

TeleJus

Il regime giuridico di Internet: i contratti elettronici

di

Maria Berretta e Nicoletta Parisi

*Quaderni di Informatica Giuridica
e Diritto dell'Informatica*

SOMMARIO: - *I. Questioni introduttive.* - 1. La nozione di contratto elettronico.- 2. Esigenza di regolamentazione del fenomeno. - 3. La disciplina giuridica stabilita in ambito internazionale. - *II. La prassi normativa e giurisprudenziale.* - 4. La tutela del consumatore europeo nella stipulazione dei contratti telematici. - 4.1. La stipulazione fuori dai locali commerciali e la stipulazione a distanza. - 4.2. La stipulazione per via telematica. - 5. La disciplina normativa italiana a partire dalle disposizioni codicistiche e dalle norme comunitarie in materia. - 6. I principali problemi che si pongono allatto della stipulazione di un contratto elettronico. - 6.1. La competenza giurisdizionale. - 6.2. La legge applicabile. - 6.3. Meccanismi alternativi di risoluzione delle controversie. - *III. Osservazioni conclusive.* - 7. Verso la ricerca di una maggiore armonizzazione in materia.

I. QUESTIONI INTRODUTTIVE

1. LA NOZIONE DI CONTRATTO ELETTRONICO.

Il rapido sviluppo delle nuove tecnologie di informazione e comunicazione (ICT), e di Internet in particolare, ha fatto sì che, nel corso di questultimo decennio, cambiassero radicalmente le modalità di comunicazione e di interazione fra le persone.

La nascita del web - una rete virtuale e senza confini spazio-temporali, che mette in contatto soggetti che stanno da un capo allaltro della Terra - ha rivoluzionato, sia da un punto di vista economico che sociale, i rapporti internazionali; e il commercio è stato, senza dubbio, uno dei settori che ha per primo beneficiato di dette trasformazioni, essendo notevolmente aumentato il numero di contratti conclusi per via telematica.

Offrendo laccesso alle reti transnazionali, il commercio elettronico ha prodotto considerevoli vantaggi, consentendo, indipendentemente dalla distanza geografica dei soggetti interessati, di offrire e acquistare beni e servizi a basso costo, con rapidità ed efficienza.

Da un punto di vista giuridico, secondo la definizione fornita dalla Commissione europea nellaprile del 1997, il commercio elettronico consiste nello «svolgimento di attività commerciali e transazioni per via elettronica[:]() comprende attività diverse () prodotti, servizi, attività di tipo tradizionale e di nuovo tipo ()». (v. la Comunicazione della Commissione europea al Comitato delle regioni su Un iniziativa europea in materia di commercio elettronico, 16 aprile 1997). Ci si intende dunque riferire a quel meccanismo che facilita e promuove, fra le altre cose, la stipulazione di contratti per la vendita di beni e servizi, utilizzando la rete per il trasferimento di tutta la documentazione generalmente coinvolta in tali transazioni.

Da un punto di vista generale si definisce contratto elettronico o digitale quellatto giuridico avente natura consensuale concluso esclusivamente per via elettronica senza alcun impiego di mezzo cartaceo: si tratta, dunque, di un atto in cui è lo scambio stesso della proposta e dellaccettazione, e a volte anche la fase delleseecuzione, ad avvenire per via telematica grazie allutilizzo di supporti informatici; in particolare, si definisce contratto telematico il contratto elettronico concluso a distanza.

Secondo una distinzione operata in dottrina, dal contratto informatico va ulteriormente distinto il contratto a oggetto informatico che si caratterizza per avere a oggetto strumenti informatici o telematici, come nellipotesi di contratti di acquisto di computer o di software.

Sulla base delle considerazioni suddette, va precisato inoltre che il commercio, a seconda delle modalità di esecuzione, può essere diretto o indiretto. Nel commercio diretto il contratto ha esso stesso attuazione telematica, nel senso che anche la fase delleseecuzione avviene mediante lutilizzo di strumenti informatici: ciò è quanto accade per quei contratti che hanno a oggetto beni immateriali, come ad esempio un software o un brano di musica. Nel commercio indiretto, invece, il contratto non ha attuazione telematica, nel senso che i beni, seppur venduti per via elettronica, vengono poi consegnati materialmente allacquirente.

A seconda dei soggetti coinvolti si distingue ulteriormente fra contratti business to business (B2B) e contratti business to consumers (B2C). Nel primo caso si tratta di contratti stipulati fra operatori commerciali, ovvero soggetti che agiscono entrambi nell'esercizio della loro attività professionale. Nel secondo caso invece, una delle parti contraenti è un consumatore, cioè a dire un soggetto che agisce per fini estranei alla propria attività commerciale o professionale. Consumatore, da un esame delle nozioni che si ricavano dalle direttive comunitarie in materia, è solo «la persona fisica che stipula un contratto per scopi esclusivamente personali che nulla hanno a che vedere con lattività professionale o imprenditoriale eventualmente esercitata». Il riferimento alle sole persone fisiche e non anche a quelle giuridiche è stato ribadito dalla stessa Corte di giustizia della Comunità europea nel caso Commissione c. Repubblica italiana (sentenza del 24 gennaio 2002).

