



TEMI DI Diritto DELL'INFORMATICA

Informatica giuridica (Università di Bologna)



Scansiona per aprire su Studocu

1 di 41

TEMI DI DIRITTO DELL'INFORMATICA

INTRODUZIONE

Negli ultimi tre decenni il governo delle tecnologie informatiche e telematiche ha costituito una sfida assai ardua per il legislatore. La necessità di intervenire con profondi correttivi ed adattamenti su alcuni tradizionali istituti, nonché l'esigenza di regolamentare inediti contesti frutto dello sviluppo in campo informatico, hanno portato alla creazione di un corpus normativo di rilevante entità. Il diritto dell'informatica è l'insieme di norme dell'ordinamento dedicate alla disciplina dei fenomeni informatici e telematici.

CAPITOLO 1 INTERNET ED IL DIRITTO

La disciplina di Internet

Il tentativo di governare Internet è stato oggetto di numerose discussioni, riguardanti non solo la concreta fattibilità di un tale intervento, ma anche l'opportunità e la legittimità della disciplina giuridica della rete. Inizialmente, alcuni autori affermarono che l'interesse del diritto verso il modo di Internet era solamente dannoso, in quanto il cyberspazio sarebbe stato in modo di autoregolarsi, l'ingerenza del diritto sarebbe stata solamente nociva ed avrebbe provveduto ad alterare l'equilibrio creatosi. Ad esempio, John Perry Barlow rivendicava l'autonomia della rete, la sua estraneità alla politica ed al diritto. Secondo questa impostazione Internet è dotata di una propria cultura, di una propria etica, di un codice non scritto che già fornisce più ordine di quanto non possa essere realizzato dalle imposizioni dei governi; il cyberspazio è capace di autoregolarsi, di risolvere da solo e con propri mezzi i propri conflitti.

A queste teorie sostenitrici dell'autonomia di Internet rispetto al diritto, si sono opposte le numerose richieste di una disciplina giuridica della rete. Si è trattato di voci provenienti dai governi, interessati a controllare la rete a fini di polizia (prevenzione del crimine e del terrorismo), a censurare alcuni tipi di informazioni (materiali attinenti alla pedofilia, alla pornografia, all'incitazione all'odio etnico o razziale, alla propaganda nazista, ecc), a controllare il dissenso politico e sociale. Altre voci sono giunte dalla comunità degli affari, ed hanno richiesto ed ottenuto facilitazioni per il commercio elettronico, protezione di marchi ed altri segni distintivi, tutela della proprietà intellettuale. Infine, voci motivate dalla preoccupazione per i diritti di libertà hanno richiesto la protezione della privacy on-line.

Da un lato Internet sembra respingere il diritto e la politica, quali impedimenti antiquati alla propria creatività; dall'altro lato, Internet sembra richiedere soluzioni giuridiche per i nuovi problemi determinati proprio dalla creatività della rete.

Nel 2.006 Lawrence Lessing individuò quattro possibili modi per regolare Internet:

- il diritto: le regole imposte mediante la coercizione organizzata e che minacciano sanzioni rispetto a determinati comportamenti tenuti nel mondo di Internet.
- le norme sociali: le regole sociali adottate dai membri di una comunità, rafforzate da sanzioni non organizzate (dette netiquette). L'espressione norme sociali sta ad indicare che esse non sono giuridicamente coercibili.
- il mercato: le dinamiche di mercato regolano, influenzandolo, il comportamento degli attori di Internet, assegnando prezzi ai beni ed alle opportunità accessibili nel cyberspazio (accesso a siti, contenuti e servizi, pubblicità, ecc).
- il codice: l'hardware ed il software che supportano il cyberspazio, il modo in cui operano queste due componenti, determinando quali comportamenti sono possibili e quali non sono possibili.

Il codice:

Possiamo dire che il codice costituisce un'insieme di regole virtuali. Le regole virtuali esprimono schemi di comportamento e proprietà di processi computazionali, pertanto si distinguono dalle norme giuridiche e sociali, che regolano il comportamento umano. Le regole virtuali, però, possono svolgere funzioni analoghe a quelle di alcune norme giuridiche e sociali, per questo motivo esse sono rilevanti per il comportamento nel cyberspazio sotto diversi profili:

- abilitano determinate azioni ed interazioni, cioè le rendono virtualmente possibili, e disabilitano altre azioni ed interazioni. Possiamo agire nel cyberspazio (ed esempio, accedere ad un sito, scaricare un file, inviare un messaggio di posta, ottenere un'informazione, ecc) solo attivando appropriati processi computazionali, e le regole che caratterizzano i processi computazionali disponibili stabiliscono cosa possiamo e cosa non possiamo fare.
- determinano con quale facilità le azioni da esse abilitate possono essere concretamente effettuate (ad esempio, può essere più facile navigare in rete accettando cookie o fornendo i propri dati personali).
- collegano effetti collaterali alle azioni da esse stabilite (ad esempio, l'esecuzione di un brano musicale può determinare l'invio di un messaggio al sito di provenienza).
- determinano quali informazioni saranno fornite all'utilizzatore (ad esempio, un'applicazione informatica può comunicare o tacere all'utilizzatore la disponibilità di certe opzioni o il fatto che certi suoi comportamenti saranno registrati e resi noti a terzi). Il cyberspazio è caratterizzato dal primato delle regole virtuali, le quali, nel delimitare l'ambito del virtualmente possibile (il possibile nei mondi virtuali creati dai processi computazionali sulla rete), circoscrivono l'ambito in cui possono operare altre forme di influenza. Una volta che le regole virtuali hanno stabilito quali azioni sono virtualmente possibili, allora possono intervenire altre fonti di regolamentazione di Internet:
- il mercato può stabilire prezzi per ottenere il consenso o la cooperazione altrui nel compimento delle operazioni abilitate dalle regole virtuali.
- le regole sociali possono qualificare come ammissibili o inammissibili, in certi contesti ed incerte comunità, alcune delle azioni abilitate dalle regole virtuali.
- le regole giuridiche possono qualificare le azioni virtualmente possibili come giuridicamente permesse, prescritte o vietate.

Pertanto le regole virtuali, quali leggi naturali del cyberspazio, condizionano ogni forma di regolazione dello stesso, circoscrivendo la materia da regolare (le azioni virtualmente possibili). Il primato delle regole virtuali è però messo in dubbio dal fatto che i processi computazionali sono una creazione umana e possono essere modificati mediante l'intervento umano. Ciò significa che il mercato, le regole sociali e quelle giuridiche possono influire sulle regole virtuali, inducendo la modifica di queste:

- il mercato plasma continuamente l'hardware ed il software della rete per adattarli ai propri bisogni (ad esempio, nuovi siti commerciali, ciascuno caratterizzato da proprie regole di funzionamento, sono aperti al pubblico).
- le regole sociali contribuiscono all'evoluzione delle infrastrutture computazionali (ad esempio, in certe comunità di Internet sono stati sviluppati significativi progetti di software open source o di software specificamente intesi a progettare la privacy e l'anonimato on-line).
- il diritto può a sua volta imporre nuove regole virtuali, vietando l'uso di certi algoritmi, imponendo specifici algoritmi per certi fini, richiedendo che certi processi computazionali siano resi compatibili con l'esigenza di sicurezza, imponendo che certi dati siano conservati ed altri siano cancellati. In tutti questi casi il diritto introduce obblighi che non possono essere adempiuti direttamente mediante l'azione umana, ma adempiere a tali obblighi richiede la modifica del comportamento computazionale dei sistemi informatici, ciò richiede la predisposizione di regole virtuali che attuino quanto tali obblighi richiedono.

Lo sviluppo di Internet e la successione delle diverse forme di regolamentazione

Internet nacque da una combinazione di molteplici fattori: un finanziamento proveniente da istituzioni collegate al ministero della difesa, il coinvolgimento di scienziati giovani e creativi, l'apertura della discussione e sperimentazione negli ambienti accademici. In questo contesto, l'architettura fondamentale di Internet fu definita mediante una scelta a favore della libertà e della neutralità della comunicazione. I protocolli fondamentali della rete (TCP ed IP), cioè le regole

virtuali fondamentali di Internet, definiscono un'infrastruttura computazionale dove ogni messaggio può viaggiare da ogni nodo ad ogni altro nodo (nodo = calcolatore della rete) senza controlli intermedi. Infatti, ogni contenuto (un rapporto tecnico, un brano musicale, un filmato, un disegno, un programma, ecc) è suddiviso in pacchetti, ognuno dei quali è racchiuso in una busta digitale che riporta tutte le informazioni necessarie per trasmettere il pacchetto alla sua destinazione. I pacchetti viaggiano spostandosi di nodo in nodo, seguendo cammini non prestabiliti, determinati dalle condizioni del traffico sulla rete. La trasmissione di un pacchetto da un nodo al successivo viene effettuata da computer chiamati router o gateway, i quali si limitano a ricevere il pacchetto inviato dal nodo precedente e ad inviarlo in avanti verso il nodo più vicino alla destinazione, racchiuso nella propria busta digitale. Solo quando tutti i pacchetti giungono al computer di destinazione, le buste digitali vengono aperte ed i pacchetti riuniti e ricontrollati. Lo sviluppo della rete è stato determinato dall'incontro di diverse culture:

- la cultura tecnico-meritocratica, caratterizzata dai valori della scoperta tecnologica, della competenza e della condivisione della conoscenza.
- la cultura hacker, caratterizzata dai valori della creatività e della cooperazione.
- la cultura virtual-comunitaria, caratterizzata dai valori della libertà di comunicazione ed interazione.
- la cultura imprenditoriale, caratterizzata dai valori del denaro, del lavoro e del consumo.

Agli inizi della rete, quando essa era usata da un numero limitato di persone, spesso inserite nella sua stessa costruzione, le componenti tecnico-meritocratica ed hacker erano certamente prevalenti: la cultura delle origini della rete riusciva a conciliare creatività e cooperazione. Il coordinamento delle iniziative individuali poteva avvenire mediante strumenti non giuridicamente vincolanti: c'era l'autorità tecnica e morale dei fondatori della rete, inoltre operavano due importanti meccanismi per il coordinamento delle azioni dei singoli, ossia gli standard (i protocolli di comunicazione) e le regole sociali.

L'osservanza degli standard comuni e dei protocolli di comunicazione (le regole secondo le quali i messaggi debbono essere costruiti ed interpretati) può fondarsi su meccanismi non coercitivi e quindi non giuridici, la cui osservanza prescinde dalla minaccia della sanzione. Il rispetto degli standard risulta infatti da un calcolo di convenienza, rappresentato dal fatto che ciascuno ha bisogno di adottare comportamenti coerenti con i comportamenti e le aspettative altrui, al fine di poter partecipare alla comunicazione ed all'interazione. Ciò che spinge un individuo ad adottare uno standard non è il particolare valore dello standard; la scelta individuale di seguire un certo standard è giustificata solo dal fatto che esso sia, o dalla prospettiva che esso sarà, universalmente adottato. Pertanto, il potere reale è nelle mani di coloro che, mediante la propria scelta di promuovere uno standard sono capaci di renderlo rilevante per tutti, cioè tale che ciascuno si aspetti che tutti lo seguiranno. Per esempio, questo potere può appartenere ad un organo autorevole, investito del compito della creazione, sviluppo e gestione di uno standard all'interno di una certa comunità. La capacità di dotare di rilevanza una certa opzione fornisce un potere che non richiede sanzione giuridica o morale, perché l'interesse personale è sufficiente a condurre gli individui a convergere sugli standard salienti. Tuttavia, questo meccanismo rende possibile la contraddizione tra razionalità collettiva e razionalità individuale: la prima richiederebbe che tutti gli utilizzatori adottassero congiuntamente lo standard ottimale (quello che condurrebbe a maggiori vantaggi, se adottato da tutti), mentre la seconda esige che ciascuno segua qualsiasi standard egli preveda sarà adottato dagli altri (a prescindere dal suo valore comparativo). In Internet la corrispondenza tra razionalità collettiva ed individuale è stata finora assicurata dalle procedure per la creazione degli standard di Internet: la salienza degli standard risulta infatti dalla loro adozione da parte di comitati di esperti imparziali, sulla base della validità tecnica degli standard stessi. Gli standard accolti dai comitati competenti diventano salienti per tutta la comunità di Internet, facendo in modo che ogni sviluppatore di software li adotti, nell'aspettativa che anche gli altri sviluppatori di software faranno lo stesso.

Accanto alla "normatività" convenzionale degli standard (gli standard non sono norme in senso proprio, poiché la loro efficacia può basarsi esclusivamente sull'interesse personale), la comunità di Internet ha prodotto anche norme in senso stretto.

Si tratta cioè di credenze condivise che certi modelli di comportamento debbano essere seguiti da ogni singolo membro della comunità, nell'interesse della comunità stessa o per raggiungere scopi comuni ai suoi membri, anche quando il comportamento prescritto sia contrario all'interesse particolare del singolo.

Questo tipo di normatività si ritrova nelle regole sociali o netiquette.

La combinazione di protocolli convenzionali e di regole sociali era sufficiente per governare l'Internet nascente. Il diritto aveva allora una funzione marginale, in quanto si limitava a stabilire i diritti di proprietà sull'hardware della rete (il software era generalmente di libera disponibilità) ed i diritti fondamentali (libertà di parola, di comunicazione, di iniziativa privata, ecc) che consentivano di sfruttare in modo decentrato e creativo le possibilità offerte dall'infrastruttura della rete. Un importante limite al governo giuridico della rete consisteva nel fatto che l'architettura della rete abilita comunicazioni globali non controllate; ciò riduce la possibilità che leggi nazionali possano bloccare l'accesso a quanto viene reso disponibile in rete, infatti chiunque può accedere ad ogni oggetto disponibile in rete indipendentemente dalla locazione fisica dell'hardware presso il quale l'oggetto è collocato. Questa circostanza determinò il fallimento dei primi tentativi di bloccare la circolazione delle informazioni illegali secondo il diritto solo di alcuni Paesi (le informazioni illegali in un certo Paese potevano semplicemente essere trasferite presso computer, server di rete, situati negli USA, dove la libertà di parola gode di una forte protezione costituzionale, estesa anche ad informazioni vietate altrove).

Il modello di Internet come un ambiente di piena libertà di comunicazione, garantita a livello tecnico dalle regole virtuali ed a livello normativo dalle consuetudini della sua comunità, entra in crisi negli anni '90, quando la rete si espande fino a coprire ampie fasce della popolazione mondiale e si apre anche agli interessi economici:

- la crescita accelerata della rete e la crescente diversità dei suoi utilizzatori mette in dubbio la stessa idea dell'esistenza di una comunità di Internet, vista come una collettività di persone che partecipano ad un progetto comune ed accettano norme condivise. Ciò che ha reso Internet un terreno fertile per la formazione di norme sociali era il fatto che i membri della comunità tendevano a condividere i medesimi ruoli: ciascuno tendeva ad essere tanto un mittente quanto un ricevitore di messaggi, tanto un fornitore quanto un lettore di contenuti, tanto uno sviluppatore di software quanto un utilizzatore di software sviluppati da altri. Tale condivisione di ruoli realizzava una coincidenza di interessi atta a facilitare la formazione di un punto di vista comune, cioè la percezione condivisa che certe regole d'azione avrebbero beneficiato tutti. Con l'allargamento della rete ad un numero molto ampio di soggetti (che comprende anche molti esercenti di attività economiche), emerge un nuovo ambiente sociale, nel quale diversi gruppi svolgono ruoli distinti e non scambiabili. Ognuno di questi gruppi tende ad essere caratterizzato da specifici interessi, e questo contesto determina l'adozione condivisa di regole ritenute convenienti per la vita interna del gruppo; tuttavia, tali norme non avvantaggiano necessariamente anche i soggetti esterni al gruppo in questione, per cui possono emergere conflitti tra diversi interessi e diversi gruppi di Internet.

- l'uso di Internet per attività economiche introduce nella rete nuovi potenti attori, determinando un cambiamento importante nella sua funzione sociale. La crescente importanza economica di Internet ha messo in discussione i meccanismi di autoregolazione. Così, la definizione di standard e protocolli, anziché emergere da discussioni libere e competenti, secondo il giudizio imparziale di comitati tecnico-scientifici, sembra talvolta risultare da battaglie e compromessi tra strategie commerciali in competizione. Il meccanismo della convenzione (la necessità di fare quanto ci si aspetta che gli altri facciano) continua a spingere i singoli utenti e programmatori ad adottare gli standard dominanti; tuttavia, quali standard domineranno il mercato dipende dal potere di mercato dei loro sostenitori. Al riguardo bisogna peraltro rilevare che fino ad oggi le organizzazioni per la creazione di standard hanno funzionato in modo egregio, ispirandosi prevalentemente alle considerazioni tecniche ed alla valutazione imparziale dei diversi interessi in gioco.

È bene precisare che l'allargamento del numero degli utenti di Internet e l'ingresso del mercato in Internet non ha comportato solamente le complicazioni sopra indicate. Si è anche verificata una crescita economica generale, nuove opportunità sono state offerte ad un'ampia cerchia di operatori economici e di nuovi utenti non professionali. La questione centrale è quindi quella di garantire il pluralismo della società virtuale di fronte al potere degli operatori economici, e di tutelare la libertà del singolo anche quando egli opera nell'ambito degli ambienti privatizzati del cyberspazio commerciale.

Da quando la rete si è ampliata e gli interessi commerciali ne sono divenuti parte fondamentale, i limiti dell'autoregolamentazione hanno condotto a numerose richieste di interventi giuridici. Alcune di queste richieste hanno avuto successo, conducendo a nuove leggi o all'adattamento del diritto giurisprudenziale; tuttavia, questo intervento del diritto,

è stato in qualche misura ostacolato dalla natura della rete: da un lato la sua estensione globale si opponeva ai limiti geografici degli ordinamenti statali e dall'altro la sua architettura incontrollabile si opponeva al bisogno di scoprire le violazioni ed identificarne gli autori. Negli ultimi tempi, il tentativo di superare questi problemi ha condotto a nuovi sviluppi tecnologici.

Gli operatori economici, dopo avere usato il cyberspazio per svolgere attività commerciali, hanno iniziato a modificarlo, in modo da adeguarlo alle proprie necessità. Tale processo consiste nell'arricchire ulteriormente l'architettura della rete, aggiungendo, al di sopra degli originali protocolli, nuovi protocolli ed applicazioni, che incorporano nuove regole virtuali.

Queste innovazioni operano a due livelli:

- al primo livello, opportune regole virtuali disabilitano le azioni non volute dai proprietari di un'area del cyberspazio o dai fornitori di certi contenuti. Tali regole, anziché vietare certe azioni in certe condizioni, le rendono virtualmente impossibili. Ciò accade sia restringendo quello che una persona è in grado di fare quando interagisce con un sito (ad esempio, rendendo impossibile scaricare i contenuti del sito o fornendo un accesso selettivo), sia inserendo nei beni digitali meccanismi che ammettono solo il tipo di utilizzo che corrisponde all'intento del venditore (ad esempio, ascoltare un brano musicale entro un certo tempo o solo un certo numero di volte). Questo indirizzo tende a sostituire la categoria del giuridicamente lecito con quella del virtualmente possibile: all'utente è lecito fare quanto egli è di fatto in grado di fare nell'interagire con un sito o nell'usare un certo prodotto, ma egli è in grado di fare solo ciò che è stato abilitato a fare. Questo metodo è particolarmente evidente nell'ambito della proprietà intellettuale, dove misure tecnologiche di protezione si affiancano alla tutela giuridica del diritto d'autore; questa possibilità è espressamente riconosciuta dal nostro diritto, infatti, secondo la legge sul diritto d'autore, i titolari di diritti d'autore e di diritti connessi possono apporre sulle opere misure tecnologiche di protezione efficaci, e sono puniti i soggetti che forniscano strumenti intesi ad eludere le misure tecnologiche di protezione e chi se li procuri.

- al secondo livello, varie tecniche per il controllo personale sono inserite in Internet. Si tratta di tecniche per l'identificazione dei singoli, per la loro sorveglianza (registrarne i comportamenti), per l'indagine; si tratta di una vasta gamma di strumenti che va dai banali cookie agli algoritmi per l'estrazione di dati.

Rispetto al modo in che le regole virtuali inserite nei software della rete limitano la libertà dell'utente, si deve considerare che tali regole spesso operano segretamente, esse descrivono proprietà di processi computazionali che spesso non sono osservabili da chi attiva quei processi con il proprio comportamento. Quindi, di solito l'utilizzatore non è in grado di sapere che cosa stia realmente facendo il software che sta utilizzando: un esempio interessante riguarda il diffuso software per accedere a musica e filmati on-line RealPlayer, che trasmetteva al produttore l'indicazione di ogni pezzo scaricato dall'utente, senza informare di ciò l'utente stesso (la funzionalità sembra sia stata disattivata proprio dopo che la scoperta della sua esistenza diede luogo a numerose proteste). Infine, si consideri che nulla esclude che le tecniche per l'identificazione ed il controllo usate negli spazi commerciali siano utilizzate dai governi nazionali. Controlli di polizia su Internet possono essere pienamente giustificati dalla necessità di prevenire gravi crimini (terrorismo, pedofilia, ecc), tuttavia si corre pur sempre il rischio che Internet diventi un luogo di controllo totale, il che avrebbe un impatto significativo sull'esercizio dei diritti fondamentali.

La prospettiva di sostituire regole virtuali alle regole giuridiche richiede una riflessione approfondita su diversi temi:

- la natura cognitiva del diritto. Le norme giuridiche per poter operare propriamente devono essere adottate dalle persone quali criteri di comportamento, perciò debbono essere interpretate e comprese; ciò richiede che le persone interessate si adoperino per la conoscenza del diritto, di modo che i soggetti possano sapere in anticipo quali saranno le conseguenze dei loro comportamenti. Questo non accade per le regole virtuali, che sono applicate da sistemi automatici talvolta senza che gli interessati siano a conoscenza del loro preciso contenuto.

