

Mezzi di pagamento elettronici: eterotutela o autotutela del consumatore?

Federico Regaldo*

1. I pagamenti nel cberspazio

Il termine «ciberspazio» è stato coniato nel 1984 dallo scrittore William Gibson, per descrivere l'ambito in cui operavano i suoi personaggi.¹

Da allora, il cberspazio è stato definito come «un complesso di reti elettroniche che attraversa gli Stati e le frontiere nazionali»².

Ancora, una definizione molto evocativa di cberspazio è stata data da un altro Autore, il quale lo ha descritto come «(...) una realtà globalmente collegata, supportata da computers, nella quale si accede tramite computer, la quale è generata da computers ed è multidimensionale, artificiale, o 'virtuale'. In questo mondo, nel quale ogni schermo del computer è una finestra, la distanza geografica reale è irrilevante. Gli oggetti osservati e percepiti non sono fisici né, necessariamente, presentazioni di oggetti fisici, ma piuttosto - nella forma, carattere ed azione - si compongono di dati, di mere informazioni. Queste informazioni sono derivate in parte (...) dall'immenso scambio di informazioni simboliche, immagini, suoni e persone, che costituisce l'ingegno umano nella scienza, nell' arte, nel commercio e nella cultura»³.

Discorrere delle regole dei pagamenti che avvengono attraverso il cberspazio, equivale dunque a discorrere delle regole del mondo, sebbene di un mondo non materiale.

2. L'importanza del foro competente e della legge applicabile

Diviene così di fondamentale importanza comprendere quale sia la legge applicabile alla transazione conclusa dal consumatore e, soprattutto, il foro competente a giudicare della controversia insorta.

Si tratta di problemi di difficile soluzione, non sempre risolti da convenzioni internazionali e spesso disciplinati da regole nazionali in conflitto tra loro. Per quanto concerne gli Stati membri della Comunità europea, la materia è disciplinata da un regolamento comunitario⁴. Ai sensi dell'art. 16 dello stesso,

“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”. In linea teorica, il consumatore pare dunque essere sufficientemente tutelato nei confronti degli abusi a proprio danno, potendo proporre l'azione nel proprio Stato di residenza.

Tuttavia, una conclusione siffatta oblitererebbe che il danneggiante on-line straniero, sebbene comunitario, potrebbe pur sempre rifiutarsi di adempiere spontaneamente alla decisione del giudice dello Stato membro del consumatore. In tal caso, il consumatore dovrebbe, quanto meno, promuovere l'esecuzione forzata nello Stato in cui il danneggiante disponga di beni assoggettabili al pignoramento, con costi che potrebbero rivelarsi proibitivi, alla luce del valore della controversia.

Quanto detto vale per il giudice competente a conoscere della materia. Un discorso a parte deve essere svolto per quanto riguarda la legge che tale giudice dovrà poi applicare. A questo proposito, per i Paesi comunitari, viene in considerazione la Convenzione di Roma del 19 giugno 1980 sulla legge applicabile alle obbligazioni contrattuali, la quale prevede, all'art. 5, che, a certe condizioni, il consumatore non possa essere privato, nonostante la legge in concreto applicata, delle garanzie concesse a suo favore dalla legge del proprio Paese di residenza. Inoltre, sempre per i Paesi comunitari, viene ora in considerazione la direttiva sul commercio elettronico⁵, la quale, però, ha soltanto armonizzato le disposizioni in vigore nei singoli Stati membri, senza unificarle. In concreto, anche nei Paesi comunitari e sebbene si voglia tenere conto delle recenti riforme legislative, la soluzione di controversie transfrontaliere tra consumatori e commercianti on-line è tutt'altro che agevole.

Quanto detto sin qui vale a maggior ragione per le controversie in essere tra consumatori italiani e danneggianti on-line extra-comunitari: qui i consumatori, prima di intraprendere un'azione legale, dovrebbero sobbarcarsi tutti i costi legati alle grandi vertenze del commercio internazionale. Sfortunatamente, questa situazione, lungi dall'essere remota è forse la più frequente, giacché gli acquisti on-line, da quelli di software, ai prodotti dell'editoria, ai biglietti aerei, sono gestiti principalmente da commercianti americani, come tali non

* *Professore a contratto presso l'Università IULM di Milano, Avvocato dell'Ordine d'Ivrea, Avocat au barreau de Bruxelles.*

¹ Gibson, *Neuromancer* 1984, p. 51.

² Gilligan und Imwinkelried, *Cyberspace: the Newest Challenge for Traditional Legal Doctrine*, in: 24 *Rutgers Computer and Technology Law Journal* 1998, p. 305.

