

FONTI NORMATIVE

Concetto di gerarchia delle fonti, elenco delle fonti normative. Civil Law e Common Law.

Problema della determinazione della fonte normativa per Internet.

Appunti dalle lezioni.

Riferimenti ulteriori:

Istituzioni di diritto privato, F. Galgano: capitolo secondo.

Diritto di Internet, G. Finocchiaro: capitolo I.

- 1 Le leggi
- 2 Civil e Common Law
- 3 Il diritto applicabile su Internet
- 4 Diritto applicabile ai contratti internazionali conclusi su Internet
 - 4.1 Convenzione di Roma
 - 4.2 Convenzione di Vienna
 - 4.3 Model Law Uncitral
 - 4.4 Nuova Lex Mercatoria
- 5 Un caso concreto: Yahoo vs Associazioni a tutela della cultura ebraica

1. LE LEGGI

Norma giuridica: regola, prassi, consuetudine. L'edificio giuridico è costruito sulla norma. Non deve essere necessariamente scritta, spesso è orale, o comportamentale.

Prassi: consuetudine ripetuta. [es. La percentuale che un'agenzia chiede sull'affitto di una casa si basa su una norma di consuetudine, non scritta.]

Legge: atto giuridico emanato dal Parlamento, necessariamente scritto, promulgato dal presidente della Repubblica, pubblicato sulla Gazzetta ufficiale.

Legge vs Diritto

Una legge è sempre scritta. Il diritto, o norma, può anche non essere scritta, ad esempio può essere consuetudinaria. A volte vi sono raccolte scritte di consuetudini, ma questo non è necessario. Per avere consuetudine vi devono essere due elementi: una convinzione psicologica che la norma sia dovuta, e la costante ripetizione della norma.

Diritto vs Giustizia

La giustizia è un concetto etico morale che non sempre coincide col diritto. Infatti la legge non è sempre “giusta” sotto il profilo valoriale, ad esempio può riflettere periodi storici o interessi economici.

Sistemi più rapidi di una legge:

- **Decreto Legge:** emanato in casi di emergenza dal governo senza l'approvazione del parlamento che ha 60 giorni di tempo per approvarlo, altrimenti decade. Il controllo da parte del Parlamento è quindi a posteriori.
- **Decreto Legislativo:** delega che il Parlamento conferisce al Governo di emanare un atto. Si utilizza in caso di normative che richiedano competenze specifiche che il Parlamento ritiene i ministri abbiano. Il Parlamento precisa i criteri della delega, e l'atto deve essere emanato entro un certo limite di tempo. Il controllo è a priori.

Gran parte della normativa di interesse informatico è in forma di decreti legislativi.

Il **legislatore** è una figura astratta, una metafora per indicare chi ha elaborato una certa legge in una data epoca. Concretamente può essere un modo per riferirsi a una singola persona, ma più spesso al Parlamento, o anche alla giurisprudenza di un dato periodo. Forme come “il legislatore del 1997” vogliono riferirsi ad esempio non tanto all'insieme di individui che nel 1997 produsse la norma, quanto al periodo, al sentire sociale, politico e giurisprudenziale che ispirò la norma. Il legislatore può essere un'epoca, una corrente di pensiero, un linea politica, in generale “l'ideale creatore” della legge (crf Galgano).

L'UNIONE EUROPEA

Direttive comunitarie: sono ordini dell'UE rivolti agli stati membri, che devono attuare quelle regole in una forma a loro propria. In Italia, tipicamente il parlamento, ricevuta la direttiva, delega il governo a formulare un decreto legislativo opportuno.

In Italia, una direttiva non è efficace fino a che il Parlamento non promulga una sua legge (o D. LEG.), a meno che i termini per l'attuazione della direttiva non siano già scaduti ed essa sia abbastanza precisa e dettagliata da poter fungere essa stessa da norma.

Carta dei diritti Europei: principi fondamentali che sovrastano la Costituzione. L'Italia ha rinunciato a parte della propria sovranità firmando la Carta.

GERARCHIA DELLE FONTI

1. Carta dei diritti – trattato UE
2. Costituzione e leggi costituzionali
3. [Direttiva Europea]
4. Legge, D.L., D. LEG., legge regionale, Codice (raccolta con la stessa efficacia di una legge)
5. Regolamento (emanato dalle amministrazioni, regole dettagliate emanate da un soggetto amministrativo.)
6. Uso e consuetudine

2. CIVIL E COMMON LAW

Sentenza: decisione di un magistrato su un caso specifico (diversa da una legge che invece ha carattere generale).

