

www.CompanyNameSucks.com.
Effetti orizzontali dei diritti fondamentali
sulle parti private nella legge autonoma di
Internet*

Vaios Karavas e Gunther Teubner

Casi semplici e casi complicati. Caso semplice: 'oil-of-elf.de'

Fino a oggi, nei conflitti sul nome dei domini nel sistema globale degli indirizzi, i giudici tedeschi dovevano rispondere solo a questioni legali relativamente semplici. Sotto quali condizioni il nome di un dominio, che è facilmente confondibile con un altro nome, infrange i diritti del proprietario del nome? Le sentenze nei casi precedenti hanno identificato le seguenti infrazioni: il nome e il dominio sono, in modo significativo, identici o possono essere facilmente confusi l'uno con l'altro; l'utilizzatore del dominio non possiede un diritto personale sul nome; l'uso del nome può determinare errori sull'origine del sito web¹.

A parte i casi di nomi identici² e l'uso di concetti generici³ che richiedono un trattamento giuridico differenziato e più comples-

* Traduzione di Giorgio Grappi.

¹ Cfr. P. MAYER, *Marke oder Meinungsfreiheit? Warum Greenpeace zu Recht die Domain „oil-of-elf“ benutzt hat*, disponibile sul sito <http://www.freedomforlinks.de/Pages/oil-of-elf.html>.

² Cfr. BGHZ 149, 191 – „shell.de” e il commento di D. C. BECKER, *Von Namen und Nummern – Zur Behandlung von Kollisionen unerträglicher Rechtsmassen im Internet*, in G. TEUBNER-C. JOERGES (edd), *Rechtsverfassungsrecht*, in corso di pubblicazione; J. DITTRICH, *Namensverletzung gem. § 12 BGB durch eine Domain trotz Gleichnamigkeit*, disponibile sul sito <http://www.jurpc.de>; M. KÖRNER, *Gleichnamigkeitskonflikte bei Internet-Domain-Namen – Die „shell.de” Entscheidung des BGH*, in «Neue Juristische Wochenschrift», 2002.

³ Sull'uso di concetti generici come nomi dei domini, cfr. 'Mitwohnzentrale.de', BGH, Judgment of 17.05.2001 – I ZR 251/99 –, BGHZ 148, 13; per casi specifici, cfr. D. C. BECKER, *Von Namen und Nummern*; cit., e P. ZUMBANSEN, *Paving The Way For Cyberlaw: Two FCJ Decisions on Domain Names*, in «German Law Journal», 2/2001, disponibile sul sito www.germanlawjournal.com.

so, le considerazioni di principio hanno raramente giocato un ruolo, dal momento che i diritti possono essere affermati soltanto in casi molto specifici, quando, per esempio, colui che utilizza il nome del dominio non possiede né un diritto sul nome del dominio, né può avanzare una giustificazione per il suo utilizzo.

Il caso “oil-of-elf.de” si è dimostrato essere diverso⁴. L’organizzazione ambientalista Greenpeace aveva pubblicato commenti critici sulle politiche ambientali di *TotalFinalElf oil company* su un sito il cui nome di dominio era “oil-of-elf.de”. La compagnia ha richiesto con successo un’ingiunzione dalla Corte Suprema di Berlino (*Landesgericht*)⁵. La Corte ha fornito le solite argomentazioni per la sentenza. Il dominio, “oil-of-elf.de”, includeva il nome protetto, Elf, e ledeva perciò i diritti della compagnia petrolifera. La Corte d’Appello di Berlino (*Kammergericht*), invece, ha deciso in favore di Greenpeace e ha cancellato l’ingiunzione⁶. La Corte ha chiarito che le considerazioni sulle questioni immediate del furto del nome o della potenziale confusione riguardo alla sua origine non erano sufficienti per la valutazione del caso. Invece, la questione principale era se, in caso di conflitto politico, un’organizzazione ambientalista potesse utilizzare un nome di dominio che contenesse elementi del marchio di fabbrica della compagnia petrolifera obiettivo della campagna. In dettaglio, la Corte d’Appello doveva accertare se il nome del dominio “oil-of-elf.de” infrangesse o meno il diritto sul nome della TotalFinalElf; se, in tal caso, l’uso critico del dominio “oil-of-elf.de” non sarebbe stato in questo caso protetto dal diritto di libertà d’espressione; e, infine, se, in questo conflitto, i diritti fondamentali avessero precedenza sul semplice nome commerciale e sul diritto sul nome (in altre parole, i diritti fondamentali riconosciuti di TotalFinalElf).

La Corte d’Appello concluse che non c’era stata alcuna infrazione della denominazione commerciale della compagnia petrolifera, in quanto sia la formulazione sia l’intenzione del §15 della legge sul marchio di fabbrica (MarkenG) facevano riferimento a un uso abusivo «all’interno di (normali) relazioni d’affari». Greenpeace, al contrario, aveva agito all’interno del suo status di associazione e con soli scopi idealistici.

⁴ Per una recensione complessiva della storia di questo caso, cfr. http://archiv.greenpeace.de/GP_DOK_3P/BRENNPUN/F0011D.HTM.

⁵ LG Berlin, Judgment of 18.01.2001 – 16.0.33/01, http://archiv.greenpeace.de/GP_DOK_3P/BRENNPUN/F0011C6.PDF.

⁶ Kammergericht, Judgment of 23.10.2001 – 5 U 101/01, JurPC: INTERNET-ZEITSCHRIFT FÜR RECHTSINFORMATIK, Web-Dok. 130/2002, <http://www.jurpc.de>.

Nemmeno le clausole sul diritto sul nome del §12 del codice civile (BGB) fornivano una maggiore protezione per i nomi commerciali al di fuori del normale corso del commercio. Non fu dimostrato alcun danno d'interesse dato che non c'era stata confusione per quanto riguarda le origini del sito web. Anche laddove fossero stati usati i motori di ricerca, i contenuti della pagina sarebbero stati così incontrovertibili e chiari da eliminare ogni possibile dubbio sulla loro origine. Gli utilizzatori informati del web sarebbero stati naturalmente consapevoli della larga scelta dei motori di ricerca disponibili, in modo tale da non essere scoraggiati da ulteriori ricerche del sito web della compagnia petrolifera, se la loro prima ricerca li avesse condotti al sito web di Greenpeace. Secondo la Corte lo stesso valeva anche per i *Meta-tags* (cioè le parole chiave della compagnia) che facilitano le ricerche del sito web tramite i motori di ricerca.

Un'importante caratteristica del caso fu la discussione della Corte sull'applicazione dei diritti fondamentali della libertà d'espressione ad attori privati su internet. Questa fu la prima esplicita applicazione, in Germania, dei diritti fondamentali in un conflitto privato sui nomi dei domini. In relazione alla questione se il nome della compagnia fosse stato usato «senza autorizzazione» ai sensi del §12 BGB, la Corte d'Appello mise in gioco l'applicazione dei diritti alla libertà d'espressione su internet. In questo caso, il bilanciamento dei diritti alla libertà d'espressione di un'organizzazione ambientalista (Art. 5, par. 1 Costituzione Tedesca [GG]) contro i diritti economici fondamentali di una compagnia petrolifera (Art. 12, par. 1; Art. 14, par. 1 GG) fu risolto in favore della precedenza della libertà d'opinione. Lo scopo centrale della registrazione del provocatorio nome di dominio 'oil-of-elf' era di assicurare una maggiore consapevolezza pubblica sul conflitto ambientale e dunque, secondo l'opinione della Corte, era protetto dall'art. 5, par. 1 GG.

La letteratura americana classifica i casi del genere sotto la sigla SLAPP (*Strategic Lawsuit Against Public Participation*)⁷. Gli attori del potere economico avanzano i loro diritti sul marchio di fabbrica, i diritti sul nome o la legge sul *copyright*, nello sforzo di minare la potenziale critica politica⁸. In questo modo, il conflitto politico

⁷ Cfr. P. MAYER, 'Marke oder Meinungsfreiheit?', cit.

⁸ Dalla giurisprudenza americana, cfr. lo "Scientology-case", *Religious Tech. Ctr. v. Netcom On-Line Communications Servs., Inc.*, 923, F. Supp. 1231, (N. D. Ca. 1995); sul conflitto tra copyright e libertà d'espressione riguardo a un caso sopra-mentzionato, cfr. Y. BENKLAR, *Free as the Air to Common Use: First Amendment Constraints on Enclosure of the Public Domain*, in «NewYork University Law Review», 74/1999, p. 356.

sulla protezione dell'ambiente e sulla responsabilità dei produttori e consumatori tedeschi per gli scandali ambientali in paesi (apparentemente) lontani potrebbe trovarsi impantanato nelle paludi della legge tedesca sul marchio di fabbrica e sul nome⁹. Tuttavia, grazie alla Corte d'Appello, Greenpeace riuscì a far prevalere i suoi diritti alla libertà d'espressione nel tentativo di rendere pubblici gli interessi economici di Elf.

Caso Complicato: 'oil-of-elf.com'

Ora, però, una piccola variazione.

Come si sarebbe presentato il caso se Greenpeace tedesca non avesse registrato il nome 'oil-of-elf' sotto suffisso di dominio di primo livello (*Top-Level Domain*) del paese (ccTLD) '.de', ma sotto il suffisso di dominio generico (gTLD) '.com', solo dopo essersi confrontata con la pretesa da parte della compagnia petrolifera francese di dissoluzione o trasferimento del dominio secondo la *Uniform Dispute Resolution Policy* (UDRP)¹⁰ dell'*Internet Corporation for Assigned Names and Numbers* (ICANN)¹¹?

