

DIRITTO DELLE NUOVE TECNOLOGIE

Collana internazionale di studi giuridici fondata e diretta da

Vincenzo Franceschelli Emilio Tosi

Emilio Tosi

Diritto privato delle nuove tecnologie digitali

**Riservatezza, contratti, responsabilità
tra persona e mercato**



GIUFFRÈ
GIUFFRÈ FRANCIS LEFEBVRE

0101
0001
0001010010

0000000001

DIRITTO DELLE NUOVE TECNOLOGIE

Collana internazionale di studi giuridici fondata e diretta da
Vincenzo Franceschelli Emilio Tosi

1. EMILIO TOSI (a cura di), *Commercio elettronico e servizi della società dell'informazione*, Milano, 2003, pag. XV, 508.
2. GIUSELLA FINOCCHIARO, *Firma digitale e firme elettroniche*, Milano, 2003, pag. IX, 266.
3. RAFFAELE ZALLONE, *Informatica e telematica: i nuovi contratti di servizi*, Milano, 2003, pag. VI, 162.
4. GIOVANNI BUONOMO, *Processo telematico e firma digitale*, Milano, 2004, pag. XIV, 324.
5. DEBORAH DE ANGELIS, *La tutela giuridica delle opere musicali digitali*, Milano, 2005, pag. XII, 320.
6. PAOLO MARZANO, *Diritto d'Autore e Digital Technologies*, Milano, 2005, pag. XII, 382.
7. LAURA CHIMIENTI, *La nuova proprietà intellettuale nella società dell'informazione*, Milano, 2005, pag. XVIII, 330.
8. SALVATORE SICA - PASQUALE STANZIONE - VINCENZO ZENO ZENCOVICH (a cura di), *La moneta elettronica: profili giuridici e problematiche applicative*, Milano, 2005, pag. XIV, 364.
9. PIETRO LONGHINI, *Servizi finanziari telematici*, Milano, 2006, pag. X, 314.
10. FRANCO TÖFFOLETTO, *Nuove tecnologie informatiche e tutela del lavoratore*, Milano, 2006, pag. VIII, 176.
11. ALDO FRIGNANI - ELENA PÖDDIGHE - VINCENZO ZENO-ZENCOVICH (a cura di), *La televisione digitale: temi e problemi*, Milano, 2006, pag. XIV, 606.
12. EMILIO TOSI, *Diritto privato dell'informatica e di Internet*, Milano, 2006, pag. XX, 776.
13. MARCO CUNIBERTI (a cura di), *Nuove tecnologie e libertà della comunicazione*, Milano, 2008, pag. X, 388.
14. VINCENZO FRANCESCHELLI, *Convergenza*, Milano, 2009, pag. XVIII, 262.
15. FABIO BASSAN (a cura di), *Diritto delle comunicazioni elettroniche*, Milano, 2010, pag. XX, 546.
16. EMILIO TOSI, *Contratti informatici, telematici e virtuali*, Milano, 2010, pag. XIV, 374.

17. FABIO BASSAN - EMILIO TOSI (a cura di), *Diritto degli audiovisivi*, Milano, 2012, pag. XIV, 782.
18. EMILIO TOSI (a cura di), *La tutela dei consumatori in Internet e nel commercio elettronico*, Milano, 2012, pag. XLVIII, 1028.
19. EMILIO TOSI, *High Tech Law: The Digital Legal Frame in Italy*, Milano, 2015, pag. XIV, 182.
20. ERICA PALMERINI - MARIA ANGELA BIASIOTTI - GIUSEPPE FRANCESCO AIELLO (a cura di), *Diritto dei Droni*, Milano, 2018, pag. XXIV, 478.
21. EMILIO TOSI (a cura di), *Privacy Digitale*, Milano, 2019, pag. XLVIII-686.
22. LAVINIA VIZZONI, *Domotica e diritto*, Milano, 2021, pag. XXIV-228.
23. EMILIO TOSI, *Diritto privato delle nuove tecnologie digitali*, Milano, 2021, pag. XXVIII-624.

Collana internazionale di studi giuridici *Diritto delle Nuove Tecnologie*

La Collana internazionale di studi giuridici *Diritto delle Nuove Tecnologie* (d'ora innanzi, "Collana DNT") – fondata e diretta nel 2003 da Vincenzo Franceschelli, già *Ordinario di Diritto Privato* nell'Università di Milano Bicocca ed Emilio Tosi, *Professore Associato Abilitato* nell'Università di Milano Bicocca e *Direttore Esecutivo DNT* – intende promuovere e sviluppare la conoscenza a livello accademico e professionale italiano, europeo e internazionale:

- delle nuove regole giuridiche che governano i mercati digitali – compresi i mercati bancari, finanziari e assicurativi – delle comunicazioni elettroniche, delle nuove tecnologie in generale, *Artificial Intelligence* e neurodiritti comprese biotecnologie e scienze della vita;
- dei nuovi contratti digitali, smart contracts, blockchain beni immateriali e responsabilità, in particolare degli intermediari di servizi della società dell'informazione;
- Fintech, Insuretech, Regtech e Digital Banking;
- Big Data, Internet of things, smart cars, smart home and smart cities;
- delle tutela dei diritti fondamentali della persona, dell'identità digitale, della riservatezza informatica, della proprietà intellettuale e industriale.

Regole per la Valutazione Scientifica

La pubblicazione di studi nella Collana DNT è soggetta alle seguenti *Regole per la Valutazione Scientifica* (di seguito, per brevità, "RVS") deliberate dai Direttori Scientifici e condivise dal Comitato Scientifico:

