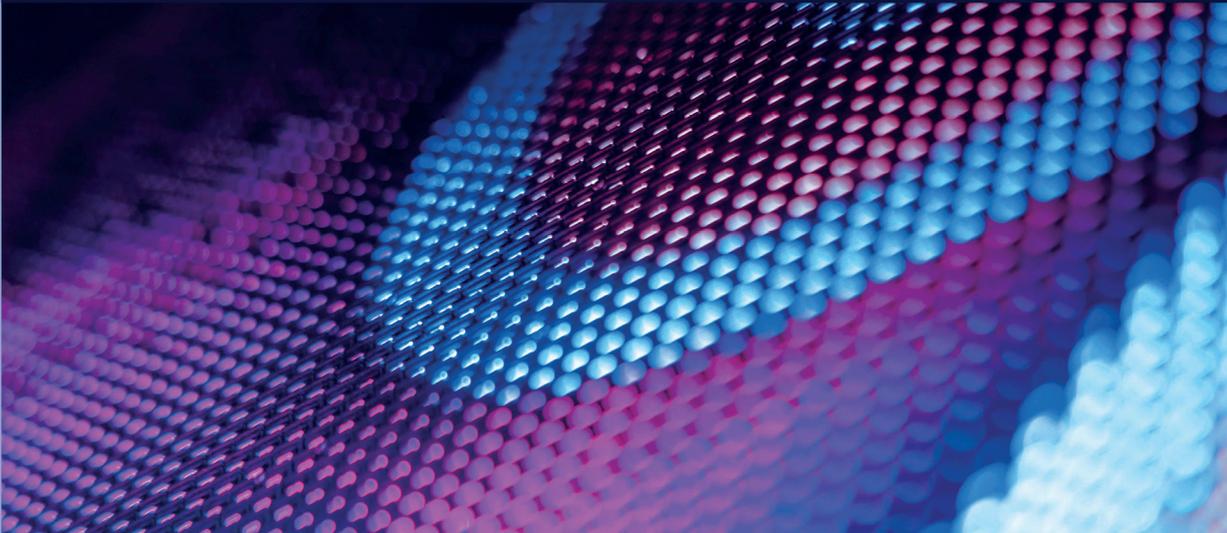


Paola D'Elia

Commercio elettronico e nuove frontiere dell'autonomia privata

Contrattazione online e tutele dell'utente
nelle esperienze europea e statunitense



Giappichelli

CAPITOLO I

CARATTERI E STRUTTURA
DELLA CONTRATTAZIONE *ONLINE*:
DALLE TRADIZIONALI CATEGORIE
CIVILISTICHE AL DIRITTO GLOBALE

SOMMARIO: 1. Internet, mercato digitale e categorie giuridiche tradizionali: la c.d. dematerializzazione del contratto. – 2. Il quadro normativo vigente: la disciplina globale dell’*e-contract* tra tendenze unificatrici e *soft-law*. – 2.1. Questioni di diritto processuale in materia di contratto *online*: foro competente e legge applicabile. – 3. La regolamentazione europea e interna dell’*e-commerce*. – 3.1. Alla ricerca di una definizione univoca di «accordo». Questioni dottrinali. – 3.2. (*segue*) La procedura di conclusione del contratto *online* nella direttiva 2000/31/CE. – 4. Applicabilità della disciplina sui contratti in generale alla particolare categoria dei contratti conclusi in Internet. – 4.1. Il modello della “proposta ed accettazione” ex art. 1326 cod. civ. – 4.2. Il modello del “comportamento concludente” ex art. 1327 cod. civ. – 4.3. Il modello dell’offerta al pubblico ex art. 1336 cod. civ. – 4.4. Contratto *online* e manifestazione di volontà. Il c.d. *point and click*. – 5. La individuazione dei contraenti. La “parte” nel contratto concluso via Internet. – 5.1. Il contratto *online* come contratto “a soggetto indifferente”. – 5.2. Contratto *inter praesentes* o contratto *inter absentes*? – 6. L’esperienza di *common law*: dal *contract* all’*e-contract*. – 7. (*segue*) Contrattazione *online* e Intelligenza Artificiale negli ordinamenti europeo e statunitense. – 8. Incapacità e patologie del consenso nel contratto *online*. – 9. (*segue*) *E-contract* e vizi del consenso nell’esperienza statunitense.

1. *Internet, mercato digitale e categorie giuridiche tradizionali: la c.d. dematerializzazione del contratto*

L’avvento di Internet quale innovativo strumento di comunicazione e, in tempi più recenti, quale mezzo che permea la vita di ogni conso-

ciato ha innescato un fenomeno di profondo rinnovamento – o forse ancora più incisivamente di effettivo stravolgimento – del sostrato economico-giuridico nelle democrazie contemporanee¹.

Ad una realtà sociale in cui gli scambi commerciali avvenivano principalmente per mezzo di negoziazioni tra soggetti fisicamente presenti, si contrappone oggi – ed in modo sempre più penetrante – un contesto ove il modo di interagire tra soggetti privati e pubblici nonché di regolare i relativi rapporti giuridici è venuto a modificarsi ribaltando il quadro preesistente².

La velocità con cui le informazioni possono circolare attraverso il web ha indotto altresì un fenomeno di mutazione dei modelli e delle strutture negoziali tipiche dell'attività di impresa³, nel cui ambito oggi possono interfacciarsi una gamma di potenziali operatori ben più ampia di quella di cui potevano godere in passato. Tali dinamiche eco-

¹ In argomento cfr. J. RYAN, *Storia di Internet e il futuro digitale*, Torino, 2011, *passim*; L. FLORIDI, *La quarta rivoluzione. Come l'infosfera sta trasformando il mondo*, Milano, 2016, p. 5 ss.; F. CAIRNCROSS, *The death of distance: how the communication revolution is changing our lives*, Boston, 2^a ed., 2002, *passim*; sui riflessi di tale rivoluzione sul sistema giuridico si rimanda altresì a S. RODOTÀ, *Il diritto di avere diritti*, Roma-Bari, 2012, p. 225; G. AZZARITI, *Internet e Costituzione*, in *Pol. dir.*, 2011, p. 367 ss.; S. SICA, *Libertà di informazione tra diritto interno e prospettiva europea*, in S. SICA-V. ZENO-ZENCOVICH (a cura di), *Manuale di diritto dell'informazione e della comunicazione*, 5^a ed., Padova, 2019, pp. 1-24; S. SICA-G. GIANNONE CODIGLIONE, *La libertà fragile. Pubblico e privato al tempo della rete*, Napoli, 2014, *passim*.

² Sulla dicotomia tra diritto pubblico e diritto privato non si può che far riferimento *in primis* a N. BOBBIO, *La grande dicotomia*, in *Studi in onore di Carlo Esposito*, Padova, 1974, pp. 2187-2200 e ora in ID., *Dalla struttura alla funzione*, Bari-Roma, 2007, pp. 122-138, ma v. anche S. PUGLIATTI, voce *Diritto pubblico e diritto privato*, in *Enc. dir.*, XII, Milano, 1964, p. 696 ss. e R. SACCO, *Antropologia giuridica*, Bologna, 2007, pp. 237-246.