L'intuizione ci dice che il caso sarebbe stato risolto nello stesso modo. Questo è però lontano dall'essere un dato di fatto. Nel primo caso la decisione spetta a una corte statale che si rifà alla legislazione nazionale. Nel secondo caso sarebbe stato affrontato da una giuria amministrativa per la risoluzione delle dispute di un'organizzazione privata, come il *WIPO-Arbitration Center*, accreditato dall'ICANN, che è obbligato a giudicare secondo l'UDRP e le sue regole esplicative piuttosto che secondo la legge nazionale. Inoltre il nostro caso è lontano dall'essere un caso ipotetico. Giurie amministrative sono state spesso convocate per casi simili a quello del 'oil-of-elf'; casi in cui i nomi noti di parti coinvolte sono stati utilizzati, insieme al suffisso *sucks* (termine informale che significa «schifoso o disgustoso»), sui siti web, nel tentativo di fare una parodia e/o una critica delle compagnie e dei loro originali siti web.

⁹ Cfr. P. MAYER, 'Marke oder Meinungsfreiheit?', cit.

¹⁰ L'*Uniform Domain Name Dispute Resolution Policy* è la procedura arbitrale di risoluzione delle controversie in materia di nomi a dominio messa in atto con successo in oltre 5000 vertenze riguardanti i diritti all'uso dei nomi. L'UDRP è strutturata in modo da promuovere l'efficienza e il vantaggio economico (ndr).

¹¹ ICANN è un ente no profit, organizzato in sede internazionale, avente la responsabilità di assegnare gli indirizzi IP (*Internet Protocol*) e l'identificatore di protocollo e di gestire il sistema dei nomi a dominio di primo livello (*Top-Level Domain*) generico (gTLD) e del codice internazionale (ccTLD) nonché i sistemi di *root server*. Questi servizi erano inizialmente prestati su mandato del governo degli Stati Uniti da IANA (*Internet Assigned Numbers Authority*) a cui ICANN si è ora sostituito, e da altri enti (ndr).

A tutt'oggi, 35 casi di 'CompanyNamesucks' sono comparsi davanti alle giurie di arbitrato dell'ICANN.

L'UDRP non si occupa dei domini specifici di ogni paese e ammette solo reclami contro i suffissi di dominio generici, come '.com', '.net' e '.org'¹². L'UDRP si applica solo a quei conflitti sui domini nei quali il proprietario di un marchio di fabbrica denuncia l'esistenza della registrazione di un dominio abusivo. Nel nostro caso in particolare, poi, la compagnia petrolifera TotalFinaElf avrebbe dovuto dimostrare, in base al §4a dell'UDRP, che il nome del dominio fosse identico o molto simile e facilmente confondibile con il marchio di fabbrica o del servizio sul quale il ricorrente vanta dei diritti; che il dichiarante non avesse diritti o legittimi interessi sul nome del dominio; e che il nome del dominio fosse stato registrato e venisse usato in mala fede.

Le condizioni dell'UDRP sono cumulative e le decisioni delle giurie di arbitrato dell'ICANN sul pericolo di confusione sono altamente variabili. I cosiddetti casi sui *CompanyNamesucks* sono esemplari a riguardo. In parte, le giurie hanno basato le loro conclusioni sul pericolo di confusione argomentando che gli utilizzatori di internet che non parlano inglese potrebbero non interpretare la parola *sucks* come una critica o una parodia, ma come una parola associata al marchio di fabbrica o come il marchio di servizio del dominio del ricorrente¹³. Al contrario, altri casi hanno vi-

¹² Attualmente l'UDRP non ha richiesta di suffissi di dominio di primo livello statali specifici (ccTLDs), con l'eccezione di TLD di Stati particolari (per es. Tuvalu).

¹³ Cfr. per esempio *Société Accor contre M. Philippe Hartmann* (D2001-0007): «per la legge francese, se un marchio di fabbrica possa essere usato liberamente per una parodia è controverso. [...] Nel caso di un pubblico che non parla inglese, o persino che parla inglese ma che non ha familiarità con lo *slang*, può non essere capito né il significato del termine *sucks* né il suo uso per designare siti web miranti a “cyberprotesta”»; *Diageo plc v. John Zuccarini, Individually and via Cupcake Patrol* (D2000-0996): «poiché internet va oltre il mondo anglofono, si apre una questione più difficile: se un utilizzatore di internet che non parla inglese potrebbe confondersi e credere tale sito posseduto e/o controllato dal Ricorrente. Poiché il termine *sucks* è una parola in *slang* con la quale non tutti coloro che parlano inglese possono avere familiarità, questa giuria amministrativa conclude che potrebbero esserci circostanze per le quali gli utilizzatori di internet possono non essere ben consapevoli delle connotazioni abusive del termine e di conseguenza associare il nome del dominio con il proprietario del sigillo di fabbrica»; *National Westminster Bank PLC v. Purge I.T. and Purge I.T. Ltd* (D2000-0636); *Caixa d'Estalvis y Pensions de Barcelona (“La Caixa”) v. Namezero.com* (D2001-0360): «sebbene convertire “c” in “k” è un modo per esprimere significati simili a quelli espresse dal termine *sucks* in inglese, questa pratica è parte di un gergo della controcultura latina ed è improbabile che la maggior parte degli utilizzatori di Internet nel mondo lo capiscano. Essi non capirebbero LAKAIXA come una parodia politica di LA CAIXA, ma come qualcosa foneticamente identico, e graficamente simile in maniera tale da creare confusione, in relazione al marchio di fabbrica del Ricorrente, LA CAIXA, famoso nel mondo».

sto il rigetto del pericolo di confusione, dal momento che l'uso del termine *sucks* aveva reso il contenuto critico del sito web immediatamente apparente¹⁴. Nel nostro caso, la somiglianza del nome del dominio "oil-of-elf" con il marchio di fabbrica della ditta ricorrente, 'Elf-Oil', è così grande che una giuria potrebbe benissimo pronunciarsi in favore di un pericolo di confusione.

La questione che si pone è quindi di verificare se il dominio sia stato registrato in mala fede. Secondo il §4b dell'UDRP, questa decisione deve essere presa in base alla seguente lista di indicatori, pur non esaustiva:

- il dichiarante ha registrato o acquistato il nome del dominio principalmente con l'intento di vendere, affittare o trasferire la registrazione del nome del dominio al ricorrente, che possiede il marchio di fabbrica o il marchio di servizio, o a un concorrente del ricorrente, per una somma rivalutata in modo eccessivo dal dichiarante rispetto ai costi documentati direttamente correlati al nome del dominio;
- il dichiarante ha registrato il nome del dominio per impedire al proprietario del marchio di fabbrica, o del marchio di servizio, di riflettere il marchio in un corrispondente nome di dominio, a condizione che il dichiarante si sia impegnato nel perseguire tale condotta;
- il dichiarante ha registrato il nome del dominio principalmente con lo scopo di danneggiare gli affari di un concorrente;
- il dichiarante ha intenzionalmente utilizzato il nome del dominio per attirare, a uso commerciale, gli utilizzatori di internet sul sito web del dichiarante o su un'altra *location* on line, creando una probabile confusione con il marchio del ricorrente su fonte, sponsorizzazione, affiliazione, o appartenenza del sito web o della *location* del dichiarante o di un prodotto o servizio sul sito web o *location* del dichiarante.

Il §4c dell'UDRP stabilisce che la registrazione e l'uso del nome del dominio (§4a (iii) UDRP) non debbano essere considerati in malafede laddove l'utilizzatore del nome del dominio possieda gli stessi diritti sul nome, o possa mostrare un giustificato interesse rispetto al nome del dominio. Ciò si verifica nel caso in cui, prima di qualsiasi avviso di controversia, il dichiarante abbia usato il nome del dominio o un nome corrispondente al nome del dominio in riferimento a un'offerta in buona fede di beni o servizi o abbia fatto preparativi dimostrabili per poterlo usare. Oppure nel caso in cui il dichiarante sia stato comunemente conosciuto dal nome del

¹⁴ *Lockheed Martin Corporation v. Dan Parisi* (D2000-1015); *McLane Company, Inc. v. Fred Craig* (D2000-1455).

dominio, pur non avendo acquistato i diritti del marchio di fabbrica o del marchio di servizio. O ancora nel caso in cui il dichiarante stia facendo un legittimo uso non-commerciale o equo del nome del dominio non per ottenere un guadagno, ma per deviare ingannevolmente i consumatori o per offuscare il marchio di fabbrica o il marchio di servizio in questione.

I siti di critica o di protesta rientrano nella giurisdizione dell'UDRP? E delle giurie di arbitrato dell'ICANN devono prestare la dovuta attenzione ai diritti fondamentali della libertà d'espressione? Se questo fosse il caso, gli effetti orizzontali dei diritti fondamentali andrebbero applicati anche contro la compagnia Elf. Viene spesso dichiarato che le giurie di arbitrato dell'ICANN non sono i tribunali adatti per la considerazione dei diritti fondamentali e che la portata giurisdizionale dell'UDRP è limitata ai casi di registrazione abusiva. In ogni caso, e nonostante tutte queste critiche, le giurie di arbitrato dell'ICANN si occupano di argomenti scottanti, come il conflitto tra il marchio di fabbrica e la libertà di opinione, e, nel fare ciò, hanno incrementato in maniera evidente la portata dell'UDRP; e questo in modo abbastanza comprensibile, dal momento che le supposte eccezioni sono sempre più comunemente la regola, mentre i casi di *cybersquatting* sono rari.

In alcuni casi, le giurie di arbitrato dell'ICANN hanno fatto esplicito ricorso al termine 'libertà d'espressione', pur vago e, in termini legali, inefficace, e hanno dichiarato legittimo l'utilizzo del nome di un dominio nel perseguimento della libertà d'espressione politica. In altri casi, tuttavia, pur sostenendo che critica e parodia fossero legittime, hanno, ciò nondimeno, interdetto domini critici individuali.

