

# STUDIO LEGALE FOLICALDI

*Via Ciro Menotti, 9 - 20129 - Milano*

*tel., e segreteria +39 - 2 - 73.06.22 - fax +39 - 2 - 73.06.82 - tel. cell +39 - 336 - 569.886*

*e-mail address: stulegfo@internetforce.com*

Milano, 4 Giugno 1997

## La sicurezza delle reti

AFFARI & FINANZA

La Repubblica

LE CONFERENZE

COMPRENDERE L'INNOVAZIONE

Relatore:

**Sergio Lionello Folicaldi**

- Avvocato in Milano -

PROBLEMI, OPPORTUNITÀ E RISCHI DEL COMMERCIO  
ELETTRONICO.

DIRITTO DEL CONSUMATORE

LA SICUREZZA DEI PAGAMENTI ON LINE.

## INDICE

### **CAPITOLO (I) Introduzione**

- 1.1 E-Commerce: Caratteristiche generali.
- 1.2 E-Market; b) E-Market transnazionale e E-Market nazionale
- 1.3 Cosa si dice dell'E-Commerce. Critiche. Cosa si dovrebbe aggiungere
- 2. Problematiche giuridiche generali dell'E-Commerce**
- 2.1 *La legge del contratto.*
- 2.1.1 La Convenzione di Roma
- 2.1.1.1 Campo di applicazione
- 2.1.1.2 Designazione convenzionale della legge applicabile
- 2.1.1.3 Legge applicabile in mancanza di scelta
- 2.1.1.4 Prestazione caratteristica
- 2.1.1.5 Contratto concluso dai consumatori
- 2.1.2 Vendita internazionale: la convenzione dell'Aia del 1955.
- 2.1.3 Vendita internazionale: le Convenzioni di Vienna del 1980
- 2.1.3.1 Ambito spaziale della Convenzione
- 2.1.3.2 Ambito oggettivo della Convenzione
- 2.1.3.3 Norme materiali sulla conclusione del contratto di vendita internazionale e sugli effetti obbligatori del contratto.
- 2.1.3.4 Diritti e gli obblighi delle parti
- 2.1.3.5 Misure cautelari
- 2.1.4 Prestazioni di servizi, vendita di licenze o cessione di diritti su proprietà immateriale (brevetti, marchi, copyright, software incluso) via E-Commerce.
- 2.2 Giurisdizione e competenza
- 2.2.1 Dal punto di vista interno. Il nuovo sistema di diritto processuale civile; i criteri di giurisdizione e di competenza internazionale secondo la legge di riforma del d.i.pr. L. 31/5/1995 n. 218
- 2.2.1.1 Convenuto domiciliato o residente in Italia
- 2.2.1.2 Estensione dei criteri della Convenzione di Bruxelles
- 2.2.1.3 Determinazione convenzionale del foro (giurisdizione) competente.
- 2.2.2 Dal punto di vista esterno. La convenzione di Bruxelles del 27/9/1968 concernente la competenza giurisdizionale e l'esecuzione delle decisioni civili in materia civile e commerciale.
- 2.2.2.1 Ambito e criteri determinativi della convenzione di Bruxelles.
- 2.2.2.2 Provvedimenti cautelari e provvisori.
- 2.2.2.3 Riconoscimento ed esecuzione delle decisioni.
- 3. Problematiche giuridiche specifiche all'E-Commerce nazionale e transnazionale (alcune)**
- 3.1 Premessa
- 3.1.1 Problematiche fiscali e valutarie.
- 3.1.2 Problematiche connesse a diritti su beni immateriali.
- 3.1.2.1 Introduzione: il principio di territorialità della protezione.
- 3.1.2.2 Profilo interno
- 3.1.2.3 Il problema del diritto d'autore
- 3.1.2.4 Il domain name e la disciplina dei segni distintivi
- 3.1.2.4.1 Premessa.  
1
- 3.1.2.4.2 Domain name e segni distintivi  
2
- 3.1.2.4.3 Evoluzione storica e sviluppo della DNDP (per gli SLD)  
3
- 3.1.2.4.4 Spunti problematici di riflessione sulla NSI's Domain Name Dispute Policy  
4
- 3.1.2.4.5 Spunti problematici sulla riconducibilità tout-court del domain name alla disciplina dei segni distintivi  
5
- 3.1.3 La pubblicità via E-Commerce: assoggettabilità della pubblicità in rete alle norme vigenti.
- 3.1.3.1 Contenuto minimale del D.Lvo 25/1/1992 n. 74 in ambito transnazionale.
- 3.1.3.2 Forme di pubblicità vietate in Italia reperibili in rete.

### **CAPITOLO (II) Il contratto in rete: la tutela del consumatore**

- 1. Diritto del consumatore
- 1.1 Il Consumatore nel diritto internazionale privato
- 1.2 Problemi connessi all'applicazione del diritto convenzionale internazionale e/o al d.i.pr.
- 1.3 Contratti telematici e disciplina dei contratti conclusi fuori dei locali commerciali
- 1.3.1 Contenuto minimale del D.Lvo 15/1/1992 n. 50 in ambito transnazionale.
- 1.4 Le clausole vessatorie
- 1.4.1 Effetti e conseguenze sull'uso delle clausole vessatorie.

- 1.4.2 Contenuto minimale dell'art. 25 della L. 6/2/96 n. 52 in attuazione della Direttiva 93/13/CEE.
- 1.5 La "*business interruption*".

**CAPITOLO (III) Il contratto in rete: I pagamenti in rete e la sicurezza delle transazioni.**

- 1. E-Commerce e pagamenti in rete; la nascita del SET
- 2. Presupposti logico-funzionali del SET
- 3. Funzionamento del protocollo SET
- 4. Sicurezza delle transazioni SET.

## **CAPITOLO - I -**

### **Introduzione**

## 1. E-Commerce

### 1.1 Caratteristiche generali.

Al fine di poter comprendere adeguatamente un fenomeno epocale, nuovo (anche se non nuovissimo), come il commercio telematico in Rete (di seguito definito come "E-Commerce") pare senz'altro opportuno evidenziarne le caratteristiche e/o gli elementi salienti che questo differenziano rispetto al commercio tradizionalmente inteso.

Quest'ultimo pare in verità tuttora ancorato ad un concetto di effettiva presenza - diretta od indiretta - dell'operatore commerciale sul territorio nel quale questi intende condurre i propri affari.

Con l'E-Commerce le cose paiono mutare radicalmente di prospettiva, quantomeno nel mercato dei servizi telematici, del software, della vendita per corrispondenza ecc..

Infatti, grazie alla telematica, l'imprenditore E-Commerce non sembra più avere la necessità di avvalersi anche di strutture fisiche geograficamente presenti nei diversi mercati nazionali (territori), potendo per lo più condurre la stessa attività imprenditoriale attraverso la Rete.

Anche l'organizzazione del lavoro pare mutare di prospettiva e di consistenza; con la telematica non solo è già possibile il telelavoro "nazionale" ma, addirittura, quello "transnazionale", e già oggi un lavoratore può, attraverso la Rete, lavorare da casa sua alle dipendenze di un datore di lavoro con sede dall'altra parte del pianeta.

L'E-Commerce sembra poi incidere profondamente anche in quei comparti di mercato che esulano dai mercati dei servizi telematici, software, vendita per corrispondenza ecc..

Ciò soprattutto per quanto attiene agli aspetti "verticali" della distribuzione dei beni; infatti anche in questi comparti di mercato l'imprenditore E-Commerce transnazionale potrà sopperire facilmente alle proprie carenze organizzative/distributive locali utilizzando risorse ed energie di altri imprenditori territorialmente già stabilizzati, collegandosi a costoro sempre attraverso la Rete. Non è certo questo un fenomeno nuovo (si pensi ad esempio a certi progetti di globalizzazione di alcune società multinazionali), ma, a ben vedere, non si può non concordare sul fatto che l'E-Commerce finirà con l'aumentarne in modo esponenziale la rilevanza.

Ulteriore fattore degno di rilievo è che l'imprenditore E-Commerce si trova, di fatto, fin da subito nella possibilità di interagire con tutto il resto del mondo, quand'anche abbia inizialmente incentrato la propria attività nel contesto del più ristretto ambito nazionale.

E ciò basta che lo voglia, poiché essere in "rete" vuoi di fatto dire essere già al di là del confine. Si può quindi affermare che l'E-Commerce si caratterizzi come un fenomeno ad elevatissima internazionalità (quantomeno potenziale).

Da ultimo va rilevato che l'E-Commerce si contraddistingue per un numero (potenzialmente) elevatissimo di transazioni, per il fatto che tali transazioni, per poter essere appetibili rispetto ai canali tradizionali, debbono essere velocissime, e, dal fatto che, nell'E-Commerce, l'imprenditore non ha mai, in genere, la possibilità di conoscere con anticipo di quale paese sarà la sua prossima controparte contrattuale.

### 1.2 E-Market; b) E-Market transnazionale e E-Market nazionale.

Da quanto precede è di tutta evidenza come il principio di territorialità che sembra aver ispirato fino a ieri la filosofia del commercio tradizionale venga, oggi, con l'E-Commerce, a perdere di significato assoluto.

Dovremo pertanto senz'altro iniziare a concepire il mercato dell'operatore E-Commerce come mercato mondiale e globale; mercato che per estensione chiamerei "E-Market"<sup>1</sup>.

Dobbiamo ora definire l'ambito di operatività "residuale" dell'E-Commerce nazionale. Ciò, se non altro, al fine di comprendere i limiti di

---

<sup>1</sup> Concetto, questo, che non trascurerei affatto, posto che il medesimo pare impattare, fin da subito, su tutta la disciplina della concorrenza in generale e sul diritto Antitrust in particolare. Disciplina e Diritto che nell'ambito dell'E-Market paiono meritare una necessaria rivisitazione e/o ridefinizione, quantomeno nell'ottica di una auspicabile armonizzazione in tutti i paesi.

applicabilità del nostro diritto interno - sostanziale e processuale (civile) - all'E-Commerce in generale.

Contrariamente a quanto si possa pensare, la comprensione della dimensione residuale dell'E-Commerce nazionale non è affatto scontata e priva di rilievo, posto che questa impatta sui concetti di diritto e giurisdizione nazionali sicuramente applicabili al commercio elettronico.

Si pensi, ad esempio, al caso un consumatore italiano, domiciliato e residente negli Stati Uniti, convenuto in giudizio in Italia per inadempimento di un contratto di compravendita di beni mobili stipulato via E-Commerce con una impresa italiana.

In base all'art. 57 della L. 31 Maggio 1995 n. 218 (Riforma del sistema Italiano di diritto internazionale privato) la legge applicabile al contratto sarà la legge scelta dalla parti (Art. 3 della Convenzione di Roma e Art. 2 della convenzione dell'Aia del 1955 sui beni mobili<sup>2</sup>), in quanto non pregiudichi la protezione assicurata al consumatore dalla legge del suo domicilio (Art. 5, n. 2, Convenzione di Roma), o la legge dello stato di abituale residenza di quest'ultimo in mancanza di scelta (Art. 5, n. 3, Convenzione di Roma), a regolare il contratto<sup>3</sup>.

Già qui potrebbe emergere un primo problema perché anche nel caso in cui le parti abbiano concordato per l'applicazione del diritto italiano, l'applicabilità del diritto statunitense potrebbe essere validamente chiamata in gioco dal consumatore italiano, risiedente/domiciliato in USA, allorché questi contesti l'esistenza, in quell'ordinamento, di disposizioni imperative (ad es. a tutela del consumatore) di contenuto più vasto di quella del diritto italiano<sup>4</sup>.

Ma ciò potrebbe risultare il minore dei mali poiché un provvedimento giurisdizionale potrebbe comunque essere ottenuto, magari attraverso l'applicazione del diritto Statunitense in Italia.

Invece nel caso di specie, in base alla convenzione di Bruxelles<sup>5</sup> l'imprenditore italiano potrebbe addirittura vedersi contestata dal nostro cittadino italiano residente o domiciliato all'estero, l'applicabilità stessa della giurisdizione italiana<sup>6</sup>; ciò con la conseguenza che l'eventuale sentenza resa dal giudice italiano in favore dell'imprenditore sarebbe *"inutiliter data"* fra le parti; e, quindi, del tutto inutile.

Queste considerazioni mi portano - oggi - a considerare come E-Commerce nazionale, giuridicamente rilevante ai fini dell'applicabilità del diritto interno (in assenza di valide convenzioni contrarie fra le parti), quella porzione di E-Commerce coincidente col "fatto" che entrambe le parti contrattuali risultano domiciliate o residenti nel territorio della Repubblica.

### *1.3 Cosa si dice dell'E-Commerce<sup>7</sup>. Critiche. Cosa si dovrebbe aggiungere.*

Si dice che i produttori di soluzioni per il commercio elettronico e le aziende che decidono di utilizzare Internet quale veicolo per allargare i loro

<sup>2</sup> Escludiamo dall'esempio la convenzione di Vienna del 1980 in quanto questa, ancorché relativa a beni mobili, non si applica a beni acquistati per uso personale, familiare o domestico.

<sup>3</sup> Va menzionato il rilevante problema - sottolineato da TITO BALLARINO, Diritto Internazionale Privato (Ed. Cedam, Padova 1996, Seconda Edizione) - esistente fra la convenzione di Roma e la convenzione dell'Aia che non prevede una regola speciale a favore dei consumatori. A norma dell'art. 21 convenzione di Roma, la convenzione dell'Aia dovrebbe prevalere con la conseguenza che le regole protettive della convenzione di Roma non sarebbero applicabili al contratto più frequentemente concluso dai consumatori. Si ritiene tuttavia che, attraverso la via dell'interpretazione debba darsi prevalenza comunque alla disciplina più favorevole prevista per i consumatori dall'art. 5 Convenzione di Roma.

<sup>4</sup> Argomentando ex Art. 5, n. 2, Convenzione di Roma.

<sup>5</sup> Artt. 13-15 (Competenza in materia di contratti conclusi da consumatori); con particolare riferimento all'art. 14, 2° comma di tale Convenzione.

<sup>6</sup> In armonia ai nuovi principi di diritto internazionale privato la cittadinanza del convenuto non è più, infatti, un criterio utile al fine dell'affermazione della giurisdizione Italiana.

<sup>7</sup> *Analisi tratta da un articolo apparso su Computer World Italia, 19 Maggio 1997 (e.ab.) dal titolo "la lunga mano della legge".*

affari in tutto il pianeta, si trovino oggi ad affrontare una serie notevole di problemi legali.

A tale proposito un autorevole istituto di ricerca americano<sup>8</sup> avrebbe recentemente pubblicato un documento intitolato "*Leggi Regolamenti e Internet*" nel quale sarebbero evidenziate cinque aree critiche per chi intende lanciarsi nell'avventura dell'E-Commerce.

Le cinque aree in questione sarebbero quelle:

- a) delle tasse;
- b) delle controversie legali civili e penali;
- c) relative alla c.d. proprietà intellettuale e/o immateriale;
- d) relative al rapporto fra libertà di espressione e diritto alla privacy; ed infine
- e) relative all'incertezza e alla "difficoltà giuridica" incontrata dai contratti commerciali in formato elettronico; le leggi che questi regolamentano sarebbero, infatti, decisamente ambigue o avrebbero carattere tutt'altro che definitivo, e le firme elettroniche non sarebbero ancora diffusamente riconosciute.

Si aggiungerebbe, nel documento in parola, che uno dei problemi principali allo sviluppo dell'E-Commerce deriverebbe dal fatto che le autorità nazionali sarebbero convinte di poter trascinare nei loro tribunali tutto ciò che - sul *World Wide Web* presenta aspetti illegali o non conformi alle norme in vigore in quei paesi.

Alcuni paesi avrebbero, poi, già preso in considerazione l'eventualità di tassare le transazioni che avvengono tramite il mezzo elettronico nella medesima misura con la quale tassano i commerci più tradizionali; in questo contesto, ci si chiederebbe se le leggi da applicare debbano essere quelle del Paese in cui si trova il server Web o quelle del Paese dove i beni e servizi vengono venduti.

In questo quadro tutt'altro che roseo si aggiungerebbero i problemi legati al copyright e al diritto dei segni distintivi.

L'istituto in parola consiglierebbe pertanto, tre strategie al fine di tentare di mettersi al riparo dai problemi connessi al commercio elettronico.

La prima di queste coinciderebbe con l'indicazione di procedere per fasi e di non partire fin da subito con l'intenzione di rendere disponibili i beni e i servizi in tutto il mondo. L'obiettivo sarebbe quello di minimizzare rischi e responsabilità legati alle decisioni di concedere o rifiutare i servizi a clienti che risiedono in Paesi dove esistono limiti che impediscono il commercio di determinati beni e servizi.

La seconda di queste strategie coinciderebbe con la necessità di "*una presenza fisica*", oltre che elettronica, nei mercati nei quali si intende operare; ciò al fine di intervenire tempestivamente in caso di problemi nonché al fine di definire l'offerta commerciale in modo più vicino alle reali richieste della clientela.

La terza strategia sarebbe, infine, quella dell'integrazione delle aziende nel processo legislativo al fine di sollecitarle a giocare un ruolo di primo piano nell'emanazione leggi nuove capaci di proteggere gli interessi di tutti, senza limitare lo sviluppo del commercio elettronico.

Il panorama che emerge da tale ricostruzione è, a parere di chi scrive, condivisibile solo in parte. E conseguentemente sono condivisibili solo in parte le strategie consigliate.

E' infatti condivisibile la prima delle strategie consigliate; ma tale condivisione va senz'altro limitata solo al *business* con i consumatori (torneremo in seguito sull'argomento).

La seconda delle strategie consigliate non può essere condivisa. Come già rilevato l'E-Commerce, per poter essere appetibile rispetto al business effettuato attraverso i canali tradizionali, deve contraddistinguersi per transazioni veloci e poco costose; e, pertanto, pretendere che l'imprenditore E-Commerce torni sulla vecchia strada della *presenza fisica sul territorio* pare la negazione assoluta della stessa ragione d'essere dell'E-Commerce.

La terza strategia appare, di fatto, già inclusa nell'esistenza di associazioni di categoria operanti a vario livello e, soprattutto, nell'esistenza di accordi e convenzioni internazionali per diverse materie.

---

<sup>8</sup> Forrester Research

In ogni caso non si può fare a meno di aggiungere che la visione d'altissima problematicità offerta da tale ricostruzione del mercato in rete - ricostruzione che trova aderenti in ogni angolo del pianeta - sembra nascere da un notevole equivoco di fondo, ormai di moda.

E quest'equivoco sembra coincidere con l'idea che la "rete delle reti" sia un mondo avulso dal mondo terreno; un mondo *virtuale* con persone virtuali, aziende virtuali, danaro virtuale, banche virtuali ecc. Un mondo, in altre parole, distinto dal nostro mondo terreno e in parte tutto ancora da scoprire e creare; un mondo, in definitiva, sorretto da principi e norme autonome e distinte da quelle che noi siamo abituati a conoscere.

E se per un verso non si può far a meno di riconoscere il fascino di quest'equivoco, per un altro verso si deve decisamente rimarcare che d'equivoco si tratta.

Come è stato lucidamente evidenziato di recente<sup>9</sup>, la "rete delle reti" non è, infatti, uno spazio virtuale svincolato da qualsiasi ordinamento statale dal momento che questa è solo un sistema di reti connesse che collegano fra di loro milioni di computer fisicamente presenti in gran parte degli Stati del mondo.

Intendere la comunità degli utenti come un insieme di individui ed imprese virtuali che operano sulla rete in modo virtuale e svincolato dagli Stati è, poi, solamente un sogno; *"tali soggetti sono"* e restano, infatti, *"persone fisiche e giuridiche reali; persone che si muovono nella vita reale, hanno un domicilio o una sede nel mondo fisico, effettuano pagamenti reali a fronte di obbligazioni assunte via computer (o comunque mediante trasferimenti di fondi tra conti correnti esistenti presso banche reali), subiscono danni reali alla loro reputazione o ai loro beni (esistenti nel mondo reale e meritevoli di essere valutati in rapporto alla loro vita reale e al mercato) come conseguenza dell'illecito altrui che, per quanto commesso via rete, è certamente reale, e non virtuale."*

*Inoltre i mezzi utilizzati per trasmissione delle informazioni, siano essi cavi emittenti o altro, nonché gli impianti, i computer, gli uffici, le merci e qualsiasi altro bene venga in considerazione sono localizzati o localizzabili sul territorio degli Stati o in spazi sottoposti a regole giuridiche ben determinate e, non sono certo virtuali."*

In tale prospettiva *"non persuade poi la considerazione che il diritto nazionale di qualsivoglia Stato non sarebbe idoneo a disciplinare la "rete" ed i relativi rapporti giuridici; è infatti del tutto normale che fattispecie caratterizzate da elementi di estraneità siano soggette alle norme interne di un statale individuato, ad esempio, mediante le norme di conflitto del foro."*

*L'inidoneità eventuale di norme nazionali pensate e redatte per la disciplina di casi interni a regolare casi internazionali è un problema ben noto agli internazionalprivatisti, che è stato risolto, ove possibile, mediante la stipulazione di convenzioni internazionali contenenti norme uniformi di carattere materiale o strumentale, dettate in modo specifico per la disciplina di questi casi in modo da tenere nella dovuta considerazione le particolarità e le difficoltà della materia.*

*Ed anche quando ciò non sia stato possibile, e comunque negli Stati che non sono parte a tali convenzioni le fattispecie con elementi di estraneità sono disciplinate da norme interne, eventualmente emanate in modo specifico per esse.*<sup>10</sup>

Non si deve comunque correre il rischio di cadere nel "semplicismo più sfrenato" escludendosi l'esistenza di qualsivoglia problema, poiché è certo, invece, che dei problemi vi siano; e tuttavia, a ben vedere, sembra trattarsi più di problemi afferenti al *mezzo in sé* (soprattutto con riguardo all'elevato numero potenziale ed alla velocità delle transazioni internazionali possibili) che alla sostanza dei rapporti.

Del resto i problemi si sono sempre stati presentati allorquando s'è affermato nel mondo un nuovo "veicolo", "medium". Lo si è visto nel passato nel campo dei trasporti; lo si vede, oggi, nel campo delle telecomunicazioni satellitari e con Internet.

---

<sup>9</sup> Stefania Bariatti; convegno di Pavia del 4-5 Ottobre 1996 intitolato "Internet. Profili giuridici".

<sup>10</sup> Così Stefania Bariatti, in *AIDA (Annali italiani del diritto d'autore, della cultura e dello spettacolo, vol. V-1996, pag. 59 e ss. "Internet e diritto internazionale privato; aspetti relativi alla disciplina del diritto d'autore". Giuffrè Editore.*

## 2. Problematiche giuridiche generali dell'E-Commerce:

Venendo a cose più "terrene" dobbiamo ora cercare di tirare alcune fila del nostro discorso; ciò principalmente ricollocando il fenomeno "Rete" all'interno del diritto positivo vigente sia esso sostanziale o procedurale, nazionale od internazionale.

