paventa tale pericolo L. MARINI, *Il commercio elettronico*, cit., p. 14, rilevando come in merito alle transazioni commerciali effettuate in “rete” emergano temi classici quali i problemi relativi alla forma del contratto telematico, all’esigenza dell’atto scritto, dell’autenticazione della sottoscrizione di quest’ultimo, alla formazione del consenso ed alla responsabilità delle parti coinvolte nel rapporto contrattuale *on line*, alla tutela della proprietà intellettuale e dei segni distintivi, alla protezione dei consumatori, alla tutela della riservatezza e della sicurezza dei sistemi di pagamento, alla garanzia dell’efficacia e dell’opponibilità dei c.d. codici di condotta.



I protagonisti della globalizzazione non sempre sono gli Stati, bensì più spesso le imprese multinazionali⁶² e ciò può produrre effetti addirittura sconvolgenti sugli assetti politico-giuridici degli stessi Paesi, a volte esautorandone persino le leggi: sono queste le ragioni che fanno ritenere prossimi al tramonto il principio di statualità del diritto ed il principio di nazionalità all'interno dei singoli Stati⁶³.

La “morte della distanza” configura la specificità assorbente del commercio elettronico; il *cyberspace* è assolutamente privo di territorio, talché l'esame dei problemi giuridici afferenti Internet deve prendere le mosse dall'ordinamento che regola le relazioni internazionali, idoneo a verificare l'applicabilità di principi ed istituti tradizionali all'utilizzazione delle nuove tecnologie telematiche ed alle sfide poste dalla nuova era digitale⁶⁴, con la consapevolezza che non sono identificabili né un'autorità centrale o un soggetto investito di poteri di governo, né un territorio ove questi ultimi possano essere esercitati.

Se nessun diritto nazionale appare appropriato a disciplinare il contratto elettronico, quest'ultimo, tuttavia, non va sottratto a regole giuridiche, bensì, proprio perché concluso tra membri della società “globale”, può essere regolato da una nuova *lex mercatoria* dei *computers*⁶⁵,

⁶² F. GALGANO, *Prefazione*, in V. RICCIUTO - N. ZORZI (a cura di), *Il contratto telematico*, in *Trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico dell'economia*, diretto da F. GALGANO, Padova, 2002, p. XIII, cita gli illuminanti dati pubblicati dal giornale *The Economist* il 22 novembre 1997, p. 108, sulle più globalizzate imprese del nostro tempo: secondo una stima fornita dall'UNCTAD la Shell ha un patrimonio estero pari al 67,8% del totale ed un'occupazione estera pari al 77,9%; la Volkswagen ha un patrimonio estero pari all'84,8% ed un'occupazione estera pari al 44%; la Nestlé è l'impresa più globalizzante con un patrimonio estero dell'86,9% ed un'occupazione estera pari al 97%.

⁶³ A conferma di ciò, la Convenzione di Roma del 1980 ammette che i cittadini di un medesimo stato possano, per contratto, adottare il diritto di uno Stato terzo (fatto, comunque, salvo il limite delle norme imperative interne, peraltro derogabile da apposite convenzioni internazionali), così come la Convenzione dell'Aia del 1985 permette ai cittadini di paesi di *civil law* di fruire del *trust* anglo-americano, superando in tal modo la norma di diritto interno sulla responsabilità illimitata del debitore: il *trustee* risponde solo nei limiti dei beni in *trust*.

⁶⁴ In argomento si veda L. MARINI, *Il commercio elettronico*, cit., p. 6.

⁶⁵ G. FINOCCHIARO, *Lex mercatoria e commercio elettronico. Il diritto applicabile ai contratti conclusi su Internet*, in V. RICCIUTO - N. ZORZI (a cura di), *op. cit.*, pp. 50 ss., coglie l'apprezzabile tentativo dei giuristi impegnati nell'esame del fenomeno telematico di provare a ricostruire, attraverso il richiamo alla *lex mercatoria*, il processo di formazione del diritto applicabile in Internet con particolare riferimento all'autoregolazione (*contra*, T. BALLARINO, *Internet nel mondo della legge*, Padova, 1998, pp. 37 ss.), impendendo la loro esclusione da uno scenario regolamentare in cui prevalga la spinta autoregolativa del mercato telematico.

Cfr. P. RESCIGNO, *Categorie, metodo, sistema nel diritto del commercio elettronico*, in S. SICA e P. STANZIONE (a cura di), *Commercio elettronico e categorie civilistiche*, cit., p. 18.

Quest'ultimo osserva opportunamente che, rispetto al *favor* per l'applicazione alle attività svolte nel c.d. cyberspazio di un insieme di norme regolatrici che dovrebbero essere assolutamente tipiche e



idonea ad introdurre un diritto comune di Internet, inteso come l'insieme degli usi e delle pratiche accettate dalle corti dietro le indicazioni degli utenti, dei governi, dell'industria telematica⁶⁶: il contratto, e non la legge, è lo strumento mediante il quale, sotto la pressante sollecitazione dell'economia contemporanea in profonda e continua trasformazione, si attuano le trasformazioni giuridiche e si innovano le categorie tradizionali.

Tra i sostenitori di questa tesi⁶⁷ emergono prepotentemente l'esigenza di un approccio giuridico unitario al fenomeno della globalizzazione, la crisi del ruolo degli Stati nazionali e l'inevitabile ineffettività di una disciplina di fonte statale nella materia del commercio elettronico⁶⁸.

Il ruolo, apparentemente marginale, del giurista sembrerebbe confermato dall'iniziale scarsa partecipazione degli operatori del diritto alla redazione dei testi normativi o regolamentari in materia di commercio elettronico⁶⁹.

Da ciò consegue il rischio che le problematiche giuridiche, legate, ad esempio, all'aumento illimitato di consumatori conseguente alla personalizzazione dei prodotti, e, dunque, alla tutela del contraente più debole, degli aderenti ai contratti di massa, con il fine di colmare il deficit di protezione che l'operatore non professionale soffre a tutt'oggi nei rapporti contrattuali informatici,

completamente autonome, creando, pertanto, una sorta di regolamentazione transpaziale, la *lex mercatoria*, oggi intesa anche come tutela del consumatore, del contraente debole, può ricevere un significativo arricchimento da queste innovative tecniche regolamentari dell'autodisciplina, riconosciute ormai dalla maggior parte degli operatori del diritto compatibili con la possibilità di una concertazione.

