

Attenzione: il presente testo è una bozza dell'articolo omonimo pubblicato nella Rivista Scientifica "Cyberspazio e Diritto" (<http://www.cyberspazioediritto.org>). Si tratta di una BOZZA: può, quindi, contenere differenze e, soprattutto, imprecisioni, inesattezze o refusi che sono poi stati corretti all'atto della correzione delle bozze e della messa in stampa dell'articolo. Si consiglia, pertanto, di riferirsi, nelle citazioni, esclusivamente all'articolo pubblicato a stampa. Il riferimento dell'articolo che segue è La giurisdizione nel cyberspazio, Matteo Winkler, in *Cyberspazio e Diritto*, Volume II, Numero II, pp. 197-240. Articolo tratto dal sito <http://www.cyberspazioediritto.org>

LA GIURISDIZIONE NEL CIBERSPAZIO

di Matteo Winkler
(dottore in giurisprudenza)

1. Premessa. Virtualità del sistema e ordinamento giuridico. Critica della tesi dell'autonomia e originalità. Realtà dei criteri applicativi della disciplina internazionale del commercio elettronico e della giurisprudenza.

Quando si parla di Internet ci si riferisce solitamente al mondo virtuale della Rete, che per definizione, in quanto aterritoriale, è un non-luogo ⁽¹⁾. Dall'affermazione di questo carattere tipico non c'è voluto molto per arrivare a costruire una comunità senza diritto e, perciò, senza Stato ⁽²⁾. Ma alle medesime conseguenze logiche

⁽¹⁾ Chiarissimi sul punto sono T. BALLARINO, *Internet nel mondo della legge*, Cedam, Padova 1998, pp. 1-55, del quale va elogiato l'impegno alla ricerca di una soluzione propriamente giuridica internazionale al carattere aterritoriale della Rete; M.R. BURNSTEIN, *Conflicts on the Net: Choice of Law in Transnational Cyberspace*, *Vanderbilt Journal of Transnational Law* 1996, pp. 75-116, spec. p. 81; V. FRANCESCHELLI, *Il contratto virtuale. Diritto nel cyberspazio*, I contratti 1995, p. 569, che acutamente osserva che «Il cyberspazio non ha frontiere: non si colloca né in Italia, né in Francia, né negli Stati Uniti. Il cyberspazio è per definizione un mondo virtuale».

⁽²⁾ Sono note in proposito le tesi di quella dottrina nordamericana che ipotizza un mondo di libertà assoluta; sostengono l'esistenza di un ordinamento originale e autonomo I. TROTTER HARDY, *The proper legal regime for Cyberspace*, *Univ. of Pittsburgh Law Rev.* 1994, pp. 993 ss.; T. DELACOURT, *The International Impact of Internet Regulation*, *Harvard International Law Journal* 1997, pp. 207 ss. Per un'analisi v. G. SCARPATO, *Il diritto della Rete*, Simone, Napoli 1999, pp. 47 ss.; B.P. KELLER, *The game's the same: why Gambling in Cyberspace Violates the Federal Law*, *Yale Law Journal* 1998-99, IV, pp. 1569-1609, spec. p. 1570; S.R. SALBU, *Who should govern the Internet? Monitoring and Supporting New Frontier*, *Harvard Journal of Law & Technology* 1998, pp. 429 ss. Vanno ugualmente segnalate le critiche dei giuristi italiani, tra i quali emerge P. COSTANZO, *Le nuove forme di comunicazione in rete: Internet*, in AA.VV., *Il diritto nel Cyberspazio*,

(impeccabili, se non partissero da premesse errate) espresse dalla dottrina non giungono né i legislatori (nazionali e internazionali) né i giudici.

Sotto un primo profilo, infatti, la regolamentazione del mondo virtuale, se si esclude quell'esperienza autopoietica propria della c.d. *Netiquette* ⁽³⁾, proviene essenzialmente dalle norme giuridiche del mondo reale. Il legislatore comunitario in particolare ha proclamato, come presupposto per la libera circolazione dei servizi della società dell'informazione ⁽⁴⁾, un concetto di stabilimento tutt'altro che

Simone, Napoli 1999, pp. 91-133, spec. nota 50; ID., *Aspetti evolutivi del regime giuridico di Internet*, Dir. inf. 1996, pp. 831-846, spec. pp. 836 ss.

⁽³⁾ La *Netiquette* è un insieme di norme approvate dagli utenti della Rete e rese note al momento della firma del contratto di accesso a Internet (si veda T. PIETTE-COUDOL & A. BERTRAND, *Internet et le droit*, PUF, Paris 1999, pp. 5-6). Essa consta, più che di disposizioni vere e proprie, di principi: 1) non usare un linguaggio irrispettoso; 2) non fare *flame*; 3) usare il massimo equilibrio e avere il pieno rispetto degli interlocutori; 4) non scrivere tutto in maiuscolo; 5) usare le *emoticons*; 6) rispettare il tema della discussione; 7) non intervenire subito nella discussione; 8) non inviare posta elettronica non richiesta; 9) non inviare allegati alle *e-mails*; 10) non inviare «catene di S. Antonio»; 11) essere sintetici (l'elenco è di D. MINOTTI, *Netiquette*, in AA.VV., *Il diritto nel Cyberspazio*, cit., pp. 193-200). Per la verità, non sembra sia possibile distinguere questi precetti da vincoli morali o dalle tradizionali prescrizioni penali. Così, la regola dell'uso del linguaggio rispettoso è senz'altro da accogliere su un piano etico (stante il principio per cui il linguaggio serve a esprimere il proprio pensiero), ma non è proponibile su un piano strettamente giuridico; il pieno rispetto degli interlocutori costituisce anch'esso un'istanza di stampo morale, derivante da una buona educazione, se vogliamo, ma mai da una norma giuridica in senso tecnico. Il principio per cui non bisogna scrivere tutto in maiuscolo e il requisito della sinteticità non sono compatibili con l'art. 21 Cost., come pure l'uso di icone che rivelano emozioni (c.d. *emoticons*) e il divieto di intervenire subito nelle conversazioni. Il *flame* (lett. «infiammarsi») si realizza quando i toni di una conversazione sulla Rete diventano tanto accesi da scadere nelle ingiurie. Per il nostro ordinamento l'ingiuria è un reato, e il co. 2 dell'art. 594 c.p. estende la fattispecie anche al caso di «chi commette il fatto mediante comunicazione telefonica, o con scritti o disegni diretti alla persona offesa», mentre l'art. 595 si occupa dell'offesa all'onore e alla reputazione operata «comunicando con una o più persone» (diffamazione): si pensi a un'ingiuria perpetrata attraverso la posta elettronica o a una diffamazione durante una *chat*.

⁽⁴⁾ La libera circolazione dei servizi della società dell'informazione, sancita già, in forma di progetto, nella Comunicazione della Commissione europea 15 aprile 1997 n. 157, *Un'iniziativa europea in materia di commercio elettronico*, §§ 39 ss. (leggibile in E. TOSI, *Il codice del diritto dell'informatica e di Internet*, La Tribuna, Piacenza 2000, pp. 599-615), trova ora la sua espressione positiva nell'art. 3 dir. 31/2000/CE (del Parlamento europeo e del Consiglio dell'8 giugno 2000 relativa a taluni aspetti giuridici dei servizi della società dell'informazione, in particolare il

virtuale, bensì radicato in un luogo fisico ben determinato ⁽⁵⁾. La legge modello dell'UNCITRAL ⁽⁶⁾, predisposta nel 1996 e modificata

commercio elettronico, nel mercato interno, «Direttiva sul commercio elettronico», in G.U.C.E. n. L 178 del 17 luglio 2000, pp. 1-16), il quale così recita: «1. Ogni Stato membro provvede affinché i servizi della società dell'informazione, forniti da un prestatore stabilito nel suo territorio, rispettino le disposizioni nazionali vigenti in detto Stato membro nell'ambito regolamentato. 2. Gli Stati membri non possono, per motivi che rientrano nell'ambito regolamentato, limitare la libera circolazione dei servizi società dell'informazione provenienti da un altro Stato membro». Il testo della direttiva è reperibile sul sito http://europa.eu.int/eur-lex/it/lif/dat/2000/it_300L0031.html in italiano, in G. CIACCI, *La firma digitale*, Il Sole 24 Ore, Milano 2000, pp. 286 ss e in Dir. comm. int. 2000, pp. 366 ss., nonché in Corr. giur. 2000, pp. 1275-1288. Su di essa si vedano specificatamente: F. BASSAN, *La proposta di direttiva sul commercio elettronico*, Giorn. dir. amm. 1999, pp. 465-469; F. DELFINI, *Tre novità in tema di commercio elettronico*, I contratti 1999, pp. 609-627, spec. pp. 622 ss.; L. MARINI, *Il regime giuridico del commercio elettronico nel diritto internazionale e comunitario*, Dir. comm. int. 2000, pp. 329-365, che dedica alla politica comunitaria in materia le pp. 344 ss.; F. SARZANA DI S. IPPOLITO, *Approvata la direttiva sul commercio elettronico*, Corr. giur. 2000, pp. 1288-1294; P. VALENTE, *Internet. Proposta di direttiva relativa ad alcuni aspetti del commercio elettronico*, Il fisco 1999, pp. 3415-3420.

⁽⁵⁾ Cfr. il *considerando* 19 della dir. 31/2000/CE cit.: «Il luogo di stabilimento del prestatore va determinato in base alla giurisprudenza della Corte di giustizia delle Comunità europee [in part. Corte di Giustizia delle Comunità europee, sent. 25 luglio 1991, causa C-221/89, in *Raccolta* 1991, pp. I-3905 ss.], secondo la quale la nozione di stabilimento implica l'esercizio effettivo di un'attività economica per una durata di tempo indeterminata mediante l'insediamento in pianta stabile. Tale condizione è soddisfatta anche nel caso in cui una società sia costituita a tempo determinato. Il luogo di stabilimento, per le società che forniscono servizi tramite siti Internet, non è là dove si trova la tecnologia di supporto del sito né là dove esso è accessibile, bensì il luogo in cui tali società esercitano la loro attività economica. Se uno stesso prestatore ha più luoghi di stabilimento, è importante determinare da quale luogo di stabilimento è prestato il servizio in questione. Nel caso in cui sia difficile determinare da quale dei vari luoghi di stabilimento un determinato servizio è prestato, tale luogo è quello in cui il prestatore ha il centro delle sue attività per quanto concerne tale servizio specifico».

⁽⁶⁾ Sui lavori di quella sessione v. A. MALATESTA, *I lavori dell'UNCITRAL dalla 23esima (1990) alla 29esima sessione (1996)*, Riv. dir. int. priv. proc. 1997, pp. 256-268, spec. pp. 259-261 e 267 ss.; J.A. ESTRELLA FARIA, *The Work of the UNCITRAL in 1996*, Rev. de droit uniforme 1996, pp. 476-493; e infine E.A. CAPRIOLI – R. SORIEUL, *Le commerce international électronique: vers l'émergence de règles juridiques transnationales*, Journal de droit international 1997, pp. 329-393, spec. pp. 367-393. La legge modello dell'UNCITRAL è oggetto di commenti e di critiche da parte della dottrina: T. BALLARINO, *Internet nel mondo della legge*, cit., pp. 136-141; A.L. MARCONI, *La legge modello UNCITRAL sul commercio elettronico*, Dir. comm. int. 1997, pp. 137-154; da ultimo merita di essere menzionata, per i continui

nel 1998, stabilisce la responsabilità individuale dell'*originator* rispetto al contenuto del *data message* da questi creato ⁽⁷⁾, in ciò subito imitata dalla Commissione europea nell'introduzione, tanto auspicata, di un sistema di protezione degli intermediari nella trasmissione di messaggi attraverso le reti informatiche ⁽⁸⁾. Anche i più scettici sulla validità delle regole tradizionali nel Ciberspazio sono costretti ad ammettere che la «realità» dei soggetti (e delle relative responsabilità) supera la «virtualità» del sistema.

L'applicazione delle consuete regole del commercio internazionale (comprese le regole di conflitto), addirittura, basandosi su un ambiente tendenzialmente privo di confini, paiono adattarsi perfettamente al commercio elettronico ⁽⁹⁾. Principi quali la libertà di forma ⁽¹⁰⁾ e la

riferimenti interpretativi A. V. SARRA, *Comercio electrónico y derecho*, Astrea, Buenos Aires 2000, pp. 324-327.

⁽⁷⁾ L'art 13 co. 1 infatti dispone che «A data message is that of the originator if it was sent by the originator itself». Un commento sull'articolo si trova nei §§ 102-105 della *Guide to Enactment of the UNCITRAL Model Law on Legal Aspects of Electronic Data Interchange (EDI) and Related Means of Communication. Report of the Secretary-General*, A/CN.9/426 del 24 aprile 1996, contenuta nell'*Annex 1* del U.N.G.A.O.R., 51th session, supp. 17 A/51/17.

⁽⁸⁾ Gli artt. 12 ss. dir. 31/2000/CE cit. tutelano i c.d. «intermediari» da incriminazioni, sempre più frequenti, per complicità (così nel noto caso tedesco *CompuServe* commentato da SCARPATO, *Il diritto della Rete*, cit., pp. 62 s. e BALLARINO, *Internet nel mondo della legge*, cit., pp. 213 ss.) o per colpa (cfr. TGI Nanterre 9 dicembre 1999, in *Dir. inf.* 2000, pp. 307-314, con nota di G.M. RICCIO, *Anonimato e responsabilità in Internet*, ivi, pp. 314-335, nel quale il giudice ha dichiarato colpevole un *provider*, affermandone l'obbligo di prendere tutte le «misure ragionevoli del professionista» per evitare la commissione di illeciti). Essi sanciscono l'irresponsabilità totale, salvo che abbiano in qualche modo modificato il contenuto del messaggio incriminato, o che ne abbiano dato origine.

⁽⁹⁾ La norma più significativa in tal senso è l'art. 14 co. 2 della Convenzione di Vienna del 1980 sulla vendita internazionale di beni mobili, che considera illogico obbligare l'offerente a considerare accettazione ogni richiesta di merci potenzialmente proveniente da chiunque. Esso infatti dispone che «una proposta rivolta a persone indeterminate deve considerarsi semplicemente come un invito a offrire, a meno che la persona che ha fatto la proposta non abbia chiaramente indicato il contrario». Sull'art. e sulla sua *ratio* v. A. VESCICHELLI, *Commento all'art. 14*, Nuove leggi civ. comm. 1989, pp. 50-52. Contrario all'applicabilità dell'articolo al commercio elettronico sono A.M. GAMBINO, *Per il contratto in Rete la garanzia sarà elettronica*, sul sito Internet della rivista telematica *Télema*, fub.it/telema/TELEMA13/Gambin13.html (ma vedi le considerazioni, perfettamente in linea con quanto qui sostenuto, in *L'accordo telematico*, Giuffrè, Milano 1997, pp. 109 s. e 125-134).