³ Si v. R. SACCO, voce *Circolazione e mutazione dei modelli giuridici*, in *Dig. disc. priv.*, sez. civ., Torino 1988, p. 365 ss., spec. parr. 1 e 8, in cui si rimarca come le pressioni sociali connesse alla variazione di una norma si traspongono sul legislatore, la giurisprudenza e la dottrina, i quali a loro volta si dimostreranno più o meno sensibili alle suggestioni innovatrici, sovente esercitando un'influenza reciproca al fine di recepire la pressione sociale.

nomico-sociali si svolgono nella prospettiva del perseguimento di obiettivi di efficienza economica che, all'apparenza, riducono lo spreco di risorse proprie del c.d. mercato reale promuovendo una logica di affiancamento (o forse di contrapposizione) rispetto al c.d. mercato virtuale⁴.

Ove si discorra di *rete*⁵, invero, è giocoforza pensare ad uno spazio immateriale, sede di attività e interazioni umane: il *luogo*, dunque, non è più caratterizzato dalla necessaria esistenza di un sostrato fisico e temporale che lo identifichi. Il mercato stesso, da sempre centro delle interazioni umane, viene così a perdere a sua volta del requisito della materialità⁶. Ci si trova innanzi a un vero e proprio mercato dematerializzato: un luogo di scambio, cioè, senza alcun tipo di frontiera, senza i limiti geografici ed ambientali che la materialità comporta *ex se*⁷.

⁴ Il riferimento è chiaramente alla funzione “politica” delegata alle leggi economiche (su cui, in una bibliografia sconfinata si vedano, da diverse prospettive, ad es. M. FOCALTA, *Nascita della biopolitica*, Milano, 2004, spec. p. 83 ss.; D. HARVEY, *Breve storia del neoliberalismo*, Milano, 2007 e con riguardo all’esperienza costituzionale italiana ancora attuale appare la raccolta di commenti al volume di N. IRTI, *L’ordine giuridico del mercato*, Roma-Bari, 1998, in AA.VV., *Il dibattito sull’ordine giuridico del mercato*, Roma-Bari, 1999, *passim*.

⁵ In argomento, v. V. ZENO-ZENCOVICH, *Sistema giuridico e diritto delle telecomunicazioni*, in *Dir. inf.*, 1996, p. 551 ss.; P. COSTANZO, *Aspetti evolutivi del regime giuridico di Internet*, *ivi*, p. 831 ss.; G. PASCUZZI, voce *Internet*, in *Dig. disc. priv.*, sez. civ., Agg., Torino, 2000, p. 225 ss.; V. FROSINI, *L’orizzonte giuridico dell’Internet*, in *Dir. inf.*, 2000, p. 271 ss., L. LESSIG, *Code v. 2.0*, New York, p. 83 ss.

⁶ Così ad es. E. TOSI, *Il contratto virtuale con i consumatori*, in *Studium Iuris*, 2, 2014, p. 152.

⁷ Sul tema dell’effetto c.d. *disruptive* sortito dall’avvento delle tecnologie dell’informazione e della comunicazione nella società contemporanea si rimanda, sotto diversi angoli visuali a N. LIPARI, *Le fonti del diritto*, Milano, 2008, p. 127, ma v. anche S. SICA-V. ZENO-ZENCOVICH, *Legislazione, giurisprudenza e dottrina nel diritto dell’Internet*, in *Dir. inf.*, 2010, pp. 377-389; N.K. KATYAL, *Disruptive Technologies and the Law*, in 102 *Geo. L.J.* 1685 (2014) e ancor prima P. RESCI-GNO, *Categorie, metodo, sistema nel diritto del commercio elettronico*, in S. SICA-P. STANZIONE (a cura di), *Commercio elettronico e categorie civilistiche*, Milano, 2002, p. 18 ss.

Alla dematerializzazione del mercato segue, come logica conseguenza, anche una c.d. dematerializzazione del contratto⁸; e ciò tanto dal punto di vista dell'oggetto quanto, ancor di più, della forma⁹.

In particolare, ci si riferisce a due fenomeni distinti, ma interrelati: a) la circolazione di beni immateriali, quali i c.d. contenuti e servizi digitali¹⁰; b) il particolare strumento utilizzato ai fini di rendere effettiva la compravendita dei beni a distanza – e cioè, appunto, la *rete*. Quanto al primo dei due fenomeni – che attiene alla dematerializzazione dell'oggetto del contratto – va osservato come la vendita dei beni digitali riguarda sostanzialmente contenuti o servizi qualificabili

⁸ Per una prima riflessione sul rapporto tra evoluzione tecnologica e digitalizzazione dei rapporti negoziali v. E. GIANNANTONIO, *Manuale di diritto dell'informatica*, Padova, 2001; V. FROSINI, *L'orizzonte giuridico dell'internet*, in *Dir. inf.*, 2000, p. 271 ss.; C.M. BIANCA, *Formazione archiviazione e trasmissione di documenti con strumenti informatici e telematici (commento al d.p.r. 10 novembre 1997 n. 513)*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2000; G. COMANDE-S. SICA, *Il commercio elettronico. Profili giuridici*, Torino, 2001, *passim*; U. DRAETTA, *Internet e commercio elettronico*, Milano, 2001; B.S. SELDEN, *Profili processuali del commercio elettronico*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2002, 1, p. 73 ss.; V. VIGORITI, *E-commerce e tutela giurisdizionale*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2002, II, p. 22 ss.; L. FOLLIERI, *Il contratto concluso in internet*, Napoli, 2005; F. DELFINI, *Contratto telematico e commercio elettronico*, Milano, 2002; S. GIOVA, *La conclusione del contratto via internet*, Napoli, 2000, *passim*; A.M. GAMBINO, *L'accordo telematico*, Milano, 1997, p. 197 ss.; E. TOSI, *Contratti informatici, telematici e virtuali. Nuove forme e procedimenti formativi*, Milano, 2010, p. 7 ss.

⁹ E. TOSI, *La dematerializzazione della contrattazione: il contratto virtuale con i consumatori alla luce della recente novella al Codice del Consumo di cui al d.lgs. 21 febbraio 2014 n. 21*, in *Contr. impr.*, 2014, 6, p. 1265 ss.

¹⁰ Con la definizione di “bene digitale” ci si riferisce, in senso ampio, alle diverse categorie di beni immateriali protette da diritti di esclusiva che circolano in rete come, a titolo esemplificativo software, banche dati, domini web, opere audiovisive, eultimediali. Sull'evoluzione di tale categoria di *res* nell'esperienza eurounitaria cfr. G. RESTA, *Nuovi beni immateriali e numerus clausus dei diritti esclusivi*, in ID., *Diritti esclusivi e nuovi beni immateriali*, Torino, 2010, p. 64, ma v. anche J. GRIFFITHS-L. MCDONAGH, *Fundamental Rights and European Intellectual Property Law – The Case of Art 17(2) of the EU Charter*, in C. GEIGER, *Constructing European IP: Achievements & New Perspectives*, Cheltenham-Northampton, 2013, p. 75 ss.

come inesauribili ed inconsumabili¹¹; dal loro acquisto in rete, pertanto, deriva spesso soltanto un mero diritto di accesso, che secondo parte della dottrina municipale va ricompreso nel più ampio *genus* dei diritti personali di godimento¹².