Nasce, di conseguenza, un diritto che pur traendo origine "da valutazioni, necessità e regole maturate nell'ambito di ciascuna classe, categoria o gruppo, poi cerca un proprio compimento, una propria integrazione nel dialogo e nell'intesa con gruppi antagonisti o conviventi nella realtà sociale, indipendentemente da posizioni di conflitto o di coincidenza di interessi".

⁶⁶ La *lex mercatoria* che si ricava dalla legislazione comunitaria è ben diversa da quella che si trae dalla sintesi degli arbitrati del commercio internazionale: la prima, infatti, aiuta a modernizzare il diritto civile orientandosi verso la tutela non soltanto dell'impresa, ma anche del consumatore (cfr. P. PERLINGIERI, *Metodo, categorie, sistema nel diritto del commercio elettronico*, in S. SICA e P. STANZIONE (a cura di), *Commercio elettronico e categorie civilistiche*, cit., p. 11).

⁶⁷ Per tutti, v. P.G. TORRANI, *Introduzione*, in O. TORRANI - S. PARRISE (a cura di), *op. cit.*, p. 3.

⁶⁸ Secondo C. CAMARDI, *Contratto e rapporto nelle reti telematiche. Un nuovo modello di scambio*, in V. RICCIUTO - N. ZORZI (a cura di), *op. cit.*, p. 2, essi sono contrari a qualificare Internet come un "cyberspazio anarchico", ma, viceversa, colgono in tale fenomeno una pluralità di strategie regolative e riconoscono agli operatori del mercato telematico la capacità autoregolativa di darsi codici convenzionali di comportamento (la c.d. *netiquette*).

L'applicazione della *lex mercatoria* al commercio elettronico è dunque un fenomeno già in atto, le cui manifestazioni fondamentali sembrano costituite dall'estrema oggettivazione dello scambio, attraverso pratiche uniformi, che veicolano il diritto anche attraverso le scelte tecnologiche.

⁶⁹ Sul punto si deve rinviare a F. SARZANA DI S. IPPOLITO, *Profili giuridici dei pagamenti elettronici*, in C. SARZANA DI S. IPPOLITO - F. SARZANA DI S. IPPOLITO, *Profili giuridici del commercio via Internet*, Milano, 1999, p. 164.



possano essere considerate secondarie rispetto alla necessità di incrementare con ogni mezzo lo sviluppo del commercio elettronico.

Pertanto, da più parti si invoca per Internet uno specifico diritto sovranazionale, un ordinamento originale, indipendente dagli altri ordinamenti giuridici e, quindi, nuovo rispetto ad essi: una sorta di *lex electronica* che si rifaccia al fenomeno di formazione spontanea del diritto che, mediante la creazione di una disciplina uniforme posta al riparo dall'ingerenza di qualsiasi ordinamento giuridico statale, assicuri nei settori internazionali del commercio, del trasporto, del credito e della finanza, la certezza del diritto⁷⁰.

In particolare, la dottrina nordamericana, concentrando l'attenzione sulla commistione tra norme giuridiche e norme tecniche ed evidenziando il condizionamento di queste ultime non solo sulle modalità di trasmissione delle informazioni, ma anche sulle scelte che inevitabilmente investono i contenuti di tali strumenti ed il comportamento dei loro utilizzatori, conia la nozione di *lex informatica*, per indicare l'insieme di scelte tecniche che impongono comportamenti agli operatori telematici e si traducono in un sistema di regole parallelo.

La *lex informatica*, ancorché regolamentazione non diretta, non pubblica, bensì implicita e celata nella tecnica, completamente priva di colleganza a qualsiasi sistema giuridico statale, potrebbe assurgere a strumento efficace per risolvere i problemi giuridici derivanti dalla diffusione dell'informatica, in quanto il ricorso alle norme tecniche ne garantisce una semplice attuazione ed un facile controllo.

Tuttavia, un sistema così delineato pone una questione di assoluta rilevanza: il problema del controllo sulla tecnica, che emerge soprattutto quando i governi, dettando regole solo apparentemente imposte da quest'ultima, in realtà affermano scelte di tipo politico del tutto estranee al processo democratico di formazione della volontà politica, attraverso il ricorso a mezzi alternativi⁷¹.

Più dettagliatamente, nei rapporti tra privati le scelte tecniche condizionano quelle giuridiche, soprattutto per ciò che riguarda la formazione e la dichiarazione della volontà contrattuale: il commercio elettronico tende a proceduralizzare i contratti informatici⁷² e, quindi, ad

⁷⁰ Così, L. MARINI, *Il commercio elettronico*, cit., p. 8.

⁷¹ G. FINOCCHIARO, *Lex mercatoria e commercio elettronico. Il diritto applicabile ai contratti conclusi su Internet*, in V. RICCIUTO - N. ZORZI (a cura di), *op. cit.*, p. 45, apprezza la sensibilità dimostrata dalla dottrina nordamericana nell'occuparsi delle problematiche che investono i diritti fondamentali degli individui come, per esempio, la libertà di espressione.

⁷² La volontà contrattuale espressa per via telematica, pur di conseguire il duplice obiettivo della velocità degli scambi contrattuali e della certezza dei rapporti, riduce le incertezze giuridiche con la predisposizione di contratti uniformi che fanno ricorso a procedure tecniche cui le parti attribuiscono convenzionalmente rilevanza giuridica.

Si afferma, in tal modo, una *lex informatica* privatistica, una contrattualistica uniforme basata sulla tecnica, sul *code* informatico dei giuristi statunitensi, che esalta la centralità del contratto come strumento di innovazione giuridica (in argomento si rinvia alle considerazioni di G. FINOCCHIARO, *Lex mercatoria e*



oggettivare gli scambi, le opzioni sono per lo più predefinite, il consenso si esprime con un “clic”, si elaborano moduli e formulari in formato digitale e meccanismi tecnici di controllo della manifestazione della volontà⁷³.

La struttura decentrata di Internet ha consentito, nei fatti, la proliferazione di organismi privati di autocontrollo che collaborano con le autorità pubbliche e, al contempo, elaborano di propria iniziativa codici di autoregolamentazione e di norme comportamentali autogene (le c.d. *netiquette*)⁷⁴.

Tra l’opinione di quanti sostengono che l’*e-commerce* rivoluziona l’intero sistema delle norme, rendendo, pertanto, necessaria la stesura di un testo unico del commercio elettronico – in cui si evidenzino, da un lato, il ruolo di Internet nella prestazione di servizi finanziari, e, dall’altro, l’importante (ma non sufficientemente approfondita) prospettiva del *consumer to consumer* –, e la convinzione di coloro che, certi che *nihil sub sole novi*, vogliono calare le pretese innovazioni recate dall’*e-commerce* “negli antichi stampi”⁷⁵, si deve accogliere un’opzione mediana, più ragionevole, interrogandosi sulla reale possibilità che le regole operazionali, le categorie e gli istituti giuridici

commercio elettronico. Il diritto applicabile ai contratti conclusi su Internet, in V. RICCIUTO - N. ZORZI (a cura di), *op. cit.*, p. 48).