2. Esigenza di regolamentazione del fenomeno.

Nonostante i suoi enormi benefici, Internet ha dato origine ad alcuni problemi nell'area della legislazione, non potendosi facilmente applicare alle negoziazioni on line la medesima disciplina prevista per le tradizionali forme di contrattazione.

Superata l'idea che vedeva la rete svincolata da qualsiasi norma giuridica e priva di limitazioni di sorta, a livello tanto internazionale che nazionale è stata avvertita la necessità di predisporre una specifica regolamentazione diretta a garantire una effettiva protezione giuridica delle parti che intendono avvalersi del mezzo elettronico come strumento di contrattazione.

Problemi specifici, infatti, si pongono relativamente alla forma di tali contratti e al momento della loro conclusione; inoltre, il carattere della transnazionalità rende difficile l'individuazione della nazionalità della controparte e conseguentemente della legge applicabile e della giurisdizione competente nel caso in cui insorga una disputa relativa al rapporto medesimo (v. infra, par. 8).

La distanza tra le parti contraenti, la mancanza di un contatto diretto fra il consumatore - c.d. parte debole del contratto - e il venditore, la circostanza che il consumatore non abbia certezza sulla reale identità del soggetto con cui entra in rapporto d'affari, potendo costui esistere solo nel cyberspazio e non aver alcun indirizzo fisico dove presentare eventuale reclamo, costituiscono alcuni dei principali ostacoli allo sviluppo del commercio elettronico.

La possibilità di applicare alle transazioni telematiche la stessa protezione garantita per quelle tradizionali e la predisposizione di una accurata tutela dei diritti del consumatore, basata, innanzitutto, su una adeguata informazione e su una corretta pubblicità, rappresentano alcuni degli obiettivi primari che il legislatore si è prefissato di raggiungere.

3. La disciplina giuridica stabilita in ambito internazionale.

Sul presupposto che la fiducia fra le parti costituisca un fattore essenziale per lo sviluppo del commercio elettronico, compito primario del legislatore internazionale è stato fin da principio quello di cercare di garantire ai rapporti telematici un certo grado di certezza e di sicurezza paragonabile a quello che l'ordinamento interno assicura al contratto tradizionale.

L'esigenza di assicurare la suddetta certezza del diritto e un certo grado di armonizzazione a livello internazionale nella disciplina giuridica ha portato all'emanazione di una serie di guidelines, comunicazioni, leggi-modello ed altri atti ancora (c.d. di soft law) che, pur non avendo carattere vincolante per il legislatore nazionale, hanno sicuramente rappresentato un importante punto di riferimento nella risoluzione dei problemi via via emergenti nel settore del commercio elettronico.

E così, facendo un salto indietro nel tempo, al 1996 risale la Legge Modello sul commercio elettronico adottata in sede Uncitral con cui già si proponeva agli Stati, per esigenze di uniformità regolamentare, l'adozione di principi di carattere generale in materia di commercio elettronico volti a fornire un ausilio per la risoluzione dei problemi di carattere pratico nascenti dallo sviluppo del commercio in rete.

Ma a livello internazionale il punto di avvio è, senza dubbio, costituito dalle Linee Guida in materia di commercio elettronico dettate nel dicembre del 1999 dalla Organizzazione per la Cooperazione e lo Sviluppo economico (OECD). Si tratta di una raccomandazione diretta agli Stati, alle imprese e ai consumatori per far sì che questi ultimi possano, anche nell'ambito del commercio elettronico, avere la certezza di usufruire di un adeguato livello di protezione, trasparente ed efficace, non inferiore a quello previsto nelle altre forme di commercio.

A tale risultato si è pervenuti a seguito delle considerazioni prese da principio nel corso della prima Conferenza sul commercio elettronico tenutasi a Turku nel novembre 1997 (Dismantling the Barriers to Global Electronic Commerce), in cui sono stati circoscritti i problemi in materia, successivamente affrontati nella seconda Conferenza tenutasi ad Ottawa nell'ottobre 1998 (A Borderless World: Realizing the Potential of Global Electronic Commerce), nel corso della quale è stato redatto l'Action Plan for Electronic Commerce, ulteriormente sviluppato ed aggiornato in occasione della terza Conferenza tenutasi a Parigi nell'ottobre 1999 (Towards Convergence of Stakeholder Interests).

Anche la Comunità europea ha prestato attenzione al fenomeno, e così, già nel 1993, il Consiglio europeo aveva istituito un gruppo, il c.d. Gruppo Bangemann, costituito da rappresentanti di imprese e consumatori con il compito specifico di redigere un rapporto, intitolato La via europea verso la società dell'informazione, relativo alle iniziative da intraprendere nel settore delle ICT in seno all'Unione.

Oggi, il fondamento normativo sul quale basare la regolamentazione del fenomeno è contenuto nel titolo XIV del Trattato CE, intitolato Protezione del consumatore, all'art. 153: è infatti principalmente da questa prospettiva che l'ordinamento comunitario si occupa del contratto elettronico, prendendo in considerazione le esigenze inerenti la protezione dei consumatori nella definizione e nell'attuazione delle politiche e delle attività comunitarie. La finalità della suddetta disposizione non è solo quella di assicurare un elevato livello di protezione del consumatore, ma consiste proprio nella promozione degli interessi del consumatore.