Questioni irrisolte

Nel nostro caso a quali diritti fondamentali e a quali ordinamenti legali nazionali potrebbero comunque richiamarsi le giurie di arbitrato dell'ICANN? L'argomento che le giurie di arbitrato dell'ICANN non sono corti con funzioni di giudizio, ma semplici giurie amministrative con il dovere di guardare oltre e di implementare le procedure serve a poco per chiarire la questione¹⁵. Le cosiddette *giurie amministrative* attualmente prendono la decisione finale nella maggior parte delle dispute legali. Benché ci sia ancora la possibilità di coinvolgere una corte nazionale, questo accade raramente e le decisioni delle giurie sono anche effettuate e implementate in modo rapido ed efficace attraverso mezzi elettronici.

¹⁵ Cfr. per esempio T. BETTINGER, *ICANN's Uniform Domain Name Dispute Resolution Policy*, in «Computer und Recht», 2000, pp. 234-239.

Le decisioni delle giurie sono implementate attraverso la registrazione al sito web e provider accreditati (provider ospitanti) che per contratto si impegnano a conformarsi alle decisioni dell'UDRP e a includerle nei loro contratti con gli utilizzatori del dominio. In linea con le decisioni dell'UDRP, i provider ospitanti trasferiscono o sciolgono un sito conteso in base al ricevimento di una decisione da parte di una giuria di un *Dispute Resolution Provider* accreditato dall'ICANN.

Sebbene le giurie di arbitrato dell'ICANN applichino le regole dell'UDRP piuttosto che le leggi dello Stato, spesso si rifanno alla legge degli Stati Uniti. Di conseguenza, il Primo emendamento della Costituzione degli Stati Uniti dovrebbe essere pertinente a questo caso. In altre parole, sarebbe uno degli impatti extraterritoriali dell'ordine legale degli Stati Uniti su internet. Dopo decenni dominati dall'imperialismo culturale dello "stile di vita americano" nel mondo reale, siamo ora testimoni di una nuova espansione della *lex americana* nel mondo virtuale¹⁶. Gli effetti orizzontali dei diritti fondamentali su attori privati sarebbero così governati dalla "dottrina della *State action*" della costituzione americana¹⁷.

Come alternativa, tuttavia, dovrebbe valere il principio stabilito dal diritto internazionale privato, secondo il quale pertinente è la legge nazionale che «la giuria stabilisce essere adatta alla luce delle circostanze rilevanti», come peraltro esplicitamente stabilito nel

¹⁶ Cfr. S. P. HUNTINGTON, *Transnational Organizations in World Politics*, in «World Politics», 25/1973, p. 344. Huntington afferma: «Il transnazionalismo è il modo americano di espansione».

¹⁷ Per la discussione generale sull'applicazione della dottrina dello *State action* a internet, cfr. P. S. BERMAN, *Cyberspace and the State Action Debate: The Cultural Value of Applying Constitutional Norms to "Private" Regulation*, in «University of Colorado Law Review», 71/2000; I. DMITRIEVA, *Will Tomorrow Be Free? Application of State Action Doctrine to Private Internet Providers*, in I. VOGELSANG – B. M. COMPAINE, *The Internet Upheaval. Raising Questions, Seeking Answers in Communications Policy*, Cambridge Ma 2000; S. GEY, *Reopening the Public Forum – From Sidewalks to Cyberspace*, in «Ohio State Law Journal», 58/1998; D. GOLDSTONE, *A Funny Thing Happened on the Way to the Cyber Forum: Public vs. Private in Cyberspace Speech*, in «University of Colorado Law Review», 1/1998; N. D. ZATZ, *Sidewalks in Cyberspace: Making Space for Public Forums in the Electronic Environment*, in «Harvard Journal. Law & Technology», 12/1998. Al contrario, il problema dell'effetto orizzontale dei diritti fondamentali su internet sembra aver creato veramente pochi problemi al pensiero dottrinale tedesco, cfr. il commento supplementare di K. H. LADEUR, *Ausschluss von Teilnehmern an Diskussionsforen im Internet*, «Multi Media und Recht», 2001; riguardo al blocco del contenuto da parte del provider ospite, cfr. R. PICHLER, *Meinungsfreiheit, Kunstfreiheit und neue Medien: Zwischen interessengerechter Auflösung von Rechtsgutkollisionen und "Zensur"*, in «Archiv für Pressrecht», 1999, pp. 433 ss.; e F. C. MAYER, *Recht und Cyberspace*, in «Neue Juristische Wochenschrift», 1996, pp. 1787 ss.

WIPO *Final report* (così come dal § 15 delle Regole ICANN¹⁸). In un caso del genere, il problema sarebbe definire se, secondo il principio dell'applicabilità della legislazione nazionale sui conflitti, sia da applicare il diritto privato francese, e in maniera indiretta la costituzione francese, o il diritto privato tedesco insieme alla dottrina tedesca dell'effetto orizzontale diretto¹⁹.

C'è anche una terza via, che potrebbe dimostrarsi di particolare interesse riguardo a internet: stiamo forse assistendo allo sviluppo di un'autonoma *lex digitalis*, analoga alla *lex mercatoria*, con il suo stesso autonomo *ordre public transantional*, in linea con il quale alle corti di arbitrato sarebbe richiesto di sviluppare decisioni specifiche per internet sui diritti fondamentali e i loro effetti orizzontali all'interno di internet?

La nostra piccola variazione da '.de' in '.com' ha così intorbidito le acque in maniera considerevole. Ciò che qui ci interessa è la potenziale frammentazione nazionale della legislazione di internet, che permetterebbe l'applicazione della legge nazionale ai TLD definiti a livello nazionale. Come riportato sulla stampa, Google ha già cominciato ad applicare segretamente diversi standard di diritti fondamentali, fino al punto di aver filtrato ed eliminato, nei TLD francesi e tedeschi ('.fr' e '.de'), pagine di politica radicale dai risultati del suo motore di ricerca Google.de e Google.fr, pur mostrando ancora questi contenuti su Google.com²⁰. Ma questo è solo l'inizio delle nostre difficoltà. La questione, sia in relazione ai TLD non definiti a livello nazionale, '.com' etc., sia, seppur in grado inferiore, ai domini nazionali, come '.de', non è semplicemente se l'effetto orizzontale diretto sia applicabile anche all'interno del regno virtuale di internet. In realtà, la questione è capire quale dei diritti fondamentali particolari definiti a livello nazionale sia applicabile nel caso di un conflitto tra sentenze giuridiche. Allo stesso tempo, la questione, ancor più problematica, è se la natura transnazionale del soggetto in esame escluda del tutto l'applicazione delle regole della legge internazionale privata, al punto che il conflitto di decisioni giuridiche richieda lo sviluppo di norme materiali autonome, specifiche per internet, sugli effetti orizzontali dei diritti fondamentali²¹. Emergono, inoltre, problemi ri-

¹⁸ Cfr. § 15 (a) Regole ICANN: «Una giuria deve decidere un ricorso sulla base delle deposizioni e dei documenti presentati e in accordo con la politica, con queste regole e con ogni regola e principio di legge che esso ritiene applicabile».

¹⁹ Sul problema della legge applicabile ai conflitti sul marchio di fabbrica su internet, cfr. A. KUR, *Territorialität versus Globalität – Kennzeichenkonflikte im Internet*, in «Wettbewerb in Recht und Praxis», 2000.

²⁰ «Frankfurter Allgemeinen Zeitung», 28/10/2002, p. 46.

²¹ Sullo sviluppo delle norme materiali nella legge internazionale privata cfr. G. KEGEL - K. SCHURIG, *Internationales Privatrecht*, 6th Edition, First Section, §8

guardo all'esatto stato legale di quegli eccezionali corpi ibridi di diritto pubblico e privato, le giurie di arbitrato dell'ICANN²²; così come restano ulteriori dubbi sulla qualità legale delle regole che essi applicano ai problemi dei diritti fondamentali all'interno del *cyberspazio*.

Due tesi sull'effetto orizzontale adeguato a internet e sull'applicabilità dei diritti fondamentali nella legge autonoma di internet

Almeno sotto la legge tedesca l'effetto orizzontale digitale dei diritti fondamentali non viene messo in discussione. Ma quale impatto ha il termine "effetto orizzontale indiretto" in tale contesto? Qui non siamo semplicemente interessati alla trasmissione dei diritti fondamentali attraverso le clausole generali del diritto privato. In realtà, il problema è quello dell'autonoma riproduzione dei diritti fondamentali all'interno della logica indipendente del sistema sociale di internet.

La questione se le giurie di arbitrato dell'ICANN debbano o, piuttosto, possano anche far rispettare i diritti fondamentali contro parti private all'interno del regno dell'ordine legale semi-autonomo della politica degli ICANN è comunque fortemente contestabile. Su questo punto la tesi è la seguente: le giurie di arbitrato dell'ICANN rendono concreti i diritti fondamentali all'interno del *cyberspazio* sulla base di una finzione. Si basano sulla finzione di un centro comune di principi legali globalmente applicabili, che includono i diritti fondamentali e i diritti umani, e con il loro aiuto rendono concreti i diritti fondamentali specifici di internet, all'interno di una *common law* di internet.

Effetti orizzontali digitali nella legislazione tedesca: effetto orizzontale 'indiretto' all'interno di Internet

Nel nostro primo caso 'oil-of-elf.de', in cui l'applicazione della legge tedesca non è contestata, la dottrina convenzionale dell'effetto orizzontale sembra presentare pochi problemi: l'idea dell'effetto orizzontale 'indiretto' dei diritti fondamentali nella legge privata è saldamente fondata su un terreno dottrinale stabile. Ciononostante, recenti e anche più trancianti critiche a questa dottrina, in par-

III4, *Materiellprivatrechtliche Lösungen im IPR*, p. 269; E. STEINDORFF, *Sachnormen im Internationalen Privatrecht*, Frankfurt a. M. 1958.