⁷³ Questo inquietante panorama è proposto da G. FINOCCHIARO, *Lex mercatoria e commercio elettronico. Il diritto applicabile ai contratti conclusi su Internet*, in V. RICCIUTO - N. ZORZI (a cura di), *op. cit.*, p. 45, la quale sottolinea quanto sia le procedure di conferma dell’ordine o di avvenuta ricezione del messaggio diffuse nei trasferimenti di fondi, sia l’uso delle tecniche di autenticazione (per tutti il codice PIN) differiscano dalle forme legali, poiché trovano la loro fonte negli stessi attori della vicenda contrattuale e non nel legislatore, essendo create spontaneamente dal mercato.

In realtà, tali meccanismi tecnici, inseriti in procedure negoziali predefinite, attualmente stanno trovando esplicito riconoscimento giuridico da parte del legislatore, come dimostra l’art. 11 della Direttiva sul commercio elettronico che fa propria una diffusa prassi commerciale in base alla quale “nel caso in cui il destinatario di un servizio inoltri il proprio ordine mediante strumenti tecnologici... il prestatore deve accusare ricevuta dell’ordine del destinatario del servizio senza ingiustificato ritardo e per via elettronica” mentre “l’ordine e la ricevuta si considerano pervenuti quando le parti cui sono indirizzati hanno la possibilità di accedervi”.

⁷⁴ L. MARINI, *Il commercio elettronico*, cit., p. 16, sostiene che tali norme, cui gli operatori del mercato telematico sono vincolati in virtù dell’interesse comune e superiore al funzionamento del sistema, seppur non sanzionabili da parte di un’Autorità, sono completamente equiparabili agli imperativi categorici espressi dalla legge scritta.

A tal proposito appaiono significativi i risultati dello studio condotto nel 1998 dalla *Federation of European Direct Marketing* (FEDMA) riguardo gli orientamenti ed i comportamenti delle più importanti aziende europee alla luce dell’enorme sviluppo delle transazioni telematiche. Inoltre, dal 1996, sono in via di sperimentazione procedure arbitrali *on line* (cfr. esemplificativamente il sito del *Virtual Magistrate*: <http://vmag.law.vill.edu>).

⁷⁵ Cfr. P. STANZIONE, *Commercio elettronico, contratto e altre categorie civilistiche*, in S. SICA e P. STANZIONE (a cura di), *Commercio elettronico e categorie civilistiche*, cit., p. 27.



tradizionali riescano a regolamentare i risvolti innovativi della materia, assicurandone un'adeguata comprensione ed un efficace inquadramento.

La pur legittima aspirazione di ogni nuovo fenomeno economico-giuridico di avere delineato per sé un quadro di certezze non può, tuttavia, condurre all'invocazione assolutoria di un'esaustiva legiferazione in materia⁷⁶, bensì, piuttosto, al tortuoso ed angusto sentiero della verifica analitica di compatibilità, divergenze ed analogie con le normative già esistenti.

L'innovazione, intesa come fattore che, stravolgendo il vecchio, lo rende inadatto a disciplinare il nuovo problema, richiede al giurista una nuova concettualizzazione dell'esistente, da disciplinare successivamente con una nuova regola, oppure lo induce a qualificarla come fatto nuovo che deve essere ricompreso nel vecchio con opportuni adattamenti di quest'ultimo: è questo il dilemma del giurista in quanto scienziato depositario di una tradizione dommatica consolidata e deputato alla funzione dell'ingegneria sociale che preordina e progetta il rapporto tra norme e fatti⁷⁷.

Rispetto all'ineludibile esigenza di conciliare la vocazione naturale allo spontaneismo di Internet con la salvaguardia di taluni principi fondamentali, quali la certezza del diritto e la tutela del legittimo affidamento⁷⁸, sono state introdotte specifiche regolamentazioni pubblicistiche per i cc.dd. servizi della società dell'informazione⁷⁹: chi analizza Internet, qualificandolo come fenomeno

⁷⁶ Testualmente P. STANZIONE, *Commercio elettronico, contratto e altre categorie civilistiche*, in S. SICA e P. STANZIONE (a cura di), *Commercio elettronico e categorie civilistiche*, cit., p. 29.

Secondo R.S. MASERA, *Lo sviluppo di nuove tecniche e strumenti finanziari e le implicazioni per l'efficienza economica*, in *Econ. dir. terz.*, 1994, p. 1032, la regolamentazione ideale deve nascere dalla sintesi di norme tecniche con regolamenti autoimposti dal mercato; la c.d. "coregolamentazione", nel cui ambito codici o norme sviluppati dal settore privato sono recepiti dalla legislazione, rappresenta la migliore soluzione per il futuro, presentando indubbi vantaggi in tema di rapidità, flessibilità e tutela dei consumatori.

Sul punto v. anche E. FERRERO, *Profili civilistici dei nuovi strumenti finanziari*, in *Riv. dir. comm. e dir. gen. obbl.*, 1992, 7-8, I, pp. 629-649.

⁷⁷ Cfr. C. CAMARDI, *Contratto e rapporto nelle reti telematiche. Un nuovo modello di scambio*, in V. RICCIUTO - N. ZORZI (a cura di), *op. cit.*, p. 2.

⁷⁸ In materia v. M. GIGANTE, *Mutamenti nella regolazione dei rapporti giuridici e legittimo affidamento. Tra diritto comunitario e diritto interno*, Milano, 2008 *passim*.