⁽¹⁰⁾ Secondo M.J. BONELL, *Un «codice» internazionale del diritto dei contratti*, Giuffrè, Milano 1995, p. 65, l'origine dell'art. 1.10 dei Principi UNIDROIT («per

irrilevanza del «supporto» contrattuale ⁽¹⁾ non lasciano dubbi in proposito.

Sotto il secondo profilo, legato alla *case law* di matrice anglosassone, la giurisprudenza è arrivata ove il legislatore si è fermato. Per quanto ci preme qui analizzare, si possono distinguere due strade diverse:

- a) in Europa l'uniformità dei criteri di collegamento determinanti la giurisdizione, stabiliti dalla Convenzione di Bruxelles del 1968 e dal recentissimo Regolamento comunitario 44/2001 non favorisce l'uniformità delle soluzioni giurisprudenziali, poiché la problematicità è legata non tanto allo statuto epistemologico della Rete, quanto all'equivocità delle norme tradizionali (v. *infra*, § 3);
- b) negli Stati Uniti, ove non opera il principio di tipicità dei criteri di determinazione della giurisdizione competente, il quadro dei risultati studiati dalla giurisprudenza dei vari Stati non appare confortante.

Queste due strade, sebbene diverse nei punti di partenza, conducono in un'unica direzione: infatti ove le regole esistono, i problemi derivano dal contenuto delle norme, e non dal loro scontro con la realtà telematica; ove non esistono prescrizioni vincolanti, l'estrema contraddittorietà delle soluzioni non va legata alle caratteristiche intrinseche della Rete, bensì – anche qui – proprio alla mancanza di criteri propri dell'ambito telematico.

2. Criteri determinanti la giurisdizione secondo la Convenzione di Bruxelles e il Regolamento 44/2001. Giurisdizione in tema di illecito e

“forma scritta” si intende qualsiasi forma di comunicazione che conservi la documentazione delle informazioni contenute e sia riproducibile in forma tangibile») è da ricercarsi nella volontà di consentire i contratti stipulati con i mezzi elettronici. L'art. 6 della legge modello dell'UNCITRAL sul commercio elettronico ha il medesimo tenore: «Where the law requires information to be in writing, that requirement is met by a data message if the information contained therein is accessible so as to be usable for subsequent reference».

⁽¹⁾ La Commissione europea, nell'Allegato alla *Proposta di direttiva del Parlamento europeo e del consiglio relativa a taluni aspetti del commercio elettronico nel mercato interno*, COM (1998) 586 def. – 98/0325 (COD) (la si legge in SARZANA DI S. IPPOLITO, *Aspetti giuridici del commercio via Internet*, Giuffrè, Milano 1999, pp. 209-239), considera decisiva la revisione, da parte degli Stati membri, delle disposizioni sul *supporto* (es. forma scritta), sulla *presenza* di testimoni e sull'autenticazione o deposito del contratto.

assurdità delle azioni preventive. Giurisdizione sui contratti. Giurisdizione del consumatore.

La Convenzione di Bruxelles del 1968 e il Regolamento 44/2001 mirano, come è noto, a eliminare i clamorosi casi di giurisdizione esorbitante, nei quali, cioè, è l'attore ad attirare dinanzi ai propri giudici qualunque convenuto ⁽¹²⁾. Negli Stati ove queste discipline sono in vigore non è possibile considerare il collegamento «virtuale» attraverso la Rete come criterio determinante la giurisdizione, stante la «tipicità» delle ipotesi contemplate.

Così, grazie all'art. 5 n. 3 (in combinato disposto con l'art. 2) della Convenzione, l'attore può citare il convenuto alternativamente dinanzi al foro di questi (c.d. «foro generale del convenuto») o «davanti al giudice del luogo in cui l'evento dannoso è avvenuto». Questa soluzione si rivela estremamente problematica dal momento che Internet consente a che il danno, cui un utente dà il via dal proprio paese, si produca speditamente in ogni paese del mondo nel quale un altro utente riceve il messaggio dannoso o dal quale avviene la connessione al sito incriminato ⁽¹³⁾. Tuttavia la problematicità non

⁽¹²⁾ Come ben evidenzia T. BALLARINO, *Diritto internazionale privato*, Cedam, Padova 1999, p. 102, esistono ancora casi di giurisdizione esorbitante, tra i quali meritano di essere ricordati, per quanto qui rileva, gli artt. 14 e 15 c.c. francese e l'art. 18 c.p.c. italiano. I primi prevedono infatti ogni cittadino francese possa essere indifferentemente attore o convenuto nel proprio paese: «L'étranger, même non résidant en France, pourra être cité devant les tribunaux français, pour l'exécution des obligations par lui contractées en France avec un français ; il pourra être traduit devant les tribunaux de France, pour les obligations par lui contractées en pays étranger envers des français». L'art. 15 prevede che il cittadino francese possa essere convenuto dinanzi a un tribunale francese anche per le obbligazioni stipulate all'estero. Per l'art. 18 c.p.c. il discorso è un po' più complicato, nel senso che la dottrina non è concorde sul ritenerlo abrogato o non dalla L. 218/1995 di riforma delle regole di conflitto; esso comunque ha carattere chiaramente esorbitante: «Se il convenuto non ha residenza, né domicilio, né dimora nello Stato o se la dimora è sconosciuta, è competente il giudice del luogo in cui risiede l'attore».

⁽¹³⁾ Sono qui considerate le due ipotesi tipiche: l'utente scarica un messaggio con allegato un *virus* o si connette volontariamente a un sito con contenuti attivi pericolosi. L'utente medio dovrebbe perlomeno sapere che la visualizzazione di un sito in forma dinamica consente al gestore dello stesso di inviare all'*hard disk* dell'utente alcuni comandi che, se apparentemente servono a visualizzare immagini, suoni e animazioni, in realtà possono contenere impulsi dannosi. Come illustrano G. SCHNEIDER – J. PERRY, *Commercio elettronico*, Apogeo, Milano 2000, pp. 145-211, il pericolo dei contenuti attivi è sempre in agguato. Così il «controllo *ActiveX*» serve per eseguire in tempo reale giochi, animazioni ecc., cioè semplici programmi, ma se

deriva, come si è accennato, dalle caratteristiche della Rete (velocità di produzione del danno, incoscienza dell'utente ricevente, potenziale universalità della destinazione), bensì dal tenore della disposizione in esame. Essa difatti concede all'attore la libertà di scegliere, secondo quanto affermato dalla Corte di Giustizia delle Comunità europee (la quale, secondo il Protocollo di Lussemburgo del 1971, è competente per l'interpretazione della Convenzione di Bruxelles) ⁽¹⁴⁾, tra il giudice del luogo dell'azione e il giudice del luogo di produzione del danno; ove il danno si sia prodotto in Stati diversi, è competente il giudice di ciascuno di questi, ma solo per il danno prodotto in ciascuno Stato; invece, il giudice del luogo dell'azione può conoscere di ogni conseguenza dannosa in ogni Stato ⁽¹⁵⁾. Sono esclusi da entrambe le ipotesi i danni meramente patrimoniali ⁽¹⁶⁾.

esso è danneggiato, può riformattare il disco rigido dell'utente, spedire *e-mails* indesiderate ecc. Lo *sniffer* è un programma capace di intercettare e registrare i dati in transito su un *router*. Infine, la *steganografia* è una tecnica in base alla quale un utente può sostituire, al posto di informazioni ridondanti e inutili contenute in un *file* sotto forma di comando, altri comandi dannosi. I danni possono provenire anche dall'intervento di terzi durante la trasmissione di dati: così nel caso dello *spoofing*, il cui si sostituisce all'*IP Number* corretto associato al sito un *IP Number* fasullo che conduce l'utente sul proprio *server* e nelle classiche ipotesi di intercettazione del numero di carta di credito. Si vedano R. PALMIERI, *La sicurezza nell'e-commerce*, in A. BIFFI & P.F. CAMUSSONE, *Il commercio diventa elettronico. Opportunità, esperienze e professioni per sviluppare il business dell'e-commerce in Italia*, Edipi, Milano 1999, pp. 205-229; G. DELCONTI, *Difendersi dal nemico in Rete: facili pregiudizi e accorgimenti utili*, in *E-commerce*, Ammin. e Finanza Oro n. 6/1999, Ipsa, Milano 1999, pp. 59-71.

⁽¹⁴⁾ Corte di Giustizia delle Comunità europee, sent. 30 novembre 1976, causa 21/76, *Bier c. Mines de Potasse*, in *Raccolta* 1976, pp. 1735 ss. V. anche P. CERINA, *Il problema della legge applicabile e della giurisdizione*, in E. TOSI, *Problemi giuridici di Internet*, Giuffrè, Milano 1999, pp. 351-396, spec. pp. 370 ss.

⁽¹⁵⁾ Così Corte di Giustizia delle Comunità europee, sent. 7 marzo 1995, causa 68/93, *Shevill c. Alliance Presse*, in *Raccolta* 1995, 3-4, pp. I-415 ss.

⁽¹⁶⁾ Questa soluzione è accolta sia dalla dottrina (A. SARAVALLE, *Foro it.* 1996, IV, c. 341-348) che dalla giurisprudenza internazionale: v. Corte di Giustizia delle Comunità europee, sent. 19 settembre 1995, causa C-364/93, *Marinari c. Lloyds Bank*, in *Raccolta* 1995, 9-10, pp. I-2719-2743. Lo scopo della precisazione sta nel tentativo di evitare che, qualora si producano danni consequenziali di tipo finanziario in diversi Stati, l'attore possa far causa in ciascuno di essi (si pensi a rapporti finanziari collegati). Immaginando che un olandese, titolare di un conto corrente bancario in Inghilterra e sollecitato via Internet da un casinò virtuale francese, perda tutto e voglia intentare causa al casinò francese, si dirà che egli può adire il tribunale francese (competente come giudice del convenuto, art. 2 Conv. di Bruxelles) o il tribunale olandese (giudice del luogo in cui l'evento dannoso si è

Questo palese accoglimento della «teoria dell'ubiquità» viene ingigantito dal Regolamento 44/2001 con la istituzione di azioni preventive ⁽¹⁷⁾. Il lettore agevolmente immaginerà quale tipo di azione preventiva si potrà applicare a un contenuto attivo dannoso riposto in un *server* accessibile via Internet: un'azione preventiva omnicomprensiva, che obererà il giudice del gravissimo compito di stabilire, in astratto, il bacino d'utenza per ciascun paese, al fine di determinare il danno che potrebbe, anche qui in astratto, verificarsi.

In materia di contratti, dinanzi alla dubbia applicabilità, alla realtà elettronica, del concetto di «luogo di esecuzione del contratto», il Regolamento ha stabilito che esso è il luogo di consegna del bene o del servizio ⁽¹⁸⁾, e perciò il luogo in cui si trova l'utente-acquirente telematico.

Quando parte del contratto è un consumatore, la tutela si realizza nell'affermazione della giurisdizione del domicilio del medesimo, sottoposta a condizioni peculiari quali la sollecitazione mediante pubblicità o proposte specifiche e il compimento degli «atti necessari per la conclusione del contratto» nello Stato del domicilio del consumatore (art. 13 n. 3 lett. *a* e *b* Conv. di Bruxelles). Il

verificato, salvo stabilirlo per il mondo virtuale) ma non anche il tribunale inglese, escluso dall'interpretazione della Corte di Lussemburgo. Per questo esempio v. T. VAN OVERSTRAETEN, *Droit applicable et juridiction compétente sur Internet*, Rev. dr. aff. int. 1998, pp. 373-397, spec. p. 379.

⁽¹⁷⁾ L'art. 5 co. 1 n. 3 del Regolamento cit. infatti stabilisce che l'attore dovrà comparire, «in materia di illeciti civili dolosi o colposi, davanti al giudice del luogo in cui l'evento dannoso è avvenuto *o può avvenire*» (corsivo aggiunto). Secondo la Commissione (COM (1999) 384, *Proposta di regolamento (CE) del Consiglio concernente la competenza giurisdizionale nonché il riconoscimento e l'esecuzione delle decisioni in materia civile e commerciale*) «l'articolo 5, paragrafo 3 contempla non solo l'ipotesi in cui si sia verificato un fatto dannoso ma anche quella in cui il fatto dannoso rischia di verificarsi. Il testo proposto elimina quindi un'ambiguità presente nell'articolo 5, paragrafo 3 della convenzione. Esso consente di indicare chiaramente alle parti il foro competente per le azioni preventive».

⁽¹⁸⁾ Così l'art. 5 co. 1 n. 1 del Regolamento 44/2001 cit. dispone che l'azione si esercita: «*a*) in materia contrattuale, davanti al giudice del luogo in cui l'obbligazione dedotta in giudizio è stata o deve essere eseguita; *b*) ai fini dell'applicazione della presente disposizione e salvo diversa convenzione, il luogo di esecuzione dell'obbligazione dedotta in giudizio è: - nel caso della compravendita di beni, il luogo, situato in uno Stato membro, in cui i beni sono stati o avrebbero dovuto essere consegnati in base al contratto, - nel caso della prestazione di servizi, il luogo, situato in uno Stato membro, in cui i servizi sono stati o avrebbero dovuto essere prestati in base al contratto; *c*) la lettera *a*) si applica nei casi in cui non è applicabile la lettera *b*) ».

Regolamento 44/2001 ha eliminato queste condizioni ⁽¹⁹⁾, anche se non pare che esse avrebbero potuto creare problemi particolari. La Commissione nella proposta si premurava di indicare come «difficile se non impossibile determinare il luogo in cui il consumatore compie gli atti necessari» ⁽²⁰⁾, cosa che non è assolutamente vera. Da un punto di vista fisico, infatti, il luogo di compimento di un «*point & click*» è chiaramente il luogo in cui si trova il consumatore, perché un semplice *click* non è in grado di «trasportare» il consumatore nello Stato del professionista (ipotesi, questa, nella quale non sussiste la giurisdizione del domicilio del consumatore).