- la connessione tra diritto e politica. Le norme giuridiche sono modificabili attraverso decisioni politiche, in quanto sono soluzioni atte a promuovere il bene della collettività. Questo non si verifica per le regole virtuali, che di regola sono scelte in ambiti privati e per questo sottratti alle critiche pubbliche.

- la natura normativa del diritto. Le norme giuridiche hanno una stretta relazione con l'idea di giustizia, il che dà anche una connotazione etico-politica all'interpretazione del diritto. Questo non accade per le regole virtuali, che sono realizzate da processi computazionali e secondo specificazioni unilaterali.

6 di 41

- la connessione tra il diritto e l'idea di eguaglianza o imparzialità. Riguardo alle norme giuridiche il riferimento agli interessi di una sola parte non è sufficiente per giustificare una scelta giuridica. Questo non accade per le regole virtuali, che sono solitamente decise sulla base degli interessi di chi ha sviluppato un'applicazione informatica.
- la connessione tra il diritto ed il dialogo pubblico. Le norme giuridiche possono essere oggetto di discussioni pubbliche, nelle quali vengono considerate ragioni pro e contro la loro adozione. Questo non accade per le regole virtuali, che sono adottate di regola in considerazione di interessi privati ed a prescindere dalle opinioni altrui.
- la coercibilità del diritto, mediante la forza organizzata dello Stato. Quando un soggetto si appella al diritto, essa si sottopone al potere giudiziario dello Stato. Questo non accade per le regole virtuali, infatti chi adotta misure tecnologiche di autotutela lo fa di propria iniziativa e secondo le proprie valutazioni.

In una visione complessiva del ruolo del diritto nella rete globale, si può evidenziare il suo compito di conservazione del pluralismo della rete, cioè di garantire la coesistenza delle diverse dimensioni di Internet: la comunicazione interpersonale, le attività commerciali, le iniziative umanitarie, il dibattito democratico, il pure intrattenimento.

CAPITOLO 2: DOCUMENTO INFORMATICO E FIRME ELETTRONICHE

I concetti di documento e sottoscrizione hanno subito negli ultimi decenni una grande trasformazione che ha generato una forte incertezza nel ricondurre le fattispecie create dalle nuove tecnologie agli istituti tradizionali del diritto. La definizione di documento non si ritrova in una norma bensì va desunta dalla dottrina che però presenta opinioni differenti:

- definizione lata che vede un documento come la rappresentazione di un fatto storico
- Carneluti rifacendosi all'etimologia latina "docere" della parola vede nel documento uno strumento idoneo a far conoscere un fatto
- Guidi lo vede come un oggetto corporale prodotto dall'uomo che presenti impressi segni grafici o luci o suoni che siano capaci di rappresentare un fatto che è esterno al documento

Con riguardo al suo contenuto un documento presenta un lato materiale e uno immateriale, l'elemento materiale o res signata, è l'esito dell'attività di un soggetto che ha modificato la materia in modo da consentire la rappresentazione di un fatto, l'elemento immateriale invece gira attorno alla funzione dichiarativa e narrativa, la prima è una manifestazione di pensiero o volontà volta alla produzione di effetti giuridici la seconda è una mera esposizione di un fatto. Il documento può essere distinto in documento pubblico o privato, essi hanno un diverso valore probatorio, il gap che presenta la scrittura privata però può essere recuperato attraverso riconoscimento espresso, tacito o infine l'autenticazione di sottoscrizione.

Tre funzioni del documento:

- 1) funzione indicativa data dall'apposizione
- 2) Funzione dichiarativa di assunzione della paternità del documento
- 3) Funzione probatoria che consente di verificare se l'autore sia colui che è indicato nella stessa

È possibile desumere che principio generale perché si abbia una sottoscrizione non è tanto la sottoscrizione stessa ma la possibilità di accertare l'autore del documento. Le nuove tecnologie mettono a disposizione numerosi nuovi strumenti per capire la paternità del documento ma d'altra parte offrono anche molti strumenti per aggirarla.

Crittologia: scienza che studia le scritture segrete, comprende la crittografia e la crittoanalisi.

Crittografia: scienza che studia i sistemi di protezione dei messaggi. La crittografia non mira a nascondere fisicamente un messaggio, ma punta a celarne il contenuto, che quindi è visibile ma non comprensibile: essa è finalizzata a rendere incomprensibile un testo, alterandolo per mezzo di un procedimento prefissato ed invertibile. Il messaggio oggetto di protezione è definito testo in chiaro, il messaggio che ha subito il procedimento crittografico (ossia la cifratura) è definito testo cifrato. Il procedimento inverso alla cifratura può essere indicato con il termine decifrazione o decrittazione (ciò che li distingue è il fatto che l'operazione posta in essere sia o meno legittima, nel primo caso essa è realizzata sfruttando la trasformazione inversa che muta il testo, mentre nel secondo caso essa è realizzata violando il sistema di protezione con una forzatura).

La crittografia si distingue in :

7 di 41

- crittografia simmetrica (nota anche come crittografia a chiave privata o a chiave segreta), la tecnica crittografica che prevede l'utilizzo un'unica chiave sia per l'operazione di cifratura che per quella di decifratura.

- crittografia asimmetrica (nota anche come crittografia a chiave pubblica o a doppia chiave), la tecnica crittografica che prevede l'utilizzo di un coppia di chiavi, una chiave pubblica ed una chiave privata, e quanto viene cifrato con una chiave potrà essere decifrato esclusivamente con l'altra chiave della coppia. Il sistema a crittografia asimmetrica si basa, pertanto, sull'utilizzo di una coppia di chiavi, una viene resa pubblica (conoscibile da parte di chiunque) ed una deve essere conservata con il massimo riserbo (rimane segreta e nell'esclusiva disponibilità del titolare); una chiave non comunica nulla che possa servire ad individuare l'altra; ciò che una chiave della coppia cifra solo l'altra chiave della coppia potrà decifrare, è il cosiddetto principio di correlazione delle chiavi.

Le firme elettroniche sono applicazioni moderne e complesse della crittografia (in particolare della crittografia asimmetrica).

Crittoanalisi: scienza che studia i metodi per violare i sistemi di protezione dei messaggi. La crittoanalisi mira ad interpretare un messaggio di cui si ignora la chiave per l'accesso al contenuto in chiaro (per chiave crittografica o chiave si intende l'elemento che consente di trasformare il testo). I crittografi predispongono i sistemi per la scrittura segreta, mentre i crittoanalisti lavorano per individuarne i punti deboli.

Evoluzione della crittografia

Il progresso tecnico e scientifico ha portato alla realizzazione di vere e proprie macchine cifranti, ed un passo importante in questo senso è stato realizzato con l'invenzione dei computer. Inizialmente la cifratura computerizzata fu dominio esclusivo dei governi e delle forze armate, unici detentori di calcolatori elettronici; la successiva diffusione del computer in campo civile e commerciale incentivò l'esigenza di proteggere la comunicazione a distanza, il che condusse all'impiego anche in questi contesti delle tecniche crittografiche. Uno dei primi sistemi crittografici ad uso commerciale, Lucifer, fu proposto nel 1972 da IBM: si trattava di un sistema simmetrico, che poneva quindi molti problemi riguardo alla modalità di consegna delle chiavi (la consegna a mano pur garantendo la massima sicurezza avrebbe comportato tempi e costi non sostenibili). Per questo motivo le ricerche continuarono e nel 1977 nacque la crittografia asimmetrica.

La firma digitale

La firma digitale è l'applicazione di una tecnica specifica, la crittografia asimmetrica. La firma digitale è un'informazione che viene aggiunta ad un documento informatico al fine di garantirne l'integrità e la provenienza.

In concreto, il firmatario utilizza la propria chiave privata per generare la firma, che poi viene unita al messaggio, e la paternità del messaggio potrà essere accertata utilizzando la chiave pubblica corrispondente alla chiave privata utilizzata.

Il procedimento di firma richiede all'utente alcune operazioni preliminari, volte alla predisposizione della coppia di chiavi, e solamente alla fine di tale procedura l'utente sarà in grado di usare la propria firma digitale:

- la registrazione dell'utente presso un certificatore. Questa ha lo scopo principale di consentire l'identificazione certa del titolare della coppia di chiavi, ed alla fine della registrazione l'autorità di certificazione inserisce l'utente in appositi cataloghi pubblici.
- la generazione della coppia di chiavi. L'utente, grazie ad uno specifico sistema fornito dal certificatore, genera la coppia di chiavi, da utilizzarsi l'una come chiave privata (segreta) e l'altra come chiave pubblica (la generazione delle chiavi avviene mediante smart card o altro dispositivo analogo).
- la registrazione della chiave pubblica. La chiave pubblica viene certificata, al fine di garantire la connessione tra la chiave pubblica certificata, il titolare della chiave privata ed il soggetto che ha apposto la firma. Il certificato sarà reso visibile in cataloghi direttamente fruibili on-line, per cui

8 di 41

chiunque abbia la necessità di verificare la validità di una sottoscrizione digitale potrà collegarsi al catalogo.

La sottoscrizione digitale di un documento richiede l'applicazione di una funzione di hash: si tratta di una funzione che genera, a partire dal documento oggetto della futura firma, una stringa binaria di lunghezza costante della dimensione di 128 bit (detta digest o impronta) e ne garantisce l'univocità (da testi diversi l'algoritmo di hash estrae sempre impronte diverse). La generazione della firma digitale consiste nella cifratura, con la chiave privata, del digest. La firma digitale così generata viene raggruppata al digest, al messaggio originale ed al certificato (dal quale sarà poi possibile ricavare la chiave pubblica). Il destinatario applica al messaggio originale ricevuto la funzione di hash, estraendo un nuovo digest, poi provvede a decifrare il digest cifrato dal mittente e ricevuto con il messaggio, mediante la chiave pubblica del mittente. Il destinatario può verificare l'autenticità e l'integrità del messaggio accompagnato dalla firma digitale in questo modo: egli confronta il digest estratto dal testo in chiaro con quello ottenuto attraverso la decifrazione, e se i due digest sono identici significa che il messaggio è stato codificato con la chiave privata del mittente e non è stato modificato da alcuno. La firma del digest (al posto del messaggio intero) produce un incremento in termini di efficienza e di velocità, in quanto il digest è dimensionalmente inferiore rispetto al messaggio.

Il documento informatico

Fin quando il documento per antonomasia è stato quello cartaceo, si è finito per fondere la funzione della sottoscrizione (accertare concretamente la provenienza soggettiva del documento) con le caratteristiche proprie del supporto (la carta garantisce l'inalterabilità del documento e la sua non riproducibilità). Questa impostazione culturale ha impedito la predisposizione di un sistema normativo nuovo, che prescindesse dalla materialità del documento e che pertanto consentisse al documento informatico (un'entità immateriale) di avere un proprio ruolo. Il legislatore, prima di giungere ad una coerente regolamentazione, è spesso caduto nell'errore di impuntarsi sulla necessità dell'esistenza di un supporto, sulla necessità della materialità del documento. Solo con il D.P.R. 513/1997 (ora abrogato) si è definitivamente svincolata la definizione di documento informatico dalla materialità del supporto esso infatti è la rappresentazione informatica di atti e fatti o dati giuridicamente rilevanti. Il documento informatico è qualcosa di immateriale perché consiste in una sequenza binaria, una stringa di numeri, una fila di bit (0 e 1). Per questo motivo il documento informatico è perfettamente riproducibile un numero illimitato di volte, ed è perciò chiaro come il tipo di supporto sia del tutto indifferente per l'esistenza del documento informatico.

La dottrina distingueva tra:

- documento elettronico in senso stretto: questi documenti possono essere letti o conosciuti dall'uomo solamente per mezzo di apposite macchine traduttrici (ad esempio computer) che rendono comprensibili le sequenze digitali di cui sono costituiti.
- documento elettronico in senso ampio: questi documenti possono essere letti e percepiti direttamente dall'uomo, senza l'ausilio di macchine traduttrici. Esempio tipico è il contratto redatto con l'ausilio di un computer e successivamente stampato per mezzo di una qualsiasi periferica di stampa.

Questa distinzione era rilevante prima della disciplina introdotta dal D.P.R. 513/1997, una distinzione fondamentale al fine di consentire al documento di acquistare o meno il valore di scrittura privata o atto pubblico. La dottrina sottolineava l'impossibilità di equiparare il documento elettronico in senso stretto con la scrittura privata o l'atto pubblico; nulla vietava, invece, che un documento elettronico in senso ampio potesse assumere il valore di scrittura privata o atto pubblico, poiché le parti potevano benissimo porre di proprio pugno la firma sul pezzo di carta su cui la stampante aveva impresso il contenuto del file (file che era il documento informatico).

Il CAD (Codice dell'Amministrazione Digitale)

Il D.P.R. 513/1997, seppur abrogato dal D.P.R. 445/2000 (ora sostituito in parte dal CAD), ha rappresentato per il legislatore italiano il primo intervento sistematico in materia di firma digitale e di documento informatico. Il D.P.R. 513/1997 era nato in attuazione di una specifica legge in ambito di semplificazione del procedimento amministrativo; quindi la disciplina del

documento informatico e della firma digitale erano state realizzate all'interno di questo quadro più ampio.

Il documento informatico e gli strumenti di firma, di trasmissione, di copia e di conservazione del medesimo sono oggi disciplinati dal D.Lgs. 82/2005, il Codice dell'Amministrazione Digitale o CAD (queste materie sono affrontate in minima parte anche nel D.P.R. 445/2000). La disciplina del CAD è poi stata integrata dalle regole tecniche di cui al D.P.C.M.

del 2009 (regole tecniche): questo decreto, da un lato detta disposizioni tecniche di dettaglio, dall'altro lato è volto a garantire che il CAD continui ad essere applicato nel tempo permettendo il suo adeguamento alle evoluzioni tecnologiche.

È espressamente stabilito, nel CAD stesso, che esso trova applicazione nei confronti:

- delle pubbliche amministrazioni.
- delle società interamente partecipate da enti pubblici o con capitale prevalentemente pubblico inserite nel conto economico consolidato della pubblica amministrazione.
- dei "privati", ma limitatamente al capo II, II e IV.

La finalità del CAD è quella di assicurare allo Stato, alle regioni ed alle autonomie locali la possibilità di operare con informazioni in formato digitale. Alla luce di questi obiettivi è stato riconosciuto ai cittadini ed alle imprese il diritto all'uso delle tecnologie telematiche nelle comunicazioni con le pubbliche amministrazioni e con i gestori di servizi pubblici statali.

Il CAD (a partire dall'art. 1) si apre con le definizioni generali:

- documento informatico: rappresentazione informatica di atti, fatti o dati giuridicamente rilevanti. Il documento informatico è tale da vivere solo all'interno di un sistema informatico; ciò che viene visto a video non il documento informatico bensì la sua rappresentazione. Il documento realizzato con il calcolatore e poi stampato non appartiene alla definizione di documento informatico, ma a quella di copia o riproduzione di quest'ultimo.

L'ordinamento italiano, prima della direttiva comunitaria 1999/93/CE, conosceva esclusivamente il concetto di firma digitale introdotta con il DPR 513/1997; l'espressione firma elettronica ha carattere generale ed è di origine comunitaria. Nell'ambito della categoria generale delle firme elettroniche vi sono quattro diverse fattispecie:

- firma elettronica: insieme dei dati in forma elettronica, allegati oppure connessi tramite associazione logica ad altri dati elettronici, utilizzandoli come metodo di identificazione informatica. La funzione della firma elettronica è di consentire l'identificazione informatica; per questo la firma elettronica ha la capacità di validare i dati ai quali si riferisce e di attestarne di fatto l'integrità.
- firma elettronica semplice (è la forma più debole di firma elettronica): sistemi di autenticazione informatica recanti requisiti meno forti rispetto alla firma qualificata ed alla firma digitale (ad esempio, digitazione di un codice PIN o di una password connessi alla persona del titolare).
- firma elettronica avanzata: insieme di dati in forma elettronica, allegati oppure connessi ad un documento informatico che consentono l'identificazione del firmatario del documento e garantiscono la connessione univoca al firmatario che ne consente anche la sua identificazione, creati con mezzi sui quali il firmatario può conservare un controllo esclusivo, collegati ai dati ai quali detta firma si riferisce in modo da consentire di rilevare se i dati siano stati successivamente modificati.
- firma elettronica qualificata: particolare tipo di firma elettronica avanzata che sia basata su un certificato qualificato e realizzata mediante un dispositivo sicuro per la creazione della firma. La firma qualificata è, pertanto, un sistema che consente di garantire l'individuazione del firmatario del documento sia di rendere palese se il documento, dopo la sua firma, sia stato o meno oggetto di modificazione. A tali fini, la firma deve essere apposta mediante un dispositivo sicuro sul quale il firmatario deve poter esercitare un controllo esclusivo (ad esempio, una smart card o un Token USB).

Possiamo notare che tutte queste definizioni non evocano l'impiego specifico di alcuna particolare tecnologia.

- firma digitale (firma elettronica basata su una precisa tecnologia, la crittografia asimmetrica): particolare tipo di firma elettronica avanzata basata su un certificato qualificato e su un sistema di chiavi crittografiche, una pubblica e una privata, correlate tra loro, che consente al titolare tramite la chiave privata ed al destinatario tramite la chiave pubblica, rispettivamente, di rendere manifesta e di verificare la provenienza e l'integrità di un documento informatico o di un

10 di 41

insieme di documenti informatici. Il titolare della firma digitale, e quindi della coppia di chiavi, firmerà il documento informatico apponendo la propria chiave privata. Il destinatario, invece, applicherà al documento pervenutogli la chiave pubblica del mittente/firmatario al fine di verificare l'autenticità e l'integrità. Le norme tecniche in materia di firme digitali sono fissate dal predetto D.P.C.M. del 2009 (detto regole tecniche).

Secondo questa disciplina:

- una coppia di chiavi per la creazione della firma digitale può essere attribuita ad un solo titolare.
- le coppie di chiavi possono distinguersi in base alla funzione che svolgono:
 - chiavi di sottoscrizione. Sono quelle usate dal titolare della firma digitale per trasmettere il documento e garantirne l'integrità e l'autenticità.
 - chiavi di certificazione. Possono essere impiegate esclusivamente dal certificatore e vengono utilizzate per firmare il certificato qualificato che, in questo modo, acquista certezza sia per quanto attiene la propria immutabilità sia per l'attestazione di provenienza.
 - chiavi di marcatura (o validazione) temporale. Possono essere impiegate esclusivamente dal certificatore ed hanno il fine di fissare in modo certo (ed opponibile a terzi) il momento di esistenza di uno specifico documento informatico mediante l'apposizione di un riferimento temporale.

Le coppie di chiavi possono essere impiegate esclusivamente per il fine per il quale sono state create e rilasciate.

- la chiave privata non può essere duplicata per alcuna ragione.
- il titolare è tenuto a conservare le informazioni di abilitazione all'uso della chiave privata (ad esempio il PIN di sblocco della chiave) separatamente dal dispositivo che contiene la chiave ed a mantenere in modo esclusivo la conoscenza e la disponibilità dei dati per la creazione della firma.

L'attività di certificazione:

Il servizio fiduciario: servizio elettronico a pagamento per: 1) creazione, verifica e convalida di firme elettroniche, sigilli elettronici ecc.. 2) creazione, verifica e convalida di certificati di autenticazione di siti web 3) conservazione di firme, sigilli o certificati elettronici relativi a tali servizi. Il prestatore di servizi fiduciari è una persona fisica o giuridica che può essere qualificato o meno nel prestare uno o più servizi fiduciari. La qualificazione proviene da apposito provvedimento di riconoscimento da parte di autorità di vigilanza.

Il meccanismo della firma digitale garantisce che per la sottoscrizione del documento informatico sia stata utilizzata la chiave privata corrispondente alla chiave pubblica usata per la verifica (per il controllo). L'operazione che consente di avere la garanzia di tale corrispondenza è l'attività del certificatore: la certificazione è il risultato della procedura informatica mediante la quale si garantisce la corrispondenza biunivoca tra chiave pubblica e soggetto titolare cui essa appartiene, si identifica quest'ultimo e si attesta il periodo di validità della predetta chiave ed il termine di scadenza del relativo certificato (in ogni caso non superiore a tre anni).

Chi vorrà dotarsi di un sistema per la firma digitale, e quindi chiedere la certificazione di una coppia di chiavi, dovrà recarsi presso un certificatore, anche detto CA (Certification Authority), e richiedere la registrazione. Una volta identificato e registrato, l'utente riceverà un kit per la firma che comprende un lettore di smart card, un software ed un dispositivo di firma (la smart card) ed un codice identificativo univoco per la connessione sicura con il certificatore. Il medesimo soggetto, tramite un canale sicuro di comunicazione, di norma un canale cifrato, si collegherà al certificatore e procederà alla fase finale del processo; al momento della connessione il certificatore verificherà la corretta identificazione del soggetto tramite il codice identificativo. L'utente chiederà al sistema di procedere alla generazione delle chiavi. Ottenute le chiavi si invierà quella pubblica al certificatore che procederà alla emissione e pubblicazione del certificato. Il certificato elettronico è l'attestato elettronico che collega i dati utilizzati per verificare le firme elettroniche all'identità del titolare certificatore:

Il certificatore è quel soggetto pubblico o privato che presta servizi di certificazione delle firme elettroniche, che rilascia il certificato della chiave pubblica e che lo pubblica unitamente a quest'ultima. In linea con le disposizioni europee, il CAD stabilisce che l'attività dei certificatori stabiliti in Italia o in altro Stato membro dell'Unione Europea è libera e non necessita di autorizzazione preventiva.

Il CAD opera una distinzione tra: certificatore semplice, certificatore qualificato e certificatore accreditato. La distinzione si basa sul fatto che i diversi tipi di certificatori possono offrire servizi migliori di altri in termini di qualità e sicurezza. A questo proposito, si noti che, ad esempio, per

11 di 41

ottenere la qualifica di certificatore accreditato è necessario che il certificatore si sottoponga a dei sistemi di accreditamento (si tratta di sistemi facoltativi, in quanto coinvolgono solamente i certificatori che vogliono ottenere una certa qualifica) e possieda certi requisiti di professionalità. Il certificatore è tenuto ad adottare tutte le misure idonee ad evitare danni a terzi.

