

PREMESSA

“Qualcuno ha osservato che siamo all’anno zero del documento informatico, dopo un periodo non indifferente di rodaggio. La consapevolezza di questo, unita alla necessità di conseguire risultati il più possibile utili alla diffusione del bene informatico, spingono l’interprete a vigilare con attenzione sulle continue evoluzioni (o involuzioni) del sistema, in cui la dottrina parla di crisi dell’aformalismo della macroeconomia, in cui spazio di non poco rilievo deve avere il sistema di sicurezza, accanto ai codici di netiquette e autoregolamentazione”⁽¹⁾. Così Francesca Panuccio Dattola ben sintetizza le preoccupazioni e le problematiche che il giurista incontra ogni giorno nell’avvicinarsi al Mondo Digitale. E pur se in questi ultimi anni, convenzioni internazionali, leggi, decreti, regolamenti, direttive si sono susseguiti e continueranno a susseguirsi nella disperata, caotica ricerca di inquadrare ogni aspetto dell’innovazione determinata dall’apertura di nuovi mercati digitali e dalla appartenenza dell’Italia a organismi e organizzazioni di natura sopranazionale (come la stessa Unione Europea) o “anazionale” (come l’Internet), comunque il giurista coglie un senso di vuoto e di incompiuto nell’accostarsi alla nuova Società dell’Informazione.

Tali premesse potrebbero pertanto svilupparsi “- com’è costume quando si tratta del diritto dell’era digitale - con una favoletta ambientata in un futuro più o meno prossimo. Ma il futuro è già qui e conviene cercare di coglierne quanto prima alcuni aspetti; aspetti messi in gioco da gesti, come l’acquisizione di un testo mediante Internet o di una musica mediante il telefono cellulare. Un numero crescente di persone, in qualità di consumatori o di membri interni ad organizzazioni, quotidianamente compie tali gesti”⁽²⁾.

Oggi, infatti, le imprese, le amministrazioni, i professionisti sono *nella Rete* e ne condividono onori e oneri e non possono non *partecipare* nell’informazione globale, non possono non abbandonarsi al cambiamento tecnologico, altrimenti rischierebbero il completo isolamento.

E allora “si appartiene” a Internet, si comunica attraverso e-mail, si stipulano contratti on line, si scambiano informazioni digitali, ci si confronta in *forum* di discussione, si archiviano enormi banche dati, si inviano e si ricevono telematicamente atti, contratti, dichiarazioni senza barriere temporali e fisiche. E, quindi, si vive nel World Wide Web, nei siti web dove si confina la nostra esistenza in una dimensione temporale nuova, fatta di un continuo presente, costantemente aggiornato.

Le parole d’ordine sono: posta elettronica certificata, firma elettronica e digitale, fattura elettronica, archiviazione informatica di documenti, accessibilità del sito web, e-privacy, contratti informatici *etc.*; nuovi termini con i quali ci si confronta e si confronta lo stesso legislatore inserendoli nelle recenti normative che presentano aspetti sempre più tecnici e controversi.

L’avvento della Società dell’Informazione ha provocato pertanto una rivoluzione prima culturale-sociologica, poi economico-giuridica e lo sviluppo incessante delle nuove tecnologie comporta per l’interprete dell’era digitale l’utilizzo di diverse chiavi di lettura e un approccio multiculturale nell’analisi delle problematiche.

Il giurista si trova così a dover segnare il solco del passaggio da un’era basata sulle certezze dogmatiche della *res* ad un’era, profondamente diversa e dai contorni indefiniti, fondata sulla rappresentazione digitale, dalla carta al bit dove “*il flusso degli elettroni nel computer è il nuovo inchiostro, i bit il nuovo alfabeto e la memoria della macchina la nuova carta...*”⁽³⁾. Quindi, come riferito in modo efficace da Giovanni Pascuzzi “*l’impatto delle tecnologie digitali sul mondo del diritto può essere paragonato ad una svolta epocale. Non c’è nessuna enfasi nel dire che*

⁽¹⁾ Francesca Panuccio Dattola, *L’evoluzione del documento informatico nel commercio elettronico internazionale*, in Rivista di Diritto, Economia e Gestione delle Nuove Tecnologie, Anno I, numero 3, Milano, Nyberg Edizioni, 451.