Il valore di una sentenza cambia a seconda che ci si trovi in un sistema di Civil Law [paesi EU, ITA] o di Common Law [paesi anglosassoni: UK, USA, AUS].

Civil Law: il diritto è scritto, e una sentenza precedente non vincola sentenze successive. Ad esempio, anche se in Italia vi è una sentenza della Cassazione su un dato caso, essa non è vincolante; ha però tipicamente un forte valore persuasivo, il giudice può essere fortemente influenzato dalla giurisprudenza. Vi sono (sempre in Italia) modi per rendere i precedenti più vincolanti al fine di semplificare gli iter amministrativi, ad esempio la Cassazione può riunirsi e concordare un orientamento da tenere in casi frequenti di interesse comune.

Nella realtà spesso i giudici si poggiano, anche in uno stato di Civil Law come il nostro, su decisioni prese precedentemente. Tuttavia questo è ammesso perché la legge si basa sulle norme scritte, ma ha tra le sue fonti a livello più basso anche gli usi e le consuetudini, e tali possono essere considerate sentenze precedenti.

Common Law: in questo sistema il diritto è fondamentalmente non scritto, ma consuetudinario. La sentenza di un giudice è creatrice e vincolante per le sentenze successive, e quindi la giurisprudenza è fonte del diritto. I giudici possono discostarsi da sentenze precedenti solo attenendosi a determinate tecniche con le quali differenziano il loro caso dal caso precedente alla cui sentenza dovrebbero conformarsi.

Questa differenza di sistemi risale al Medioevo. Nel periodo della codificazione francese si riteneva che il giudice dovesse essere “bouche de la loi” (bocca della legge), ovvero che dovesse solo recitare la norma appropriata da un ipotetico codice perfetto e completo. Naturalmente questa visione della codificazione delle norme è utopistica nel senso che è impossibile creare un tale codice, e naturalmente i giudici nello svolgere il loro lavoro avevano sempre spazio per un'interpretazione personale delle norme.

I due sistemi, comunque, si sono contaminati a vicenda nel tempo. La Gran Bretagna e gli Stati Uniti hanno scritto gran parte delle loro norme, e nei sistemi di Civil Law i precedenti sono diventati a volte anche molto significativi.

In questo periodo si parla, in Italia almeno, di inquinamento legislativo: anche per essere un sistema di Civil Law (norme scritte) vi sono troppe norme, con le quali è difficile destreggiarsi.

3. IL DIRITTO APPLICABILE SU INTERNET

IL PROBLEMA DELL'INDIVIDUAZIONE DELLE FONTI

Per identificare il diritto applicabile i giuristi utilizzano criteri di collegamento geografici, territoriali. Questo pone da subito un problema, in quanto su Internet è difficile, se non impossibile, definire il luogo in cui qualche azione di rilevanza giuridica è avvenuta, e non è immediato nemmeno identificare le posizioni geografiche (e di conseguenza la nazione di appartenenza) delle parti in causa (o dei messaggi che si scambiano). Spesso, pur essendo un mezzo Internet viene percepito addirittura come un ambiente, un luogo a sé, e a volte, anche il riconoscimento dei soggetti è difficile.

Il problema dell'individuazione delle fonti del diritto su Internet non è però un problema a sé, ma un aspetto del problema di individuazione delle fonti del diritto nella società della globalizzazione.

TESI SUL DIRITTO APPLICABILE

Vi sono tre tesi fondamentali su quale debba essere il diritto da applicare su Internet

- **APPLICAZIONE DEL DIRITTO VIGENTE** (di fonte statale o analogica)

soluzione più tradizionale, sostiene che il diritto vigente si può applicare con l'ausilio dei soli strumenti interpretativi (il giudice interpreta la norma non formulata ad hoc per la situazione di Internet e la applica "per analogia"). Presenta diversi problemi pratici.

- **NECESSITA DI INNOVAZIONI NEL DIRITTO APPLICABILE**

posizione predominante, con maggiori articolazioni. La dottrina concorda sulla necessità di innovazioni ma si divide sulle modalità.