I certificati:

I certificati elettronici sono (sempre secondo la definizione contenuta nel CAD) gli attestati elettronici che collegano all'identità del titolare i dati utilizzati per verificare le firme elettroniche. Il certificato qualificato di firma elettronica è un certificato rilasciato da un prestatore di servizi fiduciari qualificato ed è conforme ai requisiti identificati nel regolamento EIDAS. Il certificato qualificato può contenere qualora sia richiesto dal titolare o da terzo interessato ulteriori info quali: 1) la qualifica specifica del titolare come l'appartenenza a ordini o collegi 2) limiti d'uso del certificato 3) limiti di valore degli atti unilaterali contratti per cui il certificato può essere usato. L'attività di certificazione comporta anche la gestione e la manutenzione dei certificati emessi nel corso del loro ciclo vitale, si fa riferimento in particolare gli istituti della revoca e della sospensione del certificato. La revoca del certificato elettronico è l'operazione con cui il certificatore annulla la validità del certificato da un dato momento, non retroattivo, in poi. La sospensione è l'operazione con cui il certificatore sospende la validità del certificato per un determinato periodo di tempo.

Gli obblighi del titolare del certificato di sottoscrizione:

Secondo il CAD il titolare del certificato di firma è tenuto ad:

- assicurare la custodia del dispositivo di firma.
- adottare tutte le misure organizzative e tecniche idonee ad evitare danno ad altri.
- utilizzare personalmente il dispositivo.

Anche le regole tecniche intervengono in materia, prevedendo misure specifiche per realizzare tali obiettivi. La ragione di queste disposizioni è di garantire la più stretta connessione tra titolare e firma, al fine di ridurre il verificarsi di abusi e furti d'identità.

Validità ed efficacia del documento informatico

I documenti informatici possono presentarsi in diversi modi:

- **privi di firma elettronica.**
- **sottoscritti con firma elettronica semplice.**
- **sottoscritti con firma elettronica avanzata.**
- **sottoscritti con firma elettronica qualificata.**
- **sottoscritti con firma digitale.**

Agli effetti di legge:

Il documento informatico semplice, cioè privo di qualsiasi tipo di firma elettronica, è valido e rilevante agli effetti di legge. Ciò significa che al documento informatico non può negarsi efficacia giuridica per il solo fatto di essere "informatico". Nello specifico la documento informatico può essere riconosciuto il valore di atto scritto. Tale ipotesi, così come stabilito dal legislatore, dovrà essere attentamente valutata, caso per caso, dal giudice, avuto riguardo alle caratteristiche oggettive di qualità, di sicurezza, d'integrità e d'immodificabilità del documento. Pertanto, la capacità del documento di assolvere al requisito della forma scritta è liberamente valutabile dal giudice, che dovrà fondare e motivare la propria decisione sui parametri indicati dal legislatore. Le scritture private, se fatte con documento informatico, sono sottoscritte, a pena di nullità, con firma elettronica qualificata o con firma digitale.

Agli effetti probatori:

Il CAD distingue diverse ipotesi:

- documento informatico privo di firma elettronica. È il caso, ad esempio, del semplice file. Il suo valore probatorio è liberamente valutabile dal giudice, tenuto conto delle sue caratteristiche oggettive di qualità, sicurezza, integrità ed immodificabilità.

12 di 41

- documento informatico con firma elettronica non definibile né avanzata, né qualificata né digitale. Il suo valore probatorio è liberamente valutabile dal giudice, tenuto conto delle sue caratteristiche oggettive di qualità, sicurezza, integrità ed immutabilità.
- documento informatico con firma elettronica avanzata, qualificata o digitale. Queste modalità di firma elettronica garantiscono l'identificabilità dell'autore, l'integrità e l'immutabilità del documento. Pertanto, i documenti recanti una di queste firme hanno valore di piena prova (in questa fattispecie l'utilizzo del dispositivo di firma si presume riconducibile al titolare, salvo che questi dia prova contraria). Precisiamo che il CAD richiede che alla base della firma elettronica (qualificata o digitale) vi sia un certificato non scaduto, non revocato e non sospeso; laddove il certificato sia scaduto, revocato o sospeso, la firma elettronica si considera come non apposta.

CAPITOLO 3 IL COMMERCIO ELETTRONICO E IL CONTRATTO TELEMATICO

Certamente di grande interesse è la possibilità di avviare pratiche commerciali senza che debbano essere scambiati o che debbano circolare documenti cartacei. L'utilizzo di questa tipologia di strumenti non si configura come nuova esistendo già strumenti simili dagli anni 80 come il sistema EDI che consentiva a soggetti lontani attraverso collegamenti elettronici di scambiarsi dati, informazioni o documenti. Possiamo però individuare due differenze principali tra il vecchio ed il nuovo sistema:

- 1) Nel sistema EDI vengono normalmente utilizzati collegamenti privati mentre invece il commercio elettronico avviene in reti aperte
- 2) Le transazioni ed i contratti conclusi via EDI trovano tipicamente la loro fonte disciplinare nell'accordo quadro che i soggetti utilizzatori sono soliti previamente concludere per regolare lo svolgimento della loro attività telematica, mentre il commercio elettronico, non gode di un preciso ed unico quadro di riferimento.

Un'iniziativa Europea ha fornito una prima definizione di commercio elettronico "svolgimento di attività commerciali per via elettronica", "esso comprende attività di diverso tenore quale la commercializzazione di merci, vendite all'asta ecc". Si può distinguere tra commercio elettronico diretto e indiretto che differiscono poiché nel secondo solo alcune fasi si svolgono online. Si può distinguere in commercio business to business, business to consumer, consumer to consumer. Il concetto di commercio elettronico è stato poi ricompreso prima a livello comunitario e poi nazionale nel concetto di servizio della società dell'informazione definito come "qualsiasi servizio prestato normalmente dietro retribuzione, a distanza, per via elettronica e a richiesta individuale di un destinatario di servizi", la definizione appena citata ha subito diversi emendamenti che hanno ampliato la portata. La formulazione Italiana ha reso evidente come la relativa disciplina debba applicarsi anche alle attività svolte online che non prevedano alcuna remunerazione diretta da parte del soggetto che acceda ad un servizio per via elettronica purché a queste attività possa essere riconosciuta una valenza economica.

La disciplina del contratto telematico:

Fra le molte attività che si inseriscono nel concetto di commercio elettronico dobbiamo inserire l'attività di negoziazione conclusione ed esecuzione di accordi contrattuali. Si può distinguere in diverse fattispecie di contratti:

- 1) contratti telematici, contratti conclusi tra soggetti non contemporaneamente presenti nello stesso luogo attraverso l'impiego di strumenti telematici
- 2) Contratti digitali, conclusi in forma digitale attraverso l'utilizzo di strumenti informatici ma che non si formano necessariamente tra soggetti che si trovano a distanza
- 3) Contratti per via elettronica, accordi che possono essere conclusi a distanza ma senza necessariamente apparecchiature di tipo telematico.

La legge 59/1997 ha introdotto nel nostro ordinamento italiano il principio della piena validità dei contratti stipulati per via informatica o telematica.

La conclusione del contratto telematico:

Al fine del perfezionamento del contratto ciò che rileva è la verità concorde delle parti che può essere manifestata in modo espresso oppure tacitamente. Il principio di autonomia contrattuale fa sì che le parti possano stabilire la tipologia contrattuale nonché il contenuto, potendo quindi sottoscrivere anche contratti atipici. Generalmente il contratto può concludersi o simultaneamente

13 di 41

oppure in fasi successive, il contratto si concede nel momento in cui chi ha fatto la proposta ha conoscenza dell'accettazione dell'altra parte anche se in alcuni casi può verificarsi una presunzione di conoscenza attraverso cui la proposta e l'accettazione si reputano conosciute nel momento in cui giungono all'indirizzo del destinatario questi non prova l'impossibilità di averne avuta notizia.

La prima problematica da affrontare sta nel fatto che i contraenti agiscono a distanza e di conseguenza non sono in grado di identificare la controparte facendo quindi sorgere il problema dell'integrità e l'imputabilità delle dichiarazioni negoziali. Risulterà decisivo l'impiego delle forme elettroniche, utilizzando la firma avanzata, qualificata o digitale in grado di rendere giuridicamente certa la provenienza e l'integrità. Sarà possibile quindi concludere a distanza contratti presentanti la forma scritta ab substantiam attraverso la sottoscrizione del documento telematico con firma digitale o qualificata ex art 1350 n 1-12. Le fattispecie relative al n 13 dello stesso articolo se redatti su documenti informatici o formati attraverso procedimenti informatici sottoscritti con firma elettronica avanzata, qualificata o digitale. In tutti gli altri casi saranno valutabili dal giudice liberamente basandosi sull'affidamento ingenerato sul dichiarante la propria identità oppure secondo un vecchio retaggio guardando alla titolarità dell'apparecchio utilizzato per fare la proposta.

Il contratto può perfezionarsi attraverso lo scambio di messaggi di posta elettronica ma, nel caso in cui avvenga online sul web gli schemi sono due:

- A) proposta provvista di tutti gli elementi essenziali definibile ad incerta personae (al pubblico). Per manifestare la propria accettazione si usa la modalità point and click ma qualora il proponente richieda una forma specifica l'accettazione non avrà effetto se non in quella modalità.
- B) proposta provvista solo di alcuni elementi essenziali e di conseguenza valutabile come invito a proporre.

Le condizioni generali del contratto, quando predisposte unilateralmente saranno efficaci se se conosciute o conoscibili utilizzando la normale diligenza. Qualora siano vessatorie dovranno essere approvate espressamente. Precisando questo aspetto secondo parte della dottrina ritiene che il testo negoziale se accompagnato da determinate accortezze o procedure, come la preventiva registrazione del contraente, può costituire una forma debole di firma elettronica: se così è il documento informatico che rappresenti la richiesta specifica di approvazione di clausole vessatorie, accettato attraverso un tasto negoziale virtuale ad hoc, potrebbe soddisfare il requisito di una specifica approvazione (dovrà essere quindi distinto dal resto del contratto nel suo complesso) anche se l'ultima parola spetta comunque al giudice. Piena validità, per spesso riconoscimento normativo, avrà l'approvazione di clausole vessatorie attraverso un documento informatico cui sia apposta firma digitale, avanzata o qualificata.

Il tempo e il luogo della conclusione del contratto

Il documento informatico inviato per posta elettronica, che rappresenti l'accettazione di una proposta contrattuale, dovrà ritenersi conosciuto dal proponente se e nel momento in cui sia pervenuto nella sua casella di posta elettronica lo stesso nel caso di accettazione inviata tramite tasto negoziale virtuale all'indirizzo telematico di un sito web: il contratto sarà concluso nel momento in cui l'impulso elettronico giunga al suddetto indirizzo. La proposta può essere revocata finché il contratto non sia concluso mentre invece l'accettazione può essere revocata purché la revoca giunga a conoscenza del proponente prima dell'accettazione (non si verifica quasi mai). Non ci sono disposizioni specifiche relative al luogo della conclusione o comunque non si configurano come norme certe e definitive, possiamo ricordare il principio della conclusione nel luogo in cui si trova il server. Seppur possa avere un grande significato il luogo della conclusione la realtà ha dimostrato come abbia scarso rilievo pratico. Ciò sarebbe dimostrato dal fatto che per individuare la legge applicabile, la Convenzione di Roma, vada a considerare in primis il luogo scelto dai contraenti.

Direttiva 2000/31 e Dlgs. 70/2003

L'opera di armonizzazione del legislatore europeo nel settore della information society ha compiuto un significativo passo in avanti con l'adozione del testo della 2000/31 dedicata agli aspetti giuridici dell'e-commerce. Si rileva come al commercio elettronico si frappongono diversi ostacoli che frenano la libera circolazione delle merci. Il testo europeo è stato recepito in Italia con il Dlgs 70/2003.

Ambito di applicazione

14 di 41

La normativa di riferimento indica in maniera piuttosto precisa quali siano i settori inclusi e quelli esclusi.

Inclusi:

- nuovi servizi della società dell'informazione
- Comunicazioni commerciali
- Contratti elettronici
- Aspetti relativi alla giurisdizione

Non inclusi:

- Responsabilità intermediari
- Questioni relative al diritto alla riservatezza
- Le attività dei notai o altre attività che coinvolgono pubblici poteri
- Giochi d'azzardo
- Le prestazioni di servizi erogate da soggetti al di fuori dello spazio economico europeo

il prestatore di servizi e il suo luogo di stabilimento:

Tra i problemi della commercio elettronico dobbiamo annoverare la mancanza di definizioni giuridiche uniformi a cui si è cercato di ovviare con la direttiva europea. Oltre alla definizione già data di servizio della società dell'informazione, il soggetto che lo fornisce si definisce come prestatore e si parla di prestatore stabilito quando il soggetto attraverso la fornitura di servizi esercita una attività economica, a tempo indeterminato e con una installazione stabile. Il luogo di stabilimento, dovendo avere pianta stabile, non sarà la dove si trova la tecnologia di supporto del sito ma il luogo da cui proviene il servizio fornito. Nel caso in questo reperimento risulti difficile bisognerà fare riferimento al luogo definibile come centro delle attività per quel servizio specifico. Viene introdotta la disposizione di "ambito regolamentato" inteso come le disposizioni applicabili ai prestatori di servizi o ai servizi della società dell'informazione indipendentemente dal fatto che siano di carattere generale o loro specificatamente destinate. Questo concetto si dirama poi in due concetti: 1) il dovere di ogni stato al rispetto della normativa nel proprio territorio 2) libera circolazione dei servizi della società dell'informazione nei paesi membri che non può essere limitata da motivi relativi all'ambito regolamentato. Questo secondo principio è suscettibile di deroga ex lege.

Entrambi i principi non si applicano a particolari settori tra cui l'emissione di moneta oppure relativi al diritto d'autore. Ogni autorizzazione preventiva a esercitare una attività su internet è vietata, poiché contro il tentativo di globalizzazione che il commercio elettronico si prefissa.

Gli obblighi informativi:

In capo ai prestatori di servizi sono ricondotti una serie di obblighi informativi sono ricondotti una serie di obblighi informativi. Il destinatario, definito come la persona fisica o giuridica che a scopi professionali o non utilizza il servizio; consumatore, qualsiasi persona fisica che agisca con finalità non riferibili ad attività commerciale, imprenditoriale o professionale. Il testatore deve rendere facilmente accessibili a tutti i destinatari del servizio e alle autorità competenti:

- nome, ragione sociale
- Domicilio o sede legale
- Gli estremi per contattare il prestatore
- Il numero dell partita iva
- L'indicazione delle tariffe
- Le attività consentite al consumatore ed estremi del contratto
- Numero di iscrizione al reparto della attività economiche

Se si tratta di una professione regolamentata devo indicare l'ordine professionale, il titolo, ed eventuali cicli di condotta.

Con riguardo alle comunicazioni commerciali trasmesse in posta elettronica.

A norma dell' art.9 dlgs 70/2003 deve essere identificata la natura commerciale della comunicazione in modo chiaro ed inequivocabile nonché per conto di chi viene effettuata indicando l'opzione per non ricevere più quel tipo di indicazioni. inoltre nel caso in cui la comunicazione contenga offerte promozionali, concorsi o giochi dovranno essere indicate le modalità di partecipazione in modo chiaro ed inequivocabile. Il legislatore comunitario è intervenuto su questa materia non tanto per vietare la materia ma per garantire questa attività e far si che queste comunicazioni siano chiare ed inequivocabili. I prestatori presentano inoltre un

15 di 41

obbligo di consultare regolarmente appositi registri negativi per coloro che desiderano non ricevere queste comunicazioni.

I contratti conclusi per via elettronica

Gli stati membri devono rendere compatibile la propria normativa alla realizzazione dei contratti per via elettronica, si parla di compatibilità con l'uso effettivo dei contratti elettronici. Gli stati hanno la possibilità di introdurre deroghe così il decreto di attuazione italiano esclude:

- 1) i contratti relativi a beni immobili esclusa la locazione
- 2) I contratti di fideiussione e garanzia
- 3) Contratti disciplinati dal diritto di famiglia
- 4) Contratti che richiedano per legge l'intervento di organi giurisdizionali

Il prestatore ha il compito di fornire alcune informazioni in modo inequivocabile le seguenti info:

- le varie fasi tecniche per la conclusione del contratto
- I mezzi tecnici messi a disposizione per individuare e correggere errori di inserimento
- Gli eventuali codici di condotta cui aderisce il prestatore
- Le lingue oltre all'italiano
- L'indicazione dello strumento per la risoluzione delle controversie

Tali doveri spariscono solo nel caso in cui il contratto sia concluso esclusivamente attraverso la posta elettronica o comunicazioni equivalenti

Il prestatore senza ritardo deve accusare ricevuta dell'ordine del destinatario, ricevuta che deve contenere un riepilogo delle condizioni generali e particolari applicabili al contratto, le info relative al servizio o bene oggetto di trattativa e infine i costi di consegna e tributi applicabili. L'invio della ricevuta a rigor normativo non dovrebbe inficiare sulla conclusione del contratto cma la dottrina su questo aspetto si divide. La comunicazione elettronica contenente l'ordine si considera pervenuta quando la parte cui è indirizzata ha la possibilità di accedervi. Le ultime normative citate non si applicano ai contratti conclusi esclusivamente mediante posta elettronica o comunicazioni equivalenti.

Responsabilità dei prestatori intermediari

Il dlgs 70/2003 afferma come non sussista un obbligo di sorveglianza o di ricerca attiva di fatti che indichino la presenza di attività illecite relativamente all trasmissione o alla memorizzazione delle informazioni. I prestatori sono però tenuti a informare prontamente le pubbliche di autorità su eventuali presunte attività o materiali illeciti riconducibili ai destinatari dei loro servizi.

Abbiamo tre casi di responsabilità relativi ai prestatori di servizi:

- 1) semplice trasporto, consistente la trasmissione su una rete di comunicazione informazioni fornite da un destinatario o nel fornire semplicemente accesso alla rete di comunicazione. Il responsabile no risulta essere il prestatore se non da origine egli stesso alla trasmissione, non selezioni il destinatario o eventualmente modifichi le info trasmesse.
- 2) Memorizzazione temporanea o caching, consistente nella memorizzazione temporanea, intermedia e automatica di modo da rendere più efficace un eventuale ulteriore inoltra di info se ne venga fatta richiesta da altri. Anche in questo caso la responsabilità non è presente in alcuni casi come l'essere conforme a norme sull'aggiornamento di info, non le modifichi e non interferisca con l'uso lecito
- 3) Memorizzazione di informazioni o hosting, consistente nella memorizzazione di info che siano state inoltrate da parte di un destinatario. Il soggetto non risponde di illeciti a meno che non sia a conoscenza ella illiceità delle informazioni o dell'attività svolta.

In tutte le ipotesi precedentemente richiamate l'autorità giudiziaria oppure l'amministrativa competente potranno imporre al prestatore di impedire o far cessare le violazioni impedendo l'accesso o rimuovendo determinate informazioni, ne caso in cui non si adegui alle suddette prescrizioni potrà essergli imputata responsabilità civile. La responsabilità sussiste nel caso in cui venga scoperto che i prestatori erano a conoscenza dell'esecuzione dell'attività illecita.

Codici di condotta e composizione extragiudiziale e sanzioni

Il legislatore europeo ha invitato i prestatori che vengono coinvolti ad elaborare codici di condotta sugli stessi argomenti della direttiva. Inoltre gli stati membri sono obbligati a rimuovere tutti gli

16 di 41

ostacoli e ad introdurre strumenti di risoluzioni delle controversie di tipo stragiudiziale. Tali indicazioni sono state recepite nel dlgs 70/2003.

L'eventuale violazione delle disposizioni contenute nel Dlgs salvo che il fatto non sia particolarmente grave da integrare reato determina una sanzione amministrativa pecuniaria da 103 a 10'000\$ che possono essere raddoppiati in caso di recidiva o di fatto particolarmente grave.

La tutela del consumatore

consumatore: persona fisica che agisce per scopi estranei all'attività imprenditoriale, artigianale, professionale eventualmente svolta. Il soggetto deve essere tutelato in quanto contraente debole, e questo soprattutto online dove vi è un gap di competenza spesso e volentieri a livello tecnologico. Le disposizioni a tutela del consumatore, soprattutto di matrice comunitaria sono state raccolte nel codice del consumo che si affiancano alle disposizioni del 70/2003 in ambito di commercio elettronico.

Clausole vessatorie

Parliamo della disciplina delle clausole abusive. Le clausole vessatorie nei contratti b to c sono clausole che generano un eccessivo squilibrio dei diritti e degli obblighi nel contratto a carico del consumatore. La vessatorie deriva da una valutazione che si basa sulla tipologia di bene o di servizio che viene erogato facendo riferimento alle circostanze esistenti nel momento in cui viene concluso il contratto ma non attiene anche ad altri aspetti come l'adeguatezza del corrispettivo pattuito oppure quelle che riproducono disposizioni di legge oppure le clausole che siano state oggetto di trattativa individuale tra le parti. Qualora ci sia predisposizione unilaterale sarà compito del professionista provare che eventuali clausole vessatorie siano in realtà frutto della trattativa con il consumatore.

Una serie di clausole che si presumono vessatorie:

- escludere o limitare la responsabilità del professionista in caso di morte o danno
- Escludere o limitare le azioni del consumatore nei confronti del professionista in caso di inadempimento parziale o totale
- Prevedere l'adesione del consumatore come stesa a clausole che non ha avuta possibilità di conoscere prima della conclusione del contratto

Nel caso di clausole che siano state proposte per iscritto devono essere redatta in modo comprensibile, eventuali dubbi interpretativi si risolveranno a favore del consumatore. Eventuali condizioni contrattuali scorrette possono essere inibite da apposita associazione per i consumatori richiedendole al giudice.