³ Uncapher, *Trouble in Cyberspace: Civil Liberties at Peril in the Information Age*, in: *The Humanist*, p. 9 (Sept.-Oct. 1991) che cita Benedikt, *Collected Abstracts from the First Conference on Cyberspace* (4-5 May 1990), in:

⁴ Trattasi del Regolamento n°44/2001 del Consiglio, del 22 dicembre 2000, concernente la competenza giurisdizionale, il riconoscimento e l'esecuzione delle decisioni in materia civile e commerciale, in *GUCE*,

L12 del 16.1.01, p. 1 ss. Tale regolamento, entrato in vigore il 10 marzo 2002, abroga e sostituisce le convenzioni internazionali precedentemente vigenti fra gli Stati membri della CE, con l'eccezione della Danimarca, nei confronti della quale continua ad applicarsi, in particolare, la Convenzione di Bruxelles del 27 settembre 1968.

⁵ Direttiva n°31/2000 del Parlamento e del Consiglio dell'8 giugno 2000 su alcuni aspetti giuridici dei servizi informatici, in particolare del commercio elettronico, nel Mercato Interno (Direttiva sul commercio elettronico), in *GUCE*, L 178 del 17.7.00, p. 1 ss.

soggetti alle disposizioni italiane o comunitarie.

3. Occorre sfatare un mito: la legge non può tutto

Alla luce delle riflessioni sin qui svolte, occorre dunque sfatare il mito illuministico secondo cui la legge può disciplinare tutto⁶. La legge, come effetti sicuri, ha soltanto i costi che impone agli operatori economici che devono curarsi di conoscerla, interpretarla e conformarvisi.

I benefici di una legge, invece, sono difficili da valutare e dipendono da una serie infinita di circostanze contingenti. In questa sede, basti considerare che è insensato rendere prescrittiva una regola, se poi non si riesce ad applicarla (perché ad es. non si dispone degli strumenti per renderla effettivamente cogente, ovvero perché essa può essere facilmente elusa da una parte considerevole dei soggetti che la legge avrebbe voluto vincolare).

Questo pare essere precisamente il caso dei pagamenti on-line: la materia si presta, infatti, ad una competizione fra i diritti dei vari Paesi, che però conduce inevitabilmente all'adozione della soluzione più lassista, la c.d. *»race to the bottom«*, sulla base del test di verifica fornito da autorevole dottrina.⁷

Così avviene, ad es. nel commercio internazionale avente ad oggetto i settori della navigazione e dei servizi bancari: *»(...) Liberia e Panama rappresentano da tempo le bandiere preferite per gli armatori di naviglio mercantile, non già perché le loro normative sui trasporti siano in qualche misura superiori a quelle degli altri Paesi, ma perché sono caratterizzate dal lassismo negli standard delle qualità nautiche. La Svizzera si è trasformata in una sorta di paradiso delle operazioni bancarie, non tanto per la competitività dei suoi tassi di interesse o della qualità dei servizi erogati ai clienti, ma, almeno in parte, perché si è creata una reputazione quale custode discreto di depositi segreti, molti dei quali di dubbia natura«*.⁸

Volendo inferire da questi esempi una regola generale, potrebbe dirsi che *»tutta la concorrenza inter-giurisdizionale che produce uva acida è caratterizzata da un elemento comune. È scelta unilateralmente da un dato soggetto con il solo scopo di esternalizzare i costi a danno di terzi, siano essi marinai o passeggeri (nei casi della Liberia e di Panama) o autorità fiscali impegnate nello sforzo di ottenere il pagamento delle tasse (nel caso della Svizzera)«*.⁹

Questo sembra proprio essere il caso dei pagamenti on-line, almeno per quanto riguarda l'ipotesi di rapporto tra

professionisti da un lato e consumatori dall'altro: chiaramente, i consumatori non prestano sufficientemente attenzione alla scelta della legge applicabile o della giurisdizione competente e sono attratti piuttosto dal prezzo praticato o dalla presentazione delle merci offerte in vendita. La legge applicabile ed il foro competente vengono quindi scelti dal commerciante on-line, non già dai consumatori: la concorrenza fra diritti nazionali nella disciplina di Internet conduce perciò ad una competizione per l'adozione delle norme più lassiste, ovverosia quelle più sfavorevoli per i consumatori.

Inoltre, *»nel contesto della rete planetaria, gli enti pubblici territoriali non hanno la capacità di esercitare il controllo sul comportamento dei suoi operatori, né la legittimazione per imporre il rispetto di regole locali nell'ambito di un fenomeno globale«*.¹⁰

4. L'autotutela del consumatore. I codici di condotta

In conclusione, le regole imposte dai diritti nazionali o dal diritto comunitario non paiono rappresentare lo strumento migliore per disciplinare Internet: accade che talvolta esse gravino eccessivamente i contraenti, mentre in altre ipotesi non riescono ad ottenere alcuno dei risultati sperati.