Oltre a ciò, una ulteriore base normativa può rintracciarsi nel titolo XV dello stesso Trattato intitolato Reti transeuropee, dove emerge l'impegno della Comunità per la costituzione e lo sviluppo di reti transfrontaliere anche nel settore delle telecomunicazioni al fine di favorire l'interconnessione e l'interoperabilità delle reti nazionali, come pure l'accesso ad esse (artt. 154 - 156) (v. supra, cap. 10).

Rilevante, sempre al fine della determinazione della suddetta base giuridica, risulta, seppur ancora con qualche riserva, un'altra norma del Trattato CE, l'art. 65. Da tale disposizione, che si riferisce all'attuazione di una cooperazione giudiziaria a livello comunitario, sembra infatti potersi desumere un'attribuzione a favore delle istituzioni comunitarie di poteri volti all'adozione di norme in tema di conflitti di legge e di giurisdizione. Nello specifico, sembra potersi trarre dal combinato disposto risultante dagli articoli 61-65 la legittimazione di interventi normativi a livello comunitario, diretti a garantire, attraverso la realizzazione di uno spazio comune di libertà, sicurezza e giustizia, una più efficace tutela a vantaggio del consumatore.

Tuttavia, come si vedrà, tramite per esempio direttive comunitarie, l'Organizzazione interviene anche nel campo del diritto privato sostanziale, stabilendo una disciplina settoriale di armonizzazione o di uniformazione (v. infra, par. 6). Questa competenza trova anzitutto la propria base giuridica negli artt. 94 e 95 CE, che sono funzionali alla creazione di un mercato interno comune, nonché, per taluni aspetti non riconducibili a questa finalità, nella clausola sui c.d. poteri funzionali (art. 308 CE), volta a rafforzare i poteri delle istituzioni comunitarie.

I principi stabiliti nelle norme di principio contenuti nel Trattato della Comunità europea sono circostanziati dalle norme di diritto derivato delle quali si intende dar conto nel prosieguo della trattazione, riservando una particolare attenzione a quelle che rivestono portata vincolante.

II. LA PRASSI NORMATIVA E GIURISPRUDENZIALE

4. La tutela del consumatore europeo nella stipulazione dei contratti telematici.

Si è detto che l'ambito privilegiato di attenzione del diritto comunitario è rappresentato in materia dalla protezione giuridica del consumatore.

Da questa prospettiva notevole rilevanza riveste la succitata Comunicazione della Commissione europea definita Un'iniziativa europea in materia di commercio elettronico, adottata nel 1997 allo scopo di incoraggiare un vigoroso sviluppo del commercio elettronico in Europa, la quale, oltre a fornire una definizione di commercio elettronico (v. supra, par. 3), ha peraltro dettato le linee guida per le successive iniziative dell'Unione in materia, fra cui la direttiva sul commercio elettronico (v. infra, par. 8.2).

4.1. La stipulazione fuori dai locali commerciali e la stipulazione a distanza.

Tra gli atti adottati dalle istituzioni comunitarie a tutela del consumatore, direttamente o indirettamente applicabili alla contrattazione mediante utilizzo di strumenti informatici, un richiamo va anzitutto alla direttiva n. 85/577/CEE in materia di contratti conclusi fuori dai locali commerciali ed alla direttiva n. 97/7/CE relativa alla protezione dei consumatori in materia di contratti a distanza.

Tali provvedimenti, seppur nati in un contesto diverso, appaiono sicuramente applicabili alle negoziazioni telematiche. Nulla osta, infatti a ricomprendere nella nozione di contratto a distanza, fornita nell'art. 2 della direttiva n. 97/7/CE, fra le tecniche di comunicazione a distanza utilizzabili per la conclusione del contratto stesso, anche Internet.

In considerazione del fatto che il consumatore, sia nella ipotesi di vendita effettuata fuori dai locali commerciali che di vendita a distanza, non ha possibilità alcuna di effettuare un giudizio comparativo fra il bene da lui acquistato e quello presente in altri mercati, né può dovutamente apprezzarne le caratteristiche e le qualità, il legislatore ha ritenuto doveroso apprestargli una adeguata e specifica protezione.

Entrambe le direttive riconoscono a favore del consumatore un diritto di recesso, della cui esistenza deve essergli fornita specifica informazione. Tale diritto, esercitabile entro un periodo di almeno sette giorni, in base a quanto stabilito in entrambe le direttive (artt. 4-5 dir. 85/877/CEE; art. 6 dir. 97/77CE), attribuisce allacquirente la facoltà di restituire il bene acquistato.

Più ampi e più gravosi sono gli oneri informativi contenuti nella disciplina dettata dalla direttiva sui contratti a distanza: nello specifico, viene garantito il diritto del consumatore ad una serie di informazioni minime che gli consentano di prendere coscienza dei diritti che gli spettano in relazione al contratto, oltre che delle caratteristiche del bene o del servizio acquistato. Il contratto, di conseguenza, deve avere un contenuto minimo, e le informazioni, dettate in maniera trasparente, devono essere fornite in modo chiaro e comprensibile, così come in modo inequivocabile deve risultare lo scopo commerciale ad esse sotteso.