A tale proposito ho ritenuto di focalizzare la mia attenzione su alcuni aspetti tradizionalmente connessi al commercio; ed in particolare ad un commercio, di beni e servizi, caratterizzato da un alto tasso di internazionalità e/o transnazionalità quale quello dell'E-Commerce.

Tali aspetti afferiscono in particolare alle norme internazionali applicabili a questa tipologia di "prodotti": beni e servizi. In quest'ottica diremo, pertanto, alcune cose a proposito dello strumento principe del commercio: il contratto.

E ciò faremo soffermandoci in particolare, sulla "legge" del contratto internazionale in generale, sulla compravendita internazionale di beni, sulla erogazione internazionale di servizi e sul *licensing* transnazionale di software; nel paragrafo 3 di questo capitolo diremo poi qualche cosa sul problema del diritto d'autore e sulla sua violazione.

Diremo, inoltre qualche cosa sulla potenziale "tutela giudiziale" invocabile dall'imprenditore E-Commerce allorquando questi si trovi nella patologia del rapporto con la controparte, evidenziando le possibilità di evocare in giudizio la controparte inadempiente residente o domiciliata all'estero e, quindi, di ottenere un provvedimento giudiziale da eseguirsi contro l'interessato.

### 2.1 La legge del contratto.

Stante il carattere di elevata internazionalità dell'E-Commerce non è improbabile che l'operatore commerciale venga a trovarsi, anche senza saperlo, di fronte ad un contratto internazionale.

Se nessun particolare problema sembra, infatti, emergere quando, ad esempio, anche la controparte risieda stabilmente in Italia (salvo i problemi in tema di contratto con i consumatori, dei quali diremo più oltre), quando la controparte risiede all'estero (ancorché di cittadinanza italiana) l'imprenditore E-Commerce, farà bene a cercare d'intendere le *regole del gioco*.

E la prima delle regole del gioco sarà proprio quella di sapere se il contratto da concludere, o da concludersi, sia assoggettabile o meno alla legge nazionale (ad es. Italiana).

La soluzione di tale quesito passa necessariamente per il nuovo articolo 57 della L. 31/5/1995 n. 218<sup>11</sup> (legge di riforma del nostro diritto internazionale privato<sup>1</sup>) e, attraverso questo, per la Convenzione di Roma a proposito di obbligazioni contrattuali per arrivare ad approdare, infine, per quanto riguarda la compravendita di beni mobili, alle due convenzioni dell'Aia del 1955 e di Vienna del 1980.

#### 2.1.1 La Convenzione di Roma<sup>12</sup>

Come detto la convenzione di Roma si applica alle obbligazioni contrattuali.

In termini generali va qui aggiunto che la Convenzione ha carattere

---

<sup>11</sup> L. 31 Maggio 1995 n. 218 Art. 57 "Le obbligazioni contrattuali sono in ogni caso regolate dalla Convenzione di Roma del 19 giugno 1980 sulla legge applicabile alle obbligazioni contrattuali resa esecutiva con la legge 18 dicembre 1984, n. 975, senza pregiudizio alle altre convenzioni internazionali in quanto applicabile"

<sup>12</sup> Su quest'argomento, e su gran parte delle successive tematiche internazionali e internazionalprivatistiche si veda TITO BALLARINO, *Diritto Internazionale Privato* (Ed. Cedam, Padova 1996, Seconda Edizione), fonte inesauribile di spunti di riflessione e di grande insegnamento.

universale<sup>13</sup>. Ciò significa che è del tutto irrilevante determinare in quali Stati essa sia, o meno, in vigore, con la conseguenza dell'applicazione fra le parti delle norme della convenzione anche se la legge così individuata pel suo tramite venga a coincidere con quella di uno Stato non firmatario. Pertanto in base al citato nuovo Art. 57 d.i.pr. e conv. di Roma, in qualunque Paese del mondo si svolga il processo, la legge applicabile del contratto dovrebbe - quantomeno in termini di principio - essere sempre la medesima.

#### 2.1.1.1 Campo di applicazione

La Convenzione si applica alle obbligazioni contrattuali in tutti quei casi in cui emerga un conflitto di leggi. Occorre, pertanto: 1) che via sia un conflitto di leggi; e 2) che si tratti di obbligazioni contrattuali.

Sotto il primo profilo, la Convenzione evidenzia un campo di applicazione estremamente ampio. Un conflitto di leggi è, infatti, implicito in tutti i casi in cui la situazione presenti "un qualche elemento di estraneità", anche se tale elemento derivi soltanto dal luogo del processo, oppure dalla volontà delle parti<sup>14</sup>.

Quanto al concetto di obbligazioni contrattuali (secondo profilo) questo dovrà essere determinato in modo autonomo rispetto alla *lex fori* (es. Legge italiana), tenendosi conto della necessità di applicare la Convenzione in modo uniforme (Art. 18)<sup>15</sup> in tutto il mondo<sup>16</sup>.

Dal punto di vista italiano la Convenzione risulta ormai applicabile a qualunque rapporto che si possa definire contrattuale secondo criteri interni, anche se non lo stesso non fosse considerato tale negli altri Stati.

#### 2.1.1.2 Designazione convenzionale della legge applicabile

Il criterio principe della convenzione di Roma è, anche sul piano del diritto internazionale privato, quello dell'autonomia negoziale; ciò significa, in altre parole, che le parti possono liberamente determinare la legge applicabile al contratto concluso fra di loro. L'Art. 3 della Convenzione (libertà di scelta) precisa infatti che: "*Il contratto è regolato dalla legge scelta dalle parti.*"<sup>17</sup>

---

<sup>13</sup> Art. 2 della Convenzione di Roma (Carattere Universale): "La legge designata dalla presente convenzione si applica anche se è la legge di uno Stato non contraente.

<sup>14</sup> La Convenzione si applica, ad esempio, se un contratto tra due inglesi, che è stato concluso e deve eseguirsi integralmente in Inghilterra, viene sottoposto alla cognizione del giudice italiano (ad es. perché, al momento della controversia, una delle parti ha spostato in Italia il proprio domicilio). Del pari, la Convenzione si applica quando le parti di un contratto puramente interno (es. italiano) hanno designato come applicabile la legge di uno Stato straniero (es. tedesca). L'unico caso in cui la Convenzione non si applica è quello in cui *manca qualunque elemento di estraneità*, come ad esempio, nel caso di un contratto concluso da contraenti italiani in Italia e che deve eseguirsi in Italia, senza che le parti abbiano operato alcuna scelta di legge.

<sup>15</sup> Art. 18 (Interpretazione uniforme): "Nell'interpretazione e applicazione delle norme uniformi che precedono si terrà conto del loro carattere internazionale e dell'opportunità che siano interpretate ed applicate in modo uniforme."

<sup>16</sup> Non pare quindi corretto escludere dal campo di applicazione della convenzione alcune materie per il sol fatto che queste non vengono considerate come contrattuali dalla *lex fori* (ad es. Legge italiana). Per contro, pare pienamente legittima l'applicazione della Convenzione anche a materie che, di per sé, non rientrerebbero immediatamente nel suo oggetto (obbligazioni contrattuali); ciò si rileva, fra l'altro dall'Art. 57 della legge di riforma ai sensi del quale le obbligazioni contrattuali sono "in ogni caso" sottoposte alla Convenzione.

<sup>17</sup> Art. 3 (libertà di scelta)

1. Il contratto è regolato dalla legge scelta dalle parti La scelta dov'essere espressa, o risultare in modo ragionevolmente certo dalle disposizioni del contratto o dalle circostanze. Le parti possono designare la legge applicabile a tutto il contratto, ovvero a una parte soltanto di esso.

2. Le parti possono convenire, in qualsiasi momento, di sottoporre il contratto ad una legge diversa da quella che lo regolamentava in precedenza, vuoi in funzione di una scelta anteriore secondo il presente articolo, vuoi in funzione di altre disposizioni della presente Convenzione. Qualsiasi modifica relativa alla determinazione della legge applicabile, intervenuta posteriormente alla conclusione del contratto, non inficia la validità formale del contratto ai sensi dell'art. 9 e non pregiudica i diritti dei terzi

3. La scelta di una legge straniera ad opera deve parti, accompagnata o non dalla scelta di un tribunale straniero, qualora nel momento della scelta tutti gli altri dati di fatto si riferiscano a un unico paese, non può recare pregiudizio alle norme alle quali la legge di tale paese non consente di derogare per contratto, qui di seguito denominate "disposizioni imperative".

Non è necessario che sussista alcun collegamento obiettivo tra il contratto e la legge designata a governarlo; le parti sono infatti libere di sottoporre il regolamento contrattuale ad un ordinamento che appare particolarmente sviluppato per "quel" tipo di contratto o che esse ritengono, per qualunque motivo, particolarmente adeguato; addirittura le parti possono determinare quale *lex contractus* la legge di uno Stato che non abbia alcuna particolare relazione con il contratto<sup>18</sup>.

Se si prescinde dall'Art. 3, n. 3, ("disposizioni imperative"), la Convenzione in parola non sembra porre altri limiti generali al potere delle parti di designare la legge applicabile, ma soltanto dei limiti particolari per alcuni tipi di contratto.<sup>19</sup>

Circa le modalità della scelta della legge del contratto, l'Art. 3, n. 1, precisa innanzitutto che essa può essere espressa o tacita ma, in quest'ultimo caso, deve *"risultare in modo ragionevolmente certo dalle disposizioni del contratto o dalle circostanze"*<sup>20</sup>.

Il par. 1 dell'art. 3 riconosce, in particolare, la facoltà di designare la legge applicabile ad una parte soltanto del contratto. In questo caso la legge applicabile alle altre parti del contratto dovrà essere determinata in conformità ai criteri di collegamento obiettivi dell'art. 4. La conseguenza può essere l'applicazione allo stesso contratto di due leggi distinte e, dunque, un frazionamento della disciplina contrattuale generale (*dépeçage*)<sup>21</sup>.

La designazione negoziale della legge applicabile può aver luogo anche in un momento successivo alla conclusione del contratto. Tuttavia, per evitare il rischio di un uso abusivo e fraudolento di tale potere, la Convenzione ha stabilito dei limiti all'efficacia di una scelta successiva; la successiva determinazione della legge applicabile al contratto fatta dalle parti non potrà, infatti, esser tale da inficiare la validità formale del contratto o comunque tale da pregiudicare i diritti acquisiti dai terzi.

Infine, la scelta della legge può essere fatta anche anteriormente alla conclusione del contratto, per esempio in un preliminare oppure in un contratto-quadro, destinato a disciplinare le future relazioni tra le parti.

#### 2.1.1.3 Legge applicabile in mancanza di scelta.

In assenza di una designazione negoziale, esplicita o implicita, la legge applicabile al contratto va determinata con altri criteri. A tale proposito l'Art. 4 par. 1 della Convenzione prevede che: *"Nella misura in cui la legge che regola il contratto non sia stata scelta a norma dell'art. 3, il contratto è regolato dalla legge del paese col quale presenta il collegamento più stretto. Tuttavia, qualora una*

---

4. *L'esistenza e la validità del consenso delle parti sulla legge applicabile al contratto sono regolate dagli articoli 8, 9 e 11.*

<sup>18</sup> La designazione negoziale della legge applicabile al regolamento contrattuale è poi consentita anche per un contratto puramente interno, privo, cioè di altri elementi di internazionalità. In tale ipotesi, tuttavia, la scelta non può avere l'effetto di escludere le norme cogenti della legge del paese con cui il contratto è collegato in via esclusiva. Così dispone l'Art. 3, par. 3 proprio per evitare che le parti di un contratto privo di elementi di estraneità possano sfuggire all'applicazione delle norme imperative interne attraverso la designazione di una legge straniera.

<sup>19</sup> Occorre tener conto tuttavia dell'interferenza delle norme di applicazione necessaria e dell'ordine pubblico ai sensi rispettivamente degli articoli 7 e 16 della Convenzione.

<sup>20</sup> Ai fini dell'individuazione implicita della legge del contratto, si possono menzionare, tra gli elementi interni al contratto, il riferimento a precise disposizioni di legge o ad istituti tipici di un certo ordinamento, nonché l'adozione di condizioni generali di contratto redatte sulla base dell'ordinamento cui appartiene la parte che le ha predisposte. Non costituiscono invece indizi sufficienti né la conclusione di un accordo sul foro competente, data la differenza tra giurisdizione e legge applicabile, né tanto meno la determinazione del luogo di adempimento dell'obbligazione. Tra gli elementi esterni al contratto possono assumere rilevanza i precedenti rapporti contrattuali esistenti tra le parti in particolare se essi erano sottoposti ad una stessa legge, oppure il legame di accessorietà o di strumentalità esistente tra il contratto in questione ed altri contratti conclusi tra le parti o con terze (per es. tra un contratto di assicurazione e quello di riassicurazione). Così TITO BALLARINO, *ivi*.

<sup>21</sup> Tale facoltà delle parti non è sottoposta a limiti particolari, a differenza del potere del giudice di frazionare il contratto in assenza di scelta, che è previsto soltanto per casi eccezionali dall'art. 4, n. 1 della Convenzione.

*parte del contratto sia separabile dal resto e presenti un collegamento più stretto con un altro paese, a tale parte del contratto potrà applicarsi, in via eccezionale, la legge di quest'altro paese."*

A ben vedere la norma in commento non sembra contenere un vero e proprio criterio di collegamento, limitandosi ad indicare il metodo da seguire al fine della determinazione della legge applicabile; in tale esercizio l'interprete dovrebbe, pertanto, tener conto di tutti quegli elementi di contatto che la situazione presenta con i diversi Stati, soppesandoli adeguatamente al fine di determinare il collegamento più stretto.

Onde ridurre l'estrema genericità ed approssimatività di questo approccio sono stati inseriti nei successivi paragrafi dell'art. 4 alcune presunzioni. I paragrafi 3 e 4 contengono, infatti, alcune presunzioni che riguardano rispettivamente i contratti relativi agli immobili e i contratti di trasporto di merci: il paragrafo 2 contiene, invece, una presunzione di portata generale e di notevole rilevanza poiché precisa che: "*Salvo quanto disposto dal paragrafo 5, si presume che il contratto presenti il collegamento più stretto col paese in cui la parte che deve fornire la prestazione caratteristica ha, al momento della conclusione del contratto, la propria residenza abituale o, se si tratta di una società, associazione o persona giuridica, la propria amministrazione centrale. Tuttavia, se il contratto è concluso nell'esercizio dell'attività economica o professionale della suddetta parte, il paese da considerare è quello dove è situata la sede principale di detta attività oppure, se a norma del contratto la prestazione dev'essere fornita da un sede diversa dalla sede principale, quello dove è situata questa diversa sede.*" Tale paragrafo ci conduce necessariamente all'analisi del concetto di "prestazione caratteristica".

#### 2.1.1.4 Prestazione caratteristica<sup>22</sup>

Per "prestazione caratteristica" si intende normalmente la prestazione a carattere non pecuniario. Mentre, infatti, il corrispettivo in denaro risulta comune ad una pluralità di tipi contrattuali, la prestazione non pecuniaria (consistente in un *dare* o in un *facere*) sembra essere l'unica che contraddistingue, con sufficiente agevolezza, ogni tipologia contrattuale. Così:

- a) nei contratti di alienazione di beni, caratteristica è la prestazione dell'alienant<sup>e23</sup>;
- b) nel contratto di appalto e nel contratto d'opera è quella dell'appaltatore e del prestatore d'opera;
- c) nei contratti di locazione di beni mobili è la prestazione del locatore; lo stesso dicasi per i contratti di locazione finanziaria (*leasing*), nei quali è caratteristica la prestazione del concedent<sup>e24</sup>;
- d) nei contratti di mandato e di prestazione di servizi è la prestazione del mandatario o della parte che si impegna ad eseguire il servizio;
- e) nel contratto di deposito è la prestazione del depositario;
- f) nei contratti di agenzia, di concessione, di mediazione e in generale nei contratti della distribuzione commerciale è la prestazione dell'agente, concessionario, intermediario etc.;
- g) nei contratti di trasporto di persone è la prestazione del vettore;
- h) in molti contratti bancari (conto corrente, deposito, anticipazione, sconto, apertura di credito, deposito in cassette di sicurezza, gestione di titoli) è la prestazione della banca;

---

<sup>22</sup> Va precisato che Art. 4 non fornisce alcuna indicazione su cosa debba intendersi per "prestazione caratteristica", e non contiene neppure una lista esemplificativa dalla quale sia possibile dedurre alcuni elementi interpretativi.

<sup>23</sup> Dal punto di vista italiano occorre tuttavia tener conto dell'interferenza della convenzione dell'Aia del 1955 sulla legge applicabile alla vendita internazionale di cose mobili corporali, che prevale sulla convenzione di Roma.

<sup>24</sup> Occorre tener conto ora della Convenzione di UNIDROIT sul *leasing* finanziario internazionale, firmata a Ottawa il 28 maggio 1988, che è entrata in vigore il 1 maggio 1995 tra Italia, Francia e Nigeria.

- i) nei contratti di assicurazione è la prestazione dell'assicuratore<sup>25</sup>;
- j) nei contratti di licenza o di cessione di un diritto di proprietà immateriale (brevetto, marchio, *copyright*), è la prestazione del licenziante o del cedente.

In altri casi il criterio del carattere non pecuniario non risulta idoneo ad individuare adeguatamente la prestazione caratteristica.

Ciò, ad esempio, nel caso in cui *entrambe* le prestazioni sono pecuniarie o non pecuniarie o miste, o comunque hanno un contenuto del medesimo genere<sup>e26</sup>.

In tutti questi casi la legge applicabile al contratto dovrà essere determinata solamente sulla scorta del criterio del collegamento più stretto, senza l'ausilio della presunzione di cui al paragrafo 2 dell'articolo in commento<sup>27</sup> (Art. 4).

#### 2.1.1.5 Contratto concluso dai consumatori

La convenzione dedica, all'articolo 5, una particolare attenzione al problema della "protezione" del consumatore. Al fine di una trattazione unitaria della materia del contratto concluso dal consumatore rinviamo al capitolo II.

#### 2.1.2 Vendita internazionale: Convenzione dell'Aia del 1955.

In Italia, le norme della convenzione di Roma non sono (integralmente) applicabili al tipo contrattuale di più frequente utilizzazione nel commercio internazionale<sup>28</sup>, la vendita di cose mobili corporali<sup>29</sup>, che è sottoposta alla convenzione dell'Aia del 1955<sup>30</sup>.

La Convenzione riguarda esclusivamente le vendite "a carattere internazionale"; tuttavia non indica quando tale carattere possa ritenersi realizzato. A tale proposito va rilevato che la sola dichiarazione delle parti, relativa all'applicazione di una legge o alla competenza di un giudice o di un arbitro non sembra sufficiente a conferire il carattere internazionale ad un vendita esclusivamente interna. In altre parole, occorre che il rapporto presenti degli elementi oggettivi di internazionalità: dei punti di contatto con paesi diversi.

Anche nel caso della Convenzione dell'Aia la legge applicabile può risultare, innanzitutto, dalla designazione delle parti, effettuata in modo espresso o risultante in modo univoco dalle disposizioni del contratto (Art. 2).

---

<sup>25</sup> Per questi contratti, tuttavia, occorre tener conto delle norme di d.i.pr. contenute nelle direttive 88/357/CEE sull'assicurazione contro i danni e 90/619/CEE per l'assicurazione sulla vita.

<sup>26</sup> Il più evidente è quello della permuta, ma la stessa difficoltà si ritrova in certi rapporti interbancari (conto corrente reciproco, scambio di divise estere) nei quali le rispettive prestazioni delle banche sono perfettamente simmetriche. Nei contratti di joint-venture, sovente ciascuna delle parti si obbliga a conferire capitali, tecnologie, personale etc.: anche se le varie prestazioni non sono identiche, può essere molto difficile individuare quella caratteristica. Considerazioni analoghe valgono per il franchising, nel quale una delle parti (il franchisor), concede all'altra parte l'uso del marchio, le fornisce il proprio *know-how* e l'assistenza necessaria, mentre l'altra parte (franchisee), oltre a pagare un canone, s'impegna a commercializzare i beni o i servizi prodotti dal franchisor.

<sup>27</sup> Ciò si evince del resto dall'Art. 4 par. 5 della Convenzione.

<sup>28</sup> Salvi i principi in tema di contratto coi consumatori e salvi altresì i principi a proposito di capacità e di forma.

<sup>29</sup> Quando questa condizione non sia soddisfatta, ci si trova di fronte ad un contratto d'opera o di appalto, soggetto alle norme di conflitto generali sui contratti, e pertanto alle norme della Convenzione di Roma. Il secondo comma dell'art. 1 esclude, poi, dall'ambito materiale della Convenzione una serie di vendite in ragione del loro oggetto (vendita di titoli di credito, navi, battevi e aeromobili registrati) o delle loro modalità (vendita da parte dell'autorità giudiziaria di beni pignorati). Sono comunque comprese le vendite su documenti. Alla vendita di cose mobili corporali sono espressamente equiparati i contratti aventi ad oggetto la consegna di oggetti che devono essere fabbricati o prodotti, sempre che il venditore debba fornire le materie prime necessarie alla fabbricazione o alla produzione (Art. 1 terzo comma).

<sup>30</sup> La convenzione del 1955 è, come quella di Roma e a differenza da quella di Vienna del 1980, una convenzione di unificazione del diritto internazionale privato: le sue norme hanno, cioè, lo scopo di determinare la legge applicabile al contratto di vendita e non di dettarne una disciplina sostanziale uniforme.

In mancanza di scelta la Convenzione prevede l'applicazione della legge del paese in cui il venditore ha la residenza abituale o lo stabilimento (inteso in senso giuridico: sede secondaria, filiale) al momento in cui riceve l'ordine (Art. 3 primo comma)<sup>31</sup>.

Il principio della legge del venditore viene tuttavia abbandonato quando l'ordine relativo alla vendita è stato ricevuto personalmente dal venditore, oppure da un suo rappresentante, agente o commesso viaggiatore, nel paese in cui il compratore ha la propria residenza (ovvero in cui è situato lo stabilimento che ha inviato l'ordine). In tali casi è applicabile la legge dello Stato dove ha sede il compratore (Art. 3 secondo comma)<sup>1</sup>.

La legge determinata alla stregua della Convenzione regola tutti gli aspetti del contratto, dalla conclusione all'esecuzione, con esclusione (Art. 5) della capacità e della forma<sup>32</sup>, del trasferimento della proprietà sul bene venduto e degli effetti del contratto nei confronti dei terzi.<sup>33</sup>

### 2.1.3 La Convenzione di Vienna del 1980

La vendita internazionale ha formato e forma tuttora oggetto di altre importanti convenzioni volte a sostituire, almeno in parte, le diverse discipline nazionali con un regime giuridico uniforme ed unitario delle vendite aventi carattere transfrontaliero. Non si tratta, pertanto, di individuare la legge applicabile al contratto, ma proprio di delineare una disciplina giuridica unica per la vendita in tutti i paesi firmatari.