Quanto al secondo degli aspetti sopracitati – *id est* la c.d. dematerializzazione della *forma* – ciò che viene preso in considerazione è lo strumento tecnico della rete, spazio immateriale con modalità di comunicazione che prescindono dalla vicinanza fisica degli operatori.

In esso, la volontà delle parti può manifestarsi attraverso molteplici forme strettamente correlate alle diverse architetture digitali che la rete stessa mette a disposizione. È ben possibile, *in primis*, che l'utente esprima la propria volontà negoziale attraverso lo strumento della tecnologia e-mail, o ancora attraverso l'inserzione di annunci rivolti al pubblico, alle quali il potenziale cliente potrà, se interessato, rispondere ponendo in essere la propria specifica adesione: modalità di comunicazione siffatte – ben suscettibili di integrare vere e proprie fattispecie di proposta ed accettazione conformi al dettame codicistico – vengono definite dalla dottrina rispettivamente come «*one to one*» e «*one to many*»¹³.

¹¹ E. TOSI, *La dematerializzazione della contrattazione*, cit., p. 1269.

¹² Sul tema dell'accesso alla conoscenza nell'ambito della circolazione dei contenuti digitali e rispetto al conflitto immanente con la tutela dei diritti di proprietà intellettuale v. altresì M. LIBERTINI, *Impresa, proprietà intellettuale e Costituzione*, in *AIDA*, 2005, p. 61 ss., ma anche F. GALGANO, sub *art. 41 Cost.*, in G. BRANCA, *Commentario della Costituzione, Rapporti economici*, II, Bologna, 1982, pp. 1-68; G. AMATO, *Il mercato nella costituzione*, in *Quad. cost.*, 1992, p. 7 ss.; V. ZENOVICH-G.B. SCANDICCHI, *L'economia della conoscenza e i suoi riflessi giuridici*, in *Dir. inf.*, 2002, 6, p. 971 ss.; A. STAZI, «*Marketplace of ideas*» e *accesso pluralistico tra petizioni di principio e ius positum*, *ivi*, 4/5, 2009, pp. 635-704; E. TOSI, *La tutela dei consumatori in Internet e nel commercio elettronico: contratti, responsabilità, rimedi*, Milano, 2012, p. 13; S. DUSOLLIER-J.C. GINSBURG-P. HIGENHOLTZ-A. LUCAS-A. STROWEL, *Le droit d'auteur: un contrôle de l'accès aux œuvres?*, Bruxelles, 2000; J. RIFKIN, *The Age of Access. The New Culture of Hypercapitalism, Where All of Life is a Paid-for Experience*, New York, 2000.

¹³ Così ad es. M. PIGNALOSA, *Contratti a distanza e recesso del consumatore*, Milano, 2016, p. 266.

Le parti coinvolte in un rapporto negoziale dematerializzato possono stipulare contratti senza mai toccare una penna o stringere la mano, il che può ingenerare problemi sul fronte dell'applicazione delle norme tradizionali in materia di tutela dei contraenti e, più in generale, alla creazione di fiducia tra venditori e acquirenti.

Poiché i confini nazionali risultano così facilmente valicabili, le norme internazionalprivatistiche prospettano un mosaico di legislazioni applicabili: sebbene la contrattazione *online* offra nuove possibilità per transazioni efficienti, maggiore flessibilità e capacità evolutive, essa genera pertanto anche nuove vulnerabilità agli abusi nonché questioni di complessiva inefficacia delle norme applicabili¹⁴.

Il diritto del commercio elettronico si pone pertanto trasversalmente al crocevia tra differenti dimensioni (territoriali) e materie del diritto (si pensi all'intersezione tra diritto internazionale privato, diritto dei contratti e diritto dei consumatori): in tal senso, emerge la tendenza verso un apparente allontanamento dalle categorie civilistiche tradizionali verso lo strumento più flessibile e uniforme del diritto commerciale internazionale e della c.d. *lex mercatoria*¹⁵.

In *Kum v. Wah Tat Bank Ltd*¹⁶, la *House of Lords* ha ad esempio rimarcato come «la funzione del diritto commerciale è di consentire agli operatori del commercio, per quanto possibile, di concludere affari nel modo in cui vogliono farlo e non di obbligarli ad attenersi a forme che potrebbero ritenere antiquate». In tal senso, il modello di *common law* mostra sin da subito un approccio meno burocratico alla

¹⁴ In argomento v. *amplius infra*, sub par. 2.1.

¹⁵ Sul punto cfr. F. GALGANO, *Lex mercatoria*, Bologna, 1993, *passim*; ID., *La globalizzazione nello specchio del diritto*, Bologna, 2005, *passim*; G. TEUBNER, *Breaking Frames: Economic Globalization and the Emergence of Lex Mercatoria*, in *EJST*, 2002, p. 199 ss.; C. ROSSELLO, *La governance di Internet tra diritto statuale, autodisciplina, soft law e lex mercatoria*, in *Dir. comm. int.*, 1, 2006, pp. 45-95, ma si v. anche G. AUTORINO STANZIONE, *Comparazione e diritto civile*, in G. AUTORINO STANZIONE-P. STANZIONE, *Comparazione e diritto civile. Saggi*, Napoli, 1987, pp. 9-22, spec. p. 19, per cui «la comparazione s'incarica di scoprire le motivazioni sottese a regole esplicitamente enunciate, riannodando ai crittotipi il contenuto di modelli storicamente previgenti».

¹⁶ [1971] AC 439, [1971] 1 Lloyd's Rep 439.

disciplina di tale fenomeno, seppur in un contesto di progressiva convergenza e uniformazione delle regole indotto dai processi di digitalizzazione propri di una società definibile come post-industriale¹⁷, fortemente permeata dalle teorie economiche¹⁸.

2. Il quadro normativo vigente: la disciplina globale dell'e-contract tra tendenze unificatrici e soft-law

L'attuale disciplina sul commercio elettronico è ampia e abbraccia tematiche eterogenee, impegnando da due decenni le organizzazioni

¹⁷ Si v. ad es. T. ASCARELLI, *Interpretazione del diritto e studio del diritto comparato*, in *Riv. dir. comm.*, 1954, 5/6, p. 157 ss. e ID., *Norma giuridica e realtà sociale*, in *Problemi giuridici*, I, Milano, 1959, p. 69 ss., spec. p. 106, il quale discuteva di un progressivo ravvicinamento dei sistemi di *civil law* e *common law* in un'economia caratterizzata dalla produzione industriale, ma v. anche G. GORLA, voce *Diritto comparato*, un *Enc. dir.*, Milano, 1964, p. 930 ss.; R. SACCO, *Che cos'è il diritto comparato*, Milano, 1992, p. 13, il quale indica nella comparazione il criterio-cardine nel controllo di validità del discorso giuridico; con nuove prospettive sul ruolo svolto dal sistema dei diritti fondamentali nella giuridificazione sempre più uniforme di valori ed interessi della persona (anche attraverso l'uso comparato e la circolazione degli assestamenti del formante giurisprudenziale) si v. G. MARINI, *Globalizzazione attraverso i diritti' e metamorfosi del diritto comparato*, in G. ALPA-V. ROPPO (a cura di), *La vocazione civile del giurista*, Roma-Bari, 2013, pp. 349 ss., 375 s.