Vi è persino un Autore che si è interrogato sulla portata del concetto di Stato-Nazione, asserendo che esso uscirà sconfitto dal mondo dell'alta tecnologia¹¹.

Certamente è molto raccomandabile che si raggiunga un accordo circa una disciplina creata appositamente per il cibernazio.

Ma allora un altro problema si presenterà. Che tipo di disciplina? Occorre creare un ciberparlamento, un cibergoverno e così via? E secondo quale criterio dovrebbero essere eletti i membri di questo ipotetico ciberparlamento?

In realtà, la regolamentazione del cibernazio potrebbe essere (ed in parte già lo è) affidata ad istituzioni e norme di autodisciplina. *»I vantaggi principali di questo metodo consisterebbero nello stabilire le regole che sono più adatte alle caratteristiche spesso uniche del cibernazio e più calibrate sulle aspettative di coloro che sono coinvolti nelle svariate attività che si svolgono in tale spazio. Lo sviluppo di un diritto del cibernazio consentirebbe altresì agli operatori di Internet di non doversi continuamente confrontare con un numero illimitato di leggi e regolamenti divergenti, imposti da*

⁶ Sul problema, che la dottrina statunitense descrive col termine di *"enforcement"*, cfr. il recente scritto di ROSSI G., *Cyberlaw tra metafore e regole*, di prossima pubblicazione in *Rivista di diritto civile*.

⁷ *Procaccia*, The Case Against Lex Mercatoria, in ZIEGEL J.S., *New Developments in International Commercial and Consumer Law – Proceedings of the 8th Biennial Conference of the International Academy of Commercial and Consumer Law*, Hart Publishing, Oxford, 1998, 87.

⁸ *Ibid.*, 90.

⁹ *Id.*

¹⁰ *Hoedl*, How to Market Services: Advertising, Consumer Protection and Personal Data, in 3 *Revue de Droit des Affaires Internationales* (F) 1998, 289.

¹¹ *"I cartografi antichi e medievali comprenderebbero meglio il mondo del 2100 di quanto non lo possano capire i politici del 2000. Le Nazioni così come le conosciamo noi non sono esistite che per poche centinaia di anni. (...) Gli imperi saranno agglomerazioni di aree urbane. Le città e le loro periferie stipuleranno alleanze e combatteranno guerre fra di loro – e l'oggetto del contendere non sarà tanto il territorio, quanto la porzione di cibernazio ed i privilegi commerciali. (...) Il prossimo secolo sarà l'epoca del feudalesimo ad alta tecnologia" (Kaplan, High-Tech Feudalism Is on the Way, in International Herald Tribune del 28 dicembre 1999).*

altrettante giurisdizioni che si arrogano il diritto di disciplinarlo¹².

Peraltro, lo strumento dei codici di condotta non è riuscito a decollare, così come si era auspicato agli albori della diffusione di internet.

Che ne è allora della tutela del consumatore? Privato dell'eterotutela garantita dagli ordinamenti del proprio Paese di residenza e sguarnito dell'autotutela derivante dalla presenza di autorevoli codici di condotta, largamente condivisi ed applicati, dovrà egli rifuggire gli acquisti su internet come se si trattassero di trappole pronte a scattare?

L'autotutela è essenziale in qualsiasi acquisto effettuato dal consumatore: egli preferisce comprare da un negoziante ovvero in un grande magazzino, anziché da un venditore ambulante abusivo perché confida nella serietà e correttezza dei primi, rispetto alle incognite offerte dall'ultimo, e nel fatto che i primi rimedieranno spontaneamente ad eventuali problemi insorti, per ragioni di politica commerciale, prima ancora che per il timore di procedure giudiziarie (che, nel nostro Paese, del resto, sono sempre lunghe, farraginose e dispendiose).

Il consumatore dovrà perciò essere persuaso e preferire gli acquisti presso un'azienda seria e che goda di ottima fama; in alternativa, egli potrà acquistare da aziende vincolate a codici di condotta autorevoli, chiari ed imparziali, che lo mettano al riparo dalle brutte sorprese. Nell'applicazione di tali codici, un ruolo importante potrebbe poi essere giocato dalle associazioni rappresentative dei consumatori, che, oltre a promuoverne la formulazione e le modifiche, potrebbero fornire arbitri per la soluzione delle controversie, direttamente on-line.