Salta all'occhio, dunque, che l'obiettivo principale, comune ad entrambe le direttive, è quello di evitare, o quanto meno ridurre, i rischi insiti in acquisti frettolosi e poco meditati che possono riservare sgradite sorprese.

4.2. La stipulazione per via elettronica.

Preso coscienza della esigenza di adottare una disciplina uniforme di regolamentazione della contrattazione telematica così da accrescere il senso di fiducia del consumatore nell'uso di queste nuove forme negoziali, si è avviato un processo che ha portato all'elaborazione di una specifica direttiva in materia. Si tratta della direttiva n. 2000/31/CE relativa a taluni aspetti giuridici dei servizi della società dell'informazione, in particolare il commercio elettronico, nel mercato interno.

Esaminati alcuni punti di maggiore interesse per i consumatori, quali la necessità di garantire loro un certo grado di trasparenza, come pure di qualità e quantità nelle informazioni, di sicurezza nei sistemi di pagamento, di facile accessibilità e di costi contenuti, di protezione dei dati personali, ed ancora di un più rapido ed efficiente sistema di risoluzione delle controversie scaturenti nel settore, si è cercato di predisporre un quadro unitario che fissasse alcuni principi di armonizzazione in materia di commercio elettronico per «far sì che lo spazio interno sia veramente libero da frontiere per il commercio elettronico (»)», come risulta dal X Considerando della direttiva in esame.

A ben vedere, in realtà, più che dettare un provvedimento di specifica tutela del cyberconsumatore, si è voluto piuttosto disciplinare uniformemente la materia del commercio elettronico. E ciò risulta espressamente nell'XI Considerando della direttiva, dove si precisa che rimane comunque ferma l'applicazione della direttiva n. 93/13/CEE del 5 aprile 1993 concernente le clausole abusive nei contratti stipulati con i consumatori, e della direttiva n. 97/7/CE, del 20 maggio 1997, riguardante la protezione dei consumatori a distanza, come anche di altre direttive comunitarie lì espressamente richiamate.

L'obiettivo di facilitare la diffusione dei servizi della società dell'informazione è esplicitato dall'obbligo rivolto agli Stati membri di provvedere affinché gli ordinamenti nazionali, ed, in particolare, «la normativa relativa alla formazione del contratto non osti all'uso effettivo dei contratti elettronici e non li privi di efficacia e validità in quanto stipulati per via elettronica» (art.9, co.1).

Volendo fermare l'attenzione su singole disposizioni della direttiva funzionali alla protezione del consumatore, risaltano nuovamente le norme stabilite in tema di obblighi di informazione, posti a carico degli operatori commerciali nelle negoziazioni telematiche. Infatti, l'obbligo imposto al prestatore di fornire «in modo chiaro, comprensibile ed inequivocabile» le informazioni relative alle generalità del prestatore del servizio, alle fasi tecniche della conclusione del contratto, alle condizioni generali dello stesso ed alle clausole ad esso relative, ha lo scopo di garantire al consumatore una conoscenza reale, o quanto meno una conoscibilità, del regolamento contrattuale e delle caratteristiche dell'operatore commerciale e del bene o servizio oggetto della negoziazione contrattuale, così da assicurarli una effettiva tutela e da consentirgli di riconoscere il carattere commerciale delle comunicazioni a lui stesso rivolte.

In particolare, una specifica disciplina è stata dettata con espresso riferimento alle comunicazioni commerciali o pubblicitarie non sollecitate.

Lo spamming, termine con cui ci si riferisce al fenomeno consistente nell'invio di messaggi pubblicitari, non sollecitati, indirizzati a grandi liste di utenti, è stato oggetto di specifica attenzione negli articoli 6 e 7 della direttiva sulle-commerce.

A livello comunitario il legislatore europeo, aveva inizialmente optato per il c.d. sistema di opt-out, secondo il quale è vietato l'invio di e-mail non sollecitate verso coloro che, dichiarandosi esplicitamente contrari alla ricezione di e-mail commerciali, richiedano la cancellazione del proprio indirizzo e-mail dagli appositi registri negativi (direttiva n. 2000/31/CE). Oggi invece - con la disciplina generale stabilita dalla direttiva n. 2002/58/CE è stato adottato il sistema di opt-in, secondo il quale qualsiasi

comunicazione indesiderata, se non è stata espressamente autorizzata dal destinatario è illegittima. Il legislatore italiano nel Codice sulla Privacy (decreto lgs. n. 196/2003) ha dato attuazione a questa direttiva, prevedendo che il consenso del destinatario per l'invio di e-mail non sollecitate vada richiesto prima dell'invio e solo dopo averlo informato chiaramente degli scopi per cui verranno utilizzati i suoi dati personali (si parla in proposito di accettazione preventiva) (v. anche supra, cap. 4, par. 4.2).

Ai succitati provvedimenti, aventi per lo più carattere generale, la Comunità ne ha affiancato degli altri di carattere specifico, volti a prendere in esame singoli aspetti del commercio elettronico.