#### 2.1.3.1 Ambito spaziale della Convenzione.

L'ambito di applicazione spaziale della Convenzione di Vienna è definito dall'Art. 1, ove si chiarisce che questa si applica:

*" (...) ai contratti di vendita di merci fra parti che hanno il loro stabilimento in Stati differenti:*

*a) quando questi Stati sono degli Stati contraenti; o*

*b) quando le regole di diritto internazionale privato conducono all'applicazione della legge di uno Stato contraente ".*

La Convenzione non impone all'interprete di verificare il carattere internazionale della vendita, ma ricollega tale internazionalità al fatto che le parti abbiano la propria sede in due Stati diversi<sup>34</sup>.

Se la Convenzione è in vigore in entrambi gli Stati in cui le parti del contratto sono stabilite, essa si applica senza che debbano essere verificate ulteriori condizioni ed anche se la merce non effettua un viaggio internazionale; per converso essa risulterà inapplicabile, ancorché la merce abbia fatto un viaggio internazionale, quando compratore e venditore siano stabiliti nello stesso paese.

Se la Convenzione è in vigore in uno soltanto dei due Stati in cui le parti sono stabilite, l'applicazione delle regole materiali uniformi dipende dal modo di disporre delle regole di diritto internazionale privato; se queste rinviano ad uno Stato che è parte della Convenzione, saranno le regole convenzionali ad essere applicate; se, invece rinviano ad uno Stato non contraente, troveranno applicazione le norme materiali interne di quell'ordinamento, e non le norme della Convenzione.

---

<sup>31</sup> Lo scopo di questa deroga è di proteggere le aspettative del compratore che, nelle circostanze indicate, può legittimamente attendersi di vedere applicata la legge del proprio paese.

<sup>32</sup> Per le quali si deve ricorrere alle norme generali contenute nella Convenzione di Roma.

<sup>33</sup> Un particolare limite della legge regolatrice della vendita è previsto dall'Art. 4 della Convenzione, a norma del quale - salvo espressa clausola contraria - la legge del paese in cui deve aver luogo l'esame delle cose consegnate in esecuzione della vendita determina le modalità e i termini per l'esame merci e per le notifiche ad esso relative (ad esempio, per la denuncia di eventuali vizi), nonché le misure da prendere in caso di rifiuto di prendere in consegna i beni (ad esempio, l'offerta solenne e il deposito).

<sup>34</sup> L'applicazione della Convenzione è esclusa, pertanto, in tutti i casi in cui una vendita è conclusa tra due soggetti stabiliti nello stesso paese, anche se contiene un altro elemento di estraneità (per es. deve essere eseguita all'estero, in modo che la merce oltrepassi la frontiera): in queste ipotesi, saranno le norme materiali interne di uno degli Stati coinvolti a trovare applicazione.

Va da ultimo rilevato che tutte le disposizioni della Convenzione hanno carattere dispositivo; le parti possono, cioè, escludere l'applicazione dell'intera Convenzione o derogare a qualunque sua disposizione oppure modificarne gli effetti<sup>35</sup>.

#### 2.1.3.2 Ambito oggettivo della Convenzione.

Come detto il campo di applicazione della Convenzione di Vienna è sottoposto a varie limitazioni.

In primo luogo, vi rientrano soltanto le vendite di merci. La Convenzione non si applica, pertanto ad es., alla fornitura di mano d'opera o di altri servizi.

L'Art. 2 elenca, poi, una serie di vendite escluse dal campo di applicazione convenzionale (ad es. vendite all'asta, vendite di valori mobiliari o di elettricità). L'esclusione di maggior portata è, tuttavia, costituita dalla vendite al consumo, aventi ad oggetto "merci acquistate per un uso personale, familiare o domestico".

La portata della Convenzione è, infine, ulteriormente limitata anche per quei contratti di vendita ricadenti nel suo ambito applicativo (v. Artt. 4 e 5). Infatti, la Convenzione regola esclusivamente la conclusione del contratto e i diritti ed obblighi delle parti, ma non si occupa:

- a) delle questioni relative alla validità del contratto, delle sue clausole o degli usi (Art. 4), che dovranno essere determinate in base alla legge regolatrice del contratto di vendita, individuata attraverso le regole di d.i.pr. e Convenzione dell'Aia del 1955;
- b) degli effetti che il contratto può avere sulla proprietà delle merci vendute (Art. 4), i quali restano soggetti alla legge regolatrice dei diritti reali (Artt. 51ss. della legge di riforma L. 31/5/1995 n. 218);
- c) della responsabilità del venditore per la morte o le lesioni causate dai prodotti<sup>36</sup>.

In genere, per tutte le materie escluse dal campo di applicazione della Convenzione occorrerà applicare la legge designata attraverso le norme di conflitto (d.i.pr. e Convenzione dell'Aia del 1955)<sup>37</sup>.

#### 2.1.3.3

Nella seconda e nella terza parte della Convenzione sono contenute le norme materiali sulla conclusione di una vendita internazionale e sugli effetti obbligatori del contratto.

Riguardo alla conclusione del contratto vi sono poche differenze rispetto alla disciplina generale del codice civile. Si può menzionare la norma dell'art. 15 secondo comma, che prevede espressamente la facoltà di ritirare la proposta, anche se irrevocabile, prima che essa giunga al destinatario (il ritiro viene dunque distinto dalla revoca di una proposta già pervenuta al destinatario).

Più rilevante è la disposizione dell'art. 18 terzo comma che regola le ipotesi di accettazione tacita in modo parzialmente difforme dall'Art. 1327 cod.civ.: quest'ultima disposizione si riferisce soltanto ai casi di esecuzione immediata, mentre la disposizione della Convenzione abbraccia anche altri comportamenti concludenti, in particolare le attività preparatorie (così ad es. l'apertura di credito presso una banca può implicare accettazione, sempreché ciò corrisponda alla proposta o alle pratiche instaurate dalle parti).

Va comunque evidenziato che la Convenzione ignora completamente il fenomeno della conclusione del contratto mediante moduli o formulari, nonché quello, ancor più rilevante nella prassi, delle condizioni generali di contratto: per colmare tale lacuna, in assenza di principi generali applicabili, sarà

---

35

Nulla vieta, poi, che le parti facciano rinvio alla Convenzione o ad alcune sue disposizioni, anche quando essa non è di per se applicabile.

<sup>36</sup> Responsabilità che ha, di norma, natura aquiliana ed alla quale la legge di riforma dedica la disposizione speciale dell'art. 63.

<sup>37</sup> Per contro, se trattasi di questioni relative ad una materia compresa nel campo di applicazione della Convenzione (la conclusione del contratto, i diritti ed obblighi delle parti), ma non espressamente risolta dalla stessa, l'interprete dovrà cercare, in primo luogo, di colmare la lacuna facendo applicazione dei principi generali cui è ispirata la Convenzione; soltanto in assenza di tali principi egli potrà far ricorso, in via subordinata, alle regole interne della legge richiamata dalle norme di d.i.pr. (Art. 7 secondo comma della Convenzione)

necessario rifarsi alla legge richiamata dalle norme di d.i.pr. del foro<sup>38</sup>.

2.1.3.4 Nella terza parte della Convenzione vengono disciplinati i diritti e gli obblighi delle parti.

Gli obblighi gravanti sulle parti sono descritti in termini analoghi a quanto previsto dal diritto interno italiano; per contro vi sono delle notevoli innovazioni nella disciplina dei rimedi per l'inadempimento.

Il sistema della Convenzione prescinde, infatti, dai criteri tradizionali d'imputazione della responsabilità (colpa, dolo, responsabilità oggettiva) e si fonda su di un concetto proprio della *common law*, quello della *fundamental breach of contract* (dell'inadempimento di carattere essenziale).

Per valutare l'essenzialità dell'inadempimento l'Art. 25 prevede due criteri: uno oggettivo e uno soggettivo. Occorre, da un lato, che "*il pregiudizio causato all'altra parte sia tale da privarla sostanzialmente di ciò che essa aveva diritto di aspettarsi dal contratto*"; dall'altro che tale risultato fosse previsto o almeno prevedibile, nelle stesse circostanze, da una persona ragionevole avente le stesse qualità della parte inadempiente.

Dal carattere essenziale o meno dell'inadempimento discendono i rimedi esperibili dalla controparte: per esempio il diritto del compratore di chiedere la risoluzione del contratto<sup>39</sup> o di chiedere la sostituzione dei beni consegnati quando non conformi<sup>40</sup>.

Il diritto di chiedere la sostituzione dei beni non conformi e quello, previsto dall'Art. 46 terzo comma, di pretenderne la riparazione (sempreché non sia irragionevole), costituiscono una novità dal punto di vista italiano, poiché il nostro codice civile, nel caso di vizi o di mancanza di qualità della merce, prevede soltanto il diritto di chiedere la risoluzione del contratto o la riduzione del prezzo.

2.1.3.5 Ricordiamo, infine, le misure cautelari previste dagli Artt. 71 ss.; ed in particolare il diritto di sospendere l'adempimento e persino di bloccare la consegna delle merci che sono già state spedite quando determinate circostanze rendono palese che "l'altro contraente non adempirà una parte essenziale delle sue obbligazioni" (Art. 71).

2.1.4 *Prestazioni di servizi, vendita di licenze o cessione di diritti su proprietà immateriale (brevetti marchi copyright, software incluso) via E-Commerce. (Profilo Interno)*

Le citate convenzioni dell'Aia e Vienna attengono a vendite di "*beni mobili corporali*" e/o di "*merci*". La prima delle dette convenzioni individua la legge applicabile alla compravendita, la seconda identifica, invece, una disciplina giuridica unitaria della compravendita in tutti quei paesi che hanno ratificato la convenzione.

Come abbiamo visto risultano escluse dalle norme delle due convenzioni le prestazioni di servizi; e, come abbiamo detto in apertura, l'E-Commerce pare allo stato orientato tanto nella vendita di beni quanto, e soprattutto, di servizi.

Dobbiamo pertanto ora determinare quale possa essere il regime della legge applicabile a i servizi forniti su base internazionale attraverso l'E-Commerce (e pertanto al relativo contratto).

La risposta al quesito emerge facilmente dalla trattazione fin qui effettuata. In base all'art. 57 della Legge di riforma del nostro d.i.pr. e Convenzione di Roma, troveranno senz'altro applicazione ai "servizi" le norme della legge scelta dalle parti, ovvero, in mancanza di scelta quelle del paese dell'appaltatore e del prestatore d'opera, in base alla presunzione della prestazione caratteristica (ex Art. 4 paragrafo 2 della Convenzione di Roma). Nel caso in cui risulti individuata la legge italiana le norme applicabili saranno, a seconda dei casi, quelle del contratto d'opera (Art. 2222 c.c. e ss.) ovvero quelle sull'appalto (Art. 1655 e ss. c.c.).

La medesima impostazione dovrà essere seguita per quanto attiene ai

---

<sup>38</sup> TITO BALLARINO, *ivi*.

<sup>39</sup> Art. 49.

<sup>40</sup> Art. 46 secondo comma.

contratti di licenza o di cessione di un diritto di proprietà immateriale (brevetto, marchio, *copyright*, *software incluso*).

Anche in questi casi troveranno applicazione le norme derivanti dalla legge scelta dalle parti, ovvero, in mancanza di scelta, quelle del paese del licenziante o del cedente.

Naturalmente l'individuazione della *lex contractus* dovrà sempre avvenire in relazione (eventualmente soggiacendovi) alle norme a tutela del consumatore delle quali si dirà più oltre nel capitolo II.

## 2.2 Giurisdizione e competenza

Abbiamo fin qui parlato della legge (diritto) applicabile al contratto *internazionale* (con particolare riguardo ad alcune tipologie contrattuali). Ci resta ora da affrontare il problema connesso ad un eventuale azionamento del diritto in seguito all'emergenza di una situazione patologica del rapporto fra le parti (es. mancato pagamento del corrispettivo convenuto, difformità del servizio, dei beni venduti ecc.).

In questo contesto si tratta di vedere in quale foro la parte interessata (ad es. l'imprenditore E-Commerce) potrà far valere i diritti che ad essa derivano dal contratto (e dalla *lex contractus*); dobbiamo, pertanto, soffermare la nostra attenzione sulla riforma del nostro sistema di diritto internazionale processuale civile in seguito alla L. 31/5/1995 n. 218, sulla convenzione di Bruxelles del 27/9/1968 concernente la competenza giurisdizionale e l'esecuzione delle decisioni civili in materia civile e commerciale<sup>41</sup>.

*2.2.1 Dal punto di vista interno: il nuovo sistema di diritto processuale civile; i criteri di giurisdizione e di competenza internazionale secondo la legge di riforma del d.i.pr. L. 31/5/1995 n. 218.*

Il nuovo sistema di diritto processuale civile prevede la disposizione generale sulla giurisdizione dell'art. 3, le due disposizioni specifiche (tuttavia non limitate a singoli istituti) dell'art. 9 relativo alla giurisdizione volontaria e dell'art. 10 relativo alle misure cautelari, ed una serie di prescrizioni particolari relative a singoli istituti.

L'Art. 3 definisce l'ambito della giurisdizione italiana senza operare alcun riferimento allo straniero: ciò determina l'irrilevanza della cittadinanza del convenuto come criterio di giurisdizione valido in ogni caso<sup>42</sup>.

Tale norma può essere scissa in tre principi differenti<sup>43</sup>:

- a) il principio generale del foro del convenuto;
- b) il principio dell'estensione delle prescrizioni della convenzione di Bruxelles alle controversie civili e commerciali non rientranti nell'ambito personale di efficacia della convenzione;
- c) il principio residuale di rinvio alle norme sulla competenza territoriale<sup>44</sup>.

### 2.2.1.1. Convenuto domiciliato o residente in Italia.

---

<sup>41</sup> Tralascieremo la convenzione di Lugano del 16/9/1988 *concernente la competenza giurisdizionale e l'esecuzione delle decisioni civili in materia civile e commerciale in quanto gemella alla convenzione di Bruxelles, ed elaborata al solo fine di estendere agli Stati dell'EFTA (European Free Trade Association - associazione europea di libero scambio) i principi della convenzione di Bruxelles*. I due testi, pressoché identici, rimangono tuttavia distinti, per le condizioni e la sfera di applicazione ecc. La relazione tra le due convenzioni è regolata dall'Art. 54-Ter della convenzione di Lugano. Per ovi motivi tralasciamo altresì i nuovi Artt. 832 e ss. C.p.c. introdotti dalla L. 5/1/1994 n. 25 a proposito di arbitrato internazionale.

<sup>42</sup> La cittadinanza italiana perdura tuttavia come criterio di giurisdizione - senza che si debba distinguere secondo che il cittadino sia attore o convenuto - per le controversie in materia di nullità e scioglimento del matrimonio, di separazione personale (Art. 32); per le controversie in materia di filiazione ne e rapporti personali tra genitori e figli (Art. 37); per le controversie in materia di adozione (Art. 40); per le controversie in materia di successione (Art. 50), ma qui in concorso con altri criteri.

<sup>43</sup> I criteri plurimi previsti dall'Art. 3 non devono necessariamente essere ordinati secondo una scala: il loro scopo, che è di affermare la sussistenza della giurisdizione italiana, è raggiunto non appena sia stata rilevata la sussistenza di un criterio di giurisdizione.

<sup>44</sup> Di quest'ultimo principio non ci occuperemo in quanto trattasi di un principio senz'altro residuale che viene in gioco soltanto se sono esclusi sia il criterio generale del domicilio del convenuto, sia i criteri rilevati dalla convenzione di Bruxelles (diritto civile e commerciale).

I nuovi orientamenti del diritto processuale civile internazionale a proposito di giurisdizione prescindono completamente dalla cittadinanza straniera del convenuto.

Secondo l'Art. 3, n. 1: *La giurisdizione italiana sussiste quando il convenuto è domiciliato o residente in Italia o vi ha un rappresentante che sia autorizzato a stare in giudizio in norma dell'art. 77 del codice di procedura civile e negli altri casi in cui è prevista dalla legge.*

I due primi collegamenti con la nostra giurisdizione - il domicilio e la residenza - vanno determinati in base alle norme sostanziali italiane.

Pertanto il domicilio del convenuto in Italia sussisterà qualora questi abbia stabilito in Italia la sede principale dei propri affari o interessi (Art. 43, primo comma, c.c.), e la residenza se si tratta di persona che ha in Italia la propria dimora abituale (Art. 43, secondo comma).

Il terzo criterio individuato dalla norma in commento è connesso alla circostanza che il convenuto abbia in Italia un rappresentante autorizzato a stare in giudizio ai sensi dell'art. 77 C.p.c. Deve trattarsi di un procuratore generale o di un institore (non semplicemente di un legale incaricato di rappresentare il convenuto in qualche procedura vagamente connessa con l'azione che viene intentata)<sup>45</sup>.

Il legislatore della riforma non ha espressamente previsto che venga chiamata in giudizio una persona giuridica<sup>46</sup>. E tuttavia tale problema, coincidente con il problema dell'applicabilità dell'art. 3, n. 1 alle persone giuridiche (e società commerciali), non può che esser risolto in base al concetto della "sede dell'amministrazione"; pertanto se questa è situata in Italia l'ente straniero potrà senz'altro essere convenuto in giudizio in Italia.

#### *2.2.1.2 Estensione dei criteri della Convenzione di Bruxelles per il convenuto non domiciliato nel territorio di uno Stato contraente<sup>47</sup>.*

Altre figure speciali (in quanto destinate a funzionare soltanto rispetto a determinate categorie di controversie) sorgono per effetto del riferimento istituito dall'Art. 3, n. 2:

*La giurisdizione sussiste inoltre in base ai criteri stabiliti dalle sezioni 2, 3 e 4 del titolo II della Convenzione concernente la competenza giurisdizionale e l'esecuzione delle decisioni in materia civile e commerciale e protocollo, firmati a Bruxelles il 27 settembre 1968, resi esecutivi con la legge 21 giugno 1971, n. 804, e successive modificazioni in vigore per l'Italia, anche allorché il convenuto non sia domiciliato nel territorio di uno Stato contraente, quando si tratti di una delle materie comprese nel campo di applicazione della Convenzione<sup>e 48 49</sup>.*

Per effetto del richiamo della convenzione di Bruxelles valgono - anche quando il convenuto non sia domiciliato nel territorio di uno Stato contraente (ché se lo fosse, la Convenzione varrebbe per forza propria) - le seguenti regole<sup>50</sup>:

---

<sup>45</sup> Non pare, comunque, necessario il conferimento di tale potere espressamente per iscritto (per il procuratore generale e per l'institore tale potere si presume, Art. 77 2 comma C.p.c.).

<sup>46</sup> Era comunque pacifico, in dottrina, che i criteri di giurisdizione del vecchio articolo 4 C.p.c. potessero trovare applicazione anche quando il convenuto era un ente collettivo.

<sup>47</sup> Ovviamente per il caso del convenuto domiciliato nel territorio di uno stato contraente, ma non in quello della Repubblica, si applicheranno direttamente le norme della convenzione di Bruxelles (per quanto applicabili).

<sup>48</sup> Le sezioni 2, 3 e 4 del titolo II della Convenzione (il titolo II riguarda la "competenza", mentre il titolo III riguarda "il riconoscimento e l'esecuzione") concernono rispettivamente le competenze speciali, la competenza in materia d'assicurazioni, e la competenza in materia di contratti conclusi dai consumatori.

<sup>49</sup> La Convenzione di Bruxelles non si applica alle controversie concernenti:

1. lo stato e la capacità delle persone fisiche, il regime patrimoniale fra coniugi, i testamenti e le successioni;

2. i fallimenti, concordati ed altre procedure affini;

3. la sicurezza sociale;

4. l'arbitrato.

<sup>50</sup> per i rapporti di lavoro: il giudice competente è quello del luogo in cui il lavoratore svolge abitualmente la propria attività (per il lavoro prestato in più paesi il luogo è quello dell'assunzione se è

1. in materia contrattuale è competente il giudice del luogo in cui l'obbligazione dedotta in giudizio è stata o deve essere eseguita<sup>51</sup>;
2. nei contratti conclusi dai consumatori, il consumatore può iniziare la causa sia davanti ai giudici dello Stato del proprio domicilio sia davanti ai giudici dello Stato dell'altro contraente ("professionista", "operatore commerciale" ecc.);
3. in presenza di particolari figure di connessione, il giudice competente ai sensi della Convenzione per una determinata domanda acquista competenza anche in ordine ad altra domanda ad essa connessa e rispetto alla quale egli non sarebbe altrimenti competente<sup>52</sup>.

### 2.3.1.3 Determinazione convenzionale del foro (giurisdizione) competente.

L'affermazione della giurisdizione italiana può anche dipendere a) dall'accordo fra le parti di accettare la giurisdizione del giudice italiano o b) dall'accettazione pura e semplice della giurisdizione italiana da parte del convenuto in giudizio<sup>53</sup>.

Quando l'accettazione della giurisdizione italiana è espressa, essa deve risultare da un accordo nel quale viene stabilita la competenza dei tribunali italiani in generale, ovvero, specificamente, quella di un dato foro (est il tribunale di Milano). Non è necessario che l'accordo sia stato stipulato per iscritto, essendo sufficiente che possa essere provato mediante un atto scritto<sup>54</sup>.

L'accordo, che può sopraggiungere anche quando il processo è già iniziato (Art. 8), è un vero e proprio negozio giuridico bilaterale il quale può essere stipulato in forma autonoma oppure far parte di un accordo di carattere più generale eventualmente contenuto in un unico documento contrattuale.

L'accettazione della giurisdizione italiana è invece tacita quando il convenuto comparendo in giudizio non eccepisce nel primo atto difensivo il difetto di giurisdizione.

### 2.3.2 Dal punto di vista esterno. La convenzione di Bruxelles del 27/9/1968

convenuto il datore di lavoro);

1. per le obbligazioni alimentari è competente il giudice del luogo in cui il creditore di alimenti ha v. domicilio o la residenza abituale;
2. per i delitti ed i quasi delitti (fatti illeciti o illecito extracontrattuale) è competente il giudice del luogo in cui è avvenuto l'evento dannoso (che può essere tanto il luogo dove è insorto il danno quanto quello dove si è verificato il fatto generatore dello stesso);
3. per le controversie relative all'esercizio di una succursale, di un'agenzia o di qualsiasi altra filiale è competente il giudice del luogo in cui essa è situata;
4. nelle azioni di risarcimento di danni da reato è competente il giudice davanti al quale viene esercitata l'azione penale.
5. in materia di assicurazioni, l'assicuratore può essere convenuto sia davanti ai giudici dello Stato in cui è domiciliato sia davanti al giudice in cui è domiciliato l'assicurato, oppure, qualora si tratti di assicurazione di responsabilità civile o di assicurazione sugli immobili, davanti al giudice del luogo in cui si è verificata l'evento dannoso.