²² Cfr. M. FROOMKIN, *Semi-Private International Rulemaking: Lessons Learned from the WIPO Domain Name Process*, in C. T. MARDSEN, *Regulating the Global Information Society*, London 2000; sull'ICANN cfr. J. ZITTRAIN, *ICANN: Between the Public and the Private, Comments Before Congress*, in «Berkeley Technology Law Journal», 14/1999, sul sito <http://www.law.berkeley.edu/journals/btlj/articles/vol14/Zittrain/html/reader.html>

ticolare le critiche del diritto privato, ci spingono ad analizzare il nostro caso semplice sotto una luce differente, specialmente se l'effetto orizzontale contro terzi debba essere incluso nel nuovo tipo di giurisdizione di internet. Ma qual è il significato di effetto orizzontale 'indiretto' in questo contesto? La visione attualmente predominante, che rigetta la trasformazione 'diretta' dei diritti fondamentali in diritti soggettivi privati e che invece cerca la trasposizione 'indiretta' attraverso clausole del diritto privato, è, semplicemente, inadeguata²³. Incentrata solo sull'integrità della dottrina del diritto privato, una tale visione non riesce nemmeno a notare le due questioni che risultano determinanti per l'effetto orizzontale in sfere sociali non-statali: quali rischi particolari pongono al-

²³ Per una breve panoramica rappresentativa della letteratura, oramai inaccessibilmente voluminosa, sull'effetto orizzontale dei diritti fondamentali, cfr. H. D. JARRASS, *Die Grundrechte: Abwehrrechte und objektive Grundsatznormen. Objektive Grundrechtsgehalte, insbes. Schutzpflichten und privatrechtsgestaltende Wirkung*, in P. BADURA-H. DREIER (edd), *Festschrift 50 Jahre Bundesverfassungsgericht*, Tübingen 2001; C. W. CANARIS, *Grundrechte und Privatrecht: eine Zwischenbilanz*, Berlin 1998; U. DIEDERICHSEN, *Das Bundesverfassungsgericht als oberstes Zivilgericht*, in «Archiv für die civilistische Praxis», 198/1998, pp. 171 ss.; U. DIEDERICHSEN, *Die Selbstbehauptung des Privatrechts gegenüber dem Grundgesetz*, in «Jura», 2/1997, pp. 57-64; D. MEDICUS, *Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit im Privatrecht*, in «Archiv für die civilistische Praxis», 1992; E. SCHMIDT, *Verfassungsgerichtliche Einwirkungen auf zivilistische Grundprinzipien und Institutionen*, in «Kritische Vierteljahresschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft», 1995, pp. 424 ss.; J. HAGER, *Grundrechte im Privatrecht*, in «Juristen Zeitung», 1994; S. OETER, *Drittwirkung der Grundrechte und die Autonomie des Privatrechts*, in «Archiv des öffentlichen Rechts», 1994; K. HESSE, *Verfassungsrecht und Privatrecht*, Heidelberg 1988; R. ALEXY, *Theorie der Grundrechte*, Frankfurt a. M. 1994; W. LEISNER, *Grundrechte und Privatrecht*, München 1960; G. DÜRIG, *Grundrechte und Zivilrechtsprechung*, in T. MAUNZ (ed), *Vom Bonner Grundgesetz zur gesamtdeutschen Verfassung. Festschrift zum 75. Geburtstag von Hans Nawiasky*, München 1956. Le teorie più recenti sulla dottrina dei diritti fondamentali che affrontano il problema dell'effetto orizzontale di tali diritti come «relazione multipolare dei diritti fondamentali» (*mehrpole Grundrechtsverhältnis*) o che cercano di reinterpretare la questione come una relazione triangolare tra lo Stato (Stato, amministrazione e sistema giudiziario) e le due parti in conflitto sono in ogni caso inappropriate, in quanto derivano dalla limitata prospettiva della trasposizione della costituzione politica nella società del diritto pubblico. Con particolare riguardo a questo punto, cfr. C. CALLIESS, *Rechtsstaat und Umweltstaat. zugleich ein Beitrag zur Grundrechtsdogmatik im Rahmen Mehrpoliger Verfassungsrechtsverhältnisse*, Tübingen 2001, e M. RUFFERT, *Vorrang der Verfassung und Eigenständigkeit des Privatrechts. Eine Verfassungsrechtliche Untersuchung zur Privatrechtswirkung des Grundgesetzes*, Tübingen 2001. Per una critica incentrata sulla teoria dei sistemi, cfr. G. TEUBNER, *Ein Fall von struktureller Korruption? Die Familienbürgerschaft in der Kollision unverträglicher Handlungslogiken*, in «Kritische Vierteljahresschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft», 2000; dal punto di vista della teoria democratica, O. GERSTENBERG, *Verfassung und die Grenzen judizieller Sozialregulierung*, in U. NEUMANN e L. SCHULZ (edd), *Verantwortung in Recht und Moral*, Stuttgart 2000.

l'autonomia le dinamiche interne di ogni sfera sociale? In quale modo, di conseguenza, i diritti fondamentali devono essere ricostruiti all'interno di ogni sfera sociale, per poter fungere da limiti effettivi alle dinamiche interne di tale sfera? L'estensione della relazione dei diritti fondamentali dal punto di vista statale al contesto di regimi di *governance* privata non può essere basata semplicemente su formulazioni «appropriate al diritto privato», ma deve essere in realtà fondata all'interno di una riformulazione «appropriata al sistema sociale» di tutti gli elementi del modello classico dei diritti fondamentali: la legge soggettiva dei poteri statali²⁴. Questa questione è stata affrontata più nel dettaglio altrove²⁵. Riguardo alla sfera sociale dell'economia, in ogni caso, una tale trasformazione dei diritti fondamentali è già andata molto lontano, da quando sono stati compiuti sforzi per rispondere ai pericoli posti ai diritti fondamentali dai processi del mercato, attraverso la riformulazione «appropriata per il mercato» dei diritti fondamentali. Lo stesso vale per i rischi che corrono i diritti fondamentali in sfere sociali formalmente organizzate, la cui dottrina ha cercato di combattere la proceduralizzazione dei diritti fondamentali «appropriata alle organizzazioni».

All'interno della sfera sociale di internet, al contrario, tali questioni, che sono la condizione preliminare necessaria per costituire diritti fondamentali «specifici per internet», devono ancora essere poste. Qui, il famoso e celebrato *Codice di internet*, la personificazione digitalizzata delle norme di condotta all'interno dell'architettura del *Cyberspazio*, viene posto al centro dell'attenzione²⁶. Ini-

²⁴ Christoph Graber e Gunther Teubner tentano un tale approccio nel contesto privato della libertà artistica, cfr. C. GRABER - G. TEUBNER, *Arte e denaro: diritti costituzionali nella sfera privata?*, in G. TEUBNER (ed), *La cultura del diritto nell'epoca della globalizzazione: l'emergere delle costituzioni civili* (1998), Roma 2005, pp. 39-55. Cfr. per il dibattito inglese sui diritti fondamentali nel contesto privato, A. CLAPHAM, *Human rights in the private sphere*, Oxford 1996; H. COLLINS, *Justice in dismissal: the law of termination of employment*, Oxford 1992; J. RAZ, *The Morality of Freedom*, Oxford 1986; W. N. NELSON, *Human Rights and Human Obligations*, in «Nomos», 23/1981.

²⁵ G. TEUBNER, *Costituzionalismo societario: alternative alla teoria costituzionale Stato-centrica*, in G. TEUBNER (ed), *La cultura del diritto*, cit., pp. 105-138; cfr. anche G. TEUBNER, *Diritto Policontestuale: prospettive giuridiche della pluralizzazione dei mondi sociali*, Napoli 1999; C. GRABER - G. TEUBNER, *Arte e denaro*, cit..

²⁶ Il dibattito sul codice ha quasi i caratteri di una legge naturale su esso, cfr. E. BROUSSEAU, *Internet Regulation: Does Self Regulation Require an Institutional Framework*, Conference Paper (2001), disponibile sul sito <http://www.isnie.org/ISNIE01/Papers01/broussacu.pdf>; L. LESSIG, *Code and other laws of Cyberspace*, New York 1999; J. R. REIDENBERG, *Lex Informatica: The Formulation of Information Policy Rules Through Technology*, in «Texas Law Review», 3/1998, disponibile sul sito http://www.reidenberg.home.sprynet.com/lex_informatica.pdf; J. BOYLE, *Foucault in*

zialmente, la questione è quella degli specifici rischi inerenti ai diritti fondamentali all'interno di internet: quali particolari pericoli le regole del Codice pongono all'autonomia individuale? Inoltre, come percepisce il Codice l'autonomia delle istituzioni economiche? Successivamente si pone la questione di come sia meglio ricostruire i diritti fondamentali in modo appropriato alla rete: quale tematica e quali codici procedurali devono essere attribuiti al Codice per assicurare che i diritti fondamentali individuali e le sfere istituzionali d'autonomia siano adeguatamente protetti da manifestazioni digitali di norme legali?

Non è primariamente un problema di cattivo uso delle posizioni di potere digitale. Piuttosto, la questione riguarda le conseguenze per i diritti fondamentali delle differenze strutturali tra *Code* e *law*. Lo sforzo di riformulare la dottrina degli effetti orizzontali deve tener conto delle strutture di base di internet. All'interno dei suoi confini, il codice istituisce una nuova base per la normativa che preside all'ordine del regno simbolico di internet, perché la condotta dei partecipanti alla rete è regolata dai vincoli elettronici dei Protocolli di Rete, piuttosto che da norme legali. Quale impatto ha il ri-orientamento dalle norme legali ai Protocolli della Rete sull'*Internet Communication Constitution* (decisioni e forme delle controversie) e sull'autonomia individuale e istituzionale (diritti fondamentali)? Quali sono i pericoli che la «incorporazione digitale del diritto» pone ai diritti fondamentali?