Legge e foro

Sempre più spesso nel commercio b to c troviamo profili di internazionalità. Viene stabilita in via generale l'inefficacia di qualsiasi clausola che preveda l'applicazione al contratto di leggi extracomunitarie che privino di tutela il consumatore nei diritti indicati dagli art 33-38. La disciplina della legge viene trattata innanzitutto dalla convenzione di Roma che per i membri dell'UE si identifica nel regolamento 539/2008. All'art 6 si afferma che il contratto concluso da un consumatore con un professionista è disciplinato dalla legge del paese dove il consumatore presenta residenza abituale a condizione che il professionista: a) svolga le sue attività commerciali o professionali nel paese in cui il consumatore ha residenza abituale b) diriga tali attività con qualsiasi mezzo verso tale paese o vari paesi tra cui quello. Sempre tenendo presente le normative prima citate del codice del consumo che contengono diritti fondamentali le parti hanno la possibilità di pattuire specificamente la legge da applicare al contratto.

In ambito di giurisdizione l'azione può essere proposta dal consumatore davanti ai giudici dello stato membro nel cui territorio è domiciliata l'altra parte o nel luogo in cui è domiciliato il consumatore; l'azione dell'altra parte contrattuale potrà essere proposta solo nello stato membro in cui il consumatore ha domicilio.

Contratti a distanza

Il legislatore europeo già nel 1997 aveva apposta normativa per i contratti a distanza che però è stata abrogata e sostituita con il Dlgs 21/2014 che ha dato attuazione alla direttiva 83/2011. Il contratto a distanza viene definito come qualsiasi contratto concluso tra professionista e consumatore nel quadro di un regime organizzato di vendita o di prestazione di servizi a distanza senza la presenza fisica simultanea del professionista e del consumatore mediante l'uso esclusivo

di uno o più mezzi di comunicazione a distanza fino alla conclusione del contratto e compresa la conclusione del contratto. Evidente la necessità di paliare la disciplina ai contratti telematici ma non trova applicazione in alcune fattispecie previste esplicitamente: servizi finanziari, servizi trasporto passeggeri, servizi sociali ed assistenza sanitaria, attività d'azzardo, stipulati con intervento del pubblico ufficiale, multiproprietà, turismo organizzato, distributori automatici. Prima di essere vincolato da un contratto a distanza ci sono obblighi informativi (in aggiunta a quelli del Dlgs 70/2003) che devono essere svolti tra cui le caratteristiche dei beni e servizi. L'identità e le info principali del professionista, il prezzo dei beni nonché delle imposte, modalità di pagamento, un promemoria di garanzia legale di conformità dei beni, la durata, l'eventuale diritto di recesso, funzionalità del contenuto digitale. Se si configurano mezzi di comunicazione individuale il soggetto può richiedere che vengano date in italiano. Se l'inoltro dell'ordine implica di azionare un pulsante o una funzione analoga esso dovrà riportare la dicitura "ordine con obbligo di pagare" o dicitura simile purché di significato inequivocabile. Il professionista è tenuto a fornire conferma del contratto concluso. I beni devono essere forniti al consumatore senza ritardo, in caso di mancanza del rispetto dei termini verrà assegnato un termine supplementare adeguato che se infranto potrà portare alla risoluzione del contratto salvo diritto al risarcimento danni. Il termine supplementare non deve essere fornito se :

- a) il professionista ha espresso la sua volontà di non consegnare i beni
- b) Se il rispetto del termine pattuito deve considerarsi essenziale
- c) Se il consumatore ha previamente informato della essenzialità del termine

Il professionista se ciò accade deve rimborsare (stessa modalità di pagamento e non posso essere aggiunti costi di consegna aggiuntivi se essa effettuata in modalità diversa da quella pattuita) e non può liberarsi con una prestazione differente (a meno che non ci sia consenso), eventuali somme aggiuntive che siano state prelevate dalla carta. Il professionista è responsabile per eventuali utilizzi di carte di credito non autorizzate poiché attinenti al rischio di impresa, non possono porre condizioni economiche superiori alle tariffe da loro pagate per l'utilizzo di alcuni metodi di pagamento piuttosto che altri o comunque spese per utilizzare quegli strumenti. Il consumatore non è tenuto a controprestazioni per forniture non richieste e comunque la sua mancanza di risposta negativa non può essere interpretata come consenso. Il consumatore presenta diritto di recesso entro 14 giorni, se non informato il tempo è di 12 mesi dopo il periodo di recesso iniziale o se informato nell'arco dei dodici mesi i 14 giorni scattano dal giorno in questione. Il termine in questione decorre nel caso di contratti di servizi dal giorno della conclusione del contratto mentre per le forniture dal momento dell'ultima fornitura e questo sia nel caso in cui si parli di beni singoli oppure di lotti, beni multipli o pezzi multipli. Due particolari casistiche riguardano in primis i contratti per la consegna periodica il cui recesso scatta dal ricevimento del primo bene, in secundis nel caso di contratti di fornitura di contenuto digitale non fornito su supporto materiale il giorno di riferimento è quello della conclusione del contratto. Il diritto di recesso può essere utilizzato dal soggetto coinvolto attraverso specifico modulo o con una qualsiasi dichiarazione esplicita della sua decisione, entrambi dovranno essere spediti al professionista tenendo presente che l'onere della prova in questo caso spetta al consumatore. Qualora siano stati consegnati beni e il soggetto voglia utilizzare il recesso dovrà restituire entro 14 giorni dalla dichiarazione non essendo tenuto ad alcuna spesa extra per : modalità di restituzione non da lui decise e più onerose, risarcimento per tutte le attività di modifica che rientrino nel normale funzionamento del bene o comunque nella sua natura e infine per alcun caso di risarcimento se non sia stato informato del diritto di recesso.

Il consumatore non sosterrà alcuno costo per:

- a) le prestazioni di servizi durante il periodo di recesso
 - il professionista ha omesso di fornire le info sul recesso
 - Il consumatore non ha espressamente richiesto il servizio durante il periodo di recesso
- b) La fornitura anche solo in parte del contenuto digitale che non sia fornito su un supporto materiale
 - il consumatore non ha dato il suo previo consenso espresso circa l'inizio della prestazione prima dei 14gg
 - Il consumatore non ha riconosciuto di perdere il diritto di recesso quando ha espresso il suo consenso
 - Il professionista ha omesso di fornire la conferma della conclusione del contratto

Il diritto di recesso si esclude in alcuni casi specifici:

- Fornitura di beni o servizi il cui prezzo si lega a fluttuazioni del mercato finanziario
- Fornitura di beni che rischiano di deteriorarsi facilmente

18 di 41

- Contratti conclusi durante asta pubblica
- Fornitura di giornali o periodici
- Beni su misura o chiaramente personalizzati

Il giudice competente: giudice del luogo di residenza o domicilio del consumatore

A vigilare sul rispetto da parte dei professionisti delle disposizioni dedicate alla protezione del consumatore c'è l'autorità garante della concorrenza e del mercato.

Irrinunciabili i diritti conferitogli dagli articoli 48-67 del codice se il consumatore residente in Italia, nonché il diritto all'articolo 143. Viene sempre e comunque garantito con queste disposizioni un livello minimo di tutela per qualsiasi consumatore.

Il geo blocking

Il regolamento 2018/302 introduce limiti a pratiche che si pongono come ostacoli alle transazioni transfrontaliere. Ovviamente sono disposizioni inapplicabili se relative a pratiche commerciali interne allo stesso stato. Una prima disposizione vieta la discriminazione tra relativa all'accesso dell'interfaccia online realizzata da un professionista nei confronti dei clienti per motivi legati alla propria nazionalità oppure allo stato dove il soggetto è residente o ha domicilio. Il soggetto non può nemmeno essere reindirizzato alla pagina del sito organizzata per i clienti di quel determinato stato a meno che non abbia esplicitamente acconsentito e sia in questo che nel precedente caso non c'è violazione se lo preveda una norma europea.

Altra normativa che procede sulla stessa linea prevede l'impossibilità di porre diverse condizioni generali di accesso con riguardo a beni e servizi quando:

- 1) il cliente voglia acquistare da un professionista beni che sono consegnati in un luogo di uno stato membro ove il professionista ne offre la consegna
- 2) Ricevere servizi tramite mezzi elettronici diversi dai servizi che consistono principalmente nel fornire accesso ad opere tutelate dal diritto d'autore
- 3) Ricevere servizi prestati tramite mezzi elettronici in un luogo fisico del territorio di uno stato membro in cui viene esercitata l'attività

Eventuali prezzi e tariffe differenti possono essere posti ma devono essere giustificati di modo che non risultino discriminatori.

Non si possono porre diverse condizioni di pagamento per motivi connessi alla nazionalità o il luogo di residenza o stabilimento se:

- 1) l'operazione di pagamento è effettuato con mezzo elettronico mediante bonifico o addebito
- 2) Requisiti di autenticazione sono soddisfatti a norma delle condizioni europee
- 3) La valuta viene accettata dal professionista
- 4) Il professionista può sospendere la consegna se non riceverà consegna del pagamento, le spese addebitate per il mezzo di pagamento non possono essere superiori ai costi sostenuti dal professionista per esso.

CAPITOLO 4: LA TUTELA DELLA PRIVACY E DELLE MISURE DI SICUREZZA

Introduzione, definizioni e Codice della Privacy

Il D.Lgs. 196/2003 (il Codice della Privacy) ha codificato nell'ordinamento italiano il diritto alla protezione dei dati personali, di fatto già in precedenza disciplinato dalla legge **675/1996**, che aveva attuato un'apposita direttiva UE e numerosi altri provvedimenti internazionali e sovranazionali.

In precedenza il concetto di diritto alla riservatezza e diritto alla privacy venivano utilizzati come sinonimi. Il Codice della Privacy, invece, sottolinea la differenza di questi due vocaboli:

- diritto alla riservatezza: diritto di ciascuno alla tutela di quelle situazioni personali o familiari svoltesi anche al di fuori del domicilio domestico che non hanno per i terzi un interesse socialmente apprezzabile, contro le ingerenze non giustificate da interessi pubblici prevalenti, anche se lecite e tali da non offendere l'onore ed il decoro; questo diritto non può essere negato ad alcuna categoria di persone, solo in considerazione della loro notorietà, salvo che un reale interesse sociale all'informazione o altre esigenze pubbliche lo esigano.
- diritto alla privacy: diritto di ciascuno di controllare la circolazione delle informazioni riguardanti la propria persona.

Il Codice della Privacy in seguito al Dlgs 101/2018:

- è volto a garantire che il trattamento dei dati personali si svolga nel rispetto dei diritti e delle libertà fondamentali.
- tutela le persone fisiche
- estende il suo ambito applicativo ai trattamenti elettronici dei dati ed a quelli cartacei o manuali.
- si applica anche ai trattamenti di dati effettuati al di fuori del territorio italiano, purché anche solo una operazione del trattamento sia effettuata in Italia o qualora le operazioni di trattamento siano eseguite esclusivamente all'estero l'unico legame con il territorio italiano sia rappresentato dalla sede o dalla residenza del titolare del trattamento o di uno dei mezzi attraverso i quali dette operazioni vengono effettuate.
- non si applica ai trattamenti dei dati effettuati da persone fisiche per fini esclusivamente personali che non prevedano la diffusione dei dati o la loro comunicazione sistematica.

Il Codice contiene alcune definizioni:

- **trattamento:** qualunque operazione o complesso di operazioni, effettuati anche senza l'ausilio di processi automatizzati applicate a dati personali, concernenti la raccolta, la registrazione, l'organizzazione, la conservazione, la consultazione, l'elaborazione, la modificazione, la selezione, l'estrazione, il raffronto, l'utilizzo, l'interconnessione, il blocco, la comunicazione, la diffusione, la cancellazione e la distribuzione di dati, anche se non registrati in una banca dati. In sostanza qualsiasi operazione che abbia ad oggetto un dato personale può costituire un trattamento.
- **comunicazione (come operazione di trattamento):** dare conoscenza dei dati personali ad uno o più soggetti determinati diversi dall'interessato, dal rappresentante del titolare nel territorio dello dell'UE, dal responsabile o dal suo rappresentante nel territorio dell'UE, dalle persone autorizzate ai sensi dell'articolo 2 quaterdecies, al trattamento dei dati personali sotto l'autorità diretta del titolare o del suo responsabile, in qualunque forma, anche mediante la loro messa a disposizione o consultazione o mediante interconnessione.
- **diffusione (come operazione di trattamento):** dare conoscenza dei dati personali a soggetti indeterminati, in qualunque forma, anche mediante la loro messa a disposizione o consultazione.

Con la comunicazione è possibile determinare quali sono i soggetti che sono venuti a conoscenza del dato personale, mentre con la diffusione questo non è possibile.

- **dato personale:** qualunque informazione relativa a persona fisica, identificati o identificabili, anche indirettamente, mediante riferimento a qualsiasi altra informazione, ivi compreso un numero di identificazione personale. Questa definizione è molto ampia, e comprende sostanzialmente qualsiasi informazione che sia in grado di essere riferita ad un determinato soggetto dell'ordinamento.

Sono precisamente definiti anche i soggetti protagonisti del trattamento:

- **titolare:** la persona fisica, la persona giuridica, la pubblica amministrazione e qualsiasi altro ente, associazione od organismo cui competono, anche unitamente ad altro titolare, le decisioni in ordine alle finalità ed alle modalità del trattamento dei dati personali ed agli strumenti utilizzati, ivi compreso il profilo della sicurezza.

In merito è intervenuto il Garante per la protezione dei dati personali, il quale, alla luce delle difficoltà interpretative, ha chiarito che nel trattamento effettuato da una persona giuridica, da una pubblica amministrazione, da un'organizzazione o un ente di ampie dimensioni, il titolare è l'entità nel suo complesso e non le persone fisiche che concorrono ad esprimerne la volontà (questo principio vale anche in relazione al responsabile).

- **responsabile:** la persona fisica, la persona giuridica, la pubblica amministrazione e qualsiasi altro ente, associazione od organismo preposti dal titolare al trattamento dei dati personali. Il titolare, pertanto, nel trattare i dati personali ha la facoltà di preporvi uno o più responsabili, i quali dovranno poi procedere al trattamento rispettando le istruzioni impartite dal titolare.
- **soggetto autorizzato:** colui che compie le operazioni del trattamento (tanto che, per questo motivo, può essere solo una persona fisica). Nell'esercitare le sue funzioni, che devono essergli attribuite per iscritto direttamente dal responsabile o dal titolare (di conseguenza è un ruolo espressamente conferito nell'organico dell'azienda attribuibile solo a persone fisiche), l'incaricato deve attenersi alle istruzioni impartite e deve operare sotto la diretta autorità del delegante.
- **interessato:** la persona fisica cui si riferiscono i dati personali.
- **Responsabile della protezione dei dati:** designazione imposta dalla normativa europea nel caso in cui il trattamento sia effettuato da una PA oppure da soggetti che eseguono trattamenti che

20 di 41

devono essere monitorati su larga scala nonché soggetti titolari e/o responsabili che procedano su larga scala di dati sensibili. Il principale ruolo che questo soggetto presenta è però di consulenza rispetto al titolare dell'azienda con riguardo agli obblighi che la normativa impone nonché per la sensibilizzazione e formazione del personale.

Trattamento dei dati personali

Il codice disciplina i principi di necessità, finalità e proporzionalità, i quali plasmano l'intera normativa in materia di protezione dei dati personali: tali connotati sono finalizzati a consentire il trattamento dei dati solo qualora sia necessario per adempiere alle finalità per le quali i dati erano stati raccolti, nei limiti dei dati a ciò necessari e delle operazioni strettamente indispensabili per gli scopi medesimi.

A questi fini l'art. 11 del codice determina le modalità della raccolta e del successivo trattamento dei dati, così come i requisiti dei dati personali oggetto di trattamento:

- i dati personali oggetto di trattamento devono essere tratti in modo lecito e secondo correttezza. In base a questa norma, la liceità del trattamento deve essere valutata attraverso l'analisi di tutte le norme dell'ordinamento giuridico (non solo di quelle in materia di protezione dei dati personali).
- i dati oggetto di trattamento devono essere raccolti e registrati per scopi determinati, espliciti e legittimi (specifichiamo che la registrazione consiste nella trasposizione del dato su un supporto magnetico, mentre la raccolta è l'operazione che precede la registrazione e spesso avviene su un supporto cartaceo). Questa norma ha una portata più generale di quello che dice espressamente: tutte le operazioni di trattamento dei dati personali, non solo la raccolta e la registrazione, devono essere svolte per scopi determinati, espliciti e legittimi. Il soggetto che procede al trattamento dei dati per valutare la legittimità del suo operato deve tenere in considerazione le finalità per cui i dati erano stati raccolti e li deve trattare secondo gli scopi originari salvo l'eventuale trattamento a fini di archiviazione nel pubblico interesse, di ricerca scientifica o a fini statistici.
- **i dati devono essere esatti e, se necessario, aggiornati, nonché pertinenti, completi e non eccedenti rispetto alle finalità per le quali sono raccolti o successivamente trattati. Queste due norme servono a garantire il diritto all'identità dell'interessato.**
- i dati devono essere conservati in una forma che consenta l'identificazione dell'interessato per un periodo di tempo non superiore a quello necessario agli scopi per i quali essi sono stati raccolti o successivamente trattati. Questa norma comporta che nel momento in cui lo scopo per cui i dati sono stati raccolti o trattati è stato raggiunto, i medesimi devono essere resi anonimi o cancellati, a meno che (secondo il regolamento del 2016) il trattamento successivo non concerna il trattamento dei dati a fini di archiviazione nel pubblico interesse, ricerca scientifica o storica o a fini statistici che non è considerato incompatibile con le finalità iniziali.

5.2 Il principio di responsabilizzazione e il registro attività di trattamento

V'è da precisare che il regolamento Ue non prevede l'istituzione di alcuna banca dati pubblica che raccolga l'elenco dei trattamenti di dati personali, e ciò anche in virtù del principio di responsabilizzazione, art 24, che impone al titolare del trattamento di mettere in atto misure tecniche e organizzative adeguate per garantire, ed essere in grado di dimostrare, che il trattamento è effettuato

conformemente il presente regolamento. Uno degli adempimenti posti al titolare per fornire tale dimostrazione è l'istituzione di un registro delle attività di trattamento che è senza dubbio uno strumento indispensabile per disporre di un quadro generale ed aggiornato di tutti i trattamenti. Il registro può essere conservato in formato elettronico e deve contenere:

- 1) il nome e i dati di contatto del titolare del trattamento
- 2) Le finalità del trattamento
- 3) Una descrizione delle categorie di interessati e delle categorie di dati personali
- 4) Le categorie di destinatari a cui i dati personali sono o saranno comunicati
- 5) Eventuali trasferimenti di dati personali verso organizzazioni internazionali o paesi terzi
- 6) Una descrizione generale delle misure di sicurezza e tecniche organizzative
- 7) Eventuali termini ultimi per la cancellazione delle diverse categorie di dati

Il Registro deve essere istituito e tenuto solo da titolari che abbiano alle proprie dipendenze oltre 250 dipendenti o qualora anche se ci sono meno dipendenti la natura dei dati trattati si configuri come talmente delicata da richiederlo.

5.3 L'informativa

Prima della raccolta dei dati personali il titolare (o il responsabile o l'incaricato) deve fornire all'interessato l'informativa, finalizzata a consentirgli di esprimere un consenso informato ed a garantirgli la conoscenza della tipologia di trattamento cui i propri dati sono destinati. Ad una attenta lettura dell'art 13 l'informativa deve essere resa una volta ottenuti i dati personali per cui può dirsi ora legittima la prassi di fornire l'informativa al momento stesso della raccolta o immediatamente dopo.

L'informativa può essere fornita per iscritto od oralmente, deve contenere le informazioni necessarie ad identificare il trattamento e deve essere fornita in forma conscia, trasparente, con un linguaggio chiaro. L'interessato deve essere informato dei soggetti, o delle categorie di soggetti, ai quali i dati possono essere comunicati nonché l'eventuale ambito di diffusione dei dati medesimi. L'informativa deve contenere il riferimento alla possibilità di esercitare alcuni dei diritti previsti dal regolamento come l'accesso, la rettifica o la cancellazione ecc.

In molti casi i dati vengono raccolti presso soggetti diversi dall'interessato. In tali casi, non potendosi fornire l'informativa all'interessato prima della raccolta, il Codice impone di fornire l'informativa inizialmente alla persona che fornisce i dati e, all'atto della registrazione dei dati o non oltre la prima comunicazione, anche all'interessato.

Al fine di semplificare l'attività del titolare l'informativa può non contenere le informazioni già note all'interessato. Il regolamento UE prevede che nel caso di dati raccolti presso terzi, l'informativa all'interessato non è obbligatoria quando:

1. i dati sono trattati in base a un obbligo normativo
2. i dati debbano rimanere riservati conformemente a un obbligo di segreto legale o professionale
3. la finalità del trattamento sia quella dell'archiviazione nel pubblico interesse, di ricerca scientifica,

statistica o storica

2. quando tale obbligo comporti impiego di mezzi sproporzionati o pregiudichi i fini del trattamento.

• 5.4 le basi giuridiche

Per la legittimità del trattamento è necessario il consenso dell'interessato: il trattamento dei dati personali da parte di privati e di enti pubblici economici è ammesso solo con il consenso espresso dell'interessato che si configura come base giuridica ex art 6. La richiesta di consenso è presentata in modo chiaro e distinguibile dalle altre materie in forma comprensibile o facilmente accessibile, utilizzando un linguaggio semplice e chiaro. Il consenso può riguardare l'intero trattamento o una o più operazioni dello stesso ed è valido solamente se è espresso liberamente e specificamente in riferimento ad un trattamento chiaramente individuato, se è documentato per iscritto, e se sono state rese all'interessato le informazioni previste dall'informativa (libertà del consenso significa che la volontà dell'interessato non deve essere viziata, ovvero manifestata in presenza di errore, violenza, dolo o incapacità legale e naturale di intendere e di volere). La volontà dell'interessato non può essere viziata. Il regolamento UE ha abbassato l'età alla quale può essere prestato il consenso al trattamento dei dati a 16 anni, con possibilità per gli stati di scendere a 13 tant'è che in Italia è 14. Il consenso deve essere prestato espressamente e non si può desumere per fatti concludenti. Nel caso in cui il trattamento sia possibile solo con consenso questo dovrà essere richiesto previamente ed eventualmente potrà essere revocato.