Da questi tre esempi risulta chiaramente l'irrilevanza dell'ambito elettronico, il cui ruolo si riduce a quello di amplificatore delle complessità preesistenti dovute a precise scelte legislative internazionali. Una cosa può dirsi certa: le aporie si realizzano ove competente è (quello che si può chiamare) il «giudice del *luogo di accesso*» (accesso all'informazione, al sito, al messaggio), cioè il giudice del luogo in cui si trova l'utente. Percorrendo i due paralleli della «realità» e della «virtualità», sul primo questi casi di giurisdizione del luogo di accesso risulteranno perfettamente comprensibili, mentre sul secondo genereranno discrasie dovute essenzialmente alla potenziale *ubiquità dell'accesso* ⁽²¹⁾.

⁽¹⁹⁾ L'art. 16 co. 1 del Regolamento dispone che «L'azione del consumatore contro l'altra parte del contratto può essere proposta o davanti ai giudici dello Stato membro nel cui territorio è domiciliata tale parte, o davanti ai giudici del luogo in cui è domiciliato il consumatore».

⁽²⁰⁾ La Commissione considera, nella COM (1999) 384 cit., che «l'eliminazione della condizione contenuta nell'ex articolo 13, paragrafo 3 b), secondo cui il consumatore doveva aver compiuto nel proprio Stato gli atti necessari per la conclusione del contratto, è rilevante anche ai fini dei contratti conclusi attraverso un sito Internet interattivo. Per tali contratti infatti può essere difficile se non impossibile determinare il luogo in cui il consumatore compie gli atti necessari e questi possono essere comunque irrilevanti per la creazione del nesso tra il contratto e lo Stato del consumatore. Il nuovo articolo 15 parte quindi dal presupposto che questo nesso viene costituito dalla controparte contrattuale del consumatore dirigendo la propria attività verso tale Stato». il nuovo art. 15 n. 3 del Regolamento (sostitutivo del vecchio 13 n. 3 della Convenzione) stabilisce il foro del consumatore «qualora il contratto sia stato concluso con una persona svolgente attività commerciali o professionali nello Stato membro in cui è domiciliato il consumatore ovvero attività commerciali o professionali rivolte *con qualsiasi mezzo verso questo Stato* o verso un gruppo di paesi comprendente questo Stato» (corsivo aggiunto).

⁽²¹⁾ Questo carattere è considerato pacificamente dalla dottrina. Vale la pena di ricordare la sentenza della Corte Federale degli Stati Uniti, Distretto orientale della Pennsylvania, 11 giugno 1996 (di cui v. i §§ 42 ss.), pubblicata in inglese in Riv. dir.

3. *Il caso Yahoo! dinanzi al TGI parigino. Richieste delle ricorrenti. Analisi delle tre ordinanze successive e loro conseguenze. La perizia. Sue aporie. Conseguenze della decisione. Ipotesi della giurisdizione universale dinanzi alla Rete.*

Da queste premesse, non può stupire che il giudice Gomez, presidente del Tribunal de Grande Instance di Parigi, abbia pedissequamente seguito quanto disposto l'art. 5 n. 3 della Convenzione di Bruxelles in materia di giurisdizione sull'illecito.

Com'è noto, la legge francese sulla libertà di stampa (art. 24 L. 29 luglio 1881 e successive modificazioni) conferisce alle associazioni costituite a difesa della memoria dell'olocausto la legittimazione ad agire in giudizio, e alcune di esse si sono in effetti distinte per le battaglie giudiziarie contro i *providers*, ritenuti responsabili di diffusione di idee antisemite ⁽²²⁾. Ma una cosa è condannare un *provider*, altro è processare un sito straniero: su questa scia, accadde l'inevitabile e nel 1999 la LICRA (*Ligue contre le Racisme et l'Antisémitisme*) e l'UEJF (*Union des Etudiants Juifs de France*), presto seguite da altre, citavano la società americana *Yahoo! Inc.*, titolare del dominio *yahoo.com*, assieme alla sua affiliata francese

ind. 1997, II, pp. 228 ss., con nota di CUCINOTTA; tradotta a cura del prof. ZENO-ZENCOVICH in *Dir. inf.* 1996, pp. 604 ss., che ha dato luogo a una declaratoria d'incostituzionalità delle norme impugnate da parte della Corte Suprema con sent. 26 giugno 1997, in *Foro it.* 1998, IV, pp. 23 ss. L'opinione separata del giudice O'Connor contiene un'interessante affermazione secondo cui l'attuale stato di Internet non consente di «zonizzare» il Cyberspazio a garanzia della libertà di pensiero degli adulti. Il caso ha generato un acceso dibattito dottrinale: G. ZICCARDI, *Informatica e diritto penale: brevi note, con particolare riferimento alla rete Internet*, in AA.VV., *Il diritto nel Cyberspazio*, cit., pp. 139-165, spec. pp. 157-164; bibliografia sulla decisione si trova in *Foro it.* 1998, IV, p. 26; vedi in particolare A. CUCINOTTA, *ACLU c. Reno: il primo emendamento nell'era di Internet*, *Riv. dir. ind.* 1997, II, pp. 296-304; ID., *L'effimera apertura americana del divieto dell'indecenza nel Cyberspazio*, *Riv. dir. ind.* 1998, pp. 165 ss.; D.D. BURKE, *Cybersmut and the First Amendment: A Call for a New Obscenity Standard*, *Harvard Journal of Law & Technology* 1996, pp. 87-126; V. GRIPPO, *Libertà di informazione e tutela dei minori su Internet*, *Riv. crit. dir. priv.* 1997, pp. 721 ss.; B. PARRELLA, *Il giovedì nero di Internet*, *Virtual* 1996, pp. 32-37; nella dottrina americana, D.L. JOHNSON, *It's 1996: Do you Know Where your Cyberkids are?*, *John Marshall Journal of Computer & Information Law* 1996, I, pp. 51-98.

⁽²²⁾ Ne parlano PIETTE-COUDOL & BERTRAND, *Internet et la loi*, Dalloz, Paris 1997, pp. 123-125; il caso più significativo è ivi citato in nota: TGI de Paris, *Ordonnance de référé* du 12 juin 1996, in *Les petites affiches*, 10 juillet 1996, p. 22. Per la giurisprudenza si veda il sito legalis.net/jnet/internet_ecommerce.htm.

Yahoo.fr, titolare dell'omonimo dominio, per aver diffuso immagini e oggetti nazisti e per aver consentito all'utente francese la lettura di opere antisemite quali il *Mein Kampf* di Hitler e il noto falso storico denominato *Protocollo dei Saggi di Sion*, nonché la visione di fotografie che miravano a negare l'esistenza delle camere a gas.

Il caso si svolge in tre tappe, ciascuna corrispondente a una ordinanza diversa, emessa dal giudice Gomez in adempimento dell'art. 809 n.c.p.c. ⁽²³⁾.

Nella prima, datata 22 maggio 2000 ⁽²⁴⁾, i ricorrenti richiedevano

- a) che fosse imposta a *Yahoo!* l'eliminazione dal proprio *server* di tutti i dati relativi a messaggi, immagini e testi riferibili agli oggetti nazisti e delle pagine Web di *Geocities.com* ⁽²⁵⁾ contenenti i testi antisemiti di cui sopra;
- b) che *Yahoo! France* venisse condannata a oscurare le pagine indicizzate coi termini «negazionismo» e «olocausto».

Dinanzi a tali pretese, le convenute subito presentavano tre eccezioni, due di natura processuale e una sostanziale: da un lato, *Yahoo! Inc.* dichiarava il difetto della giurisdizione francese poiché il danno si era verificato negli Stati Uniti ⁽²⁶⁾, evidenziando poi la mancanza di legittimazione ad agire delle ricorrenti e, infine, l'assoluta ineseguibilità della eventuale decisione favorevole del giudice francese, giuridicamente, alla luce del primo emendamento della Costituzione federale americana ⁽²⁷⁾, e tecnicamente ⁽²⁸⁾.

⁽²³⁾ L'art. 809 n.c.p.c. (in *Nouveau Code de Procedure Civil*, Dalloz, Paris 1987, ma ne esce un'edizione all'anno) dispone: «Le président peut toujours prescrire en référé les mesures conservatoires ou de remise en état qui s'imposent, soit pour prévenir un dommage imminent, soit pour faire cesser un trouble manifestement illicite».

⁽²⁴⁾ TGI de Paris, *Ordonnance de référé* du 22 mai 2000, reperibile sul sito legalis.net/jnet/decisions/responsabilite/ord_tgi-paris_220500.htm.

⁽²⁵⁾ Sito anch'esso di proprietà della *Yahoo! Inc.*

⁽²⁶⁾ Alla p. 3 dell'*Ordonnance* (per evidenti ragioni di reperibilità si fa riferimento alle pagine del documento così come stampato e scaricato dal sito cit.) «*Yahoo! Inc.* conclut à l'incompétence territoriale de notre juridiction pour connaître du litige, motif pris que le faute allégué est commise sur le territoire des Etats-Unis».

⁽²⁷⁾ E' sulla base del primo emendamento che la Corte Suprema ha dichiarato incostituzionale il *Communication Decendy Act* con la sentenza cit. del 26 giugno 1997. Si trattava di una legge restrittiva che vietava l'invio «a una persona al di sotto dei 18 anni di età ogni commento, richiesta, suggerimento, proposta, immagine o altra comunicazione che, nel contesto, dipinge o descrive, in termini palesemente offensivi secondo i comuni *standard*, attività di organi escretori o sessuali, senza avere riguardo se l'utente di quel servizio ha ricevuto la chiamata o ha iniziato lui la

Il giudice Gomez respinse, con l'ordinanza in esame, tutte le eccezioni della difesa, affermando che «attendu que *le dommage étant subi en France*, notre juridiction est donc compétente pour connaître du présent litige en application de l'article 46 du n.c.p.c.»⁽²⁹⁾, e che «les difficultés réelles rencontrées par Yahoo ne constituent pas des obstacles insurmontables»⁽³⁰⁾. Con queste premesse, il TGI

comunicazione» (trad. di ZICCARDI, *Op. cit.*, p. 159). Alla base della decisione della Corte Suprema sta una constatazione di natura sostanziale: poiché la legge in esame prevedeva «*content based restrictions*» (v. C.R. CONSTANTINE – M. GODWIN – G. VRADENBURG, *Content Control on the Internet*, in AA.VV., *The Internet and Society*, O'Reilly & Associates, Cambridge-Köln-Paris-Sebastopol-Tokyo 1997, pp. 367-381) ossia vincoli alla libertà di espressione di tipo contenutisti-co, essa doveva considerarsi illegittima, giacché gli scopi di tutela potevano essere raggiunti in altri modi, attraverso la predisposizione di filtri *alla destinazione* (cioè nella casa ove i minorenni si connettono) e il controllo da parte dei genitori. Quest'obiezione sostanziale è invece trascurata dall'ordinamento francese, ove il *Conseil Constitutionnel* ha preferito, nel caso della costituzione del *Comité Superieur de la Télématique*, basarsi su motivazioni legate all'illegittimità amministrativa formale (Decisione n. 96-378 DC del 23 luglio 1996, in *Droit de l'informatique et des telecoms* 1996, pp. 41-43, su cui si vedano PIETTE-COUDOL & BERTRAND, *Internet et la loi*, cit., p. 130).

(²⁸) Infatti la convenuta dichiara: «les obligations de vigilance et de censure préalable que les requérantes voudraient voir mises à sa charge sont des obligations impossibles, tout d'abord au regard de la loi et de la constitution américaine, spécialement le premier amendement de la constitution qui institue la liberté d'expression et ensuite au regard de l'impossibilité technique d'identifier des internautes visiteurs du service de ventes aux enchères, rappelant toutefois que dans sa charte elle met en garde tout internaute contre toute utilisation du service à des fins dignes de réprobation pour quelque motif que ce soit (incitation à la haine, à la discrimination raciale ou ethnique...)».

(²⁹) *Ordonnance* cit., p. 4, corsivo aggiunto. L'art. 46 n.c.p.c. recita così: «Le demandeur peut saisir à son choix, outre la juridiction du lieu où demeure le défendeur : - en matière contractuelle, la juridiction de la livraison effective de la chose ou du lieu de l'exécution de la prestation de service ; - en matière délictuelle, la juridiction du lieu du fait dommageable ou celle dans le ressort de laquelle le dommage a été subi [...]».

(³⁰) Infatti il giudice considera che «Yahoo! Inc. est à même d'identifier l'origine géographique du site qui vient la consulter, à partir de l'adresse IP de l'appelant, ce qui devrait lui permettre d'interdire aux internautes appelant de France, ce par tous moyens appropriés, d'accéder aux services et sites dont la visualisation sur un écran installé en France, éventuellement suivie du téléchargement et de la reproduction des contenus, ou de toute autre initiative justifiée par la nature du site consulté, serait susceptible de recevoir en France une qualification pénale et/ou de constituer un trouble manifestement illicite au sens des articles 808 et 809 du Npc, ce qui est manifestement le cas de l'exhibition d'uniformes, insignes, emblèmes rappelant ceux qui ont été portés ou exhibés par les nazis; attendu qu'à l'égard des internautes qui

condannava *Yahoo! Inc.*, soggetto appartenente all'ordinamento degli Stati Uniti d'America, a «prendre toutes les mesures de nature à dissuader et à rendre impossible toute consultation sur Yahoo.com du service de ventes aux enchères d'objets nazis et de tout autre site ou service qui constituent une apologie du nazisme ou une contestation des crimes nazis»⁽³¹⁾.

Dall'ordinanza si desumono dunque tre principi:

- a) l'appartenenza a un ordinamento giuridico straniero non rende irricevibile l'azione civile, se il collegamento tipico (il «dommage subi» dell'art. 46 n.c.p.c. o dell'art. 5 n. 3 della Conv. di Bruxelles, di cui quello è la trasposizione) si è realizzato in Francia;
- b) è irrilevante l'ineseguibilità della decisione⁽³²⁾;
- c) è ben possibile, tecnicamente, risalire alla nazionalità dell'utente telematico.

Sotto il primo profilo, nell'udienza successiva la convenuta riproponeva il problema, ma questa volta asserendo la *direzionalità del sito* sulla base del dominio. In altre parole, *Yahoo! Inc.* affermava che «son activité est destinée aux internautes américains et s'exerce sur le sol américain où les internautes viennent visiter ses sites»⁽³³⁾.

L'ineseguibilità non è poi valutata in base al primo emendamento, ma alla luce della legge francese, poiché, secondo *Yahoo! France* per

passent par des sites leur garantissant l'anonymat, Yahoo ! Inc. à moins de possibilités de contrôle sauf, par exemple, celle de refuser systématiquement l'accès à de tels sites à tout visiteur qui ne révélerait pas son origine géographique».