⁷⁹ In materia v. V. FROSINI, *Il giurista nella società dell'informazione*, in *Inform. dir.*, 2001, 2, pp. 195-207; F. BASSANINI, *Le politiche italiane per la società dell'informazione*, in *Riv. it. com. pubbl.*, 1999, 2, pp. 159-173; G. CORDINI, *Società dell'informazione e diritti costituzionali*, in *Rass. dir. pubbl. eur.*, 2006, 1, pp. 33-82; T. PUCCI, *Il diritto all'accesso nella società dell'informazione e della conoscenza. Il digital divide*, in *Inform. dir.*, 2002, 2, pp. 119-153; G. SIDELLA, *E-government e società dell'informazione: linee guida e contesto normativo*, in *Riv. dir. econ. gest. nuove tecnologie*, 2005, 7-8, pp. 647-651; F. BUFFA, *I2010- Una società europea dell'informazione per la crescita e l'occupazione*, in *Riv. dir. econ. gest. nuove tecnologie*, 2006, 3, pp. 268-274; V. SARCONI, *Poteri pubblici e cittadini nella società dell'informazione: l'e-government come risorsa per sussidiarietà e federalismo*, in *Nuova rass. legisl. dott. giuris.*, 2003, 11 pp. 1268-1280; S. KLUZER, *Lo scenario europeo e nazionale delle politiche per la società dell'informazione*, in *Econ. pol. ind.*, 2002, 115, pp. 161-182; F. LIBERATORE, *I servizi della società dell'informazione tra la direttiva sul commercio elettronico e la direttiva servizi: un'occasione mancata per chiarire l'applicazione del principio del paese d'origine*, in *Contr.*



giuridico globale, deve decidere se sia opportuno ricorrere a principi ed istituti giuridici tradizionali maturati nel mondo fisico (sia pur con gli ovvi e inevitabili aggiustamenti) o se, viceversa, sia preferibile affrontare *ex novo* il mondo virtuale⁸⁰.

L'elaborazione di approcci regolatori "non verticistici" (*o bottom up*) resta per molti teorici la condizione essenziale per lo sviluppo rapido e capillare di Internet, idonea a favorire lo sviluppo di una politica regolamentare di ampio respiro che possa, da un lato, introdurre e perfezionare strumenti tipicamente normativi, e, dall'altro, predisporre idonei codici di condotta e di norme comportamentali autogene, in grado di adeguarsi più agevolmente alla capacità evolutiva della rete⁸¹.

impr./Europa, 2007, 2, pp. 1038-1049; M.L. MARTIRE, *La società dell'informazione e il processo di e-government*, in *Amm. it.*, 2005, 2, pp. 229-233.

⁸⁰ La stretta relazione tra il diritto e la tecnologia nell'era digitale e la rapidità con cui si producono nuovi effetti giuridici concordati fra le parti o, a volte, del tutto indesiderati (cfr. F. SARZANA DI S. IPPOLITO, *Profili giuridici dei pagamenti elettronici*, in C. SARZANA DI S. IPPOLITO - F. SARZANA DI S. IPPOLITO, *op. cit.*, p. 164), pongono il legislatore in grave crisi, come sottolineato da G. PASCUZZI, *op. cit.*, p. 538, il quale ne rileva, altresì, le difficoltà nel far fronte ai problemi posti dall'evoluzione delle attività che, usufruendo delle continue conquiste tecnico-scientifiche, tendono a migliorare il nostro *modus vivendi*: "dalla privacy alle biotecnologie... sono tantissimi i fenomeni interessati da innovazioni frutto del progredire delle conoscenze che il diritto è chiamato a regolamentare (spesso sulla spinta dell'urgenza e, quindi, in assenza di una meditata riflessione)".

⁸¹ È di tale avviso, L. MARINI, *Il commercio elettronico*, cit., p. 10.

Giustamente P. STANZIONE, *Contratti dei consumatori e responsabilità dei produttori*, in G. AUTORINO (a cura di), *Diritto comparato, comunitario e transnazionale. Lezioni per un master*, tomo II, collana *Quaderni del Dipartimento di Diritto dei rapporti civili ed economici nei sistemi giuridici contemporanei*, diretta da P. STANZIONE, Salerno, 2000, p. 189, nell'apprezzare la persuasiva attività interventistica del legislatore comunitario, il quale si sforza costantemente di offrire idonee soluzioni alle questioni sollevate dal progresso telematico fin dall'emanazione della Raccomandazione del Comitato dei ministri del Consiglio d'Europa n. R (81) 20, emanata l'11 dicembre 1981, relativa all'armonizzazione delle legislazioni in materia di richiesta della forma scritta ed in materia di ammissibilità delle riproduzioni di documenti e di registrazioni informatiche, che è stata la prima iniziativa legislativa promossa da un'organizzazione internazionale avente ad oggetto firma digitale e certificati elettronici, anche se, adottata in una fase storica antecedente al consolidamento della rivoluzione telematica, non ha avuto seguiti concreti, ha denunciato che "mentre in Italia si discorre dei massimi sistemi, di principi generali del diritto civile, di ingegneria costituzionale, sulle nostre teste sta passando una significativa riforma del codice civile ad opera delle direttive comunitarie, analitiche ed esaustive al punto di lasciare scarsi spazi di manovra al legislatore nazionale", inconcepibile per quanti, solo qualche anno addietro, reclamavano l'esclusività da parte dello Stato della produzione normativa e contestavano l'interferenza di altre forme extrastatali.

Anche S. SICA, *La tutela dei dati personali nei diritti comunitario ed interno*, in G. AUTORINO (a cura di), *Diritto comparato, comunitario e transnazionale. Lezioni per un master*, tomo II, collana *Quaderni del Dipartimento di Diritto dei rapporti civili ed economici nei sistemi giuridici contemporanei*, diretta da P. STANZIONE, cit., p. 265, afferma correttamente che "il diritto privato europeo" nell'incidere su quello interno, "non sarà la risultante di una



Numerose sono le iniziative promosse a sostegno della cooperazione internazionale nella materia in esame, le quali, pur se a uno stadio ancora meramente programmatico, intendono risolvere le questioni più importanti e superare gli ostacoli che ancora oggi rallentano la crescita di un mercato di massa di transazioni elettroniche, mediante il rafforzamento della fiducia degli utenti e dei consumatori nella sicurezza delle infrastrutture telematiche e dei sistemi di pagamento in particolare⁸².

Per quanto concerne l'esegesi, nel sistema del commercio elettronico, della responsabilità e dei singoli rimedi approntati in materia, il parziale *vacuum juris* dovuto agli alquanto episodici interventi normativi promulgati sia a livello comunitario che internazionale - il DMCA (*Digital Millennium Copyright Act*) emanato negli Stati Uniti nel 1998⁸³, il TDG (*Teledienstgesetz*) promulgato in Germania nel 1997⁸⁴, gli artt. 12-15, direttiva 2000/31/CE (poi ripresi negli artt. 14-17, d.lgs. 70/2003) - ha inizialmente favorito il ricorso analogico, in sede europea, ai contrapposti modelli giurisprudenziali francese e inglese, non successivamente mutuati dal legislatore comunitario, il quale si è sforzato di assicurare al proprio provvedimento da ultimo citato la massima compatibilità con le analoghe *rules* elaborate dalle corti statunitensi, nella consapevolezza che i limiti e le difficoltà dell'approccio analitico possono essere superati solamente attraverso un approccio transnazionale.