Sull'istituto del consenso vige in linea di principio la libertà delle forme, per cui il consenso scritto è richiesto solo ai fini della prova.

Sono previsti dei casi in cui viene meno l'obbligo del consenso riguardo al trattamento dei dati:

- Il trattamento riguarda dati raccolti e detenuti per obbligo di legge
- Trattamenti effettuati per perseguire un diritto costituzionale considerato prevalente sul diritto alla protezione dei dati personali come può essere un interesse vitale o un interesse connesso all'esercizio di pubblici poteri.
- Perseguimento di un legittimo interesse del titolare del trattamento o di terzi, perché tuttavia esso possa costituire idonea base giuridica del trattamento è essenziale che non prevalgano gli interessi o i diritti e le libertà fondamentali dell'interessato tenendo conto dell'aspettativa dell'interessato nei confronti del titolare nonché il fatto che il soggetto potesse ragionevolmente attendersi il trattamento. Si può considerare una relazione pertinente e appropriata il caso in cui l'interessato sia un cliente o alle dipendenze del titolare del trattamento.

5.5 Il trattamento dei dati particolari

Gli articoli di riferimento sono il 9-10 che insieme trattano dei dati particolari distinguibili in dati sensibili e giudiziari

Dati sensibili: sono le informazioni che riguardano da vicino la personalità etico-sociale dell'individuo e le sue caratteristiche psico-sanitarie, con particolare riferimento a quei dati idonei a rilevare l'origine razziale ed etnica, le convinzioni religiose, filosofiche o di altro genere, le opinioni politiche, l'adesione a partiti e sindacati, associazioni od organizzazioni a carattere religioso filosofico, politico o sindacale, nonché i dati personali idonei a rilevare lo stato di salute e la vita sessuale.

Il regolamento UE equipara a questi i dati genetici e biometrici.

Il loro trattamento da parte di privati richiede, oltre che il consenso dell'interessato,

nonchè in conformità alle misure di garanzia disposte dal garante. È evidente come mai il trattamento in questo caso disponga di tutte queste cautele, dato il loro contenuto molto sensibili si presta ad abusi generanti discriminazione o in casi peggiori persecuzione.

Diversamente dalla disciplina del trattamento dei dati comuni, dove la forma scritta è richiesta per la prova del consenso, nel caso dei dati sensibili il consenso scritto è richiesto ai fini della validità dello stesso.

Ci sono 6 ipotesi un cui il titolare di trattamento dei dati sensibili può procedere al trattamento senza il consenso, ma previa autorizzazione del garante:

- 1) Trattamento da parte di associazioni, enti o organismi senza scopo di lucro dei dati degli aderenti o di coloro che con l'associazione hanno contatti regolari;
- 2) Trattamento effettuato per la salvaguardia della vita o dell'integrità fisica dell'interessato o di un terzo, qualora l'interessato non possa prestarlo per impossibilità fisica, per incapacità d'agire o per incapacità di intendere o di volere;
- 3) Trattamento necessario per svolgere investigazioni o per far valere o difendere un diritto in sede giudiziaria;
- 4) Trattamento necessario a fini di archiviazione nel pubblico interesse, ricerca scientifica, fini statistici
- 5) Trattamento è necessario per assolvere gli obblighi ed esercitare i diritti specifici del titolare del trattamento o dell'interessato in materia di diritto del lavoro e della sicurezza e protezione sociale.
- 6) Trattamento necessario per finalità di medicina preventiva o di medicina del lavoro

Il regolamento UE consente poi il trattamento dei dati sensibili nel caso in cui siano stati resi manifestamente pubblici dall'interessato.

Dati giudiziari: informazioni idonee a rivelare i provvedimenti di carattere penale adottati nei confronti dell'interessato o la sua qualità di imputato o di indagato. Sono subordinati al controllo dell'autorità pubblica o al di fuori di tale controllo solo se autorizzato dal diritto UE o degli stati membri. Fuori da quanto detto in precedenza sono autorizzati solo se a norma di legge, regolamento che prevedano garanzie per i diritti libertà degli interessati.

5.6 il trattamento dei dati per finalità giornalistiche

l'attività giornalistica ovviamente concerne la diffusione dei dati personali. Materia che richiede un corretto bilanciamento con la libertà di stampa e di cronaca con altri importanti diritti come quello della privacy. L'unione Europea non si esprime sostenendo come la competenza sia degli stati membri. Il nostro stato si esprime con l'art 137 del codice sostiene l'utilizzo di informazioni riservate solo per le finalità della professione giornalistica riassumibili nel concetto di informazione relativa a fatti di interesse pubblico. Permangono oltre ai limiti del diritto di cronaca le specifiche disposizioni inserite nel codice deontologico giornalistico che si configura come parametro essenziale e non derogabile. Questo ultimo appetto è ripreso nel Dlgs 196/2003 art 2 quater.

5.7 il trasferimento dei dati all'estero

Il trasferimento all'estero dei dati personali consiste nello spostamento dei dati dal territorio nazionale a quello dei paesi stranieri. Il regolamento ue sostiene come la libera circolazione dei dati personali nell'unione non può essere limitata ne vietata per motivi attinenti alla protezione delle persone fisiche con riguardo al trattamento dei dati

24 di 41

personali. In sostanza la circolazione dei dati a livello di unione europea è la stessa che avviene all'interno di ogni stato. Nel caso però di trattamenti di dati al di fuori dell'Unione può avvenire solo se è stata previamente autorizzata da parte della Commissione che si sia espressa con riguardo all'adeguatezza, il trasferimento sia soggetto a particolari garanzie, il trasferimento sia da un provvedimento dell'autorità giurisdizionale in presenza di un accordo internazionale o infine in presenza delle specifiche deroghe previste dall'art 49 del regolamento. Il trasferimento al di fuori del territorio ue è di base vietato qualora la legislazione del paese di destinazione non assicuri un livello di tutela adeguato sulla base della valutazione che è stata effettuata da parte della stessa commissione. In mancanza della dovuta valutazione il trasferimento può avvenire solo in presenza delle garanzie adeguate previste dal regolamento oppure una delle condizioni previste dall'art 49 che tra le altre prevede lo specifico consenso dell'interessato che deve essere stato informato dei possibili rischi in cui sta incorrendo.

6. i diritti dell'interessato

Il codice, al fine di garantire a pieno il diritto alla protezione dei dati personali, disciplina specifici diritti, che possono essere esercitati dall'interessato o, in caso di suo decesso, da chiunque vi abbia interesse. L'interessato ha diritto di ottenere, senza ritardo, la conferma dell'esistenza o meno di dati personali che lo riguardano, nonché della logica e delle finalità su cui si basa il trattamento e dei soggetti ai quali i dati personali possono essere comunicati.

La normativa UE consente all'interessato di conoscere le categorie dei dati personali trattati, il periodo di conservazione degli stessi, il diritto di chiedere la modifica, la cancellazione o la limitazione del trattamento e di proporre reclamo al garante.

Il diritto dell'interessato ad ottenere una copia

L'interessato ha altresì diritto di ottenere la cancellazione, la trasformazione in forma anonima o il blocco dei dati trattati in violazione di legge, compresi quelli di cui non è necessaria la conservazione in relazione agli scopi per i quali i dati sono stati raccolti o successivamente trattati, nonché l'aggiornamento, la rettificazione, ovvero – qualora vi abbia interesse – l'integrazione dei dati che però si configura come limitata ad attenersi alle finalità per cui i dati originariamente erano stati raccolti.

Il diritto alla cancellazione è la forma attraverso il quale l'interessato può esercitare il diritto all'oblio. Per un bilanciamento di diritti, non è possibile la cancellazione nel caso in cui il trattamento sia necessario per l'esercizio del diritto della libertà di espressione e informazione, per l'adempimento di un obbligo legale ecc..

L'interessato gode del diritto di opporsi al trattamento dei suoi dati, senza darne alcuna giustificazione, laddove il trattamento sia previsto a fini di informazione commerciale o di invio di materiale pubblicitario o di vendita diretta, ovvero per il compimento di ricerche di mercato.

In ultimo, si riconosce all'interessato il diritto di opporsi, in tutto o in parte, al trattamento dei dati che lo riguardano, solo sussistendone motivi legittimi. Tale tipologia di opposizione si distingue nettamente dalla cancellazione dei dati: con quest'ultima l'interessato opta per l'eliminazione definitiva dei suoi dati personali; con l'opposizione, invece, l'interessato si limita ad impedire l'esecuzione anche solo di alcune operazioni del trattamento che, pertanto, non possono più essere effettuate.

Ipotesi in cui non è possibile esercitare tali diritti:

1. Dati trattati da commissioni parlamentari d'inchiesta
2. Trattati da fornitori di servizi di telecomunicazioni accessibili al pubblico

25 di 41

3. Trattamento ha finalità concernenti la politica monetaria e valutaria o abbia ad oggetto dati raccolti
4. Allo svolgimento di investigazioni difensive riguardo all'esercizio di un diritto in sede giudiziaria
5. Interessi tutelati dalle disposizioni antiriciclaggio
6. Interessi tutelati in base alle disposizioni in materia di sostegno alle vittime di estorsione

La normativa comunitaria ha poi codificato il diritto alla "portabilità" dei dati che consiste nel diritto di ottenere dal titolare del trattamento dei dati tutti i dati personali che lo riguardano in formato strutturato, di uso comune e leggibile da dispositivo automatico per trasmetterli a un altro titolare del trattamento. La stessa normativa permette all'interessato di ottenere la "limitazione" del trattamento che consiste nell'obbligo per il titolare di sospendere il trattamento dei dati. Tale diritto compete solo nei casi in cui:

- 1) l'interessato contesti l'esattezza dei dati e questa non sia verificata
- 2) in caso di trattamento illecito.

7. Il trattamento da parte dei soggetti pubblici

Il regolamento si limita a individuare come base giuridica del trattamento l'interesse pubblico che si configura come riguardante fini istituzionali. Si possono distinguere i requisiti di liceità dei dati comuni da quelli previsti per il trattamento dei dati particolari. Il ragionamento che comunque si configura come basilare rimane comunque il giusto bilanciamento tra interessi pubblici e costituzionali rilevanti con la precisazione che la nuova normativa non vada tanto a distinguere i soggetti pubblici da quelli privati prestando la propria attenzione sulla finalità pubblicistica del trattamento.

7.1 Il trattamento di dati comuni

Il trattamento dei dati personali comuni necessario per l'esecuzione di un compito di interesse pubblico o connesso deve essere disciplinato da una norma dell'unione Europe oppure da una norma dello stato membro. I trattamenti dati da parte di soggetti pubblici o privati che eseguano compiti di pubblico interesse possono essere eseguiti solo se ci sia apposita previsione normativa. L'art 2 ter consente di procedere alla comunicazione dei dati a soggetti che li debbano trattare per le medesime finalità pubblicistiche solo se prevista da legge o regolamento o, in mancanza, se risulta comunque necessaria per lo svolgimento dei fini istituzionali. Solo in questo ultimo caso il soggetto titolare è tenuto a dare apposita comunicazione al Garante. Lo stesso art 2 ter dispone che la comunicazione dei dati dai predetti titolari a soggetti che li debbano trattare per finalità aliene da quelle pubblicistiche e la diffusione sono ammesse quando previste da norme di legge o regolamento. In mancanza in questo caso non si potrà adire al Garante.

7.2 Il trattamento dei dati particolari

L'art 9 del regolamento consente il trattamento dei dati particolari "quando è necessario per motivi di pubblico interesse rilevante sulla base del diritto UE pure dello stato membro, che deve essere proporzionato alla finalità perseguita, rispettare l'essenza del diritto alla protezione dei dati e prevedere misure appropriate per tutelare i diritti fondamentali dell'interessato". In ambito nazionale si dispone il trattamento dei dati

26 di 41

sensibili seppur limitatamente a quelli diversi da dati sanitari genetici e biometrici è consentito "solo se previsto dal diritto dell'unione o da disposizioni legislative interne specifiche, indicanti quali sono i dati e la tipologia di trattamento e il motivo dell'interesse pubblico rilevante nonché le misure specifiche per tutelare i diritti fondamentali". Per evitare la paralisi della pubblica amministrazione si presume una serie di casi con sussistente interesse pubblico ferma restando la necessità di una norma di legge che comunque preveda gli altri due requisiti.

L'art 2 septies prevede la possibilità di trattamento di dati genetici, biometrici e sanitari qualora ci siano le condizioni indicati dal paragrafo due dello stesso articolo ed in conformità alle misure di garanzia disposte dal garante. Si tenga presente che le misura di garanzia debba rispettare i commi 2-4-5 relativi alla modalità di trattamento.

8. il Garante per la protezione dei dati personali

L'articolo 51 del regolamento facendo riferimento alla carica di garante indica come suoi compiti la sorveglianza dell'applicazione del regolamento nonché tutelare le libertà fondamentali delle persone fisiche col riguardo al trattamento dati e alla loro circolazione. Il garante per la protezione dei dati personali è un'autorità indipendente, composta da 4 membri, nominati dalle due camere del parlamento, che decidono con autonomia ed indipendenza di giudizio. L'autorità esercita il controllo sui trattamenti di dati personali e i compiti specificati dal regolamento UE. L'ufficio del garante controlla che i trattamenti di dati personali siano effettuati nel rispetto delle norme di legge e di regolamento ed ha il potere/dovere di adottare i provvedimenti previsti dalla legge o dai regolamenti.

Gli interessati e le associazioni che li rappresentano possono inviare al garante segnalazioni o reclami, aventi ad oggetto inosservanze di legge o di regolamento. Lo scopo principale del garante è quindi quello di tutelare gli interessati dai danni che potrebbero ricevere dal trattamento illecito di dati personali: l'autorità ha a tal fine il potere di prescrivere anche d'ufficio ai titolari del trattamento le misure necessarie ed opportune al fine di rendere il trattamento conforme alle disposizioni vigenti; di vietare, anche d'ufficio, in tutto o in parte, il trattamento illecito o non corretto de dati o disporre il blocco; denunciare i fatti configurabili come reati dei quali viene a conoscenza nell'esercizio o a causa delle proprie funzioni.

Non meno importante è la funzione consultiva del garante, avendo quest'ultimo il compito di coadiuvare l'autorità governativa e legislativa nelle rispettive attività. Il codice attribuisce infatti al garante il compito di segnalare al parlamento ed al governo l'opportunità di provvedimenti normativi, nonché di predisporre annualmente una relazione sull'attività svolta e sullo stato di attuazione della legge.

Il Presidente del Consiglio dei Ministri e ciascun ministro hanno il compito di consultare il Garante nella predisposizione delle norme regolamentari e degli atti amministrativi suscettibili di incidere sulle materie disciplinate dal Codice.

9. La tutela giurisdizionale e amministrativa

L'art 77 del regolamento prevede che l'interessato ha il diritto di proporre reclamo al garante ogni qualvolta ritenga che il trattamento dei dati violi il regolamento indicando in esso i fatti e le circostanze a fondamento e quindi le misure che sono state violate richiedendo eventualmente al garante una misura cautelare o semplicemente aspettando che si esprima in via definitiva.

Per quanto riguarda procedimento giurisdizionale vero e proprio, chiunque ha la possibilità di agire nei confronti dell'autorità di controllo sia nei confronti di una decisione vincolante sia qualora si verifichi che l'autorità di controllo non tratti un reclamo o

27 di 41

comunque non lo informi entro tre mesi sullo stato del reclamo. Chiunque può portare avanti ricorso giurisdizionale qualora ritenga che i propri diritti siano stati violati ma la scelta si pone in alternativa con il ricorso al garante. Tutte le controversie che riguardano l'applicazione del codice sono di competenza del giudice ordinario che decide con rito del lavoro con la possibilità di esprimersi a pieno sulla questione in deroga all'art 4 legge 2248/1865 sull'abolizione del contenzioso amministrativo.

10.1 la responsabilità civile

Art 82: obbligo di risarcimento del danno per effetto del trattamento dei dati personali riprendendo l'art 2050 cc. Il legittimato passivo di norma è il titolare dell'attività anche se in alcuni casi più rari può esserlo anche il soggetto responsabile qualora non abbia adempiuto agli obblighi di regolamento o abbia proceduto al trattamento senza aver seguito le indicazioni che gli erano state fornite dal titolare. La norma fa riferimento sia ad un danno materiale che immateriale che però deve derivare da una violazione del regolamento in rapporto di causa-effetto, rapporto che il titolare dovrà dimostrare insussistente. La prova che deve essere fornita non è sulle modalità del fatto bensì sull'organizzazione della dell'attività con riferimento all'aver adottato tutti gli accorgimenti previste da normative di regolamento o di legge o tecniche particolari di quella attività e comunque di aver rispettato gli obblighi di responsabilizzazione. Altra possibilità è che venga dimostrato che siano esterni i fattori che hanno determinato il verificarsi del fatto. Nell'ambito dei trattamenti il danno è prevalentemente morale, dimostrato dall' presenza esplicita del danno immateriale nella norma oltre che quello materiale.

10.2 la responsabilità amministrativa

Il regolamento prevede sanzioni di natura pecuniaria particolarmente efficaci. Si prevede la possibilità di infliggere sanzioni amministrative a seconda del tipo di violazione ricettario o sulla base del fatturato mondiale annuo. Volendo entrare nel particolare si rinviene la possibilità di irrogare una sanzione fino al 2% del fatturato per le violazioni inerenti gli obblighi del titolare e del responsabile e/o degli organi di certificazione, oppure fino al 4% per le violazioni sul principio di trattamento.

10.3 La responsabilità penale

L'art 84 del regolamento impone agli stati dell'UE di adottare sanzioni effettive, proporzionate e dissuasive per garantire il rispetto della normativa. Il reale scopo della normativa è più che altro finalizzato a far sì che le fattispecie più gravi vengano punite con sanzioni di natura penale. La legislazione di adeguamento ha completamente riformato l'apparato penalistico, in particolare l'art 167 del codice, che, sulla scorta di quanto già si prevedeva in precedenza resta applicabile al solo caso in cui il fatto non sia previsto dalla legge come reato più grave, al solo caso di dolo specifico e comunque solo se ci sia stato un danno avendo particolare riferimento ai trasferimenti di dati all'estero senza presupposti e alle tipologie di trattamenti definiti come invasivi. Il Dlgs 101/2018 ha introdotto due nuove disposizioni incriminatrici che, una volta accertato il dolo, senza tenere conto del danno effettivo puniscono chiunque diffonda, comunichi o acquisisca un archivio automatizzato od una parte sostanziale di esso.

Tenendo presente la figura del Garante si sanziona chiunque non rispetti le prescrizioni di esso nell'esercizio dei suoi poteri con riguardo a:

1. provvedimenti che impongono una limitazione provvisoria o definitiva al trattamento, incluso il divieto di trattamento
2. Misure di garanzia per il trattamento di dati sanitari, genetici o biometrici
3. Nei provvedimenti che violano le prescrizioni delle autorizzazioni generali

28 di 41

L'art 168 punisce la falsità nei documenti esibiti e nelle dichiarazioni rivolte nell'ambito di un procedimento dinanzi al garante o nel caso di accertamenti.

11 Le misure di sicurezza

Art 32: il titolare e il responsabile devono mettere in atto misure e tecniche organizzative adeguate, per garantire un livello di sicurezza adeguato al rischio. L'individuazione e l'adozione di tali misure deve avvenire tenendo conto della natura dell'oggetto, dei costi, del contesto e delle finalità di trattamento, nonché i rischi per diritti e libertà delle persone fisiche coinvolte. Gli accorgimenti che devono essere eseguiti non si risolvono in una serie di misure standard ma dovranno essere parametrati in base allo specifico trattamento. Ci sono alcuni criteri guida che portano all'adozione di misure di sicurezze adeguate quali:

- A) la pseudonomizzazione e la cifratura dei dati personali
- B) la capacità di assicurare su base permanente la riservatezza, l'integrità e la resilienza dei sistemi di trattamento
- C) la capacità di ripristinare tempestivamente la disponibilità e l'accesso dei dati personali in caso di incidente fisico e tecnico
- D) una procedura per testare, verificare e valutare regolarmente l'efficacia delle misure tecniche e organizzative al fine di garantire la sicurezza del trattamento.

CAPITOLO 5 IL DIRITTO D'AUTORE NELL'ERA DIGITALE: LA TUTELA DEI BENI INFORMATICI

1. Introduzione: società dell'informazione e diritto d'autore

L'istituto del **diritto d'autore** è tra quelli sui quali, a seguito della rivoluzione digitale, si è maggiormente concentrata l'attenzione del legislatore nazionale e comunitario, come dimostrano i numerosi interventi normativi succedutisi.

L'esigenza di rivedere la disciplina posta a tutela del diritto d'autore è stata imposta in particolare dallo sviluppo delle moderne tecnologie informatiche e telematiche, quali *in primis*, la rete Internet: una realtà, quella digitale, che ha affrancato l'opera dell'ingegno dalla necessità di una sua fissazione su supporto materiale, fino ad un recente passato indispensabile per la circolazione dell'opera stessa.

La rivoluzione informatica non ha solo mutato il contesto di riferimento relativamente alla protezione delle opere dell'ingegno tradizionali, ma ha altresì portato alla nascita dei cc.dd. *beni informatici* (programmi per elaboratore, banche di dati) che, per le loro peculiari caratteristiche, hanno richiesto l'introduzione di una disciplina di tutela *ad hoc*.

La normativa dedicata al diritto d'autore in ambito nazionale deriva oggi, in buona parte, da una pluralità di fonti sovranazionali.

La rivoluzione digitale, il conseguente venir meno dei confini territoriali nella circolazione delle opere dell'ingegno e, dunque, il carattere sempre più internazionale degli interessi legati alla proprietà intellettuale ha portato, in particolare negli anni '90, ad una nuova fase di negoziazione convenzionale internazionale in materia, con la stesura di alcuni importanti trattati.