¹⁸ Si vuole in tal senso far riferimento permeazione delle leggi economiche nel discorso giuridico, da un lato attraverso postulati teorici unilaterali e di carattere predittivo, alla continua ricerca degli effetti economici (negativi o positivi) di un dato comportamento umano e, dall'altro, attraverso un processo di lettura ed analisi critica *ex post* di alcuni aspetti e delle conseguenze di talune scelte di politica del diritto. I limiti e le sfide collegate al rapporto intercorrente tra analisi economica del diritto e approccio giuseconomico (c.d. *Law & Economics*) si rimanda alla recente riflessione offerta da G. CALABRESI, *The Future of Law & Economics*, New Haven-London, 2016, spec. p. 10 s.; ancora sui rapporti tra diritto e materia economica v. T. ASCARELLI, *Ordinamento giuridico e processo economico*, in *Riv. dir. lav.*, 1958, pp. 275 ss. e poi in *Problemi giuridici*, cit., pp. 39-65, ma si v. anche R. SACCO, *Quali scienze interessano il giurista*, in G. COMANDÈ-G. PONZANELLI (a cura di), *Scienza e diritto nel prisma del diritto comparato*, Torino, 2004, p. 29, il quale discute di «visione pluralista» come peculiare della comparazione giuridica.

internazionali in un processo di armonizzazione dell'impianto normativo applicabile a livello globale, soprattutto con riferimento al contratto elettronico e alle firme digitali¹⁹.

La Commissione delle Nazioni Unite sul diritto del commercio internazionale (UNCITRAL), la Camera di commercio internazionale (ICC) e l'Organizzazione per la cooperazione e lo sviluppo economico (OCSE) partecipano a tale dibattito sui cambiamenti che dovrebbero essere apportati al diritto del commercio internazionale per adattare la disciplina all'innovazione tecnologica, in particolare promuovendo l'unificazione della disciplina sui contratti *online* a livello transnazionale²⁰.

In questo quadro, è possibile isolare alcune tra le fonti normative di maggiore rilievo a livello internazionale.

a1) La legge-modello UNCITRAL sul commercio elettronico è stata adottata dall'UNCITRAL il 12 giugno 1996²¹ al fine di rimuovere

¹⁹In argomento si v. G. FINOCCHIARO, *I contratti informatici*, in *I singoli contratti. Applicazioni concrete e disciplina – Trattato della responsabilità contrattuale*, a cura di G. Visintini, Padova, 2009; R. CLARIZIA (a cura di), *Contratti informatici*, Torino, 2007.

²⁰Sui concetti di uniformazione ed armonizzazione del diritto cfr. R. SACCO, *Introduzione al diritto comparato*, Torino, 2011, spec. p. 154 ss.; M. ANCEL, *Rapprochement, unification ou harmonisation des droits?*, in *Mélanges dédiées a G. Marty*, Toulouse, 1978, p. 1 ss.; G. GORLA, *Unificazione «legislativa» e unificazione «giurisprudenziale»*, in *Diritto comparato e diritto comune europeo*, cit., pp. 652-703; R. DAVID, *L'avenir des droits Européens: Unification ou Harmonisation*, in *Le Droit comparé: Droits d'Hier, Droits de demain*, Paris, 1982, p. 297 ss.; L.-J. CONSTANTINESCO, *Il metodo comparativo*, Torino, 2000, p. 337, ma ancor prima R. SACCO, *I problemi dell'unificazione del diritto in Europa*, in *Nuova riv. dir. comm. econ. soc.*, 1953, II, p. 49 ss., ora anche in *Contratti*, 1995, p. 73 ss.; ID., *La diversità nel diritto (a proposito dei problemi di unificazione)*, in *Riv. dir. civ.*, 2000, I, p. 15 ss.; R. ZIMMERMANN, *Civil Code and Civil Law*, in *CJEL*, 1994-95, p. 63 ss.; M. BUSSANU-MATTEL, *The Common Core approach to European Private Law*, 1997, *ivi*, 1997-98, p. 339 ss.; G. BENACCHIO, *Diritto privato dell'Unione europea*, 6ª ed., Padova, 2013, pp. 5-36; M. SIEMS, *Comparative Law*, Cambridge, 2010, p. 31 ss.

²¹Sul tema v. A. ASTOLFI, voce *International Trade Law*, in *Dig. disc. priv.*, sez. comm., VII, Torino, 1992, p. 475 ss.; P. BERTOLI, *L'unificazione del diritto del commercio internazionale: i lavori dell'Uncitral dal 1997 al 2002*, in *Riv. dir.*

gli ostacoli legali esistenti al riconoscimento e all'esecutività delle firme e dei documenti elettronici. In tal senso, essa è stata concepita per facilitare l'armonizzazione delle legislazioni nazionali in materia di commercio elettronico, integrando le convenzioni internazionali tradizionali e gli altri strumenti di diritto commerciale, fungendo da riferimento o interpretazione. Essa si occupa di questioni quali l'uso dei moderni mezzi di comunicazione elettronica e l'archiviazione delle informazioni, la formazione e la validità dei contratti elettronici.

Tra le innovazioni a livello definitorio, la legge modello UNCITRAL ha affermato che un'offerta e l'accettazione possono essere espresse mediante l'invio di un messaggio di dati (c.d. *data message*²²). Qualora la tecnica dell'invio di dati sia utilizzata nella formazione di un contratto, a tale contratto non deve essere preclusa la validità o l'esecutività²³.

int. priv. proc., 2003, p. 399 ss.; A. BONFANTI, *Lo sviluppo del commercio internazionale nei lavori dell'UNCITRAL dalla XXXVI alla XXXVIII sessione*, *ivi*, 2006, p. 179 ss.; M.J. BONELL, voce *Commissione delle Nazioni Unite per il diritto del commercio internazionale (UNCITRAL)*, in *Enc. giur.*, VII, Roma, 1988; ID., voce *Unificazione internazionale del diritto*, in *Enc. dir.*, XLV, Milano, 1992, p. 720 ss.; ID., *Un codice internazionale del diritto dei contratti: i principi UNIDROIT dei contratti commerciali internazionali*, Milano, 2006; A. COACCIOLI, *Manuale di diritto internazionale privato e processuale*, I, Milano, 2011, p. 39 ss.; R. DAVID, voce *Unificazione internazionale del diritto*, in *Enc. giur.*, XXXII, Roma, 1988; G.F. FERRARI, *I rapporti tra le convenzioni di diritto materiale uniforme in materia contrattuale e la necessità di un'interpretazione interconvenzionale*, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 2000, 3, p. 669 ss.; ID., *La vendita internazionale: applicabilità ed applicazioni della Convenzione delle Nazioni Unite sui contratti di vendita internazionali dei beni mobili*, Padova, 2006; S. FERRERI, voce *CNUDCI*, in *Dig. disc. priv. sez. civ.*, II, Torino, 1988, p. 413 ss.; G. SMORTO, voce *Uncitrail* (I agg.), *ivi*, Torino, 2013.