Atteso che nel rapporto tra "realtà virtuale" e responsabilità civile sussiste la basilica tripartizione tra illeciti di Internet (compiuti dai "gestori" della rete), contro Internet (le azioni degli *hackers*) e per mezzo di Internet (ad es. la truffa o alla diffamazione *on line*), nell'ambito di quest'ultima fattispecie lo sforzo di rinvenire un solido criterio di imputazione della connessa responsabilità si risolve con la scelta da parte della dottrina⁸⁵ e della scarsa giurisprudenza di merito in materia⁸⁶ tra:

mera sintesi degli ordinamenti propri dei vari stati membri, bensì consisterà in un *aliquid novi* non assimilabile alla somma dei singoli ordinamenti nazionali".

⁸² L. MARINI, *Il commercio elettronico*, cit., p. 16.

⁸³ Per l'analisi della normativa statunitense si rinvia a J.C. GINSBURG, *Il digital millenium copyright act ed il sony bono copyright term extension act: due novità dagli Stati Uniti*, in *Riv. dir. comm. e dir. gen. obbl.*, 1999, II, 7-8, pp. 625-669.

⁸⁴ Per il commento di tale legge v. P. GOLA - T. MÜTHLEIN, *Teledienstgesetz/Teledienstschutzgesetz (TDG/TDDSG). Kommentierung für die Praxis*, Monaco, 2000, *passim*.

⁸⁵ In argomento v. M. GAMBINI, *Le responsabilità civili dell'internet service provider*, Napoli, 2006, *passim*; R. GUIDOTTI, *Appunti sulla responsabilità del provider*, in *Giur. comm.*, 2002, 6, II, pp. 731-740; G. CASSANO - I.P. CIMINO, *Il nuovo regime di responsabilità dei providers: verso la creazione di un novello censore telematico*, in *Contr.*, 2004, 1, pp. 88-96; A. PIAZZA, *La responsabilità civile dell'internet provider*, in *Contr. impr.*, 2004, 1, pp. 130-150; G. PINO, *Assenza di un obbligo generale di sorveglianza a carico degli internet service providers sui contenuti immessi da terzi in rete*, in *Danno resp.*, 2004, 8-9, pp. 832-840; GIOV.M. RICCIO, *La responsabilità degli "internet providers" nel D.Lgs. n. 70/03*, in *Danno resp.*, 2003, 12, pp. 1157-1169; A. PIERUCCI, *La responsabilità del provider per i contenuti illeciti della rete*, in *Riv. crit. Dir. priv.*, 2003, 1, pp. 143-165; G. FACCI, *La responsabilità*



- 1) l'irresponsabilità del *transporteur* telematico, il quale “non è assoggettato ad un obbligo generale di sorveglianza sulle informazioni che trasmette o memorizza, né ad un obbligo generale di ricercare attivamente fatti o circostanze che indichino la presenza di attività illecite”;
- 2) il dovere in capo allo stesso prestatore di comunicare, senza alcun indugio, alle competenti autorità “presunte attività o informazioni illecite riguardanti un suo destinatario del servizio della società dell'informazione”, di cui abbia conoscenza, “al fine di individuare e prevenire attività illecite”.

extracontrattuale dell'internet provider, in *Resp. civ. prev.*, 2002, 1, pp. 265-291; G. PONZANELLI, *Verso un diritto uniforme per la responsabilità degli internet service providers?*, in *Danno resp.*, 2002, 1, pp. 5-10.

⁸⁶ Secondo quest'ultima:

- 1) “non è responsabile il *provider* che esercita un'attività di *hosting* per l'omesso controllo del materiale trasmesso. Deve ritenersi responsabile ex art. 2043 c.c. per i contenuti inseriti *on line*, il prestatore di un servizio della società dell'informazione il quale, rispetto al sito *web* dal medesimo allestito e gestito, non si limiti alla fornitura dei servizi di connettività ed alla gestione tecnica, ma operi quale fornitore di materiale informativo. Diversamente, il *provider* che si limiti alla prestazione del servizio di memorizzazione, tendenzialmente stabile, dei dati inseriti dai propri clienti o da altri utenti della rete (*host provider*), è responsabile, ai sensi degli artt. 2043 e 2055 c.c., a titolo di colpa, qualora, pur consapevole della presenza di materiale sospetto sul sito, ometta di accertarne l'illiceità e, conseguentemente, di rimuoverlo, ed a titolo di dolo, nel caso in cui egli sia consapevole anche dell'antigiuridicità della condotta dell'utente e, ancora una volta, si astenga dall'intervenire” (Trib. Catania, 29 giugno 2004, in *Dir. Inf.*, 2004, 3, pp. 466 ss.);
- 2) “il *provider* non è responsabile per le condotte illecite poste in essere nei siti ad eccezione dei casi in cui l'illecito sia palese e rilevabile con l'ordinaria diligenza. Va esclusa la responsabilità «per posizione» del *provider*, potendo quest'ultimo essere chiamato a rispondere degli illeciti commessi sulla Rete solo quando abbia diretta conoscenza dell'illecito o comunque ne possa venire a conoscenza con ordinaria diligenza” (Trib. Monza, 14 maggio 2001 (ord.), in *Giur. comm.*, 2002, 6, pp. 729 ss.);
- 3) “la responsabilità del *provider* per i fatti illeciti commessi in siti internet è di carattere soggettivo e ricollegabile alla violazione in concreto delle norme di prudenza, perizia e diligenza prescritte per gli operatori modello del settore commerciale, ex art. 2043 c.c.; e alla stregua di detti criteri va adeguatamente valutato il comportamento del *provider* che, appena venuto al corrente di tali fatti illeciti, non agisce immediatamente per rimuovere le informazioni o per disabilitarne l'accesso. Affinché il *provider*, che si limiti ad ospitare sui propri *servers* i contenuti di un sito internet predisposto dal cliente, possa rispondere per le attività illecite poste in essere da quest'ultimo, non è possibile ravvisare un'ipotesi di colpa presunta, ma è necessario che sussista la colpa in concreto, ravvisabile, ad esempio, laddove venuto a conoscenza del contenuto diffamatorio di alcune pagine *web*, non si attivi immediatamente per farne cessare la diffusione in rete” (cfr. Trib. Napoli, 4 settembre 2002, in *Giur. merito*, 2004, 2, I, pp. 291 ss.).