<sup>51</sup> Per effetto dell'utilizzo dei criteri interpretativi della convenzione di Bruxelles, il luogo, quando non è stabilito dalle parti, dov'essere determinato in base alle norme di d.i.pr. relative alle obbligazioni contrattuali (ormai solo di origine convenzionale: principalmente la convenzione di Roma sulla legge applicabile alle obbligazioni contrattuali).

<sup>52</sup> Le ipotesi contemplate dalla Convenzione sono: domande contro più convenuti, sempre che vi sia necessità di simultaneus processus per evitare giudicati contraddittori; azione di garanzia o chiamata del terzo; domanda riconvenzionale; azione contrattuale esperibile congiuntamente ad azione reale.

<sup>53</sup> Dispone l'Art. 4, n. 1:

*Quando non vi sia giurisdizione in base all'articolo 3, essa nondimeno sussiste se le parti l'abbiano convenzionalmente accettata e tale accettazione sia provata per iscritto, ovvero il convenuto compaia nel processo senza eccepire il difetto di giurisdizione nel primo atto difensivo.*

<sup>54</sup>

In altre parole non è necessaria la forma scritta ad substantiam essendo necessaria questa formalità solo ai fini probatori. Il convenuto non potrà, quindi, declinare la giurisdizione italiana (cioè opporsi ad essa, contestarla) non soltanto se l'attore è in grado di esibire un contratto o una copia di esso nel quale è prevista la competenza del giudice italiano; non potrà farlo neppure se l'attore produce una lettera del convenuto nella quale questi, facendo riferimento a precedenti trattative svoltesi verbalmente, dichiara di essere d'accordo di accettare la giurisdizione italiana.

concernente la competenza giurisdizionale e l'esecuzione delle decisioni civili in materia civile e commerciale<sup>55</sup>.

### 2.3.2.1 Ambito e criteri determinativi della convenzione di Bruxelles.

La Convenzione di Bruxelles opera ad un tempo in due distinte direzioni; con la prima si disciplina la competenza giurisdizionale degli organi giudicanti dei paesi contraenti, indicando quali persone possono essere convenute dinanzi a loro; con la seconda si regola il riconoscimento e l'esecuzione delle sentenze emesse dai giudici di tali paesi.

In entrambi i casi le norme della Convenzione sostituiscono, nei limiti di applicabilità ed esse riconosciute, le corrispondenti norme processuali del diritto nazionale.

L'ambito applicativo della Convenzione è molto esteso come risulta dal riferimento alla materia civile e commerciale in genere; materia che va determinata in contrapposizione alla materia del diritto pubblico<sup>56</sup>.

Per tutto quanto non escluso né diversamente disciplinato<sup>57</sup> la convenzione si applica sempre, sostituendo le norme nazionali sulla giurisdizione ogni volta che il convenuto abbia un domicilio (o sede per le persone giuridiche) nel territorio di uno dei Paesi contraenti.

Dunque il domicilio costituisce ad un tempo il criterio di giurisdizione ed una condizione di applicazione della convenzione: peraltro anche la volontà delle parti è un criterio di applicazione della convenzione: volontà che si esprime attraverso l'accettazione della giurisdizione o proroga di competenza<sup>58</sup>.

In materia contrattuale l'attore potrà scegliere (in assenza del criterio della volontà, s'intende, e salve le norme protettive a tutela dei consumatori) tra il giudice dello Stato in cui il convenuto è domiciliato ed il giudice del luogo in cui l'obbligazione in giudizio è stata o deve essere eseguita<sup>59</sup>.

La volontà delle parti è, poi, un altro criterio di determinazione della giurisdizione. Questa comporterà l'effetto di escludere la competenza di ogni altro giudice quando almeno una delle due parti sia domiciliata nel territorio di uno Stato contraente e l'accordo sia stato fatto per iscritto o in altra maniera rispondente agli usi commerciali.

Analogamente all'art. 4 della legge di riforma del d.i.pr. la volontà può comportare l'accettazione tacita della giurisdizione quando il convenuto si costituisce avanti un giudice che, secondo la convenzione, non sarebbe competente, accettandone la competenza<sup>60</sup>.

---

<sup>55</sup> Tito Ballarino, *ivi*.

<sup>56</sup> In pratica ciò che non è diritto pubblico ricadrà, con tutta probabilità, nell'ambito del diritto privato o commerciale. Tuttavia in tale operazione non si dovrà fare riferimento alla distinzione seguita da ciascuno Stato contraente, ma agli obbiettivi ed al sistema della convenzione ed ai principi generali desumibili dal complesso degli ordinamenti nazionali.

<sup>57</sup> Secondo quanto dispone il 2 comma dell'art. 1 della Convenzione risultano esclusi dal campo di applicazione della Convenzione:

1. lo stato e la capacità delle persone fisiche, il regime patrimoniale fra coniugi, i testamenti e le successioni;

2. i fallimenti, concordati ed altre procedure affini;

3. la sicurezza sociale;

4. l'arbitrato.

<sup>58</sup>

Vi sono infine alcune controversie che rientrano nella competenza esclusiva dei giudici di un certo Stato; ad esempio in materia di obbligazioni alimentari, delitti o quasi delitti, per le controversie relative all'esercizio di succursali, filiali, trust ecc. (Art. 5). Ma come è dato di intendere facilmente ci troviamo al di fuori della materia dell'E-commerce.

<sup>59</sup> Questo sistema comporta una certa indeterminatezza e concede all'attore la possibilità di "scegliersi" il giudice. Tuttavia si tratta di una possibilità ridotta ai minimi termini; ciò soprattutto per alcune materie che prevedono delle competenze speciali riservate ad un certo Stato in relazione a determinate tipologie di controversie, e per le c.d. competenze imperative, soprattutto, per quanto ci riguarda, a proposito di contratti conclusi dai consumatori (Artt. 13-15). In base a tali ultime norme la parte più debole (il consumatore) potrà scegliere tra vari fori - principalmente quello, ovviamente, assai vantaggioso, del proprio domicilio - concorrenti con quello generale del domicilio del convenuto; la parte "forte" disporrà, invece, in linea di principio del solo foro del domicilio del convenuto.

<sup>60</sup> Ovviamente la volontà delle parti non potrà essere utilizzata per le controversie per le quali sono

### 2.3.2.2 *Provvedimenti cautelari e provvisori.*

La Convenzione detta una disciplina specifica anche per i provvedimenti provvisori e cautelari. In particolare l'Art. 24 crea, per tali provvedimenti, una competenza eccezionale dell'autorità giudiziaria di uno Stato diverso da quello al quale appartiene il giudice competente per il merito. La norma, applicabile soltanto quando la controversia riguarda una materia rientrante nell'ambito di applicazione della Convenzione, non stabilisce, tuttavia, su quale criterio si fondi questa competenza eccezionale, limitandosi a prevedere la possibilità di richiedere all'autorità giudiziaria di uno stato contraente i provvedimenti previsti dalla legge anche se detta autorità non è competente per il merito<sup>61</sup>.

### 2.3.2.3 *Riconoscimento ed esecuzione delle decisioni.*

Un aspetto degno di nota è che la Convenzione disciplina il riconoscimento e l'esecuzione delle decisioni<sup>62</sup> rese in uno Stato contraente (Stato d'origine) da parte di ogni altro Stato contraente (Stato richiesto) in modo automatico; ciò importa che la decisione produce effetti negli altri Stati contraenti (l'effetto di giudicato) senza che sia necessario il ricorso ad un esame di essa da parte dell'autorità giudiziaria dello Stato in cui si richiede tale riconoscimento<sup>63</sup>.

Per dare, invece, esecuzione alla decisione (esecuzione forzata, generalmente sui beni del condannato) sarà sempre necessario seguire la procedura di *exequatur* (Art. 31). A tale fine la decisione dovrà soddisfare alcuni requisiti<sup>64</sup> in mancanza dei quali il riconoscimento e l'esecuzione della decisione dovranno essere rifiutati.

Sull'istanza di esecuzione della decisione decide - senza che venga ascoltata l'altra parte - il giudice del domicilio della parte contro cui si procede individuato (per ciascun ordinamento dello Stato in cui si procede) Art. 32 della Convenzione di Bruxelles<sup>65</sup>.

## **3. Problematiche giuridiche specifiche dell'E-Commerce nazionale e transnazionale (alcune).**

### 3.1 *Premessa.*

S'è detto, in apertura, che non si deve correre il rischio di cadere nel "semplicismo più sfrenato" escludendosi senz'altro l'esistenza di qualsivoglia problema connesso all'E-Commerce.

S'è aggiunto che è, invece, certo che dei problemi vi sono e che e tuttavia, a ben vedere, sembra trattarsi più di problemi afferenti al *mezzo in sé* che alla sostanza dei rapporti.

L'elevato numero potenziale e la velocità delle transazioni ad alto tasso di internazionalità mettono sicuramente a dura prova il "sistema legale

---

previste delle competenze esclusive.

<sup>61</sup> Sotto il profilo interno, Art. 10 della legge di riforma del d.i.pr. prevede che "In materia cautelare la giurisdizione italiana sussiste quando il provvedimento deve essere eseguito in Italia, o quando il giudice italiano ha giurisdizione nel merito."

<sup>62</sup> In base all'art. 25: sentenze, decreti, ordinanze, mandati di esecuzione, liquidazione delle spese giudiziali, a prescindere dalla denominazione data al provvedimento nel paese in cui questo è stato emanato.

<sup>63</sup> Questo carattere automatico non significa tuttavia che il riconoscimento prescinda completamente da ogni controllo giudiziario; il controllo successivo è rimesso ad una eventuale iniziativa della parte contro la quale la decisione viene fatta valere.

<sup>64</sup>

Ai tre motivi tradizionali per cui le decisioni straniere non sono riconosciute (1 - incompatibilità con l'ordine pubblico dello Stato richiesto; 2 - violazione dei diritti della difesa; 3 - contrasto con una decisione relativa allo stesso caso tra le medesime parti nello Stato richiesto) la Convenzione ne aggiunge altri due: (4) la violazione di una norma di diritto internazionale privato dello Stato richiesto e (5) il contrasto della decisione con altra decisione relativa alla stessa causa emessa in uno Stato non contraente ma suscettibile di riconoscimento nello Stato richiesto.

<sup>65</sup> In Italia la Corte d'Appello.

generale"; nondimeno questo, ancorché affannante, sembra, tutto sommato, tenere (con alcune eccezioni nella materia del diritto del consumatore e dei segni distintivi).

E' tuttavia certo che il sistema "Internet" di per sé ha una peculiarità nuova che coincide - ad oggi (essendo teoricamente possibile agire contrariamente) - con la possibilità di attraversare le frontiere (effettive e non virtuali) degli stati collegati alla "rete".

Ciò tuttavia non vuol affatto dire che "l'aver attraversato la frontiera" non costituisca fatto privo di rilevanza giuridica; ed anzi non solo il "*turista informatico*" o l'imprenditore E-Commerce dovranno tener conto delle norme del paese nel quale abitualmente risiedono, ma, addirittura quelle di ogni paese che intendono "visitare", importando od esportando idee, servizi o, sia pur mediatamente, beni.

Facciamo qualche esempio: chiedo di comprare via Internet una statua del Buddha ad un amico in Thailandia, operazione del tutto legittima in Italia ma non in Thailandia; un soggetto di religione musulmana mi propone, da Teheran, di sposare in seconde o terze nozze una data donna, e per ciò pretende da me un compenso quale corrispettivo di servizi prestati dalla sua agenzia matrimoniale: il contratto è valido in Iran ma è radicalmente nullo in Italia; un fornitore di hardware statunitense propone una pubblicità comparativa di due note marche di PC sul proprio sito Web; fatto questo consolidato nel sistema giuridico statunitense ma del tutto illegale (allo stato) in diversi stati del continente europeo; un commerciante giapponese propone la vendita di statuette d'avorio in rete: fatto attualmente legittimo in Giappone ma del tutto illegale in gran parte dei Paesi europei.

Da questi esempi emerge chiaramente come il problema della legalità dei comportamenti tenuti in rete non vada disancorata dalla necessaria applicazione delle relative regole giuridiche ancorché individuabili su base territoriale. Il che in altre parole sta a dire "Paese che vai, regole, usi e costumi che trovi".

E l'eventuale difficoltà di individuazione del territorio nel quale di volta in volta ci si venga a trovare pare, generalmente, facilmente superabile attraverso l'individuazione delle estensioni dei c.d. top Level domain names, dei quali si dirà più avanti.

In ogni caso il problema del transito "transfrontaliero" in rete da una parte e della territorialità del diritto dall'altra, sembrano aver causato due effetti; uno per chi non rinuncia all'avventura internazionale dell'E-Market; ed uno per chi vi rinuncia.

Per chi non rinuncia all'E-Market l'attuale soluzione pare essere quella di un *disclaimer* da inserire nella propria home page; una dichiarazione, ben visibile, nella quale l'imprenditore E-Commerce fa capire che intende condurre affari solo ed esclusivamente con soggetti localizzati in determinati Paesi: non con altri.

Questa soluzione pare funzionare egregiamente; anche se da un punto di vista tecnico potrebbe non superare la contestazione di eventuale illegalità, anche della comunicazione in sé considerata, quando, ad esempio, il sistema giuridico del Paese a destino ritenga che sia stato l'operatore E-Commerce a varcare la sua frontiera per raggiungere il consumatore e non viceversa. Si tratta naturalmente del classico caso limite; uno dei classici casi che fa "vibrare" il sistema.

L'altro effetto è quello dei "rinunciatori" (almeno parziali). Diverse società che operano nel settore del commercio telematico starebbero, infatti, concentrando la loro attività sul c.d. "Business TO business"; cercherebbero, in altre parole, di condurre l'E-Commerce non vendendo direttamente ai consumatori, bensì alle aziende che con questi hanno rapporti diretti (anche ad esempio attraverso i più consolidati meccanismi/canali tradizionali).

In questo modo questi rinunciatori parziali dell'E-Market della prima ora, tenterebbero di recuperare gli investimenti fin qui effettuati in questo nuovo comparto di mercato aspettando tempi migliori per buttarsi definitivamente nel mercato "globale".

E sia per chi aspetta che per chi non può aspettare diremo di seguito - in questo paragrafo - alcune cose sulle problematiche fiscali e valutarie dell'E-Commerce, sui problemi connessi ai diritti su beni immateriali, sul c.d.

*copyright*, sui "domain names", ed infine sulla pubblicità in rete.

### 3.1.1 *Problematiche fiscali e valutarie.*

L'E-Commerce sembra evidenziare la necessità di una adeguata riflessione circa il trattamento fiscale relativo alle transazioni telematiche (nazionali e transnazionali).

Senza entrare nel merito dei problemi di questa materia (senz'altro molteplici e complessi), pare che diverse delle norme fiscali del nostro Paese possano, con l'E-Commerce, risultare disapplicate, se non addirittura del tutto eluse (con le conseguenti sanzioni amministrative e penali; sanzioni effettive e non certo virtuali).

In particolare si segnalano le problematiche derivanti dalla ricorrenza delle norme della legge sul "bollo", del corretto trattamento impositivo IVA per beni e servizi erogati via rete (con maggior complessità tecnica per i secondi piuttosto che per i primi), delle problematiche derivanti dal regime IVA Intrastat, ed infine dalle norme sulle imposte sui redditi.

Quanto alle problematiche d'ordine valutario pare che le stesse possano considerarsi escluse in tutti i casi in cui il pagamento avvenga attraverso il circuito autorizzato (come ad. Esempio nel caso della carte di credito).

### 3.1.2 *Problematiche connesse ai diritti su beni immateriali.*

#### 3.1.2.1 *Introduzione. Il principio di territorialità della protezione.*

I diritti sui beni immateriali includono la proprietà industriale e la proprietà letteraria ed artistica; si tratta di istituti aventi lo scopo la protezione della creazione intellettuale come tale.

Tale protezione assume, a volte, l'intervento di un servizio pubblico<sup>66</sup> ed a volte ha, invece, carattere pressoché automatico. Il diritto alla privativa, comunque ottenuto, si oggettivizza e vale *erga omnes* nel territorio dello Stato in cui è stato concesso.

In ambito internazionale, la protezione di questi diritti pone un problema particolare per la "facilità" della loro violazione conseguente al carattere incorporale del bene che ne è l'oggetto.

Una volta pubblicata l'opera intellettuale o divulgata l'invenzione oggetto di brevetto, o, ancora, una volta attuato lo sfruttamento del marchio attraverso la vendita dei prodotti, da questo contrassegnati, in un determinato Stato, risulta facile sfruttare in un differente paese l'invenzione o la creazione d'altri, al riparo della frontiera che segna il limite del potere dello Stato nel quale i diritti sui beni immateriali sono stati originariamente creati.

Per risolvere questi problemi sono state concluse alcune convenzioni internazionali multilaterali che sono caratterizzate dalla presenza di una struttura permanente (*Bureau*) avente il compito di "amministrare" uniformemente l'applicazione della convenzione.

Tuttavia, queste convenzioni non risolvono il conflitto di leggi posto dal carattere necessariamente territoriale del diritto creato dal singolo Stato; ed anzi adottano apertamente il principio dell'indipendenza dei diritti conferenti a ciascuno Stato, proponendosi, semmai, il solo obiettivo di creare qualche mezzo di comunicazione tra le distinte protezioni territoriali<sup>67</sup>.

L'acquisizione, come la protezione del diritto di proprietà intellettuale, hanno pertanto carattere essenzialmente territoriale<sup>68</sup>.

---

<sup>66</sup> Le invenzioni costituiscono oggetto di un **brevetto, i modelli** (di utilità o ornamentali) ed i **marchi** devono essere depositati

<sup>67</sup> Ad esempio, la convenzione di Unione di Parigi del 20 marzo 1883, sottoscritta dalla maggior parte dei paesi del mondo, accorda alla prima domanda di brevetto per invenzione ed al primo deposito di marchio un termine prioritario per svolgere le stesse formalità negli altri paesi dell'Unione. La convenzione sul brevetto europeo di Monaco del 5 ottobre 1973 dispone che questo brevetto conferisce al titolare "in ciascuno degli Stati contraenti gli stessi diritti che gli conferirebbe un brevetto nazionale rilasciato in esso" (Art. 64, n. 1).

<sup>68</sup> Seguendo questo filone della rilevanza essenziale della "territorialità del diritto" la nostra legge sui brevetti (R.D. 29 giugno 1939, n. 1127) dispone che "i *diritti di brevetto per invenzione industriale consistono nella facoltà esclusiva di attuare l'invenzione e di trarne profitto nel territorio dello Stato...*" Art. 1, 1° comma.

### 3.1.2.2. *Profilo Interno.*

Tuttavia il principio di territorialità puro e semplice<sup>69</sup> risulta a volte del tutto insufficiente. Ciò vale, ad es. per il problema che si pone quando insorge una controversia in Italia tra due editori che pubblicano una stessa opera letteraria avendo ottenuto entrambi dall'autore la cessione del diritto di utilizzazione dell'opera.

Giustamente, quindi, la legge di riforma del nostro d.i.pr. ha dettato all'Art. 54 una apposita norma per i diritti immateriali; norma che prevede che *"I diritti su beni immateriali sono regolati dalla legge dello Stato di utilizzazione."*

E' chiaro ciò che con essa s'intende: i diritti di proprietà intellettuale sono regolati dal diritto dello Stato per il quale è rivendicata la protezione della proprietà intellettuale: se questo li ammette, sussistono, altrimenti no.

*"La norma dell'art. 54 svolge dunque una funzione utile nella misura in cui, per l'inapplicabilità di una disciplina posta mediante convenzioni internazionali o della disciplina posta direttamente dalla legge italiana, sorge un problema di d.i.pr. A termini di essa, sotto la legge del luogo di protezione dei diritti sui beni immateriali ricadono l'esistenza, il contenuto, i limiti e le condizioni di tutela del diritto. Ne rimangono invece fuori i requisiti e gli effetti dei negozi di trasmissione dei diritti su tali opere e, com'è regola generale in materia di diritti reali, il titolo di acquisto (es. contratto di cessione, di licenza) che resta soggetto alle ordinarie norme di conflitto."*<sup>70</sup>

### 3.1.2.3 *Il problema del diritto d'autore.*

Il diritto d'autore risulta con tutta probabilità l'istituto più colpito dal fenomeno "WWW" dal momento che la maggior parte del materiale che viaggia in rete è composto da opere protette.

E tuttavia se da un lato il diritto d'autore "in sé e per sé considerato" non pare risulterne influenzato, né sotto il profilo internazionale, né sotto il profilo nazionale, d'altro canto la portata del fenomeno WWW è tale da incidere pesantemente sull'ampiezza delle conseguenze connesse al principio di territorialità come definito nella convenzione di Berna all'art. 5.2<sup>71</sup>, poiché ci si imbatte nella necessità di dover considerare (quantomeno in via potenziale) gli ordinamenti di tutti gli Stati collegati alla rete che tutelano i diritti protetti nei rispettivi territori in base alle rispettive leggi. Il principio di territorialità comporta, infatti, l'applicazione della legge di ogni stato nel quale si verifichi una violazione della privativa, costringendo il titolare della medesima a promuovere più azioni in Stati diversi al fine di ottenere soddisfazione di tutti i danni subiti per le diverse privative delle quali è titolare.

È solo accogliendo la possibilità di valutare in base ad una legge straniera la violazione di privative straniere che si aprirebbe la possibilità per l'autore di ottenere il risarcimento del danno subito con un solo procedimento nel sarebbero applicate ai vari comportamenti le leggi dei diversi Stati nei quali il diritto risulta protetto.

Questa possibilità pare in Italia tuttavia preclusa dal novello Art. 54 della legge di riforma del nostro d.i.pr., che è si ispirato al principio di territorialità nel senso dell'applicazione del diritto internazionale privato, ma che non *lascerebbe spazio ad aggiustamenti o correzioni di sorta*<sup>72</sup>.

Sotto questo profilo si sostiene, pertanto, la necessità *"... nella materia qui considerata ... di una disciplina specifica, di diritto materiale o strumentale, che voglia superare il principio di territorialità al fine di individuare solo un*

---

<sup>69</sup> ogni giudice applica le norme del proprio Stato nei limiti precisi in cui esse vogliono essere applicate ed avendo riguardo a fatti avvenuti nel territorio dello Stato

<sup>70</sup>

Tito Ballarino, *ivi*.

<sup>71</sup> Alla luce della teoria prevalente, si ritiene che l'Art. 5.2 della convenzione di Berna porti all'applicazione della legge dello Stato per il quale la protezione è richiesta; sembra aumentare, infatti, il numero degli Stati che accettano la giurisdizione, anche se la violazione è avvenuta all'estero, sulla base di un criterio diverso dalla protezione, come la residenza o la presenza di beni del convenuto

<sup>72</sup>

Stefania Bariatti, *ivi*.

ordinamento o un numero limitato di ordinamenti ed evitarne il concorso su scala globale che si presenta attualmente ... una convenzione internazionale permetterebbe di tenere in considerazione in modo adeguato gli aspetti più particolari della materia e le caratteristiche tecniche di Internet ... <sup>73</sup>.