²² Art. 2, lett. a) UNCITRAL: «(a) "Data message" means information generated, sent, received or stored by electronic, optical or similar means including, but not limited to, electronic data interchange (EDI), electronic mail, telegram, telex or telecopy».

²³ Art. 11(1) UNCITRAL: «(1) In the context of contract formation, unless otherwise agreed by the parties, an offer and the acceptance of an offer may be expressed by means of data messages. Where a data message is used in the formation

a2) La Convenzione delle Nazioni Unite sull'uso delle comunicazioni elettroniche nei contratti internazionali, è stata adottata dall'Assemblea Generale il 23 novembre 2005 per «facilitare il commercio internazionale rimuovendo eventuali ostacoli giuridici o incertezze riguardanti l'uso delle comunicazioni elettroniche in connessione con la formazione o l'esecuzione dei contratti conclusi tra parti ubicate in paesi diversi». Con l'obiettivo di accrescere la certezza del diritto e la prevedibilità commerciale nei contratti elettronici transfrontalieri, essa disciplina questioni quali la validità delle comunicazioni elettroniche, l'ubicazione delle parti, l'ora e il luogo di invio e ricezione di comunicazioni, l'uso di sistemi automatizzati di messaggistica per la formazione dei contratti e la presenza di clausole contrattuali o ancora l'insorgenza di errori nelle comunicazioni elettroniche.

a3) Il rapporto sulla promozione della fiducia elettronica (c.d. *E-confidence Promotion Report*), è stato pubblicato nel 2009 dall'UNCITRAL al fine di aggiornare le questioni giuridiche sull'uso internazionale dell'autenticazione elettronica e dei metodi di firma, rimuovendo gli ostacoli giuridici e tecnici al riconoscimento dell'uso transfrontaliero della firma elettronica e dei metodi di autenticazione.

b) Fondata nel 1919, l'ICC è una delle più grandi organizzazioni imprenditoriali mondiali che promuovono il commercio e gli investimenti per beni e servizi. Dalla fine degli anni '90, l'ICC ha contribuito a facilitare l'autoregolamentazione dell'*e-business* per le aziende. La linea guida più recente in materia di contratti elettronici è rappresentata dall'ICC *eTerms* 2004, il quale definisce in sintesi alcune nozioni chiave quali il concetto di “accordo di *e-commerce*” e quello di “invio e ricezione di un messaggio elettronico”. Le linee guida ICC mirano ad essere utilizzate in qualsiasi contratto di vendita di beni e servizi senza interferire con l'oggetto del contratto stesso o con qualsiasi altro termine concordato tra le parti.

c) Le linee guida dell'OCSE per la protezione dei consumatori nel contesto del commercio elettronico, approvate il 9 dicembre 1999, sono altresì concepite per contribuire a garantire i diritti dei consumatori

of a contract, that contract shall not be denied validity or enforceability on the sole ground that a data message was used for that purpose».

durante gli acquisti *online*. I suoi principi assistono i governi e il settore privato nello sviluppo e nell'attuazione di meccanismi di protezione dei consumatori *online* senza erigere barriere al commercio, includendo: un sistema di tutele trasparente ed efficace; la necessità di promuovere la correttezza delle pratiche commerciali, pubblicitarie e di marketing; l'importanza di implementare i doveri di informazione sull'attività, i beni o servizi e in generale sulle modalità di transazione; l'implementazione di sistemi di risoluzione alternativa delle controversie.

Le suddette convenzioni, leggi modello e linee guida, vanno intese come parte dell'emergente formante della c.d. *soft law* e, pertanto, quale espressione contemporanea di un nuovo diritto globale di matrice consuetudinaria, seppur positivo e non vincolante²⁴. Esse, infatti, non hanno alcun effetto giuridico fino a quando non vengono adottate e attuate sul piano nazionale, ma agiscono da criteri-guida per orientare i legislatori e incidere sul processo standardizzato di redazione delle clausole contrattuali²⁵.

2.1. *Questioni di diritto processuale in materia di contratto online: foro competente e legge applicabile*

La vocazione transnazionale del commercio elettronico implica che una delle principali problematiche processuali in termini di effettività delle tutele applicabili attenga all'individuazione del giudice munito di giurisdizione per le controversie che possono sorgere tra soggetti che, indipendentemente dalla nazionalità, siano domiciliati in Stati diversi²⁶.

²⁴ A. SOMMA, *Avvertenza*, in ID., (a cura di), *Soft law e hard Law nella società globale*, Torino, 2009, p. XV, sottolinea come il riferimento al diritto privato c.d. morbido non può residuare nell'incoercibilità, distinguendosi dalla consuetudine poiché quest'ultima risulta vincolante anche se non positivizzata; in tema v. ancora R. SACCO, *Il diritto muto*, Bologna, 2015, p. 51 ss.

²⁵ In argomento v. B. PASA-P. ROSSI-M. WEITENBERG (a cura di), *Diritto contrattuale europeo tra direttive comunitarie e trasposizioni nazionali*, Torino, 2007.

²⁶ V. VIGORITI, *E-commerce e tutela giurisdizionale. Giudice, legge e processo*, in *Economia e diritto del terziario*, 2002, 1, p. 22.

Com'è noto, infatti, le transazioni che hanno origine dall'*e-commerce* nascono su presupposti diversi da quelli delle transazioni commerciali tradizionali: la residenza delle parti in Paesi diversi, il modico valore del bene acquistato, sommati alla lunghezza dei tempi della giustizia civile ordinaria possono, qualora insorga una controversia, scoraggiare il consumatore – come più volte ricordato, parte “debole” dei rapporti di consumo – dall'agire giudizialmente a tutela del proprio diritto lesso, ed ancor prima possono scoraggiarlo persino dall'acquistare un bene od un servizio *online*. È per tali motivi, pertanto, che la questione relativa alla tutela c.d. *cyber consumer* viene ad assumere un'importanza centrale per lo sviluppo e la prosperità del commercio elettronico²⁷.

Va osservato, innanzitutto, come anche nell'ambito delle controversie in materia di *e-commerce* il criterio generale a tal fine operante, nella ricorrente ipotesi di cause tra soggetti di nazionalità differente, è il c.d. *foro del convenuto*. Ed invero, tanto nel nostro come negli altri ordinamenti processuali, analogo è il criterio generale di collegamento della competenza per territorio, una volta individuata l'autorità giurisdizionale munita di giurisdizione²⁸.