⁽³¹⁾ *Ordonnance* cit., p. 5, corsivo aggiunto.

⁽³²⁾ Infatti il sistema della Convenzione di Bruxelles appare come un sistema armonioso, nel quale il coordinamento tra controversie penali e civili avviene sulla base della competenza del giudice penale a conoscere della controversia civile. Difatti l'art. 5 n. 4 della Conv. stabilisce che la giurisdizione compete, «qualora si tratti di un'azione di risarcimento di danni o di restituzione, nascente da reato, [...] al giudice davanti al quale l'azione penale è esercitata, sempreché secondo la propria legge questo possa conoscere dell'azione civile». Poiché qui il TGI agisce con competenza civile, la disposizione pare rispettata. Più sospetta è l'applicazione dell'art. 16 della Conv., in base al quale la competenza *esclusiva* spetta «in materia di esecuzione delle sentenze, [a]i giudici dello Stato contraente nel cui territorio ha luogo l'esecuzione» (cfr. BALLARINO, *Diritto internazionale privato*, cit., pp. 140 ss.). Poiché gli Stati Uniti non hanno firmato la Convenzione di Bruxelles, il giudice dell'esecuzione è il giudice francese, ma si dubita che questi possa imporre realmente un *facere* a un soggetto statunitense, data la contrarietà rispetto al primo emendamento.

⁽³³⁾ TGI de Paris, *Ordonnance de référé* du 11 août 2000, **sul sito**, p. 2.

le questioni tecniche è competente il giudice dell'esecuzione onde «nous ne saurions connaître des prétendues difficultés d'exécution alléguées en demande»⁽³⁴⁾.

Infine, per quanto concerne il terzo punto, le convenute eccevano di nuovo l'impossibilità tecnica di risalire alla nazionalità dell'utente⁽³⁵⁾.

Nell'ordinanza dell'11 agosto il giudice Gomez respingeva le eccezioni di difetto di giurisdizione e di competenza del giudice dell'esecuzione, e disponeva una perizia («mesure de consultation»), nominando un comitato *ad hoc* formato da tre esperti di diverse nazionalità (due francesi e un americano)⁽³⁶⁾.

Merita di essere mostrato ora un equivoco di fondo che mina le fondamenta della perizia (prima) e dell'ordinanza cautelare conclusiva (poi): la mancata coincidenza tra l'ordine del giudice sull'individuazione dell'«*origine géographique des appels*» e l'effettivo contenuto della perizia, che si interessa invece anche della *cittadinanza* dell'utente chiamante.

Nell'ultima ordinanza del 20 novembre 2000, il giudice sentenza (con argomentazioni non prive di contraddizioni):

⁽³⁴⁾ Ivi, *loc. cit.*

⁽³⁵⁾ In particolare, esse obiettavano che «en l'état actuel de la technique, il est impossible de se conformer aux exigences de l'ordonnance du 22 mai 2000, les seules réponses actuellement valables consistant à responsabiliser l'internaute en lui offrant les moyens de se déterminer en toute connaissance de cause et le fournisseur d'accès en exigeant de ce dernier une information complète de l'internaute et la fourniture de moyens permettant d'identifier les sites qui constituent des infractions à la loi française».

⁽³⁶⁾ Le richieste cui la perizia dovrà rispondere sono stabilite a p. 6 dell'*Ordonnance ult. cit.*: «décrire les informations véhicules par le net permettant de déterminer l'origine géographique des appels; dire si d'autres informations, provenant notamment des opérateurs téléphoniques ou des câblo-opérateurs, pourraient être exploités tant par les fournisseurs d'accès que les hébergeurs des sites destinataires pour déterminer l'origine des appels et, dans cette hypothèse, les décrire; décrire les procédures de filtrage pouvant être mises en œuvre par la société Yahoo pour interdire l'accès aux internautes opérant à partir du territoire français à des rubriques qui pourraient être jugées illicites par les autorités judiciaires française; dans l'hypothèse où aucune solution technique ne pourrait garantir un filtrage à 100 %, fournir tous éléments techniques et de fait permettant d'apprécier l'étendue du filtrage susceptible d'être obtenu par chacun des procédures de filtrage décrites par les consultants; plus généralement, fournir tous éléments techniques et de fait permettant au tribunal de faire respecter les restrictions d'accès ordonnées à l'encontre de Yahoo Inc.».

- a) il rovesciamento della logica della *direzionalità* a favore della constatazione dell'*audience* mondiale di Internet ⁽³⁷⁾;
- b) che da questa constatazione deriva l'affermazione della giurisdizione del luogo d'accesso (v. *supra*, § 2, i.f.), in quanto a connessioni provenienti dalla Francia *Yahoo! Inc.* risponde con pubblicità in lingua francese ⁽³⁸⁾;
- c) che la giurisdizione francese deriva dall'esigenza di applicare il codice penale (art. 645-1 c.p.), e quindi di rispettare l'ordine pubblico francese (ma non si comprende perché un giudice civile si riferisca a concetti penalistici, dato che sarebbe stato sufficiente citare l'art. 46 n.c.p.c. sulla giurisdizione del luogo di produzione del danno!) ⁽³⁹⁾;
- d) che la difficoltà di esecuzione (si legga: l'ineseguibilità) non può da sola fondare un'eccezione di incompetenza.

Tutte queste considerazioni appaiono sostanzialmente deboli: da un lato, infatti, non risulta che l'ordine pubblico possa giustificare una giurisdizione cautelare civile (piuttosto, la non contrarietà all'ordine pubblico è condizione necessaria per il riconoscimento di un atto giurisdizionale in uno Stato diverso da quello a cui appartiene il giudice emittente); secondariamente, se l'ordine pubblico francese impone un processo a *Yahoo! Inc.*, l'ordine pubblico americano impedirà davvero l'esecuzione dell'ordinanza (e qui il giudice parigino non dà una soluzione precisa). Infine, se la convenuta si rifiutasse di eseguire le prescrizioni del giudice francese, come potrebbe questi imporglielo?

La perizia – si diceva – analizza la questione dell'accertamento dell'identità nazionale dell'utente connesso al sito. Punto nodale è l'associabilità di un *IP Number* a un soggetto francese (stante

⁽³⁷⁾ Cfr. TGI de Paris, *Ordonnance de référé* du 20 novembre 2000, *sul sito*, p. 2 : «s'il est exact que le site "Yahoo Auctions" en général, s'adresse principalement à des internautes basés aux Etats-Unis eu égard notamment à la nature des objets mis en vente, aux modes de paiement prévus, aux conditions de livraison, à la langue et à la monnaie utilisées, il n'en est pas de même des enchères d'objets représentant des symboles de l'idéologie nazie qui peuvent intéresser et *sont accessibles à toute personne qui souhaite les suivre, y compris aux Français*» (corsivo aggiunto).

⁽³⁸⁾ Infatti «Yahoo sait qu'elle s'adresse à des français puisque, à une connexion à son site d'enchères réalisée à partir d'un poste situé en France, elle répond par l'envoi de bandeaux publicitaires rédigés en langue française» (*Ordonnance cit.*, p. 3).

⁽³⁹⁾ Così «la simple visualisation en France de tels objets constitue une violation de l'article R.645-1 du Code pénal et donc un trouble à l'ordre public interne».

l'equivoco di cui sopra: soggetto chiamante dalla Francia ovvero soggetto di nazionalità francese) ⁽⁴⁰⁾. Com'è noto, l'*IP Number* è assegnato, in modo permanente o temporaneo (a seconda della durata), dall'*access provider* al momento della connessione. Conta dunque la localizzazione della rete del *provider*. Secondo la perizia, il 70% degli utenti francesi utilizzano *access providers* francesi, e perciò risultano perfettamente identificabili.

In realtà, le eccezioni paiono più decisive della regola. Anzitutto esistono *providers* il cui accertamento da risultato negativo, poiché, sebbene siano parti in contratti di accesso con utenti francesi, le loro reti sono localizzate in altri Stati ⁽⁴¹⁾. Ecco che entra in scena l'ipotesi di una «*déclaration sur l'honneur de sa nationalité par l'internaute*» ⁽⁴²⁾. Insomma, la perizia approva una soluzione la cui corretta applicazione, nel mondo virtuale, spetta alla coscienza morale e al buon senso dei francesi.

Ma l'eccezione maggiore (dalle due facce), che sembra travolgere l'intera costruzione, è ammessa dai periti stessi: «*rien n'interdit à un utilisateur d'appeler de France, par téléphone, un fournisseur d'accès dont le numéro de téléphone est étranger*», mentre «*il est également loisible à un étranger d'appeler un fournisseur d'accès situé en*

⁽⁴⁰⁾ Secondo i periti (si noti l'equivoco di fondo!), «Yahoo ! doit : 1) connaître l'origine géographique et la nationalité des internautes désirant accéder à son site de vente aux enchères ; 2) empêcher les internautes français ou connectés à partir du territoire français, de prendre connaissance de la description des objets nazis mis aux enchères, a fortiori d'encherir».

⁽⁴¹⁾ Così uno dei maggiori *access providers* internazionali, AOL (America OnLine) «utilise les service du réseau UUNET», tale che «les addresses IP dynamiquement allouées par AOL apparaissent comme localisées en Virginie où se trouve le siège social UUNET. Dès lors, les postes de travail des utilisateurs résidant sur le territoire français apparaissent sur la toile comme n'étant pas situés sur le territoire français» (*Ordonnance* du 20 novembre, cit., p. 7).

⁽⁴²⁾ Cfr. *ivi*, p. 8: «Puisque, du fait des exceptions précitées, aucune technique de filtrage ne permet de repérer l'ensemble des internautes français ou connectés à partir du territoire français, le collège de consultants a examiné l'opportunité de faire souscrire une déclaration, sur l'honneur, de nationalité par l'internaute. Cette déclaration pourrait être souscrite lors de la première connexion au site litigieux, en l'espèce le site de ventes aux enchères de Yahoo, par un internaute dont l'adresse IP ressortirait du régime d'exception évoqué supra. Un message (cookie) enregistré sur le poste de travail de l'internaute pourrait lui éviter d'avoir à renouveler sa déclaration lors de chaque connexion». Si può obiettare che è nella coscienza dei francesi l'obbligo di mantenere nel proprio *hard disk* il *cookie* in questione, senza che sia sanzionabile giuridicamente un'eventuale sua eliminazione.

France et de se voir allouer ainsi une adresse IP française» ⁽⁴³⁾. Anzi, un perito su tre (Vinton Cerf, nella sua opinione dissenziente) trae le conseguenze di questo difetto: «*It is not clear whether the jurisdiction of the French Court extends to actions taken by French citizens who are not in French territory at the time of their access to Internet»* ⁽⁴⁴⁾.

Queste osservazioni focalizzano bene la questione: se si fosse seguita la perizia, l'ordinanza del giudice Gomez sarebbe stata resa in violazione di due norme sostanziali:

- 1) l'art. 5 n. 3 della Convenzione di Bruxelles, così come interpretato dalla Corte di Giustizia delle Comunità europee, poiché si pronuncia su un danno perpetrato in Francia con riferimento all'individuazione della cittadinanza in ipotesi extraterritoriali (il giudice del luogo in cui l'evento dannoso si è

⁽⁴³⁾ *Ordonnance cit.*, p. 9.

⁽⁴⁴⁾ Ivi, p. 12. Cerf evidenzia i difetti della soluzione proposta: «It has been proposed that users identify where they are at the request of the web server. Such as the one(s) serving yahoo.fr or yahoo.com. There are several potential problems with this approach. For one thing, users can choose to lie about their locations. For another, every user of the web site would have to be asked to identify his or her geographic location since the web server would have no way to determine a priori whether the user is french or is using the Internet from a French location. Some users consider such questions to be an invasion of privacy. While i am not completely acquainted with privacy provisions in the European Union, it might be considered a violation of the rights of privacy of European users, including French users to request the information. Of course, if this information is required solely because of the French Court Order, one might wonder on what grounds all other users all over the world are required to comply.

Another complaint about the idea of asking users for their location is that this might have to be done repeatedly by each web site that the user accesses - yahoo cannot force every web site to make this request. When a user first contacts the server(s) at yahoo.fr or yahoo.com, one might imagine that the question of geographic location might be asked and then a piece of data called a cookie might be stored on the user's computer disk. Repeated visits to Yahoo sites might then refer to this cookie for user location information. The problem with this idea is that cookies are considered by many to be an invasion of privacy also, as a result many users either configure browsers to reject storage of cookies on their disk drives or they clear them away after each session on the Internet - thus forcing the query about geographical location each time the user encounters a Yahoo-controlled web site. Again, Yahoo would have no way to force a web site not under its control to either ask the location question or to request a copy of the cookie containing the location. Indeed, it would open up a vulnerability for each user if arbitrary web sites were told how to retrieve the cookie placed there by the Yahoo sites.

It has been suggested that the filtering need only apply to users access the Internet from French Territories or by users who are French citizens».

verificato può infatti pronunciarsi solamente sul danno prodotto entro i limiti territoriali del proprio Stato);

- 2) l'art. 3 c.c.fr., in quale notoriamente obbliga al rispetto della legge francese solo chi risiede in Francia ⁽⁴⁵⁾.

Fortunatamente, il giudice trascura il problema della cittadinanza e si limita, correttamente, a inibire l'accesso a coloro che risiedono in territorio francese ⁽⁴⁶⁾.

La condanna di *Yahoo! Inc.* dunque maschera il problema dell'adattabilità dei criteri di collegamento alla realtà virtuale, e cioè la costituzione di una giurisdizione nazionale a fronte del carattere internazionale di Internet. E l'ordinanza in esame non riesce a eliminare ogni dubbio, soprattutto per la *sequela* di un ragionamento non sempre lineare: poiché la perizia stabilisce che gli utenti saranno identificabili come chiamanti dalla Francia per il 90%, è davvero fondata una decisione positiva, contro la quale si schierano le menzionate eccezioni? O forse l'ordinanza non rischia di tradursi in una forzatura, in un atto *ultra vires*, sia perché c'è da attendersi un moltiplicarsi pericoloso dei ricorsi *per ogni sito Internet*, sia per la possibilità di attirare, dinanzi al proprio giudice, qualunque soggetto virtuale della Rete ⁽⁴⁷⁾. Il punto è proprio questo: la trasmissione di dati costituisce un collegamento sufficiente per la giurisdizione del luogo di accesso?