#### 3.1.2.4 Il "domain name" e la disciplina dei segni distintivi<sup>74</sup>.

##### 3.1.2.4.1 Premessa.

La presenza di un operatore commerciale in "rete" inizia con il "domain name"; uno strumento che gli consente ad un tempo di "mostrarsi", di inviare e di ricevere corrispondenza elettronica.

Generalmente il principio di assegnazione utilizzato per i domain names è del tipo "first-come, first-served"<sup>75</sup>.

L'assegnazione dei domini si compendia di un meccanismo a più livelli; meccanismo che comprende un c.d. "Top Level Domain" (TLD), come ad esempio ".com" o ".org" ed un c.d. "Second Level Domain" (SLD) richiesto dalla parte interessata all'assegnazione del dominio (es. ALFA.com).

Il meccanismo "first-come, first-served" comporta, peraltro, che le varie R.A. nazionali non inibiranno l'adozione di un nuovo domain name se non quando questo risulti, in entrambe le componenti TLD e SLD, del tutto identico ad uno già precedentemente assegnato.

##### 3.1.2.4.2 Domain name e segni distintivi.

La relazione fra domain name e segni distintivi è, senz'altro, una delle più discusse negli ambienti specialistici del diritto industriale. Infatti, al di là di svolgere la semplice funzione di "mailbox" dell'imprenditore, il "domain name" sembra svolgere altresì [in via "generalissima"] una funzione distintiva analoga a quella dei marchi d'impresa.

E se, da un lato, si assume la riconducibilità della disciplina dei domain names alla più vasta disciplina dei segni distintivi, dall'altro si evidenzia, invece, come tanto il meccanismo di assegnazione dei domain names, quanto le regole procedurali da utilizzarsi in caso di conflitto fra più pretendenti, risultino sprovviste di quelle "garanzie" tradizionalmente riservate ai titolari dei marchi dalle vigenti norme specifiche in materia.

Diverse sono le (principali) contestazioni mosse all'attuale sistema di assegnazione dei domain names.

La prima e più rilevante di queste sembra coincidere con il fenomeno del "pirataggio" di nomi o di marchi di famose società, effettuato mediante la registrazione di tali nomi o marchi come domain names prima delle società interessate.

La seconda, connessa alla prima, è quella della registrazione di domain names diversi di pochissimo da nomi di società, ovvero da marchi, già esistenti.

Una terza contestazione risiede nel fatto che i vari NICs (Network Information Centers) sparsi nel mondo possano assegnare, in modo indipendente, domain names con identico SLD, ma con differente TLD<sup>76</sup>.

Una quarta contestazione attiene al fatto che il sistema di assegnazione domain names è tale da impedire ad un altro titolare dello stesso marchio di ottenere lo stesso domain name per contraddistinguere beni e servizi distinti da quelli commercializzati da un precedente detentore domain name, che questo utilizza per contraddistinguere solo alcuni particolari beni e servizi (e pertanto per determinate classi merceologiche di beni soltanto).

##### 3.1.2.4.3 Evoluzione storica e sviluppo della DNDP (per gli SLD).

---

<sup>73</sup>

Stefania Bariatti, *ivi*.

<sup>74</sup> Trademark issues in Cyberspace: Domain Names-, Marilyn Tiki Dare, Fenwick & West; INTA International Trademarks Association - Special report october 1996

<sup>75</sup> E' questo, ad esempio, il meccanismo utilizzato negli Stati Uniti dalla NSI (Network Solution Inc.) e dalle varie RA(s) (Registration Authorities) nazionali.

<sup>76</sup> In base a tale meccanismo, ad esempio, la Microsoft potrebbe avere il domain name "microsoft.com" e, un altro soggetto potrebbe chiedere la registrazione del domain name "m1cr0s0ft.com" o "microsoft.it".

La giurisprudenza delle Corti americane (le prime ad affrontare giudizialmente il problema dei *domain names* alla luce delle norme sui segni distintivi) ammetteva inizialmente, per i *domain names*, le sole cause che presentavano uno stretto ed immediato collegamento con marchi registrati.

In base a questo orientamento giurisprudenziale i proprietari di marchi registrati convenivano in giudizio per violazione delle norme a tutela dei segni distintivi tanto il detentore del domain name quanto la stessa NSI<sup>77</sup>.

Fu così che quest'ultima - proprio per evitare di essere continuamente coinvolta in cause nelle quali si sentiva "ingiustamente" chiamata dai proprietari di marchi - elaborò un meccanismo *ad hoc* per le vertenze in tema di attribuzione dei domain names; meccanismo noto come "*NSI Domain Name Dispute Policy*"<sup>78</sup>.

Grazie a tale meccanismo, il proprietario di un marchio registrato (negli stessi USA, o in qualsiasi altro paese al mondo), può, oggi, contestare - negli USA - l'assegnazione e l'uso di un SLD "identico" al proprio marchio rimettendo alla NSI copia della registrazione dello stesso.

In seguito a tale contestazione la NSI concederà al "*detentore*" del domain name un termine di 30 giorni per consentirgli di dimostrare, a sua volta, d'essere proprietario del medesimo marchio negli USA, od in altri paesi.

In base alla DNDP il detentore del domain name avrà la facoltà di mantenere l'uso del domain name allorquando dimostri:

- a) che la data di attivazione del domain name è antecedente al *preuso* del marchio di chi contesta il domain name o alla data di registrazione del marchio; ovvero
- b) che egli stesso è, a sua volta, proprietario di un marchio legalmente ottenuto (registrato) prima della data della vertenza.

Tale facoltà riconosciuta al detentore del *domain name assignee* è, tuttavia, condizionata all'accettazione di questi di tenere indenne la NSI da qualsiasi danno o perdita che questa abbia a subire quale conseguenza della concessione e dell'uso del domain name.

Il detentore del domain name dovrà, invece, sospendere l'uso del domain name (nel termine di 90 giorni successivi) qualora non sia in grado di soddisfare alcuna delle due condizioni sopraevidenziate.

In tale circostanza il *domain name* sarà messo in stato di "*hold*" e non sarà utilizzabile da alcuna delle parti (né a terzi, ovviamente) fintanto che la relativa vertenza non sia stata legalmente definita fra le parti<sup>79</sup>.

#### 3.1.2.4.4 Spunti problematici di riflessione sulla NSI's Domain Name Dispute Policy

Il meccanismo individuato dalla NSI (*Domain Name Dispute Policy*: DNDP) appare, peraltro, criticabile per diversi motivi.

Il primo di questi sembra consistere nell'enfaticizzazione, spropositata, della necessità, della registrazione territoriale/nazionale del marchio; ciò, naturalmente al fine di proteggere il più possibile la privativa. Aggiungasi che la DNDP non sembra prendere in considerazione adeguata, la tutela del c.d. marchio di fatto<sup>80</sup>.

La seconda contestazione coincide con il non aver dato sufficiente rilevanza al principio di similarità e/o confondibilità; principio questo che, da sempre, costituisce il cardine portante di tutta la giurisprudenza mondiale a proposito di segni distintivi.

La terza contestazione mossa alla DNDP - e in parte dipendente dalla seconda - è che il suo meccanismo non sarebbe immune da difetti. Non è infatti improbabile che sulla base della *policy* (anche solo nella fase preliminare) la NSI arrivi a non considerare identico il marchio "*BUSINESS WEEK*" al domain name

<sup>77</sup> Ciò avvenne per la prima volta nel caso *KnowledgeNet v. David L. Boone, et al. (N.D., III., giudizio radicato il 2 Dicembre 1994)*

<sup>78</sup> Meccanismo che sembra oggi utilizzato anche da molte altre R A, nazionali.

<sup>79</sup> Ad es. attraverso un accordo fra le parti, per mezzo di un arbitrato od infine, in seguito ad un provvedimento dell'autorità giudiziaria.

<sup>80</sup> In questo caso sembra infatti che il domain name non possa nemmeno essere messo in stato di HOLD.

"*blz*]nessweek.

La quarta contestazione muove dal fatto che la *policy* avrebbe l'effetto di impedire al proprietario di un marchio notorio (che già non abbia provveduto in tal senso) di ottenere comunque l'assegnazione di un particolare nome come domain name in assenza di un provvedimento giudiziale (ovvero di un accordo fra le parti o di un altro mezzo equivalente). Si aggiunge che la DNDP non prevede, allo stato, la salvaguardia del marchio identico legittimamente ottenuto da un altro produttore per prodotti e/o servizi appartenenti a classi merceologiche diverse, ovvero alla stessa tipologia di prodotti o servizi, ma in territori diversi.

La quinta contestazione è sulla finalità della *policy*; non solo questa non sembra aver avuto l'effetto sperato - consentire alla NSI di chiamarsi al di fuori delle vertenze - ma, addirittura, sembra avere l'effetto contrario. Proprio per ottenere la tutela delle proprie ragioni anche nei confronti della NSI, e soprattutto nel caso di provvedimenti ritenuti non conformi alle proprie aspettative, le parti saranno, infatti, ora spinte a chiamarla in giudizio più di prima.

In questo contesto di alta problematicità derivante anche dall'unicità del TLD sarebbero state avanzate alcune proposte, da parte dello IAHC (International ad Hoc Committee), della IETF (*Internet Engineering Task Force*), e dalla IANA (*Assigned Numbers Authority*)<sup>81</sup>, indirizzate verso la modifica del meccanismo di assegnazione dei domain names; ciò principalmente attraverso l'adozione di un registro multiplo di *domain names* e un sistema multiplo di TLD commerciale<sup>82</sup>.

#### 3.1.2.4.5 Spunti problematici sulla riconducibilità *tout-court* della domain name discipline alla disciplina dei segni distintivi<sup>83</sup>.

Non vanno poi nascosti alcuni dubbi circa l'effettiva sostenibilità giuridica della riconducibilità *tout-court* del domain name alla disciplina dei segni distintivi.

Ciò in primo luogo perché i segni distintivi sono originariamente nati per contraddistinguere il produttore e i suoi prodotti (beni o servizi) e viceversa; invece i domain names sarebbero "originariamente" nati come strumenti di semplificazione della numerazione "IP"; e cioè al fine di rendere alfanumerico un codice altrimenti soltanto numerico. Sotto questo profilo "semplificante" i domain names avrebbero "*ab origine*" una funzione di carattere tecnico (ancorché indiretta) ben distinta da quella individualizzante i beni e servizi offerti dall'operatore commerciale.

In secondo luogo perché mentre il domain name cadrebbe nell'ambito di un regime "concessorio"<sup>84</sup>, potendo, pertanto, essere ritirato, sospeso ecc. da

---

<sup>81</sup> in definitiva l'entità responsabile del meccanismo di assegnazione dei *domain names*.

<sup>82</sup> In particolare lo IAHC avrebbe recentemente proposto l'aggiunta di sette nuove estensioni generiche per i domini di primo livello [alle esistenti ".net", ".org.", ".com", ".org" e ".edu" (queste ultime due proprie di enti governativi ed istituzioni educative) si vorrebbe aggiungere ".web", ".rec", ".nom", ".firm", ".info" e ".store"] nonché la creazione di organismi indipendenti sparsi in tutto il mondo con il compito precipuo dell'assegnazione dei TLD.

<sup>83</sup> Si veda, in senso affermativo Carlo Emanuela Mayr "I domain names ed i diritti sui segni distintivi una coesistenza problematica". AIDA, V, 1996, Giuffrè Ed.

<sup>84</sup>

Sotto questo profilo è importante evidenziare la posizione della R.A. italiana (GARR che, all'Art. "B.0.6 Utilizzazione del nome a domini" delle proprie regole di naming precisa che:

"Un nome a domini viene assegnato in uso dalla RA Italiana alla entità richiedente. Tale nome a domini non è pertanto mai ceduto in proprietà, né su tale nome la entità assegnataria potrà vantare diritti commerciali o di proprietà.

Nel caso in cui il nome a domini corrisponda semanticamente e lessicalmente ad un nome altrimenti registrato o depositato dalla entità assegnataria o da altra entità, il nome a domini non può venire considerato equivalente al nome registrato o depositato. Il nome a domini resta comunque una entità distinta dai nomi registrati o depositati.

Il nome a domini costituisce una entità per identificare univocamente dei gruppi di oggetti (servizi, macchine, caselle postali etc.) presenti sulla rete, descrivendo in modo il più possibile intuitivo la natura e/o la collocazione degli oggetti di rete stessi. Il nome a domini non costituisce alcuna indicazione della importanza, globalità o disponibilità dei servizi o delle entità che esso identifica." E' poi interessante la successiva regola "B.0.12" relativa alla registrazione di Marchi e Nomi Registrati. "I

parte dell'ente concedente, il marchio cade in un ambito di *privativa*, e solo una sentenza dell'autorità giudiziaria<sup>85</sup> può legalmente inibire l'uso del marchio al suo titolare.

In terzo luogo perché l'eventuale identità fra *domain name* e *marchio* appare, comunque, "discontinua"; è, infatti, molto più forte quando l'imprenditore svolge un'attività essenzialmente basata sulla telematica (ancorché di vendita di beni), che negli altri casi.

In quarto luogo perché non paiono applicabili al *domain name* i criteri di confondibilità verbale utilizzati a proposito dei marchi; basta infatti una piccolissima limitazione al nome per rendere diversa la ricerca condotta dal potenziale cliente<sup>86</sup>.

In quinto luogo perché se il marchio appare strettamente collegato ad un contesto geografico-territoriale limitato (e ciò, ovviamente, anche nel caso di registrazioni internazionali), il *domain name* è, invece - ad oggi - globale e mondiale.

E' chiaro tuttavia che "una qualche relazione" fra *domain name* e marchio sussista, soprattutto ove si consideri la maggiore estensione funzionale del primo sul secondo nel contesto dell'E-Commerce.

Ma, ad oggi, concludere affermando una sicura coincidenza fra l'uno e l'altro, pare quantomeno azzardato.

Nondimeno mi pare di poter tranquillamente affermare che ove non si dovesse ravvisare una identità sostanziale fra *domain name* e disciplina dei segni distintivi, nondimeno un uso "anomalo" del primo potrebbe, quantomeno, assumere rilevanza (sotto il profilo interno) come atto di concorrenza sleale sanzionabile ai sensi dell'art. 2598 c.c. e ss..

### 3.1.3 la pubblicità via E-Commerce: assoggettabilità della pubblicità in rete alle norme vigenti.

E' stato sostenuto che la pubblicità in "rete" sarebbe completamente differenziata e distinta dalla pubblicità effettuata mediante i canali tradizionali.

Da tale assunto deriverebbe che la pubblicità in rete sia libera da vincoli di sorta.

Si vuole in questa sede smentire recisamente quest'assunto, in quanto privo di qualsiasi conforto e fondamento giuridico.

Ed invero anche la pubblicità in rete deve sottostare ad alcune regole, che, sotto il profilo interno coincidono, principalmente, con le norme statali a proposito di pubblicità ingannevole, emanate in attuazione di una direttiva comunitaria, nonché, con le norme previste dal codice di auto disciplina pubblicitaria.

Sotto un primo profilo, infatti, la legge interna sulla pubblicità ingannevole prescrive espressamente, all'articolo 2 (definizioni) che: "ai fini del presente decreto si intende: a) per "pubblicità", qualsiasi forma di messaggio che sia diffuso, in qualsiasi modo nell'esercizio di un'attività commerciale, industriale, artigianale, o professionale allo scopo di promuovere la vendita di tutti beni mobili o immobili, la costruzione o trasferimento di diritti ed obblighi su di essi oppure la prestazione di opere o servizi."

Il tenore letterale della paragrafo a) del succitato articolo 2 non sembra lasciar spazio ad equivoci; eppertanto anche la pubblicità in rete viene a ricadere nell'ambito del D.Lvo. 25 gennaio 1992, n. 74 (attuazione della direttiva CEE n. 450/84, in materia di pubblicità ingannevole).

A questo punto diviene interessante individuare i soggetti che

---

"marchi" sono registrabili a patto che ciò sia l'unico dominio registrato dalla entità o si rientri in uno dei casi di eccezioni specificati nei paragrafi dal B.0.7.1. al B.0.7.2. NOTA: non rientra nei compiti della RA Italian stabilire il diritto dell'uso del marchio o di un nome registrato all'interno di un nome a domini. Tenendo conto della natura differente ed autonoma di un nome a domini (come specificato nel paragrafo B.0.6) rispetto ad ogni altro oggetto, sarà compito dell'entità richiedente il nome a domini accertarsi del diritto all'uso in campi differenti del marchio o nome registrato stessi. La RA Italian si limiterà a segnalare, come stabilito nella sezione D.1 gli eventuali possibili casi di ambiguità alle parti."

<sup>85</sup> Oltreché la volontà stessa del proprietario, s'intende.

<sup>86</sup> Naturalmente questa osservazione cadrà non appena saranno utilizzabili nuovi sistemi operativi basati sul riconoscimento vocale.

potrebbero rimanere “impigliati” nelle maglie del decreto legislativo in commento. La soluzione di questo problema si rileva facilmente dalla lettera c) del citato articolo 2 che intende: “per “operatore pubblicitario” il committente del messaggio pubblicitario ed il suo autore, nonché, nel caso in non consenta all’identificazione di costoro, il proprietario del mezzo con cui il messaggio pubblicitario è diffuso”.

Evidentemente questi soggetti potranno coincidere con a) l’operatore commerciale, b) l’agenzia pubblicitaria in rete (coincidente o meno con il provider), nonché infine c) con il provider stesso.

Ma la pubblicità in rete ricade – né più né meno come le altre forme di pubblicità – anche nell’ambito autodisciplinare. Ciò principalmente perché: 1) la lettera e) delle norme preliminari e generali del codice di autodisciplina pubblicitaria prevede espressamente che: “agli effetti del Codice il termine “pubblicità” comprende ogni comunicazione, anche istituzionale, diretta a promuovere la vendita di beni o servizi quali che siano i mezzi utilizzati.”; e perché 2) il medesimo articolo prevede che: “il termine “messaggio” comprende qualsiasi forma di presentazione al pubblico del prodotto e si intende perciò esteso anche all’imballaggio, alla confezione e simili.”

Anche in questo caso non si può far a meno di notare che il tenore letterale delle citate norme non pare lasciare spazio ad alcun dubbio circa l’assoggettabilità della pubblicità in rete alle norme del codice di autodisciplina.

E se a tutta prima poteva apparir vero che la lettera b), sempre delle norme preliminari e generali del codice (che prevede che: “il codice di autodisciplina pubblicitaria è vincolante per utenti, agenzie, consulenti di pubblicità, gestori di regole pubblicitari di ogni tipo e per tutti coloro che lo abbiano accettato direttamente o tramite la propria associazione, ovvero mediante la sottoscrizione un contratto di pubblicità di cui al punto d).”), era tale da far ritenere ad alcuni (secondo un’interpretazione tuttora non condivisibile) il mondo pubblicitario in rete autonomo e distinto dal contesto più storico dei “Media” tradizionali, è peraltro vero che le associazioni di categoria hanno attualmente concordato che anche ai provider vadano senz’altro estese le norme del CAP.

Risulta, pertanto, superata ogni possibile riluttanza all’applicazione alla pubblicità in rete tanto delle norme statali di cui al citato D.Lvo 25 gennaio 1992, n. 74<sup>87</sup>, tanto delle altre norme individuate nel CAP.

### 3.1.3.1 *Contenuto minimale del D.Lvo 25/1/1992 n. 74 in ambito transnazionale.*

Il D.Lvo 25/1/1992 n. 74 in materia di pubblicità ingannevole costituisce l’attuazione della direttiva 84/450/CEE.

Da tale considerazione discende che le regole previste per il mercato italiano, possano - sotto il profilo delle prescrizioni minimalmente previste dal D.Lvo 25/1/1992 n. 74 - risultare facilmente applicabili - *de minimis* - anche a tutti gli altri paesi della UE.

### 3.1.3.2. *Forme di pubblicità vietate in Italia reperibili in rete.*

Si possono trovare in rete due forme di pubblicità che, in base alle norme interne, risultano attualmente vietate.

La prima di queste forme pubblicitarie è relativa alla cosiddetta “pubblicità comparativa”; la seconda è invece relativa ad una forma di pubblicità che chiamerei “imposta”.

La pubblicità comparativa, che è, allo stato, oggetto di diverse proposte di direttive comunitarie<sup>88</sup>, risulta tuttora vietata nel nostro paese, che conosce

---

<sup>87</sup> In questo senso anche Zeno Zencovich (“La pubblicità nei servizi di telecomunicazione” AIDA (Annali italiani del diritto d’autore, della cultura e dello spettacolo, vol. V- 1996. Giuffrè Editore.) che evidenzia, fra l’altro come non dovrebbe ritenersi applicabile alla pubblicità in rete l’articolo 7, comma 5, del decreto legislativo in commento, in quanto i servizi di telecomunicazione non appaiono equiparabili alla stampa o alla radiotelevisione. (“Quando il pubblicitario è stato o deve essere diffuso attraverso la stampa periodica o quotidiana ovvero per via radiofonica o televisiva, l’Autorità garante, prima di provvedere, richiede il parere del Garante per la radiodiffusione e l’editoria.”)

<sup>88</sup> citiamo fra quelle più note la: 91/C180/15 PROPOSTA DI MODIFICA DI DIRETTIVA DEL CONSIGLIO RIGUARDANTE LA PUBBLICITA’ COMPARATIVA, E RECANTE MODIFICA DELLA DIRETTIVA 84/450/CEE e la 94/C136/04 PROPOSTA DI MODIFICA DI DIRETTIVA DEL

solamente la cosiddetta pubblicità comparativa “indiretta” se “utile ad illustrare sotto l’aspetto tecnico ed economico caratteristiche e vantaggi oggettivamente rilevanti e verificati dei beni e dei servizi pubblicizzati.” (Articolo 15 Cap).

La seconda forma pubblicitaria, quella consistente nella imposizione all’utente di una pubblicità non richiesta, che abbia per oggetto o per effetto, una diminuzione patrimoniale non prevista, in quanto inaspettata, consistente anche nel solo costo di pochi scatti telefonici, o addirittura nel limitatissimo costo anche di una sola pagina di carta, mi pare senz’altro sostanzialmente contraria ai nostri principi interni e, pertanto, legalmente sanzionabile<sup>89</sup>.

## **CAPITOLO - II -**

**Il contratto in rete: la tutela del consumatore.**

## 1. *Diritto del consumatore*

E' ora giunto il momento di soffermarci su ciò che mi piace definire come "Diritto del consumatore".

Con questa definizione mi riferisco ad una "nuova branca" del diritto originata da provvedimenti emanati dalla Comunità Europea, dai legislatori dei vari Paesi membri, nonché, infine da convenzioni bi-plurilaterali o universali.