1. La pubblicazione di opere monografiche e raccolte di studi nella Collana internazionale DNT è subordinata - previa analisi preliminare di compatibilità con la linea editoriale, le regole formali di pubblicazione, oltre che di chiarezza, completezza e coerenza espositiva - alla procedura ordinaria di referaggio scientifico mediante presentazione da parte di almeno un Direttore e parere positivo di due Revisori incaricati della valutazione scientifica (di seguito "Revisori") – scelti dal Direttore proponente, per rotazione, all'interno del Comitato Scientifico – tenuto conto dell'area tematica del contributo.
2. L'opera viene inviata ai Revisori del Comitato Scientifico senza indicazione del nominativo dell'Autore/i e/o del Curatore/i. Così pure non viene resa nota l'identità dei Revisori (c.d. doppio referaggio "cieco").
3. Nel caso in cui il parere – nei termini richiamati *supra* dal punto (1) delle RVS -- sia positivo, i Direttori autorizzano la pubblicazione. Nel caso in cui i Revisori del Comitato Scientifico esprimano un parere positivo condizionato a revisione o modifica dell'opera, i Direttori autorizzano la pubblicazione solo a seguito dell'adeguamento richiesto.
4. In casi particolari – opere giuridiche di Professori Ordinari oppure Autori di chiara fama nel settore oggetto della pubblicazione con almeno dieci anni di continuità pubblicistica e di attività di ricerca – i Direttori possono avvalersi della procedura straordinaria di referaggio scientifico, riservandosi di valutare direttamente anche il rigore scientifico, la chiarezza, completezza, coerenza espositiva, oltre alla preliminare valutazione di compatibilità con la linea editoriale e le regole formali di pubblicazione, autorizzando congiuntamente la pubblicazione oppure – in caso di richieste di revisione o modifica dell'opera – riservandosi di autorizzare solo a seguito dell'adeguamento richiesto.
5. Della scelta insindacabile dei Direttori, tra procedura – ordinaria o straordinaria – di referaggio scientifico, viene fatta menzione nell'opera pubblicata con la stampa della dicitura: "*Pubblicazione autorizzata dai Direttori della Collana DNT in applicazione della procedura ordinaria di doppio referaggio cieco prevista dalle Regole di Valutazione Scientifica*" oppure "*Pubblicazione autorizzata dai Direttori della Collana DNT in applicazione della procedura straordinaria di referaggio prevista dalle Regole di Valutazione Scientifica per Autori di chiara fama*";
6. Sono chiamati a far parte del Comitato Scientifico – ad insindacabile giudizio dei Direttori in ragione della riconosciuta notorietà, esperienza e prestigio acquisiti nel settore scientifico di riferimento – Professori Ordinari e Associati di Università italiane e straniere.

Milano, 23 giugno 2021

I Direttori

High Tech Law International Series of Legal Studies

International series of legal studies *High Tech Law* (hereinunder, “HTL Series”) – founded in 2003 by Vincenzo Franceschelli, previous *Full Professor Of Private Law* in the University of Milano Bicocca and Emilio Tosi, *Adjunct Professor of Private Law* in the University of Milano Bicocca and Executive Director HTL – aims to promote and develop, at an academic and professional level, knowledge:

- of new legal rules governing digital markets – included banking, financial and insurance markets – electronic communications, new technologies in general, *Artificial Intelligence* neural interfaces rights included biotechnologies e life sciences;
- of new digital contracts, smart contracts, blockchain, immaterial goods and liabilities, in particular of information society intermediaries;
- Fintech, Insuretech, Regtech e Digital Banking;
- Big Data, Internet of things, smart cars, smart home and smart cities;
- of fundamental rights protection of physical person, digital identity, computer privacy, intellectual and industrial property.

Scientific Evaluation Rules

Publication of studies within the international HTL Series is subject to the following *Scientific Evaluation Rules* (hereinafter “SER”) approved by the Scientific Directors and adopted by the Scientific Committee:

1. Publication within the HTL Series of monographic works and collections of studies, by ordinary scientific peer review procedure, must – after preliminary compatibility analysis with editorial guidelines in addition to clear, comprehensive and consistent exposition – be introduced by at least one Director, and is subject to the approval of the two Auditors in charge of its scientific evaluation (hereinafter “Auditors”) – chosen, in rotation, by the advocating Director, within the Scientific Committee – considering the subject matter of the contribution.
2. The work is sent to the Scientific Committee Auditors without specifying the names of Author/s and/or Curator/s. Additionally, the Auditor’s identity is also not revealed (i.e. “double blind peer review”).
3. In the event that the evaluation - according to SER terms mentioned above at point (1) –is positive, the Directors authorize publication. In case the Scientific Committee Auditor expresses a positive evaluation subject to revision or editing of the work, the Directors approve publication only upon completion of the requested adaptation.
4. In particular cases – law studies by full Professors or renowned Authors within the specific publishing sector with more than ten years of publishing continuity – Directors may apply extraordinary scientific peer review procedure, directly evaluating scientific thoroughness, clarity, comprehensiveness, consistent exposition further to preliminary compatibility analysis with editorial guidelines, jointly authorizing publication, or – in the event of requested revisions or editing of the work – withholding approval until completion of requested adaptation.
5. The Directors’ undisputable evaluation to publish either under ordinary or extraordinary scientific peer review procedure is mentioned within the work printing the statement: “*Publication authorized by Series Directors HTL in compliance with ordinary double blind peer review procedure set forth by Scientific Evaluation Rules*” or “*Publication authorized by Series Directors HTL in compliance with extraordinary blind review procedure set forth by Scientific Evaluation Rules for high standing Authors*”.
6. Are called to be part of the Scientific Committee – upon Directors’ undisputable evaluation in reason of high standing notoriety expertise and prestige acquired in the scientific field of reference – Full and Associate Professor of Italian and foreign Universities.

Milan, June 28, 2021

The Directors

DIRITTO DELLE NUOVE TECNOLOGIE

Collana internazionale di studi giuridici fondata e diretta da

DIRETTORI - DIRECTORS

Vincenzo Franceschelli - Università di Milano Bicocca

Emilio Tosi - Università di Milano Bicocca - Direttore Esecutivo

COMITATO SCIENTIFICO – SCIENTIFIC BOARD

Guido Alpa Università di Roma La Sapienza	Giuseppe Morbidelli Università di Roma La Sapienza
Fabio Bassan Università di Roma Tre	Mauro Orlandi Università Cattolica del S.C. di Milano
Oreste Calliano Università di Torino	Oreste Pollicino Università Bocconi di Milano
Francesco Cardarelli Università di Roma Foro Italico	Giulio Ponzanelli Università Cattolica del S.C. di Milano
Marco Cuniberti Università di Milano	Aristide Police Università di Roma La Sapienza
Francesco Delfini Università di Milano	Francesco Ricci Università LUM
Stefano Delle Monache Università di Padova	Pier Emilio Sammarco Università di Bergamo
Massimo Franzoni Università di Bologna	Giovanni Sartor Università di Bologna
Alberto Maria Gambino Università Europea di Roma	Salvatore Sica Università di Salerno
Cesare Galli Università di Parma	Pietro Sirena Università Bocconi di Milano
Pier Filippo Giuggioli Università di Milano	Andrea Zoppini Università di Roma Tre
Emanuele Lucchini Guastalla Università Bocconi di Milano	

