

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

Genova, 14 Giugno 1998

G.U.I.D.E.

Relatore:

Sergio Lionello Folicaldi

- Avvocato in Milano -

PROBLEMATICHE GIURIDICHE DELL'OPERATORE E-COMMERCE
NELL'E-MARKET.

PREMESSA

Prima di entrare nel merito del tema che c'impegna, debbo necessariamente premettere l'esistenza nel mio animo di un dubbio che, ad oggi, non sono stato in grado di risolvere adeguatamente.

Del resto questo *dubbio* non pare essere stato adeguatamente risolto anche da altri e ben più insigni giuristi, soprattutto del mondo nord-americano; e in ogni caso tutte le soluzioni proposte non soddisfano appieno.

Veniamo quindi al dubbio dal quale tutto sembra dipendere:

INTERNET, LA RETE DELLE RETI, COSE' ?

E' SEMPLICEMENTE UN MEZZO DI COMUNICAZIONE ?

OD E' QUALCHE COSA DI PIU' ?

ED ANCORA,

SE INTERNET E' LA RETE DELLE RETI, L'INSIEME DEGLI INSIEMI DEI COMPUTERS COLLEGATI FRA DI LORO IN TUTTO IL MONDO, FINO A CHE PUNTO PUO' DIRSI ESISTENTE INTERNET ALLORQUANDO SI PROCEDA AD ELIMINARE PRIMA UNA RETE, QUINDI UNA SECONDA E COSI' DI SEGUITO ?

Ritengo, a ben vedere, che solo ai poco accorti tali quesiti possono apparire di secondo momento poiché dalla soluzione dei medesimi dipende ad esempio

- a) la necessità, o meno, di regolamentare in modo del tutto autonomo il fenomeno creando nuove norme adatte alla Rete; od addirittura
- b) la nullità stessa della gran parte dei contratti di Internet (che senso ha infatti parlare di contratto di accesso ad Internet quando questa non solo non sia definita ma non possa nemmeno ritenersi definibile ?).

Per evitare di cadere nella trappola dell'ingovernabilità del sistema ed aderendo alla teoria della completezza dello stesso non posso, come giurista, fare a meno di considerare Internet come semplicemente un nuovo *medium* e pertanto mezzo di comunicazione seppure molto sofisticato. Del resto questa soluzione pare la più accettabile e coerente e, ad un tempo, permette di fuggire – almeno in parte - dal secondo dei citati quesiti.

In favore della tesi di Internet come “mezzo” è stato lucidamente evidenziato, che la *"rete delle reti"* non è affatto uno spazio virtuale svincolato da qualsiasi ordinamento statale, consistendo solamente *“un sistema di reti interconnesse che collegano fra di loro milioni di computer.”*

Gli utenti che si collegano alla rete sono e restano, quindi, "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."

Ma un dubbio mi resta e deriva dal perché milioni di persone si colleghino giornalmente alla Rete.

La gran parte di queste persone non si collega ad Internet solo per inviare messaggi o per fare acquisti di beni e servizi; ma si collega ad esempio per il solo gusto di trovare delle informazioni della più svariata natura ... e allora, è forse possibile che internet sia, per così dire la biblioteca delle biblioteche ?? e pertanto il più grande patrimonio culturale mai raggiunto dall'uomo ? e se così allora fosse Internet non sarebbe più solamente un mezzo ma potrebbe essere qualcosa d'altro ...

I. E-Commerce

Primo livello di problema: definizione del mercato.

1.1 Caratteristiche generali.

Se dunque Internet è semplicemente un mezzo non ci resta che tentare di comprendere cosa sia il commercio telematico in Rete ("E-Commerce"), e ciò evidenziando le caratteristiche che questo differenziano dal commercio tradizionale, tuttora ancorato al concetto di effettiva presenza - diretta od indiretta - dell'operatore sul territorio nel quale 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 territorialmente 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".