La risposta può svolgersi attraverso due osservazioni: anzitutto, la tipicità delle ipotesi di giurisdizione, vigente per tutti gli Stati che hanno firmato la Convenzione di Bruxelles e mirante, come si è detto,

⁽⁴⁵⁾ L'art. 3 c.c.fr. così recita : «Les lois de police et de sûreté obligent tous ceux qui habitent le territoire». Cfr. D. MENTHE, *Jurisdiction In Cyberspace: A Theory of International Spaces*, Michigan telecommunications technology law rev. 1998, pp. 69 ss.

⁽⁴⁶⁾ L'ordinanza che disponeva la perizia richiedeva alla commissione di indicare i mezzi per inibire l'accesso «à des rubriques qui pourraient être jugées illicites par les autorités judiciaires française», il che sicuramente è fuori luogo, non toccando certo a un perito indicare alle convenute quali rubriche sono contrarie alla legge francese!

⁽⁴⁷⁾ I dubbi sono sollevati anche dalla dottrina giuridica che finora è intervenuta sull'ordinanza: S. ROZENFELD, *Une décision qui ouvre un vrai débat politique*, sul sito *legalis.net/jnet*, riporta l'opinione negativa di Olivier ITÉANU, autore del saggio *Internet et le Droit. Aspects juridiques du Commerce Électronique*, Eyrolles, Paris 1996; C. BALMER, *Interview: La condamnation de Yahoo menace la liberté d'internet*, sulla rubrica *Multimedia actualités* del sito *yahoo.fr*; J.-J. PATIN, *Yahoo! ou l'union libre sur Internet*, sul sito *juritel.com/juri2000/Lachronique.asp*; A. TROCINO, *Sentenza a Parigi: Yahoo.com neghi ai francesi l'accesso a siti neonazisti*, dal sito *corriere.it*.

a eliminare i casi di giurisdizione esorbitante, non consente di stabilire esattamente se Internet può realizzare, di per sé, una di dette ipotesi. In secondo luogo (e di conseguenza), il giudice Gomez, partendo dalla constatazione della produzione del danno sul suolo francese, presume implicitamente *che l'azione abbia avuto luogo in un ordinamento giuridico diverso*, cioè quello statunitense. Ne deriva che il giudice del luogo di destinazione dell'informazione ha competenza in quanto essa gli è concessa dalla legge («reale»), essendo del tutto irrilevante il mezzo utilizzato. In altre parole, un soggetto è attirato in una giurisdizione straniera *non* con la motivazione che Internet è capace, per definizione, di interessare tutti gli ordinamenti giuridici mondiali, *bensì* sulla base di un criterio giuridico reale.

Il rischio è, invece, giustificare la giurisdizione in virtù di quella motivazione, cui il giudice parigino è andato vicino quando gli è stata prospettata la possibilità di assoggettare alla legge francese anche gli utenti situati al di fuori del territorio nazionale. Inutile evidenziare la pericolosità di una tale soluzione, analoga alla fattispecie, ben conosciuta, dei *crimina iuris gentium* ⁽⁴⁸⁾.

4. *Le soluzioni della giurisprudenza americana. La dottrina del «minimum contact» e le relative tendenze giurisprudenziali. Il triplo “test” e la ragionevolezza. Individuazione di principi generali e superamento del legame logico tra universalità di Internet e giurisdizione del luogo d'accesso.*

Laddove non esiste tipicità nei casi di giurisdizione, è sempre possibile, astrattamente, che Internet costituisca, di per sé, una precisa connessione di tipo giurisdizionale con lo Stato dell'attore, sì da attirare qui il convenuto. Si è scritto «*astrattamente*» perché ciò non è vero nella pratica.

⁽⁴⁸⁾ Se uno Stato esercitasse la propria giurisdizione su un soggetto privo di connessione con il foro agente (si pensi a un sito!), si parificherebbe il fatto di cui nella causa a un crimine internazionale, sicché quel giudice dovrebbe ordinare la sospensione del processo e trasferire gli atti alla Corte internazionale penale dell'Aja. Questa, a sua volta, o si troverebbe a giudicare un fatto al di fuori dei propri poteri, potendo emettere soltanto una sentenza “virtualmente” esecutiva (perché illegittima), ovvero declinerebbe la propria competenza per difetto *ratione materiae*. Ecco la gelida e lineare soluzione di chi vorrebbe stabilire una giurisdizione universale sulla sola base dell'universalità della rete Internet.

Come è noto, gli Stati Uniti rientrano nella categoria degli Stati privi di criteri di competenza precisi ⁽⁴⁹⁾. Posto che non esiste consequenzialità logica tra indirizzo Internet (URL) e luogo fisico in cui il gestore del sito esercita la propria attività, la giurisprudenza americana si è interrogata sulla sussistenza della giurisdizione dei tribunali statunitensi nel mondo virtuale di Internet ⁽⁵⁰⁾, ed ha risolto la questione – in modo per la verità non del tutto chiaro – nel caso *Playboy Enterprises (v. infra, § 6)*.

La Corte Suprema ha stabilito che il convenuto può essere citato dinanzi al giudice dell'attore se ha con lo Stato di questi un «*minimum*

⁽⁴⁹⁾ Si veda per ora G. GARONE, *Extraterritorialità della jurisdiction statunitense*, Dir. comm. int. 1996, pp. 557-564. La legge statunitense stabilisce alcuni criteri di collegamento sostanziale su convenuti stranieri, elencandoli nell'art. 421 del *Third Restatement of Foreign Relations Law of the United States* del 1987: «1. A state may exercise jurisdiction through its courts to adjudicate with respect to a person or thing if the relationship of the state to the person or thing is such as to make the exercise of jurisdiction reasonable. 2. a state's exercise of jurisdiction to adjudicate is generally reasonable, if at the time jurisdiction is asserted: a) the person or thing is present in the territory of the state, other than transitorily; b) the person, if a natural person, is domiciled in the state; c) the person, if a natural person, is resident in the state; d) the person, if a natural person, is a national in the state; e) the person, if a corporation or comparable juridical person, is organized pursuant to the law of the state; f) a ship, aircraft or other vehicle to which the adjudication relates is registered under the laws of the state; g) the person, whether natural or personal, has consented to the exercise of jurisdiction; h) the person, whether natural or juridical, regularly carries on business in the state; i) the person, whether natural or juridical, had carried on activity in the state, but only in respect of such activity; j) the person, whether natural or juridical, had carried on outside the state an activity having a substantial, direct, and foreseeable effect within the state, but only in respect of such activity; or k) the thing that is the subject of adjudication is owned, possessed, or used in the state, but only in respect of a claim reasonably connected with that thing». Cfr. S. WILSKE – T. SCHILLER, *International jurisdiction in Cyberspace: which States May Regulate the Internet?*, Federal Commercial Law Journal 1997, pp. 117-174.

⁽⁵⁰⁾ Sull'argomento il testo di riferimento è C. ACIMAN, *Les communications via Internet et les sites Web permettent aux demandeurs d'obtenir la compétence des tribunaux dans les actions*, RDAI 1997, pp. 585-590; v. anche E. LANDOLFI, *La giurisdizione ed Internet*, in AA.VV., *Il diritto nel Cyberspazio*, cit., pp. 201-209. In effetti, non è un mistero che una società situata in Italia e esercente la propria attività economica in Italia può rivolgersi a clientela italiana aprendo un sito con nome di dominio «.com».

contact»⁽⁵¹⁾, e ha precisato che con il termine va intesa una presenza «continua, sostanziale e sistematica»⁽⁵²⁾.

La giurisprudenza successiva tenta di applicare il principio a Internet, chiedendosi se l'informazione o i *bits* trasmessi possono costituire un contatto minimo sufficiente⁽⁵³⁾. Nel caso *CompuServe Inc. vs. Patterson*⁽⁵⁴⁾ la Corte di Appello del Sesto Circuito ha annullato una decisione del tribunale di primo grado dell'Ohio, il

⁽⁵¹⁾ Corte Suprema, sent. *International Shoes v. Washington*, 326 U.S. 310 (1945). Su questa sentenza v. D.V. LOGUE, *If the International Shoe Fits, Wear It: Applying Traditional Personal Jurisdiction Analysis to Cyberspace in CompuServe, Inc. v. Patterson*, Villanova Law Rev. 1997, pp. 1213 ss. V. anche la sentenza, nello stesso senso, *Helicopteros Nacionales de Colombia S.A. v. Hall*, 466 U.S. 408, 414-16 (1984).

⁽⁵²⁾ LANDOLFI, *La giurisdizione*, cit., p. 205; ACIMAN, *Les communications*, cit., p. 587.

⁽⁵³⁾ La letteratura giornalistica americana sul punto è quasi sterminata: M. GODWIN, *Problems Policing Porn On-line: Community Standards Difficult to Apply in Cyberspace*, San Francisco Examiner, 14 agosto 1994; ID., *The Long Arm of the Law*, Internet World, Marzo 1995, pp. 78 ss.; D.H. HERNANDEZ – D. MAY, *Personal Jurisdiction and the Net: Does Your Website Subject You to the Laws of Every State in the Union?*, Los Angeles Daily Journal, 15 luglio 1996; C.S. KAPLAN, *Court Rejects Tribal Claim of Jurisdiction over Web Site*, New York Times Cyber Law Journal, 19 febbraio 1998; D.J. LOUNDY, *'Data Havens' May Protect Online Enterprises*, Chicago Daily Law Bulletin, 9 gennaio 1997, p. 6; ID., *Long Arm of the Law Reaches Far Into Cyberspace*, *ivi*, 8 agosto 1996, p. 6; ID., *Whose Standards? Whose Community?*, *ivi*, 1 agosto 1994, p. 5.

⁽⁵⁴⁾ 89 F. 3d 1257 (6th Circuit 1996). La Corte nota che « In fact, it is Patterson's relationship with CompuServe as a software provider and marketer that is crucial to this case. The district court's analysis misses the mark because it disregards the most salient facts of that relationship: that Patterson chose to transmit his software from Texas to CompuServe's system in Ohio, that myriad others gained access to Patterson's software via that system, and that Patterson advertised and sold his product through that system. Though all this happened with a distinct paucity of tangible, physical evidence, there can be no doubt that Patterson purposefully transacted business in Ohio ». Essa segue i precedenti: *Plus System Inc. v. New England Network Inc.*, 804 F. Supp. 111, 118-19 (D. Colo. 1992), ma soprattutto *United States v. Thomas*, 74 F.3d 701, 706-07 (6th Cir. 1996). E ribadisce: « Moreover, this was a relationship intended to be ongoing in nature; it was not a "one-shot affair. Patterson sent software to CompuServe repeatedly for some three years, and the record indicates that he intended to continue marketing his software on CompuServe. As this court has often stated, *business is transacted in a state when obligations created by the defendant or business operations set in motion by the defendant have a realistic impact on the commerce of that state*; and the defendant has purposefully availed himself of the opportunity of acting there if he should have reasonably foreseen that the transaction would have consequences in that state » (corsivo aggiunto).

quale aveva dichiarato la propria incompetenza a decidere su una controversia tra l'attore, residente nell'Ohio e il convenuto texano: la Corte stabilì che il giudice *a quo* non aveva considerato il rapporto continuativo tra la *Compuserve* e il fornitore di software texano, che non si riduceva a un «*one shot affair*», ma consisteva in una trasmissione continua e non insignificante di informazioni ⁽⁵⁵⁾. Nello stesso senso va la decisione del caso *Zippo Manufacturing Co v. Zippo Dot Com Inc.* ⁽⁵⁶⁾, in cui la trasmissione di *password* è un criterio sufficiente.

In senso contrario si è pronunciato un giudice di New York nel caso *Bensusan Restaurant Corp. v. King* ⁽⁵⁷⁾. La Corte ha stabilito che «*jurisdiction cannot be asserted over a nonresident [...] unless the nonresident commits an act in this State. This is tantamount to a requirement that the defendant or his agent be physically present in New York. ... In short, the failure to perform a duty in New York is not a tortious act in this state, under the cases, unless the defendant or his agent enters the state*» ⁽⁵⁸⁾. Il che vuol dire, in altre parole, che occorre lo spostamento fisico e la commissione di un atto: *la "navigazione" in Internet non equivale allo spostamento fisico*, essendo perciò inidonea a legittimare la giurisdizione ⁽⁵⁹⁾.

⁽⁵⁵⁾ Il caso ha ispirato numerosi autori: J.B. BOSSIN, *What Constitutes Minimum Contacts in Cyberspace after CompuServe Inc. v. Patterson: Are New Rules Necessary for a New Regime?*, Georgia State Univ. Law Rev. 1997, pp. 521 ss.; B.A. LENOX, *Personal Jurisdiction in Cyberspace: Teaching the Stream of Commerce Dog New Internet Tricks*, University of Dayton Law Rev. 1997, pp. 331 ss.; D.V. LOGUE, *Op. cit.*.

⁽⁵⁶⁾ 952 F. Supp. 1119; sulla sentenza v. le osservazioni di CERINA, *Il problema*, cit., p. 377.

⁽⁵⁷⁾ 937 F. Supp. 295 (S.D.N.Y. 1996). Un piccolo *night club* del Missouri aveva aperto un sito e la società che gestiva un altro *night*, con lo stesso nome ma con sede a New York, gli aveva intentato causa.

⁽⁵⁸⁾ Conclude la Corte: « We conclude that Bensusan has failed to allege that King or his agents committed a tortious act in New York as required for exercise of personal jurisdiction [...]. The acts giving rise to Bensusan's lawsuit - including the authorization and creation of King's web site, the use of the words "Blue Note" and the Blue Note logo on the site, and the creation of a hyperlink to Bensusan's web site - were performed by persons physically present in Missouri and not in New York. Even if Bensusan suffered injury in New York, that does not establish a tortious act in the state of New York ».

⁽⁵⁹⁾ La differenza rispetto al caso *Compuserve* appena esaminato è evidente: qui non vi è trasmissione di dati, mentre nel caso *Compuserve* il convenuto aveva con l'attore un rapporto informativo di una certa consistenza.