SEZIONE INTERNAZIONALE – INTERNATIONAL SECTION

Roger Brownsword King's College London	Michael Lehmann Max Planck Institute Munich
Jos Du Mortier University of Leuven	Andrew Murray London School of Economics
Luciano Floridi University of Oxford	David Nimmer University of California Los Angeles
Michael Geist University of Ottawa	Yves Poulet Université de Namour
Jane C. Ginsburg Columbia University New York	Ian Walden Queen Mary University of London
Eric Goldman High Tech Law Institute Santa Clara University	

**DIRITTO
DELLE NUOVE TECNOLOGIE**

Collana internazionale di studi giuridici fondata e diretta da
Vincenzo Franceschelli Emilio Tosi

Emilio Tosi

**Diritto privato
delle nuove tecnologie
digitali**

**Riservatezza, contratti, responsabilità
tra persona e mercato**

 **GIUFFRÈ**
GIUFFRÈ FRANCIS LEFEBVRE

ISBN 9788828834786

*Pubblicazione autorizzata dai Direttori della Collana DNT
in applicazione della procedura ordinaria di doppio referaggio cieco
prevista dalle Regole di Valutazione Scientifica.*

TUTTE LE COPIE DEVONO RECARRE IL CONTRASSEGNO DELLA S.I.A.E.

© Copyright Giuffrè Francis Lefebvre S.p.A. Milano - 2021
Via Busto Arsizio, 40 - 20151 MILANO - www.giuffrefrancislefebvre.it

La traduzione, l'adattamento totale o parziale, la riproduzione con qualsiasi mezzo (compresi i microfilm, i film, le fotocopie), nonché la memorizzazione elettronica, sono riservati per tutti i Paesi.

Stampato da LegoDigit s.r.l. - Lavis (TN)

“The basic code at the heart of the new Internet is pretty simple. Prediction engines (...) create a unique universe of information for each of us — what I’ve come to call a filter bubble — which fundamentally alters the way we encounter ideas and information. (...) the filter bubbles introduces three dynamics we’ve never dealt with before. First, You are alone in it. (...). Second, the filter bubble is invisible. (...) Finally, You don’t chose to enter the bubble.”

Eli Pariser, *The Filter Bubble*, Penguin, New York, 2011.

“I christen Big Other. It is a ubiquitous networked institutional regime that records, modifies, and commodifies everyday experience from toasters to bodies, communication to thought, all with a view to establishing new pathways to monetization and profit. Big Other is the sovereign power of a near future that annihilates the freedom achieved by the rule of law. It is a new regime of independent and independently controlled facts that supplants the need for contracts, governance, and the dynamism of a market democracy. (...) Unlike the centralized power of mass society, there is no escape from Big Other. There is no place to be where the Other is not”.

Shoshana Zuboff, *Big other: surveillance capitalism and the prospects of an information civilization*, Journal of Information Technology, 2015, 81 ss.

INDICE SOMMARIO

<i>Introduzione</i>	XXI
<i>Premessa</i>	XXIII
<i>Abstract</i>	XXVII

Parte I

MERCATI DIGITALI: PIATTAFORME, ALGORITMI E REGOLE

Capitolo 1

RIVOLUZIONE DIGITALE E DOMINIO DELL'ALGORITMO: IL DIRITTO PRIVATO DELLE NUOVE TECNOLOGIE

1. Rivoluzione digitale, algoritmi, persona, mercato: il <i>Digital Single Market</i> UE	8
2. Globalizzazione del diritto e mercati transnazionali: l'emersione del Diritto delle nuove tecnologie	15
3. Contratti digitali ed europeizzazione delle regole dell'innovazione.	16
4. Diritto ed economia delle piattaforme digitali: il fenomeno della <i>sharing economy</i>	22
5. Il Diritto Privato delle Nuove Tecnologie: origini ed evoluzione attuale	26
6. Temi e problemi tra passato, presente e futuro.	30
7. L'epocale proposta di riforma europea dei servizi e mercati digitali: <i>Digital Services Act</i> (DSA) e <i>Digital Markets Act</i> (DMA)	34

Capitolo 2

DAL REALE AL VIRTUALE: COMMERCIALIZZAZIONE DI INTERNET E MERCATI DIGITALI

1. Rivoluzione informatica e rivoluzione digitale: dallo spazio reale allo spazio virtuale	45
2. Informatica, telematica, digitale: definizioni	48
3. Le origini della dematerializzazione dello spazio: Internet e il "world wide web"	52
4. Lo spazio virtuale: natura e definizione	55
5. Il substrato tecnologico dello spazio virtuale: "codice informatico" e "lex informatica"	58

6.	Il substrato economico-sociale dello spazio virtuale: il fenomeno di “comercializzazione” della rete Internet	60
7.	Il substrato giuridico	64
8.	Il caso emblematico dei nomi a dominio: dalla funzione originaria di mero indirizzo alla funzione distintiva acquisita nel mercato virtuale.	71
9.	Spazio virtuale e mercati digitali	73

Capitolo 3

PIATTAFORME DIGITALI, NUOVI BENI E DEMATERIALIZZAZIONE CONTRATTUALE

1.	Piattaforme digitali, beni digitali e consumatori digitali	80
2.	La dematerializzazione del luogo della contrattazione	86
3.	La dematerializzazione dell’oggetto della contrattazione: nuovi beni immateriali e nuovi consumi.	89
4.	La dematerializzazione delle forme della contrattazione: le forme elettroniche	94
5.	Innovazione tecnologica e contratto	96
6.	Commercio elettronico, strutture contrattuali e classificazioni del contratto virtuale	100
7.	Protezione dei contenuti digitali: ruolo degli intermediari della società dell’informazione	105
8.	Considerazioni conclusive	107