In materia di tutela dei dati personali, a parte la direttiva n. 95/46/CE, relativa alla tutela delle persone fisiche con riguardo al trattamento dei dati personali nonché alla libera circolazione di tali dati, è stata recentemente dettata, in sostituzione della precedente disciplina contenuta nella direttiva n. 97/66/CE relativa alla tutela della riservatezza nel settore delle telecomunicazioni, la direttiva n. 2002/58/CE, con la quale il legislatore comunitario ha inteso disciplinare il trattamento dei dati personali e tutelare la vita privata nello specifico settore delle informazioni che circolano in rete. L'obiettivo è quello di armonizzare le disposizioni degli Stati membri così da garantire un livello equivalente di tutela dei diritti e delle libertà fondamentali, in particolare del diritto alla vita privata, con riferimento al trattamento dei dati personali nel settore delle comunicazioni elettroniche, e da assicurare la libera circolazione di tali dati e delle apparecchiature e dei servizi di comunicazione elettronica all'interno della Comunità. Al fine di garantire la riservatezza dei dati personali, qualsiasi informazione, direttamente o indirettamente riconducibile ad una persona fisica, nelle varie fasi di svolgimento del contratto in rete, va utilizzata conformemente alla disciplina predisposta nella direttiva stessa, con la preventiva autorizzazione da parte dell'interessato.

Ancora, provvedimenti specifici sono stati dettati con la direttiva n. 1999/93/CE in materia di firma elettronica, come pure con la direttiva n. 2000/46/CE in materia di moneta elettronica.

5. La disciplina italiana a partire dalle disposizioni codicistiche e dalle norme comunitarie in materia.

La materia della tutela del consumatore, come si è avuto già modo di comprendere, risulta estremamente complessa e variegata, costituita com'è da innumerevoli previsioni legislative, tanto comunitarie quanto nazionali.

Partendo dalla considerazione che il contratto elettronico costituisce comunque, a prescindere dall'utilizzo di strumenti informatici, una fattispecie contrattuale, pur con la consapevolezza che la disciplina codicistica, in base ai principi generali di gerarchia delle fonti giuridiche, cede il passo a quella comunitaria tutte le volte in cui possa ravvisarsi un contrasto, dato il carattere di specialità della seconda, appare ovvio, anzitutto, il riferimento alle disposizioni codicistiche in materia di contratto contenute nel libro IV, titolo II del codice civile italiano.

In un certo senso, infatti, si cerca di adattare le norme volte a stabilire il momento di conclusione di un contratto, il luogo della stessa, la produzione di effetti anche alle ipotesi in cui si tratti di contratti conclusi in rete, benché, naturalmente, non possa trattarsi di una applicazione diretta e immediata.

Si tende così per lo più a ritenere, con specifico riferimento al momento della conclusione del contratto che questa coincida col momento in cui l'accettazione giunga all'indirizzo del proponente, mentre con riferimento al luogo di conclusione che questo possa individuarsi nel luogo in cui si trova il proponente allorché riceve notizia dell'accettazione della controparte.

Per ciò che interessa le clausole del contratto, risulta possibile un richiamo alle disposizioni contenute nell'art. 1341 c.c. in tema di condizioni generali di contratto, come anche a quelle contenute negli artt. 1469 bis e ss c.c. in tema di clausole vessatorie.

Anche in un contesto virtuale infatti, è importante verificare la conformità dei contratti telematici alla disciplina delle clausole vessatorie, così che, non solo, le clausole predisposte da una sola parte non possano produrre alcun effetto se non sono conosciute dall'altra parte, ma anche, allorché trattasi di clausole che determinano uno squilibrio a svantaggio del consumatore, qualora non siano state specificatamente oggetto di trattativa individuale e, quindi, approvate per iscritto. Di per sé, sulla base di precisi studi recentemente condotti dalla Camera di Commercio di Milano su "Commercio elettronico e clausole vessatorie" è certo che la contrattazione telematica non può comunque esser da sola ritenuta vessatoria, pur non negandosi lesigenza di un'attenta valorizzazione delle circostanze di stipulazione, desumibili dall'analisi del contratto stipulato su Internet.

A completamento della disciplina italiana in materia si aggiungono i numerosi decreti legislativi di attuazione della normativa comunitaria con cui, in Italia, si è provveduto a recepire quanto stabilito a livello comunitario.

Ci limitiamo qui a un semplice richiamo ad alcuni dei suddetti decreti, sul presupposto che, in linea di principio, eccezion fatta per qualche lieve modifica, le direttive comunitarie, essendo già sufficientemente complete nel dettaglio, sono state recepite fedelmente. Si tratta, nello specifico, del decreto lgs. n. 50/1992, emanato in attuazione della direttiva n. 85/577/CE sui contratti conclusi fuori dai locali commerciali; del decreto n. 185/1999, emanato in attuazione della direttiva n. 97/7/CE sui contratti a distanza; del decreto n. 70/2003, emanato in attuazione della direttiva n. 2000/31/CE sul commercio elettronico; del decreto n. 196/2003, emanato in attuazione della direttiva n. 2002/58/CE sul trattamento dei dati personali.

6. I principali problemi che si pongono allatto della stipulazione di un contratto elettronico.

La natura transnazionale delle contrattazioni telematiche, la circostanza, cioè, che nella maggior parte dei casi i contraenti siano di diversa nazionalità, postula un imprescindibile ricorso alle regole che disciplinano i conflitti di legge e di giurisdizione.