⁽²⁾ Roberto Caso, *Digital Rights Management – Il commercio delle informazioni digitali tra contratto e diritto*, Cedam, Padova, 2004, 1.

⁽³⁾ Renato Borruso, *Computer e Diritto*, II, Milano, 1988, 218.

l'informatica e la telematica attraversano in profondità il fenomeno giuridico provocando radicali trasformazioni nel modo di organizzare il pensiero, nel modo di lavorare, nel modo di educare"⁽⁴⁾.

La delicatissima missione dell'interprete del diritto sarà allora quella di preparare le P.A., le imprese e gli stessi professionisti all'ineluttabile cambiamento, leggendo in trasparenza il nuovo linguaggio che si evolve. Non si può non essere colti da una vertigine nell'affrontare questo compito, un potere/dovere di reinterpretazione delle categorie logiche, prima che giuridico-economiche e, quindi, di rilettura dell'intero ordinamento vigente: *"su quell'immenso baratro di stelle, sopra quei gruppi, sopra quelli ammassi, quel seminò, quel polverìo di stelle (...) precipitare languido, sgomento, nullo, senza più peso e senza senso sprofondar d'un millennio ogni momento! (...) di là da ciò che vedo e ciò che penso, non trovar fondo, non trovar mai posa, da spazio immenso ad altro spazio immenso* (Giovanni Pascoli, La vertigine).

E si deve affrontare questa missione consci che il nostro pensiero giuridico - inevitabilmente legato alla tradizione passata e ad un presente di incessante divenire - è costretto a subire lo spauracchio di un limbo, nell'abisso che separa il vecchio dal nuovo, e i veri benefici di questo irreversibile cambiamento tecnologico saranno probabilmente riservati alle nuove generazioni, che non dovranno operare ogni giorno un salto culturale dalla carta al bit, perchè saranno nate davanti uno schermo (certamente ultrapiatto!) nel quale depositare la loro conoscenza virtuale.

Al centro di questo vorticoso intreccio di nuove abitudini di consumo, di acquisizione di informazioni e servizi sul web, di scambi di documenti e contenuti digitali, c'è sempre una *volontà contrattuale* espressa in modo nuovo, spesso inconsapevole. Il contratto telematico (e informatico) e, cioè, l'autoregolamentazione *on line* (e *off line*) di tutti gli interessi emergenti della Società dell'informazione, è diventato quindi strumento di fondamentale importanza, sia perché esso si manifesta in modo nuovo, originale e inconsueto proprio per il fatto che la sua rappresentazione e sottoscrizione digitale non sono state plasmate e digerite da anni di tradizione, sia perché esso deve cercare - in assenza di norme chiare e incontrovertibili a livello nazionale e internazionale - di interpretare il cambiamento e, quindi, di regolamentarlo in maniera autosufficiente.

Il giurista che vuole accostarsi, così, alle problematiche del diritto delle nuove tecnologie e, in particolare, vuole provare a regolamentarne i processi, può essere paragonato a un bimbo di pochi mesi che guarda un mondo nuovo dalla sua culla, *"la sua mente è ancora una pagina bianca, anche se sin dal momento della fecondazione egli ha cominciato a «imparare», nel senso che ha conservato traccia nel suo corpo, e anche nel cervello, degli adattamenti sollecitati dall'ambiente"*⁽⁵⁾. Egli, quindi, deve scovare le "tracce" lasciate dalla tecnologia e provare a far evolvere il diritto verso le moderne direzioni che la società sta prendendo. Non è facile. Il lungo cammino verso le "autostrade dell'informazione" sottopone i suoi protagonisti a molte scelte e a continui cambiamenti tecnologici e occorre impossessarsi di diversi alfabeti che il mondo tecnologico impone. Ma non occorre compiere l'errore di fermarsi e guardare indietro. I tempi dell'innovazione vorticosi non lo consentono. La rivoluzione tecnologica ha compiuto il miracolo di abituare subito i *nuovi cittadini digitali* ai suoi innovativi strumenti: e tra poco anche il *pc*, l'internet, il digitale terrestre saranno insostituibili come il cellulare dal quale non riusciamo più a staccarci (eppure basta guardare indietro di pochi anni e del cellulare non c'è traccia). La novità è che attraverso questi strumenti si manifesteranno e si archiveranno le manifestazioni di volontà del futuro!