Conclude in sintonia con il precedente *Compuserve* (e quindi in contrasto con il caso *Bensusan*) il giudice del Connecticut nella causa *Inset Systems Inc. v. Instruction Set Inc.* ⁽⁶⁰⁾, che ritiene la giurisdizione sussistente con la semplice pubblicità su Internet (compresa di segnalazione del numero di telefono), considerata come una «sollecitazione di natura sufficientemente ripetitiva per soddisfare il principio del *minimum contact*» ⁽⁶¹⁾. Del resto, l'applicazione del foro dell'accesso in materia di pubblicità non è cosa strana, nemmeno in Europa (v. § 5). Sulla scia di questa decisione, un tribunale californiano si è dichiarato competente per una violazione di marchi commessa via Internet: in *Panavision International v. Toeppen* ⁽⁶²⁾ il convenuto si era reso colpevole di attività di *grabbing* a scapito di una società della California, e viene sottoposto alla giurisdizione californiana. Questa sentenza si basa su un preciso antecedente: nel caso *Omeluk v. Langsten Slip & Batbyqgeri* ⁽⁶³⁾ il giudice aveva stabilito tre criteri (una sorta di "test") per determinare la giurisdizione:

- a) «the nonresident defendant must do some act or consummate some transaction with the forum or perform some act by which he purposefully avails himself of the privilege of conducting activities in the forum, thereby invoking the benefits and protections of its laws;
- b) the claim must be one which arises out of or results from the defendant's forum-related activities; and

⁽⁶⁰⁾ 937 F. Supp. 161 (D. Conn. 1996).

⁽⁶¹⁾ VAN OVERSTRAETEN, *Les communications*, cit., p. 588; la posizione delle parti è così descritta dalla Corte medesima: « The defendant claims that personal jurisdiction is lacking here because it does not have sufficient minimum contacts within Connecticut to satisfy constitutional precepts concerning due process. Minimum contacts are lacking, according to the defendant, because it is a Massachusetts corporation with its office and principal place of business in Natick, Massachusetts, it does not conduct business in Connecticut on a regular basis, and it does not maintain an office in Connecticut, nor does it have a sales force or employees in the State. The plaintiff responds that minimum contacts comporting with due process have been satisfied because the defendant has used the Internet, as well as its toll-free number to try to conduct business within the state of Connecticut ».

⁽⁶²⁾ 938 F. Supp. 616 (C. D. Cal. 1996).

⁽⁶³⁾ 52 F.3d (9th Cir. 1995).

c) exercise of jurisdiction must be reasonable»⁽⁶⁴⁾.

Nonostante gli orientamenti giurisprudenziali sempre diversi e multidirezionali, alcuni punti fermi si possono fissare: anzitutto un sito Internet *meramente passivo* (niente attività commerciale, nessun catalogo, nessun numero di telefono di riferimento ecc.) non può determinare, da solo, la giurisdizione del luogo dell'utente⁽⁶⁵⁾. In secondo luogo, il limite della ragionevolezza (terzo elemento della costruzione appena vista) può aiutare a limitare i casi di giurisdizione esorbitante sottolineati: è ragionevole pensare che il gestore di un sito Internet debba mettere in conto la possibilità di essere assoggettato alla giurisdizione di ciascuno dei suoi visitatori? La risposta sarà senz'altro negativa⁽⁶⁶⁾. Purtroppo, scartata questa ipotesi assoluta di giurisdizione del luogo di accesso, è necessario constatare che non esiste una via intermedia tra questa e la libertà assoluta.

Secondo la legge statunitense, i requisiti che rendono ragionevole una giurisdizione sono talmente vasti da dar luogo a forme di competenze esorbitanti⁽⁶⁷⁾. Del resto, neppure la risposta del «forum

⁽⁶⁴⁾ Ivi, § 270. Sul punto L. SWEDLOW, *Three Paradigms of Presence: A Solution for Personal Jurisdiction on the Internet*, Oklahoma City University Law Rev. 1997, pp. 337 ss.

⁽⁶⁵⁾ In senso contrario, *Digital Equipment Corp. v. AltaVista Technology Inc.*, 960 F. Supp. 456 (D. Mass. 1997), ove « the court rejected the argument that the defendant's advertising was only general, and not directed toward Massachusetts residents; it concluded that the Web site was integral to the contract with the Massachusetts company and to the cause of action » (§ 446 s.).

⁽⁶⁶⁾ In questo senso, *Smith v. Hobby Lobby Stores Inc.*, 968 F. Supp. 1358 (W.D. Ark. 1997), in cui la pubblicità *on line* di un'azienda cinese di alberi di Natale non è stata ritenuta di per sé sufficiente a determinare la giurisdizione dell'Arkansas per un incendio, provocato proprio da un albero; *McDonough v. Fallon McElligott Inc.*, 40 U.S.P.Q.2d (BNA) 1826 (S.D. Cal. 1996), nel quale il giudice dichiarò contrario al senso pratico il fatto di ritenersi competente sulla base di un mero accesso a un sito Web. Anche la *contrarietà ai principi del giusto processo e di giustizia* è stata utilizzata come argomentazione per escludere la competenza: v. in proposito *Hearst Corp. v. Goldberg*, No. 96 Civ. 3620 (PKL)(AJP), 1997 WL 97097 (S.D.N.Y. Feb. 26, 1997).

⁽⁶⁷⁾ Il co. 2 dell'art. 403 del *Third Restatement of Foreign Relations Law of the United States* del 1987 prevede che « Whether exercise of jurisdiction over a person or activity is unreasonable is determined by evaluating all relevant factors, including, where appropriate: (a) the link of the activity to the territory of the regulating state, i.e., the extent to which the activity takes place within the territory, or has substantial, direct, and foreseeable effect upon or in the territory; (b) the connections, such as nationality, residence, or economic activity, between the regulating state and the person principally responsible for the activity to be regulated, or between that state and those whom the regulation is designed to

non conveniens» è precisamente definita nei suoi contorni ⁽⁶⁸⁾. Tuttavia, non sempre il generale principio di ragionevolezza è sufficiente: ci sono casi in cui il contrasto tra giudizi è talmente palese da far pensare che non esista un criterio universalmente accettato. In *United States v. Thomas* ⁽⁶⁹⁾, ad es., un *download* da un sito della California (annunciato con identificazione tramite *password*) è stato ritenuto sufficiente (uno solo!) a costituire la giurisdizione del Tennessee ove si trovava l'utente destinatario. Secondo la dottrina, il gestore del sito avrebbe dovuto controllare, prima del *download*, le leggi del Tennessee (si noti che nella sentenza *Compuserve* occorreano *più downloads*). In alcuni casi è considerato sufficiente l'esercizio di un'attività commerciale (come in *Compuserve*, cit.), in altri «the mere act of transmitting information through the use of interstate communication facilities is not sufficient to establish jurisdiction over the sender» ⁽⁷⁰⁾.

L'equivocità del concetto di *minimum contact*, di per sé aperto all'arbitrio dei giudici, non va però esagerata. A parte l'ipotesi della passività, nessun giurista pare considerare decisiva la semplice connessione (navigazione, accesso, che dir si voglia) a un sito: sembra necessario un *comportamento attivo* da parte del convenuto. In questa direzione,

protect; (c) the character of the activity to be regulated, the importance of regulation to the regulating state, the extent to which other states regulate such activities, and the degree to which the desirability of such regulation is generally accepted; (d) the existence of justified expectations that might be protected or hurt by the regulation; (e) the importance of the regulation to the international political, legal, or economic system; (f) the extent to which the regulation is consistent with the traditions of the international system; (g) the extent to which another state may have an interest in regulating the activity; and (h) the likelihood of conflict with regulation by another state ». Per un commento v. WILSKE-SCHILLER, *International Jurisdiction in Cyberspace*, cit., p. 128.

⁽⁶⁸⁾ HERZOG, *La théorie du forum non conveniens en droit anglo-américain: un aperçu*, *Revue critique de droit international privé* 1976, pp. 1-41.

⁽⁶⁹⁾ 74 F.3d 701 (6th Cir. 1996).

⁽⁷⁰⁾ *California Software Inc. v. Reliability Research Inc.*, 631 F. Supp. 1356 (C.D. Cal. 1986), § 1360. In senso esattamente contrario: *Resuscitation Tech. Inc., v. Continental Health Care Corp.*, No. IP 96-1457-C-M/S, 1997 WL 148567 (S.D. Ind. Mar. 24, 1997); *Hall v. LaRonde*, 66 Cal. Rptr. 2d 399 (Cal. Ct. App. 1997); *Pres-Kap Inc. v. System One Direct Access Inc.*, 636 So. 2d 1351 (Fla. Dist. Ct. App. 1994); su quest'ultimo caso M.J. SANTISI, *Pres-Kap, Inc. v. System One, Direct Access, Inc.: Extending the Reach of the Long-Arm Statute Through the Internet?*, *The John Marshall Journal of Computer & Information Law* 1995, pp. 433 ss.

- a) la logica dell'ordinanza *Yahoo!* si ritrova in pieno, dato che il gestore del sito, per sottrarsi alla giurisdizione di volta in volta competente, potrà inibire l'accesso agli utenti chiamanti da uno Stato dalle leggi sfavorevoli;
- b) la «virtualità» del Web viene meno dinanzi alla necessità che sia posto in essere una condotta «reale» di un soggetto della Rete.

Ne derivano da un lato una semplificazione dialettica del problema, tendente a superare le contraddizioni giurisprudenziali, e dall'altro un superamento del legame logico (già criticato alla luce della Convenzione di Bruxelles e del caso *Yahoo!*, di cui v. *infra*, risp. §§ 2 e 3) tra carattere universale di Internet e affermazione della giurisdizione dello Stato dell'accesso.

5. *La pubblicità come criterio di giurisdizione. La disciplina comunitaria e le soluzioni della giurisprudenza americana.*

In materia di pubblicità è tutt'altro che raro trovare ipotesi di giurisdizione del luogo d'accesso ⁽⁷¹⁾. L'art. 3 della direttiva

⁽⁷¹⁾ In Europa la disciplina della pubblicità è contenuta nella Dir. CE 10 settembre 1984 n. 450, modificata dalla Dir. CE 6 ottobre 1997 n. 97/55/CE, e dalle rispettive normative nazionali, tra le quali va citato, per l'Italia, il D.Lgs. 25 gennaio 1992 n. 74 (lo si trova in TOSI, *Codice*, cit., pp. 1159 ss.). In queste discipline si legge che il controllo sulla pubblicità ingannevole e sul rispetto della disciplina comunitaria è attuato a livello nazionale dalle associazioni riconosciute e dai tribunali dello Stato d'accesso. In particolare l'art. 4 della Dir. 450/1984 infatti stabilisce che nell'interesse dei consumatori, dei concorrenti e del pubblico, le associazioni portatrici di interessi legittimi possono, a scelta, promuovere azione civile o adire organi amministrativi costituiti *ad hoc*. Sia i giudici civili che questi organi nazionali possono ordinare la sospensione della pubblicità o emanare provvedimenti d'urgenza (v. art. 700 c.p.c.). L'art. 4 cit. così dispone: «1. Gli Stati membri si accertano che esistano mezzi adeguati ed efficaci per combattere la pubblicità ingannevole e garantire l'osservanza delle disposizioni in materia di pubblicità comparativa nell'interesse sia dei consumatori che dei concorrenti e del pubblico in generale». La Dir. 3 ottobre 1989 n. 89/552 denominata «televisione senza frontiere» invece accoglie il principio del «mutuo riconoscimento», e cioè l'emissione televisiva deve rispettare la normativa *del paese d'origine*; la direttiva è stata attuata in Italia con la L. 6 agosto 1990 n. 223, «Disciplina del sistema radiotelevisivo pubblico e privato» (la vedi in TOSI, *Codice*, cit., pp. 1291 ss.), che costituisce appunto la normativa che devono rispettare tutte le emittenti italiane verso l'Italia e verso l'estero.

Secondo alcuni autori (BALLARINO, *Internet nel mondo della legge*, cit., p. 73), questo principio è applicabile anche alla pubblicità, con ciò portando ad argomentazione un caso francese: PIETTE-COUDOL & BERTRAND, *Internet et la Loi*,

31/2000/CE sul commercio elettronico prevede come sufficiente alla circolazione nell'Unione, per ogni servizio della società dell'informazione, il rispetto della legge del paese d'origine ⁽⁷²⁾. Poiché la direttiva si applica, per sua espressa disposizione, alla pubblicità *on line*, soltanto una delle ragioni contenute nell'art. 3 medesimo possono legittimare una deroga al principio. Nel caso *GB-INNO-BM* ⁽⁷³⁾ la Corte di Giustizia delle Comunità europee ha sentenziato che «la libera circolazione delle merci riguarda non solo il commercio professionale, ma anche i privati. Essa implica [...] che i consumatori residenti in uno Stato membro possano recarsi liberamente sul territorio di un altro Stato membro al fine di farvi acquisti nelle stesse condizioni della popolazione locale. Questa libertà dei consumatori è compromessa qualora l'*accesso alla pubblicità* disponibile nel paese di acquisto sia loro rifiutato» ⁽⁷⁴⁾.

Ma come si concilia il mutuo riconoscimento con la giurisdizione del luogo d'accesso affidata agli organi del paese destinatario? Il carattere menzognero va valutato con riferimento alla normativa del paese d'origine o a quella del paese di destinazione (o di accesso)?

L'Autorità Garante italiana ha considerato il sito straniero sottoposto alla giurisdizione italiana (e cioè soggetto al controllo dell'Organo medesimo) ogniqualvolta la pubblicità proveniente da quel sito tragga in inganno l'utenza italiana. Un simile orientamento, adottato anche dalla CONSOB relativamente alla promozione *on line* di servizi finanziari, sembra confermato da una recente pronuncia della Corte di

cit., p. 51. La *Loi Evin* (L. 10 gennaio 1991) vieta la pubblicità dell'alcool e del tabacco in Francia, e il delitto di pubblicità menzognera si considera commesso in Francia allorché in Francia è «fatta, ricevuta o trasmessa». Il legislatore francese ha dovuto modificare la legge in questione per consentire la trasmissione degli eventi sportivi dall'Italia, nei quali apparivano pubblicità di tabacco (art. 71 L. 27 gennaio 1993). Per applicazione del principio del paese d'origine, la dottrina francese correttamente considera la normativa francese riferita solo alle trasmissioni che partono dalla Francia, potendo benissimo quelle originarie di altri Stati membri contenere pubblicità con oggetto vietato in Francia (ivi, p. 52). Come risponderà allora la Francia alla direttiva sulla pubblicità ingannevole? Se un'associazione di consumatori francese fa causa a un sito italiano per aver pubblicato, su un *banner*, una marca di tabacchi, visibile agli utenti situati in Francia, *quid iuris*?

⁽⁷²⁾ Per il testo dell'art. 3 v. nota 4.

⁽⁷³⁾ Corte di Giustizia delle Comunità europee, sent. 7 marzo 1990, causa C-362/88, in *Raccolta* 1990, pp. I-667 ss.

⁽⁷⁴⁾ Ivi, § 8, corsivo aggiunto.