Nel caso in cui insorga una controversia fra le parti del rapporto contrattuale è, infatti, necessario determinare qual è il giudice competente a conoscere la causa e quale legge costui dovrà applicare.

6.1. La competenza giurisdizionale.

Per ciò che concerne il problema della giurisdizione nelle controversie in materia civile e commerciale occorre fare riferimento al regolamento n. 44/2001/CE concernente la competenza giurisdizionale, il riconoscimento e l'esecuzione delle decisioni in materia civile e commerciale che, a partire dal 1° marzo 2002, ha sostituito, in considerazione delle novità apportate dalla diffusione e dall'utilizzo delle nuove tecnologie nelle negoziazioni commerciali, la Convenzione di Bruxelles del 27 settembre 1968 sulla competenza giurisdizionale e l'esecuzione delle decisioni in materia civile e commerciale: ciò vale per tutti i rapporti tra gli Stati membri della Comunità europea fatta eccezione per la Danimarca, dove si continua ancora ad applicare la Convenzione.

In linea generale il regolamento stabilisce il principio della competenza giurisdizionale dello Stato in cui il convenuto è domiciliato, sancendo specificatamente all'art. 2 co.1 che « () le persone domiciliate nel territorio di uno Stato membro sono convenute, a prescindere dalla loro nazionalità, davanti ai giudici di tale Stato membro»; è prevista tuttavia l'applicazione di criteri addizionali o alternativi per fattispecie particolari o per determinate categorie di soggetti.

Infatti, in casi specifici in cui parte è un consumatore, quali la vendita a rate di beni mobili materiali, prestiti con rimborso rateizzato, operazioni di credito per il finanziamento della vendita di tali beni o in tutti gli altri casi qualora il contratto venga concluso con una persona le cui attività commerciali o professionali si svolgono nello Stato membro in cui è domiciliato il consumatore o sono comunque dirette verso tale Stato membro o verso una pluralità di Stati che comprende quello Stato, si applica un principio differente (art. 15 reg.).

Nelle suddette ipotesi il consumatore ha una duplice facoltà di scelta, potendo decidere se esercitare l'azione nel luogo del suo domicilio o altrimenti in quello in cui è domiciliata la controparte. Al contrario, quest'ultima potrà citare il consumatore esclusivamente nello Stato di suo domicilio (art. 16 reg.).

A differenza di quanto stabiliva la Convenzione di Bruxelles, la quale richiedeva la sussistenza di una duplice condizione per l'applicazione di questa particolare disciplina, occorrendo che la vendita fosse preceduta da una proposta specifica o da una pubblicità nello Stato del domicilio del consumatore, e che costui avesse compiuto gli atti necessari per la conclusione del contratto (artt. 13 e 14 Conv.), adesso grazie alle modifiche apportate dal regolamento, non solo è possibile ricomprendere nella nozione di bene e servizi anche i prodotti digitali, ma, in virtù della nuova formulazione dell'art. 15, non è più richiesto che il consumatore abbia compiuto gli atti necessari per la conclusione del contratto nello Stato in cui è domiciliato, venendo definitivamente meno l'antica distinzione fra consumatore attivo e passivo.

6.2. La legge applicabile.

Problema immediatamente successivo alla determinazione del giudice competente è quello relativo alla determinazione della legge applicabile per la soluzione delle controversie che il giudice è chiamato a conoscere e risolvere.

La soluzione va ricercata nella Convenzione di Roma del 19 giugno 1980 relativa alla legge applicabile alle obbligazioni contrattuali, resa esecutiva in Italia con l. n. 974/1984.

La Convenzione, infatti, nel caso di contratti aventi ad oggetto la fornitura di beni mobili materiali o servizi o di contratti destinati al finanziamento di tale fornitura in cui è parte un consumatore, derogando alle disposizioni di carattere generale, detta una disciplina particolare, diversa a seconda che sia o meno stata effettuata ad opera delle parti una scelta della legge da applicare al loro rapporto contrattuale.

Nel caso in cui tale scelta sia stata operata, la Convenzione, all'art. 5 co. 2, prescrive espressamente che questa «non può avere l'effetto di privare il consumatore della protezione garantitagli dalle disposizioni imperative della legge del paese nel quale risiede abitualmente».

In mancanza di scelta invece, in linea generale, si considera applicabile la legge con cui il contratto presenta il collegamento più stretto (art. 4). Ciò significa che, in linea di principio, si considera applicabile la legge del paese in cui la parte che deve fornire la prestazione caratteristica ha, al momento della conclusione del contratto, la residenza o, trattandosi di persona giuridica, la sede centrale dell'amministrazione.

Tuttavia, in contrasto con la suddetta presunzione generale di connessione, in presenza di precise condizioni, qualora cioè la conclusione del contratto sia stata preceduta in tale Stato da una proposta specifica o da una pubblicità ed il consumatore vi abbia compiuto gli atti necessari per la conclusione del contratto, oppure il venditore od il suo rappresentante abbia ricevuto l'ordine del consumatore in tale Stato, si applicherà la legge di abituale residenza del consumatore, in base all'ovvia considerazione che questa è la legge che costui conosce meglio.