Il presente volume, pertanto, si propone il difficile compito di spiegare la materia del diritto delle nuove tecnologie e, in particolare, della contrattualistica informatica e telematica, attraverso una chiave di lettura il più possibile semplice e concreta, scevra da inutili intellettualismi dottrinali e difficili tecnicismi, per riportare la materia alle sue radici giuridiche, liberandola dai compromessi dell'ingegneria informatica.

Noi giuristi, infatti, se vogliamo veramente impossessarci delle chiavi di lettura della cosiddetta *"cyberspace law"* dobbiamo ricordarci sempre di essere prima di tutto interpreti del diritto e non

⁽⁴⁾ Giovanni Pascuzzi, *Il diritto dell'era digitale*, Il Mulino Editore, Bologna, 2002, 25.

⁽⁵⁾ Piero Angela, *Da zero a tre anni*, Mondadori editore, Milano, 2000, 91.

ingegneri informatici a caccia dei meccanismi tecnologici più complessi per arrivare alla sicurezza assoluta nella trasmissione telematica dei messaggi. Spesso si è fatto questo sbaglio in passato sia nelle aule universitarie di giurisprudenza, relegando la materia a “complementare” da studiare all’ultimo minuto e sia nelle stanze dei ministeri, delegandone la trattazione e regolamentazione normativa a qualche ingegnere, curioso del diritto. Ma adesso non si può più aspettare, perché la realtà informatica rischia di travolgerci e dobbiamo rimpossessarci delle nostre armi giuridiche e, attraverso l’astrazione e la lungimiranza, abbiamo il dovere di far evolvere il diritto delle nuove tecnologie verso binari più vicini al nostro bagaglio culturale. E soprattutto diventa indispensabile interrompere la frenetica, incomprensibile rincorsa legislativa alla tecnologia (effettuata prima ancora di aver osservato con attenzione la prassi) che si è determinata in questo ultimo periodo (come è successo con le normative sul documento informatico o sulla privacy, ad esempio).

Il volume pertanto vuole fornire ai suoi lettori strumenti giuridici, nulla di meno e nulla di più. Strumenti giuridici idonei a leggere e interpretare i cambiamenti e, quindi, a regolamentarli.

Al lettore rimarrà il compito di osservare come, davanti a un *pc*, oggi si possono concludere contratti e acquisire beni e servizi e soprattutto di chiudere gli occhi e immaginare come il futuro disegnerà i nostri orizzonti digitali.

Le problematiche sono tante e complesse. Si passa dalla formazione del contratto on line attraverso i nuovi meccanismi *point & click* o attraverso uno scambio di semplici e-mail, alle firme elettroniche e digitali, sino alle problematiche tipiche del commercio internazionale che si amplificano in un ambiente “anazionale” come l’Internet, dove tutto è *spersonalizzabile*, anche l’arbitro che dovrà dirimere le controversie.

