

IL DIRITTO DELL'INFORMAZIONE E DELL'INFORMATICA

Anno XXIV Fasc. 6 - 2008

Pieremilio Sammarco

**CIRCOLAZIONE, CONTAMINAZIONE E
ARMONIZZAZIONE NELLA DISCIPLINA
DELLE NUOVE TECNOLOGIE DELLA
COMUNICAZIONE**

Estratto



Milano • Giuffrè Editore

PIEREMILIO SAMMARCO

CIRCOLAZIONE, CONTAMINAZIONE E ARMONIZZAZIONE NELLA DISCIPLINA DELLE NUOVE TECNOLOGIE DELLA COMUNICAZIONE

SOMMARIO: 1. La disarticolazione del sistema delle fonti. — 2. Le nuove tecnologie delle comunicazione e la circolazione di modelli giuridici. — 3. La rete come strumento di creazione e di circolazione di nuovi beni o forme di appartenenza. — 4. La rete come strumento di creazione e di circolazione di nuovi modelli negoziali uniformi. — 5. La rete come strumento di creazione e di circolazione di nuove forme di responsabilità civile. — 6. La rete come strumento di accesso immediato alle fonti del diritto di altri paesi. — 7. Le nuove tecnologie della comunicazione come mezzo di contaminazione del linguaggio giuridico.

1. LA DISARTICOLAZIONE DEL SISTEMA DELLE FONTI.

La crisi del concetto di stato nazionale come unico soggetto legittimato a produrre norme all'interno dello spazio territoriale dei propri confini, è nota¹. Il modello giuspositivistico del diritto a

* Sono grato, ancora una volta, al Prof. Vincenzo Zeno-Zencovich per i suoi preziosi suggerimenti sulla prima stesura di questa relazione presentata per il *Primo colloquio biennale dei giovani comparatisti*, al Convegno « *Le nuove frontiere del diritto comparato* » organizzato dall'AIDC presso l'Università degli Studi di Macerata il 23-24 maggio 2008.

¹ Il concetto di sovranità, come potere assoluto e perpetuo attribuito allo Stato, risale al XVI secolo e si deve a J. BODIN, *Six livres de la Republique*, Paris, 1576, secondo il quale « *l'Etat souverain est plus fort que les lois civiles et est uniquement soumis aux lois naturelles et divines* » e viene successivamente circostanziata dal pensiero di T. HOBBS, *Leviathan*, London, 1651. Il concetto di sovranità così intesa, nel corso del tempo, ha subito progressivi ridimensionamenti fino alla sua crisi delineata per primo da S. ROMANO, in *Lo Stato moderno e la sua crisi*, in *Riv. di dir. pubb.*, 1910, 97. Nei giorni nostri, per crisi del potere dello stato, si fa riferimento al-

l'erosione del monopolio statale della produzione del diritto ed alla rottura del sistema chiuso delle fonti che ammette l'ingresso di nuovi soggetti che direttamente od indirettamente ridisegnano, anche senza la volontà o la legittimazione popolare, i rapporti tra diritto, potere, tecnica ed economia. Sul punto, la letteratura, anche non solamente giuridica, è ormai ampia: *ex multis*, S. CASSESE, *Fortuna e decadenza della nozione di Stato*, in *Scritti in onore di Massimo Severo Giannini*, vol. I, Milano, 1988, 91; L. FERRAJOLI, *La sovranità nel mondo moderno. Nascita e crisi dello stato nazionale*, Milano, 1995; G. TEUBNER, « *Global Bukovina* »: *Legal Pluralism in the World Society*, in G. TEUBNER, *Global Law without a State*, Aldershot-Dartmouth, 1997, trad. it. « *La Bukovina globale* »: *il pluralismo giuridico nella società mondiale*, in *Sociologia e politiche sociali*, 1999, 2, 52.; S. STRANGE, *Chi governa l'economia mondiale*, Bologna, 1998; M.R. FERRARESE, *Le istituzioni della globalizzazione*, Bologna, 2000.

base statale è ormai corrosa sia da fenomeni di omologazione che traggono origine da spinte esterne allo stato e sia da forze interne allo stesso stato che, nell'accogliere istanze locali e settoriali, propongono assetti variegati ed autonomi².

La sovranità statale è così minacciata da continue proposizioni di modelli normativi sovranazionali, per lo più di matrice europea, che si prefiggono l'armonizzazione normativa di sempre più numerosi settori economici e la tutela degli interessi delle più disparate categorie di soggetti³. Unitamente alle fonti legislative europee, premono sull'indipendenza dello stato nazionale le incontenibili forze economiche e tecnologiche che producono incessanti modelli di regolamentazione delle micro e grandi transazioni che si inseriscono prepotentemente nel mercato ormai planetario e che diventano una prassi seguita dagli operatori⁴.

A queste spinte si aggiungono ulteriori fattori che determinano la riduzione dello spazio di sovranità statale rappresentati dalla produzione normativa generata da enti e organizzazioni internazionali o sovranazionali, da agenzie non governative che emanano regole che sono svincolate dagli oneri di forma, dagli obblighi di pubblicità e soprattutto dalla legittimazione popolare⁵.

² Ad esempio, J.P. ROBÉ, *L'ordre juridique de l'entreprise*, in *Revue Française de Théorie, de Philosophie et de Culture Juridique*, 1997, 25, 163, fa leva sulle molteplicità ed eterogeneità delle fonti per focalizzare l'attenzione sulla regolamentazione dell'impresa, non più solamente assoggettata ad una matrice positivista e statale del diritto.

³ Il tema della convergenza del diritto dovuta alle progressive adesioni all'Unione Europea, al crescente numero di trattati internazionali ed al ruolo delle corti internazionali era già stato segnalato circa trenta anni fa da J.H. MERRYMAN, *Diritto codificato e « Common Law »*, in *Enciclopedia del Novecento*, Roma, 1979, vol. III, 832. Secondo G. TEUBNER, in « *Global Bukovina* »: *Legal Pluralism in the World Society*, cit., 50, il diritto globale può essere spiegato adeguatamente soltanto da una teoria del pluralismo giuridico, la quale ha recentemente compiuto con successo la svolta dal diritto delle società coloniali ai diritti delle diverse comunità etniche, culturali e religiose degli Stati-nazione moderni. (...) Dovrebbe focalizzare l'attenzione su di un nuovo *corpus* giuridico che emerge dai vari processi di globalizzazione in molteplici settori della società civile, indipendentemente dal diritto degli Stati-nazione.

⁴ Sulla disarticolazione del sistema delle fonti, cfr. ancora G. TEUBNER, *The King's Many Bodies: The Self-deconstruc-*

tion of Law's Hierarchy, in 31 *Law and Society Review*, 763 (1997); Id., *Breaking Frames: The Global Interplay of Legal and Social System*, in 45 *American Journal of International and Comparative Law*, 150 (1997).

⁵ J. HABERMAS, *La costellazione post-nazionale: mercato globale, nazioni e democrazia*, Milano, 1999, arriva ad affermare che il luogo della sovranità prima occupato dallo Stato è ora semplicemente « vuoto ». Tuttavia, S. CASSESE, *Il mondo nuovo del diritto*, Bologna, 2008, 31, osserva che la nozione di sovranità statale, se da una parte perde progressivamente il suo potere e la sua autorità, dall'altra, aumenta nei suoi riflessi esterni, perché, tramite la rete dei poteri transnazionali di cui fa parte, riesce a svolgere compiti prima inarivabili per i limiti imposti dalle frontiere nazionali. È il concetto dei legami tra i numerosi regimi regolatori espresso per la prima volta con il termine *regime complex* (od anche *connecting regimes*) da K. RAUSTIALA-D.G. VICTOR, *The Regime Complex of Plant Genetic Resources*, in 58 *International Organization*, 277 (2004), da costoro definito come « *sets of implicit or explicit principles, norms, rules, and decision-making procedures around which actors' expectations converge in a given area of international relations* », ispirati da S.D. KRASNER, *Structural Causes and Regime Consequence: Regimes As Intervening Va-*

Vengono peraltro espresse nel comparto dominato delle nuove tecnologie regole e procedure tecniche inderogabili che sono necessarie per garantire il funzionamento delle reti di trasmissione telematica e per fruire della loro potenzialità⁶. Si fa riferimento a quell'eterogenea e non tipica fonte regolamentare denominata *code* che determina l'architettura dello spazio telematico e ne consente il riconoscimento dei valori al suo interno; *code*, in questo ambito, assume il ruolo di *law*, cioè anch'esso, seppur proveniente da soggetti non legittimati, assurge a formante del diritto⁷.

Il diritto, in questo contesto, nel suo assetto dogmatico, patisce una mancanza di sistematizzazione e, dunque, di ordine⁸. L'offensiva che subisce l'autorità statale che lo produce, con conseguente perdita del suo carattere di sacralità, centralità ed assolutezza, fa sì che esso divenga strumento di registrazione della fenomenologia del modello sociale⁹.