Problematiche di maggiore complessità sorgono, invece, nella frequente ipotesi in cui l'attore voglia evitare di radicare la controversia nello Stato, differente dal proprio, nel quale il convenuto ha il proprio domicilio. Così, tanto per quanto attiene alla competenza giurisdizionale, quanto per riguarda l'individuazione della legge applicabile, è noto che ogni fattispecie che presenti elementi di *estraneità* rispetto all'ordinamento giuridico italiano sia oggetto del diritto internazionale privato, disciplinato in Italia dalla legge n. 218/1995 e diverse dalle convenzioni internazionali in vigore per la materia. A tal proposito è opportuno distinguere due ipotesi: le controversie che presentano elementi di collegamento tra due o più Stati membri, da un lato; le controversie che presentano carattere interno, dall'altro.

Con riferimento al primo, la giurisdizione italiana può affermarsi in

²⁷ D. MINOTTI (a cura di), *Diritto e società dell'informazione. Riflessioni su informatica giuridica e diritto dell'informatica*, Milano, 2004, p. 107.

²⁸ R. GIORDANO, *La tutela giurisdizionale del commercio elettronico*, in *Giur. merito*, 2013, 12, p. 2545.

base ai criteri stabiliti dal Regolamento UE 1215/2012²⁹ il quale – pur sostituendo il Regolamento CE 44/2001 – continua a prevedere che qualora il contratto sia stato concluso «con una persona le cui attività commerciali o professionali si svolgono nello Stato membro in cui è domiciliato il consumatore o sono dirette, con qualsiasi mezzo, verso tale Stato membro o verso una pluralità di Stati che comprende tale Stato membro», l'azione del consumatore contro l'altra parte del contratto possa essere proposta sia davanti ai giudici dello Stato membro nel cui territorio è domiciliata tale parte sia davanti ai giudici del luogo in cui è domiciliato il consumatore stesso.

Per quanto invece riguarda le controversie civili che presentano carattere interno, l'art. 66 *bis* – sul foro competente – stabilisce espressamente che «per le controversie civili inerenti all'applicazione delle Sezioni da I a IV del Capo I, la competenza territoriale inderogabile è del giudice del luogo di residenza o di domicilio del consumatore, se ubicati nel territorio dello Stato». Emerge chiaramente che si tratta di un criterio rispetto al quale non rilevano la residenza o il domicilio che il consumatore aveva al momento della conclusione del contratto né il luogo di tale conclusione³⁰.

In tal senso, l'esperienza eurounitaria si distingue per il prevalente ricorso al principio del *favor* per la c.d. parte debole del rapporto. La direttiva 93/13/CE in materia di tutela del consumatore individua come competente il foro in cui risiede o è domiciliata la parte c.d. debole del contratto, mentre in via più generale, l'art. 15 del Regolamento CE 2001/44, adesso assorbito dall'art. 17, par. 1 del Regolamento UE 1215/2012 (c.d. Bruxelles I *bis*), contempla la scelta del foro in cui una delle due parti è domiciliata, per poi temperare tale regola quando è il consumatore ad essere convenuto in giudizio³¹.

²⁹ Concernente la competenza giurisdizionale, il riconoscimento e l'esecuzione delle decisioni in materia civile e commerciale.

³⁰ Cfr. A. PISTILLI, *L'inderogabilità del foro del consumatore e vessatorietà delle clausole difformi*, in *Contratti*, 2013, 12, p. 1170.

³¹ «Fatto salvo quanto previsto dall'articolo 6 e dall'articolo 7, punto 5, la competenza in materia di contratti conclusi da una persona, il consumatore, per un uso che possa essere considerato estraneo alla sua attività professionale è regolata dalla

In materia consumeristica, l'art. 6 del Regolamento UE 2008/593 conferma il principio di competenza del foro in cui il consumatore risiede nel caso in cui vi sia evidenza dello svolgimento di attività commerciali del professionista nel medesimo Stato (e in caso contrario prevale la scelta liberamente espressa dai contraenti)³². Nello specifico, l'art. 6 del reg. 2008/593 – analogo nel tenore all'art. 17 del Reg. Bruxelles I bis – prevede che vada applicata la disciplina maggiormente favorevole al consumatore nel caso in cui il professionista: a) svolga le sue attività commerciali o professionali nel paese in cui il

presente sezione: a) qualora si tratti di una vendita a rate di beni mobili materiali; b) qualora si tratti di un prestito con rimborso rateizzato o di un'altra operazione di credito, connessi con il finanziamento di una vendita di tali beni; o c) in tutti gli altri casi, qualora il contratto sia stato concluso con una persona le cui attività commerciali o professionali si svolgono nello Stato membro in cui è domiciliato il consumatore o sono dirette, con qualsiasi mezzo, verso tale Stato membro o verso una pluralità di Stati che comprende tale Stato membro, purché il contratto rientri nell'ambito di dette attività». In materia v. M. ANCEL, *Un an de droit international privé du commerce électronique*, in *CCE*, 12, 1, 2010, pp. 16-23; A. SEGURA-SERRANO, *Internet Regulation and the Role of International Law*, Max Planck UNYB 10 (2006), spec. p. 195 ss.; D. GRISBERGER, *The Internet and Jurisdiction based on Contracts*, in *Eur. J.L. Reform*, 2002, p. 165; Z.S. TANG, *Law Applicable in the Absence of Choice the New Article 4 of the Rome I Regulation*, in 71 *Mod. L. Rev.* 785; M. BOGDAN, *Contracts in Cyberspace and the new Regulation "Rome I"*, in *Masaryk U. J.L. & Tech.* 3, 2009, p. 219 ss.; F. GALGANO-F. MARRELLA, *Diritto del commercio internazionale*, 3^a ed., Padova, 2011, p. 328 ss.; I.P. CIMINO, *Problemi di giurisdizione e profili di diritto internazionale privato nei contratti telematici per il commercio elettronico*, in G. CASSANO-G. VACIAGO-G. SCORZA (a cura di), *Diritto dell'Internet*, 2^a ed., Padova, 2012, p. 313 ss.; E. IORIATTI FERRARI, voce *Responsabilità contrattuale nel diritto dell'Unione Europea*, in *Dig. disc. priv.*, sez. civ., Torino, 2013; F.F. WANG, *Jurisdiction and Cloud Computing: Further Challenges to Internet Jurisdiction*, in *Eur. Bus. L. Rev.*, 24, 5, 2013, pp. 589-616; F. MARONIGIU BONAIUTI, *La giurisdizione nelle controversie relative alle attività on-line*, in G. CONTALDI (a cura di), *Il mercato unico digitale*, Roma, 2017, pp. 89-128.

³² Cfr. F. JUENGER, *Judicial Jurisdiction in the United States and in the European Communities: A Comparison*, in 82 *Mich. L. Rev.* 1195 (1984); H.H. PERRIT, *Jurisdiction in Cyberspace*, in 41 *Vill. L. Rev.* 1 (1996); J.R. REIDENBERG, *Technology and Internet Jurisdiction*, in 153 *U. Pa. L. Rev.* 1951 (2004); S. SICA-V. ZENOVICH, *Legislazione, giurisprudenza e dottrina nel diritto dell'Internet*, cit., p. 377 ss.

consumatore ha la residenza abituale; o *b*) diriga tali attività, con qualsiasi mezzo, verso tale paese o vari paesi tra cui quest'ultimo e il contratto rientri nell'ambito di dette attività.