Ovviamente difficoltà sorgono nell'applicare la nozione dello stretto collegamento ad un ambito virtuale qual è Internet, non essendo sempre così semplice dare una specifica collocazione geografica tanto alle parti quanto alla prestazione oggetto della negoziazione.

Il problema sta nel capire se i principi di diritto internazionale privato dettati con riferimento ai contratti conclusi con i consumatori possano essere utilizzati anche con riferimento ai contratti in rete.

In tale contesto pertanto, e proprio per le suddette ragioni, in relazione ai problemi generati dall'individuazione della legge applicabile, ed in prospettiva dell'esistenza di diversi gradi di tutela del consumatore nei vari Stati e della opportuna creazione di un mercato dotato di uniformità e certezza legale, non si può non accennare alla proposta avanzata dalla Commissione europea nel 2002. La Commissione ha infatti lanciato un'iniziativa diretta ad aprire un'ampia consultazione, rivolta a diverse categorie di soggetti a vario titolo interessati, in relazione all'opportunità di una conversione della Convenzione di Roma in uno strumento comunitario, chiamata appunto "Rome II Regulation". Ogni Stato è stato chiamato ad esprimere il proprio parere su questioni giuridiche rilevanti così da valutare l'opportunità di armonizzare le regole di diritto internazionale privato dando vita ad una disciplina unitaria in materia.

6.3. Meccanismi alternativi di risoluzione delle controversie.

Accanto alle normali procedure giurisdizionali di risoluzione delle controversie l'esperienza attesta gli enormi vantaggi apportati, in termini di economicità e di durata, dai c.d. meccanismi alternativi di risoluzione, anche detti ADR (Alternative Dispute Resolutions).

La composizione extragiudiziale delle controversie, considerata «elemento essenziale per creare il necessario clima di fiducia», così come dichiara la Commissione nel progetto e-Europe: una società dell'informazione per tutti proposto in vista del Consiglio europeo di Feira nel giugno 2000 nel settore del commercio elettronico, è espressamente richiamata dalla stessa direttiva sul commercio elettronico dove si specifica che la legislazione degli Stati Membri non debba ostacolare l'utilizzo (art. 17, n. 1).

L'interesse della Commissione europea ai metodi di risoluzione alternativa delle controversie, dapprima manifestato nella Risoluzione del 25 maggio 2000 relativa ad una rete comunitaria di organi nazionali per la risoluzione extragiudiziale delle controversie in materia di consumo e poi ribadito nella Raccomandazione del 4 aprile 2001 sui principi applicabili agli organi extragiudiziali che partecipano alla risoluzione consensuale delle controversie dei consumatori, è emerso in due sue successive Iniziative: l'IE-Confidence Forum e l'European Extra Judiciary Network (EEJ-Net), entrambe dirette ad agevolare la collaborazione tra gli organi di risoluzione extragiudiziale tramite una rete, c.d. clearing houses, caratterizzata da punti di contatto e centri di compensazione presenti su tutto il territorio comunitario.

L'intenzione di facilitare l'accesso alla giustizia dei consumatori, in particolare per ciò che concerne le controversie transfrontaliere connesse alle transazioni telematiche risulta poi ulteriormente confermata dalla pubblicazione, nell'aprile del 2002, di un Libro Verde relativo specificatamente ai modi alternativi di risoluzione delle controversie in materia civile e commerciale, diretto a instaurare consultazioni da parte dei soggetti interessati per la soluzione dei problemi giuridici esistenti in materia.

Ovviamente, al pari degli organi di giurisdizione ordinaria, vale anche per gli organi addetti alla risoluzione extragiudiziale il rispetto dei principi di indipendenza, trasparenza, efficienza della procedura, contraddittorio e legalità.

Va sottolineato, comunque, che, in nessun caso, tali procedure potranno mai sostituire del tutto i tradizionali sistemi giudiziari o avere l'effetto di privare il consumatore del suo diritto alla tutela giurisdizionale.

III. OSSERVAZIONI CONCLUSIVE

7. Verso la ricerca di una maggiore armonizzazione.

Alla luce delle considerazioni fin qui riportate, consapevoli delle difficoltà sopra richiamate e tuttora esistenti in materia di giurisdizione e legge applicabile, come in materia di sicurezza dei dati (v. supra, cap. 4) e dei sistemi di pagamento on-line, rappresentando tali problemi un ostacolo all'effettiva diffusione del commercio elettronico e creando perplessità e timori nell'acquirente, la soluzione auspicabile è che, col passare del tempo, si giunga ad una disciplina sempre più dettagliata ed uniforme non solo a livello comunitario, ma anche internazionale.

Tale armonizzazione consentirà di uniformare il trattamento delle situazioni giuridiche che riguardano i soggetti, fra i quali il consumatore che sceglie la rete per effettuare qualunque tipo di negoziazione contrattuale, così da offrirgli, in quanto parte debole del rapporto contrattuale, una protezione particolare ed effettiva tanto negli ordinamenti dei singoli Stati quanto in ambito comunitario.

A tale risultato si potrebbe pervenire, inizialmente, anche grazie alla predisposizione di accordi quadro che, tramite una previsione attenta ed accurata delle varie fasi contrattuali, garantiscano un effettivo grado di validità giuridica alle transazioni telematiche.