Si assiste dunque ad un fenomeno di destrutturazione o disarticolazione del sistema delle fonti tradizionali del diritto, quest'ultimo ormai irrimediabilmente costretto a subire plurimi ed eterogenei interventi esterni che operano in direzioni opposte: da un lato, verso la armonizzazione od uniformazione dei rapporti (anche di forza) economici e produttivi e della regolamentazione dei

riables, in 36 *International Organization*, 2, 185 (1982); negli Stati Uniti, si parla anche di *conglomerate regime*: cfr. D.W. LEEBRON, *Linkages*, in 96 *Am. J. Int'l L.* 5, 18 (2002); si veda anche in tema di *international regime complex* con particolare riferimento alla proprietà intellettuale, K. RAUSTIALA, *Density & Conflict in International Intellectual Property Law*, 40 *U.C. Davis L. Rev.* 1021, 1025 (2007), che lo definisce « a collective of partially overlapping and even inconsistent regimes that are not hierarchically ordered, and which lack a centralized decisionmaker or adjudicator »; cfr. anche P.K. YU, *International Enclosure, The Regime Complex, and Intellectual Property Schizophrenia*, in *Mich. St. L. Rev.*, 1 (2007). Per la dottrina italiana, S. BATTINI, *Amministrazioni senza stato - Profili di diritto amministrativo internazionale*, Milano, 2003, 232.

⁶ Già N. IRTI, con l'antesignana *L'età della decodificazione*, Milano, prima edizione del 1979, per primo ha messo in luce il fenomeno della incessante produzione normativa di leggi speciali nell'ambito del diritto privato comune, che, sistematicamente e progressivamente, hanno provocato l'effetto di scardinare l'unitario assetto codicistico, con l'effetto della creazione di un numero elevato di micro sistemi di norme, ciascuno dei quali dotato di logiche autonome ed organiche.

⁷ Si fa riferimento naturalmente a L. LESSIG, *Code and other laws of cyberspace*, New York, 1999, secondo il quale il *code*, è quell'insieme di *software* e *hardware* che costituisce e rende vitale lo spazio telematico, ne stabilisce i confini e, attraverso di esso, influenza e stabilisce i comportamenti umani e rende certe condotte possibili od impossibili. Si tratterebbe di un complesso di regole per lo più non di produzione statale, ma affidato ai privati, alla tecnologia, al mercato.

⁸ V. DE LUCA, nel suo *Autonomia privata e mercato telematico nel sistema delle fonti*, Milano, 2004, 72, sottolinea, forse peccando di eccessivo idealismo, che nell'impossibilità di ridurre ad unità di sistema la molteplicità delle leggi speciali, la nuova funzione dell'esegesi dovrebbe ricercare l'unità nella pluralità, non più, dunque, *reductio ad unum*, ma *unitas multiplex*. Infatti, ciò che sembra, in astratto, una via percorribile, in concreto, l'interprete si scontra inevitabilmente con una moltitudine di interventi sconcertati del legislatore o con fonti eterogenee incoerenti tra loro.

⁹ Sono le parole di L. MOCCIA, nella sua relazione al Convegno tenutosi presso l'Università degli Studi di Macerata il 30 settembre 1 ottobre 2005 sul diritto privato regionale nella sua prospettiva europea.

soggetti che li intrattengono sotto la spinta del diritto europeo e attraverso la ratifica di accordi e trattati e, dall'altro, verso la creazione e la settorializzazione di sempre più numerosi comparti economici, governati anche dal fenomeno dell'autoregolamentazione, e caratterizzati dalla specificità proprie delle esigenze e degli interessi localistici, in precedenza soddisfatti dalle competenze statali¹⁰.

Si aggiunga poi che in un mercato ormai integrato e privo dei tradizionali confini territoriali, l'economia tende a scegliere il luogo del diritto, selezionando l'ordinamento più favorevole secondo logiche di efficienza¹¹; dunque le fonti del diritto vengono considerate dagli operatori economici come un prodotto da scegliere per assoggettare i loro rapporti giuridici in una concezione, per usare il termine di C. Tiebout, di competizione regolatoria¹².

In un siffatto contesto, come qualcuno definisce, di disagio per il giurista, « costretto a disimparare vecchi nomi e concetti per prenderne in fretta di nuovi (...) per avere a che fare con cose in perenne movimento e nemmeno ben definite per via della complessità stessa dei fenomeni e processi cui si riferiscono »¹³, la spinta dell'innovazione tecnologica contribuisce in buona parte non solo a disgregare il modello di normazione basato essenzialmente sul monopolio statale della legge, ma anche ad accelerare ed accrescere il processo « multilivello » di produzione normativa, soprattutto con riferimento alla regolamentazione di quei settori in cui la tecnica assume un ruolo preponderante¹⁴.

E forse questo articolato pluralismo di fonti adombra quel modello culturale di ordinamento giuridico aperto teorizzato da G. Gorla, in cui le svariate ed eterogenee fonti normative sono in

¹⁰ È un fenomeno di « normazione » avente origine extra statale che produce le cosiddette *soft laws* che per citare U. DRAETTA, *Internet e commercio elettronico nel diritto internazionale dei privati*, Milano, 2001, 15, sono quelle norme non vincolanti, ma non irrilevanti per il diritto.

¹¹ Di estremo interesse è sul tema, l'opera di AA.VV., a cura di A. ZOPPINI, *La concorrenza tra ordinamenti giuridici*, Roma-Bari, 2004.

¹² Si fa riferimento al noto lavoro di C. TIEBOUT, *A pure theory of local expenditures*, in 64 *Journal of political economy*, 416 (1956), nel quale l'economista allievo del nobel P.A. SAMULSON, *The Pure Theory of Public Expenditures*, in 4 *Review of Economics and Statistics*, XXXVI, 387 (1954), ha approfondito gli effetti di una competizione tra più ordinamenti nazionali concorrenti; si veda anche, per un moderno approccio gius-economico, R.J.

VAN DEN BERGH-P.D. CAMESASCA, *European Competition Law and Economics. A comparative perspective*, Antwerpen, 2001, 130, secondo i quali « competition between legal orders generates all the benefits of a learning process. Differences in rules allow for different experiences and may improve an understanding of the effects of alternative legal solutions to similar problems. This advantage relates both to the formulation of the substantive rules and their enforcement ».

¹³ L. MOCCIA, *op. cit.*

¹⁴ Il termine « multilivello » è preso in prestito dai lavori di I. PERNICE, *Multilevel Constitutionalism and the Treaty of Amsterdam: European Constitution-Making Revisited?*, in *Common Market Law Rev.*, 1999, 703 e I. PERNICE-F. MAYER, *De la constitution composée de l'Europe*, *Revue trimestrielle de droit européen*, 2000, 623.

una permanente comunicazione ed interazione tra loro lungo un percorso di integrazione e armonizzazione continua¹⁵.

2. LE NUOVE TECNOLOGIE DELLE COMUNICAZIONE E LA CIRCOLAZIONE DI MODELLI GIURIDICI.

Secondo le parole di R. Sacco, « *le grandi mutazioni del diritto, a carattere rivoluzionario, si accompagnano alle grandi rivoluzioni delle strutture economiche. Ogni piccola modifica del diritto è a sua volta il riflesso di una parziale modificazione della base economica di quella data società* »¹⁶.

Alla luce di questa riflessione, va considerato come il forte sviluppo dell'informatica e delle tecnologie di comunicazione a distanza abbia prodotto profondi mutamenti nei rapporti sociali, economici e, conseguentemente, anche giuridici. L'avvento delle nuove tecnologie di trasmissione delle informazioni è arrivata ad incidere sul sistema macroeconomico, creando settori di attività di impresa nuovi ed inesplorate opportunità di mercato per gli operatori economici.

Questi rilevanti risultati economici traggono la loro origine dalla trasformazione in linguaggio informatico di un bene primario, l'informazione, cioè, in altri termini, dal processo di digitalizzazione dell'informazione e dalla sua trasmissione attraverso i canali telematici¹⁷. L'informazione digitalizzata, vale a dire scomposta nella sua essenza originaria e tradotta in codice binario per essere trattata dall'elaboratore elettronico, acquista una natura multi-forme¹⁸: riguarda, infatti, dati riferiti a testi, o meglio a caratteri

¹⁵ G. GORLA, *Il diritto comparato in Italia e nel « mondo comunicante » e una introduzione al « dialogo civil law common law »*, Milano, 1983 (ed. monografica del saggio originariamente apparso in AA.VV., *Cinquanta anni di esperienza giuridica in Italia*, Atti del congresso, Messina-Taormina 3-8 novembre 1981, Milano, 1982, 467 ed anche G. GORLA-L. MOCCIA, *Profili di una storia del « diritto comparato » in Italia e nel « mondo comunicante »*, in *Riv. dir. civ.*, 1987, I, 237.

¹⁶ R. SACCO, *Introduzione al diritto comparato*, Torino, 1997, 140.