Parte II

PERSONA: RISERVATEZZA, DATI PERSONALI E IDENTITÀ DIGITALE

Capitolo 4

PRIVACY DIGITALE E GDPR TRA PERSONA E MERCATO

1.	Fragilità della tutela della persona, della riservatezza e dei dati personali nel contesto digitale: oltre l’ossimoro, verso una protezione effettiva, tra persona e mercato	119
2.	Riservatezza e tutela dei dati personali nel <i>Digital Single Market</i> (DSM) UE	124
3.	L’armonizzazione del Codice Privacy al GDPR	128
4.	La vocazione transnazionale del GDPR	131
5.	Il raccordo tra ordinamento comunitario e interno operato dal nuovo Codice della Privacy armonizzato.	134
6.	Il GDPR quale nuovo <i>legal benchmark</i> globale.	135
7.	Condizioni di liceità del trattamento dei dati personali: principi generali, informativa, consenso e altri precetti del GDPR	139
8.	Riflessioni sulla debolezza, nella società digitale, del consenso dell’interessato al trattamento dei dati personali tra natura autorizzatoria e negoziale: l’emersione del fenomeno della “cessione” dei propri dati personali . . .	145

Capitolo 5

TUTELA DELLA RISERVATEZZA,
PROTEZIONE DEI DATI PERSONALI E IDENTITÀ DIGITALE

1.	Letture tridimensionale della privacy in senso lato: riservatezza personale, protezione dei dati personali e identità digitale nuovi diritti fondamentali della persona	155
2.	Dall'identità personale all'identità digitale.	167
3.	La doppia natura personale e patrimoniale del diritto alla riservatezza, protezione dei dati personali e identità personale	169
4.	La crisi della privacy nella società digitale della sorveglianza tra <i>Internet of Thing</i> (IoT) e <i>Big Data</i>	177
5.	Le nuove regole nella proposta di Regolamento e-Privacy	182
6.	Emergenza sanitaria Sars-Cov-2 e compressione del diritto alla riservatezza: il recente caso dell'App Immuni tra <i>contact-tracing</i> e geolocalizzazione	191
7.	L'emersione dell'asimmetria di potere caratterizzante il rapporto di trattamento di dati personali e la prospettiva di tutela metaindividuale	198

Parte III

CONTRATTI:
INNOVAZIONE, ASIMMETRIE E RIMEDI

Capitolo 6

CONTRATTI DELLE NUOVE TECNOLOGIE

1.	Contratti delle nuove tecnologie: un tentativo di classificazione	210
2.	Contratti ad oggetto informatico, telematico e digitale	212
3.	Contratti a forme e procedimenti formativi informatici, telematici e virtuali	215
4.	Contratti telematici in senso ampio e contratti telematici in senso stretto: la diversa incidenza dell'assetto materiale	221
5.	Il contratto virtuale.	229
6.	<i>Smart Contract</i> , <i>Blockchain</i> e oltre	231

Capitolo 7

IL CONTRATTO VIRTUALE

1.	Il contratto virtuale: le ragioni di una definizione	242
2.	Strutture contrattuali e classificazioni del contratto virtuale.	243
3.	Ricostruzione della nuova categoria negoziale.	245
4.	Profili sostanziali	249
4.1.	I soggetti del contratto virtuale: rilevanza dello <i>status</i> dell'offerente e dell'oblatore	249
4.2.	I soggetti del contratto virtuale: tendenziale indifferenza rispetto all'identità dell'oblatore	255
4.3.	L'oggetto del contratto virtuale: indifferenza rispetto all'oggetto mediato e immediato del contratto	256

4.4.	Il contratto virtuale quale contratto tendenzialmente internazionale.	256
5.	Profili formali	258
5.1.	Il contratto virtuale quale struttura contrattuale a forma elettronica atipica: tendenziale indifferenza alla forma scritta	258
5.2.	Il contratto virtuale in senso stretto quale: <i>a)</i> struttura contrattuale a forma elettronica atipica unilateralmente predisposta	260
5.3.	Il contratto virtuale in senso stretto quale: <i>b)</i> struttura contrattuale tendenzialmente « forte »	263
6.	Profili procedurali	265
6.1.	Il contratto virtuale in senso stretto quale contratto di scambio tendenzialmente oggettivo e contratto non negoziato: l'assenza di dialogo e di trattative	265
6.2.	Il contratto virtuale quale offerta al pubblico	266
6.3.	Il contratto virtuale quale contratto <i>inter absentes</i> e contratto d'impresa a distanza	267
6.4.	Il contratto virtuale quale contratto asimmetrico, in serie, dichiarativamente predisposto: le condizioni generali di contratto	269
6.5.	Il contratto virtuale quale contratto asimmetrico, in serie, materialmente predisposto: l'utilizzo del linguaggio telematico ipertestuale del world wide web di Internet	271
7.	Contratto virtuale, contratti telematici in senso ampio e contratti telematici in senso stretto: la diversa incidenza dell'assetto materiale	272

Capitolo 8

STATUS DEI CONTRAENTI, ASIMMETRIE E DISCIPLINA APPLICABILE: CONTRATTI CON I CONSUMATORI E OLTRE

1.	Rilevanza giuridica dello <i>status</i> dei contraenti nella contrattazione digitale e disciplina applicabile: contratti comuni, contratti d'impresa (B2B), contratti con i consumatori (B2C) e oltre	283
2.	Le asimmetrie del contratto virtuale: contratti standard, con i consumatori e terzo contratto	288
3.	Il contratto virtuale in senso stretto quale contratto di scambio a distanza, tendenzialmente oggettivo, non negoziato e predisposto: l'assenza di dialogo e di trattative	294
4.	L'equilibrio normativo e le clausole abusive nei contratti con i consumatori: dal contratto libero al contratto giusto	295
5.	Le garanzie nella vendita di beni di consumo.	300
6.	Il problema delle forme con riferimento specifico alle clausole vessatorie.	302
7.	La contrattazione virtuale con i consumatori alla luce della disciplina sulle vendite a distanza.	304
8.	L'equilibrio informativo: l'obbligo d'informazione a carico del "professionista" e il diritto di recesso del consumatore nella normativa sulla vendita a distanza	305