- **TEORIA DELL'ANARCHIA DI INTERNET**

si tratta di un'idea di matrice nordamericana che vuole Internet come luogo avulso dal diritto. Si tratta di teorie diffuse ai primordi di Internet, poi cadute e più volte riproposte. Secondo questa teoria, il diritto non deve avere giurisdizione su Internet, le regole giuridiche non devono valere. Di fronte a situazioni di conflitto tuttavia, questa idea dimostra di essere utopistica.

- **TEORIA DELLA SELF-REGULATION**

questa teoria è un'evoluzione della precedente. Internet è visto come un mondo parallelo, dove vigono regole sociali diverse dal mondo reale, che i soggetti interessati creano da soli. Gli utenti, secondo questa teoria, si darebbero da soli un diritto. L'esempio di self regulation spesso citato è la netiquette. Tuttavia, essa non costituisce un diritto, quanto piuttosto un buon costume. In pratica, la self regulation non esiste.

Esiste un'altra teoria sul diritto di Internet, sempre di matrice USA, promossa da due teorici del diritto, Lawrence Lessig (professore di Harvard già noto per aver creato i Creative Commons, tipologia di licenze per la gestione alternativa del diritto d'autore, organizzare in un sistema modulare comunicabili mediante icone, autore di Code and Other Laws Of Cyberspace) e Joel Reidenberg. Si tratta della **LEX INFORMATICA**.

La lex informatica è un'espressione che si riferisce all'insieme delle scelte tecniche che impongono dei comportamenti. Questa teoria sostiene che il diritto su Internet deve essere veicolato attraverso il mezzo tecnico: il divieto di legge deve diventare il divieto dal punto di vista tecnico, in altre parole ciò che non deve essere fatto non deve poter essere fatto.

Vi sono applicazioni di questo, come ad esempio i DRM (Digital Rights Management, i quali non sono essi stessi esenti da problemi giuridici, ad esempio a volte violano il diritto alla privacy). Un altro esempio può essere la ricezione dei cookies, che può essere abilitata o meno dalle preferenze dei browser: la non conoscenza di cosa i cookie siano condiziona l'esercizio di un diritto (disabilitandoli la propria navigazione su un sito non può essere monitorata).

L'implementazione delle norme attraverso la tecnica evita il problema dell'applicazione delle leggi nazionali, e dell'armonizzazione del diritto, ha il vantaggio di non essere collegata a un sistema giuridico, e consente un'attuazione facile delle regole.

D'altra parte, questa teoria è profondamente antidemocratica in quanto i singoli non sono e non possono essere nemmeno volendo, parti attive nel processo decisionale che crea questo tipo di diritto.

[anche tema filosofico, in Italia analizzato da Emanuele Severini ed Umberto Galimberti, idea che la tecnica prevarrà sul diritto]

4. DIRITTO APPLICABILE AI CONTRATTI INTERNAZIONALI CONCLUSI SU INTERNET

Scendendo nel caso specifico dei contratti tra persone fisiche o giuridiche residenti in paesi diversi si può fare riferimento a convenzioni internazionali in materia di contratti.

Con convenzione internazionale si intende un accordo stipulato tra gli stati che lo hanno sottoscritto. Una convenzione internazionale può stabilire criteri di collegamento o regole di diritto uniforme. Nel primo caso, significa che la convenzione si limita a indicare quale diritto si applica (ad esempio il diritto del paese dell'acquirente), nel secondo la convenzione specifica una regola precisa (ad esempio, i tempi di recesso).

Vediamo due convenzioni internazionali e la loro applicabilità. Esse sono valide per contratti generali, nessuna di esse è specifica per il solo caso del contratto su Internet.

Le convenzioni che seguono si applicano solo ai rapporti tra imprenditori, e non coi consumatori.

Si definisce consumatore una persona fisica (mentre un'azienda, anche se piccola e a direzione familiare è una persona giuridica) che acquisti beni o servizi per uso personale o della famiglia. La ragione per la quale quanto vedremo non si applica ai consumatori è che essi vengono considerati soggetti deboli i quali beneficiano di particolari garanzie e sono protetti da particolari normative.

4.1 CONVENZIONE DI ROMA

Sottoscritta da tutti i paesi UE, regola i contratti internazionali, compresi quelli su Internet. Specifica dei criteri di collegamento, rimandando ai diritti nazionali. La convenzione di Roma lascia libera scelta del diritto applicabile: le parti (art. 3) possono specificare esse stesse che diritto desiderano applicare, quello del paese di uno dei due contraenti ma volendo anche un terzo diritto di un paese qualsiasi, con l'unico vincolo che la scelta del diritto non deve avere come primo o unico scopo l'evitare norme imperative. Se i due contraenti non specificano quale diritto vogliono applicare, si applica il diritto del paese col quale il contratto presenta il collegamento più stretto (semplificando molto, diciamo che si tratta del paese del fornitore).