¹⁷ Cfr. V. ZENO-ZENCOVICH, *Informazione (profili civilistici)*, in *Dig. civ.*, IX, Torino, 1993, 420. Per una visione comparata sul bene informazione nel sistema di *common law*, si veda l'ampio studio di R.T. NIMMER, *Information law*, Boston, 1996. Secondo l'art. 2B-102 of the *Uniform Commercial Code (UCC)* statunitense, il bene informazione identifica « *data, texts,*

images, sounds, computer programs, software, databases, and the like, and any associate intellectual property rights ». Sulla telematica, V. FROSINI, *Telematica e informatica giuridica*, (voce), in *Enc. dir.*, vol. XLIV, Milano, 1992, 60, che definisce la telematica come il « *metodo tecnologico di trasmissione del pensiero a distanza mediante l'impiego di un linguaggio computerizzato, che veicola informazioni automatizzate* » ed anche A. CERRI, *Telematica* (voce), in *Enc. giur.*, vol. XXX, Roma, 1992, 60, secondo il quale con questo termine si fa riferimento alla « *integrazione tecnologica che consente ai dati elaborati con strumenti informatici di essere trasferiti da un luogo fisico ad un altro, così permettendo ai computer di dialogare anche a distanza* ».

¹⁸ La nascita e l'avvento del digitale si deve agli studi di C.E. SHANNON, il quale con la pubblicazione della propria tesi del master conseguito al prestigioso MIT (*Massa-*

numerici o alfanumerici¹⁹, a immagini, a suoni²⁰ e tutti questi elementi ora indicati possono essere composti e combinati tra loro fino a creare un risultato diverso che si distanzia dalle parti che lo costituiscono²¹. La digitalizzazione permette, infatti, di creare delle entità nuove attraverso la combinazione di elementi, opere o dati preesistenti²².

La diffusione dell'informatica, degli elaboratori elettronici e delle reti di comunicazione, quest'ultime sempre più capillari e globalizzate capaci di azzerare le distanze geografiche, ha fatto sì che sia aumentato in misura esponenziale il volume delle informazioni scambiate. Si versa nella società della conoscenza (*knowledge society* o *learning society*)²³ in cui l'informazione tradotta in

chussets Institute of Technology), dal titolo *A Symbolic Analysis of Relay and Switching Circuits* (1938), ha utilizzato l'algebra di Boole, i circuiti e le funzioni logiche *and, or e not* ed ha costituito la base teorica di quella che oggi chiamiamo l'elettronica digitale. Lo stesso Shannon sviluppò anche nuove teorie sui processi di comunicazione elaborando una teoria matematica assai rigorosa sull'informazione che costituisce il fondamento di tutti i sistemi di comunicazione e di trattamento digitale dell'informazione. Ci si riferisce ai pionieristici studi quali *A mathematical theory of communication*, in *27 Bell System Technical Journal*, 379 (1948), *The mathematical Theory of Communication*, Urbana, 1949, tradotti in italiano in C.E. SHANNON-E. WEAVER, *La teoria matematica delle comunicazioni*, Milano, 1963. Si deve a Shannon anche l'idea di aver ricondotto la generalità dei messaggi informativi ad un denominatore comune, introducendo anche per l'informazione, come per qualsiasi grandezza trattata nelle scienze esatte, un'unità di misura: il *bit* (abbreviazione di *binary digit*). Sulla teoria matematica dell'informazione, dopo Shannon, R. JAKOBSON, *Linguistics and theory of communication*, in *Structure of language and its mathematical aspects*, Rhode Island, 1961, tradotto in italiano in *Saggi di linguistica generale*, Milano, 1966, che definisce l'informazione come ciò che resta costante attraverso tutte le operazioni reversibili di codificazione o di traduzione. Di recente, il termine digitale ha assunto un significato che va ben al di là della mera applicazione tecnica ed indica un fenomeno socio-culturale legato al computer ed alle connesse tecnologie della comunicazione. La portata del fenomeno si deve a pubblicazioni apparse su riviste americane come la famosa *Wired*, agli studi di N. NEGROPONTE, che, con il libro *Being digital* (tradotto in italiano in *Essere digitali*, Milano, 1995),

hanno diffuso la cultura digitale nel grande pubblico, sancendo il passaggio dagli atomi al bit, cioè « il dna dell'informazione ». Per un interessante studio sulle potenzialità dell'attività digitale, si veda A. SMITH, *Why digitize?*, Washington, 2002.

¹⁹ R. BORRUSO, *Computer e diritto*, tomo II, Milano, 1988, 41, scrive che « l'energia elettrica — e più precisamente il flusso degli elettroni — è il nuovo mezzo di scrittura dell'umanità: il nuovo inchiostro di cui l'uomo si serve. Le memorie elettriche o elettroniche (...) non sono altro che la nuova carta, cioè il nuovo supporto su cui l'uomo scrive con il nuovo inchiostro. Prosegue l'Autore affermando che « i bit non sono altro che il nuovo alfabeto universale ed internazionale di cui l'uomo può servirsi per esprimere qualsiasi opera del pensiero ».

²⁰ Per approfondimenti sulla differenza tra suono analogico e suono digitale (ottenuto tramite una procedura chiamata campionamento) ed i relativi riflessi giuridici, cfr. G. PASCUZZI, *Il sampling*, in *AIDA* 1998, 83.

²¹ Scrive B. GATES, in *L'autostrada che porta a domani*, Milano, 1997, 38, che « a caratterizzare il presente periodo storico è la possibilità di rimodellare l'informazione; sono le modalità del tutto nuove in cui l'informazione può essere cambiata e manipolata e la crescente velocità a cui la possiamo impiegare ».

²² Sostengono G. PASCUZZI-R. CASO, in *I diritti sulle opere digitali*, Padova, 2002, 13 e ss., che la digitalizzazione rende molto più facile l'attività che consente il progresso dell'umanità e ciò si verifica mettendo insieme dati, informazioni, conoscenze e scoprendo rapporti, relazioni, interazioni, associazioni tra loro ed il prototipo di tale modello è rappresentato dalle opere multimediali.

²³ Per una trattazione sui profili so-

bit (cioè l'unità elementare di informazioni) acquista un peso maggiore — e quindi un valore economico — della materia composta di atomi e diviene un bene assai prezioso, oggetto di sempre più frequenti rapporti giuridici²⁴.

Si è in presenza di un fenomeno economico che viene definito come la mercificazione dell'informazione, rappresentata e diffusa per mezzo della tecnologia digitale²⁵. E lo scambio di tale bene digitale avviene all'interno del mercato unico globale, in cui, come è noto, vi è una uniformazione dei rapporti economici, che comporta il superamento dei particolarismi giuridici propri delle singole comunità e l'affievolimento delle differenze normative tra gli stati.

Nasce, in questo modo, un settore economico non prima considerato, caratterizzato da un alto livello di specializzazione tecnica, che, per la complessità della materia e per le novità che reca con sé, progressivamente si distacca da alcuni principi giuridici consolidati all'interno degli ordinamenti, o che, comunque, non è sempre in armonia con i principi preesistenti del sistema nel suo com-

ciologici ed economici relativi alla nascita ed allo sviluppo della società dell'informazione, cfr. A. MATTELART, *Storia della società dell'informazione*, Torino, 2002; nel panorama della letteratura straniera, cfr. J. BENINGER, *The control revolution. Technological and economic origins of the information society*, Cambridge, 1986; E. NEVEU, *Une société de communication?*, Paris, 1994; F. WEBSTER, *Theories of the information society*, London, 1995; M. CASTELLS, *The age of information*, Oxford, 1996; v. anche W.H. DUTTON, *Society on the line*, Oxford, 1999, tradotto in italiano *La società on line. Politica dell'informazione nell'era digitale*, Milano, 1999. Sulla forza del ruolo della tecnologia nella società moderna, su tutti, E. SEVERINO, *Il destino della tecnica*, Milano, 1998; cfr. anche E. RESTA, *Il diritto, la libertà, la tecnica*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2001, 79.

²⁴ Per alcune riflessioni anche di natura sociologica, cfr. A. VITERBO-A. CODIGNOLA, *L'informazione e l'informatica nella società della conoscenza*, in questa *Rivista*, 2002, 23, nonché R. TRINCHERO, *New media. Comunicazione, informazione, cultura telematica*, Torino, 1999; M.E. KATSH, *Law in a digital world*, New York-Oxford, 1995; L. PAGANETTO-C. PIETROBELLI, *Scienza, tecnologia e innovazione: quali politiche?*, Bologna, 2001 e L. ROBERT, *Silicon dreams: information, man and the machine*, New York, 1989; AA.VV., *International information technology law*, Chirchester, 1997; L.A.

HOLLAR, *Legal protection of digital information*, Washington, 2002; per i profili storici ed economici, AA.VV., *The law of freedom of information*, New York, 2003; V. ZENO-ZENGOVICH-G. SANDICCHI, *L'economia della conoscenza ed i suoi riflessi giuridici*, in questa *Rivista*, 2002, 972; V. ZENO-ZENGOVICH-F. MEZZANOTTE, *Le reti della conoscenza: dall'economia al diritto*, in questa *Rivista*, 2008, 141. Cfr. sul punto anche il celeberrimo lavoro di C. SHAPIRO-H.R. VARIAN, *Information rules. A strategic guide to the network economy*, tradotto in italiano in *Information rules*, Milano, 1999.