9. Gli obblighi accessori informativi e procedurali introdotti dagli artt. 12 e 13 del D.Lgs. 9 aprile 2003, n. 70 nella contrattazione telematica del commercio elettronico	316
10. Tasto negoziale virtuale e obbligo accessorio dell'invio elettronico della ricevuta dell'ordine per via telematica disciplinato dall'art. 13 del D.Lgs. 9 aprile 2003, n. 70	322
11. Gli obblighi informativi nei contratti con il consumatore tra mera documentazione dell'obbligo informativo e forma protettiva del contenuto informativo del contratto	328
12. L'efficacia delle forme elettroniche tipica e atipica per l'assolvimento dell'obbligo della forma informativa e dell'obbligo di mera documentazione informativa	336

Parte IV FORME ELETTRONICHE

Capitolo 9

FORME ELETTRONICHE TIPICHE E ATIPICHE

1. L'evoluzione europea delle forme per la validità e per la prova: dal Codice Civile alla Legge Notarile sino al Regolamento UE Electronic IDentification Authentication and Signature — eIDAS	344
2. Le forme del contratto in generale	351
3. Le principali funzioni della forma necessaria tra tradizionali regole di struttura e nuove regole di protezione europee.	356
4. Breve “tormentata” storia delle firme elettroniche e della firma digitale dal D.P.R. 513/1997 ai giorni nostri: uno strano caso di ipertrofia normativa.	364
5. La nuova disciplina delle firme elettroniche avanzate, qualificate e della firma digitale introdotta dal Codice dell'Amministrazione Digitale (CAD).	369
6. Le forme elettroniche atipiche	375
7. Il tasto negoziale virtuale	378
8. Le forme elettroniche tipiche	380
9. La disciplina giuridica della firma elettronica avanzata	382
10. La disciplina giuridica della firma digitale.	387
11. Efficacia giuridica differenziata delle firme elettroniche sotto il profilo formale.	390
12. Efficacia giuridica differenziata delle firme elettroniche sotto il profilo probatorio	392

Capitolo 10

IL TASTO NEGOZIALE VIRTUALE: FORMA-PROCEDIMENTO ATIPICA

1. Qualificazione giuridica del tasto negoziale virtuale tra atipicità procedimentale e formale.	400
--	-----

2.	Le origini del tasto negoziale virtuale: breve storia della licenza “a strappo” di software standard	406
3.	Dalla licenza d’uso di software standard “a strappo” alla licenza d’uso di software standard “clickwrap”: l’evoluzione telematica	408
4.	Il tasto negoziale virtuale: limiti di efficacia alla luce del Codice dell’Amministrazione Digitale (CAD)	409
5.	Limiti alla vincolatività giuridica del tasto negoziale virtuale nell’ordinamento degli Stati Uniti	413

Capitolo 11

LA FIRMA ELETTRONICA AVANZATA GRAFOMETRICA NEI CONTRATTI BANCARI E DI INVESTIMENTO

1.	La Firma elettronica Avanzata (FEA) nei contratti bancari e di investimento: il caso emblematico della firma elettronica avanzata grafometrica	423
2.	Il precetto di forma informativa protettiva nei contratti bancari (art. 117 TUB) e di investimento (art. 23 TUF)	424
3.	Dalla nullità strutturale tradizionale alla nullità relativa conformativa-funzionale per difetto di forma protettiva: la prospettiva di recupero mediante convalida del contratto viziato da nullità relativa	426
4.	Utilizzo di FEA conforme al D.P.C.M. 22 febbraio 2013 per sottoscrizione di ordini in carenza di contratto di adesione preliminare al servizio ma esecutivi di contratti bancari o di investimento validi: regolarizzazione e ratifica	430
5.	Utilizzo di FEA conforme al D.P.C.M. 22 febbraio 2013 per sottoscrizione di contratti bancari o di investimento validi seppur in carenza di contratto di adesione preliminare al servizio: regolarizzazione e ratifica	430
6.	Utilizzo di servizi FEA per ordini esecutivi alla Banca attuativi di contratti bancari o di investimento invalidi per violazione del precetto di forma informativa protettiva: tra rinnovo formale e sanabilità della nullità relativa nell’interesse del contraente debole	432
7.	Contratti di adesione servizio FEA grafometrica	434
8.	Contratto quadro bancario e di investimento valido in quanto sottoscritto con firma autografa ma in carenza di sottoscrizione del contratto di servizi FEA — atti dispositivi da essi discendenti non soggetti a precetto di forma	434
9.	Contratto quadro bancario e di investimento valido in quanto sottoscritto con firma elettronica avanzata ma in carenza di sottoscrizione del contratto di servizi FEA — atti dispositivi da essi discendenti non soggetti a precetto di forma	435
10.	Contratti collegati a contratto quadro di servizi di investimento	436
11.	Il trattamento da parte della Banca dei dati biometrici correlati all’utilizzo della firma grafometrica: obbligo di informativa all’interessato alla luce dell’art. 13 GDPR	438
12.	Il consenso esplicito dell’interessato alla luce dell’art. 9 GDPR	439
13.	Osservazioni conclusive	443

Parte V
RESPONSABILITÀ CIVILI:
RISCHIO TECNOLOGICO E GOVERNO DELL'INNOVAZIONE

Capitolo 12

RESPONSABILITÀ CIVILE DELLE PIATTAFORME DIGITALI:
MOTORI DI RICERCA,
AGGREGATORI DI CONTENUTI E SOCIAL NETWORK

1. La disciplina della responsabilità civile degli Internet Service Provider per i servizi passivi di *mere conduit*, *caching* e *hosting* alla luce del D.Lgs. 70/2003 451
2. L'elaborazione giurisprudenziale della figura soggettiva dell'ISP attivo: dal *leading case* RTI c. Yahoo! del 9 settembre 2011 al consolidamento della Corte di Cassazione n. 7708 del 19 marzo 2019 456
3. Il problema della conoscenza effettiva e della manifesta illiceità ai fini dell'addebito di responsabilità in capo all'ISP 472
4. Limiti giurisprudenziali all'inibitoria *de futuro* e all'imposizione di obblighi di filtraggio *ex post* in capo all'*hosting provider* in relazione a contenuti digitali illeciti in violazione della proprietà intellettuale e industriale . . . 476
5. Il consolidamento giurisprudenziale della figura soggettiva atipica dell'Internet Hosting Provider attivo: ricostruzione della responsabilità delle piattaforme digitali, motori di ricerca, social network e aggregatori di contenuti di terzi 487
6. Note conclusive in ordine alle interferenze normative tra Direttiva CE 31/2000 e *General Data Protection Regulation*: dalla tendenziale irresponsabilità dell'ISP passivo per contenuti digitali all'oggettivazione della responsabilità per trattamento illecito dei dati personali. 494