Ma è soprattutto all'attività del legislatore comunitario che si deve il nuovo assetto della disciplina dedicata al diritto d'autore nel quadro italiano e continentale, legislatore da sempre molto attento al settore delle nuove tecnologie e dei beni informatici e che al diritto d'autore ha dedicato numerosi interventi.

2. L'opera dell'ingegno e il suo regime di protezione

I cc.dd. **beni immateriali** consistono in un'idea intesa come risultato di un processo creativo (c.d. *corpus mysticum*) che si estrinseca in un elemento materiale (c.d. *corpus mechanicum*) e sono oggetto di diritti assoluti, la cui natura oscilla tra il diritto di proprietà e il diritto di privativa.

Nella categoria a numero chiuso dei beni immateriali rientrano (oltre ai segni distintivi dell'impresa, le invenzioni industriali, i modelli di utilità, ecc.) quelle creazioni intellettuali definite quali "opere dell'ingegno".

A queste ultime il codice civile italiano dedica il Capo I, Titolo IX, Libro V, «Del diritto d'autore sulle opere dell'ingegno letterarie ed artistiche»: **gli artt. 2575-2583 c.c.** contengono l'enunciazione dei principi generali in materia, rinviando alle leggi speciali per le disposizioni di dettaglio.

È fondamentalmente a questa legislazione speciale che si deve guardare per ricostruire la disciplina giuridica nazionale del diritto d'autore ed in particolare alla **I. n. 633/1941 di**

«**protezione del diritto d'autore e di altri diritti connessi al suo esercizio**» (di seguito "**I.d.a.**"), come successivamente più volte integrata e modificata.

Tale testo normativo si articola in oltre 200 disposizioni, dedicate alle regole applicabili a qualsiasi creazione intellettuale (letteraria, musicale, ecc.) e a disciplinare nel dettaglio alcune specifiche categorie di opere.

Nel proseguo si analizzeranno le disposizioni principali applicabili in via generale, richiamando quelle dedicate a singole opere unicamente laddove di specifico interesse per la presente trattazione.

L'**art. 1 I.d.a.** definisce l'**oggetto della disciplina** stabilendo: «Sono protette ai sensi di questa legge le opere dell'ingegno di carattere creativo che appartengono alla letteratura, alla musica, alle arti figurative, all'architettura, al teatro ed alla cinematografia, qualunque ne sia il modo o la forma di espressione. **Sono altresì protetti i programmi per elaboratore come opere letterarie ai sensi della Convenzione di Berna sulla protezione delle opere letterarie ed artistiche ratificata e resa esecutiva con legge 20 giugno 1978, n. 399, nonché le banche di dati che per la scelta o la disposizione del materiale costituiscono una creazione intellettuale dell'autore**».

Si noti come il concetto di "opera dell'ingegno" non sia definito espressamente dalla I.d.a.

Per "**opera dell'ingegno**" si può intendere «**ogni risultato raggiunto mediante il prevalente impiego delle facoltà della mente umana, ogni frutto di attività psichica, che vi prevalga la psicologia della conoscenza ovvero quella del sentimento**».

Ai sensi del successivo **art. 2 I.d.a.**, appartengono ai suddetti generi una serie di opere, fra le quali: le opere letterarie, drammatiche, scientifiche, didattiche, religiose; le opere e le composizioni musicali; le opere coreografiche; le opere della scultura, della pittura, del disegno, dell'incisione e delle arti figurative similari; ecc.

Va segnalato come la giurisprudenza e la dottrina maggioritarie non ritengano l'elencazione ora ricordata di natura tassativa: di conseguenza, un'eventuale opera che non sia compresa in questo elenco non potrà ritenersi a priori esclusa dalla tutela.

Proprio per questo motivo le norme sulle opere dell'ingegno in passato sono state ritenute idonee, ad es., a proteggere anche il programma per elaboratore e le banche di dati prima del loro espresso inserimento nell'elencazione.

Oltre alle opere create dal nulla (espressione della massima creatività e originalità dell'autore), la normativa protegge anche le **opere cc.dd. derivate** (art. 4 I.d.a.).

L'opera derivata è caratterizzata da un contenuto parzialmente non originale: nelle opere derivate il carattere creativo è legato all'elaborazione successiva di un'opera preesistente (es. trasformazione dell'opera originaria in altra forma letteraria o artistica, traduzione in altra lingua, ecc).

Affinché la creazione intellettuale sia riconosciuta e tutelata dal diritto d'autore è **necessaria la sua estrinsecazione nel mondo materiale**, cioè che si concretizzi in una "**realizzazione esterna**": finché rimane idea astratta, essa non rileva quale opera dell'ingegno e non sarà protetta come bene giuridico.

La forma e il modo di esteriorizzazione della creazione possono essere i più diversi: le opere dell'ingegno sono tutelate «qualunque ne sia il modo o la forma di espressione», eventualmente anche prescindendo dalla fissazione su un supporto materiale.

Non qualunque espressione intellettuale è ritenuta meritevole di tutela come opera dell'ingegno, bensì solo quella **dotata di carattere creativo**.

Tale attributo non riguarda le idee o le nozioni alla base dell'opera, ma deve investire la forma espressiva dell'opera stessa, cioè la specificità modalità di estrinsecazione di dette idee e nozioni scelta dall'autore: è sufficiente che sussista un'individuale e personale espressione dell'idea da parte dell'autore dell'opera.

Risulta controverso se il requisito dell'originalità dell'opera, cioè la possibilità di riconoscervi l'impronta della personalità del suo autore, sia sufficiente per accedere alla protezione oppure sia necessario anche il carattere della novità dell'opera. In merito, larga parte della giurisprudenza e della dottrina nazionali ritengono che l'opera debba presentarsi anche **oggettivamente nuova**, risultando così possibile escludere dalla tutela le opere eventualmente identiche (per plagio o per mero incontro fortuito) successivamente realizzate.

L'elemento che accomuna tutte le opere dell'ingegno è che esse siano il risultato dell'attività creativa del relativo autore.

La creazione dell'opera dell'ingegno, dotata del requisito dell'originalità, è atto necessario e sufficiente affinché l'opera dell'ingegno goda della relativa tutela e siano conseguentemente riconosciuti al suo autore i corrispondenti diritti; ciò in quanto «**formano oggetto di diritto di autore le opere dell'ingegno di carattere creativo**» (art. 2575 c.c.) e «**il titolo originario dell'acquisto del diritto di autore è costituito dalla creazione dell'opera, quale particolare espressione del lavoro intellettuale**» (art. 2576 c.c. e art. 6 I.d.a.).

Il **contenuto del diritto d'autore**, di cui l'autore diviene titolare in seguito alla creazione di un'opera originale, ha una duplice natura:

30 di 41

- di tipo morale (diritti morali);
- di tipo patrimoniale (diritti patrimoniali o diritti di utilizzazione economica).

Questi diritti insistono sull'opera dell'ingegno intesa nella sua **forma espressiva o rappresentativa** e non invece sul suo contenuto ideologico (concetti, idee, informazioni, conoscenze, ecc.), che resta escluso dalla tutela e, pertanto, liberamente utilizzabile. Quindi, la tutela garantita dal diritto d'autore non rappresenta, di per sé, un ostacolo alla circolazione della conoscenza, almeno in linea teorica e purché sia effettivamente possibile accedere adeguatamente al contenuto dell'opera protetta.

L'opera dell'ingegno appartiene al genere dei beni immateriali, ossia di quei beni suscettibili di formare oggetto di facoltà esclusive a prescindere dall'eventuale incorporazione in un supporto materiale.

Occorre, dunque, **distinguere l'opera dell'ingegno** (bene immateriale) **dal supporto che eventualmente la incorpora** (bene materiale).

In via generale l'autore è, per l'ordinamento italiano, una **persona fisica**.

Tuttavia, in alcuni casi, il diritto d'autore è attribuito a particolari persone giuridiche (art. 11 l.d.a.): alle amministrazioni dello Stato, alle province ed ai comuni, laddove le opere siano create e pubblicate sotto il loro nome e a loro conto e spese. Agli enti citati si affiancano, per comune interpretazione, le regioni, non nominate nel testo normativo in quanto la loro costituzione è stata successiva all'emanazione della stessa l.d.a.

Il medesimo diritto spetta agli enti privati che non perseguano scopo di lucro, salvo diverso accordo con gli autori, nonché alle accademie e agli altri enti pubblici culturali limitatamente alla raccolta dei loro atti e sulle loro pubblicazioni.

Una persona giuridica potrà, inoltre, risultare titolare dei diritti patrimoniali sull'opera in altre specifiche ipotesi, nelle quali il legislatore ha voluto proteggere l'investimento economico di alcuni soggetti che operano nella c.d. impresa culturale. Così, i diritti di utilizzazione economica sui programmi per elaboratore, sulle banche di dati e sulle opere del disegno industriale creati dal lavoratore dipendente (e, per interpretazione costante, dall'appaltatore) in esecuzione delle sue mansioni o su istruzioni impartite dal datore di lavoro, sulle riviste o giornali, nonché sulle opere cinematografiche, spettano rispettivamente al datore di lavoro, all'editore e al produttore, che spesso possono essere, appunto, persone giuridiche.

Sotto il profilo soggettivo, **la titolarità dei diritti sull'opera potrà appartenere ad uno o più soggetti**, a seconda delle dinamiche creative e del risultato di queste.

Un'opera dell'ingegno può risultare quale frutto dell'attività creativa di un unico soggetto, a cui competerà pertanto il titolo di autore dell'opera (opera monosoggettiva) in esclusiva.

Un'opera d'ingegno può altresì essere il frutto dell'apporto intellettuale originale di più soggetti (opera plurisoggettiva), definendosi "in comunione" o "collettiva" a seconda delle dinamiche sottese alla sua realizzazione e degli esiti di essa.

L'attività creativa posta in essere da diversi autori darà origine a un'opera in comunione qualora i singoli contributi che la compongono risultino inscindibili e indistinguibili nell'opera finale (art. 10 l.d.a.) (ad es., un'opera letteraria scritta da 2 o più autori).

Nell'opera in comunione il diritto d'autore appartiene a tutti i coautori secondo parti che si presumono uguali, salvo l'esistenza di una prova scritta in merito ad un diverso accordo.

A questa categoria di opere sono applicabili le norme generali sulla comunione, mentre le azioni di difesa del diritto morale sull'opera sono esercitabili individualmente da ciascun coautore. In deroga alle disposizioni generali in materia di comunione, sono previste alcune ipotesi nelle quali è necessario il consenso di tutti i coautori (cfr. art. 10, comma 3, l.d.a.).

Viceversa, l'attività prestata dai singoli autori può diversificarsi a seconda dell'importanza delle singole porzioni realizzate rispetto al progetto finale o al ruolo assunto nella fase di direzione e organizzazione del lavoro creativo, dando origine a un'opera collettiva. In questo caso, i vari contributi hanno e conservano il loro carattere di creazioni autonome anche nell'opera finale: questa risulterà il frutto dell'attività di un soggetto che ne abbia curato la scelta, il coordinamento e la riunione.

È così considerato autore dell'opera collettiva chi ne organizza e dirige la creazione (art 7, Gomma I, l.d.a.). Costituite dalla riunione di opere o di parti di opere, le opere collettive hanno pertanto carattere di creazioni autonome come risultato della scelta e del coordinamento delle porzioni di opere preesistenti a un determinato fine letterario, scientifico, didattico, religioso, politico o artistico.

Esse godono della protezione prevista per le opere originali, indipendentemente e senza pregiudizio dei diritti d'autore sulle opere o sulle parti di opere di cui sono composte (art 3 l.d.a.). Il coordinatore vanta il diritto d'autore relativamente all'idea e alla realizzazione di tale attività organizzatrice, mentre i creatori dei singoli contributi (che restano riconoscibili nell'opera forale) conservano i propri diritti sugli stessi.

Il diritto d'autore non si può acquistare da altri che dal reale autore, il che significa che l'atto di trasferimento del diritto da parte di un soggetto non legittimato a disporre risulterà giuridicamente nullo.

Per espressa previsione art 8 l.d.a sarà reputato autore dell'opera salva possibilità di darne prova contraria la persona riportata come tale nelle forme in uso dell'opera (come il soggetto indicato sulla copertina).

3. I diritti patrimoniali e i diritti connessi

I **diritti di utilizzazione economica riconosciuti all'autore di un'opera dell'ingegno** si articolano in una serie di privative che hanno in comune i caratteri della esclusività, in quanto spettanti solo all'autore, e della reciproca autonomia.

L'esclusiva patrimoniale dell'autore, nel suo complesso, si risolve in un **diritto di ampia portata** che gli consente di trarre dall'opera ogni possibile utilità economica: l'autore, infatti, gode del **diritto esclusivo «di utilizzare economicamente l'opera in ogni forma e modo originale, o derivato»** (art. 12, comma 2, 1.d.a.) nei limiti fissati dalla stessa l.d.a., ed in particolare con l'esercizio dei diritti esclusivi previsti espressamente (ma non in via tassativa) agli artt. 12 e ss. l.d.a.

L'eventuale cessione di una delle privative economiche dell'autore non implica l'automatica cessione di un'altra: «*diritti esclusivi [Omissis] sono fra loro indipendenti. L'esercizio di uno di essi non esclude l'esercizio esclusivo di ciascuno degli altri diritti*» (art. 19 l.d.a.).

L'autonomia dei diritti patrimoniali dell'autore si traduce in una potenziale complessità nella gestione delle relazioni che investono l'opera tutelata e, dal punto di vista pratico, consigliano l'adozione di eventuali disposizioni contrattuali sulla cessione o concessione di diritti di utilizzazione economica il più possibile dettagliate.

In base al citato principio, infatti, resterà nella esclusiva disponibilità dell'autore qualunque forma di utilizzo dell'opera che non sia stata espressamente oggetto di pattuizione.

Le facoltà di utilizzazione economica, esclusive ed autonome fra loro, su cui è intervenuta in modo significativo la direttiva europea 2001/29/CE, avente ad oggetto il diritto d'autore e i diritti connessi i nella società dell'informazione (la cui attuazione in Italia è avvenuta con l'emanazione del D.Lgs. 68/2003), con l'intento di adeguarne la portata al nuovo con l testo digitale, consistono oggi:

- nel **diritto di pubblicazione** (art. 12 l.d.a.);
- nel **diritto di riproduzione** (art. 13 l.d.a.), cioè la moltiplicazione in copie, diretta o indiretta, temporanea o permanente, in tutto o in parte dell'opera, in qualunque modo o forma. Salvo quanto disposto in ordine alla responsabilità dei prestatori intermediari dalla normativa in materia di commercio elettronico, sono esentati dal diritto di riproduzione gli atti di riproduzione temporanea privi di rilievo economico proprio che sono transitori o accessori e parte integrante ed essenziale di un procedimento tecnologico, purché eseguiti all'unico scopo di consentire: a) la trasmissione in rete tra terzi con l'intervento di un intermediario, b) o un utilizzo legittimo di un'opera o di altri materiali (art. 68 bis l.d.a.). Gli atti di riproduzione in questione, affinché non operi il diritto di privativa, non debbono perciò avere un proprio valore economico e includono gli atti che facilitano la navigazione in rete e la realizzazione di copie *cache*, nonché l'effettivo funzionamento dei sistemi di trasmissione;
- nel **diritto di trascrivere** (art. 14 l.d.a.), che ha per oggetto l'uso dei mezzi atti a trasformare l'opera orale in opera scritta o riprodurla con uno dei mezzi indicati nel punto precedente;
- nel **diritto di rappresentazione, recitazione ed esecuzione in pubblico**, comunque effettuate, gratuitamente o a pagamento (art. 15 l.d.a.);
- nel **diritto di comunicazione al pubblico** (art. 16 l.d.a.) su filo o senza filo dell'opera attraverso l'impiego di uno dei mezzi di diffusione a distanza, quali il telegrafo, il telefono, la radio, la televisione ed altri mezzi analoghi e comprende la comunicazione al pubblico via satellite, la ritrasmissione via cavo, nonché le comunicazioni al pubblico codificate con condizioni particolari di accesso. Comprende, altresì, la messa a disposizione del pubblico dell'opera in maniera che ciascuno possa avervi accesso dal luogo e nel momento scelti individualmente (facoltà questa che comprende la tipica modalità con la quale un'opera viene messa a disposizione attraverso la rete Internet). Tale diritto non si "esaurisce" (in merito al "principio dell'esaurimento" si veda al punto successivo) con alcun atto di comunicazione al pubblico, ivi compresi gli atti di messa a disposizione del pubblico;
- nel **diritto di distribuzione** (art. 17 l.d.a.), cioè nella messa in commercio o in circolazione, o comunque a disposizione del pubblico, con qualsiasi mezzo ed a qualsiasi titolo, dell'originale dell'opera o degli esemplari di essa e comprende, altresì, il diritto esclusivo di introdurre nel territorio degli Stati della Comunità europea, a fini di distribuzione, le riproduzioni fatte negli Stati extracomunitari. Il diritto di distribuzione dell'originale o di copie dell'opera è in via generale soggetto al "**principio dell'esaurimento**". All'autore spetta il diritto esclusivo di fissare l'opera e di riprodurla in copie e la facoltà in parola gli consente di mettere sul mercato, o comunque in circolazione, l'opera o le copie fisiche di essa: nel caso in cui la prima vendita o il primo atto di trasferimento della proprietà del supporto incorporante l'opera nella Comunità sia effettuato

dal titolare del diritto o con il suo consenso, il diritto di distribuzione viene meno, "si esaurisce" appunto, consentendo a chiunque il successivo acquisto e la rivendita di tale supporto incorporante l'opera protetta.

Il diritto di esaurimento non si applica, però, alla messa a disposizione del pubblico di opere in modo che ciascuno possa avervi accesso dal luogo e nel momento scelti individualmente (cioè via Internet), anche nel caso in cui sia consentita la realizzazione di copie dell'opera.

Sempre ai fini dell'esaurimento, non costituisce esercizio del diritto esclusivo di distribuzione la consegna gratuita di esemplari delle opere effettuata o consentita dal titolare a fini promozionali, ovvero di insegnamento o di ricerca scientifica;

- Diritto di traduzione di un'opera art 18 l.d.a
- Diritto di elaborazione art 4 e 18 l.d.a
- Diritto di concedere in noleggio o in prestito l'opera art 18 bis l.d.a

Tutti i diritti esclusivi facenti capo all'autore hanno per oggetto l'opera nel suo insieme e in ciascuna delle sue parti (art. 19 l.d.a.). Pertanto, salvi i casi di libera utilizzazione, anche l'uso di una singola porzione di un'opera dell'ingegno deve essere autorizzata dall'autore.

In merito alla durata dei diritti patrimoniali, in generale, **questi sussisteranno per tutta la vita dell'autore e sino al termine del 70° anno solare dopo la sua morte**. Si tenga conto che la suddetta durata è soggetta a termini di decorrenza diversi a seconda del tipo di opera ed a numerose eccezioni.

I diritti di utilizzazione spettanti agli autori delle opere dell'ingegno (nonché i diritti connessi aventi carattere patrimoniale di cui si dirà fra breve) **possono essere acquistati**, alienati o trasmessi in **tutti i modi e forme consentiti dalla legge**, salva l'applicazione delle norme speciali indicate dalla l.d.a., e **possono trasferirsi sia per atto tra vivi**, sia **mortis causa**.

L'eventuale cessione di uno o più esemplari dell'opera non comporta, salvo patto contrario, la trasmissione dei diritti di utilizzazione spettanti agli autori dell'opera stessa o ai titolari di diritti connessi, salvo specifiche eccezioni previste nella l.d.a. (cfr. artt. 89 e 109 l.d.a.).

Sotto il profilo probatorio, la normativa impone che **la trasmissione dei diritti di utilizzazione economica debba essere provata per iscritto** (art. 110 l.d.a.).

Pertanto, il trasferimento della privativa potrà avvenire anche con atto avente forma orale, ma in caso di contestazione sarà l'avente causa (colui che afferma di aver acquisito la relativa privativa) a doverne provare l'avvenuto trasferimento e tale prova potrà essere data solo con atto avente forma scritta.

Accanto ai diritti di utilizzazione economica spettanti all'autore, su alcuni generi di opere, la legge riconosce **un'ulteriore serie di facoltà aventi un contenuto patrimoniale: i diritti connessi**.

Questi, contrariamente al diritto d'autore, **non spettano al creatore dell'opera dell'ingegno**, bensì ad **altri soggetti della c.d. impresa culturale** (artisti, esecutori, interpreti, fotografi, produttori, ecc.).

I diritti connessi sono estremamente eterogenei e sono costituiti da privative che, pur avendo ciascuna una diversa natura e un diverso contenuto, **sono accomunate dal fatto di presentare una connessione**, diretta o indiretta, **con l'esercizio o con l'oggetto del diritto d'autore**: sono diritti distinti e diversi dal diritto d'autore, ma ad esso variamente collegati e la cui tutela trova fondamento non in un'attività creativa, bensì in interessi di natura più strettamente economica.

4. I diritti morali

Accanto e indipendentemente dalla titolarità dei diritti di utilizzazione economica (e, dunque, anche nel caso questi siano stati eventualmente ceduti), **l'autore gode del diritto morale sull'opera realizzata** (artt. 20-24 l.d.a., 2582 c.c.).

Il diritto morale è posto a presidio della personalità dell'autore ed è caratterizzato dall'essere **diritto irrinunciabile, inalienabile e imprescrittibile**.

All'autore, in particolare, sono riconosciuti:

- a) il diritto alla paternità dell'opera;
- b) il diritto all'integrità dell'opera;
- c) il diritto di inedito;
- d) il c.d. diritto di pentimento.

Il **diritto alla paternità dell'opera** consente all'autore di rivendicare, e cioè di veder riconosciuta, la sua qualità di autore dell'opera e di pretendere che il suo nome sia indicato "nelle forme d'uso" negli esemplari dell'opera o in relazione alle sue utilizzazioni.