Mi riferisco, evidentemente, a principi giuridici provenienti da più fonti<sup>90</sup>, fra i quali vanno annoverati quelli emergenti ad esempio (e non certo in via esaustiva) ad alcune norme contenute nel Trattato e nella Convenzione di Roma (sulle obbligazioni contrattuali), nelle convenzioni di Bruxelles e Lugano (in materia di competenza giurisdizionale ed esecuzione delle decisioni civili in materia civile e commerciale), alle norme nazionali e comunitarie in materia di antitrust (le quali si pongono senz'altro la tutela del consumatore - e sia pure in via indiretta, attraverso una azione limitazione delle ipotesi di riduzione "convenzionale" del regime della concorrenza - quale obiettivo finale da raggiungere), alle norme in materia di pubblicità ingannevole (di evidente analogo obiettivo), alle norme in materia di responsabilità da prodotto; alle norme in materia di contratti col consumatore con i correlati divieti di talune clausole cosiddette vessatorie (e più correttamente definibili come "abusiva"), alle norme in tema di contratti conclusi al di fuori dei locali commerciali, alle norme sulla privacy, nel contesto, sia pur complesso, della recentissima legge 675/96, nonché, infine, ad altre norme relative ad problematiche più o meno specifiche .

Si tratta, in definitiva, di un diritto costituito da un insieme di principi giuridici che si pongono l'obiettivo:

1. di tutelare la buona fede della parte più debole (e normalmente sprovveduta): il consumatore;
2. di tutelare il consumatore prima della conclusione di qualsivoglia tipo di accordo, durante la stipula e, infine successivamente alla stessa;

---

90

Una succinta lista di queste "fonti" potrebbe essere la seguente: 1957 L. 14/10/1957 N. 1203 RATIFICA ED ESECUZIONE TRATTATO DI ROMA (CEE); PRINCIPI GENERALI; LIBERA CIRCOLAZIONE DELLE MERCI, DELLE PERSONE, DEI SERVIZI E DEI CAPITALI; REGOLE DI CONCORRENZA (IN PARTICOLARE ARTICOLI 85 E 86); 1967 DIRETTIVA 67/548/CEE MATERIA DI CLASSIFICAZIONE, IMBALLAGGIO, ED ETICHETTATURA DELLE SOSTANZE PERICOLOSE; 1986 L. 11/10/1986 N. 713 IN MATERIA DI PRODOTTI COSMETICI; 1988 DPR 24/5/1988 N. 244 ATTUAZIONE DIRETTIVA 85/374/CEE IN MATERIA DI RESPONSABILITA' PER DANNO DA PRODOTTI DIFETTOSI; 1988 DIRETTIVA 88/379/CEE MATERIA DI CLASSIFICAZIONE, IMBALLAGGIO, ED ETICHETTATURA DEI PREPARATI PERICOLOSI; 1990 L.10/10/1990 N. 287 NORME PER LA TUTELA DELLA CONCORRENZA E DEL MERCATO; 1991 DIRETTIVA 91/155/CEE IN MATERIA DI SCHEDE DI SICUREZZA DEI PRODOTTI; 1991/191/C180/15 PROPOSTA DI MODIFICA DI DIRETTIVA DEL CONSIGLIO RIGUARDANTE LA PUBBLICITA' COMPARATIVA, E RECANTE MODIFICA DELLA DIRETTIVA 84/450/CEE; 1991 D.Lvo 29/5/1991 N. 178 IN RECEPIMENTO DELLE DIRETTIVE 65/65/CEE, 73/319/CEE, 83/570/CEE, 87/21/CEE IN MATERIA DI SPECIALITA' MEDICINALI; 1992 D.Lvo 15/1/1992 N. 50 ATTUAZIONE DIRETTIVA 85/577/CEE IN MATERIA DI CONTRATTI NEGOZIATI FUORI DEI LOCALI COMMERCIALI; 1992 D.Lvo 25/1/1992 N. 73 ATTUAZIONE DIRETTIVA 87/357/CEE RELATIVA AI PRODOTTI CHE COMPROMETTONO LA SALUTE O LA SICUREZZA DEL CONSUMATORE; 1992 D.Lvo 25/1/1992 N. 74 ATTUAZIONE DIRETTIVA 84/450/CEE IN MATERIA DI PUBBLICITA' INGANNEVOLE; 1992 DIRETTIVA 92/32/CEE IN MATERIA DI PRODOTTI PERICOLOSI; 1993 DIRETTIVA 93/112/CEE MODIFICA DELLA DIRETTIVA 91/155/CEE IN MATERIA DI SCHEDE DI SICUREZZA DEI PRODOTTI; 1993 DIRETTIVA 93/72/CEE MODIFICA DELLA DIRETTIVA 67/548/CEE MATERIA DI CLASSIFICAZIONE, IMBALLAGGIO, ED ETICHETTATURA DELLE SOSTANZE PERICOLOSE; 1993 LIBRO VERDE: L'ACCESSO DEI CONSUMATORI ALLA GIUSTIZIA E LA RISOLUZIONE DELLE CONTROVERSIE NELL'AMBITO DEL MERCATO UNICO; 1993 D.L. 3/3/1993 N. 123 ATTUAZIONE DIRETTIVA 89/397/CEE IN MATERIA DI CONTROLLO UFFICIALE DEI PRODOTTI ALIMENTARI; 1994/94/C136/04 PROPOSTA DI MODIFICA DI DIRETTIVA DEL PARLAMENTO EUROPEO E DEL CONSIGLIO CONCERNENTE LA PUBBLICITA' COMPARATIVA CON MODIFICA DELLA DIRETTIVA 84/450/CEE RELATIVA ALLA PUBBLICITA' INGANNEVOLE; 1995 D.Lvo 17/3/1995 N. 115 ATTUAZIONE DIRETTIVA 92/59/CEE RELATIVA ALLA SICUREZZA GENERALE DEI PRODOTTI; 1996 L. 6/2/1996 N. 52 ART. 25, ATTUAZIONE DIRETTIVA 93/13/CEE IN MATERIA DELLE CLAUSOLE ABUSIVE NEI CONTRATTI STIPULATI CON I CONSUMATORI; 1996 L. 31/12/1996 N. 675 TUTELA DELLE PERSONE E DI ALTRI SOGGETTI RISPETTO AL TRATTAMENTO DEI DATI PERSONALI;.

3. di tutelare l'incolumità fisica e il patrimonio del consumatore e dei suoi familiari.

E la particolarità più saliente di questo Diritto del consumatore (solo in parte eterogeneo), sembra risiedere nell'assunzione, diretta od indiretta, di un (presunto) "*squilibrio essenziale*"; uno squilibrio fra una parte più forte (in genere l'imprenditore, definito altresì come "professionista", "operatore commerciale" ecc.) e una parte più debole (il consumatore).

Squilibrio, peraltro, non limitato alle sole "ipotesi contrattuali", ma inteso, più in generale, come "soggezione" del consumatore all'attività di un'altra parte più forte di lui.

Squilibrio [a volte apertamente dichiarato dal Legislatore nel contesto della legge, ed altre volte implicito per il solo fatto della finalità "protettiva" (anche indiretta) impressa ad un dato provvedimento] che il Diritto del consumatore si propone apertamente di eliminare; ciò, principalmente, a mezzo di norme (generalmente) inderogabili che, se violate, comportano quasi sempre la nullità o l'inefficacia civilistica dell'atto ad esse contrario, ed a volte, addirittura, sanzioni di carattere penale.

Circa il contenuto della definizione di consumatore va detto che questo Diritto identifica, generalmente, la parte meritevole di tutela nella persona fisica (non giuridica) che agisce per scopi estranei all'attività imprenditoriale o professionale eventualmente svolta.

Quanto all'altra parte (l'*imprenditore*, il "*professionista*", l'*operatore commerciale*" ecc.), la sua individuazione risulta più agevole posto che generalmente coincide con la persona fisica o giuridica, pubblica o privata che, operando nel contesto della propria attività, utilizza il rapporto col consumatore al fine di riceverne, direttamente od indirettamente, benefici e/o utili.

La forza del Diritto del consumatore è poi tale da percorrere trasversalmente il nostro Diritto tradizionalmente inteso, scuotendolo fin dal profondo; l'interprete farà quindi bene a tener presente il questo diritto ogniquale volta incappi nel sospetto della menzionata situazione di squilibrio.

### *1.1 Il Consumatore nel diritto internazionale privato*

L'idea di limitare le tendenze transfrontaliere elusive delle norme poste da alcuni legislatori nazionali a tutela dei consumatori condusse all'adozione di regole protettive in materia di competenza internazionale (Artt. 13-15 della Convenzione di Bruxelles).

Analoghe istanze di tutela della parte più debole anche per quanto attiene alla sostanza del rapporto fra le parti, trovarono accoglimento in due diversi orientamenti: in un primo momento, le norme protettive interne si sono viste attribuire, in alcuni ordinamenti nazionali, il carattere di norme di applicazione necessaria; in una fase successiva si è assistito all'elaborazione di norme di conflitto speciali, ispirate al fine protettivo. Il caso più significativo di queste ultime è quello dell'art. 5 della Convenzione di Roma.

Va qui detto che la Convenzione di Bruxelles, e quella di Roma non contengono una definizione di consumatore, ma ricavano l'individuazione di questo soggetto attraverso l'individuazione dei "contratti di consumo". Tali sarebbero i contratti conclusi da una persona per un uso che possa essere considerato estraneo alla sua attività professionale.<sup>91</sup> *E' questo un criterio "soggettivo", fondato sull'uso cui sono destinati i beni o i servizi, e non sulla circostanza oggettiva che il contratto sia stato concluso o meno nell'esercizio di un'attività professionale*<sup>92</sup> (del consumatore).

Individuato l'ambito soggettivo di applicabilità delle due convenzioni notiamo che anche l'ambito oggettivo (tipologie contrattuali) delle due convenzioni sembra coincidere: vi rientrano infatti *tutti i* contratti che abbiano per oggetto la fornitura di beni o di servizi.

In materia di giurisdizione la Convenzione di Bruxelles del 1968 tutela la figura del consumatore istituendo un foro speciale di particolare favore e limitando la facoltà delle parti di stipulare accordi derogatori della competenza.

---

<sup>91</sup> Art. 13 della Convenzione di Bruxelles; un'espressione quasi identica si ritrova Art. 5 della Convenzione di Roma.

<sup>92</sup>

L'Art. 14 riconosce, infatti, al consumatore la facoltà di agire in giudizio nello Stato in cui ha il proprio domicilio, ferma restando la possibilità di iniziare l'azione presso il domicilio della controparte conformemente alla regola generale dell'art. 2 della Convenzione<sup>93</sup>.

Queste regole sulla (proroga di) competenza hanno carattere imperativo, nel senso che la facoltà di derogarvi è soggetta a notevoli restrizioni<sup>94</sup>: una deroga in senso sfavorevole al consumatore è, infatti, possibile soltanto con un accordo posteriore al sorgere della controversia, in un momento, cioè in cui si presume che il consumatore sia più attento nel tutelare i propri interessi (Art. 15, n. 1)<sup>95</sup>.

In materia di legge applicabile al contratto, la protezione del consumatore viene realizzata, nel sistema della Convenzione di Roma del 1980, attraverso due norme, delle quali una serve a determinare la legge applicabile con un criterio obiettivo (Art. 5, n. 3), l'altra a neutralizzare i possibili effetti elusivi dell'autonomia delle parti (Art. 5, n. 2).

In mancanza di scelta, i contratti con i consumatori sono soggetti alla legge della residenza abituale del consumatore stesso (Art. 5, n. 3).

D'altro canto, Art. 5 par. 2 della Convenzione di Roma consente di designare la legge applicabile al contratto con il consumatore, a differenza di quanto previsto in altri sistemi di d.i.pr..

Tale facoltà di scelta è tuttavia soggetta ad un limite materiale: essa " *non può avere il risultato di privare il consumatore della protezione garantita dagli dalle disposizioni imperative*" della legge del paese della sua residenza abituale (Art. 5, n. 2). Questa norma ha l'effetto di assicurare al consumatore uno *standard* protettivo minimo, quello previsto dalla legge della sua residenza, cioè della legge che sarebbe applicabile in mancanza di scelta<sup>96</sup>.

L'applicazione delle disposizioni protettive dell'art. 5 (tanto del par. 2 quanto del par. 3) è, comunque, subordinata all'esistenza di un legame sufficientemente stretto tra il contratto e lo Stato della residenza del consumatore. Com'è specificato nel secondo paragrafo dell'art. 5, tale legame sussiste:

- Σ se la conclusione del contratto è stata preceduta nel paese della residenza da una proposta specifica o da una pubblicità e se il consumatore ha compiuto nello stesso paese gli atti necessari per concludere il contratto (proposta o accettazione), o
- Σ se l'altra parte o il suo rappresentante ha ricevuto l'ordine nel paese della residenza del consumatore, o
- Σ se il contratto consiste in una vendita di merci e il venditore, al fine di promuovere la stipulazione di contratti, ha organizzato un viaggio dal paese della residenza del consumatore in un paese diverso, dove l'ordine è stato

---

<sup>93</sup> Il fine protettivo di questo foro speciale risulta in modo evidente dal suo carattere unilaterale.

<sup>94</sup>

Com'è disposto dall'art. 15. Va poi sottolineato che le regole sulla competenza degli articoli 14 e 15 sono tra quelle la cui violazione si oppone al riconoscimento della decisione negli altri Stati contraenti (Art. 28 primo comma della Convenzione), in deroga alla regola generale secondo cui la competenza del giudice *a quo* non viene controllata in sede di riconoscimento (Art. 28 terzo comma).

<sup>95</sup>

Sempre possibile è invece un accordo che allarghi ulteriormente la cerchia degli Stati in cui il consumatore può radicare la causa (Art. 15, n. 2) L'Art. 15, n. 3, ammette altresì un accordo con cui venga sancita la competenza del giudice dello Stato in cui entrambe le parti hanno il loro domicilio o residenza abituale al momento della conclusione del contratto. Questa pattuizione non è a favore del consumatore ma piuttosto della sua controparte, che così potrà " congelare " la competenza del giudice del paese del consumatore evitando di sottostare alla giurisdizione dei paesi in cui successivamente la controparte si trasferisce.

<sup>96</sup> Le disposizioni imperative cui l'articolo fa riferimento sono quelle non derogabili dalle parti secondo il diritto interno dello Stato, non quelle internazionalmente imperative o di applicazione necessaria di cui all'art. 7 della Convenzione.

Per stabilire se tali disposizioni sono concretamente più favorevoli al consumatore, l'interprete dovrà operare un confronto tra la legge d'autonomia e quella della residenza del consumatore. Se il risultato è positivo, le disposizioni imperative della legge della residenza dovranno essere applicate, *unitamente* a quelle della legge designata dalle parti. La contemporanea applicazione di norme di più ordinamenti distinti può sollevare dei problemi di adattamento, che devono essere risolti nel senso più favorevole al consumatore.

impartito.

### *1.2 Problemi derivanti all'applicazione del diritto convenzionale internazionale e/o dal d.i.pr.*

Le questioni/soluzioni prospettate più sopra emergono dall'attuale quadro giuridico del "sistema internazionale"; in tali ambito e prospettiva le soluzioni prospettate non possono che risultare pienamente condivise.

E tuttavia, a ben vedere, quelle stesse soluzioni potrebbero lasciare una qualche perplessità nell'operatore E-Commerce transnazionale (E-Market).

Va premesso che la convenzione di Roma del 1980 in materia di obbligazioni contrattuali (come altre convenzioni) venne stipulata in un contesto storico ancora lontano dal "fenomeno della rete"; in un conteso, in particolare, nel quale le transazioni contenenti momenti di estraneità potevano dirsi senz'altro numericamente limitate e, soprattutto, rimesse alla decisione anticipata delle parti (o quantomeno di una: l'imprenditore).

Come abbiamo più sopra evidenziato l'E-Commerce transnazionale pare, invece, caratterizzarsi:

1. da un numero (potenziale) elevatissimo di transazioni;
2. dal fatto che tali transazioni per poter essere appetibili rispetto ai canali tradizionali debbono essere velocissime;
3. dal fatto che le possibili controparti al contratto possano risiedere in qualsiasi paese del mondo; ed infine
4. dal fatto che per l'imprenditore E-Commerce non ha, in genere, la possibilità di conoscere con ragionevole anticipo il domicilio e/o la residenza della sua prossima controparte contrattuale; ciò, naturalmente nel caso in cui quest'ultima sia un "consumatore".

E se pur è vero che ciascuno di tali fattori, singolarmente considerato, non è tale da costringerci ad abbandonare la via delle Convenzioni, è altrettanto vero che la combinazione dei medesimi fattori "in rete" pare spingerci verso in un'altra soluzione.

Ciò principalmente perché se applicassimo rigidamente le soluzioni più sopra esposte - teoricamente ineccepibili, è bene ribadirlo - arriveremmo alla conclusione che l'operatore E-Commerce dovrebbe preoccuparsi di conoscere anticipatamente di volta in volta - per ciascun contratto - se la legislazione (dallo stesso) prescelta (nel caso di contratti per adesione, la propria ovviamente) non pregiudichi, di fatto, la protezione assicurata al consumatore dalla legge del domicilio di quest'ultimo.

In questa situazione si chiederebbe all'imprenditore uno sforzo immane, per alcuni versi inutile, e, con tutta probabilità, non proporzionato al rischio d'impresa.

Sforzo, fra l'altro, che pare andare proprio nella direzione contraria ai principi economici dell'E-Commerce: semplificazione, velocità di risposta e riduzione dei costi strutturali.

Conseguenza di ciò sarebbe allora, con tutta probabilità, un massiccio abbandono dell'E-Commerce transnazionale da parte degli imprenditori ovvero, alternativamente, l'incremento dei costi dei beni e servizi venduti attraverso la rete, con l'ulteriore conseguenza della riduzione dell'appetibilità di questi rispetto a quelli altrimenti ottenibili dal consumatore attraverso i canali tradizionali.

Il dibattito rimane tuttavia aperto e, da parte mia, credo che una possibile soluzione al problema non possa che essere quella di una convenzione universale di diritto materiale uniforme in punto "contratti col consumatore telematico", nel rispetto, naturalmente dei principi sanciti della Direttiva n. 85/577/CEE in materia di contratti negoziati fuori dai locali commerciali.

### *1.3 Contratti telematici e disciplina dei contratti conclusi fuori dei locali commerciali.*

L'Art. 1 del D.Lvo. 15/1/1992 n. 50 (Attuazione della Direttiva n. 85/577/CEE in materia di contratti negoziati fuori dai locali commerciali) recita che:

*Il presente decreto si applica ai contratti tra un operatore commerciale ed un consumatore, riguardanti la fornitura di beni e prestazioni dei servizi in qualunque forma conclusi, stipulati;*

omissis

d) *per corrispondenza o comunque in base ad un catalogo che il consumatore ha avuto modo di consultare senza la presenza dell'operatore commerciale.*

Qui va subito rilevato un primo livello di analogia fra la corrispondenza tradizionalmente intesa e la corrispondenza via E-mail. Il "catalogo" tradizionale potrebbe, poi, essere quello della pagina Web.

L'Art. 9 (Altre forme speciali di vendita) stabilisce, inoltre, che:

1. *Le disposizioni del presente decreto si applicano anche ai contratti riguardanti la fornitura di beni o la prestazione di servizi, negoziati fuori dei locali commerciali sulla base di offerte effettuate al pubblico tramite il mezzo televisivo, o altri mezzi audiovisivi, e finalizzate ad una diretta stipulazione del contratto stesso, nonché ai contratti conclusi mediante l'uso di strumenti informatici e telematici.*

2. *Per i contratti di cui al comma 1 l'informazione sul diritto di cui all'art. 4 deve essere fornita nel corso della presentazione del prodotto o del servizio oggetto del contratto, compatibilmente con le particolari esigenze poste dalle caratteristiche dello strumento impiegato e dalle relative evoluzioni tecnologiche. Per i contratti negoziati sulla base di una offerta effettuata tramite il mezzo televisivo l'informazione deve essere fornita all'inizio e nel corso della trasmissione nella quale sono contenute le offerte. L'informazione di cui all'art. 5 deve altresì essere fornita per iscritto con le modalità previste dal comma 3 di tale articolo, non oltre il momento in cui viene effettuata la consegna della merce. Il termine per l'invio della comunicazione, indicato, nel precedente articolo 6, decorre dalla data di ricevimento della merce.*

Dal tenore letterale delle norme surricordate, nonché delle analogie testé evidenziate, non pare dubitabile che gran parte delle attività E-Commerce possano ricadere nella disciplina in commento. Sarà pertanto utile soffermarci sulle conseguenze giuridiche connesse a tale assoggettamento.

Va premesso che, in base alla legge in commento, si intende per consumatore la persona fisica che, in relazione ai contratti o proposte contrattuali disciplinati dalla legge, agisce per scopi che possono estranei alla propria attività professionale<sup>97-98</sup>.

Per operatore commerciale s'intende, invece, la persona fisica o giuridica che, in relazione ai medesimi contratti o proposte contrattuali, agisce nell'ambito della propria attività commerciale o professionale, nonché la persona che agisce in nome e per conto di un operatore commerciale.

La normativa in commento chiarisce ed estende, pertanto, il concetto di operatore commerciale fino a ricomprendervi i professionisti, i preposti dell'operatore, agenti di commercio ecc.

Il punto nodale derivante dalla normativa in parola è, comunque, il diritto di recesso (irrinunciabile, a pena di nullità dell'atto ad esso contrario) attribuito al solo consumatore e non anche all'operatore commerciale.

A tale proposito quest'ultimo sarà tenuto ad informare il consumatore del diritto di recesso ad esso riservato dalla legge. L'informativa dovrà, in particolare, contenere l'indicazione dei termini e delle modalità per l'esercizio del diritto di recesso, nonché l'indicazione del soggetto nei cui riguardi il recesso vada esercitato<sup>99</sup>.

Per i contratti conclusi per corrispondenza o comunque in base ad un catalogo consultato senza la presenza dell'operatore commerciale l'informativa dovrà essere riportata nel catalogo o altro documento illustrativo della merce o del servizio oggetto del contratto, o nella relativa nota d'ordine, "*con caratteri tipografici uguali o superiori alle altre informazioni concernenti la stipulazione del*

---

<sup>97</sup> Si badi a questo riguardo che, analogamente ad altre norme poste a tutela dei consumatori (es. Direttiva 93/13/CEE del 5 Aprile 1993 a proposito delle clausole abusive nei contratti stipulati con i consumatori) non ricadono nell'ambito della tutela accordata agli stessi le "persone giuridiche".

<sup>98</sup> Si noti la simmetria fra la definizione di consumatore data dalla norma in commento e quella indicata in termini generali nel paragrafo 1.

<sup>99</sup> Ancor più in particolare l'informativa dovrà evidenziare l'indirizzo, ragione sociale o denominazione dell'operatore commerciale, nonché l'indicazione del soggetto al quale dovrà essere restituito il prodotto eventualmente già consegnato, se diverso.

*contratto contenute nel documento*"<sup>100</sup>.