Sicuramente la elaborazione di specifici codici di condotta da parte di organizzazioni professionali e di consumatori relativi alle fasi caratterizzanti le transazioni per via elettronica può avviare e di conseguenza favorire il processo di armonizzazione del settore in questione.

Tali fonti di soft law, infatti, svolgono senza dubbio un enorme ruolo di supporto per l'applicazione delle disposizioni imperative in materia, come riconosciuto dallo stesso articolo 13 della direttiva sul commercio elettronico.

L'idea di consentire la partecipazione diretta dei soggetti interessati alla fase di regolamentazione, se correttamente monitorata da parte delle pubbliche autorità, non può che giovare consentendo il raggiungimento di soluzioni che tengono conto delle esigenze e degli interessi del consumatore.

Note

BIBLIOGRAFIA: Bariatti, *INTERNET: ASPECTS RÉLATIFS AUX CONFLITS DE LOIS*, IN RDIPP, 1997, 545; Ballarino, *INTERNET NEL MONDO DELLA LEGGE*, PADOVA, 1998; Blandin-Obernesser (SOUS LA DIRECTION DE), *L'UNION EUROPÉENNE ET INTERNET: ENTRE LOGIQUE DE MARCHÉ ET PRÉOCCUPATIONS CITOYENNES*, RENNES, 2001; Lombrassa, *LA TUTELA DEL CONSUMATORE*, IN Cassano (A CURA DI), *INTERNET NUOVI PROBLEMI E QUESTIONI CONTROVERSE*, MILANO, 2001, 389; Palmerini, *COMMERCIO ELETTRONICO, COMPETENZA GIURISDIZIONALE E LEGGE APPLICABILE*, IN Rognetta (A CURA DI), *INFORMATICA GIURIDICA NUOVE TEMATICHE DI DIRITTO DELL'INFORMATICA ED INTERNET*, NAPOLI, 2001, 233; Antonucci, *E-EUROPE: LA COSTRUZIONE DEL QUADRO NORMATIVO*, IN Antonucci (A CURA DI), *E-COMMERCE. LA DIRETTIVA 2000/31/CE E IL QUADRO NORMATIVO DELLA RETE*, MILANO, 2002, 1; Bariatti, *INTERNET/III) DIRITTO INTERNAZIONALE PRIVATO E PROCESSUALE*, IN EG, 2002, 1; Bariatti, *LA COMPETENCE INTERNATIONALE ET LE DROIT APPLICABLE AU CONTENTIEUX DU COMMERCE ELECTRONIC*, IN RDIPP, 2002, 19; Chissick, Kelman, *ELECTRONIC COMMERCE: LAW AND PRACTICE*, LONDON, 2002; De Rossi, *E-COMMERCE: PRENDE FORMA LA CONVENZIONE INTERNAZIONALE*, IN DCI, 2002, 477; Debussere, *INTERNATIONAL JURISDICTION OVER E-CONSUMER CONTRACTS IN THE EUROPEAN UNION: QUID NOVI SUB SOLE?*, IN JLIT, 2002, 344; Crisigiovanni, *LA TUTELA DEL CONSUMATORE COME VARIABILE COMPETITIVA*, IN Franceschelli (A CURA DI), *COMMERCIO ELETTRONICO*, MILANO, 2002, 125; Lisi, *PROFILI INTERNAZIONALI NELLA FORMAZIONE DEL CONTRATTO ON LINE*, IN CD, 2002, 431; Martinello, *LE RECENTI INIZIATIVE COMUNITARIE IN MATERIA DI TUTELA DEI CONSUMATORI E SISTEMI ALTERNATIVI DI RISOLUZIONE DELLE CONTROVERSIE*, IN CIE, 2002, 683; Quaranta Scorza, *LA TUTELA DEI CONSUMATORI NEL COMMERCIO ELETTRONICO*, IN Cassano (A CURA DI), *DIRITTO DELLE NUOVE TECNOLOGIE INFORMATICHE E DELL'INTERNET*, MILANO, 2002, 599; Sirotti Gaudenzi, *IL COMMERCIO ELETTRONICO NELLA SOCIETÀ DELL'INFORMAZIONE*, NAPOLI, 2002; Van Huffel, *PROTECTION DU CONSOMMATEUR PAR LE DROIT APPLICABLE. OBSTACLES ET PERSPECTIVES*, IN RAE, 2001-2002, 440; Cassano (A CURA DI), *COMMERCIO ELETTRONICO E TUTELA DEL CONSUMATORE*, MILANO, 2003; Cerutti, *IL CONTRATTO TELEMATICO*, NAPOLI, 2003; Draetta, Parisi (A CURA DI), *CONTRATTUALISTICA TELEMATICA: NORME E CASI*, MILANO, 2003; Marletta, *DIRITTO CONTRATTUALE EUROPEO E BASE GIURIDICA*, IN Meli, Maugeri (A CURA DI), *L'ARMONIZZAZIONE DEL DIRITTO PRIVATO EUROPEO. IL PIANO DAZIONE 2003*, MILANO, 2004, 141; Mansi, *ART. 153*, IN COMM. Tizzano, MILANO, 2004, 815.