Questo principio di libertà di scelta della legge è detto anche principio del "forum shopping".

La convenzione di Roma non si applica ai paesi extra Europei. Si applica solo ai contratti tra imprenditori.

4.2 CONVENZIONE DI VIENNA

Molto diffusa, è stata sottoscritta da molti paesi tra i quali anche gli Stati Uniti (molto importanti per quanto riguarda il commercio elettronico) e diversi paesi asiatici.

Si applica alla vendita internazionale di beni mobili (non ad esempio all'affitto), che definiamo brevemente come i beni dei quali è possibile il trasporto.

Non rimanda a dei diritti ma detta essa stessa delle norme: è una convenzione di diritto uniforme, uniforme ovviamente per tutti e soli i soggetti i cui paesi abbiano sottoscritto la convenzione. Un esempio di norma: il contratto può essere concluso in varie forme come ad esempio via mail, o via fax o oralmente, non necessariamente in forma scritta (attenzione: concluso e non sottoscritto, altrimenti impliciamo che sia necessaria una firma e abbiamo appena detto che non lo è). I limiti di questa convenzione sono principalmente due: essa è riferita solo ai contratti di vendita, e non si applica (allo stesso modo della precedente e delle seguenti) ai consumatori.

(parentesi sui beni mobili: caso dell'acquisto di un gioiello rubato da un ladro. Se il gioiello viene acquistato in buona fede e ad un prezzo di mercato il proprietario originale non può rivendicarlo un possesso. Infatti caratteristica del bene mobile è che acquistandolo in buona fede e con titolo idoneo se ne ottiene immediatamente la proprietà, il che non è vero per i beni immobili invece. Beni immobili sono: edifici, terreni..)

(parentesi sul software: non è una domanda stupida chiedersi se il software sia o meno un bene (nel qual caso ovviamente un bene mobile). La risposta prevalente sembra essere sì.)

4.3 MODEL LAW UNCITRAL

L'UNCITRAL (United Nations Commission for International Trade Law) ha emanato due *model law* di nostro interesse, una relativa alle firme elettroniche, e una al commercio elettronico.

Queste *model law* non sono, come dice il termine, vere e proprie leggi bensì modelli di legge, di riferimento, schemi. Possono essere ignorati, in quanto non hanno efficacia giuridica diretta ma solo un valore persuasivo di influenza, ma anche adottati, sia integralmente che parzialmente. Data l'importanza delle Nazioni Unite comunque, il valore persuasivo delle *model law* è grande.

L'Unione Europea, ad esempio, ha adottato queste due *model law* facendone direttive europee, le quali quindi si sono tradotte in leggi nazionali negli stati UE.

Ad esempio, con la *model law* sul commercio elettronico l'UNCITRAL ha disposto che un messaggio si considera pervenuto nel momento in cui entra nel sistema informatico al di fuori del controllo del mittente, se le parti non dispongono diversamente.

4.4 (NUOVA) LEX MERCATORIA (o IUS MERCATORIUM)

La “legge dei mercati” o “diritto dei mercanti” nasce in epoca medioevale: si tratta di un insieme di principi e norme non scritte ma consuetudinarie che si imposero nel commercio tra mercanti di giurisdizioni anche diverse. Una controversia tra mercanti che appartenevano ad esempio a comuni differenti, si risolveva in appositi tribunali i quali applicavano questo tipo di legge consuetudinaria comunemente accettata dalle parti in causa.

La Lex Mercatoria è sopravvissuta e diventata oggi la cosiddetta Nuova Lex Mercatoria: si tratta di pochi principi (meno di cento) consuetudinari propri del commercio moderno, come ad esempio il rispetto della buona fede nel contratto, la gross disparity (una parte può ritirarsi dalla conclusione del contratto qualora esso dia in modo ingiustificato vantaggi eccessivi all'altra parte).