L’intera nostra esistenza si va, quindi, trasformando nel mondo digitale e le nostre categorie giuridiche vanno riadattate e riaggornate sull’onda di questo inarrestabile processo. La stessa fase delle trattative si svilupperà attraverso software sempre più “intelligenti”. Solo pochi anni fa scrivevo che *l’incontro di volontà “Business to Consumer” attraverso i c.d. contratti “point and click” esulerebbe dalla nostra trattazione, poiché con gli stessi non si avvia alcuna fase prenegoziale (il consumatore può soltanto decidere o meno se accettare di acquistare il prodotto o il servizio alle condizioni del produttore)* ⁽⁶⁾. Oggi quel pensiero andrebbe già riaggiornato, perché il produttore (o meglio titolare di un sito web di commercio elettronico) potrebbe avvalersi di software che permettano di far sviluppare una vera e propria fase di trattative con i potenziali acquirenti di un servizio B2C (Business to Consumer), attraverso percorsi guidati e possibili scelte di differenti tipologie contrattuali all’interno dell’*e-shop*. Il titolare del sito potrebbe, cioè, offrire ai suoi utenti diverse possibili combinazioni contrattuali da selezionare, con clausole modificabili a seconda della scelta del differente percorso/offerta di prodotto o servizio e, in questo modo, consentire una possibile lettura evolutiva dei dettami contenuti nell’art. 1469 ter 4° comma c.c. che prevede la non vessatorietà delle clausole che siano state oggetto di trattativa individuale ⁽⁷⁾.

Ecco questo è, quindi, il delicato compito di noi “*cybergiuristi*”: rileggere le fonti del diritto e utilizzare gli strumenti giuridici (che già conosciamo bene) per regolamentare i moderni processi tecnologici. Per fare ciò occorre pazienza, entusiasmo e curiosità verso le novità digitali (senza dover diventare ingegneri informatici, ai quali chiederemo le dovute spiegazioni quando sarà necessario e indispensabile) ...e spero che tutto questo si possa trovare nelle pagine del volume. Tutti gli autori che hanno voluto darmi un prezioso aiuto nella realizzazione della presente opera condividono con me questi obiettivi e, quindi, credo che la stessa - seppur con i limiti che qualsiasi volume collettaneo ha in termini di organicità e di visione comune - sia animata da tale passione, dalla prima all’ultima pagina. Inoltre, ho voluto che ci fossero differenti opinioni nei vari capitoli del volume, ma questo credo costituisca un arricchimento e non una debolezza.

⁽⁶⁾ *Dalle trattative telematiche alla formazione del contratto on line*, nel volume *Internet: profili giuridici e opportunità di mercato*, AA.VV., Maggioli Editore, Rimini, 2002, 117.

⁽⁷⁾ Si pensi ad un sito web che permetta agli acquirenti dei prodotti di scegliere contratti con condizioni via via meno vantaggiose, ma che consentano però di avere maggiori sconti sull’acquisto dei prodotti o premi in omaggio.

Il vero limite del volume, in verità, è rappresentato dallo stesso presente digitale che vorrebbe aiutare a regolamentare, perché esso è per sua natura cangiante giorno per giorno e, quindi, impossibile da cristallizzare in una pubblicazione cartacea.

Il volume è dedicato a mio padre ⁽⁸⁾, grande maestro del più tradizionale diritto, ma grazie a quelle solide basi che lui mi ha trasmesso ho potuto affrontare l'entusiasmante cammino verso le autostrade dell'informazione.

Lecce, 28/04/2006

Andrea Lisi

Ringraziamenti:

Si ringraziano, per la preziosa collaborazione nel coordinamento redazionale e nella correzione delle bozze, Claudia Ciannamea, Graziano Garrisi e Maurizio De Giorgi.

Inoltre, un sentito ringraziamento va al Circolo dei Giuristi Telematici (www.giuristitelematici.it) per i continui confronti e le occasioni di incontro che permettono al diritto dell'informatica e all'informatica giuridica di crescere ogni giorno.

⁽⁸⁾ Giacomo Lisi, avvocato del foro di Lecce.