Lussemburgo ⁽⁷⁵⁾, nella quale si legittima lo Stato destinatario a sanzionare l'emittente straniero solo per esigenze imperative e senza che ciò possa comportare una restrizione alla circolazione delle merci oggetto della pubblicità. Questa formula risale alla celebre sentenza *Cassis de Dijon* e di essa anzi costituisce una sequela esemplare ⁽⁷⁶⁾. Del resto, la possibilità di conflitti tra normative è minima, perché la direttiva ha creato armonia, istituendo una nozione comunitaria di pubblicità menzognera: tale nozione sarà allora uguale in Francia come in Italia, in Germania come in Spagna, sicché valutarla ai sensi della legge dell'origine o ai sensi della legge dell'accesso diventa irrilevante ⁽⁷⁷⁾.

⁽⁷⁵⁾ Corte di Giustizia delle Comunità europee, sent. 9 luglio 1997, cause riunite C-34/95, C-35/95, C-36/95, *Konsumentombudsmannen, De Agostini Förlag AB, TV-Shop i Sverige AB*. La Corte ha così deciso: « 1. La direttiva del Consiglio 3 ottobre 1989, 89/552/CEE, relativa al coordinamento di determinate disposizioni legislative, regolamentari e amministrative degli Stati membri concernenti l'esercizio delle attività televisive, non osta a che uno Stato membro, applicando una normativa generale relativa alla tutela dei consumatori contro la pubblicità ingannevole, adotti provvedimenti nei confronti di un inserzionista a motivo di una pubblicità televisiva trasmessa da un altro Stato membro, purché tali provvedimenti non impediscano la ritrasmissione in sé e per sé sul suo territorio delle trasmissioni televisive provenienti dall'altro Stato membro suddetto.

2. L'art. 30 del Trattato CE dev'essere interpretato nel senso che non osta a che uno Stato membro, in base alle disposizioni della sua normativa nazionale, adotti provvedimenti nei confronti di un inserzionista a motivo di una pubblicità televisiva, a meno che tali disposizioni non incidano in egual misura, in diritto o in fatto, sullo smercio dei prodotti nazionali e di quelli provenienti da altri Stati membri, non siano necessarie per soddisfare esigenze imperative attinenti all'interesse generale o per conseguire uno degli obiettivi enunciati nell'art. 36 del Trattato CE e non siano proporzionate a tale scopo o a meno che sia possibile conseguire detti obiettivi o soddisfare dette esigenze imperative mediante misure meno restrittive per gli scambi intracomunitari.

3. L'art. 59 del Trattato CE dev'essere interpretato nel senso che non osta a che uno Stato membro, in base alle disposizioni della sua normativa nazionale, adotti provvedimenti nei confronti di un inserzionista a motivo di una pubblicità televisiva. Spetta tuttavia al giudice a quo verificare se tali disposizioni siano necessarie per soddisfare esigenze imperative attinenti all'interesse generale o per conseguire uno degli obiettivi enunciati nell'art. 56 del Trattato CE e siano proporzionate a questo scopo e se non sia possibile conseguire detti obiettivi o soddisfare dette esigenze imperative mediante misure meno restrittive per gli scambi intracomunitari ».

⁽⁷⁶⁾ Corte di Giustizia delle Comunità europea, sent. 20 febbraio 1979, cosiddetta sent. «Cassis de Dijon», causa 120/78, *Rewe-Zentral*, in *Raccolta* 1979, pp. 649 ss.

⁽⁷⁷⁾ Qui si nota la differenza tra la disciplina della giurisdizione e quella del mutuo riconoscimento: dire che il bene può circolare quando rispetta la legge del paese d'origine non significa che tale bene è sottratto alla giurisdizione dello Stato

Opposta pare l'opinione della giurisprudenza americana. Anzitutto ci si chiede: è sufficiente un sito Internet passivo per costituire la giurisdizione di uno Stato? Secondo alcuni giudici sì. Ad es. in *Maritz Inc. v. Cybergold* ⁽⁷⁸⁾ si legge che «although defendant characterizes its activity as merely maintaining a “passive website”, its intent is to reach all internet users, regardless of geographic location», e che quindi «with the website, defendant automatically and indiscriminately responds to each and every Internet user who accesses its website. Through its website, defendant has consciously decided to transmit advertising information to all Internet users, knowing that such information will be transmitted globally» ⁽⁷⁹⁾. In questo processo il giudice ritenne decisivo il numero di connessioni dell'attore (180) sul totale delle 311 provenienti dal Missouri verso il sito californiano, sulla base del precedente *Inset System* (v. *supra*, § 4). Tuttavia, va sottolineato che in quel caso il numero degli accessi raggiungeva le 10.000 unità, mentre qui si tratta di poche centinaia. La coerenza tra i precedenti è impeccabile, ma non si può trascurare che in entrambi la giurisdizione dipende *da caso fortuito* (e quindi si rivela irragionevole, nonché incompatibile con la soluzione qui adottata: v. *supra*, § prec. in fine): se un sito attira notevole traffico da uno Stato, allora sarà soggetto alla giurisdizione di quello; altrimenti no. Insomma, per non cadere tra le grinfie dei giudici di chissà quale Stato, il gestore del sito deve solo sperare... che non lo visiti nessuno ⁽⁸⁰⁾. E' tutta da dimostrare, infatti, la convenienza, per il gestore, a creare un sistema di filtraggio, di modo da escludere «l'accesso di utenti che risiedono in giurisdizioni dalle leggi sfavorevoli», con i

destinatario, né che lo Stato d'origine ha una giurisdizione speciale su quel bene. I due ambiti sono ben distinti. Tuttavia non si può trascurare il controllo assegnato alla Autorità Garante e ai tribunali del paese di destinazione della pubblicità: esso assume la forma di una giurisdizione sulla pubblicità, ma, grazie all'armonizzazione, non si traduce in una forma di giurisdizione sull'accesso (o giurisdizione « su » Internet), perché il giudice utilizzerà una legge identica, nello scopo e nelle definizioni, a quella del paese d'origine. La soluzione è in perfetta sintonia con il concetto espresso dall'art. 5 n. 3 della Convenzione di Bruxelles del 1968 e relative interpretazioni, perché il luogo ove la pubblicità può produrre danno è quello della destinazione, sicché questo Stato avrà il compito del controllo e il potere della giurisdizione.

⁽⁷⁸⁾ 947 F. Supp. 1328 (E.D. Mo. 1996). Sul caso v. S.M. FLOWER, *When Does Internet Activity Establish the Minimum Contact Necessary to Confer Personal Jurisdiction?*, Montana Law Rev. 1997, pp. 845 ss.

⁽⁷⁹⁾ Ivi, § 1333.

⁽⁸⁰⁾ WILSKE-SCHILLER, *International Jurisdiction in Cyberspace*, cit., pp. 166-168.

limiti già visti (v. § 3); oppure quello di «evitare di trasmettere dati o informazioni che una corte potrebbe considerare sufficienti» a determinare la giurisdizione ⁽⁸¹⁾. Senza contare che la compatibilità con la regola del *minimum contact* (e con il requisito della ragionevolezza) è tutta da dimostrare.

Nel caso *State v. Granite Gate Resorts Inc.* ⁽⁸²⁾, il giudice ritenne decisiva la comunicazione del numero di telefono di riferimento come “segnale” della volontà del gestore di sottoporsi alla giurisdizione del luogo d’accesso. In particolare, rigettò l’eccezione della difesa asserendo che nonostante «they mailed nothing in Minnesota, sent nothing to Minnesota, and never advertised in Minnesota», «*this argument is not sound in the age of cyberspace. Once the defendants place an advertisement on the Internet, that advertisement is available 24 hours a day, seven days a week, 365 days a year to any Internet user until the defendants take it off the Internet*» ⁽⁸³⁾. Potrà la fiera di questo giudice del Minnesota impedire che un suo collega dell’Iran condanni un sito per aver presentato, «*in the age of cyberspace*», *banners* raffiguranti donne sole o donne accompagnate ma senza velo ⁽⁸⁴⁾?

Secondo una Corte della Pennsylvania, (causa *Zippo Manufacturing Co.*, cit.), la sua giurisdizione sussiste su una società californiana la quale viene considerata agente nel mercato della Pennsylvania in quanto ha rilasciato, in quello Stato, ben 3.000 *passwords* d’accesso al sito (che corrisponde al 2% del traffico totale del sito). Anche qui vale quanto detto a commento del caso *Maritz Inc.*

Un ulteriore “compendio” viene dal già cit. *Digital Equipment Corp.*: qui la giurisdizione sussiste, oltre che per la mera pubblicità, anche per la scelta della legge applicabile al contratto di licenza e per la conclusione di *ben tre contratti* di vendita nel Massachusetts (!), foro dell’attore.

Un celebre caso (lasciato appositamente per ultimo, in modo tale da evidenziarne l’importanza), che riguarda l’Italia, è stato risolto nella

⁽⁸¹⁾ WILSKE-SCHILLER, *Ibidem*, p. 168.

⁽⁸²⁾ No. C6-95-7227, 1996 WL 767431 (Minn. Dist. Ct. Dec. 11, 1996). Da un *server* localizzato in Belize, un ente del Nevada (lo Stato di Las Vegas!) pubblicizzava il gioco d’azzardo e fu citato dinanzi a una Corte distrettuale del Minnesota, ove il gioco d’azzardo è vietato.

⁽⁸³⁾ *Ivi*, § 6.

⁽⁸⁴⁾ BALLARINO, *Internet nel mondo della legge*, cit., p. 69; WILSKE-SCHILLER, *International Jurisdiction in Cyberspace*, cit., p. 164;

sentenza *Playboy Enterprises Inc. v. Chuckleberry Publishing Inc., Tattilo Editrice S.p.a. Publishers* ⁽⁸⁵⁾. Nel 1981 l'impresa italiana Tattilo S.p.a. era stata condannata, assieme alla società americana distributrice Chuckelberry Publishing Inc., a cessare la distribuzione in inglese della rivista italiana *Playmen*, con la motivazione che il nome poteva creare confusione col noto marchio *Playboy*. Nel 1995 la Tattilo apriva il suo sito *playmen.it*, nel quale ogni utente, anche dagli Stati Uniti d'America, poteva ordinare la rivista. La *Playboy Enterprises* intentò causa di nuovo, denunciando la violazione dell'ingiunzione del 1981.

La Tattilo svolse le sue eccezioni su due punti:

- a) la diffusione di immagini di *Playmen* non viola la condanna dell'81, perché in essa non era prevista la diffusione via Internet;
- b) il sito *playmen.it* non si rivolge solo agli utenti degli Stati Uniti, ma alla comunità globale di Internet, sicché vale la legge del *server* (quella italiana).

Alla prima eccezione il giudice risponde che il divieto concerne la diffusione negli Stati Uniti della rivista, e quindi colpisce anche Internet. Alla seconda, la motivazione del rigetto corrisponde alla motivazione dell'ordinanza del giudice Gomez: il discorso è identico perché anche qui si rifiuta l'idea che la diffusione via Internet non comprende la diffusione negli Stati Uniti (o in Francia), e si afferma invece che la Tattilo (come più recentemente Yahoo!) deve escludere il mercato nazionale statunitense (o francese) ⁽⁸⁶⁾.

⁽⁸⁵⁾ 939 F. Supp. 1032 (S.D.N.Y. 1996); sul caso: BALLARINO, *Internet nel mondo della legge*, cit., pp. 182-183; WILSKE-SCHILLER, *International Jurisdiction in Cyberspace*, cit., p. 134; J. HAMILTON, *The Southern District Court of New York Separates the "Men" from the "Boys" on the Internet*, *Tulane Journal of International & Comparative Law* 1997, pp. 521 ss.; U. DRAETTA, *La disciplina europea del commercio elettronico*, in ISDACI (a cura di), *La disciplina europea del commercio elettronico*, Atti del Convegno tenutosi a Milano il 30 giugno 2000, p. 2 del materiale.

⁽⁸⁶⁾ La copertura dell'esclusione dipende dall'attività del sito: mentre nel caso *Playboy* la Tattilo non può distribuire la rivista negli Stati Uniti, a seguito dell'ordinanza del TGI parigino *Yahoo! Inc.* dovrà escludere solo gli utenti chiamanti dalla Francia verso le *home pages* precluse. La Corte afferma che «The Internet is a world-wide phenomenon, accessible from every corner of the globe. Tattilo cannot be prohibited from operating its Internet site merely because the site is accessible from within one country in which its product is banned. To hold otherwise would be tantamount to a declaration that this Court, and every other court throughout the world, may assert jurisdiction over all information providers on the

Da questo e dagli altri precedenti esaminati emerge che la soluzione non è mai la chiusura del sito. Una dichiarazione di illegalità o illiceità di un sito Internet è impensabile, e tuttavia non esiste altra via che l'impedimento dell'accesso. Palesemente, si tratta di una forma di giurisdizione dell'accesso anche se non arriva a giudicare sull'esistenza giuridica di un sito Web: solo a quel punto la sovranità dello Stato prevarrebbe, in termini di cruda «realità», sul mondo virtuale. Nella sentenza *Playboy* è evidente la relazione col mondo reale: poiché alla Tattilo è inibita la distribuzione di *Playmen* in un dato territorio, non fa differenza se la promozione è attuata via Internet o tramite i canali tradizionali. La *longa manus* della giurisdizione del giudice americano si realizza nel mondo reale come in quello virtuale. Qui ragionare in termini di mera virtualità è inutile⁽⁸⁷⁾.

global World Wide Web». Cfr. poi *Playboy Enterprises*, cit., § III.B. La Corte ha qui ripetuto che «while this Court has neither the jurisdiction nor the desire to prohibit the creation of Internet sites around the globe, it may prohibit access to those sites in this country. Therefore, while Tattilo may continue to operate its Internet site, it must refrain from accepting subscriptions from customers living in the United States. In accord with this holding, an Italian customer who subsequently moves to the United States may maintain his or her subscription to the Internet site» (*loc. cit.*).