La specificità del codice: rischi e protezione dei diritti fondamentali

Un'iniziale risposta può essere ricavata dal carattere autoapplicante del Codice. Prevalentemente gli avvocati strumentalisti-interventisti di internet potrebbero ben vedere questo come il grande vantaggio del Codice²⁷; tuttavia, questo è lo spauracchio dello Stato tradizionale basato sulla *rule of law* (*Rechtsstaat*). La legge tradizionale è fondata su procedure corrette e distinzioni precise tra la produzione della legge, l'applicazione della legge e la sua imposizione coercitiva. Ciò è anche, in gran parte vero, per il processo di produzione legislativa nel settore privato. La digitalizzazione,

Cyberspace: Surveillance, Sovereignty, and Hard-Wired Censors, in «University of Cincinnati Law Review», 66/1997, disponibile sul sito www.wcl.american.edu/pub/faculty/boyle/foucault.htm.

²⁷ Visto da questo punto di vista strumentalista, le differenze tra i due protagonisti della Costituzione di Internet sono infatti poche: L. LESSIG, *Code and other laws of Cyberspace*, cit.; D. POST, *Anarchy, State, and the Internet: An Essay on Law-Making in Cyberspace*, in «Journal of online Law», 1995, disponibile sul sito <http://warthog.cc.wm.edu/law/publications/jol/post.html>.

invero, sembra aver dato luogo a una forma di fissione tra il fare la legge, applicarla e farla osservare con mezzi coercitivi. Con ciò, la divisione costituzionale dei poteri all'interno del processo legale svanisce, portando via con sé un'importante garanzia per le sfere d'autonomia individuali e istituzionali.

Un secondo indicatore deriva dalla triade “controllo della condotta, costruzione delle aspettative e risoluzione del conflitto”²⁸. Il diritto tradizionale non può essere limitato a nessuna di queste funzioni, ma determina tutte e tre, anche se in forma separata, con ciascuna funzione organizzata e gestita dalle proprie istituzioni, dalla propria cultura legale e dalla propria forma di *rule of law*. Questa divisione similmente incorpora una garanzia costituzionale (segreta) per l'autonomia sociale. Prescrizioni normative superiori che facilitano la risoluzione del conflitto non richiedono necessariamente l'istituzionalizzazione come aspettative socialmente efficaci; né devono essere sempre tradotte nella condotta propria del mondo reale. In ogni caso, l'incorporazione digitale delle norme legali del Codice riduce questa triade a una singola funzione di controllo elettronico della condotta, e, in questo modo, scioglie le zone cuscinetto di protezione dell'autonomia tra le norme del conflitto, le norme dell'aspettativa e le norme della condotta. Il Codice di internet fa a meno delle conquiste civilizzatrici della dissociazione e della garanzia costituzionale basata sulla *rule of law* di ciascuna delle funzioni della triade.

Un ulteriore aspetto del Codice che ha una potenziale rilevanza sui diritti fondamentali è il suo modo esatto di calcolare la normatività. In termini tradizionali, il tanto celebrato formalismo legale era sempre solo parzialmente possibile. L'impatto del formalismo legale convenzionale – dagli avvocati tanto ammirato e tanto temuto – è comunque niente se paragonato all'estensione della digitalizzazione raggiunto dal Codice, che ha dato origine, per forza, a un grado di formalità della norma ancora sconosciuto. La formula strettamente binaria, 0-1, che è rilevante soltanto per il codice legale del mondo reale nella distinzione tra “legale” e “non legale”, nel senso della teoria dei sistemi, si estende, nel mondo virtuale dei programmi legali, per indirizzare il processo di formulazione delle decisioni legali nella loro interezza. Questo preclude ogni spazio alle manovre interpretative all'interno dei programmi nell'intera giurisdizione del Codice. Le aspettative di condotta normativa, che possono sempre essere interpretate, adattate, manipolate o plasmate, stanno diventando delle rigide aspettative cogniti-

²⁸ Per questa triade legale funzionale cfr. N. LUHMANN, *Das Recht der Gesellschaft*, Frankfurt a. M. 1993, p. 156.

ve di circostanze fattuali (inclusione/esclusione). Le segrete forme di apprendimento, che sono sempre state individuabili nelle microvariazioni permanenti della legge di fronte a fatti nuovi o a nuovi valori sociali, sono esclusi dal Codice. Anche le argomentazioni legali sono escluse dal Codice. Le osservazioni possono essere fatte solamente al momento della promulgazione del Codice, o del suo emendamento ufficiale, e non possono influenzare oltre il quotidiano compito legale dell'interpretazione, dell'applicazione e dell'implementazione delle norme. In sostanza, questo significa che ogni tipo di informalità è esclusa dalla portata giurisdizionale del Codice. Nel codice non ci sono più gli spazi per quelle funzioni che erano sempre permessi all'interno della legislazione tradizionale: la pratica dell'esentare, l'applicazione di principi equi, la non-applicazione della legge, o il semplice ricorso a forme di comunicazione extralegali. La digitalizzazione preclude la non-applicazione informale del codice. Dato l'abbandono della "utile illegalità", non c'è da meravigliarsi che la figura dell'*hacker* che cerca di spezzare il Codice sia diventata la personificazione moderna del mito di Robin Hood.

Se questa impressione sui pericoli che il Codice pone all'autonomia è vera, allora è innegabile il carattere costituzionale di alcune pretese giuridico-politiche del codice. Il movimento *Open-Source*, che richiede la pubblicazione del Codice di Sorgente dei materiali pubblicitari dei software, affinché le strutture che regolano il programma possano sempre essere controllate, non dovrebbe essere semplicemente liquidato come un «branco di simpatizzanti idealisti»²⁹. Allo stesso modo, la richiesta avanzata da Lawrence Lessig, che i meccanismi digitalizzati di controllo della condotta del Codice siano soggetti al principio del *narrow tailoring*, ha come conseguenza la richiesta parallela di una intensificata applicazione al Codice del principio di proporzionalità costituzionale, per rimetterlo in linea con le norme legali che devono essere rispettate anche dagli attori privati. In questo contesto, il controllo giudiziale, come altre forme di controllo pubblico sulle norme generali del Codice, è molto più importante del mancato rispetto dei termini di contratto standard o dei termini usati da associazioni private nel mondo reale. Lo stesso è vero per la legge sulla concorrenza in internet, che non solo assicura mercati aperti, ma ha anche un impatto sulle continue aperture dei regolamenti alternativi previsti dal Codice.

²⁹ Cfr. Y. BENKLER, *Looking Trough the Glass: Alice and the Constitutional Foundations of the Public Domain*, Conference Paper (2001), disponibile sul sito: <http://www.james-boyle.com>; L. LESSIG, *Il futuro delle idee* (2001), Milano 2006.

Torniamo al nostro caso iniziale: naturalmente non tutti questi rischi all'autonomia, specifici del Codice, sono rilevanti per il conflitto 'oil-of-elf'. In realtà, devono essere considerate anche altre questioni, in particolare l'accesso ai provider e la selettività dei motori di ricerca, per non nominarne che due. Nondimeno, si possono individuare alcuni rischi per i diritti fondamentali propri di internet e reazioni adeguate a internet nei casi *CompanyName-Sucks*, che influiscono sulla risoluzione del conflitto. L'intensità del conflitto tra il proprietario del nome e del nome commerciale e il suo avversario è particolarmente marcata su internet. Il sistema dei nomi di dominio non permette lo stesso grado di flessibilità nell'uso di un nome che c'è nel mondo reale, nel quale l'uso legittimo dei marchi di fabbrica e delle marche può essere differenziato a seconda delle linee di prodotto, di mercato e regionali, in modo tale che l'uso multiplo è spesso a-conflittuale. Internet può solo fornire un indirizzo globale nel *Top Level Domain*. Allo stesso modo, la differenziazione tra diversi TLDs è una compensazione inadeguata a questo tipo di conflitto. In più, tali effetti del monopolio propri del Codice sono solo intensificati dalla pratica diffusa del *reverse domain hijacking*³⁰, contro i quali non c'è alcun ricorso giudiziario. In più per registrare le proprie *companyname*, le parti coinvolte registrano anche *companynamesucks*, *companynamereallysucks*, *companynamesucks*, *companynamereallyreallysucks*, ecc. nel tentativo di assicurare sia la radice del loro nome che i suoi possibili utilizzi in ulteriori composizioni semantiche.

Gli effetti-cuscinetto sociali della "illegalità utile" non possono dipendere da questo contesto. Una volta che i provider ospitanti approvati dall'ICANN abbiamo autorizzato gli indirizzi IP o i nomi del dominio, o una volta che le decisioni delle giurie di arbitramento dell'ICANN siano state implementate elettronicamente, si avvia un processo automatico su internet, che non tollera più una zona grigia tra l'utilizzo 'illegale' e tuttavia, pragmaticamente parlando, ancora 'autorizzabile' del nome.

Oltre ai rischi per i diritti fondamentali, il nostro caso iniziale dà anche origine a questioni specifiche di internet, in merito alla protezione dei diritti fondamentali. La questione è come possa essere creata una sfera pubblica all'interno del mondo decentralizzato di internet. Come può essere trasmessa a un'audience appropriata la critica alla politica della compagnia FinaTotalElf? La ricerca si incentra, da una parte, sugli equivalenti dei mass media propri di in-

³⁰ Tale definizione si riferisce alla pratica di acquisire il *domain name* dai proprietari accusandoli di violazione di marchio e di richiedere che il dominio venga trasferito (ndr).

ternet, mentre, dall'altra, su quei movimenti di protesta locali che possono appellarsi alla protezione dei diritti fondamentali per le loro critiche alla pratica commerciale contro la sede della compagnia. In linea di principio, il sito web della compagnia è l'equivalente della sua sede nel mondo reale e il nome del dominio è il *locus* determinante per la creazione di una sfera pubblica di dibattito politico sulla compagnia. Questo è il primo argomento a favore dell'estensione della protezione dei diritti fondamentali alle parodie o alle critiche sul marchio di fabbrica della compagnia.