²⁵ La definizione è di A. PALMIERI, *I contratti di accesso*, Milano, 2002, introduzione, XIII. A. PALMIERI-R. PARDOLESI, in *Gli « access contracts »: una nuova categoria per il diritto dell'età digitale*, in *Le banche di dati giuridici*, a cura di F. Di Ciommo, Milano, 2002, 177, scrivono che « è come se l'informazione, quando viene trattata per mezzo dell'elaboratore elettronico, subisca una metamorfosi, delineando una nuova entità che può chiamarsi "informazione computerizzata" ». Sulla reificazione dell'informazione e sulla sua mercificazione, cfr. AA.VV., a cura di N. ELKIN KOREN-N.W. NETANEL, *The commodification of information*, The Hague, 2002; sempre nel panorama della dottrina straniera, cfr. A.D. RICE, *Digital information as property and product: U.C.C. Article 2B*, in *22 University of Dayton Law Rev.*, 621 (1997).

plesso. La conseguenza è la produzione di un universo giuridico in cui la tecnica è pregnante, che si dota di una propria logica ed una propria autonomia funzionale, che esprime valori e principi giuridici propri, che arrivano a differenziarsi da quelli consolidati nelle altre partizioni del sistema giuridico.

Il nuovo settore economico caratterizzato dalla tecnica che permea ogni rapporto commerciale introduce nel diritto le sue specificità; quest'ultimo assorbe i particolarismi tecnologici riformulando istituti e concetti, conferendo loro una linfa nuova che ne dilata l'ambito applicativo.

La riformulazione del diritto e dei suoi modelli giuridici ad opera della tecnica è un fenomeno globale, privo di confini territoriali, ed il loro trapianto, per usare il termine di A. Watson²⁶, avviene attraverso la pressione dell'economia che riflette ed assorbe le innovazioni tecnologiche. Il nuovo diritto è fondato sulla tecnica o comunque è determinato dalla tecnica e, proprio in virtù delle sue caratteristiche intrinseche, circola negli ordinamenti assai più liberamente delle regole operazionali di matrice politica; questi nuovi modelli sono, in sostanza, politicamente neutri e, dunque, la loro capacità di imitazione o assimilazione da parte dei diversi ordinamenti giuridici è immediata, proprio perché sono veicolati dalle esigenze tecnologiche cui è intimamente connesso il valore economico. Il nuovo modello giuridico richiede per la sua adozione — e dunque per il suo impianto nei diversi ordinamenti — unicamente la presenza della tecnologia che caratterizza i rapporti e proprio quest'ultima non crea disparità interpretative tra i giuristi, semplificando i formanti del diritto. Ciò che, infatti, dovrà essere tenuto in considerazione nell'attività interpretativa è principalmente il funzionamento della tecnica o le procedure attraverso cui essa opera o viene utilizzata al fine di comprendere o qualificare la fattispecie giuridica che si presenta di volta in volta.

Dalla circolazione di questi particolari modelli giuridici tra i diversi ordinamenti, che determina l'uniformità o l'unificazione del diritto, nasce così una *lex mercatoria* di tipo tecnico che, liberatasi dal suo limitante stato di prassi, diviene a sua volta fonte recepita nei diversi spazi territoriali statuali. E nel misurare le differenze dei modelli regolamentari tra i vari ordinamenti, ci si accorge come esse siano veramente di scarso rilievo, per arrivare a superare in qualche caso anche la storica bipartizione tra *civil law* e *common law*. In altri termini, si constata che per effetto della tecnica informatica, con le sue applicazioni e metodologie, si assiste ad una sostanziale — per usare le parole di B. Markesinis —

²⁶ A. WATSON, *Legal Transplants: An approach to Comparative Law*, II ed., Athens, 1993, Id., *From Legal Transplants to Legal Formants*, in 43 *Am. J.*

Comp. Law 469 (1995); termine ripreso da E. WISE, *The Transplant of Legal Pattern*, in 38 *Am. J. Comp. Law* 1 (1990).

convergenza di dati giuridici tra i diversi ordinamenti, tuttavia, questa volta, il fenomeno non è più graduale e progressivo, ma, istantaneo²⁷.

3. LA RETE COME STRUMENTO DI CREAZIONE E DI CIRCOLAZIONE DI NUOVI BENI O FORME DI APPARTENENZA.

La ricchezza principale prodotta nella società post-industriale è di natura dematerializzata, vale dire slegata dal requisito della fisicità²⁸. I beni prodotti ed offerti per il tramite della rete telematica sono per lo più del tipo digitale o immateriale e spesso rappresentano delle categorie concettuali o nominali, che non trovano riscontro nella natura delle cose. La fisicità o l'elemento materiale del bene va sempre più scomparendo e cede il passo ad astratti titoli autorizzativi che identificano un servizio da acquistare o già acquistato, i quali vengono assegnati, dietro corrispettivo, al soggetto che lo richiede per soddisfare le proprie necessità²⁹. In un siffatto contesto, la disponibilità di questi titoli conferisce il diritto a vedersi erogato, per il tramite della rete telematica, il servizio od assegnato un bene, anch'esso di natura immateriale.

Si attribuisce un valore economico ad un servizio o ad un bene immateriale, per lo più creato per far fronte a delle esigenze sia

²⁷ Il riferimento è a B. MARKESINIS, *The gradual convergence*, Oxford, 1994. Ciò che si intende segnalare è come le nuove tecnologie della comunicazione telematica immediatamente rendano assai simili, se non addirittura in qualche caso uguali, le impostazioni, i problemi e le soluzioni giuridiche tra i diversi ordinamenti.

²⁸ Il termine post-industriale, in questa accezione, si deve a A. TOURAINE, *La société post-industrielle. Naissance d'une société*, Paris, 1969, tradotto in italiano in *La società post-industriale*, Bologna, 1969.

²⁹ Si pensi ai cosiddetti documenti di legittimazione, diffusi, nell'ambito del fenomeno della contrattazione di massa, aventi lo scopo di identificare il soggetto avente diritto alla prestazione. Essi, non trovando esplicita previsione codicistica — se non attraverso la disposizione di cui all'art. 2002 cod. civ. che esclude espressamente l'applicabilità per i documenti identificativi dell'avente diritto alla prestazione delle norme contenute nel titolo V — sono frutto dell'elaborazione dottrinale: cfr. B. LIBONATI, *Titoli impropri e documenti di legittimazione*, in *Nov. dig. it.*, vol. XIX, Torino, 1973, 363; D. VALENTINO, *Documenti di legittimazione, titoli impropri e adempimento*, Napoli,

1988; F. MARTORANO, *Titoli impropri e documenti di legittimazione*, in *Enc. dir.*, XLIV, Milano, 1992, 655. Il documento di legittimazione stabilisce in favore del suo possessore, anche se questi non coincide più con l'originario contraente, il diritto ad ottenere l'adempimento e l'obbligo del debitore a liberarsi, senza necessità di fare ricorso agli ordinari mezzi di prova sulla effettiva titolarità del creditore della prestazione. Si pensi agli scontrini di deposito e di spedizione di bagagli, a marche di guardaroba, biglietti cinematografici, ecc. In tutti questi casi, si assiste ad una incorporazione del diritto nel documento, che, pertanto, non ha funzione dispositiva, cioè non serve come strumento indispensabile per far valere o trasferire il diritto cartolare, ma solo ad enunciare il perfezionamento di un rapporto di tipo contrattuale (sul punto, cfr. I. LA LUMIA, *Sulla natura giuridica dei titoli di credito impropri*, in *Studi in onore di Giuseppe Valeri*, Milano, 1955, 27 ed anche T. ASCARELLI, in *Riv. dir. comm.*, 1932, I, 514). Ora, con le nuove forme della contrattazione informatica e telematica, la figura del contrassegno scompare ed il titolo documentale di legittimazione cede il passo ai codici di identificazione personale ed alle *password*.

tecniche e sia commerciali, che diviene merce preziosa di scambio nei rapporti degli affari e dei traffici³⁰. Si parla di « nuovi beni », cioè a quei beni di recente elaborazione aventi la caratteristica dell'immaterialità che possono soddisfare gli interessi più disparati dell'individuo e delle società commerciali³¹: si va dai dati personali dell'individuo, di recente riconoscimento legislativo, messi di continuo a repentaglio dall'uso indiscriminato e massiccio delle nuove tecnologie dell'informazione, fino ad arrivare a quelle soluzioni informatiche che consentono di attribuire con sicurezza un domicilio sulle reti telematiche o che vengono adottate per raccogliere una moltitudine di informazioni organizzate e coordinate tra loro³².