Tuttavia, l'alternativa tra queste due soluzioni provoca, da un lato, un grave *vulnus* alla tutela del *consumer* ed alla sua fiducia rispetto alla contrattazione *on line*, e, dall'altro, l'imputabilità allo stesso della corretta veicolazione del contenuto negoziale, alla cui creazione abbia partecipato in via diretta o mediata, della selezione del destinatario dell'informazione e così via, concernente il *proprium* della sua attività, dando luogo ad un "vero e proprio «assicuratore sociale» dell'obbligazione di risarcimento del danno connesso ad Internet"⁸⁷.

L'impegno del giuscivileista teso ad applicare le categorie giuridiche tradizionali al commercio elettronico trova un ostacolo insormontabile di fronte alla fondamentale questione dell'individuazione della legge applicabile al contratto telematico⁸⁸: non si possono tacere i limiti delle tutele giuridiche connotati ad Internet, in forza delle sue peculiari caratteristiche tecniche, in quanto l'assenza di alcuna frontiera, se non quella del pensiero⁸⁹, nella "realtà virtuale" pone complesse questioni quali le probabilità assolutamente elevate di conflitto tra i singoli ordinamenti statali e la capacità di ciascuna legislazione di trovare effettiva ed efficace applicazione⁹⁰.

La mancanza di qualsiasi riferimento al territorio in senso fisico da parte del "diritto di Internet" incide profondamente sia nell'ambito della disciplina sostanziale, mettendo in crisi i tradizionali principi giuridici della territorialità⁹¹ e della materialità, sia sotto il profilo delle regole processuali necessarie a garantire l'elaborazione di un sistema preventivo e sanzionatorio efficace⁹².

⁸⁷ Così S. SICA, *Le responsabilità civili*, in E. TOSI (a cura di), *Commercio elettronico e servizi della società dell'informazione...*, cit., p. 275.

⁸⁸ Sul punto v. V. FRANCESCHELLI, *Il commercio elettronico e le regole del mercato*, in E. TOSI, (a cura di), *Commercio elettronico e servizi della società dell'informazione...*, cit., pp. 28-29.

⁸⁹ Cfr. N. IRTI, *Studi sul formalismo negoziale*, Padova, 1997, p. 61.

⁹⁰ In materia sia consentito il rinvio a PV. PACILEO, *Contratti on line e pagamenti elettronici. Diritto interno, normativa comunitaria e modelli comparati*, Torino, 2010, *passim*.

⁹¹ G. MOCCI, *Operazioni commerciali via Internet*, Milano, 2001, p. 45, rileva come "nel commercio elettronico, operare senza barriere geografiche è la condizione naturale": la c.d. "delocalizzazione", in forza della quale l'operatore *on line* non è sempre individuabile nell'ambito di un predeterminato ordinamento giuridico, consente, al contempo, al processo produttivo dell'impresa di svilupparsi non soltanto nei distretti industriali integrati con il resto del territorio tramite infrastrutture fisiche di comunicazione, ma anche attraverso ubicazioni produttive coordinate tra loro per mezzo della "rete", così da dialogare elettronicamente con i clienti.

D'altronde, già nel 1996 un importante documento del Dipartimento del Tesoro americano (*Selected Tax Policy Implications of Global Electronic Commerce*) evidenziava la tendenza del commercio elettronico a dissolvere le frontiere nazionali ed a proporre nuove e importanti problematiche; appena un anno dopo anche in Italia l'allora Ministero dell'Industria, spinto dalle enormi aspettative del sistema produttivo rispetto all'innovazione prodotta dai servizi telematici, nelle proprie *Linee di politica industriale per il settore dell'informatica e delle telecomunicazioni* qualificava il commercio elettronico "come una delle applicazioni che potranno avere una rapida affermazione per via telematica e che dovrebbe contribuire a facilitare la crescita della competitività delle piccole e medie imprese e la loro partecipazione al mercato globale", come



Pertanto, sorgono innumerevoli quesiti di ordine giuridico che coinvolgono anche settori del diritto sino ad oggi assolutamente distanti: tuttavia, l'impossibilità di regolamentazione, talora paventata da parte della dottrina, non deve assolutamente tradursi nella denuncia di un'assenza di norme applicabili, poiché le difficoltà riguardano esclusivamente l'identificazione del regime normativo da adottarsi, il quale dipende dalla nazionalità, conoscibile soltanto *a posteriori*, dei soggetti che partecipano all'operazione commerciale telematica⁹³.

Internet, a causa delle sue peculiari caratteristiche tecniche e della sua struttura a-nazionale, a-centrica, a-temporale, impone gravi limiti alle tutele giuridiche elaborate dai singoli legislatori nazionali, non assicurando alcuna certezza in merito alla collocazione fisica al momento della conclusione dell'accordo negoziale dei contraenti⁹⁴.

Essendo questi ultimi il più delle volte residenti in Paesi diversi, l'interprete deve confrontarsi con la possibile applicazione per la disciplina di un caso concreto di una pluralità di leggi appartenenti a differenti ordinamenti e con la conseguente incapacità di ciascuna legislazione di trovare effettiva ed efficace applicazione in materia.

Dunque, l'analisi del giurista deve concentrarsi soprattutto sulla ricerca ed individuazione delle regole applicabili in base alle norme di diritto internazionale privato ed alle Convenzioni internazionali, con l'obiettivo di garantire l'effettiva adozione delle regole così individuate.

successivamente confermato nell'art. 21, d.lgs. 114/1998, "recante la riforma alla disciplina relativa al settore del commercio".

⁹² Testualmente S. SICA, *Commercio elettronico e categorie civilistiche: un'introduzione*, in S. SICA e P. STANZIONE (a cura di), *Commercio elettronico e categorie civilistiche*, cit., p. 4, il quale ritiene "irrinunciabile" il contributo di economisti, tecnologi e sociologi per cercare di risolvere tali problematiche.

⁹³ F. LANFRANCHI, *Problemi giuridici della monetica*, in AA.VV., *Il commercio elettronico. Il documento digitale, Internet, la pubblicità on line*, Milano, 1999, p. 125, elabora la nozione di "dispersione" per evidenziare la necessità di individuare gli attori delle compravendite via Internet, ai fini sia della titolarità che della connessa responsabilità.

Mentre nel commercio tradizionale il punto di vendita è "reale", tangibile, nell'*e-commerce*, viceversa, individuare la titolarità dell'esercizio commerciale (e, quindi, del suo indirizzo *web*) è alquanto arduo, dato che il *domain name* non consente di identificare la residenza di un soggetto; infatti, spesso non c'è identità tra sito e commerciante *on line* in quanto il più delle volte l'indirizzo *web* non corrisponde al luogo in cui l'imprenditore risiede o in cui svolge l'attività economica, né può permettere di risalire automaticamente alla residenza dell'acquirente.