Effetti digitali orizzontali all'interno dell'UDRP?

«Ancora una volta, noi giudici amministrativi americani abbiamo teso a considerare che la giurisprudenza americana e le protezioni costituzionali americane debbano avere la precedenza su internet»³¹.

Dunque, qual è la situazione sugli effetti orizzontali dell'UDRP³²?

Un caso giudicato da una giuria di arbitrato dell'ICANN ci fornisce un quadro iniziale del problema. Nel caso Bridgestone Firestone et al v. Jack Myers (D2000-0190), la giuria aveva dichiarato:

«Sebbene la libertà d'espressione non sia elencata come uno degli esempi di una politica di diritto o interesse legittimo nel nome di un dominio, l'elenco non è esclusivo e la giuria conclude che l'esercizio della libertà d'espressione per la critica e la discussione dimostra anche un diritto o un legittimo interesse nel nome del dominio secondo il paragrafo 4 (c)(iii). Internet è soprattutto una struttura per la comunicazione globale e il diritto alla libertà d'espressione dovrebbe essere uno dei fondamenti della legislazione di internet».

Questa è un'accettazione esplicita da parte delle giurie di arbitrato dell'ICANN della giurisdizione digitale dei diritti fondamentali. Ma su cosa sono fondate le tanto spesso ripetute professioni di credo nei diritti fondamentali? Su quali basi legali poggiano? L'*obi-*

³¹ Così Scott Donahey, giudice di una giuria amministrativa, cfr. S. M. DONAHEY, *Divergence in the UDRP and the Need for Appellate Review*, 2002, disponibile al sito <http://udrplaw.net/DonaheyPaper.htm>.

³² Sulla questione dell'effetto orizzontale diretto dei diritti fondamentali all'interno dell'UDRP, cfr. A. GOLDSTEIN, *ICANN Sucks.biz (And Why You Can't Say That): How Fair Use of Trademarks in domain names is Being Restrained*, in «Fordham Intel. Prop., Med. & Enter. Law Journal», 12/2002, pp. 1151; M. MUELLER, *Ruling the root – Internet Governance and taming of Cyberspace*, Cambridge Ma 2002, p. 245; K. BLACKMAN, *The Uniform Domain Name Dispute Resolution Policy: A Cheaper Way to Hijack Names and Suppress Critics*, in «Harvard Journal Law & Technology», 15/2001, pp. 211 ss.; D. C. NAJARIAN, *Internet Domains and Trademarks Claims: First Amendment Considerations*, in «The Journal of Law & Technology», 41/2001, pp. 127 ss., disponibile anche sul sito http://www.idea.piercelaw.edu/articles/41/41_1/5.Najarian.pdf; R. S. SORGEN, *Trademark Confronts Free Speech on the Information Superhighway: "Cybergrippers" Face a Constitutional Collision*, in «Loyola of Los Angeles Entertainment Law Review», 22/2001, pp. 115 ss.

ter delle giurie di arbitrato dell'ICANN rimane opaca e vaga su questo punto. Di certo è chiaro che l'uso di un nome di dominio in favore del diritto della libertà d'espressione è un interesse legittimo e fondato nel paragrafo 4(c)(iii). Tuttavia, non c'è alcuna indicazione di un'originaria fonte legale dei diritti di libertà d'espressione a cui le giurie fanno riferimento.

Il primo emendamento della costituzione americana è la fonte di quelle decisioni che utilizzano formule come «dottrine della libertà d'espressione», «inalienabile libertà di parola e di espressione» o semplicemente «libertà di parola»? Certamente le giurie di arbitrato dell'ICANN si orientano seguendo la giurisprudenza e la legislazione degli Stati Uniti. Spesso questo è il caso in cui il conflitto è fortemente legato all'ordine legale statunitense. Così, la giuria nel caso appena menzionato ha sottolineato che:

«nell'applicare la definizione di registrazione abusiva [...] nella procedura amministrativa, la giuria decisionale assegnata alla procedura dovrà fare riferimento, nella misura necessaria, alla legge o *rule of law* che ritiene applicabili in base alle circostanze del caso. Quindi se, per esempio, le parti di un procedimento fossero residenti in un paese, se il nome del dominio fosse registrato nel registro di quel paese, e la prova della registrazione in malafede e dell'uso del nome del dominio fosse legata ad attività svolte nello stesso paese, sarebbe appropriato per chi deve decidere riferirsi alla legge del paese interessato».

L'interpretazione della giuria sembra anche conformarsi alle previsioni del *WIPO Final Report*, che stabilisce:

«la conseguenza di ciò sarebbe che gli abitanti di paesi in cui è molto radicata la difesa della libertà d'espressione dovrebbero avere maggiore protezione nella risoluzione alternativa delle controversie attraverso il *WIPO* rispetto agli abitanti, per esempio, della Corea del Nord»³³.

Potrebbe essere tuttavia dubbio se la divisione di internet in distinte sfere di influenza a seconda degli standard della protezione nazionale sia desiderabile, almeno nel caso di TLDs generici. In più, soluzioni fondate sulle regole sul conflitto sommergerebbero le capacità di gestione delle informazioni le giurie di arbitrato dell'ICANN³⁴.

Di conseguenza, possiamo sostenere che le giurie di arbitrato dell'ICANN siano completamente inappropriate per casi che riguardano questioni di diritti fondamentali? Questa, per esempio, è l'opinione di Blackman, il quale accetta che ai diritti fondamentali vadano riconosciuti effetti orizzontali in tali contesti, ma sostiene che le giurie di arbitrato dell'ICANN siano istituzional-

³³ M. A. FROMKIN, *ICANN's Uniform Dispute Resolution Policy - Causes and (Partial) Cures*, in «Brooklyn Law Review», 2002, p. 640.

³⁴ *Ibidem*, p. 643.

mente inadatti a tali decisioni³⁵. Egli inoltre suggerisce che si dovrebbe rifiutare la loro giurisdizione per casi difficili e che l'accusa dovrebbe essere indirizzata ai tribunali nazionali: «il sistema dei tribunali è la sola istituzione vitale che può risolvere queste questioni»³⁶. L'approccio di Blackman è, in gran parte, giustificato. Tuttavia, egli presta poca attenzione al fondamento su cui un tale sistema transnazionale di arbitrato deve essere costruito. La distinzione tra 'casi semplici' e 'casi difficili' condurrebbe, nella maggior parte delle dispute – poche delle quali sono chiari casi di *cybersquatting* –, a un ritiro su larga scala dalla giurisdizione delle giurie di arbitrato dell'ICANN, minando fatalmente i vantaggi di questo sistema alternativo nella risoluzione delle dispute. In base a ciò, è necessario guardare ai meccanismi interamente differenti di controllo effettivo sulle decisioni delle giurie di arbitrato dell'ICANN.

Ordre public transnational della lex mercatoria e della lex digitalis: un ordine giuridico autonomo?

Una breve considerazione sul caso paradigmatico di un ordine giuridico autonomo non-statale con una giurisdizione transnazionale, la famosa *lex mercatoria*, qui si dimostra preziosa. Il confronto con l'*ordre public transnational* della legge economica internazionale può fornirci gli strumenti per agganciare la nostra soluzione al problema dell'effetto orizzontale dei diritti fondamentali nella sfera privata di internet? Per evitare sin dall'inizio ogni fraintendimento, ribadiamo che in nessun caso siamo d'accordo con l'autarchia o con un ordine giuridico auto-sufficiente che sia isolato dalla regolazione politica e che rimane solamente sotto un'auto-regolamentazione. Sia la *lex digitalis* che la *lex mercatoria* sono chiaramente sistemi ibridi di norme, ognuno con le proprie specifiche porzioni di legge autonoma, legge nazionale e legge internazionale³⁷. Non sempre una Bukowina globale può liberare pienamente se stessa

³⁵ Cfr. K. BLACKMAN, *The Uniform Domain Name*, cit.

³⁶ *Ibidem*, p. 241.

³⁷ La teoria dei sistemi sostiene che questa pluralità è stata sempre una parte della *lex mercatoria*. «la nostra domanda decisiva dovrebbe essere: dove sono le norme effettivamente prodotte? Nelle politiche nazionali e nelle relazioni politiche internazionali? O in processi economici globali e in altri processi sociali? L'ipotesi, che sembra essere ben fondata nell'esperienza giuridica, è che una legge economica globale si stia sviluppando lungo tutte e tre le dimensioni. Naturalmente, ciò presuppone una teoria pluralistica della creazione di una norma che tratta la creazione di una legge politica, giuridica e sociale su un'eguale posizione», cfr. G. TEUBNER, *La Bukowina globale: il pluralismo giuridico nella società mondiale*, in «Sociologia e politiche sociali», 2/1999, pp. 49-79.

dall'influenza della metropoli, ma è in realtà, per usare una metafora popolare, un «campo sociale semi-autonomo».³⁸

Inoltre, in ogni caso, la *lex mercatoria* è stata a lungo storicamente accolta da un appassionato dibattito dottrinale e teorico-legale sulla sua «qualità legale» e si è costruita su una vasta esperienza nella risoluzione di dispute internazionali. A rigettare tutte le critiche degli statisti, che un tempo respingevano la *lex mercatoria* come il «fantasma di professori della Sorbona» e consideravano l'esistenza di elementi di una legge non-statale e allo stesso tempo nazionale assolutamente inconcepibile, il successo economico attuale della *lex mercatoria* ha certamente assicurato il suo riconoscimento come ordine giuridico autonomo³⁹. Bisogna chiedersi se le più avanzate definizioni di *lex mercatoria* siano applicabili alla *lex digitalis*. E chiedersi se le quattro caratteristiche elencate di seguito possano essere identificate nella pratica delle giurie ICANN: l'esistenza di un sistema di diritto autonomo di terzo livello al di sopra del diritto internazionale privato e pubblico con una pretesa di validità globale; il fatto che la *lex digitalis* sia stata «creata e sviluppata dalle forze che producono il diritto di un'emergente società civile globale»; che è «fondata sui principi generali del diritto così come quelli degli usi sociali»; e che è «amministrata da soggetti privati di risoluzione delle dispute e codificata (se in qualche modo lo è) da agenzie che formulano una norma privata»⁴⁰.