Si pensi, in particolare, ai cosiddetti nomi a dominio che assolvono una funzione essenziale per il funzionamento ed il successo della rete³³, o alle banche di dati elettroniche³⁴, ai siti

³⁰ C. JEAN-G. TREMONTI, in *Guerre stellari. Società ed economia nel cyberspazio*, Milano, 2002, 77, scrivono che « nell'economia moderna i servizi (...) paradigma delle nuove entità immateriali in cui si configura la ricchezza moderna valgono (...) enormemente più dei beni (entità fisiche). (...) Il mondo dei servizi tende a sottrarsi all'ordine dei principi morali. Infatti, i servizi non sono merce di cui ci si appropria, ma merce che si crea, all'interno di circuiti artificiali esponenziali ».

³¹ Alcune risorse, per effetto della loro utilità socio-economica, acquistano un valore fino ad essere considerati beni rientranti nel modello proprietario; cfr. sul tema, S. RODOTÀ, *Il terribile diritto. Studi sulla proprietà privata*, Bologna, 1990, 255 ed Id., *Intorno alla proprietà. Ricerche, ipotesi, problemi dal dopoguerra ad oggi*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1998, 223, secondo cui la funzione della proprietà deve allargarsi e raccogliere in sé fenomeni nuovi e beni immateriali. Sulle nuove proprietà e sui nuovi beni, si vedano gli interessanti contributi di AA.VV., a cura di G. DE NOVA-B. INZITARI-G. TREMONTI-G. VISENTINI, *Dalle res alle new properties*, Milano, 1991. Cfr. anche U. MATTEI, *Qualche riflessione su struttura proprietaria e mercato*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1997, 19. Ed in termini generali, su come le nuove proprietà ed i nuovi beni mettano in discussione gli antichi schemi proprietari che sembrano non riuscire ad includere anche altri interessi giuridicamente rilevanti, si veda A. ZOPPINI, *Le « nuove proprietà » nella trasmissione ereditaria della ricchezza*, in *Riv. dir. civ.*, 2000, I, 185. Nel panorama della letteratura straniera, si segnala il pionieristico saggio di C. REICH, *The new property*, in 73 *Yale*

Law Journ., 733 (1964); T.W. MERRILL-H.E. SMITH, *Optimal standardization in the law of property: the numerus clausus principle*, in 1 *Yale Law Journ.*, 110 (2000); I; A. CHANDER, *The new new property*, in 715 *Texas Law Review*, 81, 3 (2003) e, più in generale, M.J. RADIN, *Contested commodities*, Cambridge-London, 1996.

³² G. ALPA, nel suo *New economy e libere professioni: il diritto privato e l'attività forense nell'era della rivoluzione digitale*, in *Contratto e impresa*, 2000, 1178, rileva come il processo di dematerializzazione dei beni oggetto del diritto di proprietà abbia ormai assunto ritmi vertiginosi e riguarda le informazioni come beni, la moneta, i titoli di credito ed i prodotti finanziari in genere.

³³ Sul tema, sia consentito richiamare P. SAMMARCO, *Il regime giuridico dei « nomi a dominio »*, Milano, 2002. A. CHANDER, in *The new, new property*, cit., 723, qualifica il nome a dominio come una nuova *property*, perché ha un valore economico ed è oggetto di trasferimento da parte dei soggetti. Sul punto, cfr. anche W. BOYD, *Identifying, valuing and selling domain names*, in *Journal National of Association of Banker Trustees*, 2001, 67, il quale descrive le procedure da seguire nella realtà nordamericana per alienare i nomi a dominio e soddisfare i creditori nel fallimento del soggetto assegnatario. Nei paesi di *common law*, la qualificazione del nome a dominio come *new property* (e quindi come bene) è stata più rapida rispetto alla elaborazione della nostra giurisprudenza. Tra le pronunce straniere, su tutte, cfr. *Caesars World Inc. V. Caesars Palace.com*, 102, F. Supp. 2d 502, 502 (E.D. Va. 2000).

³⁴ Per un approfondimento sulle ban-

*web*³⁵, allo spazio informatico su reti telematiche aperte³⁶, al *software* o programma per elaboratore, ai motori di ricerca³⁷, ai diritti televisivi su piattaforma digitale³⁸ o alle informazioni protette³⁹ in generale e così via. Questi beni hanno un comune denominatore: sono intangibili, sono per lo più di recente introduzione nel tessuto economico e sociale, hanno una circolazione od una loro fruizione che aumenta progressivamente anche per effetto della globalizzazione dei mercati⁴⁰ e l'importanza del loro valore e della loro *utilitas* viene sempre più percepita dal pubblico e dagli utenti.

Non tutti, però, godono del riconoscimento legislativo, cioè hanno una specifica tutela e disciplina che ne regola la circolazione, atteso che essi, per lo più, sono il risultato di recenti applicazioni e soluzioni tecniche, nei confronti delle quali spesso il diritto mostra fatica nel recepirne subito il funzionamento. Molto spesso, il diritto interviene quando il fenomeno che vede coinvolta la *res* ha già raggiunto un livello considerevole di diffusione all'interno del tessuto sociale ed economico e si limita a tradurre e formalizzare una prassi già acquisita dagli operatori con i loro atti di trasferimento.

Ebbene ciò che, sotto il profilo tecnico, fa sì che queste entità vengano ad esistenza, suscitino interessi da parte dei soggetti, cir-

che di dati, cfr. E. GIANNANTONIO, *Banche di dati (tutela delle)*, in *Enc. dir.*, agg., V, Milano, 2001, 130; Id., *Unità e pluralità delle banche di dati giuridici*, in *Dir. inform.*, 2001, 1; F. CARDARELLI, *Le banche dati pubbliche: una definizione*, in questa *Rivista*, 2002, 321; P. SAMMARCO, *Le banche di dati*, in *Il diritto della nuova economia*, a cura di F. MASCHIO, Padova, 2002, 595; A. PIZZOFERRATO, *Banche dati e diritti di proprietà intellettuale*, in *Contratto e impr.*, 2000, 287; L. CHIMIENTI, *Banche di dati e diritto d'autore*, Milano, 1999.

³⁵ Per una qualificazione del sito *web* come opera protetta, si rimanda a G. BONELLI, *Il sito « web » quale opera dell'ingegno*, in questa *Rivista*, 2002, 199. Sugli accordi negoziali aventi ad oggetto il sito *web*, si veda S.K. SANDEEN, *The sense and non-sense of website term of use agreements*, in 26 *Hamline Law Review*, 499 (2003).

³⁶ Sul tema, si rimanda a P. SAMMARCO, *La concessione di spazio digitale in rete aperta*, in *I contratti di utilizzazione dei beni*, in *Trattato dei contratti diretto da P. Rescigno*, a cura di V. CUFFARO, Torino, 2008, 463.

³⁷ Sia consentito rimandare a P. SAMMARCO, *Il motore di ricerca, nuovo bene della società dell'informazione: funziona-*

mento, responsabilità e tutela della persona, in questa *Rivista*, 2006, 621.

³⁸ Per approfondimenti, P. SAMMARCO, *I diritti televisivi su manifestazioni sportive: natura giuridica e loro tutela da sfruttamento non autorizzato agevolato dalle tecnologie informatiche*, in questa *Rivista*, 2006, 746.

³⁹ Le informazioni protette sono il bene su cui si fonda l'economia delle cosiddette imprese culturali, le quali trasferiscono al pubblico, dietro il versamento di un corrispettivo, la possibilità di fruirle. Il termine « industria culturale » è stato utilizzato per la prima volta da M. HORKHEIMER-T. ADORNO, *Dialektik der aufklärung, philosophische fragmente*, Amsterdam, 1947, tradotto in italiano in *Dialettica dell'Illuminismo*, Torino, 1966.

⁴⁰ Estremamente puntuali sull'argomento sono le parole di P. SCHLESINGER, in *I mercati « neri »*, in *Riv. dir. civ.*, 1999, 1, 188, secondo il quale « la formula globalizzazione se per un verso bene esprime la totale perdita di rilievo dell'elemento della spazialità, per altro verso indica sinteticamente la straordinaria flessibilità dei modi in cui può realizzarsi l'incontro tra domanda e offerta, specie dopo lo sviluppo sempre più sofisticato degli strumenti telematici ».

colino senza limiti territoriali, è la rete telematica. Quest'ultima è l'agente che, in sostanza, ne determina la creazione, ne delinea l'esistenza e ne favorisce la circolazione. Peraltro, alcuni di essi, si pensi ai motori di ricerca, ai siti *web*, ai nomi a dominio, in assenza della rete telematica, o portati al di fuori di essa, non avrebbero ragione d'essere. Essi, in altri termini, essendo di natura immateriale e digitale, possono essere fruiti unicamente attraverso il *medium* informatico, né possono essere rinchiusi in supporti fisici tali da conferire loro il carattere della corporalità. In questo modo, per questi beni, non potrà mai esserci *traditio*, ma unicamente una forma di appartenenza rappresentata da un diritto di accesso o di fruizione.

Sembra che nel processo di reificazione di questi nuovi beni, le tecnologie della comunicazione si ispirino al modello anglosassone di *property*, contemplando una varietà di diritti reali (*any thing in action*) od un complesso di utilità (*any interest*) sulla cosa, assottigliando sempre più il confine e la differenza semantica tra l'istituto della proprietà concepito nella *civil law* e quello di *common law*⁴¹.