Capitolo 13

RESPONSABILITÀ CIVILE PER
VIOLAZIONE DEI DIRITTI DI PROPRIETÀ
INTELLETTUALE E INDUSTRIALE

1. La tutela dei diritti di proprietà intellettuale e industriale nelle reti di comunicazione elettronica 504
2. La tutela dei contenuti digitali nella lettura giurisprudenziale del fenomeno 508
3. La procedura amministrativa di notifica e rimozione a tutela delle opere digitali illecite (AGCom 680/13) 514
4. La doppia natura — tecnica e distintiva — del nome a dominio 521
5. La tipizzazione, quale segno distintivo, del nome a dominio: il principio di unitarietà dei segni alla luce del nuovo art. 22 CPI 524
6. La pratica illecita del "domain grabbing": un classico della rete alla luce del nuovo art. 118, n. 6 CPI. 528
7. Le pratiche confusorie del « linking » e del « framing ». 530
8. La pratica confusoria dell'utilizzo illecito di « meta-tag » 533

9.	Un nuovo illecito contraffattorio e concorrenziale l'utilizzo non autorizzato di "key-word" confusorio con effetti distorsivi sull'esito dell'interrogazione di motore di ricerca	538
10.	Caveat per il giudizio di confondibilità tra nomi di dominio e segni distintivi tipici.	541
11.	Osservazioni conclusive in ordine al ruolo centrale delle piattaforme digitali e degli intermediari nella prevenzione e contrasto degli illeciti contro la proprietà intellettuale e industriale	544

Capitolo 14

RESPONSABILITÀ OGGETTIVA PER ILLECITO TRATTAMENTO DEI DATI PERSONALI

1.	Premessa	557
2.	La gestione del rischio correlato all'attività di trattamento dei dati personali: il nuovo principio di responsabilizzazione	562
3.	La responsabilità civile in materia di protezione dei dati personali nella disciplina previgente: dall'art. 15 del "vecchio" Codice Privacy al nuovo regime comunitario	569
4.	Specialità della responsabilità civile per trattamento illecito dei dati nel GDPR	573
5.	Profilo soggettivo: figure qualificate tipizzate	578
5.1.	Titolare del Trattamento (art. 24 GDPR)	580
5.2.	Contitolari del trattamento (art. 26 GDPR)	581
5.3.	Responsabili del trattamento, Corresponsabili e Sub-Responsabili (art. 28 GDPR)	582
5.4.	Rappresentante del Titolare o del Responsabile	585
5.5.	Data Protection Officer (art. 37 GDPR)	585
5.6.	Il problema del regime applicabile alla responsabilità civile del <i>Data Protection Officer</i> (DPO)	589
6.	Profilo oggettivo: illiceità della condotta alla luce dell'obbligo di gestione e prevenzione differenziata del rischio specifico	591
7.	Oggettivazione della responsabilità per trattamento illecito dei dati personali tra responsabilizzazione <i>ex ante</i> e responsabilità <i>ex post</i>	594
8.	Lesione dei diritti fondamentali alla riservatezza e protezione dei dati personali, danno non patrimoniale da trattamento illecito e ammissibilità del danno <i>in re ipsa</i>	599
9.	Riemersione del danno morale soggettivo con funzione sanzionatoria alla luce della giurisprudenza di legittimità di San Martino 2019 e polifunzionalità della responsabilità civile	605
10.	La funzione preventiva-deterrente-sanzionatoria della responsabilità civile per trattamento illecito dei dati personali alla luce dell'art. 82 del GDPR.	611
11.	Fragilità dei diritti della persona e della protezione dati personali nella società digitale della sorveglianza: strumentario rimediario europeo tra tutela individuale e collettiva	615

12. L'apparato sanzionatorio protettivo della liceità del trattamento dei dati personali	620
13. Convergenza rimediale della protezione dei consumatori e della protezione dei dati personali a protezione della persona-soggetto debole nel contesto asimmetrico digitale	621

La *Collana Diritto delle Nuove Tecnologie*, con la pubblicazione del ventitresimo volume *Diritto Privato delle Nuove Tecnologie digitali, Riservatezza, contratti e responsabilità tra persone e mercato*, consolida un progetto scientifico e culturale iniziato nell'ormai lontano 2003 con la pubblicazione del primo volume dedicato al “*Commercio elettronico e servizi della società dell'informazione*”.

Stiamo parlando, nel contesto tecnologico, di un'era geologica passata: il volume commentava l'allora innovativa *Direttiva e-Commerce* — Direttiva CE 31/2000 — e il conseguente atto di recepimento interno di cui al D.Lgs. 70/2003.

Finalmente, dopo quattro lustri dal primo intervento regolatorio summenzionato, la Commissione Ue il 12 dicembre 2020 ha presentato l'atteso ambizioso progetto di riforma europea *The Digital Services Act Package*, composto dal *Digital Services Act* (DSA) e dal *Digital Markets Act* (DMA).

La regolamentazione giuridica delle nuove tecnologie è per definizione in continua evoluzione al pari dell'oggetto della regolazione.

Frutto dell'arco di un ventennio di studi civilistici nel settore dei riflessi giuridici dell'innovazione digitale lo studio monografico dal titolo “*Diritto Privato delle nuove Tecnologie Digitali*” si presenta articolato in V parti a toccare i principali temi ivi approfonditi: I - *Mercati Digitali piattaforme, algoritmi e regole*; II - *Persona: riservatezza, dati personali e identità digitale*; III - *Contratti: innovazione, asimmetrie e rimedi*; IV - *Forme elettroniche*; V - *Responsabilità civili: rischio tecnologico e governo dell'innovazione*.

L'Autore padroneggia ormai questi temi con maestria, metodo e rigore scientifico essendo da anni attento studioso della materia e dell'evoluzione giuridica del fenomeno digitale.

“*La globalizzazione del diritto*” — così suggerisce correttamente l'Autore — “*trova compimento nella nuova dimensione immateriale e delocalizzata, senza frontiere, generata dalle piattaforme commerciali*”

digitali veicolate tramite le reti di comunicazione elettronica: il Diritto delle Nuove Tecnologie, noto anche come High Tech Law, risponde pienamente alle istanze regolatorie di tale complesso fenomeno”.