A questo punto, piuttosto che aprire una discussione sul fondamentale problema se una 'Bukowina globale' deve essere anche fondata nel *cyberspazio*, seguiamo l'analisi per comparare la qualità giuridica di ogni sistema di regole. La questione da chiarire è se la giurisdizione della molto più problematica *lex digitalis* sia più o meno strettamente correlata ai tradizionali fenomeni giuridici che, nel frattempo, hanno confermato in maniera più ferma la *lex mercatoria*.

Entrambi i sistemi si occupano della procedura di risoluzione del conflitto al quale le due parti hanno dato il loro consenso. En-

³⁸ S. F. MOORE, *Law and Social Change: The Semi-Autonomous Social Field as an Appropriate Subject of Study*, in «Law and Society Review», 7/1973, pp. 719 ss.

³⁹ Per una discussione complessiva sui dibattiti teorici sulla *lex mercatoria* e la sua qualità, cfr. P. ZUMBANSEN, *Piercing the Legal Veil: Commercial Arbitration and Transnational Law*, in «European Law Journal», 8/2002, pp. 400 ss.; K. P. BERGER, *The Law Merchant and the New Market Place: A 21st Century View of Transnational Commercial Law*, in «International Arbitration Law Review», 2000, pp. 91-102.

⁴⁰ G. P. CALLIESS, *Reflexive Transnational Law: The Privatisation of Civil Law and the Civilisation of Private Law*, in «Zeitschrift für Rechtssoziologie», 2/2002, pp. 185-216.

trambi i sistemi si distinguono dai semplici sistemi di arbitrato nei quali una terza parte fornisce decisioni vincolanti. A differenza dell'arbitrato equitativo, le decisioni non sono prese né su basi solamente equitative, né tanto meno senza alcuna base. Le giurie amministrative dell'ICANN applicano piuttosto, *lege artis*, le norme dell'UDRP, in un modo che, per contenuto e metodo, appare identico all'applicazione delle norme giuridiche "reali". Proprio come la risoluzione di un conflitto economico internazionale, un elaborato processo di applicazione della norma fornisce il giudizio finale sulla legalità/illegalità della condotta desiderata. La sentenza include regolarmente gli elementi necessari di analisi dei fatti, l'interpretazione delle norme e la sussunzione dei fatti alle norme.

Entrambe i casi riguardano un sistema di applicazione di regole non-statali e a-nazionali. La giurisdizione della *lex mercatoria* include contratti, pratiche di *business*, termini di contratto standard, riformulazioni della legge (principi *unidroit* del diritto commerciale internazionale, il nucleo comune dei "principi Lando" della legislazione europea sui contratti⁴¹) e le decisioni prese dalle corti di arbitrato. Allo stesso modo la *lex digitalis* si fonda sugli atti autonomi privati di coloro che usano internet, sulle regole esplicite dell'UDRP, sulle regole per una politica uniforme della risoluzione delle dispute così come sulle regole supplementari individuali dei provider di risoluzione delle dispute approvati dall'ICANN e, alla fine, sulle decisioni delle giurie amministrative dell'ICANN.

Ogni rete di regole ha un'affinità più forte con la *common law* piuttosto che con la legge continentale codificata. Si espandono in maniera incrementale attraverso le decisioni individuali e i precedenti. Nessun sistema funziona all'interno di una gerarchia di istanze decisionali, ma entrambe mostrano di appoggiarsi in modo significativo su riferimenti eterarchici ad altre corti amministrative, come accade nei tribunali di paesi che applicano la *common law*. La legge economica internazionale gioca da ospite alla intercitazione reciproca tra le corti di arbitrato e, in particolare, tra i tre Grandi (New York, Parigi, Teheran); un processo che è rafforzato dal tentativo della scienza giuridica di distillare principi giuridici uniformi e norme dalle decisioni di differenti corti di arbitrato. Qui, tuttavia, può essere individuata la prima reale differenza tra i sistemi. Mentre lo sviluppo regolare della *lex mercatoria* in una genuina *common law* è intralciato dal fatto che i casi non possono essere decisi pubblicamente e che pochi sono pubblicati in rapporti

⁴¹ O. LANDO e H. BEALE (edd), *Principles of European Contract Law, Parts I and II, Combined and Revised*, prepared by The Commission on European Contract Law, The Hague-London- Boston 2000 (ndr).

o sui giornali, e solo in forma di sommario, la pratica delle giurie di arbitrato dell'ICANN si presenta con indicatori molto più forti della sua evoluzione verso una vera *case-law*⁴². Molte decisioni delle giurie sono pubblicate su internet e ci si può riferire a esse in un dibattito legale sulla pratica e sulla dottrina. Le stesse giurie amministrative dell'ICANN fanno esplicito riferimento a casi passati in giudicato e seguono strettamente, pur non svuotando anticipatamente e formalmente le loro decisioni, lo *stare decisis* dei casi precedenti. Esse, inoltre, distinguono fatti e cassano norme di *case-law*.

A dire il vero, la pratica della *lex digitalis* dà origine allo stesso alto grado di incoerenza decisionale che è stato a lungo noto nei tribunali nazionali quando la *lex mercatoria* ha fatto la sua comparsa⁴³. Tuttavia, sebbene sia irrealistico sperare, almeno per il momento, in una gerarchia di corti e in una maggiore coerenza decisionale nell'arbitrato economico internazionale, internet ha un potenziale maggiore al riguardo. I dibattiti giuridici hanno già suggerito che un passo importante nell'evoluzione di questo sistema legale ibrido sarebbe lo stabilimento di un'istanza d'appello all'interno della giurisdizione arbitrale dell'ICANN, che dovrebbe cercare di armonizzare le tante decisioni divergenti che vengono prese nella pratica⁴⁴.

La qualità legale della *lex digitalis* è anche più forte di quella della *lex mercatoria* in un modo ulteriore. La natura legale dell'arbitrato economico internazionale è spesso messa in dubbio perché non applica norme decisionali sufficientemente precise, mentre fa ricorso a regole trascritte in maniera insufficiente, a indicazioni vaghe e a principi generali. Al contrario – ed è un requisito del Codice – le norme decisionali dei giudici dell'ICANN sono caratterizzate dalla loro natura altamente esplicita, dalla loro trascrizione accurata e dalla loro precisione fattuale. Ciò è vero sia per le regole dell'UDRP che per le decisioni delle stesse giurie.

La legittimità politica è indubbiamente il tallone d'Achille di entrambi i sistemi legali autonomi. In via di principio, nessuno dei due può sostenere di essere collegato alla solita catena di legittimazione della creazione della volontà democratica – sebbene ciò sia

⁴² Cfr. *ibidem*, p. 201.

⁴³ Nonostante gli elevati gradi di incoerenza tra le decisioni delle giurie di arbitrato dell'ICANN, possiamo identificare l'emergenza di una *common law* globale in relazione alla registrazione abusiva dei nomi di dominio, cfr. R. BADGLEY, *Internet Domain Names and ICANN Arbitration: The Emerging "Law" of Domain Name Custody Disputes*, in «Texas Review of Law and Politics», 5/2001, pp. 343 ss.

⁴⁴ Cfr. S. M. DONAHEY, *Divergence in the UDRP*, cit.

vero anche per larghe parti dell'ordine legale nazionale, il cui carattere legale non è tuttavia messo in dubbio. Tutt'al più, tracce di legittimazione politica possono essere trovate nella *lex mercatoria*. La Convenzione di New York fornisce un grado di legittimazione per l'arbitrato internazionale nella giurisdizione internazionale⁴⁵. Ironicamente, tuttavia, ciò non aumenta, ma in realtà limita il potenziale di controllo democratico pubblico sulla produzione autonoma delle leggi. Al contrario, la *lex digitalis* può rivendicare una più forte catena di legittimazione politica nel carattere di accordi periodicamente rinnovati tra gli ICANN e il Dipartimento del Tesoro degli Stati Uniti⁴⁶. Un'ulteriore legittimazione politica può venire dal processo da cui derivano le regole dell'UDRP. Sotto la direzione del governo degli Stati Uniti, l'Organizzazione Mondiale della Proprietà Intellettuale (WIPO, *World Intellectual Property Organisation*) ha organizzato un procedimento di consultazione internazionale, le cui scoperte preliminari furono poi in larga parte usate dall'organizzazione no profit ICANN come fondamento della propria produzione privata di norme.

Le differenze maggiori tra la *lex digitalis* e la *lex mercatoria* sono da individuare in relazione alle sanzioni che applicano e alla trasmissione, applicazione e implementazione delle loro decisioni. Prendendo come punti di riferimento autori come Austin, Weber e Kelsen, la teoria giuridica tradizionale misura il carattere giuridico rispetto al parametro delle sanzioni. Qui troviamo l'obiezione più forte alla natura autonoma della *lex mercatoria*: quando si giunge al punto, le sanzioni informali applicate dal mercato sono insufficienti ed è necessario un riconoscimento da parte dei tribunali nazionali, affinché sia assicurata l'implementazione delle sanzioni attraverso la giurisdizione nazionale. Lo stesso nucleo della sua qualità giuridica viene così messo in dubbio. La situazione è totalmente diversa per ciò che riguarda il rispetto su internet. Dopo un periodo di dieci giorni, durante il quale le parti hanno la possibilità di rivolgersi ai tribunali formali, le giurie amministrative dell'ICANN trasmettono direttamente al *Registrar* l'ordine di eseguire la sentenza per via elettronica. A questo punto il *Registrar*

⁴⁵ La "Convenzione di New York sul Riconoscimento e l'Esecuzione di Lodi Arbitrali Stranieri", firmata il 10 giugno 1958, è nata per permettere la concreta possibilità di riconoscimento delle sentenze arbitrali straniere. Questa rende più agevoli, certe e veloci le procedure di esecuzione del lodo internazionale tra Paesi diversi, eliminando l'alea derivante dalla mutevolezza (spesse volte assai marcata) dei motivi legittimanti il rigetto dell'istanza da Stato a Stato (ndr).