Mai come in questi anni, dunque, l'innovazione tecnologica di tipo informatico ha prodotto un così cospicuo numero di beni a cui è associato un valore economico rilevante e che riscontrano un così un largo utilizzo. E tutto questo si deve alla diffusione capillare della rete telematica.

La rete telematica dunque è lo strumento tecnico che facilita la creazione e la circolazione dei nuovi beni ed accanto ad essa opera un altro strumento, questo però di tipo giuridico, che esalta il valore economico e dà corpo e concretezza a queste *res*, attribuendole lo *status* di beni, sostituendosi, in una qualche misura, al legislatore: esso è il contratto.

Il contratto, infatti, grazie alla sua unica capacità di assorbire i fenomeni economici e sociali sempre in mutamento, metabolizzando le prassi adottate dagli operatori, crea il diritto nuovo⁴²; il contratto è in grado di operare una reificazione di qualunque rapporto giuridico e, nel comparto delle nuove tecnologie, elaborando specifiche *property rules*, concede forme di esclusive più o meno ampie.

⁴¹ Per una visione aggiornata sulle differenze dell'istituto della proprietà tra i sistemi giuridici, cfr. per il modello inglese, L. MOCCIA, *Il modello inglese di «proprietà»*, in G. ALPA-M.J. BONELL-D. CORAPI-L. MOCCIA-V. ZENO-ZENCOVICH-A. ZOPPINI, *Diritto privato comparato*, Roma-Bari, 2007, 35 e, per i siste-

mi romanisti, P.G. MONATERI, *Contratto e trasferimento della proprietà*, Milano, 2008.

⁴² F. GALGANO, in *La globalizzazione nello specchio del diritto*, Bologna, 2005, 18, afferma che « un tempo i contratti servivano solo per far circolare le cose; oggi servono anche per farle ».

4. LA RETE COME STRUMENTO DI CREAZIONE E DI CIRCOLAZIONE DI NUOVI MODELLI NEGOZIALI UNIFORMI.

La rete telematica è un ambiente che favorisce la proliferazione di nuovi modelli contrattuali. Alcuni di essi sono già conosciuti e tipizzati e trovano la loro esecuzione nelle reti telematiche, ma alcuni altri sono di nuova elaborazione e giustificano la loro esistenza solamente per effetto della presenza della rete telematica in cui si manifestano. Al di fuori del contesto telematico alcuni modelli negoziali non hanno ragione di esistere, né nella loro struttura interna può rinvenirsi una causa che ne giustifichi l'impiego⁴³. Si pensi a quelle forme contrattuali in cui la rete giustifica l'esistenza del bene oggetto del rapporto negoziale o la prestazione caratteristica (ad esempio, il contratto di *hosting*, di concessione di nome a dominio) o a quei modelli che possono trovare esecuzione solamente grazie alla rete telematica (ad esempio il contratto di ASP, di *housing*, di fruizione di informazioni o beni digitali, di sponsorizzazione con i motori di ricerca).

Nel contesto contrattuale, la tecnica si fonde con il diritto e la regolamentazione — o la regola intesa come norma e interpretazione — dell'operazione negoziale non può prescindere dal prendere in considerazione gli aspetti tecnologici per descrivere ed analizzare nei loro aspetti più minuziosi e circostanziati le prestazioni caratteristiche od i beni oggetto del rapporto. Ed essendo le nuove tecnologie della comunicazione utilizzate su scala mondiale senza differenziazioni territoriali, gli schemi contrattuali che regolamentano le operazioni economiche in cui il ricorso a queste tecnologie è indispensabile o imprescindibile finiscono per assumere una fisionomia simile indipendentemente dalla nazionalità dei soggetti contraenti che le pongono in essere.

Nel dare vita agli schemi negoziali afferenti a questo comparto economico, si superano dunque, per effetto della tecnica che pervade l'operazione economica, i particolarismi giuridici e regolamentari di ciascun ordinamento, producendosi, grazie alla prassi, per ciascuno schema contrattuale, un modello che diviene universale, cioè valido per la sua collaudata efficienza, in ogni contesto territoriale.

Ciò è dovuto anche perché, come già sottolineato, si opera all'interno di un mercato economico globale, controllato e gestito dalle grandi compagnie internazionali o transnazionali che esercitano un ruolo dominante nel diffondere od imporre dei regolamenti

⁴³ Per una trattazione sui contratti dell'informatica, sia consentito menzionare P. SAMMARCO, *I nuovi contratti dell'informatica. Sistema e prassi*, in *Trattato*

di diritto commerciale e di diritto pubblico dell'economia diretto da F. GALGANO, vol. XLI, Padova, 2006.

contrattuali più o meno standardizzati che disciplinano grandi e micro transazioni economiche ad alto contenuto tecnologico, non ancora tipizzate dai legislatori nazionali⁴⁴. In questo modo, una volta immessi nel circuito, questi schemi contrattuali generano una prassi commerciale, che viene successivamente seguita da tutti gli altri operatori economici del settore, indipendentemente dal mercato, inteso come luogo fisico, in cui essi sono attivi. E questo fenomeno di produzione di standard contrattuali all'interno degli ordinamenti è estremamente veloce e flessibile, atteso che gli schemi contrattuali introdotti nel mercato economico sovranazionale, proprio per la fonte da cui provengono, rispondono immediatamente alle esigenze delle imprese.

E dunque, il potere dei privati, che si avvalgono dell'autonomia contrattuale, consente di creare, in concorrenza con le fonti di tipo normativo, delle regolamentazioni giuridiche di tipo pattizio che sono dotate di una forza vincolante, talmente pervasiva, che nessun ordinamento è in grado di arginarne o limitarne la diffusione⁴⁵.

In questo modo, per ciascuna operazione negoziale, si produce uno schema od una soluzione standard che, descrivendo il rapporto obbligatorio e le prestazioni caratteristiche, contiene una disciplina pressoché uniforme che può essere esportata in ciascun ordinamento giuridico. La conseguenza è che non si rinverranno particolari differenze comparando, ad esempio, il contenuto di un modello di contratto di *hosting*, di *housing*, di connessione ad Internet, o di realizzazione di sito *web*, di *back-up*, di *disaster recovery*, di ASP, di cessione di nome a dominio, redatti negli Stati Uniti con quelli predisposti in una nazione dell'Unione europea o in uno stato dell'Asia⁴⁶.

Anche il profilo della responsabilità contrattuale, in questo comparto economico caratterizzato dalle nuove tecnologie della comunicazione, non presenta profili di divergenza a seconda del territorio in cui il contratto è stato perfezionato o deve essere eseguito. I casi di inadempimento vengono dalle parti dettagliatamente previsti nel testo contrattuale e sono rappresentati da condotte che si

⁴⁴ Come è noto, queste grandi compagnie transnazionali operano attraverso i loro uffici legali organizzati su scala planetaria; sulle cosiddette *corporate law firms* costituite secondo i modelli organizzativi anglosassoni che assistono le imprese nei loro bisogni e che agevolano la loro espansione nel mercato, si veda l'acuto saggio di Y. DEZALAY, *I mercanti del diritto*, Milano, 1997, che così definisce le *law firms*. Sul tema anche F. GALGANO, *Diritto ed economia alle soglie del terzo millennio*, in *Contr. e impr.*, 2000, 197.

⁴⁵ Per effetto di questi passaggi, si crea, quello che V. ROPPO, in *Il contratto*

del duemila, Torino, 2002, 6, definisce « un'autoproduzione delle norme ad opera dei suoi stessi destinatari », all'interno di un fenomeno in cui « le norme sono create a colpi di contratto ». Questo perché « il contratto si fa prassi; la prassi genera l'uso; e l'uso crea la norma ».

⁴⁶ G. DE NOVA, nel suo recente *Il contratto alieno*, Torino, 2008, pone in evidenza come sempre di più i contratti in ambito commerciale siano pensati e scritti sulla base di modelli del tutto estranei all'ordinamento italiano, che pure costituisce la legge applicabile al contratto.

discostano dai parametri e dagli standard imposti dalla tecnica. Così, ad esempio, un contratto di accesso ad Internet troverà la sua risoluzione per inadempimento nell'ipotesi in cui tecnicamente non viene garantito all'utente una connessione stabile e continuata nel tempo alla rete telematica. Allo stesso modo, si potrà risolvere il vincolo di un contratto di *hosting* nel caso in cui il contraente non assicuri la costante permanenza delle informazioni sulla rete telematica.

È proprio la tecnica, quindi, che, penetrando nel rapporto obbligatorio del contratto, definisce il contenuto della prestazione caratteristica e pone il limite tra l'esatto adempimento e l'inadempimento. Ed essendo la tecnica utilizzata ormai uno standard uniforme per ciascun specifico comparto economico di riferimento, non si profilano differenze o variazioni di soluzioni nei luoghi in cui essa viene utilizzata, né tantomeno può generare particolari dubbi interpretativi.