⁹⁴ S. SICA, *Le reti metropolitane di telecomunicazioni al servizio dei cittadini e dell'impresa*, cit., p. 31, osserva acutamente che il diritto delle telecomunicazioni ha caratteristiche precise in cui l'internazionalizzazione dei fenomeni occupa un ruolo preminente ed il condizionamento del fattore tecnologico è esasperante.

Di conseguenza, la soluzione giuridica, pur aspirando ad un ruolo di "governo" e non di semplice notaio di quanto si verifica sul piano tecnologico, ne resta, tuttavia, inevitabilmente condizionata.



Infatti, le norme giuridiche espressione di diritti nazionali difficilmente riescono ad intervenire su un fenomeno transnazionale come l'*e-commerce*, in cui l'origine dei flussi informatici si trova quasi sempre fuori dei confini nazionali, ma piuttosto il loro tentativo di applicazione dà luogo frequentemente a conflitti tra i singoli ordinamenti statali: basti segnalare quanto possa pesantemente incidere l'eventuale applicazione di una legge che imponga al consumatore la clausola *solve et repete*, ovvero la devoluzione ad un giudice straniero della cognizione in merito alle controversie concernenti l'esattezza dell'adempimento sulla tutela effettiva dei diritti del consumatore italiano che spesso, pur avendo conseguito una pronuncia favorevole da un giudice connazionale, nel rispetto della tutela minima garantita dal nostro ordinamento, potrebbe essere costretto a dover eseguire la sentenza nei confronti di una controparte che, tuttavia, ha la propria residenza in uno Stato estero scelto dall'impresa virtuale proprio per la copertura assicurata dall'ordinamento ivi vigente⁹⁵ - ad esempio, i cc.dd. "paradisi fiscali", i paesi *off-shore*⁹⁶ -.

Tuttavia, l'impossibilità di regolamentazione, talora paventata da parte della dottrina, non deve assolutamente tradursi nella denuncia di un'assenza di norme applicabili⁹⁷, poiché le difficoltà riguardano esclusivamente l'identificazione del regime normativo da adottarsi, il quale dipende dalla nazionalità, conoscibile solo a posteriori, dei soggetti che partecipano all'operazione commerciale telematica.

In tema di illecito aquiliano, trova applicazione, in particolare, l'art. 62, l. 218/1995, secondo cui "la responsabilità per fatto illecito è regolata dalla legge dello Stato in cui si è verificato l'evento"; al danneggiato è, tuttavia, assegnata "la facoltà di chiedere l'applicazione della legge dello Stato in cui si è verificato il fatto che ha causato il danno".

Nell'esame della presente tematica si avverte l'esigenza di superare una visione "parcellizzata", affidando al giurista la funzione di cogliere i profili sistematici dell'analisi giuridica e di verificare la compatibile applicabilità in materia delle tradizionali categorie dogmatiche, pur nella consapevolezza che le stesse non possono valere *tout court*, e focalizzando la ricerca su quanto la tradizione codicistica, la produzione legislativa, l'elaborazione giurisprudenziale ed il formante dottrinale possono offrire per il progresso dell'*e-commerce* e l'implementazione di mezzi di pagamento idonei alla risoluzione delle transazioni contrattuali "in rete".

⁹⁵ Così F. BUFFA, *Moneta digitale e tutele*, in G. CASSANO (a cura di) *Commercio elettronico e tutela del consumatore*, cit., p. 156.

⁹⁶ In argomento v. M.P. D'AREZZO, *Le società extracomunitarie. Costituzione e gestione delle società offshore*, Santarcangelo di Romagna (RN), 2000, *passim*.

⁹⁷ È di tale avviso E.M. TRIPODI, "Divagazioni" giuridiche in tema di commercio elettronico, in *Corr. giur.*, 2000, 10, pp. 1385 ss., il quale nega che Internet possa qualificarsi come territorio virtuale *legibus soluto*: la natura transnazionale dei problemi di natura telematica non deve indurre i giuristi a privare di qualsivoglia valenza le nozioni e gli strumenti cari alla nostra tradizione giuridica, né a scindere attività a seconda che queste si svolgano o meno attraverso la "rete" (sul punto sono interessanti anche le riflessioni di V. BUONOCORE, *Contrattazione d'impresa e nuove categorie contrattuali*, Milano, 2000, *passim*, e di G. LIVRAGHI, *La coltivazione dell'Internet*, Milano, 2000, pp. 18 ss.).



Dunque, si deve riconoscere al diritto, senza alcun cedimento sul piano del rigore sistematico, il suo ruolo trainante nell'irrinunciabile opera di sistematizzazione delle iniziative normative che si continuano a promuovere nell'ambito dei contratti telematici, al fine di regolare non soltanto le vicende negoziali, ma anche le più ampie implicazioni socio-economiche, attraverso l'approccio pluridisciplinare ai diritti interno, internazionale privato, sovranazionale e comparato.

Nell'ambiente telematico, si evolve, altresì, il concetto di *lex mercatoria* che si va orientando verso la tutela non soltanto dell'impresa, ma, come già accennato, anche del consumatore, ponendosi gli obiettivi di promuovere la modernizzazione del diritto privato e, di conseguenza, l'elaborazione di un nuovo diritto a formazione "spontanea", un ordinamento originale, una sorta di *lex electronica*⁹⁸, una disciplina uniforme al riparo da qualsiasi ordinamento statale, che assicuri nei settori internazionali del commercio, del credito e della finanza, nonché dei pagamenti, la certezza del diritto.

Pertanto, in un assetto istituzionale in cui, da un lato, singole *Authorities* legiferano e regolamentano, dall'altro, si sviluppa l'autonomo impianto normativo delle cc.dd. *netiquette* e, dall'altro ancora, istituzioni transfrontaliere concorrono ad emanare convenzioni di diritto internazionale privato, si assiste alla modifica della teoria delle fonti, non solo per gerarchia, ma anche per competenza, in quanto la pluralità delle situazioni è tale da legittimare un concorso nella produzione della normativa e, ancor prima, nell'interpretazione e nella corretta costruzione della norma per rispondere al problema concreto.

Attualmente, in Italia più di 5 milioni di utenti hanno effettuato almeno una volta un acquisto *on line*, ma circa la metà degli utenti *web* preferiscono, comunque evitare di immettere in "rete" il numero della propria carta di credito per mancanza di fiducia⁹⁹; quest'ultima, componente fondante della società, assume nel settore dell'*e-commerce* una centralità assoluta, in quanto permea ogni singolo aspetto del comparto, dall'emissione della moneta elettronica fino alla più minuta transazione tra un consumatore ed un intermediario.