Per quanto, infine, attiene alla legge applicabile al contratto, questa – in base all'art. 57 della legge n. 218/1995 – deve essere individuata, in mancanza di scelta pattizia, in base ai criteri oggettivi di collegamento dettati dall'art. 6, comma 1, Regolamento CE 593/2008 (c.d. Roma I), secondo il quale «il contratto tra consumatore e professionista è disciplinato dalla legge del paese nel quale il consumatore ha la residenza abituale»; ciò a condizione che il professionista «svolga le sue attività commerciali o professionali nel paese in cui il consumatore ha la residenza abituale»; oppure, ancora, che «diriga tali attività, con qualsiasi mezzo, verso tale paese o vari paesi tra cui quest'ultimo». Elemento imprescindibile, in tale ultimo caso, è che il contratto rientri nell'ambito di dette attività.

Vale la pena ricordare che l'art. 66 *ter* del d.lgs. 6 settembre 2005, n. 206 (c.d. Codice del consumo) precisa che, se da una parte, il diritto applicabile al contratto è quello di uno Stato membro dell'Unione europea, in ogni caso i consumatori residenti in Italia «non possono rinunciare ai diritti conferiti loro dalle disposizioni delle Sezioni da I a IV del Capo I»; pertanto, eventuali clausole contrattuali che escludano o limitino, direttamente o indirettamente, i diritti derivanti dalle disposizioni delle sezioni da I a IV del capo I, non vincoleranno in alcun modo il consumatore.

Volgendo lo sguardo all'esperienza di *common law* e, in particolare, agli Stati Uniti d'America, si rileva come in favore dei convenuti rimanga vigente il principio di *general personal jurisdiction*, che radica la giurisdizione nella sede principale o nella residenza del *defendant*, conformemente alla clausola costituzionale del *due process*³³.

³³ *Goodyear Dunlop Tires Operations, S.A. v. Brown*, 564 U.S. 915 (2011): «A connection so limited between the forum and the foreign corporation, we hold, is an inadequate basis for the exercise of general jurisdiction (...). Such a connection does not establish the 'continuous and systematic' affiliation necessary to empower North Carolina courts to entertain claims unrelated to the foreign corporation's contacts with the State».

Una prima interpretazione di tale regola nel contesto degli illeciti telematici è stata offerta in *Zippo v. Zippo Dot Com*³⁴, in cui la Corte ha analizzato la natura e la qualità dell'attività commerciale che un'impresa svolge su Internet conducendo un *test* flessibile, essenzialmente modulato in base al grado di interattività del sito web e agli scopi commerciali perseguiti dal provider. In tal senso, maggiormente articolata e ricca di funzionalità risulti l'architettura del sito (ad esempio con riferimento alla possibilità di effettuare transazioni commerciali), maggiore sarà la possibilità di applicare il principio di *personal jurisdiction*; al contrario, ove il prestatore offra passivamente l'accesso a informazioni per l'utente, i presupposti per ottenere l'applicazione della regola di giurisdizione favorevole al *defendant* saranno minori³⁵.

³⁴ *Zippo Manufacturing Co. v. Zippo Dot Com, Inc.*, 952 F. Supp. 1119 (W.D. Pa. 1997): «At one end of the spectrum are situations where a defendant clearly does business over the Internet, an active website. (...) If the defendant enters into contracts with residents of a foreign jurisdiction that involve the knowing and repeated transmission of computer files over the Internet, then personal jurisdiction is proper. (...) At the opposite end are situations where a defendant has simply posted information on an Internet website which is accessible to users in foreign jurisdictions. (...) A passive website that does little more than make information available to those who are interested in it is not grounds for the exercise of personal jurisdiction. (...) The middle ground is occupied by interactive websites where a user can exchange information with the host computer. (...) In these cases, the exercise of jurisdiction is determined by examining the level of interactivity and commercial nature of the exchange of information that occurs on the website».

³⁵ Così ad es. *Weber v. Jolly Hotels*, 977 F. Supp. 327 (D.N.J. 1997): «This Court agrees with the finding in *Hearst* that advertising on the Internet falls under the same rubric as advertising in a national magazine. This Circuit has consistently held that advertising in national publications “does not constitute ‘continuous and substantial’ contacts with the forum state”. See, e.g., *Gehling v. St. George’s School of Medicine*, 773 F.2d 539, 542 (3d Cir.1985); see also *Giangola v. Walt Disney World Co.*, 753 F. Supp. 148, 156 (D.N.J.1990) *334 (“In an age of modern advertising and national media publications and markets, plaintiffs’ argument that such conduct would make a defendant amenable to suit wherever the advertisements were aired would substantially undermine the law of personal jurisdiction”). In addition, advertising on the Internet is not tantamount to directing activity at or to purposefully availing oneself of a particular forum. Thus, the Court finds that exercising jurisdiction over a defendant who merely advertises its services or product on the Internet

I criteri introdotti con la sentenza *Zippo* non hanno comunque trovato applicazione uniforme nella prassi giurisprudenziale: nel caso *Yahoo! v. LICRA*, la Corte d'Appello per il Nono Circuito si è ad esempio pronunciata legittimando la mancata ottemperanza da parte di un prestatore di servizi Internet ad un ordine impartito dal *Tribunale de Grande Instance de Paris*³⁶. Nell'accogliere l'istanza d'inapplicabilità dell'ordine emesso dal giudice francese, la Corte ha condotto un diverso *test* al fine di vagliare se gli effetti dell'azione presuntivamente illecita fossero riconducibili a quel determinato foro, verificando la ricorrenza delle seguenti circostanze: 1) la commissione di un atto intenzionale, 2) mirato espressamente a produrre i propri effetti in un determinato stato federale e 3) volto a cagionare un danno che il convenuto è consapevole di produrre in quel determinato Stato³⁷. Il test applicato dalla Corte d'Appello per il Nono Circuito richiama il c.d. *Calder test*, che a sua volta ha reinterpretato per le fattispecie telematiche il principio di *minimum contact* affermati dalla Supreme Court in *International Shoe Co. v. Washington*³⁸.

would violate the Due Process Clause of the Fourteenth Amendment. Exercising jurisdiction in such a case would be unjust and would disrespect the principles established by International Shoe and its progeny».

³⁶ TGI Paris, ord. 24 maggio 2000, n. 00/05308, in *Dir. inf.*, 2001, p. 209 ss.

³⁷ *Yahoo! Inc. v. La Ligue Contre Le Racisme et l'antisemitisme*, 433 F.3d 1199 (9th Cir. 2006), *cert. den.*, 126 S.Ct. 2332 (2006).