In ogni caso, è tassativo diffidare dei "venditori ambulanti abusivi" della rete: questi sono spesso privi di reputazione commerciale, sia essa propria, sia per affiliazione ad organizzazioni di esercenti; magari, sono dotati di un sito che contiene le più audaci promesse, ma il consumatore deve sempre chiedersi chi, dove, con quali modalità e perché è deputato a realizzarle; soprattutto, il consumatore deve chiedersi se gli strumenti a sua disposizione (e tra questi la sua protesta, prima ancora che la carta bollata) costituiscono un sufficiente deterrente al tradimento delle promesse per il commerciante. Se a queste domande il consumatore non riuscirà a fornire risposte soddisfacenti, sarà meglio che abbandoni il proposito di acquistare da quel commerciante.

Tuttavia, i segnali allarmanti sulle frodi nei mezzi di pagamento indicano che l'autotutela fornita dai codici di condotta (se non altro nelle forme oggi conosciute) è lungi dal risultare sufficiente.

5. I dati allarmanti della pratica dei pagamenti elettronici

In particolare, sulla base di recenti statistiche¹³, l'Italia registra una crescita sensibile del rischio di cd. "furti di dati sensibili" e "furti d'identità" che conducono a frodi nei mezzi di pagamento.

Risultare vittima di un furto d'identità può comportare conseguenze molto serie e spiacevoli, quali la diffusione di notizie diffamatorie, il fatto di doversi confrontare con allegazioni false circa la propria solvibilità o onorabilità e ritrovarsi soggetti a procedimenti penali o ad ingiunzioni di pagamento, con poche o nessuna possibilità di essere rimborsati.

Ancora, sulla base di altre statistiche¹⁴, il numero di furti d'identità risulta in costante crescita: nel solo 2006 più di 17.000 tentativi sono stati stimati (con una crescita del 55% rispetto al 2005), per un ammontare totale di denaro sottratto pari a più di 80 milioni di Euro (erano 46,5 milioni di Euro nel 2005).

Un dato preoccupante è rappresentato dal tempo intercorrente tra la commissione e la scoperta della frode, da parte della vittima, normalmente molto rilevante: in media, esso è pari a 206 giorni.

Nonostante la previsione di varie figure di reato (più o meno nuove), problemi spesso insormontabili derivano dal fatto che l'autore del reato rimane sconosciuto, risiede entro giurisdizioni remote, ovvero, sebbene cittadino italiano, può risultare insolvente e non in grado di risarcire le vittime.

Né v'è traccia di cause civili significative in materia, segnatamente tra vittime e banche on-line od emittenti di carte di credito. La presente conferenza dovrà far luce anche su questo aspetto fondamentale, fornendo indicazioni per i casi a venire.

Il codice privacy del 2003 non fornisce grandi aiuti, dal punto di vista della tutela del consumatore, rappresentando spesso, per converso, un inutile onere burocratico per lo sviluppo del commercio.

In altri termini, l'art. 34 del codice prevede specifici requisiti per il trattamento dei dati personali a mezzo elaboratore, ma non copre il caso in cui la banca on-line o l'emittente sostengano che la violazione alla privacy è avvenuta per il fatto che lo stesso consumatore non abbia custodito accuratamente i dati rilevanti ed i codici segreti.

Come può il consumatore provare che i codici segreti siano stati diffusi dalla banca on-line o da un terzo, piuttosto che da sé medesimo?

6. Verso una nuova forma di eterotutela?

In dottrina, taluno sostiene che occorra estendere il principio

¹³ Comunicato stampa di Mister Credit – RISSC (Centro Ricerche e Studi su Sicurezza e Criminalità), del 14 maggio 2008, disponibile su internet all'url www.mistercredit.it

¹⁴ Disponibile su internet, all'url http://www.i-dome.com/statistiche-in-pillole/pagina.html?id_articolo=12069-II-furto-didentita-aumenta-e-preoccupa-anche-in-Italia.html

¹² Hoedl, id

della responsabilità da prodotto difettoso di cui alla Direttiva 85/374 CE (per il quale produttori e commercianti sono responsabili in solido fra loro per i danni cagionati dal prodotto che hanno prodotto/venduto, a meno che provino che i medesimi sono dovuti a circostanze imprevedibili), anche ai servizi afferenti all'utilizzo di carte di credito o l'e-banking.

Questo concetto potrebbe rispondere altresì a criteri di analisi economica del diritto, sulla base dei quali deve farsi carico dei danni – in tutto o in parte – l'attore economico che trae la più grande fetta di utili da tale attività (nel caso di specie, gli istituti emittenti o le banche on-line).

In questo modo, la responsabilità verrebbe spostata, in tutto od in parte, dalle vittime del "*cyber crime*" alle società che operano nel settore.

Tuttavia, sebbene si possa discutere dell'opportunità di adottare soluzioni siffatte, il diritto civile vigente, al momento, fornisce ben pochi appigli per giungere a tale soluzione.