I Direttori

Il presente studio sui profili privatistici del diritto delle nuove tecnologie digitali nasce negli anni dell'emergenza sanitaria globale Sars-Cov-2.

La pandemia ha cambiato non solo le nostre esistenze ma anche i mercati digitali che ne escono straordinariamente rafforzati dai prolungati e reiterati *lockdown* sanitari: in particolare i grandi *digital player globali* raggiungono posizioni di forza economica, informativa e regolatoria oltre ogni immaginazione, senza precedenti nella storia economica.

Parafrasando Eli Pariser celebre autore di *The Filter Bubble* (New York, 2001): “*If knowledge is power, then asymmetries in knowledge are asymmetries in power*”.

La stessa *sovranità digitale* degli Stati pare talvolta persino cedere al potere di autoregolazione delle piattaforme digitali sistemiche globali: i signori della rete, i *gatekeeper*, *Big tech* della *Silicon Valley*.

Emblematico il caso di censura e *ban* definitivo dell'*account* del Presidente degli Stati Uniti Trump da parte di Twitter — senza entrare nel merito del contenuto dei messaggi inviati in relazione al noto evento dell'assalto al Congresso di Wasghinton il 6 gennaio 2021 per contestare la proclamazione della vittoria del nuovo Presidente Biden — ma limitandoci al metodo a dir poco singolare, al di sopra di ogni autorità amministrativa e giudiziaria precostituita.

Sono finiti i tempi del mito *naïf* dell'Internet come spazio libero di pensiero e autoregolazione *peer to peer*.

Il 29 luglio 2020 anche negli Stati Uniti — patria della *Silicon Valley* luogo di nascita e sviluppo delle principali tecnologie digitali globali — ci si interroga, seriamente, sull'evoluzione monopolistica imprevista e inarrestabile del fenomeno digitale dei *Big Tech*.

Il Presidente della *SottoCommissione Judiciary Antitrust, Commercial and Administrative Law Subcommittee alla House of Representatives* a margine del rapporto “*Online Platforms and Market Power*” ricono-

sce “*the dominance of Amazon, Apple, Facebook, and Google. Amazon runs the largest online marketplace in America, capturing 70% of all online marketplace sales. (...) Despite a litany of privacy scandals and record-breaking fines, Facebook continues to enjoy booming profits — \$18 billion last year alone. Lastly, Google is the world’s largest online search engine, capturing more than 90% of searches online. It controls key technologies in digital ad markets and enjoys more than a billion users across six products — including browsers, smartphones, and digital maps.*

Prior to the COVID-19 pandemic, these corporations already stood out as titans in our economy. In the wake of COVID-19, however, they are likely to emerge stronger and more powerful than ever before”.

Anche in Europa è sollecitata da più parti — regolatori, digital players e stake holders in generale — la riforma invocata da tempo, dell’ormai obsoleta *Direttiva e-commerce CE 31/2000*.

Il quadro regolatorio allora delineato è, insufficiente a disciplinare i nuovi fenomeni delle piattaforme digitali, della responsabilità giuridica degli *hosting attivi* e a contrastare il dominio dell’algoritmo non solo a protezione dei diritti fondamentali della persona ma in ultima istanza degli stessi mercati digitali e della sovranità digitale degli Stati.

Oltre vent’anni nel diritto delle nuove tecnologie equivalgono, invero, ad un’era geologica passata.

Il cantiere legislativo europeo ferve di iniziative regolatorie negli svariati settori afferenti ai mercati digitali.

La Commissione UE il 15 dicembre 2020 ha, finalmente, presentato l’atteso e ambizioso progetto di riforma europea *The Digital Services Act Package* che comprende due innovativi Regolamenti e precisamente:

— *Digital Services Act (DSA)*:

Proposta di Regolamento della Commissione UE del 15/12/2020 COM(2020) 825 final aggiornamento *Direttiva CE 31/2000*;

— *Digital Markets Act (DMA)*:

Proposta di Regolamento della Commissione UE del 15/12/2020 COM(2020) 842 final creazione di mercati equi e contendibili.

Si evidenziano, senza pretese di esaustività, i seguenti macroprofili di intervento regolatorio:

— Norme specifiche per le grandi piattaforme digitali che svolgono una funzione sistemica di controllo di accesso al mercato (*gatekeeper*);

- Rafforzamento protezione per i consumatori dai prodotti illegali, contraffatti e non sicuri;
- Regole più incisive per pubblicità mirata e controlli su contenuti online;
- Obbligatorietà delle norme introdotte anche per i prestatori stranieri di servizi.

Anche in Europa il quadro regolatorio si avvia, dunque, a un consolidamento delle molteplici orientamenti e fonti ma soprattutto a un rafforzamento delle tutele a protezione del soggetto debole nei rapporti asimmetrici, sempre più disegnati con le piattaforme digitali e più in generale della dignità della persona.

Non si può non partire dalla presa d'atto della centralità dei temi della protezione della persona dalle insidie tecnologiche pervasive, della regolazione dei mercati digitali, dell'innovazione contrattuale e delle regole di utilizzo dei dati personali scevra da pregiudizi dogmatici, senza escludere, anzi, il tema dello sfruttamento economico e della rilevanza patrimoniale propri del *capitalismo estrattivo della sorveglianza digitale*.

Emergono i tratti distintivi asimmetrici dei rapporti tra consumatori, piattaforme digitali e titolari del trattamento dei dati personali che richiedono protezione normativa convergente tra i settori regolatori contigui della tutela dei consumatori e della tutela dei dati personali.

Così come lo strumentario rimediale protettivo della *persona-consumatore-contraente debole* deve essere oltre che individuale — nullità conformativa, conformità dell'oggetto contrattuale e ampliamente del rimedio risarcitorio — anche metaindividuale per rafforzare ulteriormente la protezione nella dimensione collettiva propria delle azioni di classe e, in ultima istanza, anche deterrente sanzionatorio a tutela della trasparenza e correttezza dei mercati digitali.

Tale convergenza protettiva risulta, peraltro, in linea con le più recenti evoluzioni normative europee nel settore che qui ci occupa, come vedremo in relazione all'apparato deterrente sanzionatorio del GDPR e a quello analogo in materia di contratti consumeristici anche alla luce della recente Direttiva UE 2161/2019.