Anche nell'ambito contrattuale, dunque, relativamente ai contratti dell'informatica, i modelli negoziali che circolano nei diversi ordinamenti giuridici non presentano divergenze sostanziali dovute all'ambito territoriale in cui spiegano la loro efficacia.

5. LA RETE COME STRUMENTO DI CREAZIONE E DI CIRCOLAZIONE DI NUOVE FORME DI RESPONSABILITÀ CIVILE.

Con l'emergere e l'affermazione di nuove e sempre più elaborate soluzioni tecniche e di forme giuridiche di appartenenza, aumentano anche le ipotesi di responsabilità civile nella rete.

La rete è il mezzo ed il luogo attraverso cui si consumano nuove forme di illecito civile, che però non riguardano unicamente lesioni di diritti su beni tradizionali, ma contemplano anche condotte non riproducibili nella realtà materiale. Sorgono illeciti che sono propri della rete che non possono trovare dimora in ambiti diversi. Si pensi, ad esempio, alle soluzioni tecniche note come *meta-tags* che contemplano denominazioni protette i cui diritti esclusivi di utilizzo appartengono a terzi, o all'impiego di *domain names* che ledono diritti altrui o ancora a violazioni dei diritti di autore attraverso forme di circolazione e fruizione delle opere protette con le modalità telematica del *peer to peer*. Od anche alla responsabilità per i gestori dei motori di ricerca per la veicolazione di informazioni lesive di diritti altrui in precedenza rimosse dai titolari dei siti *web* in cui erano ospitate o a quell'ipotesi di lesione dei diritti della persona, quale il diritto all'oblio, per la permanente pubblicazione o veicolazione di vecchie informazioni disdicevoli per la persona.

La rete ha istituito nuove figure di intermediari, i *provider* che, secondo la definizione del legislatore europeo, prestano servizi che sono propri della società dell'informazione.

Ebbene, proprio con riferimento alla responsabilità dell'intermediario, il formante legislativo statunitense del *Digital Millennium Act* del 1998 (o *rectius*, della sua parte *Online Copyright Infringement Liability Act*), in linea con il *Communications Decency Act* che stabilisce l'inapplicabilità della responsabilità editoriale, ha escluso forme di responsabilità oggettiva, imputando la colpa al *provider* solamente nei casi di *contributory infringement*.

Il testo legislativo americano ha allestito un porto sicuro (*safe harbour*) per gli Internet *providers*. Secondo le linee guida in esso contenute, viene esclusa la responsabilità del *provider* per la violazione del diritto d'autore nei casi di: i) trasmissioni digitali transitorie (*transitory digital network communications*); ii) memorizzazione temporanea delle informazioni (*system caching*); iii) memorizzazione delle informazioni su sistemi o reti sotto il controllo dell'utente (*information residing on systems or networks at the direction of users*); iv) strumenti di localizzazione o ricerca delle informazioni (*information location tools*)⁴⁷.

Questo modello di responsabilità civile, che peraltro ha abbandonato le precedenti soluzioni giurisprudenziali assai rigorose che accoglievano forme di responsabilità oggettiva secondo la logica della *strict liability*, ha tracciato la via per una armonizzazione seguita poi dal legislatore europeo con la direttiva 2000/31/CE sul commercio elettronico successivamente recepita dai paesi membri⁴⁸. In questo caso, l'impiego del modello di responsabilità statunitense è sicuramente giustificato dal fatto che esso riscuote un indiscutibile prestigio⁴⁹ perché proveniente dal paese che maggiormente ha contribuito all'evoluzione della cultura e delle tecnologie

⁴⁷ Sul tema, cfr. il caso *Ellison v. Robertson*, 357 F.3d 1072, 1076-77 (9th Cir. 2004).

⁴⁸ Per una più ampia trattazione, G.M. RICCIO, *La responsabilità civile degli internet providers*, Torino, 2002.

⁴⁹ R. SACCO, *Introduzione al diritto comparato*, Torino, 1992, 148, si interroga sulle ragioni che rendono un modello giuridico desideroso di essere applicato da parte degli altri ordinamenti ed afferma che la spiegazione basata sul prestigio è tautologica, atteso che « il diritto comparato non dispone di una definizione della parola prestigio ». La diffusa circolazione dei modelli giuridici nordamericani è un fenomeno largamente studiato: per tutti, W. WIEGAND, *The Reception of American Law in Europe*, in 39 *Am. J. Comp. L.* 229 (1991); U. MATTEI, *Why the wind changed: Intellectual Leadership in Western Law*, in 42, *Am. J. Comp. L.* 195 (1994). C'è pure chi come J. GARDNER, *Legal Imperialism, American Lawyers and Foreign Aid in Latin*

America, Madiso, 1980, giudica come imperialismo l'imposizione più o meno occulta dei modelli giuridici statunitensi. Acutamente, E. GRANDE, in *Imitazione e diritto: ipotesi sulla circolazione dei modelli*, Torino, 2000, 44, riprendendo U. MATTEI, *Why the wind changed: Intellectual Leadership in Western Law*, cit., 213, sostiene che un modello circola se la sua dottrina presenta contemporaneamente due qualità: la prima, rappresentata da una posizione di accreditato dominio ed autorevolezza all'interno dei formanti del proprio sistema e la seconda è data da un forte metapositivismo metodologico proprio di una cultura giuridica di ampio respiro, la quale è capace di elaborare indirizzi che trascendono le singole peculiarità locali. Per una visione del fenomeno da parte della dottrina francese, J. GAUDEMET, *Le transfert de droit*, in *L'année sociologique*, 1976, 29; E. AGOSTINI, *La circulation des modèles juridique*, in *Revue internationale de droit comparé*, 1990, 461.

informatiche e che ha saputo elaborare, in sede dottrinale, metodologie e soluzioni che trascendono le specialità localistiche, facendolo apparire un prodotto non solamente nazionale, ma sicuramente esportabile ed in grado di conferire indubbi vantaggi; da qui la rilevanza, per la migrazione, o flusso, per usare il termine di M. Lupoi⁵⁰, di dati giuridici, del formante dottrinale, inteso come *source of law*⁵¹.

Attraverso l'adozione da parte del legislatore comunitario del modello di responsabilità civile sviluppatosi oltreoceano, si realizza, in questo settore dominato dalla tecnologia, un sistema armonizzato di norme e di criteri interpretativi sostanzialmente uniformi, tendente ad un *common core* fondato su principi condivisi, anche se profonde differenze tra gli ordinamenti permangono ancora nei criteri per la liquidazione del danno, vale a dire nell'unione e nell'equilibrio di *compensation* e di *deterrence*.

6. LA RETE COME STRUMENTO DI ACCESSO IMMEDIATO ALLE FONTI DEL DIRITTO DI ALTRI PAESI.

Viviamo in un'epoca in cui la conoscenza assume un peso rilevante nell'economia, dove il possesso e la diffusione delle informazioni, se trasferite in processi innovativi, rappresentano un vantaggio competitivo. La produzione e la circolazione di informazioni, favorite dalla computerizzazione, aumenta in misura esponenziale⁵².

La rete telematica favorisce la creazione e la circolazione di dati giuridici; lo studioso del diritto, grazie alla potenzialità della rete, accede con sorprendente facilità a spazi telematici in cui sono presenti e consultabili pressoché tutti i formanti del diritto. Numerosi sono i siti *web* in cui risiedono biblioteche on-line, in cui sono raccolte e classificate le pronunce giurisprudenziali o i provvedimenti

⁵⁰ M. LUPOI, per flusso giuridico, intende « qualsiasi dato dell'esperienza giuridica il quale, proprio di un ordinamento, sia percepito in un altro e qui introduca un elemento di squilibrio », in *Profili (anche linguistici) dei dati giuridici*, 2002, saggio disponibile su *web* dal sito dell'Accademia della Crusca.

⁵¹ Si fa riferimento al pensiero di R. SACCO, *Legal Formants: A Dynamic Approach to Comparative Law*, 39, *Am. J. Comp. L.* 343 (1991) e di P.G. MONATERI, « Legal doctrine » as a *Source of Law. A Transnational Factor and A Historical Paradox*, in *Italian National Reports to the XIIth International Congress of Comparative Law* (Sidney), Milano, 1986, 83,

il quale evidenzia le strategie di autolegittimazione delle *legal elites* che favoriscono la circolazione delle loro teorie. Per una più ampia ricostruzione storico-comparata del ruolo della dottrina nel sistema delle fonti cfr. ancora P.G. MONATERI, *La dottrina come fonte non scritta*, in *Trattato di Diritto Civile diretto da R. Sacco*, 2 *Le fonti non scritte e l'interpretazione*, a cura di G. ALPA-A. GUARNIERI-P.G. MONATERI-G. PASCUZZI-R. SACCO, Torino, 1999, 423.