Volendo le parti, questi principi possono essere utilizzati nella risoluzione di una controversia da una commissione arbitrale. L'arbitrato è una procedura per la risoluzione di controversie nella quale non sono coinvolti giudici ordinari ma giudici scelti dalle parti in causa. Le due parti nominano un giudice a testa e un terzo viene nominato di comune accordo (o da una persona al di sopra delle parti). La commissione può applicare, volendo le parti, anche i principi della lex mercatoria. Questa procedura è spesso preferita ai procedimenti ordinari poiché è più veloce (ad esempio in Italia i processi civili sono estremamente lenti), garantisce maggior riservatezza (la sentenza arbitrale, detta lodo, tipicamente non viene pubblicata), e offre la garanzia che i giudici siano competenti nella materia di oggetto.

Neanche la lex mercatoria si applica ai contratti coi consumatori.

Nessun parlamento ha applicato la Lex Mercatoria: è una norma consuetudinaria, e lo rimane anche se a volte essa viene applicata non solo nelle commissioni arbitrali ma anche nelle corti ordinarie.

La Lex Mercatoria corrente è stata portata in forma scritta in un documento redatto dall'UNIDROIT. L'UNIDROIT non ha scritto la Lex Mercatoria: l'ha solo trascritta, usi e consuetudini erano tutti preesistenti.

5. UN CASO CONCRETO: YAHOO (come provider) VS ASSOCIAZIONI A TUTELA DELLA CULTURA EBRAICA

Abbiamo visto una molteplicità di norme applicabili al diritto su Internet, a seconda del contesto. Vediamo un caso concreto, un esempio tangibile, di come le diverse norme e diritti visti si applicano.

Fatti (anno 2000): su uno spazio web offerto da yahoo.fr (quindi francese), erano ospitati oggetti per la vendita risalenti/riconducibili al periodo nazista. Dal momento che la legge francese considera reato penale la vendita di beni nazisti, alcune associazioni a tutela della cultura ebraica denunciarono Yahoo sostenendo che i cittadini francesi non avrebbero dovuto poter accedere al sito.

Nonostante vi siano diversi impedimenti tecnici nel garantire con certezza che i cittadini di un paese non abbiano accesso a un dato sito, il tribunale di Parigi decise che Yahoo avrebbe dovuto impegnarsi, prendendo contromisure varie come ad esempio l'inserimento di avvisi, per raggiungere anche solo in parte l'obiettivo di impedire o almeno contrastare l'accesso alla pagina da parte dei cittadini francesi. Per ogni giorno trascorso senza che Yahoo adempiesse alla decisioni, il tribunale fissò una multa molto onerosa.

Yahoo fu dunque giudicata in merito a questo episodio da un *TRIBUNALE FRANCESE CHE EMESSE UNA SENTENZA SULLA BASE DEL DIRITTO FRANCESE*.

Yahoo è però una società la cui casa madre ha sede negli Stati Uniti, in California, e *decise quindi di ricorrere in giudizio presso un tribunale californiano* (il tribunale di San José).

Il giudice californiano premise che, secondo un principio noto come ???????, non sarebbe stata sua intenzione pronunciarsi su una questione di diritto internazionale già giudicata da un altro giudice (quello parigino nello specifico), ma l'avrebbe fatto poiché riteneva che la sentenza parigina avesse messo in discussione il primo emendamento della costituzione americana, che sancisce il diritto alla libertà di espressione.

Il giudice californiano decise quindi di avocare a sé la competenza sulla questione (dal momento che Yahoo è una società americana) e dichiarò che Yahoo potesse continuare a hostare quelle pagine dal momento che anche quelle idee erano protette dal diritto alla libertà di espressione. Si ebbe così una *SECONDA SENTENZA DI UN TRIBUNALE AMERICANO SULLA BASE DEL DIRITTO AMERICANO*.

Questo esempio è rappresentativo dell'alto livello di indeterminazione sulla legge applicabile per quanto riguarda i fatti che avvengono su/attraverso Internet.

Non vi è un criterio di prevalenza di una delle due sentenze sull'altra, né una simile prevalenza potrebbe essere decisa da una sentenza terza, dal momento che non esiste un'autorità che si collochi sopra due diversi tribunali di paesi differenti. Nel caso specifico le due parti in causa decisero di non ricorrere in giudizio tentando di ribaltare ognuno la sentenza a lui sfavorevole (anche se avrebbero potuto, ad esempio le associazioni ebraiche avrebbero potuto ricorrere in giudizio presso il tribunale di San José), e la questione venne risolta con un accordo extragiudiziale, ma l'episodio esemplifica la problematicità di questi casi, poiché nessuno è in grado di dire quale sentenza abbia maggior valore, se quella del giudice parigino o quella del giudice californiano.