⁹⁸ Una nuova *lex mercatoria* cui anche la nostra Corte Suprema riconosce il carattere di ordinamento giuridico originario, regolante il commercio internazionale (cfr. Cass., Sez. I, 8 febbraio 1982, n. 722, in *Foro it.*, I, c. 2285).

In tale ottica, F. GALGANO, *Prefazione*, in V. RICCIUTO - N. ZORZI (a cura di), *op. cit.*, p. XIV, ritiene pertinente il riferimento al nuovo art. 834, comma 2, c.p.c., che, regolando il diritto applicabile al merito nell'arbitrato internazionale, impone agli arbitri di tenere conto, quale che sia la legge applicabile, degli usi del commercio.

⁹⁹ Tali dati emergono da una ricerca sull'*e-commerce* in Italia svolta da Netcomm, Università Bocconi e Gfk Eurisko e pubblicata in occasione del "Netcomm E-commerce Forum 2008".

Dunque, anche nella realtà "virtuale" si rivela fondamentale la tutela del consumatore, valore richiamato sia nel testo costituzionale, sia, ultimamente, nella Dichiarazione europea dei diritti dell'uomo, che ha imposto prepotentemente lo sviluppo di strumenti di protezione del c.d. contraente debole (obbligo di informazione, dovere di correttezza, chiarezza del contenuto dei contratti, abolizione di penali, divieto di clausole vessatorie) attuativi dell'avanzata disciplina comunitaria trasfusa nel recente "Codice del Consumo".



Presupposti fondamentali del consolidamento della fiducia negli strumenti telematici sono, da un lato, la c.d. “alfabetizzazione informatica” e, dall’altro, la trasparenza, ovvero la possibilità per ciascun operatore di conoscere e prevedere il comportamento dell’altro contraente.

In realtà, la c.d. “fiducia informatica” abbisogna di strumenti di tutela più efficienti, come emerso dallo “studio” del Consiglio dell’Unione Europea n. 15315/2008, il quale contiene il progetto di un piano di azione pluriennale 2009-2013 in materia di giustizia elettronica europea che fa seguito al programma “Verso una strategia europea in materia di giustizia elettronica”, recepisce le osservazioni formulate in tema dalle delegazioni del gruppo “Informatica giuridica” ed ipotizza la creazione di un portale europeo per contribuire alla realizzazione e alla semplificazione delle procedure giudiziarie a vantaggio dei cittadini, delle imprese, degli operatori di giustizia e della Pubblica Amministrazione.

D’altronde, il dato secondo cui circa 10 milioni di cittadini europei sono attualmente interessati da una procedura civile transnazionale rende improrogabile la necessità di promuovere un processo di giustizia elettronica mediante la realizzazione di innovativi strumenti in materia civile e penale che, nel rispetto del principio di indipendenza della giustizia e nella consapevolezza che le questioni relative non si limitano all’ambiente telematico, ma sussistono anche in numerosi settori del diritto civile, penale e amministrativo, possano dare risposte certe e permettano, attraverso l’uso dell’ITC, lo sviluppo di uno spazio europeo di libertà, sicurezza e giustizia.

In dottrina si è discusso in merito alla natura giuridica da attribuire al diritto all’esercizio delle nuove tecnologie: se “un vero e proprio diritto sociale strumentale all’esercizio di altri diritti fondamentali”, come espressamente stabilito dalla Consulta¹⁰⁰, sia un diritto soggettivo, meritevole di tutela presso il giudice ordinario, o sia riconducibile alla figura dell’interesse legittimo, con conseguente tutela presso il giudice amministrativo.

Sul punto l’Unione Europea prende atto del fenomeno di globalizzazione, che deve, tuttavia, interpretarsi come “globalizzazione degli ordinamenti”, ovvero come *global governance*, incidente sia sui fenomeni di mercato che sull’azione della Pubblica Amministrazione, la quale deve sempre più confrontarsi con moduli privatistici, facendosi largo il concetto di “servizio universale” a fronte del tradizionale concetto di servizio pubblico; a tal fine, è stato creato l’ISPO – *Information Society Project Office* – per la cooperazione tra le imprese e le amministrazioni per lo sviluppo dei progetti telematici, ma, ciononostante, continuano a sussistere problemi, segmentazioni e barriere – non solo nel nostro Paese – afferenti il *modus operandi* delle Pubbliche Amministrazioni, che si sostanziano nelle questioni dell’“autonomia” e della “responsabilità” dei dati e del procedimento, le quali necessitano, tuttora, di interventi di natura ora giuridica, ora tecnica, a protezione dei diversi *stakeholders*, conformemente a quanto evidenziato dall’OCSE.

In Italia il dibattito, nel quale è intervenuta anche la Commissione affari costituzionali della Camera dei Deputati con un parere emesso il 16 febbraio 2006, è stato risolto dall’art. 3, comma 1-ter, d.lgs. 82/2005 (il c.d. C.A.D. - Codice dell’Amministrazione Digitale -), introdotto ai sensi

¹⁰⁰ Cfr. Corte Cost., 21 ottobre 2004, n. 307, in *Foro It.*, 2004, 1, pp. 3260 ss.



dell'art. 3, d.lgs. 159/2006, in virtù del quale “le controversie concernenti l’esercizio del diritto” *de quo* “sono devolute alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo”, sulla spinta del parere del Consiglio di Stato emesso dalla sezione consultiva per gli atti normativi nell’adunanza del 30 gennaio 2006.

In tale contesto rileva anche il problema di compatibilità della disciplina del settore con il principio di eguaglianza sostanziale espresso dall’art. 3, comma 2, Cost., emergendo in modo evidente il conflitto interno alla società tra diritti formalmente eguali e possesso diseguale dei medesimi, tra le affermazioni di libertà ed i fattori di effettivo godimento di quegli stessi diritti essenziali, in quanto riescono a diventare strumenti di emancipazione del singolo e della collettività, a realizzare l’*e-democracy*¹⁰¹ auspicata anche dall’art. 9, C.A.D., in base al quale “lo Stato favorisce ogni forma di uso delle nuove tecnologie per promuovere una maggiore partecipazione dei cittadini, anche residenti all’estero, al processo democratico e per facilitare l’esercizio dei diritti politici e civili sia individuali che collettivi”.

¹⁰¹ Sul punto v. P. GIACALONE, *La normativa sul governo elettronico. Dal decreto legislativo 39/23 al Codice dell’Amministrazione digitale*, cit., pp. 186; M. CAVALLO, *La comunicazione pubblica tra globalizzazione e nuovi media*, Milano, 2005, pp. 193 ss.