Il **diritto all'integrità dell'opera** consiste nel diritto dell'autore di opporsi a ogni deformazione, mutilazione o modificazione dell'opera e a ogni altro atto a danno della stessa che rechi pregiudizio al suo onore o alla sua reputazione. La sussistenza della lesione del diritto morale, quindi, richiede l'accertamento del pregiudizio all'onore o alla reputazione dell'autore, ossia dell'avvenuto detrimento del suo patrimonio morale.

Ulteriore espressione del diritto morale d'autore è il **diritto di inedito**, cioè la facoltà di non procedere alla pubblicazione della propria opera, diritto che si traduce in un rafforzamento del principio generale di esclusiva disponibilità dell'opera in capo al creatore.

Il c.d. **diritto di pentimento** consente invece all'autore, qualora concorrano gravi ragioni morali, di ritirare l'opera dal commercio, salvo l'obbligo di corrispondere un indennizzo a coloro che abbiano eventualmente acquistato i diritti sull'opera medesima (art. 2582 c.c.).

In base alle disposizioni vigenti in ambito nazionale (art. 23, l.d.a.), **il diritto morale sussiste in capo all'autore per l'intera durata della sua vita**; successivamente è esercitabile, senza limite di tempo, dal coniuge e dai figli, e, in loro mancanza, dai genitori e dagli altri ascendenti e dai discendenti diretti, o, mancando gli ascendenti ed i discendenti, dai fratelli e dalle sorelle e dai loro discendenti.

Infine, sebbene il diritto morale sia inalienabile, l'autore che abbia conosciute ed accettate eventuali modificazioni da parte di terzi alla propria opera non sarà più ammesso ad agire per impedirne l'esecuzione o per chiederne la soppressione (art. 22 l.d.a.).

5. Le eccezioni e limitazioni al diritto d'autore (le cc.dd. libere utilizzazioni)

Qualunque utilizzazione dell'opera dell'ingegno protetta dal diritto d'autore, stante il contenuto e la portata delle prerogative economiche riservate all'autore dalla l.d.a., sia soggetta al previo necessario **consenso dell'autore** (o del soggetto che abbia da questi acquisito i diritti patrimoniali sull'opera).

Ebbene, nella stessa l.d.a. sono previsti **alcuni casi in cui l'utilizzazione dell'opera non soggiace al consenso dell'autore** (o del titolare dei diritti patrimoniali), ma può essere **liberamente effettuata**. Tali ipotesi, tradizionalmente identificate con la locuzione "libere utilizzazioni", sono oggi previste nel Titolo I, Capo V, sotto la rubrica «Eccezioni e limitazioni», agli artt. 65-71 *decies* l.d.a., così come novellati dal D.Lgs. 68/2003 di attuazione della direttiva 2001/29/CE.

I casi di eccezione e limitazione alle prerogative economiche dell'autore costituiscono uno dei fondamentali limiti interni del diritto d'autore (insieme alla durata dei diritti patrimoniali e al principio dell'esaurimento); essi sono volti a garantire, sebbene in una limitata serie di ipotesi, la **possibilità di un libero utilizzo dell'opera**.

Vediamone brevemente le varie ipotesi.

In base alle disposizioni degli artt. 65-71 *decies* l.d.a., **risultano libere**, in quanto non necessitano del previo consenso dell'autore (o del titolare dei diritti patrimoniali), le seguenti attività:

- a) la riproduzione o comunicazione al pubblico in riviste o giornali, anche radiotelevisivi, degli articoli di attualità di carattere economico, politico o religioso, pubblicati nelle riviste o nei giornali, oppure radiodiffusi o messi a disposizione del pubblico, e gli altri materiali dello stesso carattere, se la riproduzione o l'utilizzazione non è stata espressamente riservata, purché si indichino la fonte da cui sono tratti, la data e il nome dell'autore, se riportato;
- b) la riproduzione o comunicazione al pubblico di opere o materiali protetti utilizzati in occasione di avvenimenti di attualità ai fini dell'esercizio del diritto di cronaca e nei limiti dello scopo informativo, sempre che si indichi, salvo il caso di impossibilità, la fonte, incluso il nome dell'autore, se riportato;
- c) la riproduzione o comunicazione al pubblico dei discorsi su argomenti di interesse politico o amministrativo tenuti in pubbliche assemblee o comunque in pubblico, nonché gli estratti di conferenze aperte al pubblico, nei limiti giustificati dallo scopo informativo, nelle riviste o nei giornali anche radiotelevisivi o telematici, purché si indichino la fonte, il nome dell'autore, la data e il luogo in cui il discorso fu tenuto;
- d) la riproduzione di opere o brani di opere a fini di pubblica sicurezza, nelle procedure parlamentari, giudiziarie o amministrative, purché si indichino la fonte e, ove possibile, il nome dell'autore;
- e) la riproduzione di singole opere o brani di opere per uso personale dei lettori, fatta a mano o con mezzi di riproduzione non idonei a spaccio o diffusione dell'opera nel pubblico;
- f) la fotocopia di opere esistenti nelle biblioteche accessibili al pubblico o in quelle scolastiche, nei musei pubblici o negli archivi pubblici, effettuata dai predetti organismi per i propri servizi, senza alcun vantaggio economico o commerciale diretto o indiretto;
- g) fermo restando il divieto di riproduzione di spartiti e partiture musicali, la riproduzione per uso personale, nei limiti del quindici per cento di ciascun volume o fascicolo di periodico, escluse le pagine di pubblicità, di opere dell'ingegno effettuata mediante fotocopia, xerocopia o sistema analogo;
- h) salvo quanto disposto in ordine alla responsabilità dei prestatori intermediari dalla normativa in materia di commercio elettronico, i già ricordati atti di riproduzione temporanea privi di rilievo economico proprio che sono transitori o accessori e parte integrante ed essenziale di un procedimento tecnologico, eseguiti all'unico scopo di consentire la trasmissione in rete tra terzi con l'intervento di un intermediario, o un utilizzo legittimo di un'opera o di altri materiali;
- i) il prestito eseguito dalle biblioteche e discoteche dello Stato e degli enti pubblici, ai fini esclusivi di promozione culturale e studio personale. Tale eccezione ha ad oggetto

esclusivamente: 1) gli esemplari a stampa delle opere, eccettuati gli spartiti e le partiture 2) i fonogrammi ed i videogrammi contenenti opere cinematografiche o audiovisive o sequenze d'immagini in movimento, siano esse sonore o meno, decorsi almeno diciotto mesi dal primo atto di esercizio del diritto di distribuzione, ovvero, non essendo stato esercitato il diritto di distribuzione, decorsi almeno ventiquattro mesi dalla realizzazione delle dette opere e sequenze di immagini;

- j) la riproduzione in un unico esemplare, per i servizi delle biblioteche, discoteche e cineteche dello Stato e degli enti pubblici, senza alcun vantaggio economico o commerciale diretto o indiretto, dei fonogrammi e dei videogrammi contenenti opere cinematografiche o audiovisive o sequenze di immagini in movimento, siano esse sonore o meno, esistenti presso le medesime biblioteche, cineteche e discoteche dello Stato e degli enti pubblici;
- k) il riassunto, la citazione o la riproduzione di brani o di parti di opera e la loro comunicazione al pubblico, se effettuati per uso di critica o di discussione, nei limiti giustificati da tali fini e purché non costituiscano concorrenza all'utilizzazione economica dell'opera; se effettuati a fini di insegnamento o di ricerca scientifica l'utilizzo deve inoltre avvenire per finalità illustrative e per fini non commerciali. Nelle antologie ad uso scolastico la riproduzione non può superare la misura determinata da apposito regolamento, il quale fissa la modalità per la determinazione dell'equo compenso. Il riassunto, la citazione o la riproduzione debbono essere sempre accompagnati dalla menzione del titolo dell'opera, dai nomi dell'autore, dell'editore e, se si tratta di traduzione, del traduttore, qualora tali indicazioni figurino sull'opera riprodotta;
- l) la libera pubblicazione attraverso la rete Internet, a titolo gratuito, di immagini e musiche a bassa risoluzione o degradate per uso didattico o scientifico, solo nel caso in cui tale utilizzo non sia a scopo di lucro. Con decreto del Ministro per i beni e le attività culturali saranno definiti i limiti all'uso didattico o scientifico citato;
- m) L'utilizzo da parte delle biblioteche, istituti di istruzione e musei con riguardo ai contenuti delle loro collezioni
- n) Nell'esecuzione in pubblico di brani musicali senza pagamento di alcun compenso dei diritti di autore purché non ci sia scopo di lucro
- o) ai portatori di particolari handicap, per uso personale, la riproduzione di opere e materiali protetti o l'utilizzazione della comunicazione al pubblico degli stessi, purché siano direttamente collegate all'handicap, non abbiano carattere commerciale e si limitino a quanto richiesto dall'handicap;
- p) la comunicazione o la messa a disposizione destinata a singoli individui, a scopo di ricerca o di attività privata di studio, su terminali aventi tale unica funzione situati nei locali delle biblioteche accessibili al pubblico, degli istituti di istruzione, nei musei e negli archivi, limitatamente alle opere o ad altri materiali contenuti nelle loro collezioni e non soggetti a vincoli derivanti da atti di cessione o da licenza;
- q) la riproduzione privata di fonogrammi e videogrammi su qualsiasi supporto, effettuata da una persona fisica per uso esclusivamente personale, purché senza scopo di lucro e senza fini direttamente o indirettamente commerciali, nel rispetto delle misure tecnologiche poste a tutela dell'opera dal legittimo titolare dei diritti di sfruttamento. I titolari dei diritti sono tenuti a consentire che, nonostante l'eventuale applicazione delle misure tecnologiche, la persona fisica che abbia acquisito il possesso legittimo di esemplari dell'opera o del materiale protetto, ovvero vi abbia avuto accesso legittimo, possa effettuare una copia privata, anche solo analogica, per uso personale, a condizione che tale possibilità non sia in contrasto con lo sfruttamento normale dell'opera o degli altri materiali e non arrechi ingiustificato pregiudizio ai titolari dei diritti. Ai titolari dei diritti sull'opera riprodotta spetterà comunque un equo compenso per tale riproduzione privata. La riproduzione, inoltre, non può essere effettuata da terzi. Infine, la libera riproduzione di cui alla presente lettera non si applica alle opere o ai materiali protetti messi a disposizione del pubblico in modo che ciascuno possa avervi accesso dal luogo e nel momento scelti individualmente (cioè attraverso Internet), quando l'opera è protetta dalle misure tecnologiche ovvero quando l'accesso è consentito sulla base di accordi contrattuali.

Resta comunque vietato lo spaccio al pubblico delle copie di cui ai punti e), f), g) e, in genere, ogni utilizzazione in concorrenza con i diritti di utilizzazione economica spettanti all'autore. Le eccezioni e limitazioni sopra citate si applicano non solo al diritto d'autore, ma ora, per espressa indicazione, anche ai diritti connessi e al diritto del costituente di una banca di dati. Una specifica disposizione precisa poi che le eccezioni e limitazioni ai diritti d'autore, quando sono applicate ad opere o ad altri materiali protetti messi a disposizione del pubblico in modo che ciascuno possa avervi accesso dal luogo e nel momento scelto individualmente (cioè attraverso Internet), non devono essere in contrasto con lo sfruttamento normale delle opere o degli altri materiali, né arrecare un ingiustificato pregiudizio agli interessi dei titolari (art. 71 l.d.a.). Tale ultimo principio costituisce un limite di ordine generale per qualunque utilizzazione libera dell'opera dell'ingegno nell'ambito di Internet e la sua concreta portata è al centro del dibattito dottrinale.

Ponendosi quali eccezioni ai diritti di sfruttamento economico dell'opera da parte dell'autore, le norme in materia di libere utilizzazioni sono state tradizionalmente ritenute di natura speciale: da ciò ne è stata, coerentemente ricavata una impossibilità di applicazione in via analogica o di una loro interpretazione estensiva, dovendo esse trovare applicazione solo nei casi tassativamente indicati dalla legge.

Si noti come le ipotesi di libera utilizzazione presentate attengano esclusivamente alla sfera patrimoniale del diritto d'autore: la tutela dei diritti a difesa della personalità dell'autore (diritto morale) può esercitarsi in ogni tempo.

6. I nuovi beni informatici: i programmi per elaboratore e le banche di dati elettroniche

La tutela del diritto d'autore è nata e si è sviluppata in relazione alle opere di natura letteraria ed artistica.

Sviluppata intorno all'opera letteraria, la disciplina a tutela del diritto d'autore ha però conosciuto, con il passare del tempo, un progressivo allargamento del suo campo di applicazione a favore di opere via via sempre più distanti dal requisito di una piena e significativa creatività artistica.

Al contempo, si è assistito ad un graduale abbassamento della soglia di creatività richiesta per accedere alla tutela.

La rivoluzione digitale non solo ha radicalmente mutato lo scenario in cui la tutela del diritto d'autore è destinata ad operare, ma ha altresì portato alla nascita di nuovi beni informatici che hanno assunto, nell'arco di pochi anni, una posizione di primo piano nel mercato globale: ci riferiamo, in particolare, **ai programmi per elaboratore e alle banche di dati elettroniche.**

A seguito della crescente importanza economica di tali beni, è emersa l'esigenza di individuare un regime di tutela adeguato a garantire i legittimi interessi degli operatori del settore rispetto a condotte che potessero vanificarne gli investimenti.

La risposta del legislatore è stata quella di **estendere la disciplina del diritto d'autore anche a questi nuovi beni**: tuttavia, la loro natura è quanto distante da un'opera artistica, quale un poema o una sinfonia musicale, e del tutto differenti risultano le loro caratteristiche peculiari (ivi comprese le destinazioni d'uso) e le relative esigenze di tutela.

A motivo di tale circostanza, per il **software e per le banche di dati** è stata coniata in dottrina la definizione di "**opere utili**", per distinguerli appunto dalle tradizionali opere più propriamente artistiche.

Le opere utili sono caratterizzate non tanto dalla creatività, bensì dalla loro funzionalità e utilità: nel loro caso il concetto stesso di creatività risulta compresso, sino a divenire un mero elemento negativo, rappresentato dal **riscontro della non copiatura**, cioè quale semplice **«diversità dai precedenti»**.

6.1 la tutela dei programmi dell'elaboratore

La normativa nazionale in materia è stata introdotta con il Dlgs 518/1992 ed ha stabilito che i programmi per elaboratore o protetti come opere letterarie ai sensi della convenzione di Berna sulla tutela delle opere letterarie ed artistiche. Dobbiamo fare alcune osservazioni però sulla possibilità di assimilare un software all'opera letteraria: in primis la tutela si estende ai programmi in qualsiasi forma espressi purché originali mentre ne restano escluse le idee ed i principi alla base del programma e delle sue interfacce. Il legislatore Europeo non si è espresso sulla definizione di software ma si può configurare come un programma in qualsiasi forma, compresi quelli incorporati nell'hardware ed inoltre il materiale preparatorio per la progettazione del programma. La protezione del software si basa sulla sua forma espressiva, qualunque essa sia, coprendo il codice sorgente nonché il codice oggetto, qualunque tipo di software nonché i suoi materiali preparatori. Il requisito fondamentale è che deve essere originale e cioè risultato della creazione intellettuale dell'autore, originalità configurabile solo se sussista libertà di scelta fra più varianti per risolvere il medesimo problema. L'assenza di possibilità di scelta ovviamente una la creatività. In ambito nazionale il diritto di autore si imputa ab origine alle persone fisiche ma si può imputare anche a quelle giuridiche, ciò è dimostrato dal fatto che i programmi per elaboratore creati dal lavoratore dipendente in esecuzione delle sue mansioni o su istruzioni impartite dal datore di lavoro, appartengono a quest'ultimo (l'uniche rimane in mano all'autore sono i diritti morali).

All'autore, oltre ai diritti morali, sono riconosciuti i diritti esclusivi di effettuare e autorizzare:

1. la riproduzione, permanente o temporanea, visualizzazione, memorizzazione operazioni quest'ultime che richiedono autorizzazione dal titolare dei diritti comportando la creazione di copie (non soggetta ad autorizzazione se il soggetto è acquirente)
2. La traduzione ed ogni altra modificazione del programma per elaboratore (non soggetta ad autorizzazione se il soggetto è acquirente)
3. Qualsiasi forma di distribuzione al pubblico, compresa la locazione

La prima vendita di una copia del programma nell'unione europea sotto il consenso del titolare esaurisce il diritto di distribuzione nell'UE.

36 di 41

All'utente legittimo di un software viene riconosciuta la possibilità di reverse engineering, operazioni necessarie a ricostruire il codice sorgente partendo dal codice oggetto. L'autorizzazione del titolare dei diritti a compiere la decompilazione non è richiesta unicamente qualora la riproduzione del codice del programma e la traduzione siano indispensabili per conseguire l'interoperabilità. Le condizioni per poter effettuare ciò:

- che le info per l'interoperabilità non siano già disponibili
- Che l'analisi del programma sia eseguita solo da soggetti che hanno il diritto di usare una copia del programma
- Le attività precedenti siano limitate alle parti del programma utili all'interoperabilità

Le info ottenute non dovranno essere utilizzate a fini diversi, comunicate a terzi e ovviamente utilizzate a scopi commerciali per sviluppare un software simile.

La previsione di un criterio di tutela come la creatività soggettiva di basso livello fa sì che nella pratica qualunque programma per elaboratore che non sia frutto di plagio risulti idoneo ad ottenere protezione. La protezione offerta sembra comunque eccessiva, innanzitutto si ha una durata di 70 anni per un tipo di tecnologia che la necessiterebbe per pochi anni e soprattutto impedendo l'accesso al codice sorgente si ottiene già una tutela che però, essendo mirata a proteggere le idee e i principi appare illegittima non essendo materia assoggettabile al diritto d'autore.

6.2 la tutela delle banche dati

La disciplina della protezione delle banche dati è stata introdotta con la ricordata direttiva 96/9 CE concernente la protezione legale delle banche dati poi attuata a livello nazionale con il dlgs 169/1999 che ha novellato inserendo le banche di dati che per la scelta o la disposizione del materiale costituiscono una creazione intellettuale dell'autore. Le tipologie di banche dati tutelabili sono di due tipi: 1) quelle in cui i contenuti sono stati selezionati in modo originale dall'autore 2) quelle che pur non risultando creativa la selezione risulta originale la disposizione dei materiali all'interno dell'opera. Le banche dati presentano contrariamente ai software una definizione che mette in risalto in modo particolare la struttura della banca, la sola forma espressiva: "una raccolta di opere, dati o altri elementi indipendenti sistematicamente o metodicamente disposti ed individualmente accessibili grazie a mezzi elettronici o in altro modo. Andiamo ad analizzare le componenti della definizione:

- indipendenza, definizione negativa, non sussisterà se sia riscontrabile una correlazione tra gli elementi simile a quella esistente tra opere cinematografiche o musicali.
- Disposizione sistematica o metodica esclude le raccolte non ordinate o puramente casuali; sotto questo punto di vista non si richiede che siano fisicamente memorizzati in forma ordinata bensì che siano ordinati sulla base di indici.
- Accessibilità individuale, possibilità di accedere alla singola informazione in modo diretto e consente di distinguere le banche dati dalle semplici raccolte di dati.

L'originalità può risultare dai materiali inseriti o dalla disposizione materiale; questo secondo elemento merita di essere studiato più da vicino: il termine disposizione può essere ricondotto al concetto di coordination, ricorrente quando si siano creati una serie di collegamenti a struttura reticolare tra i dati e arrangement o organizzazione cioè un determinato ordine sequenziale di disposizione dei dati.

Applichiamolo alle banche dati elettroniche: da un punto di vista informatico sono formate da tre elementi quali la struttura fisica di memorizzazione dei dati, programmi utilizzati per la fruizione della banca dati ed infine uno schema che è un programma realizzato in apposito linguaggio. Nel momento in cui un utente vuole accedere ad una informazione invia una richiesta che dovrà essere interpretata dal DBMS in base allo schema indirizzando verso la info richiesta. Come detto in precedenza la struttura della banca è data dallo schema non dalla disposizione fissa in ambito di memorizzazione per quanto poi si possa distinguere tra programmi di coordinamento e programmi destinati all'interfaccia con l'utente, quest'ultimi possono mutare mantenendo inalterato lo schema. Con riguardo al rapporto tra software e banche dati, quelli finalizzati al funzionamento ed al contenuto non rientrano nella difesa mentre invece i programmi per elaboratore intrinsecamente legati al contenuto sì (corrispondono allo schema).

I diritti d'autore potranno appartenere a colui che ha coordinato la realizzazione della banca dati oppure a più coautori, vale la stessa regola precedentemente citata per le opere eseguite dal lavoratore dipendente.

Art 64 quinquies, diritti patrimoniali, diritti esclusivi di autorizzare o eseguire:

- qualsivoglia dimostrazione, presentazione o comunicazione al pubblico
- Qualsiasi forma di distribuzione al pubblico dell'originale
- Riproduzione permanente o temporanea totale o parziale
- Traduzione, adattamento, diversa disposizione o modifica

In considerazione della sempre più diffusa consultazione online delle banche dati elettroniche la direttiva europea corrispondente al dlgs di attuazione 169/1999 la prestazione derivante dalla consultazione di dati non si configura come una consegna di beni bensì una prestazione di servizi. Diritto di distribuzione della banca dati in Europa si esaurisce alla prima vendita di una copia nel territorio UE da parte del titolare o con il suo consenso.

Ci sono alcune fattispecie che non sono soggettate ad autorizzazione ex art 64 sexies ma che comunque non devono essere interpretate in modo da generare pregiudizio al titolare del diritto o al normale impiego della banca dati:

- l'accesso o la consultazione della banca di dati quando abbiano esclusivamente finalità didattiche, **se l'operazione comporta però la riproduzione permanente della totalità o di una parte sostanziale l'autorizzazione sarà necessaria**
- L'impiego della banca dati per fini di sicurezza pubblica
- Per l'utente legittimo, la riproduzione, trasmissione, comunicazione se tali attività sono necessarie per l'accesso al contenuto o il suo impiego. Questo vale sia per accessi completi o limitati, con riferimento alla parte di banca dati corrispondente.