⁴⁶ Per la storia dello stabilimento degli ICANN e la sua relazione con il governo americano, cfr. M. MUELLER, *Ruling the root*, cit.

o cancella il nome o trasferisce il *domain name* al ricorrente con effetto legale immediato.

Il confronto conduce a conclusioni in un certo senso sorprendenti. Le pratiche delle giurie amministrative dell'ICANN, ancora scarsamente sviluppate, il sistema precedente e la natura delle norme applicate, insieme al forte grado di legittimazione politica e, soprattutto, al modo nel quale le decisioni vengono effettivamente fatte rispettare, forniscono alla *lex digitalis*, il cui riconoscimento come ordine giuridico autonomo da parte dei tribunali nazionali e della dottrina legale internazionale è, anche se incompleto, molto più sviluppato, un grado ben superiore di qualità giuridica rispetto a quello che si deduce dalle pratiche di un'ormai vecchia e gelosamente custodita *lex mercatoria*.

La validità dei diritti fondamentali in un regime giuridico autonomo?

La *lex digitalis*, dunque, è considerata, insieme alla *lex mercatoria* e ad altri regimi legali autonomi, come uno di quei fenomeni legali che hanno fatto apparire la globalizzazione dei regimi giuridici sotto una luce molto diversa rispetto a quella usuale. La globalizzazione dunque non è solo e soltanto un fenomeno di unificazione, armonizzazione o, alla fine, di convergenza tra ordini giuridici, quanto invece un processo di cambiamento radicale nelle differenziazioni prodotte all'interno dello stesso sistema giuridico. Tradizionalmente, l'ordine legale globale viene suddiviso in ordini giuridici nazionali relativamente autonomi. Oggi, questa distinzione non è diventata superflua, ma è stata piuttosto superata da un diverso principio di differenziazione: il diritto viene suddiviso anche in regimi giuridici autonomi transnazionali, la cui giurisdizione si definisce lungo linee 'tematiche', più che lungo linee territoriali, che rivendicano una validità globale⁴⁷. Senza considerare se siano fondati nelle relazioni contrattuali private degli attori transnazionali, o se siano ibridi in natura, questi sistemi sono regimi giuridici veri e propri (e non semplicemente compendi politici o economici o un insieme debole di norme sociali), dal momento che possiedono una propria istituzione costituzionale, che di riflesso nor-

⁴⁷ Con particolare enfasi allo statuto ICANN come "Regime Regolatorio Globale", cfr. le analisi di D. LEHMKUHL, *The Resolution of Domain Names vs. Trademark Conflicts: A Case Study on regulation Beyond the Nation State, and Related Problems*, in «Zeitschrift für Rechtssoziologie», 1/2002, pp. 71 ss; M. MUELLER, *Ruling the root*, cit., p. 211; C. WALTER, *Constitutionalizing (Inter)national Governance – Possibilities for and Limits to the Development of an International Constitutional Law*, in «German Yearbook of International Law», 44/2001, pp. 171 ss.

mativizza il loro processo di creazione delle norme. In altre parole, i loro processi primari di creazione delle norme sono soggetti a procedure autonome di processi secondari di *decision-making* e di normativizzazione, che stabiliscono la qualità legale delle norme primarie⁴⁸.

È questo secondario processo costituzionale di normazione che decide sulla validità dei diritti fondamentali all'interno della legge autonoma di internet. Uno sguardo comparativo alla *lex mercatoria* torna di nuovo utile. È certamente evidente che la *lex mercatoria* si basa su relazioni contrattuali private e che sono questi *contrats sans loi* che costituiscono la base sia per le sue norme materiali, sia per l'istituzionalizzazione delle corti di arbitrato internazionali. Nondimeno, questo pone il sistema di fronte a un dilemma apparentemente insolubile: se la *lex mercatoria* è derivata da un contratto privato, come può far valere i diritti fondamentali come una legge vincolante contro le volontà delle parti del contratto? In conseguenza a questa domanda senza risposta, è stata messa in discussione l'esistenza stessa di una legge vincolante all'interno della *lex mercatoria*. In modo del tutto pragmatico, e senza alcuna considerazione delle questioni legali teoretiche sottostanti, le corti di arbitrato hanno sviluppato una pratica che potrebbe provare a essere un modello futuro per la *lex digitalis*:

«È generalmente riconosciuto che il giudice arbitrale può, in nome della "vera politica pubblica internazionale", rifiutare di rendere effettivi certi accordi delle parti. Allo stesso modo, se l'oggetto di una legge è quello di garantire il rispetto dei principi che il tribunale arbitrale considera essere costitutivi di una parte della politica pubblica transnazionale o "veramente" internazionale, si dovrà riconoscere che questa legge prevale sulla volontà delle parti.

Il contenuto della politica pubblica transnazionale non è ben definito. Di solito esso è parafrasato come "principi fondamentali delle nazioni civilizzate". Questi principi possono comprendere [...] principi procedurali e sui conflitti, proibizione di espropri illegali, e il rifiuto di riconoscere gli effetti delle persone giuridiche in certe situazioni di abuso [e] violazioni dei diritti umani, spaccio di droga o terrorismo come violazioni di una politica pubblica transnazionale»⁴⁹.

In questo caso entra in gioco un processo costituzionale secondario di normazione, che guarda oltre la tradizionale portata dei contratti, delle pratiche economiche, dei termini standard, delle «ridefinizioni della legge» e dei principi guida dell'arbitrato, per individuare «regole di riconoscimento» per la *lex mercatoria* tra i

⁴⁸ Cfr. G. TEUBNER (ed), *La cultura del diritto nell'epoca della globalizzazione*, cit.

⁴⁹ N. VOSER, *Current Development: Mandatory Rules of Law as a Limitation on the Law Applicable in International Commercial Arbitration*, in «The American Review of International Arbitrage», 7/1996, pp. 319 ss.

«principi fondamentali delle nazioni civilizzate»; regole che così facilitano l'identificazione di diritti fondamentali da far valere all'interno dell'ordine legale autonomo⁵⁰.

Certo, sia noi sia coloro che praticano la *lex mercatoria* siamo assolutamente consapevoli che il ricorso alla natura normativa dei «principi fondamentali delle nazioni civilizzate» è una finzione senza alcun fondamento stabile, né nella legge naturale, né nella filosofia universale, o relativistica, dei diritti umani. Queste finzioni sono tuttavia un punto di partenza necessario per la concretizzazione dei diritti fondamentali basata su dispute legali interne a ogni regime legale. Per dirla in termini positivi: essi forniscono alle corti di arbitrato un materiale semantico che, pur non avendo un carattere legale di per sé, permette un ancoraggio concreto dei diritti fondamentali all'interno della *lex mercatoria* o *lex digitalis*.

La natura esecutiva dei diritti fondamentali all'interno di internet può avere due origini: da una parte, la finzione di un nucleo comune di «principi fondamentali delle nazioni civilizzate»; dall'altra, la norma in grado di concretizzare gli effetti delle decisioni arbitrali, che, in un modo simile alla *common law*, costruisce e costituisce un catalogo dei diritti fondamentali applicabili all'interno del regime legale autonomo di internet, adattando i diritti formulati per essere applicati negli ordinamenti nazionali e statali, al fine di contrastare le minacce all'autonomia specifiche del mondo digitale e di avvantaggiarsi delle opportunità per lo sviluppo dei diritti fondamentali specifiche del mondo digitale.

Ciò ci fornisce indicatori utili sui modi per risolvere i conflitti sui diritti fondamentali tra ordinamenti nazionali su internet. Questi conflitti sono stati causati all'interno della legge di riconoscimento dei *domain name* dalla registrazione, da parte di organizzazioni naziste, di nomi come *bundesinnenministerium.com* (ministerodegliinterni.com) e *verfassungsschutz.org* (difesadellacostituzione.org)⁵¹. Non siamo più di fronte a una collisione fra diritti, che richiede di identificare la sfera di competenza giurisdizionale dei criteri dei diritti fondamentali di ogni nazione per trovare una soluzione soltanto all'interno di un ordinamento giuridico specifico. La natura arbitraria della scelta di un solo standard

⁵⁰ U. STEIN, *Lex Mercatoria – Realität und Theorie*, Frankfurt a. M. 1995, p. 170.

⁵¹ Bundesrepublik Deutschland (Repubblica Federale Tedesca) v. RJG Engineering Inc. Case (D2001-1401); Bundesrepublik Deutschland (Repubblica Tedesca) v. RJG Engineering Inc./Gerhard Lauck (D2002-0110).

nazionale di protezione dei diritti fondamentali su internet è evidente. I giudici dell'ICANN dovrebbero piuttosto ricercare e sviluppare loro propri standard di protezione dei diritti, applicabili a tutto internet, in un dibattito riflessivo con la loro comunità epistemica e l'opinione pubblica generale⁵².

⁵² Studi empirici di scienziati sociali come Michael Geist, in particolare, hanno infiammato un dibattito ancora vivo sulla pratica decisionale delle giurie di arbitro dell'ICANN, cfr. M. GEIST, *Fair.com? An Examination of the Allegations of Systemic Unfairness in ICANN UDRP*, agosto 2001, disponibile sul sito <http://aix1u0ttawy.ca/~geist/>.