AGGIORNAMENTO IN CORSO DI STAMPA

Si ritiene utile far presente al lettore che, durante le ultime correzioni formali alla presente opera e precisamente in data 17 marzo 2005, è stato approvato dal Consiglio dei Ministri il Decreto legislativo recante modifiche ed integrazioni al decreto legislativo 7 marzo 2005, n. 82 (c.d. Codice della amministrazione digitale), a norma dell'articolo 10 della legge delega 29 luglio 2003, n. 229. Il Decreto legislativo 4 aprile 2006, n.159 è stato pubblicato in Gazzetta Ufficiale n. 99 del 29-04-2006- Suppl. Ordinario n.105.

Tale Decreto correttivo riveste una sua importanza sistematica, perché nelle modifiche contenute nei suoi articoli 1 e 8 vengono prese nella dovuta considerazione, sia le sollecitazioni espresse dal Consiglio di Stato nel suo parere n. 11995/05, sia le teorie sviluppate in seno al Centro Studi&Ricerche SCiNT sulla validità del documento informatico scritto, "firmato", non sottoscritto (⁹). Vengono così recepiti dal legislatore i numerosi suggerimenti (contenuti anche nelle pagine del presente volume) finalizzati a garantire una necessaria "sopravvivenza giuridica" a tutti i documenti informatici "scritti", sprovvisti di firma digitale, ma attribuibili ad un soggetto attraverso firme elettroniche "semplici".

Nell'immediato futuro, potrebbe pertanto essere sufficiente la firma elettronica semplice (e, quindi, anche una semplice *User Id e Password*) perché al documento informatico sia riconosciuta validità giuridica. Il legislatore ha così operato una corretta separazione tra l'ambito formale e l'ambito probatorio: la "forma scritta" verrà garantita dal documento informatico in quanto tale (purchè esso abbia un minimo di affidabilità tecnica). In questo modo, il legislatore ha voluto legare la normativa generale contenuta nel Codice con quella speciale dedicata alla conservazione ottica sostitutiva dei documenti informatici (si fa riferimento alla Deliberazione Cnipa n. 11 del del 19 febbraio 2004 e al Decreto del Ministero dell'Economia e delle Finanze del 23 gennaio 2004). In queste ultime normative, infatti, il concetto di documento informatico valido e rilevante è accostato alle sue caratteristiche intrinseche di immodificabilità e staticità, anche a prescindere dalla presenza di una sottoscrizione digitale. La sottoscrizione e la firma elettronica, dal punto di vista sistematico, riguarderebbero invece l'ambito probatorio, relativo alla provenienza del documento informatico (che rimarrebbe pur sempre, nella sua essenza, "forma scritta"). Questa evoluzione del concetto della "forma scritta" - legata alla natura del documento informatico e ad una certamente problematica valutazione giudiziale delle sue caratteristiche tecniche –opera, in maniera opportuna, una cesura con il passato: non si sarebbe più in presenza di una *condicio sine qua non* tra rigida appartenenza del documento informatico a qualcuno attraverso i sistemi della firma digitale e validità formale di quella dichiarazione negoziale. Ovviamente, se pur mi sento di approvare questa evoluzione teorica, occorrerà con il tempo approfondirla e svilupparla.

Speriamo comunque che siano la dottrina e la giurisprudenza in futuro a chiarire la reale portata di queste innovazioni normative e che il legislatore per una volta si prenda una meritata pausa di riflessione, senza voler ulteriormente intervenire sulla materia, almeno per qualche anno: di confusione ne è stata fatta anche troppa in quest'ultimo periodo!

Lecce, 3 maggio 2006

Andrea Lisi

(⁹) Per una compiuta analisi della problematica si rinvia a quanto scritto nel capitolo X – *L'evoluzione giuridica del documento: dalla res all'e-mail* - del presente volume; per una più sintetica rassegna si può leggere l'articolo *Innovazione Tecnologica: Firma digitale più debole con il nuovo Codice della Pubblica Amministrazione Digitale...e il documento informatico perde pezzi!* di A. Lisi, disponibile sul sito www.scint.it alla pagina http://www.scint.it/news_new.php?id=626.