La normativa italiana si pone come più restrittiva di quella europea così ad esempio con riguardo al suo utilizzo per finalità scientifiche la norma comunitaria ritiene non necessaria alcuna autorizzazione anche per eventuali copie permanenti. I diritti patrimoniali sono sottoposti ad ulteriori eccezioni e limitazioni art 65-71 decies l.d.a detta anche disciplina delle libere utilizzazioni. Con riguardo a questa disciplina alcuni sono dubbiosi della sua applicazione al regime delle banche dati ridendo applicabili le precedenti fattispecie dell'art 64 sexies.

6.3 il diritto del costitutore di una banca dati

Le esigenze di tutela richieste dalle banche dati elettroniche non si esauriscono nelle precedenti fattispecie, necessitano infatti di una tutela maggiore, difatti molte banche fin dal principio risultavano prive di originalità distinguendosi per lo sforzo economico necessario a reperire e predisporre i contenuti. Per rispondere a queste nuove esigenze è stato introdotto affianco e in modo indipendente dal diritto d'autore il diritto del costitutore volto a tutelare l'investimento economico nochi di tempo, lavoro ed energia per realizzarla, verificarla o presentarla. Ciò che si mira a tutelare è il rischio degli investimenti effettuati contro l'appropriazione dei risultati ottenuti.

Il costitutore: soggetto che effettua investimenti rilevanti per la realizzazione di una banca dati o la sua verifica o presentazione impelando mezzi finanziari, tempo e lavoro

La valutazione sulla rilevanza dell'investimento si ritiene non debba essere effettuata in senso assoluto bensì contestualizzata al settore preso in considerazione, al livello degli investimenti effettuati da altri soggetti concorrenti o dal medesimo soggetto per operazioni analoghe. Il concetto di rilevante sotto il profilo quantitativo e qualitativo si configura come ambiguo, infatti il criterio qualitativo non è ben specificato quindi riferibile ad esempio alla complessità nel reperimento delle informazioni oppure allo sforzo organizzativo ed intellettuale, mentre, il criterio quantitativo, risulta più semplice e riferibile al livello degli investimenti finanziari normalmente effettuati nel settore di appartenenza, nonché lo sforzo delle risorse umane. Se ricorre l'investimento rilevante il costitutore potrà vietare le operazioni di estrazione, ovvero reimpiego della totalità o di una parte sostanziale della banca dati:

- estrazione come trasferimento permanente o temporaneo della totalità o di una parte sostanziale del contenuto di una banca su un altro mezzo e in qualsivoglia forma
- Reimpiego, qualsiasi forma di messa a disposizione del pubblico, della totalità o di una parte sostanziale de contenuto della banca dati mediante distribuzione di copie o noleggio o trasmissione in qualsiasi forma e mezzo
- Anche se non riguardano parti sostanziali non saranno permesse queste attività se ripetute e sistematiche qualora presuppongano operazioni contrarie alla normale gestione
- Parte sostanziale: si fa d nuovo riferimento a criteri qualitativi e quantitativi. È intervenuta la corte di giustizia per chiarire la questione sostenendo come la definizione di parte sostanziale riferita al punto di vista quantitativo si riferisce al volume dei dati estratti e/o reimpiegati della banca mentre sotto il profilo qualitativo si riferisce alla rilevanza dell'investimento indipendentemente dal fatto che tale oggetto rappresenti una parte qualitativamente sostanziale

Il diritto del costitutore è riconosciuto ai soli cittadini di uno stato membro dell'UE o residenti abituali nel territorio della stessa. Qualora questo sia una società prima di verificare che il diritto sussista bisogna verificare che questa sia stata costituita secondo la normativa di uno stato membro e che abbia la sede sociale, l'amministrazione centrale o il centro di attività principale all'interno dell'Unione; qualora ci sia soltanto la sede sociale deve sussistere un legame effettivo con l'economia di uno degli stati membri. Come al solito la prima vendita esaurisce il diritto del costitutore di controllare la rivendita della copia nel territorio dell'UE.

La durata è di 15 anni dal 1° gennaio dell'anno successivo alla data di completamento della costituzione della banca dati, per le banche dati messe a disposizione del pubblico dal 1° gennaio dell'anno successivo alla messa a disposizione. I due termini paiono potersi cumulare fino a formare una tutela estesa di 30 anni. Nel caso in cui vengano apportate delle modifiche decorre un autonomo termine tenendo sempre in riferimento il 1° gennaio dell'anno successivo all'attività eseguita ma tenendo presente che la protezione, secondo logica, attiene solo agli elementi modificati poiché altrimenti minime modifiche potrebbero prolungare la durata della protezione potenzialmente all'infinito. Il costituente non può opporsi all'estrazione o al reimpiego di parti non sostanziali.

L'utente sarà comunque soggetto ad una limitazione di ordine generale consistente nell'eseguire operazioni che siano in contrasto con la normale gestione della banca dati o che arrechino un ingiustificato pregiudizio al costituente, così come accade anche per il diritto d'autore o di un altro diritto connesso all'opera contenute nella banca. Tra gli atti non soggetti al consenso c'è il prestito al pubblico in ambito bibliotecario. Eccezioni e limitazioni dette in precedenza si applicano anche al costituente.

Si temeva che il diritto del costituente si configurasse più come una esclusiva sulle idee tan'è che lo stesso legislatore si è ritenuta la facoltà di apportare modifiche alla disciplina qualora inficiasse la concorrenza e in caso alterazione misure per riportare l'equilibrio. In particolare attraverso l'istituzione di un regime di licenze obbligatorie. Attraverso il riferimento alla parte sostanziale appare evidente come in resta non si voglia porre alcun monopolio sull'informazione

7. Il progetto multimediale e la sua possibile tutela quale opera dell'ingegno

Tutt'oggi non ritroviamo in alcun codice una definizione di prodotto multimediale per quanto questo presenti uno sviluppo in ascesa. Le proprietà tipiche dei file multimediali sono la facilità di riproduzione, trasmissione, manipolabilità, possibilità di combinare opere appartenenti a tipologie differenti, possibilità di raccogliere rendere disponibili dati, interattività, cioè la possibilità di una navigazione reticolare dell'opera. Il primo elemento costitutivo del prodotto multimediale è rappresentato dal contenuto informativo mentre il secondo è il programma per l'elaboratore che consente di usufruire del contenuto informativo. Il percorso di fruizione non è unico dovendo tenere presente la scelta effettuata dal soggetto sulla base delle diverse offerte del sistema, definita fruibilità, che permette addirittura di integrare i contenuti multimediali e di crearne di nuovi. Numerose sono le definizioni di prodotto multimediale offerte dalla dottrina ma secondo Claudio di Cocco coglie nel segno chi fa ruotare la definizione attorno all'integrazione fra i diversi contenuti. Pertanto si potrà intendere un prodotto che combina simultaneamente in forma digitale o integrata dati e info di tipo diverso, fruibile all'utente in modo interattivo grazie ad apposito software. In realtà all'interno del L.d.a troviamo l'espressione opera multimediale ma senza che venga in un contesto omogeneo e quindi creando confusione ed eterogeneità di opinioni. Stante l'assenza di una indicazione ad hoc perché un multimedia sia considerabile opera dell'ingegno risulta necessario il carattere creativo che potrà attenersi al software ad esempio od anche al contenuto informativo, carattere creativo che certamente risulterà maggiore della somma della creatività delle diverse componenti singolarmente considerate. Il contenuto multimediale raramente si presenta come monosoggettivo, laddove partecipino figure diverse la sussunzione tra le opere collettive rimane la più condivisa. Secondo altri autori l'opera multimediale si configurerebbe come opera derivata e quindi monosoggettiva.

L'inquadramento del prodotto multimediale tra le opere dell'ingegno della l.d.a risulta problematico ma pare abbia avuto largo consenso la sua configurazione di banca dati elettronica. Tuttavia tale configurazione ha generato diverse perplessità poiché la banca come noi sappiamo, da definizione, è costituita da elementi di carattere individuale e scindibile cosa che qui difficilmente può avvenire. Altri rilevano che trovare categorie omogenee nelle creazioni intellettuali sia difficile e che perciò ci si debba attenere alla disciplina vigente andando ad applicare le disposizioni più consone di volta in volta adattabili al caso concreto con il rischio però che casi simili finiscano per trovare un diverso inquadramento. Perciò una buona arte della dottrina ritiene si debba rimettere mano alla disciplina.

8. Riconoscimento e tutela delle misure tecnologiche di protezione

Le facilità nella manipolazione, trasmissione, duplicazione dei dati ha determinato un aumento nelle violazioni. La direttiva di riferimento in Europa è la 2001/29 mentre a livello internazionale abbiamo la WIPO, WCT, WPPT, DMCA. Il testo del WCT pur senza definire le misure tecnologiche sanziona l'alterazione. I trattati WIPO stabiliscono l'obbligo di adeguata tutela giuridica al diritto d'autore preconstituendo mezzi di ricorso efficaci contro l'elusione di misure tecnologiche per impedire:

- vengano commessi atti non autorizzati dagli autori o vietati per legge
- Sia rimossa o alterata, senza autorizzazione alcuna informazione elettronica sulla gestione dei diritti
- Le opere siano distribuite, importate ai fini di distribuzione, diffuse e comunicate al pubblico

In base al WCT, il DMCA ha introdotto disposizioni antiaccesso e anticipa, le prime permettono di controllare l'accesso all'opera protetta, le seconde sono quelle che limitano o inibiscono l'esercizio dei diritti riconosciuti al titolare delle privative.

In Europa non troviamo una tale distinzione, ci si limita a richiedere agli stati membri un'adeguata protezione contro:

- 1) l'elusione di efficaci misure tecnologiche, svolta da persone consapevoli o che si possono ragionevolmente presumere consapevoli, di perseguire tale obiettivo.
- 2) Fabbricazione, importazione, vendita, noleggio a scopi commerciali che siano oggetto di una promozione, pubblicità con la finalità di eludere o non abbiano, se non in misura limitata altre finalità o uso commerciale rilevante, oltre a quello di eludere oppure siano principalmente progettate con la finalità di rendere possibile o più facile l'elusione di efficaci misure tecnologiche
- 3) Chiunque consapevolmente senza averne diritto rimuova o alteri qualsiasi info elettronica sul regime dei diritti o distribuisca, importi a fini di distribuzione, diffonda, comunichi opere o altri materiali protetti

In ambito nazionale sono state certamente implementate le disposizioni WIPO inserendo sanzioni penali e introducendo possibilità di inserimento di misure di sicurezza tecnologiche a protezione.

9. Il diritto d'autore e la navigazione nel web

La navigazione tramite web come sappiamo avviene tramite la ricerca di appositi nomi di dominio oppure tramite hyperlink, cioè una connessione che da una determinata pagina web consente di accedere ad un'altra. Alla generale libertà di accesso alle informazioni sul web si contrappone l'interesse del titolare del sito ad evitare che attraverso pratiche di linking possa derivare danno dall'utilizzo non autorizzato dei propri contenuti. Secondo alcuni autori l'utilizzo di links una caratteristica essenziale della rete e quindi non potrebbe trovare tutela. Questa teoria risulta valida se il collegamento formatosi tra pagine conduca alle rispettive pagine principali senza effettuare collegamenti anomali. I links in questione indirizzano a sottopagine potendo generare fenomeni di deep linking o framing.

Deep links: consentono di visualizzare un contenuto specifico, vengono saltate le pagine che normalmente dovrebbero essere seguite dall'utente incidendo potenzialmente sul numero di accessi registrati nella home page del sito richiamato ma anche generando confusione in merito alla reale paternità dei contenuti interferendo così con gli eventuali diritti di autore oltre che rilevando in materia di concorrenza sleale.

In Europa, teoria che ha avuto particolarmente successo è stata quella dell'implicit license to link, i titolari di siti web, per la natura stessa della rete, nel momento in cui rendono disponibile un contenuto sul web autorizzano implicitamente qualunque altro operatore a creare connessioni con tali materiali. Secondo tale teoria il surface link non creerebbe alcun problema contrariamente al deep linking. Vanno infatti verificati caso per caso le modalità con le quali viene effettuato, le caratteristiche dei materiali a cui si accede, le qualità individuali dei soggetti coinvolti e le finalità dell'attività da loro svolta attraverso il sito web; è evidente come il deep linking non sia pratica illecita a prescindere ma lo diventi in base alla natura del caso concreto.

Teoria che è stata preferita quella che individua nei meccanismi della rete i presupposti per un vero e proprio **diritto** di creare collegamenti facendo venire meno qualsiasi necessità di contrarre links agreements, cioè di quelle indicazioni in alcuni casi pubblicate nelle pagine di un sito web volte a disciplinare le vere e proprie pratiche di linking consentite a terzi.

Framing: consiste nel creare una cornice grafica, normalmente la stessa del sito richiamante all'interno della quale viene poi visualizzato altro contenuto. La cornice è uno strumento che serve a nascondere gli elementi grafici distintivi del sito richiamato e perciò viene del tutto nascosta all'utente la loro reale paternità. Questa tecnica è illegale, e la sua illegalità può derivare da diversi aspetti, prima di tutti la materia della concorrenza sleale parassitaria ex 2598 cc ma anche la violazione del diritto d'autore qualora i contenuti interessati dal framing possano essere considerati come pratica dell'ingegno. Sul tema dei link è intervenuta recentemente la Corte di

giustizia che si è soffermata sulla natura dei links, sulla loro potenziale interferenza con le prerogative degli autori ed in particolare con il diritto di messa a disposizione del pubblico. In una prima decisione la corte ha chiarito come la nozione di comunicazione al pubblico consti di due elementi cumulativi, vale a dire un atto di comunicazione di un'opera e la comunicazione di quest'ultima al pubblico. La definizione data a livello europeo di "atto di comunicazione" è da intendere in senso ampio e certamente ricomprende la messa a disposizione un sito internet dei collegamenti cliccabile verso opere protette. Il collegamento verso opere tutelate deve essere valutato come messa a disposizione e di conseguenza come un atto di comunicazione. In merito al secondo degli elementi citati, "il pubblico", la corte ricorda come questo si sostanzia in un numero indeterminato di destinatari potenziali e, un numero di persone considerevole quale certamente è quello dei potenziali utilizzatori a cui si rivolge il gestore di un sito internet. Per ricadere nella nozione di comunicazione al pubblico occorre ovviamente che il pubblico sia nuovo, conclusioni del tutto diverse, sottolinea la corte, si giungerebbe se il collegamento consentisse di eludere misure restrittive per consentire l'accesso ai soli abbonati poiché si integrerebbe il requisito del pubblico nuovo. In una seconda decisione la corte ha sostenuto che per stabilire se il fatto di collegare collegamenti ipertestuali verso opere protette liberamente disponibili su altro sito che però le ha pubblicate senza consenso del titolare occorre determinare il fine di lucro dell'attività, se il fine di lucro esiste infatti si presume che il soggetto fosse a conoscenza della presenza di quei dati su sito terzo in maniera illecita. Criterio generale, in assenza di lucro è che il soggetto non ne fosse a conoscenza oppure che ragionevolmente non lo sarebbe potuto essere.

10. La riforma Europea del diritto d'autore : la direttiva 2019/70

I rapidi sviluppi tecnologici continuano a trasformare le opere e., altri materiali sono prodotti, distribuiti e sfruttati, facendo emergere continuamente nuovi modelli di business. La direttiva interviene per stabilire nuove norme che vogliono creare armonizzazione nel quadro europeo in materia di diritto d'autore ma che tengano conto di utilizzi digitali transfrontalieri introducendo nuove eccezioni e limitazioni al diritto d'autore o agevolino licenze. Viene innanzitutto operato un adeguamento al regime delle eccezioni e limitazioni: una prima eccezione è volta a consentire l'estrazione di testo e di dati per scopi di ricerca scientifica consentendo ad organismi di ricerca scientifica e istituti di tutela del patrimonio culturale le riproduzioni, estrazioni per scopi di ricerca scientifica. Una medesima eccezione per riproduzioni o estrazioni di materiali a cui si abbia accesso viene prevista in via generale sempre che l'utilizzo di dette opere non sia stato espressamente riservato dai titolari dei diritti in modo appropriato ad esempio attraverso strumenti di lettura automatizzata in caso di contenuti resi pubblicamente a istituti di tutela del patrimonio dovrà essere consentita la realizzazione di copie presenti permanentemente nelle loro raccolte ai fini di conservazione dell'opera.

Una seconda serie di disposizioni della direttiva è volta a migliorare le procedure di concessione di licenze e di garantire un più ampio accesso ai contenuti protetti. Tra questi strumenti possiamo annoverare l'introduzione di meccanismi di concessione di licenze collettive o assistenza da parte di organismi imparziali od i mediatori nella conclusione di licenze.

Una terza sezione è dedicata alle misure miranti a garantire le misure del buon funzionamento del mercato del diritto d'autore. Una prima disposizione riguarda la protezione delle pubblicazioni di carattere giornalistico in caso di loro utilizzo online. Si riconosce agli editori di giornali stabiliti in uno stato membro i diritti per l'utilizzo online delle loro pubblicazioni di carattere giornalistico da parte di prestatori di servizi della società dell'informazione (non si applicano ad utilizzi privati o comunque non commerciali nonché ad utilizzi di parole o estratti). La durata dei diritti è fissata in due anni dalla pubblicazione. Gli stati membri dovranno provvedere affinché gli autori delle opere incluse in una pubblicazione di carattere giornalistico ricevano una quota adeguata dei proventi percepiti dagli editori per l'utilizzo delle loro pubblicazioni da parte dei prestatori di servizi.

Art 17: Con riguardo all'utilizzo di contenuti protetti da parte dei prestatori, definiti come "soggetti il cui scopo principale o uno dei principali scopi è quello di memorizzare e dare accesso al pubblico a grandi quantità di opere protette dal diritto d'autore o altri materiali protetti caricati dai suoi utenti, che il servizio organizza e promuove a scopo di lucro", nel momento in cui questi effettuano atti di comunicazione al pubblico concernenti opere protette devono assicurarsi di aver ottenuto apposita autorizzazione da parte del titolare dei diritti ad esempio attraverso una licenza. Per quanto riguarda il rispettivo regime di responsabilità, le limitazioni di responsabilità per il cosiddetto hosting non si applicherà alle fattispecie contemplate all'art 17 in commento, si tratta di una importante deroga volta a definire un regime di responsabilità più stringente. Qualora non sia stata concessa alcuna autorizzazione i prestatori sono responsabili per atti non autorizzati di comunicazione al pubblico a meno che non siano in grado di dimostrare:

- di aver compiuto i massimi sforzi per ottenere un'autorizzazione
- Aver compiuto secondo elevati standard di diligenza professionale i massimi sforzi per assicurare che non siano disponibili opere e altri materiali specifici per le quali abbiano ricevuto le informazioni dai titolari dei diritti

41 di 41

- In ogni caso aver agito tempestivamente dopo aver ricevuto una segnalazione sufficientemente motivata dai titolari dei diritti per disabilitare l'accesso o rimuovere dai loro siti web le opere o altri materiali

L'applicazione del regime di responsabilità si baserà su diversi fattori come il fatturato del prestatore, il numero di visitatori mensili. Gli stati membri devono prevedere la possibilità di utilizzare specifiche eccezioni e limitazioni come la critica, l'utilizzo a scopo di caricatura, parodia ecc.. Infine alcuni articoli della direttiva sono finalizzati a garantire una equa remunerazione nei contratti di sfruttamento. Ciò viene realizzato attraverso l'introduzione di un generale principio: se gli autori concedono in licenza o trasferiscono i loro diritti esclusivi per lo sfruttamento delle loro opere o altri materiali, devono veder garantito il diritto di ricevere una remunerazione adeguata e proporzionata. Ciò comprende meccanismi di adeguamento contrattuale nonché di diritti di revoca. Le disposizioni dovranno essere attuate dagli stati membri entro il 7 giugno 2021.

11. La tutela dei domain names

La trasmissione di dati tra computer collegati in rete avviene grazie ad alcuni protocolli di comunicazione standardizzati tra cui TCP e IP. Altrettanto essenziale è il DNS che consente di trasformare gli IP in sequenze di lettere più facilmente memorizzabili. Come l'IP il nome di dominio è assegnato ad un solo soggetto e l'assegnazione avviene attraverso un criterio di tipo temporale da parte di apposite associazioni od enti a ciò preposte da un ente centrale costituito negli stati uniti l'ICANN. Si è assistito ad un crescente interesse verso i nomi di dominio in quanto suggestivi o corrispondenti a marchi o personaggi famosi e di conseguenza a fenomeni di accaparramento di dominio. In Italia è stato emanato il Dlgs 30/2005 che ha espressamente riconosciuto al nome di dominio la natura di segno distintivo dell'impresa.

- Art 12 c.p.i. non possono costituire oggetto di registrazione come marchio d'impresa i segni che, alla data del deposito della domanda, siano identici o simili ad un segno già noto come ditta o nome di dominio utilizzato in attività economiche poiché potrebbe derivarne un rischio per il pubblico di confusione e un rischio di associazione tra i due segni
- Art 22 c.p.i. Con riguardo ai segni distintivi si stabilisce come sia vietato adottare come ditta, denominazione o ragione sociale un nome di dominio utilizzato in altra attività economica a causa dell'identità o dell'affinità per il solito rischio di confusione ed associazione. Tale divieto si estende a prodotti e servizi anche non affini.

Il codice di proprietà industriale ha introdotto anche la possibilità per il titolare del marchio di esercitare azione di rivendica nei confronti dell'assegnatario del nome di dominio facendo riferimento a registrazione di un nome di dominio in violazione o mala fede.

L'art 133 prevede la tutela cautelare dei nomi a dominio disponendo che l'autorità giudiziaria può disporre oltre all'inibitoria dell'uso nell'attività economica del nome a dominio illegittimamente registrato anche il suo trasferimento provvisorio. Naturalmente tutte queste casistiche si basano su un elemento di fondo, cioè la qualificazione del nome a dominio come segno distintivo d'impresa o attività economica. In caso contrario nel caso in cui il nome di dominio si possa riferire a persona fisica si potrà procedere a tutela attraverso la tutela civilistica del nome art 6,9,7,2043 cc.