⁽⁸⁷⁾ In altre parole, il mezzo Internet è irrilevante. E non è un caso che la giurisprudenza d'Oltreoceano si sforzi di ragionare su un piano reale: quando essa analizza il ruolo che il convenuto svolge sul mercato del foro, quando parla di percentuali di traffico e di clientela, quando descrive rapporti commerciali continuativi, quando tenta di svolgere un discorso logico sulla ragionevolezza, quando entra nella realtà economica del singolo utente e dell'area commerciale corrispondente, lo fa spostandosi dal mondo virtuale verso parametri reali. La dottrina non sembra averlo compreso in maniera sufficientemente precisa. Essa preferisce "viaggiare" sulle autostrade informatiche piuttosto che ricercare soluzioni pratiche. Si vedano per es.: D.L. BURK, *Federalism in Cyberspace*, Connecticut Law Rev. 1996, pp. 1095 ss.; ID., *Jurisdiction in a World Without Borders*, Vanderbilt Journal of Law & Tech. 1997, pp. 3 ss.; C.L. COUNTS - C.A. MARTIN, *Libel in Cyberspace: A Framework for Addressing Liability and Jurisdictional Issues in this New Frontier*, Albany Law Rev. 1996, pp. 1083 ss.; D. JOHNSON - D. POST, *Law and Borders. The Rise of Law in Cyberspace*, Stanton Law Rev. 1996, pp. 1367 ss.; G.M. KALOW, *From the Internet to Court: Exercising Jurisdiction over World Wide Web Communications*, Fordham Law Rev. 1997, pp. 2241 ss. La dottrina continua a immaginare Internet come un «alto mare» virtuale in cui la sovranità della giurisdizione spezza il sogno: il giudice non spezza nulla. Egli applica la legge alla fattispecie. E cioè applica la legge degli uomini a relazioni tra esseri umani e, salvo svisse clamorose, si sforza, a volte con tecniche magistrali, altre volte nella più cupa

6. La localizzazione del sito.

Il requisito della ragionevolezza, (caso *Omeluk* cit.) imporrebbe al giudice di risolvere la questione preliminare della *localizzazione del sito*.

La risposta dal punto di vista fisico è immediata: il sito si trova nel luogo in cui fisicamente sono situate le strutture informatiche che lo contengono, e cioè nel *luogo del server* ⁽⁸⁸⁾. Questa soluzione non è soddisfacente sotto il profilo giuridico, perché il diritto non può non considerare anche il carattere virtuale del mondo Internet.

La giurisdizione sul *server* fisicamente inteso sussiste sempre: il giudice è quello del luogo in cui si trovano le strutture ⁽⁸⁹⁾.

Il sito però può avere una collocazione diversa rispetto alla localizzazione del *server*, perché la considerazione virtuale del primo è indipendente dal carattere fisico del secondo, vale a dire che un *server* in Italia può supportare un sito registrato negli Stati Uniti. La registrazione vale come collegamento sufficiente per ritenere il sito soggetto alla giurisdizione statunitense? Il tema è più complicato di quanto possa sembrare. Infatti nel caso *Yahoo! Inc.* (v. § 2.1) e nella giurisprudenza americana, la localizzazione del sito statunitense *yahoo.com* è stata ritenuta assolutamente *irrilevante* ⁽⁹⁰⁾.

ignoranza, di imporre una soluzione a un problema altrimenti irrisolvibile, e cioè questo: se le relazioni virtuali possano qualificarsi in termini umani.

⁽⁸⁸⁾ V. la voce *server* in PARRELLA, *Vademecum della comunicazione telematica*, Caspa, Milano 2000, p. 93.

⁽⁸⁹⁾ Tuttavia non si realizza a una competenza esclusiva *ex art. 16* co. 1 lett *a* della Convenzione di Bruxelles, perché il computer non è un bene immobile.

⁽⁹⁰⁾ Ciò è tanto vero in quanto il TGI si è rivolto alla convenuta *Yahoo! Inc.* affermando la propria competenza come giudice del luogo della produzione del danno, senza indagare il luogo di registrazione del sito. Ciò vuole dire esattamente che il giudice parigino ha ragionato in termini di realtà, e non di virtualità. Allo stesso modo nel caso *Playboy Enterprises Inc.* la giurisdizione americana sulla Tattilo S.p.a. italiana sussiste indipendentemente dal fatto che il sito è localizzato in Italia e ivi registrato, ma perché è americano il mercato su cui operano le due società. Anche qui il collegamento assunto dal giudice come momento determinante si presenta in forme reali e non virtuali. Per non parlare poi della giurisprudenza americana: qui addirittura decisivo è l'accesso al sito, essendo irrilevante la localizzazione del *server* e tantomeno quella del sito stesso, potendo il foro dell'attore attrarre qualunque convenuto di qualsiasi Stato dell'Unione.

Un esempio può aiutare. Si pensi a un *server* situato in Italia con un dominio americano ⁽⁹¹⁾. Il dominio americano sarà sottoposto alla giurisdizione americana, perché americane sono le istituzioni di registrazione. Così, i domini «*de*» saranno soggetti alla giurisdizione tedesca, quelli «*es*» alla spagnola, quelli «*it*» alla italiana è via dicendo. Un conflitto tra giurisdizioni può sorgere ove si consideri che *la sorte del sito dipende da quella del server*: un sequestro cautelare del *server*, posto in essere per una qualsiasi ragione, può porre fine anche al sito, ma *non* al dominio, sicché la giurisdizione sul dominio può essere ancora diversa da quella sul sito ⁽⁹²⁾.

Avremo quindi tre giurisdizioni: quella sul *server*, quella sul *sito* e quella sul *dominio*. Possono anche essere tutte diverse. La giurisdizione sul sito può seguire la prima come la terza, a seconda dei casi. Si metta poi in conto che la società che gestisce il sito, e cioè l'impresa commerciale proprietaria del *server* o parte di un contratto di concessione del *server*, può essere soggetta a una quarta giurisdizione. Il compito del giurista diventa a questo punto difficilissimo.

Secondo alcuni il sito rappresenterebbe una forma di *stabilimento* ai fini della determinazione della giurisdizione sull'impresa gestrice ⁽⁹³⁾. Il sito registrato negli Stati Uniti si considera come una filiale statunitense dell'azienda gestrice italiana.

⁽⁹¹⁾ E' sorta la pratica di registrarsi con entrambi i domini *.it* e *.com*, per evitare confusione.

⁽⁹²⁾ Si supponga infatti che il *server* di cui sopra sia posto sotto sequestro dal tribunale italiano, o sia disattivato per ordine del giudice penale; il sito corrispondente "morirà" di "morte naturale" in senso fisico. Ma il suo dominio resta soggetto al potere americano, perché una successiva registrazione con lo stesso dominio sarà comunque impossibile a qualsiasi soggetto richiedente, perlomeno finché le istituzioni preposte non lo cancellino.

⁽⁹³⁾ E' la tesi di M. CAIAZZA, *E' sufficiente un sito Internet perché sussista uno stabilimento ai fini della determinazione della legge applicabile e della competenza giurisdizionale?*, Dir. com. sc. int. 1999, pp. 187-193, spec. p. 191, che si basa sul seguente ragionamento: posto che la Convenzione di Bruxelles, all'art. 5 n. 5, determina come competente il giudice del luogo in cui si trova la succursale, l'agenzia o una qualsiasi filiale nelle cause concernenti appunto questi ambiti, l'A., rifacendosi a un'interpretazione della Corte di Lussemburgo (sent. 22 novembre 1978, causa 33/78, *Somafer c. Saar-Ferngas*, in *Raccolta* 1978, pp. 2183 ss.; sent. 16 marzo 1981, causa 139/80, *Blanckaert & Willems c. Trost*, in *Raccolta* 1981, pp. 819 ss.), ritiene competente il giudice del luogo di registrazione del sito perché questo avrebbe i requisiti necessari, e cioè «i) si manifesta in modo duraturo, ii) come un'estensione della casa madre, iii) materialmente attrezzato per trattare affari con i terzi».

L'argomentazione non pare convincente. Tra una persona "reale", quale è l'impresa, e una persona "virtuale" quale è il sito, *deve* prevalere la prima. Il punto 19 dei *consideranda* della direttiva sul commercio elettronico stabilisce che «il luogo di stabilimento del prestatore va determinato in base alla giurisprudenza della Corte di giustizia delle Comunità europee, secondo la quale la nozione di stabilimento implica l'*esercizio effettivo di un'attività economica* per una durata di tempo indeterminata mediante l'insediamento in pianta stabile. Tale condizione è soddisfatta anche nel caso in cui una società sia costituita a tempo determinato. *Il luogo di stabilimento, per le società che forniscono servizi tramite siti Internet, non è là dove si trova la tecnologia di supporto del sito né là dove esso è accessibile, bensì il luogo in cui tali società esercitano la loro attività economica*». Il parametro assunto dalla Commissione come discriminante è decisamente *reale*. E il considerando esclude espressamente sia il *server*, sia il *luogo di accesso*. Resta il luogo di registrazione del dominio, ma esso, alla luce della presente direttiva, non costituisce più un problema: l'art. 3 co. 1 conferma che il servizio può circolare liberamente nell'Unione se conforme alla normativa nazionale del luogo di stabilimento, con ciò dimostrando che le Istituzioni comunitarie si sono pronunciate verso una precisa opzione, quella della personalità "reale" del sito. Il sito seguirà perciò le vicende dell'azienda gestrice.

Di conseguenza, l'impresa situata in Italia sarà convenuta in Italia anche per un sito con dominio «.com». Si può infatti dubitare che la creazione di un sito possa dar vita a un soggetto giuridico distinto *in tutti gli ordinamenti in cui la registrazione non consegue allo stabilimento*. Dunque delle due l'una:

- 1) o l'ordinamento del paese di registrazione prevede un legame effettivo dell'impresa con il suo territorio, e allora lo stabilimento realizzerà la giurisdizione secondo i principi generali ⁽⁹⁴⁾;
- 2) *oppure* l'ordinamento del paese di registrazione non richiede alcun legame e allora non esisterà giurisdizione ⁽⁹⁵⁾.

⁽⁹⁴⁾ Per le persone giuridiche la proposta di modifica alla Convenzione di Bruxelles prevede come competente «lo Stato membro in cui si trova la loro sede statutaria, o la loro amministrazione centrale, oppure il loro centro d'attività principale» (art. 57 della *Proposta di Regolamento CE* cit.).

⁽⁹⁵⁾ E' il caso degli Stati Uniti e dei domini «.com». In Italia e in Svezia, invece, la registrazione avviene previo espletamento di una procedura in cui gli organi preposti

Sarebbe illogico ritenere un sito Internet, da solo, idoneo a generare una competenza giurisdizionale, e ciò perché i criteri di collegamento devono avere un'efficacia, per così dire, "reale", che invece il caso descritto *sub 2* non comporta. Insomma, la registrazione non costituisce un collegamento sufficiente per la giurisdizione. Nello stesso senso si è pronunciato il giudice americano nel caso *Playboy Enterprises* cit. ⁽⁹⁶⁾.

7. Conclusioni.

Dinanzi ai non pochi tentativi, alcuni falliti (si pensi al divieto, da parte del regime militare birmano, di vietare l'uso di Internet, rimasto inascoltato soprattutto dall'opposizione democratica), altri solo parziali (ad es. nei paesi islamici, specie in Iraq, ove Internet non è vietato ma il suo contenuto viene quotidianamente sottoposta alla censura del governo), di istituire un controllo sulla Rete, l'internazionalista non può non rilevare che il problema della giurisdizione può, nella pratica, tradursi in una estensione dell'autorità dello Stato al di fuori dei suoi confini territoriali. L'archetipo di giurisdizione del luogo d'accesso si ha infatti quando, all'affermazione della giurisdizione, consegue l'applicazione della legge repressiva considerata come ordinamento di applicazione necessaria.

accertano la sussistenza di un legame con l'ordinamento in cui si domanda la registrazione (es. controllo della partita IVA ecc.). V. in proposito ROGNETTA, *Il commercio elettronico*, Simone, Napoli 2000, pp. 36 ss.

⁽⁹⁶⁾ Cfr. il punto 4 delle note finali, ove si statuisce che «Tattilo is an Italian corporation with no agent or office within the United States; it does not sell, distribute, publish or advertise for its text-based Italian Playmen magazine in this country. However, this Court retained jurisdiction over defendant for the purposes of enforcing the 1981 injunction». In altre parole: 1) il giudice americano non può ordinare la chiusura del sito *playmen.it* proprio perché non esistono collegamenti con gli Stati Uniti, e cioè, indirettamente, l'estensione «*it*», denota l'appartenenza alla giurisdizione italiana; 2) egli considera la Tattilo sottoposta alla giurisdizione americana in virtù dell'ingiunzione del 1981, che deve essere eseguita negli Stati Uniti. Il medesimo principio è espresso nell'art. 16 co. 5 della Convenzione di Bruxelles del 1968, il quale designa come foro inderogabile per l'esecuzione delle sentenze quello di effettiva esecuzione. Se non vi fosse stata alcuna ingiunzione precedente, l'assenza di qualsiasi altro collegamento avrebbe probabilmente escluso la giurisdizione americana. Un sito con registrazione «*.com*» (o «*.edu*» o «*.org*» ecc.) non sarà sottoposto alla giurisdizione statunitense se non possiede i requisiti indicati dalla Corte suprema nel citato caso *International Shoes* (che vale per determinare la giurisdizione degli Stati Uniti rispetto agli altri Stati), ovvero quelli stabiliti dalla legge federale.

Ma davvero l'ipotesi è così terribile come sembra? L'utente ignaro sarà convenuto dinanzi a uno Stato dal nome impronunciabile a ogni *click* in Internet?

Certamente *no*. Due considerazioni sono al riguardo decisive. Anzitutto, va detto che non è la Rete in sé a creare dubbi, ma i concetti, non ancora esenti da incertezze, di «norme di applicazione necessaria», di «norme imperative» e di «ordine pubblico»⁽⁹⁷⁾. E allora come imputare alla globalità della Rete una colpa che invece appartiene a un soggetto diverso – lo Stato – il quale *per sua natura* tende ad allargare ovunque le maglie della propria sovranità?

In secondo luogo, occorre ribadire che il problema di fondo è la validità (o meglio la vigenza) nel mondo virtuale delle regole del mondo reale. La questione, per la verità delicatissima, va risolta dal giurista con una constatazione di fatto: che tutte le volte che il giudice si trova a doversi pronunciare su un vincolo contrattuale telematico egli *deve*, per legge, applicare il diritto. E poiché, scritto o no, è il diritto che conta (nel senso etimologico che connota la funzione del giudice: *juris-dictio*), non si vede come possa esistere un ordinamento diverso, «virtuale», da quello giuridico «reale». La libertà di espressione informatica, tanto decantata, non è forse ammessa nei limiti in cui il diritto la riconosce?

Infine, si consideri la pregnanza della definizione di *responsabilità*: quale uomo di buon senso può credersi impunito dinanzi allo schermo di un computer? E quale giurista riuscirebbe a sostenere che la responsabilità civile e penale ... di un elaboratore elettronico può sostituire la responsabilità civile e penale ... di un uomo?

⁽⁹⁷⁾ V. BALLARINO, *Diritto internazionale privato*, cit., risp. pp. 186-195 e 302-311.