I tempi sono, dunque, maturi per la presentazione di uno studio giuridico aggiornato sui complessi profili e intersezioni del diritto privato delle nuove tecnologie digitali: persona, mercati, contratti, forme elettroniche, consumatori, riservatezza e dati personali, responsabilità civili delle piattaforme digitali, motori di ricerca, social network e aggregatori di contenuti, tutela dei contenuti digitali e della proprietà industriale, responsabilità civile oggettiva per illecito trattamento dei dati personali sono i grandi temi trattati nel presente studio sistematico.

Si attribuisce correntemente a Marshall Mc Luhan l'ammonizione, quanto mai attuale, circa il rischio di essere dominati dagli strumenti tecnologici ideati dall'uomo: "*We shape our tools and thereafter our tools shape us*".

Occorre scongiurare tale rischio e riprendere il controllo delle tecnologie digitali prima che sia troppo tardi.

Constatato il fallimento dell'originario mito *naïf* della sola autoregolazione che ha cessato di essere incisiva nel momento in cui si è conclamato il fenomeno della progressiva commercializzazione della rete Internet, occorre sviluppare un'efficace eteroregolazione per proteggere i diritti fondamentali della persona in generale — non solo il consumatore, non solo i dati personali — e in ultima istanza assicurare correttezza, trasparenza, equità e concorrenza effettiva ai mercati digitali.

L'Autore

EMILIO TOSI - È *Professore Associato Abilitato di Diritto Privato* nell'Università di Milano Bicocca. È Direttore Esecutivo della Collana internazionale di studi giuridici "Diritto delle Nuove Tecnologie" fondata nel 2003. È iscritto all'*Albo degli Avvocati* dell'Ordine di Milano dal 1995 e all'*Albo dei patrocinanti in Cassazione e altre Giurisdizioni Superiori* dal 2011. È autore di numerosi saggi e studi collettanei in materia di contratti, tutela della riservatezza, nuovi beni, proprietà intellettuale e industriale, responsabilità civile. Ha pubblicato sette monografie: *I contratti di informatica. Tipi, formazione, responsabilità*, Milano, 1993; *Il contratto virtuale. Procedimenti formativi e forme negoziali tra tipicità e atipicità*, Collana di *Diritto dell'economia* Università degli Studi di Milano Bicocca, Milano, 2005; *Forma informatica nei contratti asimmetrici. Contributo allo studio della forma funzionale nei contratti asimmetrici, bancari e di investimento*, Collana di *Diritto dell'economia* Università degli Studi di Milano Bicocca, Milano, 2018; e da ultimo *Responsabilità civile per illecito trattamento dei dati personali e danno non patrimoniale*, Collana *Temi di Diritto Privato e Pubblico* diretto da G. Alpa, Milano, 2019; nella Collana *Diritto delle Nuove Tecnologie: Diritto Privato dell'informatica e di Internet. I beni - I contratti - Le Responsabilità*, Milano, 2006; *Contratti informatici, telematici e virtuali*, Milano, 2010; *High Tech Law. The Digital Legal Frame in Italy*, Milano, 2015. Ha curato, inoltre, il primo *Codice della Privacy* a partire dal 2001 ora giunto all'undicesima edizione. Già componente del *Comitato Nazionale sulla Biosicurezza, Biotecnologie e Scienze della Vita (CNBBST)* istituito presso la *Presidenza del Consiglio dei Ministri*, Roma (2007-2011). Componente *Comitato Direttivo Accademia Italiana del Codice di Internet (AICI)*. È Socio Corrispondente dell'*Associazione Civilisti Italiani*.

DIRITTO PRIVATO DELLE NUOVE TECNOLOGIE DIGITALI. Riservatezza, contratti, responsabilità tra persona e mercato – Il presente studio monografico costituisce un fondamentale contributo allo studio dei profili civilistici delle nuove tecnologie articolato in quattordici capitoli e cinque parti: *I- Mercati Digitali: piattaforme, algoritmi e regole; II- Persona: riservatezza, dati personali e identità digitale; III- Contratti: innovazione, asimmetrie e rimedi; IV- Forme elettroniche; V- Responsabilità civili: rischio tecnologico e governo dell'innovazione.*

Al centro dell'indagine Codice Civile, CAD, normativa settoriale italiana ed europea senza trascurare le recenti epocali proposte di riforma della Commissione UE *Digital Services Act (DSA) and Digital Markets Act (DMA)*.

Particolare attenzione l'Autore riserva allo studio dei mercati digitali e dei nuovi beni immateriali, della tutela della persona, dei contratti delle nuove tecnologie – soffermandosi sui contratti ad oggetto e servizi digitali – delle regole contrattuali e delle forme elettroniche (debole, avanzata, qualificata e digitale).

L'indagine prosegue con lo studio e la ricostruzione delle regole differenziate della contrattazione con particolare attenzione alla protezione dei consumatori, dell'ipertrofia informativa e dell'analisi dei rimedi.

Completa lo studio una disamina critica del quadro applicabile alla protezione dei diritti fondamentali della persona, alla riservatezza digitale, alla protezione dei dati personali e all'identità digitale nella società del capitalismo della sorveglianza.

L'Autore ricostruisce, inoltre, l'attuale e controverso tema della patrimonializzazione dei dati personali oltre che dell'ammissibilità e limiti della cessione dei diritti di sfruttamento economico dei propri dati personali.

Si offre un'accurata analisi dei lineamenti essenziali della responsabilità civile dei *motori di ricerca, social network e aggregatori di contenuti* alla luce della recente emersione giurisprudenziale della figura degli ISP attivi.

Si affronta anche il tema complesso della responsabilità delle *piattaforme digitali* della società dell'informazione in relazione alla protezione dei contenuti digitali per violazione dei diritti di proprietà intellettuale e industriale.

Last but not least lo studio si chiude con la ricostruzione dello speciale regime della responsabilità oggettiva per trattamento illecito dei dati personali delineato dal GDPR UE segnalando l'emersione di evidenti funzioni di deterrenza e sanzionatorie ultracompensative a protezione della persona, *interessato dal trattamento - consumatore*, soggetto debole del rapporto asimmetrico di trattamento dei dati personali e in ultima istanza della trasparenza e correttezza del mercato della sorveglianza digitale, *rectius* di governo dell'innovazione.