Al fine di poter recedere dal contratto il consumatore dovrà inviare la comunicazione recessiva all'operatore commerciale (o al diverso soggetto altrimenti da questo indicato nell'informativa), nel termine di 7 giorni. Per i contratti relativi a prestazione di servizi tale termine decorre dalla data di sottoscrizione della nota d'ordine (firma elettronica?), ovvero nel caso in cui non sia predisposta una nota d'ordine, dalla data di ricezione dell'informazione stessa. Per i contratti relativi alla fornitura di beni il termine decorre, invece, dalla data di ricezione dell'informazione qualora il prodotto contrattuale sia stato mostrato al consumatore dall'operatore commerciale, ovvero dalla data di ricezione della merce qualora l'acquisto sia stato effettuato senza la presenza dell'operatore commerciale (come, generalmente, nel caso dei contratti telematici), ovvero sia stato mostrato un prodotto diverso dal quello oggetto del contratto.

Qualora l'operatore commerciale abbia omesso di informare il consumatore circa il diritto di recesso riservatogli dalla legge, oppure abbia fornito una informazione incompleta od errata, il termine per il recesso sarà allora di 60 giorni decorrenti dalla data della stipula del contratto per i contratti relativi alla prestazione di servizi, ovvero dalla data di ricevimento della merce nei contratti riguardanti la fornitura di beni.

La comunicazione del recesso dovrà essere inviata dal consumatore a mezzo di lettera raccomandata con avviso di ricevimento<sup>101</sup>.

Circa le condizioni per l'esercizio del diritto di recesso la legge richiede, per la vendita di beni, la loro sostanziale integrità, ovvero il loro normale stato di conservazione<sup>102</sup>.

Per i contratti relativi alla prestazione di servizi il diritto di recesso non potrà estendersi, naturalmente, alle prestazioni già eseguite.

A proposito degli effetti del recesso la legge dispone espressamente che, con la ricezione da parte dell'operatore commerciale della comunicazione di recesso, le parti sono sciolte dalle rispettive obbligazioni, fatte salve, naturalmente, le ipotesi in cui le stesse siano state nel frattempo in tutto od in parte eseguite.

Pertanto, qualora sia avvenuta la consegna della merce, il consumatore dovrà restituire all'operatore commerciale (o al soggetto altrimenti designato) la merce così ricevuta nel termine di 7 giorni dal suo ricevimento (ovvero entro il maggior termine convenuto fra le parti)<sup>103</sup>. Le spese di spedizione restano, naturalmente, a carico del consumatore.

Per converso l'operatore commerciale sarà tenuto a restituire al consumatore le somme da questi eventualmente pagate (comprese le somme versate a titolo di caparra) entro 30 giorni dal ricevimento della comunicazione di recesso, ovvero dalla restituzione della merce. Dal rimborso restano escluse soltanto le spese accessorie, a condizione, tuttavia, che tale esclusione sia stata espressamente prevista nella nota d'ordine o nell'informativa<sup>104</sup>.

S'intende che viene colpita da nullità qualsiasi clausola che abbia per oggetto o per effetto la limitazione del diritto al rimborso del consumatore in seguito al recesso dal contratto.

Da ultimo va ricordato che è prevista la competenza territoriale inderogabile del giudice del luogo di residenza o domicilio del consumatore (se ubicati nel territorio dello Stato) per le cause inerenti l'applicazione del D.Lvo.

---

<sup>100</sup> Nella nota d'ordine può, tuttavia, essere riportato il solo riferimento al diritto di recesso con la specificazione del relativo termine, e con rinvio - per gli ulteriori elementi previsti per l'informativa - alle indicazioni contenute nel catalogo o altro documento illustrativo.

<sup>101</sup> La comunicazione, che s'intende spedita in tempo utile se consegnata all'ufficio postale entro i termini per il recesso (7 o 60 giorni), potrà essere spedita anche a mezzo di telegramma, telex e facsimile; ciò, tuttavia, a condizione che sia confermata con lettera raccomandata con avviso di ricevimento, con le medesime modalità, entro le 48 ore successive.

<sup>102</sup> Nel caso di cui al 2° comma dell'art. 6

<sup>103</sup> La merce s'intende tempestivamente restituita nel momento in cui viene consegnata all'ufficio postale accettante o allo spedizioniere.

<sup>104</sup> Le somme s'intendono rimborsate nei termini qualora vengano effettivamente restituite, spedite o riaccreditate con valuta non posteriore alla scadenza del citato termine di 30 giorni.

in commento.

### 1.3.1 *Contenuto minimale del D.Lvo 15/1/1992 N. 50 in ambito transnazionale.*

Il D.Lvo 15/1/1992 N. 50 in materia di contratti negoziati fuori dei locali commerciali costituisce l'attuazione della direttiva 85/577/CEE.

Da tale considerazione discende che le regole previste dalla normativa specifica italiana saranno, per lo meno, analoghe a quelle di pari materia emanate negli altri ordinamenti europei in seguito al recepimento della succitata direttiva.

Deriva altresì da tale ragionamento che le condizioni contrattuali, eventualmente previste dall'operatore E-Commerce italiano per il solo mercato italiano, possano - sotto il solo aspetto delle prescrizioni previste dalla direttiva 85/577/CEE - risultare facilmente (e correttamente) applicabili - *de minimis* - anche a tutti gli altri paesi della UE.

### 1.4 *Le clausole vessatorie*

S'è più sopra accennato al Capo XIV bis recentemente inserito nel corpo del Titolo II, Libro IV, del Codice Civile, in recepimento della Direttiva 93/13/CEE del 5 Aprile 1993 a proposito delle clausole abusive nei contratti stipulati con i consumatori.

La novella in parola - sotto alcuni aspetti davvero rivoluzionaria - suggerisce a tutti gli operatori economici [di qualsiasi comparto di mercato] di domandarsi, e di accertare, di volta in volta, allorché si tratti di cessione di beni e/o prestazioni di servizi, se la parte con la quale si negozia /contratta, sia un *consumatore* ovvero un *professionista*<sup>105</sup>.

Ciò essenzialmente perché nel caso del contratto fra professionisti possono essere validamente convenute clausole vessatorie (evidentemente in favore di una sola delle parti, in genere quella che predispone il contratto), invece, nel caso di contratto fra professionista e consumatore quelle stesse clausole vessatorie (*rectius*, abusive) possono risultare del tutto inefficaci e, pertanto, inutilizzabili, ancorché convenute in buona fede, sottoscritte e controfirmate dal consumatore<sup>106</sup>.

Anche in questo caso il punto di partenza è quello di intendere quando si abbia a che fare con un consumatore e quando con un professionista<sup>a</sup>.

A tale proposito la legge individua la figura del consumatore nella persona fisica che, in relazione al contratto, agisce per scopi estranei all'attività imprenditoriale o professionale eventualmente svolta<sup>107</sup>; professionista è, invece, "la persona fisica o giuridica, pubblica o privata che, nel quadro della sua attività imprenditoriale, utilizza il contratto ..."

Chiariti i ruoli delle parti in campo, si tratterà allora d'intendere quando, nel contratto fra professionista e consumatore, una certa clausola possa o meno essere considerata vessatoria<sup>108</sup>.

---

<sup>105</sup> Va qui precisato che il terzo comma dell'art. 1469-ter c.c. esclude che, ai fini della materia in commento, possano essere considerate vessatorie (*rectius*, abusive): a) le clausole che riproducono disposizioni di legge ovvero che riproducono di disposizioni o attuative di principi contenuti in convenzioni internazionali delle quali siano parti contraenti gli stati membri della UE o la stessa UE; b) le clausole o gli elementi di clausola che siano stati oggetto di trattativa individuale, a condizione che tali clausole non compaiano nella cd. *black list* di cui al secondo comma del successivo Art. 1469-quinquies.

<sup>106</sup> Si tratta, evidentemente, del profilo *soggettivo* dell'ambito operatività della normativa in parola; quest'ultima non sarà infatti applicabile nei contratti conclusi fra professionisti, nonché, a *fortiori*, nei contratti conclusi fra consumatori.

<sup>107</sup> E' pertanto di tutta evidenza che una persona giuridica non potrà mai rivestire la qualifica di "consumatore"; del pari è chiaro che un professionista potrà senz'altro rivestire il ruolo di consumatore ogniqualvolta abbia a contrarre al di fuori dell'ambito della sua attività professionale.

<sup>108</sup> La direttiva 93/13/CEE parla, invece, di "clausola abusiva"; altrove ["*Proposta di direttiva del Consiglio concernente le clausole inique nei contratti stipulati con i consumatori*" (COM (90)322 DEF. - SYN 285, presentata alla Commissione il 24/7/1990 - 90/C/ 243/02 e "*Proposta di direttiva del Consiglio concernente le clausole inique nei contratti stipulati con i consumatori*" (COM (92)66 DEF. - SYN 285, presentata alla Commissione il 24/7/1990 [92/C/ 73/05] si parla sia di clausola vessatoria

In tale esercizio si dovrà tenere in considerazione:

- la legge considera (1469-bis c.c.) vessatorie "le clausole che, malgrado la buona fede, determinano a carico del consumatore un significativo squilibrio dei diritti e degli obblighi derivanti dal contratto";

- il terzo comma dell'art. 1469-bis c.c. consacra una presunzione di vessatorietà (e pertanto di inefficacia, fino a prova contraria da parte del professionista) di una serie piuttosto nutrita di clausole (ben 20)<sup>109</sup>.

- Art. 1469-ter, afferma che l'accertamento della (effettiva) vessatorietà delle clausole deve essere condotto tenendosi conto della natura del bene o del servizio oggetto del contratto e facendo riferimento alle circostanze esistenti al momento della sua conclusione ed alle altre clausole del contratto medesimo o di altro contratto collegato o da cui dipende<sup>110</sup>.

Ciò posto, per valutare se in una data fattispecie ci si trovi dinanzi a "clausole vessatorie" dovremo tenere contemporaneamente in considerazione (l'analisi è ovviamente limitata al solo ordinamento italiano) ben tre diversi gruppi di norme; e più precisamente:

Σ le norme del Codice in tema di contratti col consumatore;

Σ le altre clausole contenute nel contratto (se non addirittura quelle di un eventuale altro contratto collegato o da questo dipendente); ed infine, ancorché residualmente

Σ le norme generali di diritto positivo sostanziale e o procedurale<sup>111</sup>.

Sulla base dei principi desumibili dalla triade delle norme sopra evidenziata potrà, allora, emergere che alcune clausole contenute nel "solito" contratto per adesione meritino una opportuna rivisitazione in quanto "inefficaci".

#### 1.4.1 Effetti e conseguenze sull'uso delle clausole vessatorie.

Si tratta ora di vedere quali possano essere gli effetti, e le conseguenze, dell'eventuale rilevata e/o dichiarata vessatorietà / abusività di alcune clausole contenute in un dato contratto per adesione.

Secondo il 1 comma dell'art. 1469-quinquies "le clausole considerate vessatorie ai sensi dell'art. 1469-bis e 1469-ter sono inefficaci mentre il contratto rimane efficace per il resto."<sup>112</sup>

---

che di "clausola iniqua"

<sup>109</sup> Si intende che l'elencazione riportata al detto articolo deve essere considerata assolutamente *indicativa e non limitativa*. In questa direzione si pone infatti il 17 considerando della direttiva 93/13/CEE.

I successivi commi 4, 5, 6 e 7 dell'articolo in parola stabiliscono, inoltre, alcune deroghe applicabili, generalmente, a servizi e/o strumenti finanziari, valori mobiliari ed altri prodotti o servizi il cui prezzo è collegato alle fluttuazioni di un corso, di un indice di borsa o di un tasso di mercato finanziario ecc.

<sup>110</sup> Il medesimo articolo precisa inoltre, al secondo comma, che l'accertamento della (effettiva) vessatorietà delle clausole non attiene alla determinazione dell'oggetto del contratto, né all'adeguatezza del corrispettivo dei beni o dei servizi (purché, naturalmente, tali elementi siano individuati in modo chiaro e comprensibile).

<sup>111</sup> Appare interessante soffermare la nostra attenzione anche sul profilo *oggettivo* afferente l'ambito operatività della normativa in questione. All'uopo deve essere qui evidenziato che l'Art. 1469-bis c.c. precisa che la normativa in commento debba ritenersi senz'altro applicata ogniqualvolta il contratto abbia per oggetto "la cessione di beni o la prestazione di servizi".

<sup>112</sup> La formulazione del citato articolo è, quanto meno, infelice dal momento che, anche in questo caso, il Legislatore viene ad introdurre nel nostro ordinamento una notevole serie di problemi di non immediata soluzione.

Il primo di questi problemi è senz'altro quello relativo al preciso significato di "inefficacia", posto che la legge disciplina (*rectius*, disciplinava) specificamente solo l'invalidità, nelle due distinte figure di nullità e di annullabilità.

E' pertanto utile, pur non essendo questa la *sedes materiae* per una dettagliata trattazione in proposito, tentare di evidenziare almeno una delle possibili distinzioni tra la nozione di *inefficacia* e quella di *invalidità*.

A tale proposito va rilevato, sulla scia di un'autorevole dottrina (Scognamiglio), che il giudizio di inefficacia appartarrebbe a quelle situazioni in cui vi siano "*elementi di turbativa e conflitto nell'equilibrato assetto delle pretese delle parti*"; in quest'ottica l'ordinamento opererebbe un controllo sulla "*funzionalità*" del negozio per arrivare a stabilire (definitivamente) che taluni effetti non possano verificarsi.

E' pertanto chiaro che la declaratoria di vessatorietà che colpisca alcune clausole contrattuali abbia, come effetto, la loro *inefficacia* (non nullità).

Ciò importa, come conseguenza, che non si potrà chiedere al consumatore l'adempimento delle obbligazioni assunte in forza delle clausole vessatorie; queste ultime, infatti, una volta dichiarate inefficaci, si avranno come non apposte, assolutamente inoperative. Peraltro il contratto continuerà ad esistere (vigere) fra le parti ancorché privo di tutte le clausole vessatorie.

Diviene a questo punto importante il problema del caso in cui il numero e la portata delle clausole espunte dal contratto siano tali da renderlo privo di significato residuale (quantomeno per il professionista/imprenditore che quel contratto aveva voluto predisporre per meglio disciplinare la propria attività e per meglio organizzare e/o razionalizzare il proprio rischio d'impresa).

Qui le cose si complicano senz'altro: la soluzione cui perviene la normativa in commento è addirittura drastica dal punto di vista del professionista/imprenditore.

Quest'ultimo, infatti, non potrà (quasi) mai "uscire" dal contratto; ciò perché per legge "*il contratto rimane efficace per il resto*", e perché, e proprio in seguito alla *nuova sanzione* individuata dal Legislatore (*inefficacia* al posto di *nullità*), questi non potrà nemmeno ricorrere al principio di cui al 1 comma

---

Sulla base di tali considerazioni si può, quindi, legittimamente sostenere, che mentre l'invalidità colpisce il negozio giuridico nella sua rilevanza, limitandola (annullabilità) o negandola (nullità), l'inefficacia incide, invece, sulla sua funzionalità, determinandone la carenza o la precarietà degli effetti finali voluti ... da parte del contraente più forte quando tali effetti ... risultino in contrasto con la volontà (finalisticamente considerata) dello stesso Legislatore.

Il secondo problema attiene alla combinazione di due fattori; e più precisamente:

a) al contenuto del terzo comma dell'art. 1469-*quinquies* laddove è dato di leggere che "*l'inefficacia opera soltanto a vantaggio del consumatore e può essere rilevata d'ufficio dal giudice*"; da leggersi in relazione

b) al disposto del medesimo articolo laddove si prevede espressamente che, una volta espunte le clausole vessatorie dal regolamento contrattuale, questo resti senz'altro efficace per il resto ... così inequivocabilmente affermandosi la regola della conservazione del contratto anche in presenza di una o più clausole inefficaci.

La soluzione di tale problema pare comunque meno difficile del precedente, posto che entrambi i "fattori" in parola vanno necessariamente letti alla luce dell'intenzione del legislatore di favorire la parte più debole nel contratto (il consumatore), nonché di evitare che lo stesso predisponente - proprio in conseguenza dell'eliminazione delle clausole vessatorie dal corpo contrattuale - abbia a trarne comunque un vantaggio pretendendo di ottenere la modifica dei termini dell'accordo, ovvero l'eliminazione dell'intero contratto (sulla scorta dei principi di cui al 1 comma dell'articolo 1419 ["La nullità parziale di un contratto o la nullità di singole clausole importa la nullità del contratto, se risulta che i contraenti non lo avrebbero concluso senza quella parte del suo contenuto che è colpita da nullità."], c.c., in tema di nullità parziale).

In questa direzione va senz'altro collocata la soppressione, nel testo di recepimento italiano della direttiva 93/13/CEE, dell'inciso relativo alla caducazione del contratto quando questo non possa sussistere senza le clausole abusive. Il testo della direttiva in parola recitava, infatti: "*il contratto resta vincolante tra le parti secondo i medesimi termini, sempre che esso possa sussistere senza le clausole abusive*".

Il terzo problema attiene al destino del contenuto residuale del contratto una volta espunte le clausole abusive e/o vessatorie.

Il legislatore italiano, diversamente da quello tedesco (dal quale pure in parte ha attinto) non ha, infatti, indicato le fonti di integrazione della disciplina contrattuale ormai divenuta lacunosa in seguito alla eliminazione delle clausole vessatorie.

La mancanza di un rinvio della norma per la sostituzione delle clausole inefficaci non pare, tuttavia, precludere la via all'integrazione del regolamento contrattuale con le norme di diritto dispositivo non derogate da una disposizione delle parti improduttiva di effetti sin dall'origine, secondo le regole dell'integrazione giudiziale elaborate dalla dottrina e dalla giurisprudenza.

Eppertanto, allorché il regolamento *inter partes* risulti contravvenire le disposizioni in tema di contratti del consumatore, potrebbero allora trovare applicazione i principi consueti di cui agli Artt. 1339 e 1374 c.c. E' questa la tesi preferita dallo scrivente poiché anche nella normativa *de qua* non sembra escludere il principio di sussidiarietà/sostituibilità delle norme positive rispetto alle norme convenute in contratto ... ma dichiarate inefficaci (... *nulle*). E questa tesi pare altresì accettabile, fors'anche per analogia, non solo alla luce dei già citati articoli, ma anche per via del 2 comma dell'art. 1419 c.c., ed infine per via di quel 13 considerando della direttiva 93/13/CEE, laddove è dato di leggere che : "*...non si reputa necessario sottoporre alle disposizioni della presente direttiva le clausole che riproducono disposizioni legislative o regolamentari imperative ... che a questo riguardo per "disposizioni legislative o regolamentari imperative" ... comprende anche le regole che si applicano fra le parti contraenti allorché non è stato convenuto nessun altro accordo.*"

dell'art. 1419 c.c. in base al quale "la nullità parziale del contratto o la nullità di singole clausole importa nullità dell'intero contratto, se risulta che i contraenti non lo avrebbero concluso senza quella parte del suo contenuto che è colpita da nullità."<sup>113</sup>

Come detto il contratto "resterà in piedi" vincolando senz'altro le parti a tutti gli effetti residui. Ma che ne sarà della sorte di tutto il resto del contratto, ormai inefficace? In altre parole quale sarà la disciplina giuridica cui le parti dovranno riferirsi allorché si trovino a discutere un aspetto della *vicenda contrattuale* precedentemente disciplinato da una clausola vessatoria ormai inefficace?

Il Legislatore della *novella sui contratti del consumatore* non fornisce alcuna risposta a tali fondamentali questioni.

E, nondimeno, la carenza di un rinvio ad una specifica norma cui rifarsi onde sostituire le clausole inefficaci non ci pare possa precludere la via all'integrazione del regolamento contrattuale con le norme di diritto positivo, sulla scorta dei consueti principi elaborati da dottrina e da giurisprudenza in tema di integrazione del contratto; e senz'altro troveranno applicazione agli Artt. 1339 e 1374 c.c.<sup>114</sup>

È pur vero, tuttavia, che nel caso in cui più clausole siano destinate a venir meno, per connessione, ovvero nel caso in cui la valutazione del carattere vessatorio incida direttamente sull'oggetto del contratto o sull'adeguamento del corrispettivo per la cessione dei beni e/o per la prestazione di servizi, potrebbe verificarsi l'ipotesi di una declaratoria d'inefficacia tale da travolgere irrimediabilmente tutto il contratto.

Infine, l'inefficacia dell'intero contratto potrebbe verificarsi nel caso di clausole affette da nullità in quanto contrarie a norme di contenuto imperativo (diverse da quelle in commento), ovvero - laddove trovasse accoglimento la tesi della concorrente applicazione della nuova disciplina e degli articoli 1341 e 1342 c.c., per mancanza di duplice sottoscrizione delle clausole vessatorie comprese nell'elenco di cui all'articolo 1341 c.c.. In tali ipotesi, infatti, la autonoma declaratoria di nullità di alcune clausole potrebbe comunque condurre ad una indipendente applicazione del 1° comma dell'articolo 1419 c.c., e, pertanto, alla possibile conseguente declaratoria di nullità dell'intero contratto.

#### *1.4.2 Contenuto minimale dell'art. 25 della L. 6/2/96 n. 52, in attuazione della Direttiva 93/13/CEE.*

Analogamente a quanto già detto a proposito del D.Lvo 15/1/1992 N. 50 (circa i contratti negoziati fuori dei locali commerciali) anche *Art. 25 della L. 6/2/96 n. 52* costituisce l'attuazione direttiva di una direttiva comunitaria; e più precisamente della direttiva 93/13/CEE.

Analogamente a quanto già detto al paragrafo 1.2.1, discende da tale considerazione che le regole previste dalla normativa specifica italiana saranno, per lo meno, analoghe a quelle di pari materia emanate negli altri ordinamenti europei in seguito al recepimento della succitata direttiva.

Deriva altresì da tale ragionamento che le condizioni contrattuali, eventualmente previste dall'operatore E-Commerce italiano per il solo mercato

---

<sup>113</sup> La dottrina s'è chiesta, se possa produrre effetti una clausola di cosiddetto "salvataggio" che disciplini l'ipotesi di inefficacia di una o più clausole. Una clausola di tal fatta non pare, a tutta prima, poter essere considerata, di per sé, elusiva della disciplina specifica a tutela dei consumatori; nondimeno tale clausola dovrà eventualmente sottostare, anche essa, al giudizio di eventuale vessatorietà in base ai principi introdotti con le nuove norme. Diversamente sarà senz'altro inefficace la clausola che disponga la caducazione dell'intero contratto in seguito al venir meno di una o più clausole (vessatorie), in quanto palesemente in contrasto con il principio di conservazione del contratto sulla base dell'articolo 1469-*quinquies* (la formulazione lapidaria della norma "rimane efficace per il resto" sembra precludere al giudice ogni possibilità di valutare se il contratto possa, o meno, sussistere senza le clausole "abusiva", come invece era previsto dalla direttiva comunitaria).