³⁸ Cfr. *International Shoe Co. v. Washington*, 326 U.S. 310 (1945); *Calder v. Jones*, 465 U.S. 783 (1984), 786 s.: «The court agreed that neither petitioner's contacts with California would be sufficient for an assertion of jurisdiction on a cause of action unrelated to those contacts. See *Perkins v. Benguet Mining Co.*, 342 U. S. 437 (1952) (permitting general jurisdiction where defendant's contacts with the forum were "continuous and systematic"). But the court concluded that a valid basis for jurisdiction existed on the theory that petitioners intended to, and did, cause tortious injury to respondent in California. The fact that the actions causing the effects in California were performed outside the State did not prevent the State from asserting jurisdiction over a cause of action arising out of those effects. The court rejected the Superior Court's conclusion that First Amendment considerations must be weighed in the scale against jurisdiction»; cfr. anche *Boschetto v. Hansing*, 539 F.3d 1011 (9th Cir. 2008); *Attaway v. Omega*, No. 11A01-0712-CV-608 (Ind. Ct. App. 2009).

3. La regolamentazione europea e interna dell'e-commerce

Le “grandi trasformazioni”³⁹ riconducibili ai processi di digitalizzazione, tra cui la riduzione, se non l’eliminazione, degli spazi e delle scansioni temporali tipiche del commercio tradizionale, hanno fortemente attratto l’interesse del legislatore europeo, in special modo con riguardo all’importanza dello scambio elettronico di beni e servizi quale strumento per favorire l’implementazione del c.d. mercato unico, pilastro imprescindibile nel quadro di protezione e promozione delle c.d. quattro libertà (circolazione delle persone, delle merci, dei servizi e dei capitali) sin dal Trattato di Maastricht⁴⁰.

³⁹ Il riferimento primario è alla ricostruzione del quadro politico-economico offerta da K. POLANYI, *La grande trasformazione*, Torino, 2010, p. 210 ss.; nonché alle «azioni regolatrici» e a quelle «ordinatrici» descritte da M. FOCALTY, *Nascita della biopolitica*, Milano, 2015, p. 121 ss., in relazione al quadro successivo alla seconda guerra mondiale in Germania, ma v. anche P. BARCELLONA, *L’individualismo proprietario*, Torino, 1987, p. 101 ss. Il discorso sui rapporti tra mercato e ordinamento giuridico riguarda *in primis* la collocazione sistematica della disciplina della concorrenza nell’ordinamento, ad esempio in Italia oggetto di una legge di settore organica soltanto nel 1990, ma secondo l’ipotesi condivisibile di alcuna autorevole dottrina riconducibile allo stesso richiamo costituzionale all’utilità sociale (F. GALGANO, sub *art. 41 Cost.*, cit., p. 11 ss.; R. FRANCESCHELLI, voce *Concorrenza* (libertà di), in *Enc. giur.*, Roma, 1988, ma si v. anche T. ASCARELLI, *Teoria della concorrenza e dei beni immateriali*, Milano, 1956, p. 10 ss., il quale rintracciava nel secondo comma dell’art. 41 Cost. il richiamo alla tutela consumeristica e in generale del progresso, intendendo il ruolo dell’intervento pubblico nell’economia, richiamato dall’ultimo comma come limite al libero gioco della concorrenza); dall’altra parte, alla luce della ricezione nell’ordinamento nazionale delle norme comunitarie come prevalenti e ai sensi degli artt. 11 e 117 Cost., il ruolo dello Stato si sposta progressivamente dalla funzione programmatica al compito di rimuovere gli ostacoli del mercato (L. MENGONI, *Autonomia privata e Costituzione*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 1997, I, p. 336 ss.; AA.VV., *Il dibattito sull’ordine giuridico del mercato*, Bari-Roma, 1997, p. 23 ss.), o, ancora, si sostanzia in una mera funzione conformativa, nel senso di una progressiva estensione delle logiche concorrenziali del neoliberismo ad ogni bene mercificabile con la creazione e la moltiplicazione dei mercati (si pensi ad es. al mercato del lavoro, a quello dell’istruzione, o, ancora al *welfare* e alle prestazioni sanitarie).

⁴⁰ Sul punto cfr. P. RIDOLA, *Diritti di libertà e mercato nella “Costituzione europea”*, in ID., *Diritto comparato e diritto costituzionale europeo*, Torino, 2010, p. 139

Una prima testimonianza di tale interesse legislativo è rinvenibile nella comunicazione della Commissione europea n. 157 del 1997⁴¹, in cui le potenzialità del commercio elettronico erano declinate nella prospettiva dell'esercizio di «un notevole impatto sulla competitività dell'Europa nei mercati mondiali». Secondo la Commissione, infatti, il fenomeno presentava «enormi potenzialità per i consumatori e le imprese in Europa, in particolare per le PMI», rendendo possibili scambi a basso costo tra regioni e frontiere nazionali e sviluppando «una serie di canali di distribuzione e una rete transeuropea efficaci per la consegna fisica delle merci ordinate per via elettronica, che comprenda tra l'altro servizi postali moderni ed efficienti».

All'interno della medesima comunicazione, inoltre, viene operata la fondamentale distinzione tra commercio elettronico diretto e commercio elettronico indiretto: se il primo riguarda quegli scambi di beni o servizi che si concludono attraverso un processo telematico ma che vengono eseguiti attraverso i canali tradizionali (come posta e vettori commerciali), il secondo riguarda quegli scambi ove entrambe le fasi vengono a svolgersi attraverso il mezzo elettronico.

A tale prima fase, che potremmo definire come preparatoria e, soprattutto, strumentale all'avvio di politiche comunitarie indirizzate ad un processo di positivizzazione dell'*e-commerce*, ha fatto seguito il primo intervento legislativo – attualmente ancora in vigore – di cui alla direttiva 2000/31/CE (c.d. direttiva sul commercio elettronico)⁴².

ss.; M. TRIMARCHI, *Proprietà e impresa*, in *Contr. impr.*, 2009, 4-5, p. 895 ss.; R. MASTROIANNI, *Diritti dell'uomo e libertà economiche fondamentali nell'ordinamento dell'Unione europea: nuovi equilibri?*, in *Dir. un. eur.*, 2011, 2, p. 319 ss., ma v. anche S. RODOTÀ, *La Carta come atto politico e come atto giuridico*, in A. MANZELLA-P. MELOGRANI-E. PACIOTTI-S. RODOTÀ, *Riscrivere i diritti in Europa*, Bologna, 2001, pp. 57-89; V. D'ANTONIO, *La Carta dei diritti fondamentali dell'Unione*, in M. COLUCCI-S. SICA (a cura di), *L'Unione Europea*, Bologna, 2005, p. 82 ss.; E. FALLETTI, voce *Carta di Nizza* (Carta europea dei diritti fondamentali), in *Dig. disc. priv.*, sez. civ., Agg. IV, Torino, 2009, spec. parr. 7 e 11.

⁴¹ Comunicazione al Parlamento Europeo, al Consiglio, al Comitato economico sociale e al Comitato delle regioni, *Un'iniziativa europea in materia di commercio elettronico*, COM (97) 157.

⁴² Per una prima riflessione v. S. SICA-V. ZENO-ZENCOVICH, *Legislazione, giuri-*