⁵² Si calcola, secondo i dati dell'Università di Berkeley, che ogni anno un soggetto produca e scambi in media circa 1.000 megabyte di dati. E tra queste informazioni non mancano quelle di carattere giuridico.

normativi o dove sono accessibili le ricerche dottrinarie elaborate nei vari settori del diritto, senza contare poi quelle risorse elettroniche (come *Hein on Line*, *Lexis Nexis*) che sono in grado di fornire ai loro utenti interi saggi in formato digitale in precedenza pubblicati unicamente sulle tradizionali riviste giuridiche, o semplicemente, dove una comunità di studiosi appassionati si scambia le proprie opinioni sulle questioni più disparate⁵³. Si contano poi numerosi ed ambiziosi progetti portati avanti da prestigiose università americane per pubblicare letteratura giuridica in un grande archivio organizzato liberamente accessibile ai loro studenti; si pensi al progetto LEDA (*Legal Education Document Archive*) in cooperazione tra *Harvard Law School Library*, il *Cornell Legal Information Institute* ed altre stimate *Law Schools*.

La rete offre ai propri utenti una quantità incalcolabile di dati giuridici e accanto al tradizionale assunto della legge sui libri (*law in the books*), contrapposta alla teoria della legge che esamina il ruolo di questa non solamente nei casi, ma anche come viene applicata e sentita nella società (*law in action*)⁵⁴, emerge una concezione nuova della legge e del dato giuridico che circola incessantemente nella rete, qualificabile come *law on the web*.

Le informazioni giuridiche presenti nella rete si caratterizzano per la loro autoreferenzialità, in quanto la rete autentica e certifica il dato giuridico che accoglie, attribuendo ad esso un crisma di attendibilità. Ciò che viene rinvenuto sulla rete acquista per i più autorevolezza, almeno nella misura di quella che proviene da altri mezzi di comunicazione più risalenti.

Si versa in una sorta di neopositivizzazione del diritto, ciò che è pubblicato sul *web* acquista rilevanza ed è degno di considerazione per la maggior parte degli utenti della rete.

Diminuisce, nel contempo, però lo spirito critico complessivo, la *law on the web*, con la sua facilità di accesso e di consultazione, sovrasta la *law in the books*, che, essendo più meditata e controllata, è dotata di maggiore e più sicura autorevolezza. Ci si chiede allora se la *law on the web* possa essere considerata, nell'ottica tradizionale, un accreditato formante del diritto e questo è un tema che nei prossimi anni verrà sicuramente affrontato e discusso.

⁵³ Si veda in proposito l'interessante saggio di R.A. DANNER, *Electronic Publication of Legal Scholarship: New Issues and New Models*, in 52 *J. Legal Educ.*, 347 (2002).

⁵⁴ R. POUND, *Law in the Books and Law in Action*, in 44 *American Law Rev.*, 12 (1910). Sull'evoluzione del concetto di *law in action*, un notevole contributo si deve alle teorie di H. ERLANGER e dei suoi allievi della *Law School* dell'*University of*

Wisconsin: P.D. CARRINGTON-E. KING, *Law and the Wisconsin Idea*, in 47 *J. Legal Educ.*, 297 (1997). M. SHAPIRO, *On the regrettable decline of Law French: or Shapiro Jettet Le Brickbat*, in 90 *Yale Law Journal*, 1198 (1981), provocatoriamente, si chiede se il diritto non sia più cosa affermano i giudici attraverso le loro decisioni, ma consista, invece, in ciò che si dicono gli avvocati tra loro e in cosa costoro dicono ai loro clienti.

Ma, sempre nel tracciato della potenzialità informativa della rete, non si può non considerare come tale immediata e più che agevole disponibilità dei dati giuridici anche riferiti ad ordinamenti stranieri modifichi l'attività dello studioso del diritto comparato, non più costretto ad intraprendere faticosi soggiorni presso le università straniere per consultare le ricche biblioteche ivi presenti.

Il comparatista può essere delocalizzato e, grazie alla rete, studiare da casa; cambia dunque il metodo del comparatista, agevolato nei suoi studi dalle tecnologie della comunicazione che non lo obbligano più ad essere fisicamente presente nei luoghi in cui si trova l'oggetto dei suoi studi. Ma ci si chiede se sia la stessa cosa. Si produce lo stesso risultato? O sono ancora necessarie le frequentazioni delle lezioni, dei seminari e dei *call for papers*? È ancora indispensabile studiare in biblioteca con un contatto ambientale diretto? È ancora necessario lo scambio culturale di opinioni fra i colleghi presenti, atteso che vi sono pur sempre sul *web* le comunità di studiosi che allargano anche la base geografica degli aderenti?

Sono interrogativi che non trovano una facile ed immediata risposta, ma che lasciano aperte più soluzioni, ma, l'unico dato certo è che l'uso generalizzato delle tecnologie della comunicazione determina delle profonde trasformazioni metodologiche anche per gli studiosi del diritto comparato.

7. LE NUOVE TECNOLOGIE DELLA COMUNICAZIONE COME MEZZO DI CONTAMINAZIONE DEL LINGUAGGIO GIURIDICO.

Le nuove tecnologie informatiche e telematiche hanno prodotto un micro sistema, dotato di una propria unità ed autonomia logica, in cui viene incessantemente travasato nel linguaggio giuridico un numero indefinito di locuzioni di natura tecnica o gergale. Emergono con forza, sia nel lessico del legislatore che in quello degli operatori del diritto, locuzioni e neologismi principalmente di marca anglosassone che riflettono le soluzioni tecniche proprie della materia regolata⁵⁵. In particolare, il linguaggio tecnico, dotato di una sua propria logica ed una sua semantica, è pressoché costituito da formulazioni in lingua inglese, che si integrano — in qualche caso fino a plasmarli — con i linguaggi giuridici della tradizione. Si pensi, ad esempio, ai nomi che identificano le operazioni contrattuali di *hosting*, *housing*, di *caching*, di *broadcasting*, di *downloading*, o a termini di identificazione di beni informatici o di soluzioni tecniche (*domain names*, *meta-tags*, *open source*, *creative commons*, siti *web*, ecc.).

⁵⁵ Sul nuovo linguaggio giuridico imposto dalla straordinaria diffusione di Internet, sui termini anglosassoni ed i loro significati semantici, cfr. V. ZENO-ZENCOVICH, *La libertà di espressione*, Bologna,

2004, 134. Per la dottrina straniera cfr. C. WALTER, *Computer power and legal language: the use of computational linguistic, artificial intelligence, and expert systems in the law*, New York, 1988.

Questi termini propri del comparto in questione sono veicolati nel lessico giuridico, che assorbe le nomenclature di settore adottate dagli operatori economici fino ad arrivare ad assimilarle anche nella produzione normativa e regolamentare. In questo modo, attraverso la spinta delle nuove tecnologie della comunicazione, si produce una uniformità lessicale planetaria che rimane intatta in ogni contesto territoriale in cui è richiamata. In qualunque spazio giuridico nazionale, nell'individuazione di una soluzione tecnica o di un bene proprio dell'economia digitale, si fa ricorso al medesimo neologismo, il quale non muta il suo carattere semantico neanche se trasferito in un contesto giuridico territorialmente diverso.

Questa identificazione e uguaglianza non riguarda solamente i singoli beni o le soluzioni tecniche, ma, come anticipato, si riscontra anche negli schemi negoziali o nelle operazioni contrattuali che hanno ad oggetto tali beni o che prevedono l'erogazione di servizi che possono essere forniti per il tramite di particolari soluzioni tecniche. La lingua della rete o comunque del settore tecnologico di riferimento penetra nel linguaggio giuridico delle parti contraenti portando con sé i suoi termini tecnici ed i suoi neologismi. E, dopo questo primo passaggio, i codici linguistici propri del settore tecnico in questione irrompono perfino nella terminologia adottata dal legislatore che li contempla per descrivere le soluzioni tecnologiche, i beni o le operazioni su di essi.

In questo passaggio, il legislatore, sempre più contaminato da queste nomenclature tecniche, perde il suo connotato di astrattezza e generalità, frutto di soluzioni linguistiche ampie e ricercate, per scendere di livello ed abbracciare la specificità propria della realtà materiale e del singolo caso concreto. Oramai, la legislazione speciale, in modo particolare quella che regola fattispecie proprie di un settore economico in cui la tecnologia esercita un ruolo essenziale e dominante, tende a regolare il fenomeno nei suoi aspetti più minuziosi e circostanziati, rinunciando all'intento di introdurre principi generali e di regolare casi più ampi. In questo modo, però, avendo una formulazione assolutamente non generale, aumenterà la già spiccata tendenza del legislatore a far continuamente ricorso ad ulteriori interventi legislativi speciali per regolamentare i sopraggiunti casi analoghi a quello specificamente previsto dalla normativa precedente, alimentando quel criticato fenomeno della iper produzione normativa. In questa nuova prospettiva, si può constatare un indebolimento del diritto, una *weak law*⁵⁶, contaminata e dunque per questo indebolita, questa volta non da culture giuridiche diverse, ma dalla forza della tecnica.

⁵⁶ Il termine si deve a P.G. MONATERI, *The « Weak Law »: Contaminations and*

Legal Cultures, in *Global Jurist*, vol. 1, n. 3, art. 5, 2001 (<http://www.bepress.com>).