L'E-Commerce sembra poi incidere 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.

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" vuol 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 (potenziale) elevatissimo di transazioni; per il fatto che tali transazioni, per poter essere appetibili rispetto ai canali tradizionali, debbono essere velocissime, e dal fatto che l'imprenditore E-Commerce 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 "fisica presenza su base territoriale" che ha ispirato fino a ieri il commercio tradizionale venga con l'E-Commerce, a perdere di significato assoluto.

Dovremo pertanto iniziare a concepire il mercato dell'operatore E-Commerce come mercato mondiale e globale; mercato che per estensione chiamerei "E-Market": 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.

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

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), 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.

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, allorquando 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.

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 l'imprenditore italiano potrebbe addirittura vedersi contestata dal nostro cittadino italiano residente o domiciliato all'estero, l'applicabilità stessa della giurisdizione italiana; ciò con la conseguenza che l'eventuale sentenza resa dal giudice italiano in favore dell'imprenditore risulterebbe "*inutiliter data*".

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, s'intende), quella porzione di E-Commerce coincidente col "fatto" che entrambe le parti contrattuali risultano domiciliate o residenti nel territorio della Repubblica.

2.

Secondo livello di problema: transnazionalità del e-Business.

L'elevato numero potenziale e la velocità delle transazioni ad alto tasso di internazionalità mettono sicuramente a dura prova il "sistema legale generale"; nondimeno questo, ancorché affannante, sembra, tutto sommato, tenere.

E' tuttavia certo che "Internet" si caratterizza per una peculiarità potentissima coincidente con la possibilità di "attraversare" le frontiere degli stati collegati alla "rete", con la conseguenza della necessità, tanto per il "*turista informatico*" quanto per l'imprenditore E-Commerce di tener conto delle norme del paese che via via si "visita".

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 (viva essendo la prima moglie !), 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 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 tali esempi emerge 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.

3.

Terzo livello di problema: l'individuazione delle norme applicabili all'E-commerce in generale e adattabilità delle stesse alla peculiarità del mezzo.

Sempre muovendoci nell'ottica di Internet quale mezzo (o prevalentemente tale) non possiamo quindi che affermare che anche il fenomeno "Rete" vada collocato all'interno del diritto positivo vigente sia esso sostanziale o procedurale, nazionale od internazionale; ciò, naturalmente con l'evidente applicazione delle consuete norme vigenti, nazionali ed internazionali, all'E-commerce nell'E-Market.

Fra tali norme ricorderemo qui senz'altro

a - la Convenzione di Roma a proposito di legge applicabile alle obbligazioni contrattuali;

b - la Convenzione dell'Aia del 1955 a proposito di vendita di cose mobili corporali;

c - la Convenzione di Vienna del 1980 *che delinea una disciplina giuridica unica per la vendita in tutti i paesi firmatari a proposito di* vendita internazionale, tuttavia di sole merci.

d - la convenzione di Bruxelles del 27/9/1968 concernente la competenza giurisdizionale e l'esecuzione delle decisioni civili in materia civile e commerciale [da correlarsi, sotto il profilo interno, con il nuovo sistema di diritto processuale civile italiano in seguito alla legge di riforma di cui al d.i.pr. L. 31/5/1995 n. 218].

e - la convenzione di Berna a proposito di Diritto d'Autore.

Ricorderemo anche altre norme degne di richiamo e, a vario titolo, applicabili al commercio via Internet.

a – il D.Lvo. 25 gennaio 1992, n. 74 (attuazione della direttiva CEE n. 450/84, in materia di pubblicità ingannevole) [laddove si precisa (Art. 2) 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.*”]

b – il D.Lvo. 15/1/1992 n. 50 (Attuazione della Direttiva n. 85/577/CEE in materia di contratti negoziati fuori dai locali commerciali) [laddove si precisa (Art. 9) che: *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.]

c - la Direttiva 93/13/CEE del 5 Aprile 1993 a proposito delle clausole abusive nei contratti stipulati con i consumatori (che ha importato l'inserimento nel nostro codice civile del Capo XIV Titolo II, Libro IV, del Codice Civile 1469-bis e seguenti)

d - la L. 31 Maggio 1995 n. 218 (Riforma del sistema Italiano di diritto internazionale privato).