<sup>114</sup> Si legga quanto sub nota n. 11. Art. 1339 c.c. "Inserzione automatica di clausole". *Le clausole, i prezzi di beni o servizi, imposti dalla legge [o da norme corporative] sono di diritto inseriti nel contratto, anche in sostituzione di clausole difformi apposte dalle parti.* Art. 1374 c.c. "Integrazione del contratto". *Il contratto obbliga le parti non solo a quanto è nel medesimo espresso, ma anche a tutte le conseguenze che ne derivano secondo la legge, o, in mancanza, secondo gli usi e l'equità.*

italiano, possano - sotto l'aspetto delle prescrizioni previste dalla direttiva 93/13/CEE - risultare facilmente (e correttamente) applicabili - *de minimis* - anche a tutti gli altri paesi della UE.

### 1.5 *La business interruption.*

Un problema non secondario che l'operatore E-Commerce potrebbe trovarsi ad affrontare è quello tradizionalmente conosciuto con il termine inglese di "business interruption".

Ci riferiamo evidentemente con questo termine all'impossibilità eventuale per l'operatore commerciale in generale e per quello telematico in particolare di disimpegnare le normali attività afferenti la tipologia (più o meno telematica) del business condotto.

Nel caso di specie pare di rilevare due aspetti degni di nota; aspetti che sono senz'altro due facce della stessa medaglia ma che è bene tenere opportunamente distinti.

Il primo di questi aspetti afferisce proprio all'operatore commerciale telematico; il secondo alla sua clientela.

Sotto il primo profilo è, infatti, opportuno che l'operatore E-Commerce si doti di una serie "notevole" di misure di sicurezza relative tanto alla salvaguardia dei dati in se e per sé considerati quanto alla loro immediata riutilizzabilità.

Ciò principalmente perché il ritardo "operativo" comporta semmai costi e mai utili.

In questa prospettiva mi sembra che sia quantomeno opportuno che l'operatore E-Commerce disponga:

- a) di misure di sicurezza relative alla conservazione dei dati;
- b) di misure di sicurezza circa l'accesso ai dati;
- c) di misure preventive relative a "virus" in rete;
- d) di misure e procedure relative al cosiddetto "disaster recovery".

Mette conto sottolineare che le indicazioni che precedono potrebbero, per certi versi, diventare rilevanti anche ai sensi della nuova legge 675/96 a proposito di sicurezza dei dati personali<sup>115</sup>.

Ma siccome i guai non vengono mai da soli, l'interruzione del business può provocare danni maggiori di quelli che a tutta prima si immaginerebbe.

E ciò principalmente perché dall'interruzione del "business" - specialmente, anche se non esclusivamente, se relativo alla fornitura di servizi su base continuativa - possono derivare effetti pesanti non solo per l'operatore/imprenditore telematico, ma anche per i soggetti che, a cascata, da questo in parte dipendono.

S'immagini, ad esempio, il caso di un operatore telematico incaricato del trattamento, in remoto, dei dati di una società multinazionale al fine del calcolo delle imposte e/o tasse dovute dalla cliente multinazionale in ciascun paese in cui è presente.

S'immagini che all'approssimarsi della scadenza per il pagamento delle dette imposte e tasse l'operatore telematico incappi in un "crash" di sistema che gli impedisca di effettuare l'elaborazione pattuita così impedendo alla cliente di versare le imposte nei tempi dovuti a all'erario di ciascun paese ... .

S'immagini ancora il caso di un operatore che gestisce per conto di terzi la parte informatica di un processo logistico/distributivo di società con grossi volumi di vendita all'ingrosso ed al dettaglio (es. ECR)

S'immagini, infine, il caso di un operatore E-Commerce che vende il proprio software via rete, software che, dopo il pagamento da parte del cliente, risulta irrimediabilmente infettato da un virus che, a sua volta, distrugge tutti i dati contenuti nell'hardware del cliente ...

In tutti questi casi il cliente dell'operatore E-Commerce si aspetta che quest'ultimo possa garantire "sempre" la sua presenza e continuità del servizio "start-to-end" fra cliente ed operatore E-Commerce, ovvero la bontà del prodotto venduto.

Si tratta, in altre parole, della tutela dell'affidamento della controparte che si aspetta "un qualche cosa di più" rispetto all'immediato oggetto del

---

<sup>115</sup> Ciò quantomeno nel caso (normale) in cui l'operatore commerciale telematico detenga dati personali dei consumatori. Nel caso di specie si richiama l'attenzione sugli Artt. 15, 18 e 36 della L. 675/96.

contratto; tutela che implica che laddove l'operatore E-Commerce venga meno agli obblighi "contrattualmente" assunti verso la propria clientela, o comunque ricavabili dalla legge, questo risulti responsabile per gli effetti comunque dipendenti dalla sua attività, salvi naturalmente i casi di forza maggiore (ma, nella telematica quali sono questi casi?).

Certamente, nei rapporti fra imprenditori e/o professionisti, l'operatore E-Commerce potrà validamente concludere particolari clausole a mezzo delle quali riverserà sulla controparte parte del proprio rischio d'impresa, escludendolo o limitandolo, nei limiti previsti Art. 1229 c.c.<sup>116</sup> (profilo interno).

Ma nel contesto dell'ambito operativo del Diritto del consumatore che abbiamo più sopra delineato quelle stesse clausole non potranno essere validamente convenute, con la conseguenza che l'operatore E-Commerce si troverà a subire - quale rischio d'impresa - quegli effetti della tutela dell'affidamento della controparte contrattuale cui s'è più sopra accennato.

In questo caso, siccome non esistono misure di sicurezza tali da eliminare ogni possibile rischio derivante dall'operatività del "business" potrà risultare, allora, opportuno che l'operatore telematico gestisca quel rischio che non può essere escluso dalle misure di sicurezza all'esterno; ad esempio mediante polizze assicurative che gli diano quella continuità reddituale che gli viene a mancare nel periodo di business interruption e che lo manlevino (almeno in parte) dai danni che fosse tenuto a riconoscere alle proprie controparti.

Il discorso parrebbe, pertanto, così semplicemente risolto; senonché il rischio d'impresa dell'operatore telematico come l'abbiamo sopra delineato non sembra, ad oggi, aver trovato nelle maggiori compagnie assicurative quella sensibilità che, invece, richiede a viva voce.

---

116

escludendosi pertanto la possibilità di eliminare la propria responsabilità per dolo, colpa grave violazioni di obblighi derivanti da norme di ordine pubblico Si veda la nota n. 123

## **CAPITOLO - III -**

**Il contratto in rete:**

**i pagamenti in rete  
e la sicurezza delle transazioni.**

1. *E-Commerce e pagamenti in rete; nascita del SET*<sup>117</sup>.

L'idea del commercio elettronico in Rete s'è posta quale *fundamental key issue* per ogni operatore del mercato fin dalla nascita del *Web*, avvenuta intorno ai primi anni '90.

Poiché il commercio esiste fintanto che c'è una movimentazione economica, anche nel caso dell'E-Commerce, l'altra faccia della medaglia del commercio elettronico era, fin dall'inizio, il problema della sicurezza bilaterale delle transazioni economiche in rete.

In termini di principio nulla vietava (e nulla vieta ancora) di scindere le transazioni commerciali in due componenti distinte; la prima - coincidente nella scelta e nell'ordine - poteva essere fatta "in rete"; la seconda - coincidente col pagamento del corrispettivo pattuito per l'acquisto in rete - poteva, invece, essere "evasa" attraverso meccanismi ben consolidati nella prassi.

Nel caso delle carte di credito questi meccanismi venivano poi a coincidere con la comunicazione del numero della carta di credito all'operatore commerciale via fax, per telefono ecc.

Senonché i "sistemi tradizionali" d'evasione del pagamento, da un lato, sembravano porre agli operatori E-Commerce e ai consumatori diversi problemi, e dall'altro evidenziavano una certa inadeguatezza rispetto alla velocità delle transazioni; velocità che, come detto, sembra caratterizzare particolarmente l'E-Commerce.

Inoltre, sebbene fossero sorti alcuni siti che accettavano ordini in linea con pagamento tramite carta di credito, banche e operatori commerciali si tenevano lontani dal commercio in rete, preferendo aspettare l'avvento di una infrastruttura sicura per le transazioni con carte di credito, amministrata dalle maggiori società finanziarie mondiali.

Il quadro si tingeva di tinte ancor più fosche quando MasterCard e Visa International si divisero in due partiti belligeranti, ciascuno con un proprio fornitore di servizi informatici.

E nondimeno la chiave di volta fu, ancora una volta, la pressione esercitata dal mondo bancario<sup>118</sup>; pressione che condusse alla creazione congiunta di uno standard unico: il SET (Secure Electronic Transactions, transazioni elettroniche sicure)<sup>119</sup>.

2. *Presupposti logico-funzionali del SET.*

Il protocollo SET sembra muovere da cinque presupposti logico-funzionali.

Il primo di questi coinciderebbe con la "riservatezza delle informazioni relative a pagamenti e ordini".

Sarebbe infatti indispensabile assicurare ai titolari delle carte di credito la sicurezza di tali informazioni e la loro accessibilità esclusivamente da parte del destinatario desiderato<sup>120</sup>. Per quanto attiene al SET questo obiettivo sarebbe raggiunto attraverso la cifratura dei messaggi.

Il secondo presupposto logico-funzionale sarebbe quello dell'integrità dei dati trasmessi; e pertanto l'immodificabilità di questi nella trasmissione fra mittente e destinatario. Questo presupposto sarebbe, in particolare, a parere di chi scrive, addirittura l'elemento principale ed imprescindibile per l'esistenza stessa dell'E-Commerce; la possibilità di distorsione - volontaria o accidentale - delle transazioni in corso sarebbe infatti tale da rendere assolutamente *non credibile* questo mercato.

---

117

Si veda la nota n. 122.

118

La mancanza di uniformità di protocolli di crittografia era infatti vista dal mondo bancario come freno principale al decollo dell'home banking.

<sup>119</sup> Alla data di stampa della presente relazione sembra, tuttavia, che dovranno ancora trascorrere alcuni mesi prima che gli utenti possano effettuare transazioni con questa tecnologia.

<sup>120</sup> La riservatezza riduce, in particolare, il rischio di frodi perpetrate da una delle parti o da parte di terzi che potrebbero intercettare le transazioni finanziarie.

Il terzo presupposto logico-funzionale coinciderebbe con il principio della legittimazione del portatore della carta; e pertanto nella coincidenza fra titolare e carta.

Il quarto presupposto risiederebbe nella certificazione "aprioristica" del venditore; questo principio va senz'altro letto in relazione alla necessità, per i possessori delle carte di credito, di individuare fin da subito operatori commerciali con quali sia possibile effettuare transazioni controllate e sicure.

L'ultimo presupposto logico-funzionale del SET sarebbe quello dell'interoperatività; intesa come massima elasticità possibile per tutte le piattaforme hardware e software. E' infatti opinione condivisa che, da un lato, gli utenti difficilmente cambierebbero i propri computer per conformarsi ad uno standard di transazione arbitrario e, dall'altro, gli operatori commerciali dovranno comunque essere in grado di utilizzare qualsiasi software conforme agli standard definiti.

### 3. *Funzionamento del protocollo SET.*

Per comprendere lo svolgimento di una transazione SET è, innanzitutto, necessario intendere i concetti di cifratura e firma digitale; il SET, infatti, utilizzerebbe entrambi questi meccanismi al fine di assicurare: a) il recapito del messaggio al destinatario prescelto dal mittente e b) la verifica del mittente.

La cifratura consiste in un metodo di alterazione del segnale per renderlo "illeggibile" a terzi e, ad un tempo, consentendone la lettura solo ai possessori della "chiave" di decodificazione (o decifrazione). La chiave può, peraltro, consistere in un cifrario, in un anello decodificatore segreto, o, infine in un file elettronico.

I metodi di cifratura attualmente usati sarebbero due; il primo definito "a chiave segreta", il secondo definito "a chiave pubblica"; e il SET farebbe uso di entrambi questi metodi di cifratura.

Il primo metodo di cifratura consisterebbe in un'unica chiave (segreta) scambiata fra mittente e destinatario.

Il secondo metodo di cifratura consisterebbe, invece, in due chiavi la prima delle quali svolgerebbe la funzione "codificante" (cifratura) mentre la seconda svolgerebbe quella "decodificante" (decifrazione); più in particolare, il messaggio cifrato con la prima chiave potrebbe essere decifrato solo con l'altra.

Naturalmente il meccanismo sarebbe unidirezionale, non sarebbe, pertanto possibile (né logico), utilizzare il meccanismo alla rovescia.

Gli utenti che si scambiano messaggi cifrati avrebbero, pertanto, due chiavi: una pubblica e una privata; un utente potrebbe così distribuire un messaggio "criptato" con la propria chiave pubblica (ad es. tramite posta elettronica o anche su una pagina Web) leggibile da un, e soltanto uno, destinatario: l'unico in possesso dell'unica chiave riservata.

Un sistema a chiave pubblica parrebbe inoltre consentire l'utilizzo delle c.d. "firme digitali"; con queste un utente potrebbe firmare un messaggio apponendo, ad esempio alla fine, un codice contenente la propria chiave segreta. In questo caso il possessore della chiave pubblica corrispondente sarebbe in grado di verificare l'autentica provenienza del messaggio "firmato".

Definiti i concetti di cifratura e firma digitale non ci resta che immaginare il funzionamento operativo di una transazione SET.

In termini del tutto riduttivi potremmo dire che, con un programma SET compatibile e un conto presso un istituto di credito, un utente di Internet possa raggiungere un sito Web e fare "shopping" semplicemente con l'uso del mouse; in termini ancor più riduttivi potremmo allora dire che l'operazione verrebbe a chiudersi nel giro di pochi attimi, dopo all'elaborazione dell'ordine, la verifica dell'identità e del conto dell'utente.

La realtà pratica è, invece, ben più articolata.

Il primo presupposto è, infatti, che l'utente E-Commerce abbia un conto aperto presso un istituto di credito, ovvero sia in possesso di una carta di credito o di altro sistema di pagamento equivalente.

Il secondo presupposto è che l'istituto di credito sia in grado di supportare il pagamento elettronico.

Il terzo presupposto è che, in seguito all'apertura del conto, l'utente abbia ricevuto (dall'istituto di credito) un "*certificato*", consistente in un file elettronico, funzionante come una carta di credito. Nel certificato sarebbero

contenute le informazioni personali sul cliente, ivi inclusa la sua chiave pubblica; in particolare il certificato dell'utente avrebbe una "scadenza" e la sua attuale validità sarebbe assicurata dall'istituto di credito attraverso la propria "firma digitale".

Il quarto presupposto è che gli operatori E-Commerce abbiano a loro volta il loro certificato; inclusivo, ovviamente, tanto della loro chiave pubblica quanto di quella dell'istituto di credito. La firma elettronica dell'istituto di credito servirebbe poi alla "legittimazione" dell'operatore E-Commerce. Sotto il profilo funzionale, la chiave dell'operatore E-Commerce servirebbe per l'esecuzione dell'ordine; la chiave dell'istituto di credito verrebbe utilizzata ai fini dell'incasso del corrispettivo convenuto.

Così definiti i presupposti operativi veniamo ora al flusso logico di una transazione on line.

L'utente comunica all'operatore E-Commerce - a mezzo E-mail, o altro mezzo equivalente - il prodotto o servizio che desidera acquistare; al termine di questa operazione avverrebbero i seguenti processi:

1) verifica della legittimazione dell'operatore E-Commerce. Il software dell'utente riceverebbe una copia del "certificato" dell'operatore E-Commerce; in seguito a ciò avverrebbe la verifica della validità dell'esercizio commerciale attraverso il controllo dell'esistenza della firma dell'istituto di credito.

2) invio vero e proprio dell'ordine e del pagamento. Il software dell'utente provvederebbe, indi, all'invio all'operatore E-Commerce di tre oggetti firmati dal cliente: a) l'ordine cifrato con la chiave pubblica del commerciante; b) le informazioni per il pagamento cifrate con la chiave pubblica dell'istituto di credito (il commerciante non avrà accesso a queste informazioni); c) un riepilogo (in codice con informazioni sul pagamento e sull'ordine), che assicura l'unicità della transazione e, pertanto, che il pagamento verrà utilizzato esclusivamente per quell'ordine.

3) ricezione delle informazioni da parte dell'operatore E-Commerce. Dopo aver ricevuto quanto al punto che precede, l'operatore E-Commerce verifica, a sua volta, la "firma digitale" dell'utente. L'operatore E-Commerce verificherà le informazioni ricevute dall'utente presso un terzo (di solito un istituto di credito) assicurandosi della "bontà" della controparte<sup>121</sup>. All'esito positivo di tale verifica l'operatore E-Commerce invierà all'utente il messaggio di ricezione ed accettazione dell'ordine.

4) follow through del pagamento. L'operatore E-Commerce provvederà ad inviare un messaggio firmato all'istituto di credito utilizzando la chiave pubblica di quest'ultimo. Tale messaggio conterrà le informazioni per il pagamento relative all'utente (non accessibili da parte del commerciante) e il certificato dell'operatore E-Commerce.

5) verifica da parte dell'istituto di credito dell'operatore E-Commerce e del messaggio. Il software dell'istituto di credito verifica: a) l'attuale legittimità dell'operatore E-Commerce; b) la firma elettronica del messaggio ricevuto (accertando la legittimità del firmatario).

6) verifica della transazione di pagamento. L'istituto di credito "apre" le informazioni ricevute relative al pagamento effettuato dall'utente e verifica: a) l'attuale validità di queste; b) la corrispondenza delle informazioni all'operatore E-Commerce e alla merce ordinata.

7) autorizzazione del pagamento. La Banca firma e cifra l'autorizzazione e la invia al commerciante, che può allora procedere all'invio della merce.

#### 4. *Sicurezza delle transazioni SET*

Il SET atterrebbe solo alla sicurezza del "transito" dei dati; e, come tale, non si porrebbe come obiettivo (precipuo) la garanzia della sicurezza della transazione "start-to-end", fra utente ed operatore; ciò, principalmente perché si afferma che gli altri possibili problemi di sicurezza, sia dalla parte dell'acquirente sia da quella del commerciante, andrebbero ben oltre le sue competenze.

Circa l'attuale insicurezza implicita nell'uso tradizionale delle carte di

---

<sup>121</sup> Ciò equivale alla lettura elettronica della carta di credito effettuata nei negozi.

credito, ad esempio per telefono, si sostiene che la possibilità, di intercettare una linea telefonica sarebbe impresa abbastanza facile, ancorché illecita.

La possibilità (illecita) di ottenere "*ingiustificatamente*" il numero della carta di credito di un dato utente sarebbe, addirittura, offerta da una diffusa trascuratezza di molti utenti, che semplicemente dimenticano o smarriscono gli scontrini degli acquisti appena fatti a mezzo della carta.

Da argomenti di questa fatta deriverebbero due convinzioni: la prima consistente nell'affermazione che già secondo i metodi tradizionali di transazione la sicurezza assoluta connessa all'uso delle carte di credito "*start-to-end*" non esisterebbe affatto; la seconda coincidente nella convinzione che, nella peggiore delle ipotesi, il SET non potrebbe arrecar maggior danno degli attuali sistemi.

E' certo che queste affermazioni colgono il vero; ma credo riescano a cogliere solo una parte della verità.

E' vero infatti che le attuali "modalità" di transazione a mezzo carta di credito sono, almeno in parte, insicure; tuttavia è altrettanto vero che, già oggi, gli utenti sono ingenuamente portati a ritenere il contrario; nell'attuale stato delle cose l'affidamento concesso dagli utenti/consumatori al "mezzo carta di credito" andrebbe, pertanto, "necessariamente" ridimensionato e/o circostanziato, ad esempio evidenziando i rischi connessi alla *detenzione* stessa dalla carta (cosa che, va detto, viene generalmente fatta, anche se in modo "descrittivamente limitato" ed insufficiente).

Venendo alla sicurezza del SET, di per sé considerata, questo parrebbe - a tutta prima - equivalente ai meccanismi tradizionali (se non addirittura più sicuro); e conseguentemente meritorio di altrettanta fiducia ed affidamento da parte di operatori e utenti E-Commerce.

Ma anche nel caso del SET si sottolineerebbe una certa implicita insicurezza "dell'intero" sistema di transazione.

Un noto produttore di sistemi di cifratura avrebbe, infatti, dato risalto ad un punto ritenuto debole nei sistemi di sicurezza per le *SET transactions*. Si affermerebbe, in particolare, la sufficienza di un programma collocato nei *drivers* della tastiera di un PC che si attivi ogniqualvolta sia avviato un programma per il pagamento elettronico, rilevando i tasti premuti. La registrazione della sequenza della digitazione verrebbe inviata a un terzo sempre via "modem".

In questo caso che ci troveremmo certamente al di fuori dell'ambito della sicurezza della transazione "di per sé considerata" ... e, nondimeno, a questa davvero prossima.

In definitiva non credo che il consumatore possa rilevare particolari ostative alla riconducibilità, ancorché metaforica, di quest'ipotesi alle ipotesi analoghe di intercettamento della linea telefonica o "reperimento" dello scontrino smarrito ... e se tali discorsi fossero veri sarebbe allora corretto da parte degli istituti di credito e degli operatori E-Commerce evidenziare l'esistenza di rischi di questa fatta alla propria clientela telematica.

Non mi sembra poi difficile assumere che in Rete alcuni comportamenti contrari alla legge possano, non solo virtualmente ma effettivamente, aumentare di pericolosità; si pensi ad esempio al caso di un "topo di rete" capace di individuare le transazioni dei siti commerciali in modo mirato intervenendo su di queste in modo altrettanto mirato. In un caso come questo - se ammissibile - il danno che ne deriverebbe si verificherebbe in termini rapidissimi e sarebbe alquanto difficile scovare e punire il "*topo informatico*".

Ed è per questa ragione che si sostiene che i sistemi di cifratura soffrano di un "peccato originale"; peccato che coinciderebbe col fatto che "*se questi falliscono, cioè se vengono decifrati, il fallimento è totale.*"<sup>122</sup>

Ed è ancora per questa motivazione che la via da seguire non potrebbe che passare non tanto (o almeno non esclusivamente) per la via della lunghezza della chiave di cifratura originale (senz'altro rilevante)<sup>123</sup>, quanto

---

<sup>122</sup> A questo proposito si veda l'articolo di Larry Loeb "Il SET è pronto" pubblicato su "Internet News", Tecniche nuove Editore, Novembre 1996.

<sup>123</sup>

attraverso la compressione della "*variabile temporale della durata della certificazione SET*".

In altre parole più breve sarà la validità temporale di un certificato, maggiore ne risulterà la sua "presunta" sicurezza e affidabilità.

---

semplice transazione E-Commerce. Ad esempio negli USA, principale mercato E-Commerce, sarebbero vietate le chiavi con codici superiori ad una certa lunghezza. Ciò principalmente per motivi di sicurezza volendosi così evitare che vengano clandestinamente introdotte nel paese informazioni pericolose per la nazione. E' tuttavia di questi giorni la notizia che gli Stati Uniti avrebbero liberalizzato il mercato del software di crittografia