In ogni caso non va sottaciuto come l'immediata applicabilità del diritto attuale - convenzionale o meno - ad Internet potrebbe dare luogo a diverse difficoltà.

Si pensi ad esempio alla convenzione di Roma del 1980 in materia di obbligazioni contrattuali (come altre convenzioni) che venne stipulata in un contesto storico ancora lontano dal "fenomeno della rete"; in un contesto, in particolare, nel quale le transazioni "internazionali" potevano dirsi senz'altro numericamente limitate e, soprattutto, rimesse alla decisione anticipata delle parti.

L'E-Commerce transnazionale pare, invece, caratterizzarsi:

da un numero (potenziale) elevatissimo di transazioni;

dal fatto che tali transazioni per poter essere appetibili rispetto ai canali tradizionali debbono essere velocissime;

dal fatto che le possibili controparti al contratto possano risiedere in qualsiasi paese del mondo; ed infine

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 del diritto tradizionale è altrettanto vero che la combinazione dei medesimi fattori "in rete" pare spingerci verso in un'altra soluzione.

Ciò principalmente perché applicando rigidamente il diritto vigente - esercizio ineccepibile, è bene ribadirlo - arriviamo 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 potrebbe allora essere 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.

Quarto livello di problema: problematiche connesse alla specificità del mezzo.

Problematiche fiscali e valutarie.

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

Problematiche connesse ai diritti su beni immateriali.

In Internet 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.

A ciò aggiungasi che le varie convenzioni in materia 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.

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.

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, 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 sì ispirato al principio di territorialità nel senso dell'applicazione del diritto internazionale privato, ma che non *lascerebbe spazio ad aggiustamenti o correzioni di sorta*.

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 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 ...*".

La business interruption.

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

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 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. (profilo interno).

Ma nel contesto dell'ambito operativo del Diritto del consumatore 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.

Domain names.

Ulteriore problema afferisce alla protezione della identità dell'operatore commerciale in rete; tutela che non pare andar disconnessa dal concetto di "domain name" rapportandolo, o meno, alla disciplina dei 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 nome" 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.

Per sopperire a tale limitazione (nonché e soprattutto per evitare di essere continuamente coinvolta in cause nelle quali si sentiva "ingiustamente" chiamata dai proprietari di marchi) si sviluppò in ambito Internet un meccanismo *ad hoc* per le vertenze in tema di attribuzione dei domain names; meccanismo noto come "*NSI Domain Name Dispute Policy*".

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.

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

Il primo di questi sembra consistere nell'enfatizzazione, 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.

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 "*bIz]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.

Spunti problematici sulla riconducibilità tout-court dei domain names alla disciplina dei segni distintivi.

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", potendo, pertanto, essere ritirato, sospeso ecc. da parte dell'ente concedente, il marchio cade in un ambito di *privativa*, e solo una sentenza dell'autorità giudiziaria 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.

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.

Peraltro pare di poter tranquillamente affermare che ove non si dovesse ravvisare una identità sostanziale fra domain name e disciplina dei segni distintivi, 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..

L'ultimo problema è

1. *Diritto del consumatore*

Con questa definizione mi riferisco ad un insieme di principi giuridici provenienti da più fonti, 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'obbiettivo:

di tutelare la buona fede della parte più debole (e normalmente sprovveduta): il consumatore;

di tutelare il consumatore prima della conclusione di qualsivoglia tipo di accordo, durante la stipula e, infine successivamente alla stessa;

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.

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 ogniqualvolta incappi nel sospetto della menzionata situazione di squilibrio.